SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MARCO DARMON vom 15. März 1989 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Niemand kann, wie es heißt, Richter in eigener Sache sein. Es scheint, daß dieses Sprichwort im Hintergrund der Fragen des Präsidenten des Tribunal de commerce Brüssel steht. Diese gehen nämlich dahin, ob es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verbietet, die technische Kontrolle, von der in der Praxis der Vertrieb bestimmter Erzeugnisse in diesem Staat abhängt, Unternehmen zu übertragen, die auf dem Markt für diese Erzeugnisse als Mitbewerber auftreten. Kann ein Mitgliedstaat mit anderen Worten einem Kaufmann die Befugnis übertragen, durch eine technische Zulassung die Entscheidung darüber zu treffen, ob die von den anderen Kaufleuten angebotenen Erzeugnisse in Wettbewerb mit seinen eigenen Erzeugnissen treten dürfen?

2. Worum es, genauer gesagt, geht, ist die der Régie des télégraphes et des téléphones (nachstehend: RTT) für Belgien eingeräumte Befugnis, die Zulassung des Anschlusses aller nicht von ihr gelieferten Geräte an das Fernmeldenetz, das sie betreibt, von ihrer Zustimmung abhängig zu machen. Nach dem Gesetz vom 19. Juli 1930 [1], durch das sie geschaffen wurde, ist die RTT eine „juristische Person", die „im öffentlichen Interesse ... das drahtgebundene und drahtlose Telegraphen- und Fernsprechwesen betreibt" [2]. Sie wird von dem Minister verwaltet, „zu dessen Zuständigkeit das Telegraphen- und Fernsprechwesen gehört" [3]. Das Gesetz vom 19. Oktober 1930 [4] räumte der RTT das Monopol für den Betrieb des Fernmeldenetzes ein, indem es bestimmte, daß der RTT „das ausschließliche Recht" zustand, „Leitungen sowie Telegraphen- und Fernsprechämter zum Zweck der Benutzung durch die Öffentlichkeit zu errichten und zu betreiben" [5]. Nach Artikel 13 der Ministerialverordnung vom 20. September [6] darf der Teilnehmer „ohne schriftliche Genehmigung der Régie ... kein ... Gerät ... an die Anlage anschließen, deren Benutzung ihm gestattet wurde"; nach Artikel 91 dieser Verordnung „regelt [die RTT] die Art und Weise der Einrichtung der Teilnehmerleitungen und deren technische Eigenschaften", wobei nur von ihr „gelieferte oder zugelassene" Geräte an diese Leitungen angeschlossen werden dürfen. In der Praxis genehmigt die Régie den Anschluß nicht von ihr gelieferter Apparate nur dann, wenn diese zu einem von ihr zugelassenen Typ gehören.

3. Der Ausgangsrechtsstreit entstand dadurch, daß in den Geschäften der Firma GB-Inno-BM (nachstehend: Inno) nicht zugelassene, aus Drittländern stammende Fernsprechgeräte zu sehr günstigen Preisen zum Verkauf angeboten wurden. Die RTT beanstandete nicht den Verkauf dieser Geräte als solcher, wohl aber den Umstand, daß der Verkäufer die Kunden nicht über das Fehlen der Zulassung und das sich hieraus ergebende Verbot des Anschlusses an das Netz unterrichtete; sie erhob vor dem Tribunal de commerce Brüssel aufgrund des Gesetzes vom 14. Juli 1971 über die Han-

* Originalsprache: Französisch.

1 — *Moniteur belge* vom 2. August 1930.

2 — Artikel 1.

3 — Artikel 3.

4 — *Moniteur belge* vom 20. und 21. Oktober 1930.

5 — Artikel 1.

6 — *Moniteur belge* vom 29. September 1978.

delspraktiken Klage mit dem Antrag, die Einstellung dieser ihren „gewerblichen Interessen" nachteiligen Handelspraxis anzuordnen. Das Gegenvorbringen von Inno in diesem Verfahren warf das Problem der Vereinbarkeit der Rechtsstellung der RTT mit dem Gemeinschaftsrecht auf. Inno machte in der Tat geltend, man könne ihr nicht vorwerfen, bei dem Verkauf von Geräten die Käufer nicht darüber zu unterrichten, daß diese Geräte nicht zu einem zugelassenen Typ gehörten. Die Bedingung, unter denen die Zulassung erteilt werde, stehe nämlich objektiv in Widerspruch zum EWG-Vertrag, insbesondere dessen Artikel 86, weil die RTT zugleich Inhaberin der Zulassungsbefugnis und Mitbewerberin beim Verkauf der von ihr zugelassenen Geräte sei. Das innerstaatliche Gericht hat daraufhin beschlossen, Sie mit drei Vorlagefragen nach der Auslegung von Artikel 30 und Artikel 86 EWG-Vertrag zu befassen.

4. Diese Vorlage erfolgt zu einem Zeitpunkt, in dem man sich in zunehmendem Maße der Notwendigkeit bewußt wird, in der Gemeinschaft den Gemeinsamen Markt für das Fernmeldewesen zu entwickeln, wofür bestimmte Maßnahmen des Rates und der Kommission Zeugnis ablegen. Hierunter ist aus jüngster Zeit besonders eine Entschließung vom 30. Juni 1988[7] hervorzuheben, in der der Rat als eines der Hauptziele einer Telekommunikationspolitik die Schaffung eines Gemeinsamen Marktes nennt, in dem Fernmeldeverwaltungen und andere Erbringer von Dienstleistungen „unter gleichen Bedingungen in Wettbewerb treten können", wobei insbesondere erforderlich seien

„— [eine] klare Trennung der hoheitlichen und betrieblichen Funktionen, unter angemessener Berücksichtigung der Situation in jedem einzelnen Mitgliedstaat;

— [die] Anwendung der entsprechenden Regeln des Vertrags, insbesondere der Wettbewerbsregeln, auf die Fernmeldeverwaltungen und die privaten Anbieter"[8].

Dieser Entschließung des Rates war eine Richtlinie der Kommission vom 16. Mai 1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte vorausgegangen[9]. Dort heißt es, daß ab 1. Juli 1989 die Festschreibung der „bestehenden technischen Spezifikationen und Allgemeinzulassungsverfahren für Endgeräte" sowie die Kontrolle der Anwendung und die Zulassung „von einer Stelle vorgenommen werden, von der die im Bereich der Telekommunikation Waren- und/oder Dienstleistungen anbietenden öffentlichen oder privaten Unternehmen unabhängig sind"[10].

5. Das Problem, daß die das staatliche Fernmeldenetz verwaltende Stelle zugleich Zulassungsbehörde für Endgeräte und Verkäufer derartiger Geräte ist, ist also Gegenstand der Prüfung durch die Gemeinschaftsorgane. Aber die Antwort auf dieses Problem, die die Richtlinie vom 27. Mai 1988 in dieser Hinsicht enthält, kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht berücksichtigt werden. Diese Vorschrift, die im übrigen Gegenstand einer vor dem Gerichts-

7 — Entschließung vom 30. Juni 1988 über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienste und -geräte bis 1992 (ABl. C 257, S. 1).

8 — A. a. O., S. 2, Hauptziel Nr. 5.

9 — 88/301/EWG (ABl. L 131, S. 73).

10 — A. a. O., Artikel 5 und 6.

hof anhängigen Nichtigkeitsklage ist[11], gilt nämlich in dem hier interessierenden Punkt erst ab 1. Juli 1989. Selbst wenn also Belgien nach dem Vorbild des jüngst vom niederländischen Gesetzgeber gefaßten Beschlusses[12] derzeit an einem Gesetzesentwurf arbeitet, der die Errichtung einer unabhängigen Zulassungsstelle vorsieht, müssen Sie die vorliegende Rechtssache einzig und allein nach Maßgabe des *gegenwärtigen* Statuts der RTT und unter Berücksichtigung des *gegenwärtigen* Standes des Gemeinschaftsrechts prüfen.

6. Bevor in die eigentliche rechtliche Erörterung eingetreten wird, ist eine Klarstellung vorzunehmen. Die Fernsprechgeräte, um die es im Ausgangsverfahren geht, sind einfache Endgeräte, Kombinationen aus Empfängern und Sendern, wie sie normalerweise jeder Fernsprechteilnehmer besitzt. In Belgien werden sie auf dem sogenannten Markt für „Zweitgeräte" in den Handel gebracht. Gestattet die RTT einem Teilnehmer die Benutzung einer Leitung, so liefert sie ihm einen „Erstapparat". Die „Erstapparate" werden von Unternehmen aufgrund von mit der RTT getroffenen Abmachungen hergestellt, und zwar in Übereinstimmung mit Lastenheften, die die technischen Anforderungen der RTT darlegen. Diese Geräte werden der RTT geliefert und ausschließlich von ihr den Teilnehmern zur Verfügung gestellt. Bei den Erstgeräten besteht also kein Wettbewerb, sondern ein Monopol der RTT. Dagegen ist der Markt für die anderen Geräte grundsätzlich frei; ein Handelsmonopol besteht nicht. Neben der RTT kann also jede Firma sie auf dem Markt zum Verkauf anbieten. Die Frage nach der Notwendigkeit der Zulassung stellt sich im Ausgangsverfahren also in bezug auf die Zweitgeräte.

11 — Rechtssache 202/88 (Frankreich/Kommission).

12 — Siehe *Le Monde* vom 3. Januar 1989.

7. Das Vorlageurteil ersucht den Gerichtshof zunächst um die Prüfung der Vereinbarkeit eines Sachverhalts wie desjenigen, der Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits ist, mit Artikel 30 EWG-Vertrag.

8. Nach Ansicht der Kommission sind Befugnisse wie diejenigen der RTT unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes des freien Warenverkehrs in erster Linie anhand der Bestimmungen von Artikel 37 EWG-Vertrag zu prüfen. Diese Bestimmungen, die die staatlichen Handelsmonopole zum Gegenstand hätten, beträfen in spezifischerer Weise als die allgemeinen Bestimmungen von Artikel 30 Verhältnisse, wie sie bei der RTT bestünden.

9. Zunächst ist klarzustellen, in welcher Weise ein Monopol wie dasjenige der RTT, d. h. das ausschließliche Recht, „Leitungen sowie Telegraphen- und Fernsprechämter zum Zweck der Benutzung durch die Öffentlichkeit einzurichten und zu betreiben"[13], von Artikel 37 betroffen sein kann. Ihr Urteil vom 20. März 1985 in der Rechtssache 41/83[14] hat die Tätigkeiten, die in der Verwaltung öffentlicher Fernmeldeeinrichtungen sowie darin bestehen, diese gegen Zahlung einer Gebühr den Benutzern zur Verfügung zu stellen, ausdrücklich als Dienstleistung qualifiziert. Nach Ihren Urteilen vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73[15] und vom 28. Juni 1983 in der Rechtssache 271/81[16] betrifft Artikel 37 jedoch den Handel mit Waren und bezieht sich nicht auf Dienstleistungsmonopole. Aber wir wissen auch, daß nach diesen Urteilen Unternehmen, die die Erbringung be-

13 — Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Oktober 1930.

14 — Italien/Kommission, Slg. 1985, 873.

15 — Sacchi, Slg. 1974, 409.

16 — Amélioration de l'élevage, Slg. 1983, 2057.

stimmter Dienstleistungen monopolisieren, gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs verstoßen können, wenn ihr Monopol zu einer Diskriminierung zugunsten der einheimischen Erzeugnisse führen würde. In diesem Falle würde das Unternehmen unter Artikel 37 fallen.

10. Ist ein Dienstleistungsmonopol wie dasjenige der RTT so gestaltet, daß es eine Diskriminierung zum Nachteil eingeführter Fernsprechgeräte bewirkt? Genauer gefragt, führt ein Gestaltungsmerkmal wie die ausschließliche Befugnis zur Prüfung, ob die Fernsprechgeräte für den Anschluß an das Netz geeignet sind, dessen Betrieb unmittelbarer Gegenstand des Monopols ist, zu einer derartigen Diskriminierung? Ich glaube, daß dies nicht der Fall ist. Die Verpflichtung, die Zulassung der Geräte zu erwirken, von der die Möglichkeit ihres Vertriebs praktisch abhängt, betrifft nicht speziell die eingeführten Erzeugnisse. Sie gilt auch für einheimische Erzeugnisse. Hinzuzufügen ist, daß sie *in gleicher Weise* auf einheimische und auf aus anderen Mitgliedstaaten eingeführte Erzeugnisse anwendbar ist. Die technischen Spezifikationen, nach deren Maßgabe die Zulassung bewilligt oder nicht bewilligt wird, sind in der Tat ohne Rücksicht auf den Ursprung der Geräte stets die gleichen; auch das Zulassungsverfahren ist das gleiche, und die für die Durchführung dieses Verfahrens zu zahlende Gebühr ändert sich nicht, je nachdem, ob das zuzulassende Gerät in Belgien oder anderswo hergestellt wurde. Ich bin daher der Auffassung, daß die rechtliche Regelung der Zulassung nicht von vornherein diskriminierend ist. Es bestehen keinerlei rechtliche Hindernisse, die es erschweren würden, für die eingeführten Geräte die Zulassung zu erhalten, die für alle an das Netz anzuschließenden Geräte ohne Rücksicht auf ihre Herkunft gefordert wird.

11. Zur Untersuchung der Stellung des Inhabers eines Fernmeldemonopols, dem eine ausschließliche Zulassungsbefugnis wie die hier vorliegende zusteht, anhand von Artikel 37 sind nach Ansicht der Kommission im Rahmen der mit dem Monopol verbundenen Vorrechte drei Ausschließlichkeitsrechte zu unterscheiden. Zu dem eigentlichen Ausschließlichkeitsrecht träten hiernach das Recht, den Anschluß zu genehmigen, sowie die Befugnis hinzu, die Beachtung der Vorschriften über Genehmigung und Zulassung zu überwachen. Auch bei einer Zerlegung der Zulassungsbefugnis vermag ich in rechtlicher Hinsicht keine diskriminierenden Faktoren zu entdecken.

12. Greift man auf die vom Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache Amélioration de l'élevage[17] angewandte Methode zurück, so gelangt man meines Erachtens zu der Auffassung, daß in Ermangelung von objektiv diskriminierenden Strukturbestimmungen kein Anlaß zu der Feststellung besteht, ein nationales Monopol verstoße gegen Artikel 37. Die Beantwortung der Frage, ob ein technisches Zulassungsverfahren für Fernsprechgeräte nicht den Grundsatz des freien Warenverkehrs beeinträchtigt, setzt aber eine Prüfung anhand von Artikel 30 voraus, um festzustellen, ob das Verfahren nicht gleiche Wirkungen zeitigt wie eine mengenmäßige Beschränkung. Nach einem Umweg über Artikel 37 kehren wir also sozusagen zum Grundartikel zurück.

13. Wie Sie feststellen konnten, stimmen die Ansichten der RTT und der Kommission in zwei wichtigen Punkten überein, über die sich tatsächlich auch nicht ernsthaft streiten läßt. Zunächst liegt auf der Hand, daß das unterschiedslos für einheimische und eingeführte Fernsprechgeräte geltende Zulassungsverfahren bereits durch sein Bestehen

17 — A. a. O.

eine einschränkende Wirkung auf die Einfuhren ausübt, da die in einem Mitgliedstaat in den Handel gebrachten Geräte im Gebiet des Staates, der die Zulassung fordert, ohne diese Zulassung praktisch nicht verkauft werden können. Ferner ist offensichtlich, daß beim gegenwärtigen Stand der technischen Vielfalt der im Dienste der Öffentlichkeit stehenden Fernmeldenetze der einzelnen Mitgliedstaaten die Notwendigkeit, den ordnungsgemäßen Betrieb eines nationalen Netzes zu sichern, es rechtfertigen kann, daß in diesen Staaten geprüft wird, ob die an die Allgemeinheit verkauften Fernsprechgeräte dafür geeignet sind, ohne Nachteile für dieses Netz, seine Benutzer und die mit seiner Wartung beauftragten Angestellten an das Netz angeschlossen zu werden. Ganz sicherlich handelt es sich hier um ein zwingendes Erfordernis des öffentlichen Interesses, das man insbesondere mit dem Schutz der Benutzer als der Verbraucher der Dienstleistungen in Verbindung bringen kann, das mir aber auch und vor allem Ausdruck der Sorge für den Schutz des Fernmeldenetzes selbst zu sein scheint, und zwar wegen der Vielfalt der strategischen Interessen, der Interessen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie der gesundheitlichen Interessen, deren Wahrung vom ordnungsmäßigen Funktionieren dieses Netzes abhängt.

14. So weist auch die Kommission in diesem Zusammenhang auf die grundlegenden Anforderungen hin, von denen in der Richtlinie 86/361/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 über die erste Phase der gegenseitigen Anerkennung der Allgemeinzulassungen von Telekommunikations-Endgeräten [18] die Rede ist. Nach Artikel 1 dieser Richtlinie führen die Mitgliedstaaten „die gegenseitige Anerkennung der Prüfungsergebnisse betreffend die Konformität seriengefertigter Telekommunikations-Endgeräte mit gemeinsamen Spezifikationen nach Maßgabe dieser Richtlinie durch". Ihre Bestimmungen sind auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht anwendbar, da gemeinsame Spezifikationen für die hier in Rede stehenden Fernmeldenetze in der Gemeinschaft noch nicht durchgeführt worden sind. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß diese Spezifikationen bestimmten „grundlegenden Anforderungen" entsprechen müssen, bei denen es sich nach Artikel 2 Nr. 17 „zur Zeit" um folgende handelt:

— die Sicherheit der Benutzer,

— die Sicherheit der Beschäftigten der Betreiberunternehmen,

— den Schutz der öffentlichen Telekommunikationsnetze vor Schäden,

— in begründeten Fällen „die Kommunikationsfähigkeit der Endgeräte".

Es gibt also ein gesetzgeberisches „Echo" auf die Überlegungen, die bestimmte zwingende Erfordernisse herausstellen, derentwegen die Kompatibilität der Geräte mit dem Netz, an das sie angeschlossen werden sollen, überwacht werden muß.

15. Angesichts derartiger Erfordernisse müssen die Einfuhrhindernisse, die sich aus deren Umsetzung ergeben könnten, nach Ihrer nunmehr gefestigten Rechtsprechung insoweit hingenommen werden, als sie notwendig sind. Aber gerade bei der Beurteilung der Notwendigkeit der Behinderungen, die sich aus einem Zulassungsverfahren wie dem von der RTT gehandhabten konkret

18 — ABl. L 217, S. 21.

ergeben, hat sich gezeigt, daß die von der RTT entwickelten Überlegungen vom Standpunkt der Kommission abweichen. Die RTT meint, die Modalitäten dieses Verfahrens seien streng auf den Schutz der betroffenen Interessen ausgerichtet; die Kommission dagegen ist der Auffassung, bestimmte Modalitäten seien überzogen, sie stünden in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem, was zum wirksamen Schutz dieser Interessen notwendig sei.

16. Zur Stützung ihrer Auffassung hat die Kommission eine, offen gesagt, erstaunliche Prüfung der Einzelheiten der technischen Spezifikationen vorgenommen, von deren Beachtung die RTT die Zulassung abhängig macht, um zu beweisen, daß eine Reihe von ihnen stärkere Einschränkungen enthielten, als dies für den Schutz der als berechtigt anerkannten Interessen notwendig sei. Es ist aber im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren nicht Sache des Gerichtshofes, sich mit der Berechtigung der in Rede stehenden technischen Spezifikationen zu befassen. Das vorlegende Gericht bittet Sie nicht um eine derartige Untersuchung. Es befragt Sie nicht über den *Inhalt* der von der RTT verwendeten technischen Normen, sondern über die *Rechtslage*, die sich daraus ergibt, daß die belgischen Vorschriften sowohl die Definition dieser Normen (Spezifikationen) als auch die Kontrolle ihrer Beachtung dem Belieben dieser Stelle überläßt. Daß Sie sich nicht auf eine Untersuchung der Sachdienlichkeit der technischen Normen einlassen dürfen, besagt jedoch nicht, daß diese überhaupt keiner Nachprüfung überzogen werden dürften. Ich glaube aber, daß eine solche auf nationaler Ebene zu erfolgen hat, und zwar innerhalb eines Rahmens, den abzustecken ich mich im folgenden bemühen werde.

17. Auf den ersten Blick scheinen die rechtlichen Modalitäten des bei der RTT durchgeführten Zulassungsverfahrens nicht unter das Verbot von Artikel 30 zu fallen. Erkennt man an, daß die Aufrechterhaltung des ordnungsmäßigen Funktionierens des Netzes ein zwingendes Erfordernis darstellt, so erscheint es nicht übertrieben, der mit dem Betrieb dieses Netzes beauftragten und aus diesem Grunde für dieses ordnungsmäßige Funktionieren verantwortlichen Stelle die Aufgabe anzuvertrauen, die technischen Normen festzusetzen, von deren Beachtung die Kompatibilität eines Fernsprechgeräts abhängt, und diesen Normen im Zuge des Zulassungsverfahrens Geltung zu verschaffen. Ebensowenig scheint es unverhältnismäßig zu sein, wenn der Teilnehmer, der ein nicht zugelassenes Gerät an das Netz angeschlossen hat, mit den Kosten belastet wird, die durch auf diesen Anschluß zurückzuführende Schäden verursacht wurden. Wenn man, wie ich es tue, zu der Feststellung gelangt, daß derartige Modalitäten die Einfuhren nicht übermäßig behindern, weil sie dem Schutz der betroffenen öffentlichen Interessen angemessen sind, so kann man daher schwerlich behaupten, der Umstand, daß der Inhaber der Zulassungsbefugnis zugleich als Verkäufer von gleichartigen Geräten wie diejenigen, für die bei ihm die Zulassung erwirkt werden muß, bewirke *für sich allein* eine unmittelbare Zunahme der Behinderungen. Wenn davon auszugehen ist, daß eine durch bestimmte, genau umrissene Verfahrensmodalitäten gekennzeichnete Zulassungsbefugnis nicht unter das Verbot von Artikel 30 fällt, so kann man kaum zu der Auffassung gelangen, die ohne jede Änderung der genannten Verfahrensmodalitäten erfolgende Übertragung der Zuständigkeit auf eine bestimmte Stelle führe ipso facto zur Überschreitung der Verbotsschwelle des Artikels 30. Ich sehe nämlich nicht, welche tatsächliche, greifbare Verstärkung der Einfuhrhindernisse sich aus der bloßen Bestimmung des Trägers der in Rede stehenden Zuständigkeit ergeben sollte.

18. Was ich im Kern sagen möchte, ist folgendes: Hat man mit dem Blick auf Artikel 30 anerkannt, daß bestimmte Interessen schutzwürdig und bestimmte rechtliche Modalitäten diesem Schutz angemessen sind, dann kann die bloße Betrachtung des rechtlichen oder wirtschaftlichen Status der für die Anwendung dieser Modalitäten zuständigen Stelle grundsätzlich nicht dazu führen, das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung anzunehmen. Will man nicht mit Vermutungen arbeiten, so ist es nicht möglich, schon durch die Person des Trägers einer rechtlichen Zuständigkeit unabhängig von den Bedingungen, unter denen diese Zuständigkeit ausgeübt wird, den Tatbestand einer Maßnahme gleicher Wirkung als erfüllt anzusehen. Ihre Rechtsprechung zu den Maßnahmen gleicher Wirkung gründet die Feststellung einer Behinderung der Einfuhren aber nicht auf Vermutungen, sondern auf Maßnahmen, Handlungen, Verhaltensweisen.

19. Es erscheint mir nützlich, daran zu erinnern, daß Sie in Ihrem die Zulassung von Frankiermaschinen betreffenden Urteil vom 9. Mai 1985 in der Rechtssache 21/84 [19] festgestellt haben, daß die Praxis, die Zulassung von aus dem Vereinigten Königreich stammenden Frankiermaschinen systematisch abzulehnen, mit Artikel 30 unvereinbar war, wobei Träger der Zulassungsbefugnis in jenem Fall die französische Postverwaltung war. Nicht etwa die Vermutung, die Verwaltung sei von vorneherein bei der Ausübung ihrer Zulassungsbefugnis auf den Schutz der einheimischen Erzeugung bedacht gewesen, rechtfertigte in Ihren Augen die Feststellung eines Verstoßes gegen die Verpflichtungen aus Artikel 30; dies taten vielmehr die Handlungen, in denen das tatsächliche Bemühen zum Ausdruck kam, die Einfuhren zu behindern, vorliegend die wiederholten ungerechtfertigten Weigerungen, die Zustimmung zu erteilen.

20. So ist es denn nach meiner Auffassung nicht die Verleihung der Zulassungsbefugnis an die RTT, die ihrem Wesen nach unter Artikel 30 fallen könnte, sondern möglicherweise die *Ausübung* dieser Befugnis. In der Tat kann zwar der bloße Umstand, daß die RTT selbst die technischen Spezifikationen festsetzt, von deren Beachtung die Zulassung abhängt, im Hinblick auf Artikel 30 nicht beanstandet werden, wohl aber würde die etwaige Tatsache, daß der Inhalt der erlassenen Normen sich nicht streng auf das Ziel beschränkte, die Verträglichkeit mit dem Netz zu gewährleisten, zur Folge haben, daß die Berufung auf zwingende Erfordernisse nicht mehr gerechtfertigt wäre. Das gleiche wäre der Fall, wenn sich erwiese, daß Entscheidungen, mit denen die Zulassung abgelehnt wurde, auf anderen Gründen beruhten als dem der Nichtbeachtung angemessener technischer Normen.

21. Da es sich hier um Einschränkungen eines wesentlichen Grundsatzes des Vertrages, nämlich des freien Warenverkehrs, handelt, halte ich es für angebracht, bestimmte unerläßliche Voraussetzungen für die Überprüfung der Notwendigkeit dieser Einschränkungen durch die innerstaatlichen Gerichte klarzustellen. Dies würde der Auffassung entsprechen, die Sie in Ihrem Urteil vom 12. März 1987 in der Rechtssache 178/84 [20] aus Anlaß des Verbots, in der Bundesrepublik Deutschland bestimmte Zusatzstoffe enthaltendes Bier in den Verkehr zu bringen, zum Ausdruck gebracht haben. Sie haben dort ausgeführt, daß

19 — Kommission/Frankreich, Slg. 1985, 1355.

20 — Kommission/Deutschland, Slg. 1987, 1227.

„es den Wirtschaftsteilnehmern möglich sein muß, im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens geltend zu machen",

daß die Erlaubnis, bestimmte Zusatzstoffe zu verwenden, zu Unrecht nicht erteilt worden sei[21].

Diese Entscheidung, die zur Durchsetzung des Grundsatzes des freien Warenverkehrs getroffen wurde, muß im Zusammenhang mit Ihrem Urteil vom 15. Oktober 1987 in der Rechtssache 222/86 gesehen werden, wo Sie für Recht erkannt haben:

„Wenn in einem Mitgliedstaat der Zugang zu einer Berufstätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis vom Besitz eines innerstaatlichen Diploms oder eines als gleichwertig anerkannten ausländischen Diploms abhängt, gebietet es der in Artikel 48 EWG-Vertrag verankerte Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, daß die Entscheidung, mit der einem Arbeitnehmer, der Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats ist, die Anerkennung der Gleichwertigkeit eines von diesem Mitgliedstaat ausgestellten Diploms versagt wird, gerichtlich auf ihre Rechtmäßigkeit im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht überprüft werden und der Betroffene von den Gründen Kenntnis erhalten kann, auf denen die Entscheidung beruht."[22]

In bezug auf Entscheidungen, mit denen eine Zulassung abgelehnt und Fernsprechgeräten aus anderen Mitgliedstaaten praktisch der Zugang zum inländischen Markt verwehrt wird, stellt Artikel 30 meines Erachtens gleichartige Anforderungen wie die in diesem Urteil aufgestellten.

22. Ihre Antwort könnte somit, wie ich meine, dahin gehen, daß die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, die dem öffentlichen Unternehmen, das das Fernmeldenetz betreibt und zugleich Geräte verkauft, die Befugnis einräumen, nicht von ihm gelieferte Fernsprechgeräte zuzulassen und damit deren Anschluß ans Netz zu genehmigen, und vorsehen, daß die Kosten, die durch den Anschluß eines zugelassenen Geräts entstehen, zu Lasten der Person gehen, die den Anschluß vornimmt, die Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr nicht verletzen, wenn sie gegen Entscheidungen, mit denen die Zulassung eines aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführten Geräts abgelehnt wird, eine gerichtliche Klage gewähren, die es gestattet, die Rechtmäßigkeit der dem betroffenen Wirtschaftsteilnehmer zur Kenntnis gebrachten Gründe für die Ablehnung im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht zu überprüfen.

23. Ich meine, daß eine solche Antwort für die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten keine grundlegende Umwälzung bedeuten würde. Zwar ist die Lage, was die Zulassung von Fernsprechgeräten betrifft, in der Mehrzahl dieser Staaten der in Belgien bestehenden Situation insoweit ähnlich, als der Inhaber der Zulassungsbefugnis nicht wirklich verschieden von der Einrichtung ist, die das Monopol für den Betrieb des Fernmeldenetzes innehat; die meisten Mitgliedstaaten sehen jedoch auch die Möglichkeit vor, die Rechtmäßigkeit der Ablehnung der Zulassung einschließlich der auf mangelnde Übereinstimmung mit den technischen Normen gestützte Gründe, gegebenenfalls mit Hilfe von Sachverständigengutachten, überprüfen zu lassen. Neue Regelungen wären daher nur in denjenigen Mitgliedstaaten einzuführen, in denen sich die Rechtmäßigkeitskontrolle nicht auf die Triftigkeit der auf technische Wertungen beruhenden Begründungen erstreckt, d. h., wie es scheint, in Italien, Irland und Luxemburg. Es kann

21 — A. a. O., Randnr. 46.

22 — Heylens, Slg. 1987, 4097, Randnr. 17.

angenommen werden, daß der Rückgriff auf Sachverständige es den innerstaatlichen Gerichten gestatten würde, ihre Nachprüfung auf die technischen Begründungen der eine Zulassung ablehnenden Entscheidungen auszudehnen, was nicht von vornherein mit größeren Schwierigkeiten verbunden sein dürfte.

24. Die Kommission hat in ihren schriftlichen Erklärungen angeregt, in die Prüfung der für die Beantwortung der Vorlagefragen nützlichen Quellen des Gemeinschaftsrechts einige Bestimmungen der Richtlinie 83/189/EWG des Rates vom 28. März 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften[23] einzubeziehen. Die derzeit von der RTT bei der Zulassung von Telefonapparaten angewandten technischen Spezifikationen, die am 21. April 1987 aufgestellt worden seien, seien der Kommission zuvor nicht gemäß Artikel 8 Absatz 1 dieser Richtlinie übermittelt worden. Nach dieser Bestimmung hätten die Mitgliedstaaten der Kommission „jeden Entwurf einer technischen Vorschrift [zu übermitteln], es sei denn, es handelt sich lediglich um eine vollständige Übertragung einer internationalen oder europäischen Norm ... [und] die Kommission ... über die Gründe [zu unterrichten], die die Festlegung einer derartigen technischen Vorschrift erforderlich machen". Die Kommission unterrichte die anderen Mitgliedstaaten unverzüglich von dem Entwurf. Nach Artikel 8 Absatz 2 berücksichtige der betreffende Mitgliedstaat „soweit wie möglich" etwaige Bemerkungen der Kommission und anderer Mitgliedstaaten. Nach Artikel 9 Absatz 1 müsse der betreffende Mitgliedstaat ferner den Erlaß der in dem Entwurf enthaltenen technischen Regel für sechs Monate zurückstellen, wenn die Kommission oder ein anderer Mitgliedstaat „eine ausführliche Stellungnahme abgibt, aus der hervorgeht, daß die geplante Maßnahme geändert werden sollte, um etwaige Handelshemmnisse, die sich aus der geplanten Maßnahme ergeben könnten, zu verhindern oder zu begrenzen". Diese Frist verlängere sich nach Artikel 9 Absatz 2 auf zwölf Monate, wenn die Kommission „ihre Absicht mitteilt, eine Richtlinie für den betreffenden Bereich vorzuschlagen oder zu erlassen".

25. Die Kommission vertritt unter Berufung auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Direktwirkung von Richtlinien und zur Mitteilung geplanter staatlicher Beihilfen die Auffassung, technische Vorschriften eines Mitgliedstaats, die nach Ablauf der in Artikel 12 der Richtlinie festgesetzten Frist erlassen würden, ohne daß das in der Richtlinie vorgesehene Verfahren der vorherigen Unterrichtung eingehalten worden wäre, seien in einem Rechtsstreit zwischen diesem Staat und einer Privatperson unanwendbar.

26. Die RTT bestreitet nicht, daß sie es unterlassen hat, der Kommission den Entwurf ihrer technischen Spezifikationen vorher vorzulegen. In der mündlichen Verhandlung hat sie jedoch geltend gemacht, die unterbliebene Mitteilung dieser Spezifikationen dürfe nicht deren Unanwendbarkeit zur Folge haben, da die Richtlinie keine materiellen, sondern nur Verfahrensvorschriften enthalte und da die Nichtbeachtung dieser Vorschriften nicht bedeute, daß eine wesentliche Norm des Gemeinschaftsrechts verletzt worden sei. Eine solche Verletzung könnte höchstens durch den Inhalt der Spezifikationen begründet werden.

27. Hierzu möchte ich bemerken, daß diese Richtlinie vor dem vorliegenden Gericht überhaupt nicht ins Spiel gebracht wurde und in dessen Fragen nirgends erwähnt wird; diese beziehen sich lediglich auf die Artikel 30 und 86 EWG-Vertrag. Ich habe daher gewisse Bedenken, ob der Gerichtshof aus Anlaß des vorliegenden Rechtsstreits zu

23 — ABl. L 109, S. 8.

der Frage der Unanwendbarkeit der nicht in der in der Richtlinie vorgesehenen Form mitgeteilten technischen Normen Stellung nehmen soll. Im übrigen erscheint mir das Vorbringen der Kommission zweifelhaft, wonach die nicht zuvor mitgeteilten technischen Normen unanwendbar seien. Die Richtlinie ordnet eine solche Unanwendbarkeit nicht förmlich an, sondern spricht lediglich die Verpflichtung aus, die geplanten Normen nicht vor Ablauf bestimmter Fristen zur Anwendung zu bringen. Hierin liegt, wie festgehalten zu werden verdient, ein ganz deutlicher Gegensatz zu der in Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages getroffenen Regelung, wonach die Kommission über beabsichtigte Beihilfen rechtzeitig zu unterrichten ist, denn diese Bestimmung verbietet es ausdrücklich, eine solche Beihilfe ins Werk zu setzen, bevor die Kommission oder gegebenenfalls der Rat eine Entscheidung gemäß Artikel 93 Absatz 2 erlassen hat. Im übrigen ist eine staatliche Beihilfe nach Artikel 92 EWG-Vertrag grundsätzlich mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, vorbehaltlich der im Vertrag selbst vorgesehenen Ausnahmen. Was dagegen die von der Richtlinie betroffenen technischen Normen betrifft, so besteht keine grundsätzliche Unvereinbarkeit dieser Normen mit dem Gemeinschaftsrecht. Eine etwaige Unvereinbarkeit kann sich nur aus dem materiellen Inhalt dieser Normen ergeben.

28. Die Auslegung der Richtlinie 83/189/EWG kann daher Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten geben. Dieses Thema ist aber in der vorliegenden Rechtssache nur beiläufig und keinesfalls erschöpfend behandelt worden, während das vorliegende Gericht, wie dargelegt, Sie zu diesem Punkt überhaupt nicht befragt hat. Unter diesen Umständen scheint es mir nicht notwendig, ja nicht einmal zweckmäßig zu sein, diese Richtlinie hier zu berücksichtigen.

29. Wir kommen damit zur Erörterung der Vereinbarkeit der Stellung der RTT als Inhaberin der Zulassungsbefugnis mit den Bestimmungen von Artikel 86 EWG-Vertrag. Die Ihnen zu diesem Punkt vorgelegte Frage geht im Grunde dahin, ob es gegen Artikel 86 verstößt, wenn ein Mitgliedstaat dem Inhaber eines Monopols für den Betrieb des Fernmeldenetzes das ausschließliche Recht einräumt, über die Zulassung nicht von ihm gelieferter Geräte zu befinden, die Voraussetzung für die Genehmigung ihres Anschlusses an das Netz ist, und die technischen Spezifikationen festzulegen, von deren Beachtung die Zulassung abhängt, falls der Monopolinhaber überdies als Verkäufer auf dem Markt der Geräte auftritt, die der Zulassung durch ihn bedürfen.

30. Wie die Kommission völlig zu Recht bemerkt, macht die Beurteilung der Vereinbarkeit staatlicher Maßnahmen mit Artikel 86 eine Erweiterung des rechtlichen Rahmens der Untersuchung erforderlich. Da sich diese Bestimmung nämlich an die Unternehmen und nicht an die Staaten richtet, kann sie auf derartige Maßnahmen nicht unmittelbar Anwendung finden. Die Antwort muß daher aus Ihrer Rechtsprechung zur Auslegung von Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag abgeleitet werden. In Ihrem Urteil vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77 (Inno/ATAB) haben Sie ausgeführt:

„Obgleich sich Artikel 86 an die Unternehmen richtet, begründet deshalb der Vertrag doch auch für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmung ausschalten könnten." [24]

24 — Slg. 1977, 2115, Randnr. 31.

Im Anschluß hieran haben Sie festgestellt:

„So sieht Artikel 90 vor, daß die Mitgliedstaaten in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine insbesondere den Artikeln 85 bis 94 widersprechende Maßnahme treffen oder beibehalten." [25]

31. Diese Formulierungen stellen sachdienliche Hinweise für die Zwecke des vorliegenden Rechtsstreits dar, da die RTT unzweifelhaft ein öffentliches Unternehmen ist, das kraft staatlichen Willens Träger bestimmter ausschließlicher Rechte ist. Dies sind insbesondere diejenigen Rechte, die ihre Stellung als Monopol für den Betrieb des Fernmeldenetzes kennzeichnen. Zu den der RTT eingeräumten ausschließlichen Rechten gehört ja gerade die Befugnis, über die Zulassung nicht von ihr gelieferter Fernsprechgeräte zu befinden.

32. Bei der Prüfung der Frage, ob es nicht gegen die den Mitgliedstaaten nach Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag obliegenden Verpflichtungen verstößt, wenn einem das Fernmeldenetz betreibenden und Fernsprechgeräte in den Handel bringenden öffentlichen Unternehmen ein ausschließliches Recht wie die Befugnis, von den Mitbewerbern dieses Unternehmens vertriebene Fernsprechgeräte zuzulassen, eingeräumt wird, ist eine in der Rechtsprechung getroffene eindeutige Klarstellung zu berücksichtigen. In Ihrem Urteil in der Rechtssache Sacchi haben Sie ausgeführt, daß

„das Bestehen eines Monopols zugunsten eines Unternehmens, dem ein Mitgliedstaat ausschließliche Rechte gewährt, als solches mit Artikel 86 nicht unvereinbar ist" [26].

Dies bedeutet, daß die Gewährung eines ausschließlichen Rechts für ein öffentliches Unternehmen grundsätzlich keine „Artikel 86 widersprechende Maßnahme" im Sinne Ihres Urteils in der Rechtssache Inno darstellt. Eine solche Gewährung könnte nur insoweit als eine Artikel 86 widersprechende Maßnahme angesehen werden, als sie in unmittelbarem und tatsächlichem Zusammenhang mit dem Mißbrauch einer beherrschenden Stellung stünde. Nach Ihrem Urteil vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209/84 bis 213/84 [27] kommt ein Mitgliedstaat seiner Verpflichtung, keine Maßnahmen zu treffen oder aufrechtzuerhalten, die geeignet sind, die praktische Wirksamkeit der Bestimmungen von Artikel 85 EWG-Vertrag auszuschalten, dann nicht nach, wenn er diesem Artikel zuwiderlaufende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt. Diese Formulierung läßt sich meiner Meinung nach auf den Geltungsbereich von Artikel 86 in dem Sinne übertragen, daß die Mitgliedstaaten nicht durch die Einräumung von Ausschließlichkeitsrechten den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung vorschreiben oder erleichtern oder dessen Auswirkungen verstärken dürfen.

33. Sie haben in diesem Vorlageverfahren nicht zu prüfen, ob der streitige Sachverhalt als Mißbrauch einer beherrschenden Stellung zu qualifizieren ist. Sie haben die einschlägigen Bestimmungen des Vertrages anhand der wenigen rechtlichen Merkmale auszulegen, auf die das vorlegende Gericht in seinen Fragen hingewiesen hat. Die Anwendung der in dieser Weise ausgelegten Bestimmungen auf den Einzelfall der RTT wird dann Sache dieses Gerichts sein.

25 — A. a. O., Randnr. 32.

26 — Rechtssache 155/73, a. a. O., Randnr. 14.

27 — Nouvelles frontières, Slg. 1986, 1425.

34. Somit muß nunmehr geprüft werden, ob die Einräumung eines ausschließlichen Rechts wie des hier in Rede stehenden geeignet ist, den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung vorzuschreiben oder zu erleichtern oder dessen Auswirkungen zu verstärken. Nach Ansicht der Kommission und der Firma Inno ist diese Frage zu bejahen. Ich teile diese Meinung nicht.

35. Die Auffassung der Kommission gibt Anlaß zu einer ersten Bemerkung, die den Eindruck erwecken mag, sie gehe auf ein Streben nach einer etwas formalen juristischen Logik zurück, die in Wahrheit aber die Aufmerksamkeit auf eine gewisse Verwirrung bei der Verwendung des Begriffs des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung lenken soll. Man kann sich nämlich fragen, ob die Kommission nicht einen Standpunkt vertritt, dem zufolge die Gewährung eines ausschließlichen Rechts wie des hier in Rede stehenden zugleich ein *Tatbestandsmerkmal* der beherrschenden Stellung und ein *Mißbrauch* dieser Stellung sein würde. Gewiß verzichtet die Kommission darauf, die beherrschende Stellung eines Unternehmens wie der RTT ausdrücklich aus der Einräumung der Zulassungsbefugnis abzuleiten. Sie stellt auf andere Faktoren ab, nämlich das Innehaben eines Monopols für den Betrieb des öffentlichen Fernsprechnetzes und, als Folge hiervon, den bevorzugten Zugang zu allen Benutzern dieses Netzes. Auf diese Weise vermeidet sie es in ihrer Argumentation, der Zulassungsbefugnis eine „Doppelfunktion" zuzuweisen. Ich meine aber, daß man aufgrund Ihrer Rechtsprechung nicht umhin kann, eine solche Befugnis als Tatbestandsmerkmal einer beherrschenden Stellung anzusehen. In Ihrem Urteil vom 13. November 1975 in der Rechtssache General Motors[28] haben Sie ausgeführt, daß, wenn ein Mitgliedstaat die öffentlich-rechtliche Aufgabe der technischen Übereinstimmungsprüfung von Kraftfahrzeugen im Hinblick auf deren Zulassung zum Straßenverkehr in Form eines auf Rechtsvorschriften beruhenden Monopols auf den Hersteller oder dessen Beauftragten überträgt, diese Übertragung in Verbindung mit dem Umstand, daß es dem Hersteller oder Beauftragten überlassen ist, den Preis für seine Leistung frei festzusetzen, eine beherrschende Stellung begründet. Entsprechend haben Sie in Ihrem Urteil vom 11. November 1986 in der Rechtssache British Leyland[29] festgestellt, daß ein Kraftfahrzeughersteller, dem aufgrund der in einem Mitgliedstaat geltenden Rechtsvorschriften das Monopol für die Erteilung von Übereinstimmungsbescheinigungen für Fahrzeuge seiner Marke übertragen wurde, deren Vorlage Voraussetzung für die Zulassung dieser Fahrzeuge ist, wegen der insoweit bestehenden wirtschaftlichen Abhängigkeit der Händler eine beherrschende Stellung auf dem Markt der für diese Händler unentbehrlichen Dienstleistungen innehat.

36. Bedenkt man, daß das Erfordernis der Zulassung von Fernsprechgeräten einen Markt der für das Inverkehrbringen der Geräte durch die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer praktisch unentbehrlichen Dienstleistungen schafft, so scheint mir ziemlich klar zu sein, daß die gesetzliche Übertragung der ausschließlichen Befugnis zur Erteilung der Zulassung auf dasjenige öffentliche Unternehmen, das das Monopol für den Betrieb des Fernmeldenetzes innehat, diesem Unternehmen auf dem genannten Markt eine beherrschende Stellung verschafft. Ich meine aber, daß das ausschließliche Recht des öffentlichen Unternehmens, die Zulassung zu erteilen, angesichts der Stellung dieses Unternehmens als Verkäufer von Fernsprechgeräten überdies dazu beitragen könnte, dem Unternehmen auf einem anderen, vorliegend unmittelbar betroffenen Markt, nämlich dem des Vertriebs von Fernsprechgeräten, eine beherrschende Stellung zu verleihen.

37. Geht man von dieser Feststellung aus, so wird klar, daß die Übernahme der Auf-

28 — Rechtssache 26/75, Slg. 1975, 1367.

29 — Rechtssache 226/84, Slg. 1986, 3263.

fassung der Kommission, wonach die Übertragung der Zulassungsbefugnis unter Begleitumständen, wie sie bei der RTT vorliegen, den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung vorschreibt oder fördert, voraussetzen würde, daß man diese Übertragung zugleich als Tatbestandsmerkmal einer derartigen Stellung und als Mißbrauch dieser Stellung ansähe. Wir stoßen hier auf einen Bruch im Gedankengang der Kommission, der darauf hinausläuft, zwei Begriffe, die nach Ihrer Rechtsprechung unterschieden werden müssen, zu einem Begriff zusammenzuziehen.

38. Nach Ihrem Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache Hoffmann-La Roche liegt eine beherrschende Stellung vor, wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtstellung innehat, die

„[es] in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“ [30].

Im selben Urteil haben Sie den Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung als einen objektiven Begriff definiert, der

„die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung [erfaßt], die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf der der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“ [31].

Wie mir scheint, läßt sich aus dieser Begriffsbestimmung eine Unterscheidung zwischen der beherrschenden Stellung, die als eine Lage zu verstehen ist, die die *Möglichkeit* bietet, die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs zu behindern, und dem Mißbrauch dieser Stellung ableiten, der in einem *Verhalten* bestehen muß, durch das diese Aufrechterhaltung *tatsächlich* behindert wird.

39. Auch die Lehre ist bei der rechtlichen Definition des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung auf die Klarstellung bedacht, daß danach nicht die beherrschende Stellung als solche verboten ist, sondern ihr Mißbrauch. Wie Stoufflet und Chaput ausführen, ist die Tatsache, daß ein Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat, für sich allein nicht rechtswidrig; Artikel 86 verbiete nur die mißbräuchliche Ausnutzung einer solchen Stellung [32]. Diese Unterscheidung zwischen der beherrschenden Stellung und ihrer mißbräuchlichen Ausnutzung wird aus Ihrer Rechtsprechung deutlich: Die Feststellung eines Mißbrauchs erfordert ein nachhaltiges Verhalten des betroffenen Unternehmens, Handlungen, materielle Tatsachen oder rechtliche Maßnahmen. Dagegen stellt die Fähigkeit, sich mißbräuchlich zu verhalten oder Handlungen vorzunehmen, die einen Mißbrauch begründen, für sich allein keinen Mißbrauch dar.

30 — Rechtssache 85/76, Slg. 1979, 461, Randnr. 38.

31 — A. a. O., Randnr. 91.

32 — *Jurisclasseur de droit international public*, Communauté économique européenne, fascicule 164 G, n° 198.

40. So hat der Gerichtshof in den bereits angeführten Rechtssachen General Motors und British Leyland keinen Mißbrauch in der Tatsache erblickt, daß den betroffenen Herstellern vom Staat das ausschließliche Recht verliehen worden war, die Übereinstimmung der Fahrzeuge ihrer Marken zu kontrollieren, sondern dargelegt, daß die Art und Weise, in der von dieser Befugnis Gebrauch gemacht wird, insbesondere der Umstand, daß für diese Dienstleistungen Gebühren erhoben werden, die außer Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen, einen derartigen Mißbrauch darstellen kann [33]. Er hat damit klar zum Ausdruck gebracht, daß das Innehaben einer administrativen Kontrollbefugnis in den fraglichen Rechtssachen keinen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung begründete, daß aber die Art und Weise der Ausübung dieser Befugnis sich möglicherweise als ein solcher Mißbrauch darstellen konnte.

41. Auch Ihr Urteil in der Rechtssache Nouvelles frontières scheint mir nützliche Hinweise zu enthalten, obwohl es dort um die Vereinbarkeit eines in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Verfahrens mit Artikel 85 und nicht mit Artikel 86 ging. Sie sind damals zu dem Schluß gekommen, daß eine vom Staat erlassene Entscheidung über die Genehmigung von Flugtarifen gegen den Vertrag verstoßen kann, wenn die genehmigten Tarife

„das Ergebnis von Vereinbarungen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen oder abgestimmten Verhaltensweisen sind, die Artikel 85 zuwiderlaufen" [34],

was auch hier bedeutet, daß nicht das Genehmigungsverfahren als solches das Problem der Vereinbarkeit mit dem Vertrag aufwarf, sondern die konkreten Bedingungen, unter denen die Genehmigungsbefugnis in einem gegebenen Fall ausgeübt wurde.

42. Aufgrund dieser aus Ihrer Rechtsprechung abgeleiteten Überlegungen meine ich daher, daß die Übertragung der ausschließlichen Befugnis, die Fernsprechgeräte einem Zulassungsverfahren zu unterwerfen, um ihre Kompatibilität mit dem Netz prüfen zu können, auf ein öffentliches Unternehmen wie die RTT nicht in Widerspruch zu den Artikeln 90 und 86 EWG-Vertrag steht, auch wenn sich nicht ausschließen läßt, daß die Ausübung dieser Befugnis zum Mißbrauch einer beherrschenden Stellung führen kann. Räumt der Staat eine Zulassungsbefugnis ein, die nur bei Fehlgebrauch zum Mißbrauch einer beherrschenden Stellung führen kann, so scheint mir dies für sich allein keinen solchen Mißbrauch zu begründen.

43. Gewiß ist anzuerkennen, daß, wenn die in Rede stehende Zulassungsbefugnis einem öffentlichen Unternehmen übertragen wird, das auf dem Markt für Fernsprechgeräte selbst als Mitbewerber auftritt, größere Chancen für einen Fehlgebrauch, wenn man sich so ausdrücken darf, bestehen mögen. Muß man deswegen annehmen, daß angesichts einer solchen Steigerung bereits die Zuerkennung dieser Befugnis einen Mißbrauch der beherrschenden Stellung bedeutet? Ich glaube es nicht, denn es erscheint mir wichtig, daß die Unterscheidung zwischen einer beherrschenden Stellung und ihrer mißbräuchlichen Ausnutzung beibehalten wird und daß hiernach der Tatbestand des Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung lediglich Verhaltensweisen, positive Handlungen, umfaßt, nicht aber schon die bloße *Möglichkeit* derartiger Verhaltensweisen oder Handlungen.

33 — Rechtssachen 26/75 und 226/84, a. a. O.

34 — Verbundene Rechtssachen 209/84 bis 213/84, a. a. O., Randnr. 2.

44. Man muß im übrigen klar sehen, daß vom Standpunkt einer liberalen Rechtsauffassung aus die Gleichstellung der bloßen Möglichkeit eines verbotenen Verhaltens mit diesem Verhalten Probleme aufwirft. Mit einer solchen Gleichstellung geht man nämlich von einer repressiven Regelung, bei der der Beweis für das verbotene Verhalten erbracht werden muß, zu einer vorbeugenden Regelung über, bei der die Vermutung eines solchen Verhaltens genügt. Das ist meines Erachtens nicht statthaft. Aus diesem Grund bin ich der Ansicht, daß die Antwort dahin zu lauten hat, daß die Übertragung einer Zulassungsbefugnis für nicht von einem bestimmten Unternehmen der RTT gelieferte oder verkaufte Geräte auf eben dieses Unternehmen nicht für sich allein im Widerspruch zu den Artikeln 90 und 86 EWG-Vertrag steht, daß aber die Ausübung der Zulassungsbefugnis durch dieses Unternehmen zu anderen Zwecken als dem der Prüfung der Verträglichkeit mit dem Netz zu einem nach Artikel 86 EWG-Vertrag verbotenen Mißbrauchs einer beherrschenden Stellung führen kann, sofern die in dieser Bestimmung genannten Bedingungen, insbesondere was das Vorliegen einer beherrschenden Stellung auf einem bestimmten Markt überhaupt und die Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten betrifft, erfüllt sind.

45. Ich halte es nicht für notwendig, in die dem vorlegenden Gericht auf der Grundlage der Artikel 86 und 90 EWG-Vertrag zu erteilende Antwort einen ausdrücklichen Vorbehalt dahin gehend aufzunehmen, daß gegen die Ablehnung der Zulassung eine gerichtliche Klage gegeben sein muß. Wenn Sie nämlich meinen Vorschlägen für die Beantwortung der Fragen auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs folgen, so wäre ein solcher Vorbehalt weitgehend überflüssig. Folgen Sie ihnen nicht, so werden Sie es höchstwahrscheinlich nicht für notwendig halten, im Bereich der Artikel 86 und 90 einen Vorbehalt zu äußern. Außerdem scheint mir, daß die Überprüfung der Ausübung der Zulassungsbefugnis ihren Platz in der Beurteilung finden muß, die das vorlegende Gericht, vor dem der Mißbrauch einer beherrschenden Stellung geltend gemacht wird, aufgrund des gesamten Sachverhalts darüber abzugeben hat, ob ein solcher Mißbrauch vorliegt. Vielleicht sollte klargestellt werden, daß im Rahmen dieses Sachverhalts die etwaige technische Unangemessenheit der Zulassungskriterien und die etwaige Unbegründetheit der die Zulassung ablehnenden Entscheidungen zu berücksichtigen wären. Praktisch gesehen könnten die innerstaatlichen Gerichte, je nach den Besonderheiten der jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnung, sich veranlaßt sehen, ein Sachverständigengutachten einzuholen und gegebenenfalls die Verwaltungsgerichte mit Vorlagefragen zu befassen, wenn diese für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen ausschließlich zuständig sind und wenn die Zulassung und die Festsetzung technischer Spezifikationen in Form derartiger Entscheidungen erfolgen.

46. Abschließend beantrage ich, wie folgt für Recht zu erkennen:

1) Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, die einem öffentlichen Unternehmen, das das nationale Fernmeldenetz betreibt und Geräte verkauft, ein ausschließliches Recht einräumen, das sich als die Befugnis darstellt, über die Zulassung nicht von ihm gelieferter oder verkaufter Geräte zu befinden, damit es sich

anhand der von ihm festgesetzten technischen Spezifikationen davon überzeugen kann, daß diese Geräte an das Fernsprechnetz angeschlossen werden können, und die weiterhin vorsehen, daß die durch den Anschluß nichtzugelassener Geräte verursachten Kosten zu Lasten desjenigen gehen, der den Anschluß vorgenommen hat, verstoßen nicht gegen die Bestimmungen des EWG-Vertrages über den freien Warenverkehr, wenn sie die Möglichkeit gerichtlicher Klagen gegen Entscheidungen vorsehen, mit denen die Zulassung eines aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Geräts abgelehnt wird, wobei diese Klagen die Nachprüfung der den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern zur Kenntnis gebrachten Ablehnungsgründe gestatten müssen.

2) Derartige Rechtsvorschriften stehen auch nicht im Widerspruch zu den Artikeln 90 und 86 EWG-Vertrag, dies jedoch mit der Maßgabe, daß die Ausübung der Zulassungsbefugnis durch das öffentliche Unternehmen zu anderen Zwecken als zu dem der Prüfung der technischen Kompatibilität der Geräte mit dem Netz zu einem nach Artikel 86 verbotenen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung führen könnte, sofern alle in dieser Bestimmung aufgestellten Bedingungen erfüllt sind; es ist Sache der staatlichen Gerichte, vor denen ein solcher Mißbrauch geltend gemacht wird, anhand der Gesamtheit der Tatsachen — darunter gegebenenfalls der Unangemessenheit der technischen Spezifikationen und der Unbegründetheit von die Zulassung ablehnenden Entscheidungen — zu beurteilen, ob ein Mißbrauch vorliegt.