

SCHLUSSANTRÄGE DER FRAU GENERALANWALT
CHRISTINE STIX-HACKL
vom 28. Oktober 2004¹

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung	I - 4987
II — Rechtlicher Rahmen	I - 4989
A — Gemeinschaftsrecht	I - 4989
B — Nationales Recht	I - 4990
III — Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefragen	I - 4991
IV — Rechtliche Würdigung	I - 4993
A — Einführende Bemerkungen	I - 4993
1. Zu den Vorlagefragen	I - 4993
2. Zur Richtlinie 96/92	I - 4995
a) Wesentlicher Inhalt der Richtlinie	I - 4995
b) Zur Tragweite der Richtlinie	I - 4997
3. Zum Gang der Untersuchung	I - 4998
B — Zur zweiten Vorlagefrage hinsichtlich des Diskriminierungsverbots nach Artikel 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92	I - 4998
1. Zur Tragweite des Diskriminierungsverbots nach Artikel 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92	I - 4999
2. Zum Vorliegen einer Diskriminierung	I - 5000
a) Gemeinschaftsrechtliche Beurteilung von langjährigen Stromlieferungsverträgen	I - 5002
b) Zur in Rede stehenden prioritären Zuweisung von Einfuhrkapazitäten und ihrer Verhältnismäßigkeit	I - 5007

¹ — Originalsprache: Deutsch.

C — Zur ersten Vorlagefrage	I - 5010
1. Artikel 28 EG als Prüfungsmaßstab?	I - 5010
2. Zum gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht	I - 5013
a) Anwendungsbereich der Artikel 81 EG und 82 EG	I - 5013
b) Anwendungsbereich des Artikels 86 Absatz 1 EG	I - 5013
3. Prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten als Wettbewerbsfrage	I - 5014
V — Ergebnis	I - 5015

I — Einleitung

chen Rechten oblag, verfügten andere Mitgliedstaaten über zahlreiche private Erzeuger und Netzbetreiber mit territorial begrenzten Monopolen oder ohne solche, wobei der Öffnungsgrad der Märkte im Einzelnen unterschiedlich war³.

1. Die Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt² (im Folgenden: die Richtlinie oder Richtlinie 96/92) leitete eine zweite Stufe in der Liberalisierung des Elektrizitätsmarktes in der Gemeinschaft ein. Durch schrittweise Einführung eines Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten und Öffnung der nationalen Märkte sollte ein Elektrizitätsbinnenmarkt entstehen. Dabei war die Ausgangslage der Mitgliedstaaten offenbar sehr unterschiedlich: Während in einigen Mitgliedstaaten die Erzeugung, Übertragung und Verteilung der Elektrizität einem — meist staatlichen — vertikal integrierten Unternehmen mit ausschließli-

2. Die schrittweise Liberalisierung der nationalen Strommärkte ging im Wesentlichen über die Zulassung einer gewissen Konkurrenz — unter Trennung der Erzeugungs-, Transport- und Vertriebstätigkeiten — vor sich. Die Integration der nationalen Märkte zwecks Schaffung eines gemeinschaftlichen Strombinnenmarktes wirft ihrerseits spezifische Fragen auf, insbesondere im Hinblick auf die Interoperabilität der Netze sowie auf die Transport- und Verbundkapazitäten. Die Entstehung eines Binnenmarktes setzt einen entsprechenden Stromaustausch im Rahmen der bestehenden technischen Möglichkeiten

3 — Für einen Überblick siehe etwa Per Conradi Andersen, „Free movement of electricity: third party access and quantitative restrictions“, *Legal issues of European integration*, n°2 (1994), S. 51 ff.

zwischen den Mitgliedstaaten voraus. Gerade Kapazitätsengpässe beim Verbund der Netze können jedoch einer zwischenstaatlichen Übertragung des Stroms entgegenstehen.

3. Neben diesen grundsätzlichen Fragen wirft die mit der Richtlinie verfolgte Liberalisierung der Strommärkte generell teils komplexe Übergangsfragen auf⁴. Die Richtlinie selbst enthält in ihrem Artikel 24 eine Übergangsregelung hinsichtlich der Behandlung von Verpflichtungen und Betriebsgarantien in den Mitgliedstaaten, deren Erfüllung nach der Liberalisierung unsicher ist, und überträgt der Kommission insoweit weit reichende Befugnisse.

4. Im vorliegenden Fall soll der Gerichtshof eine wesentliche Übergangsfrage betreffend den Stromhandel zwischen Mitgliedstaaten klären und dabei gemeinschaftliche Vorgaben im Hinblick auf die Behandlung von — vor der Markttöffnung abgeschlossen — langjährigen Stromlieferungsverträgen nach der Markttöffnung klären.

4 — Es sei hier nur auf die Diskussion um die Finanzierung von so genannten „stranded costs“ hingewiesen, also von Kosten aus noch nicht refinanzierten Investitionen, die in der Vergangenheit im Vertrauen auf eine längerfristige Nutzung getätigt wurden. Da solche Kosten infolge der Markttöffnung nicht mehr verdient werden können, stellt sich u. a. die Frage, inwieweit sie beihilfefähig sind.

5. In den Niederlanden beherrschte bis zur Markttöffnung ein von vier regionalen Stromerzeugern gegründetes Unternehmen — namentlich die SEP — den Strommarkt. Dieses Unternehmen war mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden; dazu zählte auch die Gewährleistung der Versorgungssicherheit. Da die inländische Erzeugung den nationalen Bedarf nicht deckte und ein Ausbau der inländischen Erzeugungskapazitäten politisch nicht durchsetzbar war, schloss die SEP langjährige Stromlieferungsverträge mit ausländischen Anbietern ab. Die Laufzeit dieser Verträge erstreckt sich auch auf die Zeit nach der Markttöffnung. Da die Verbundkapazitäten in den Niederlanden — wie auch in anderen Mitgliedstaaten — begrenzt sind, sicherte der niederländische Gesetzgeber der SEP nach der Markttöffnung Vorrechte im Hinblick auf die Zuweisung von Einfuhrkapazitäten zu. Diese prioritäre Zuweisung nach der Markttöffnung ist Gegenstand des Ausgangsverfahrens. Die neuen Verteilerunternehmen sahen in der betreffenden nationalen Regelung eine Wettbewerbsverzerrung zu ihrem Nachteil und einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Richtlinie.

6. Der Gerichtshof wird daher im Wesentlichen zu entscheiden haben, ob und inwieweit die von der Richtlinie gewollte Markttöffnung — begleitet von der Errichtung eines gemeinschaftlichen Strombinnenmarktes — unter Berufung auf bestehende Verpflichtungen, die jedenfalls zum Zeitpunkt ihres Eingehens der Erfüllung von Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

dienten, verzögert werden kann. Diese Frage ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Entscheidungspraxis der Kommission bis dato im Wesentlichen ungeklärt geblieben; darüber hinaus ist hervorzuheben, dass es sich um eine Frage handelt, die letztlich für *alle* netzgebundenen Dienstleistungen relevant ist.

und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

II — Rechtlicher Rahmen

A — Gemeinschaftsrecht

7. Artikel 28 EG sieht vor:

„Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.“

8. Artikel 86 EG sieht auszugsweise vor:

„(1) Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12

(2) Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind ... gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, so weit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“

9. Artikel 7 der Richtlinie 96/92 befindet sich in deren Kapitel IV „Betrieb des Übertragungsnetzes“ und lautet auszugsweise wie folgt:

„(1) Die Mitgliedstaaten oder von diesen dazu aufgeforderte Unternehmen, die Eigentümer von Übertragungsnetzen sind, benennen für einen Zeitrahmen, den sie unter Effizienzerwägungen und unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Gleichgewichts festlegen, einen Netzbetreiber, der für den Betrieb, die Wartung sowie gegebenenfalls den Ausbau des Übertragungsnetzes in einem bestimmten Gebiet und der Verbindungsleitungen mit anderen Netzen verantwortlich ist und so die Versorgungssicherheit gewährleistet.

(2) Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass für den Anschluss an das Netz von

Erzeugungsanlagen, Verteilernetzen, Anlagen direkt angeschlossener Kunden, Verbindungsleitungen und Direktleitungen technische Vorschriften mit Mindestanforderungen betreffend Auslegung und Betrieb ausgearbeitet und veröffentlicht werden. Diese Anforderungen müssen die Interoperabilität der Netze sicherstellen und objektiv und nicht diskriminierend sein. ...

(3) Dem Netzbetreiber obliegt es, die Energieübertragung durch das Netz unter Berücksichtigung des Austauschs mit anderen Verbundnetzen zu regeln. ...

(4) Der Netzbetreiber liefert dem Betreiber eines anderen Netzes, mit dem sein eigenes Netz verbunden ist, ausreichende Informationen, um den sicheren und leistungsfähigen Betrieb, den koordinierten Ausbau und die Interoperabilität des Verbundsystems sicherzustellen.

(5) Der Netzbetreiber enthält sich jeglicher Diskriminierung gegenüber den Netzbenutzern oder den Kategorien von Netzbesuchern, insbesondere zugunsten seiner Tochterunternehmen oder Aktionäre.

...“

B — Nationales Recht

10. Artikel 8 der Elektrizitätsgesetz (Elektrizitätsgesetz) vom 16. November 1989 (im Folgenden: Gesetz von 1989) sah vor, dass eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu benennen war, die zusammen mit den Konzessionsinhabern gemäß Artikel 2 des Gesetzes dafür Sorge trägt, dass die öffentliche Stromversorgung zu so geringen Kosten wie möglich und in gesellschaftlich verantwortbarer Weise verlässlich und wirksam funktioniert.

11. Artikel 34 des Gesetzes von 1989 sah auch vor, dass das so benannte Unternehmen allein befugt war, Strom für die öffentliche Versorgung einzuführen.

12. Die Elektrizitätsgesetz vom 2. Juli 1998 (im Folgenden: Gesetz von 1998) diente der Umsetzung der Richtlinie 96/92 und hob das Gesetz von 1989 auf.

13. Artikel 24 des Gesetzes von 1998 verpflichtet den Netzbetreiber dazu, sich jeder Form der diskriminierenden Unterscheidung gegenüber Netzbenutzern zu enthalten.

14. Die Aufsicht über den Betrieb der Netze und die Netzbetreiber wurde nach dem

Gesetz von 1998 dem Direktor vom Dienst uitvoering en toezicht energie (Dienststelle für die Durchführung und die Aufsicht der Energieversorgung, im Folgenden: DTE) anvertraut. Diesem Direktor überträgt Artikel 36 des Gesetzes von 1998 die Aufgabe, u. a. die Bedingungen für den Zugang zu den Netzen festzulegen.

höchstens 900 MW und vom 1. April 2005 bis 31. März 2009 höchstens 750 MW für den Transport von Elektrizität zu, wenn dieser Transport der Durchführung der 1989 und 1990 zwischen der benannten Gesellschaft einerseits und Electricité de France, PreussenElektra AG bzw. Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG andererseits geschlossenen Vereinbarungen in deren Fassung vom 1. August 1998, und soweit diese Vereinbarungen noch gelten, dient.

15. Entsprechend dieser Bestimmung hat der DTE am 12. November 1999 die Bedingungen für den Netzbetrieb (im Folgenden: Netcode) festgelegt.

...“

16. Die Artikel 5.6.4. und 5.6.7. des Netcode weisen der gemäß Artikel 34 des Gesetzes von 1989 benannten Gesellschaft aufgrund von Einfuhrverpflichtungen aus langfristigen Vereinbarungen im Hinblick auf grenzüberschreitende Transporte im Jahr 2000 Einfuhrkapazitäten für Stromtransporte vorrangig zu.

III — Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefragen

17. Artikel 13 Absatz 1 der Overgangswet elektriciteitsproductiesector vom 21. Dezember 2001 (Übergangsgesetz für den Sektor der Stromerzeugung, im Folgenden: Übergangsgesetz von 2001) lautet auszugsweise wie folgt:

18. Die NV Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (im Folgenden: SEP) wird von den vier regionalen niederländischen Stromerzeugern kontrolliert. In Ausführung des Artikels 34 des Gesetzes von 1989 wurde die SEP durch Ministerialerlass vom 20. März 1990 als einzige Gesellschaft zur Einfuhr von Strom für die öffentliche Versorgung ermächtigt.

„Der Betreiber des nationalen Hochspannungsnetzes weist der benannten Gesellschaft auf Antrag bis 31. März 2005

19. Im Rahmen der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die die SEP gemäß Artikel 2 des Gesetzes von 1989 zu

erbringen hatte, und zur Deckung des Strombedarfs der Niederlande hat sie 1989 und 1990 mehrjährige Stromabnahmeverträge mit der Vereinigten Elektrizitätswerke Westfalen AG, der Electricité de France und der PreussenElektra AG abgeschlossen. Der Vertrag mit der längsten Laufzeit endet 2009.

20. In Durchführung des Gesetzes von 1998 übertrug die SEP den Betrieb des größten Teils des nationalen Hochspannungsnetzes einer Tochtergesellschaft, der TenneT BV, sowie das Eigentum an diesem Hochspannungsnetz einer weiteren Tochtergesellschaft, der Sarrane BV. Sodann verkaufte die SEP ihre Anteile an diesen beiden Tochtergesellschaften an den niederländischen Staat.

21. Die entsprechend dem Netcode vom 12. November 1999 vorrangige Zuweisung von Kapazität für den Transport von Elektrizität über grenzüberschreitende Netze an die SEP wurde von der Vereniging voor Energie, Milieu en Water, von Amsterdam Power Exchange Spotmarket BV sowie von NV Eneco (im Folgenden: Klägerinnen) in Widersprüchen beim DTE gerügt.

22. Der DTE hat diese Widersprüche durch Bescheid vom 17. Juli 2000 als unbegründet zurückgewiesen.

23. Die Klägerinnen haben gegen diesen Bescheid eine Klage beim College van

Beroep voor het bedrijfsleven eingereicht und machen insbesondere geltend, dass die Reservierung von Einfuhrkapazitäten für die Stromabnahmeverträge der SEP, die nach der Marktöffnung durch das Gesetz von 1998 keine Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mehr erbringe, gegen das Diskriminierungsverbot sowohl der Richtlinie als auch des Gesetzes von 1998 verstoße. Darüber hinaus handle es sich entgegen der Artikel 28 EG, 81 EG, 82 EG und 86 EG um eine unzulässige Einschränkung des freien Stromverkehrs. Die Zuteilungsmethode des Netcode müsse darüber hinaus als technische Vorschrift betrachtet werden und hätte daher gemäß der Richtlinie 83/189/EWG⁵ der Kommission zur Kenntnis gebracht werden müssen.

24. Vor diesem Hintergrund ersucht das College den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften um Vorabentscheidung über folgende Fragen:

1. a) Kann Artikel 86 Absatz 2 EG herangezogen werden, um zu rechtfertigen, dass einem Unternehmen, das vorher mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut war und im Rahmen dieser Dienstleistung bestimmte Verpflichtungen eingegangen ist, nach der Beendigung der ihm

5 — Richtlinie des Rates vom 28. März 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. L 109, S. 8).

anvertrauten besonderen Aufgabe noch ein besonderes Recht zu dem Zweck zugebilligt wird, diese Verpflichtungen abwickeln zu können?

Ist bejahendenfalls eine Zuteilungsmethode in Bezug auf die grenzüberschreitende Transportkapazität für Strom als technische Vorschrift im Sinne der erwähnten Bestimmung zu betrachten?

b) Ist bejahendenfalls eine Regelung, die für einen Zeitraum von zehn Jahren die vorrangige Zubilligung von (abnehmend) der Hälfte bis zu einem Viertel der grenzüberschreitenden Transportkapazität für Strom an das betreffende Unternehmen vorsieht, dennoch ungültig, da sie

b) Ist, falls die Zuteilungsmethode als technische Vorschrift zu betrachten ist oder sich Artikel 7 Absatz 5 der Elektrizitätsrichtlinie nicht auf technische Vorschriften beschränkt, eine Regelung, durch die vorrangig grenzüberschreitende Transportkapazität für im Rahmen einer besonderen öffentlichen Aufgabe geschlossene Verträge zur Verfügung gestellt wird, mit dem Diskriminierungsverbot dieses Artikels vereinbar?

1. nicht im angemessenen Verhältnis zu dem — öffentlichen — Interesse steht, dem damit gedient wird;

IV — Rechtliche Würdigung

2. den Handelsverkehr in einem Ausmaß beeinflusst, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft?

A — Einführende Bemerkungen

1. Zu den Vorlagefragen

II. a) Ist Artikel 7 Absatz 5 der Elektrizitätsrichtlinie so auszulegen, dass das darin geregelte Diskriminierungsverbot auf den Auftrag an den Netzbetreiber beschränkt ist, sich einer Unterscheidung bei der Gewährung des Zugangs zum Netz mittels technischer Vorschriften zu enthalten?

25. Mit der ersten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen erfahren, unter welchen Bedingungen Artikel 86 Absatz 2 EG herangezogen werden kann, wenn ein Unternehmen besondere Rechte erhält und das Gemeinschaftsrecht diesen

Rechten möglicherweise entgegensteht. Dieser Frage liegt somit die Annahme zugrunde, dass das Gemeinschaftsrecht der prioritären Zuweisung von Stromeinfuhrkapazitäten grundsätzlich entgegensteht. Das vorlegende Gericht nennt in den Erwägungen im Vorlagebeschluss Artikel 28 EG, Artikel 81 EG und Artikel 82 EG.

26. Obwohl das vorlegende Gericht nicht um eine Auslegung dieser Bestimmungen ersucht, gingen die französische Regierung in ihrer schriftlichen Stellungnahme und einige andere Beteiligte in der mündlichen Verhandlung auf die diesbezüglichen Annahmen des vorlegenden Gerichts ein.

27. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes⁶ ist es Sache des vorlegenden Gerichts, über die Erheblichkeit des Vorabentscheidungsersuchens zu befinden. Bei eventuellen Zweifeln darüber, ob die Fragen im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung des Falles richtig gestellt sind, kann der Gerichtshof gegebenenfalls die Fragen umformulieren⁷. Eine Grenze hat diese Befugnis des Gerichtshofes allerdings dort zu finden, wo er „rechtliche Gesichtspunkte hinzufügen könnte, die im Vorlage-

beschluss überhaupt nicht angesprochen wurden und die, wie sich aus den dem Gerichtshof vorliegenden Akten ergibt, im Ausgangsverfahren nicht erörtert wurden“⁸.

28. Im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass sowohl Artikel 28 EG als auch Artikel 81 EG und 82 EG vor dem nationalen Richter erörtert worden sind. Dem Vorlagebeschluss ist nämlich zu entnehmen, dass — sogar — nicht ernsthaft bestritten wurde, dass die genannten Bestimmungen der in Rede stehenden nationalen Regelung entgegenstehen⁹. Nach meinem Dafürhalten geht es in der vorliegenden Rechtssache jedoch weniger darum, die Annahmen des vorlegenden Gerichts in Frage zu stellen oder zu bestätigen, sondern vielmehr darum, inwieweit der Gerichtshof sich auf die betreffenden Vertragsvorschriften stützen muss, um dem nationalen Richter eine sachdienliche Antwort zu geben. Unter diesem Gesichtspunkt ist auf die Artikel 28 EG, 81 EG und 82 EG auch hier einzugehen.

29. Die zweite Vorlagefrage betrifft im Wesentlichen Inhalt und Tragweite des Diskriminierungsverbots in Artikel 7 Absatz 5 der Richtlinie. Durch diese Frage soll zunächst geklärt werden, ob das Diskriminierungsver-

6 — Urteile vom 6. Dezember 2001 in der Rechtssache C-472/99 (Clean Car Autoservice, Slg. 2001, I-9687, Randnr. 13) und vom 7. Januar 2003 in der Rechtssache C-306/99 (Banque internationale pour l'Afrique occidentale [BIAO], Slg. 2003, I-1, Randnr. 88).

7 — Unter allen Umständen versucht der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung dem vorlegenden Gericht nützliche Hinweise für die Beurteilung des vor ihm anhängigen Rechtsstreits zu geben. Siehe insoweit z. B. die Urteile vom 4. Juli 2000 in der Rechtssache C-424/97 (Haim, Slg. 2000, I-5123, Randnr. 58) und vom 12. September 2000 in der Rechtssache C-366/98 (Geffroy, Slg. 2000, I-6579, Randnr. 20).

8 — Siehe etwa in diesem Sinne die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs vom 13. März 2003 in der Rechtssache C-207/01 (Altair Chimica, Urteil vom 11. September 2003, Slg. 2003, I-8875, Nr. 31).

9 — Siehe etwa den Vorlagebeschluss, S. 15: „Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass diese Bestimmung [die vorrangige Zuweisung von Transportkapazitäten] eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 28 EG bilde[t]. Ferner wird die Ansicht der Klägerinnen, dass die erwähnten Bestimmungen auch gegen eine Reihe anderer Artikel des Vertrages verstießen, nicht ausdrücklich bestritten.“

bot auf technische Normen beschränkt ist; sollte dies nicht der Fall sein — oder sollten die streitigen Bestimmungen des Netcode zur prioritären Zuweisung von Einfuhrkapazitäten als technische Normen einzustufen sein —, wäre sodann zu prüfen, inwieweit die Gewährung von Sonderrechten zwecks Erfüllung der langjährigen Stromabnahmeverträge als Diskriminierung der sonstigen Marktteilnehmer anzusehen ist.

2. Zur Richtlinie 96/92

30. Da der Gerichtshof noch keine Gelegenheit hatte, die Richtlinie 96/92 auszulegen, ist in der gebotenen Kürze auf ihren wesentlichen Inhalt und ihre Tragweite einzugehen.

a) Wesentlicher Inhalt der Richtlinie

31. Nach den Richtlinien 90/547/EWG¹⁰ und 90/377/EWG¹¹ stellt die Richtlinie

96/92 einen zweiten Schritt in Richtung Liberalisierung der nationalen Strommärkte und Schaffung eines Strombinnenmarktes dar¹².

32. Diese Ziele werden einerseits durch eine Trennung der Erzeugungs-, Transport- und Vertriebstätigkeiten — die so genannte Entflechtung bzw. Unbundling —, andererseits durch Gewährung eines regulierten Zugangs zu den entsprechenden Tätigkeiten verfolgt.

33. Für den Bau neuer Erzeugungsanlagen können die Mitgliedstaaten zwischen einem Genehmigungsverfahren und/oder einem Ausschreibungsverfahren wählen, wobei in beiden Fällen „objektive, transparente und nichtdiskriminierende Kriterien“ anzuwenden sind¹³.

34. Hinsichtlich der Netzbenutzung enthält die Richtlinie Bestimmungen zum Betrieb des Übertragungsnetzes, zum Betrieb des Verteilernetzes und zur Marktorganisation im Zusammenhang mit dem Netzzugang.

10 — Richtlinie des Rates vom 29. Oktober 1990 über den Transit von Elektrizitätslieferungen über große Netze (ABl. L 313, S. 30).

11 — Richtlinie des Rates vom 29. Juni 1990 zur Einführung eines gemeinschaftlichen Verfahrens zur Gewährleistung der Transparenz der vom industriellen Endverbraucher zu zahlenden Gas- und Strompreise (ABl. L 185, S. 16).

12 — Zur Richtlinie 96/92, siehe insbesondere die Kommentare von Pfrang, *Towards Liberalisation of the European Electricity Markets: The Directive concerning Common Rules for an Internal Market in Electricity in the Frame of the Competition and Internal Market Rules of the EC-Treaty*, Frankfurt 1999, sowie von Lagondet, *Du dogme du marché intérieur à la négociation sur le service public — à propos de la directive Électricité*, Europe n° 5 (1997), S. 4.

13 — Artikel 4 der Richtlinie 96/92.

35. Im Hinblick auf den Netzzugang sieht die Richtlinie in ihren Artikeln 17 und 18 zwei als gleichwertig geltende Systeme vor, die „nach objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Kriterien“ zu handhaben sind¹⁴. Als Folge eines politischen Kompromisses können die Mitgliedstaaten zwischen einem Netzzugang auf Vertragsbasis (Artikel 17) und einem Alleinabnehmer-system (Artikel 18) wählen. Während im ersten System die Elektrizitätserzeuger, gegebenenfalls die Elektrizitätsversorgungsunternehmen und die zugelassenen Kunden zwecks Abschluss von Lieferverträgen einen Netzzugang vertraglich aushandeln können, setzt das zweite System die Vermittlung durch den Alleinabnehmer voraus. Artikel 19 nennt zeitlich gestaffelte verbindliche Ziele im Hinblick auf den Grad der erreichten Marktöffnung.

36. Der Betrieb des Übertragungsnetzes wird einem vom jeweiligen Mitgliedstaat benannten Netzbetreiber anvertraut¹⁵. Dessen Aufgabe besteht darin, „für den Betrieb, die Wartung sowie gegebenenfalls den Ausbau des Übertragungsnetzes in einem bestimmten Gebiet und der Verbindungsleistungen mit anderen Netzen“ zu sorgen und so die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Die Richtlinie legt auch Grundsätze für das Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Benutzern — darunter den hier in Rede stehenden Verteilern — fest.

37. Im Rahmen des Betriebes des Verteilernetzes¹⁶ verdient die Möglichkeit, den Verteilern die Verpflichtung aufzuerlegen,

Kunden in einem bestimmten Gebiet zu vorgegebenen Preisen zu beliefern — im Sinne einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse —, eine besondere Erwähnung¹⁷. Auch hier ist ein verantwortlicher Netzbetreiber zu benennen.

38. Zu den Kernbestimmungen der Richtlinie gehört ihr Artikel 3, welcher in seinen Absätzen 2 und 3 den Regelungsgehalt des Artikels 86 Absatz 2 EG für den Stromsektor im Wesentlichen rezipiert. Nach dieser Bestimmung können die Mitgliedstaaten — unbenommen ihrer Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag — „den Elektrizitätsunternehmen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Allgemeininteresse auferlegen, die sich auf die Sicherheit, einschließlich der Versorgungssicherheit, die Regelmäßigkeit, die Qualität und den Preis der Lieferungen sowie auf den Umweltschutz beziehen können“. Diese Bestimmung sieht weiters vor, dass diese Verpflichtungen „klar definiert, transparent, nichtdiskriminierend und überprüfbar sein“ müssen.

39. Artikel 3 Absatz 3 stellt klar, dass ein Teil der Richtlinienbestimmungen unanwendbar bleiben kann, so weit „ihre Anwendung die Erfüllung der den Elektrizitätsunternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen de jure oder de facto verhindern würde und so weit die

14 — Artikel 16 2. Satz der Richtlinie 96/92.

15 — Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 96/92.

16 — Artikel 10 bis 12 der Richtlinie 96/92.

17 — Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie 96/92.

Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft“.

b) Zur Tragweite der Richtlinie

40. Die von der Richtlinie bewirkte Liberalisierung ist in mehrfacher Hinsicht unvollkommen¹⁸.

41. Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Marktöffnung nur gewissen Marktteilnehmern vorbehalten wurde. Aus Artikel 19 der Richtlinie ergibt sich nämlich, dass die Mitgliedstaaten nur in Bezug auf bestimmte Kunden verpflichtet sind, ihre Märkte zu öffnen¹⁹. Nur diese zugelassenen Kunden können entsprechend den Bestimmungen der Richtlinie Elektrizitäts-Lieferverträge abschließen.

42. Weiters verschafft der allgemeine Service-Public-Vorbehalt des Artikels 3 der

Richtlinie den Mitgliedstaaten weit reichende Möglichkeiten, die Kernbestimmungen der Richtlinie nicht anzuwenden. Artikel 3 Absatz 3 ermöglicht unter den genannten Voraussetzungen die Nicht-Anwendung der Regelungen der Artikel 5, 6, 17, 18 und 21. Es handelt sich hierbei um die zentralen Liberalisierungsbestimmungen der Richtlinie zur Stromerzeugung einerseits und zum Netzzugang andererseits²⁰.

43. Die Richtlinienbestimmungen zum Betrieb der Übertragungsnetze — insbesondere Artikel 7 der Richtlinie — werden hingegen durch Artikel 3 nicht zur Disposition gestellt, sodass zweifelhaft erscheint, ob Ausnahmen von diesen Bestimmungen unter Verweis auf das Bestehen von gemeinwohlorientierten Verpflichtungen zugelassen werden können.

44. In Anbetracht all dessen ist es nur folgerichtig, wenn der 39. Erwägungsgrund zur Richtlinie darauf hinweist, dass „[a]lle diese Maßnahmen ... eine weitere Liberalisierungsstufe dar[stellen]“, wobei „... auch nach ihrer Durchführung ... jedoch Hemmnisse für den Elektrizitätshandel zwischen den Mitgliedstaaten fortbestehen“ werden²¹.

18 — Wie auch die Verabschiedung der weiter gehenden Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG — Erklärungen zu Stilllegungen und Abfallbewirtschaftungsmaßnahmen (ABl. L 176, S. 37) belegt.

19 — Hinsichtlich der Endverbraucher sind gemäß Artikel 19 Absatz 3 der Richtlinie alle Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 GW/h in die Kategorie der zugelassenen Kunden einzubeziehen.

20 — Artikel 21 enthält Vorgaben für die Genehmigung zur Errichtung von Direktleitungen.

21 — Siehe auch insoweit das Urteil vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98 (PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 78).

3. Zum Gang der Untersuchung

45. Der von der Kommission favorisierte Ansatz einer vorrangigen Prüfung der sekundärrechtlichen Bestimmungen erscheint methodologisch richtig, da es sich bei der Richtlinie 96/92 um eine Liberalisierungsrichtlinie handelt. Es ist daher zunächst auf die zweite Vorlagefrage betreffend die Auslegung der Richtlinie 96/92 einzugehen. Allerdings bleibt Primärrecht insofern relevant, als eine Richtlinie keine primärrechtlichen Vorgaben außer Kraft setzen kann²². Primärrecht ist weiters als Prüfungsmaßstab heranzuziehen, wo keine Harmonisierung aufgrund der Richtlinie stattgefunden hat.

46. Hinsichtlich der ersten Vorlagefrage erscheint die Frage der Anwendbarkeit des Artikels 86 Absatz 2 EG untrennbar mit der Vorfrage des Vorliegens von Gemeinschaftsrechtsverletzungen aufgrund der in Rede stehenden nationalen Regelung verknüpft.

47. Hinsichtlich Artikel 28 EG hängt die Notwendigkeit einer gesonderten Prüfung im Wesentlichen von der Tragweite des in Rede stehenden sekundärrechtlichen Diskriminierungsverbots ab.

22 — Siehe insoweit auch den dritten Erwägungsgrund der Richtlinie, wonach „[d]ie uneingeschränkte Anwendung der Bestimmungen des Vertrags, insbesondere der Bestimmungen über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ... durch diese Richtlinie nicht berührt“ wird.

48. Im Hinblick auf die vom nationalen Richter im Vorlagebeschluss zitierten Bestimmungen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts — Artikel 81 EG und 82 EG — ist weiters jedenfalls vorab zu untersuchen, welche Bedeutung dem Umstand beizumessen ist, dass die beim Netzzugang gewährte Priorität für langjährige „Altverträge“ auf einer gesetzlichen Grundlage beruht.

B — Zur zweiten Vorlagefrage hinsichtlich des Diskriminierungsverbots nach Artikel 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92

49. Die Frage nach einer Verletzung des Diskriminierungsverbots nach Artikel 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92 aufgrund der in Rede stehenden nationalen Regelung gliedert sich in zwei Unterfragen. Zunächst soll der Gerichtshof klären, ob dieses Verbot auf den Bereich der technischen Vorschriften begrenzt ist. Inzident ist dabei zu prüfen, ob die prioritäre Zuweisung von Transportkapazitäten eine technische Vorschrift darstellt. Ist Letzteres zu verneinen oder beansprucht das Diskriminierungsverbot allgemeine Geltung, wäre sodann zu untersuchen, inwiefern die in Rede stehende nationale Regelung das Diskriminierungsverbot verletzt.

1. Zur Tragweite des Diskriminierungsverbots nach Artikel 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92

50. Nach Artikel 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92 soll sich der Netzbetreiber jeglicher Diskriminierung gegenüber den Netzbenutzern oder den Kategorien von Netzbesuchern, insbesondere zugunsten seiner Tochterunternehmen oder Aktionäre, enthalten.

51. Weder Wortlaut, noch Systematik, noch Sinn und Zweck dieser Bestimmung legen die Ansicht nahe, dass das in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommende Diskriminierungsverbot auf technische Vorschriften begrenzt ist.

52. Das Diskriminierungsverbot des Artikels 7 Absatz 5 ist schon allein nach seinem Wortlaut nicht auf technische Vorschriften beschränkt. In diesem Zusammenhang — und um kurz auf die subsidiäre Frage des vorliegenden Gerichts einzugehen — ist anzumerken, dass die prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten schwerlich als technische Vorschrift angesehen werden kann. Es handelt sich vielmehr um eine betriebliche Entscheidung des Netzbetreibers, die mit technischen Gesichtspunkten nichts zu tun hat. Eine solche Zuweisung stellt eine Methode zur Verteilung der — aus netztechnischen Gründen begrenzten — vorhandenen Kapazität dar; die prioritäre Zuweisung eines Teils dieser Kapazität ist jedoch nicht technisch, sondern wirtschaftlich oder rechtlich bedingt — hier eben durch das

Vorhandensein von langjährigen Stromabnahmeverträgen. Das Ausgangsverfahren verdeutlicht diesen Hintergrund: Problematisch ist dort nicht etwa die begrenzte Kapazität — sondern die zur Verteilung dieser Kapazität herangezogenen Kriterien.

53. Das vorliegende Gericht bemerkt zwar zu Recht, dass Artikel 7 Absatz 2 den Mitgliedstaaten die Pflicht auferlegt, technische Vorschriften mit Mindestanforderungen betreffend Auslegung und Betrieb für den Anschluss an das Netz von Erzeugungsanlagen, Verteilernetzen, Anlagen direkt angeschlossener Kunden, Verbindungsleitungen und Direktleitungen auszuarbeiten, wobei diese Anforderungen — nach Artikel 7 Absatz 2 Satz 2 — die Interoperabilität der Netze sicherstellen und objektiv und nicht-diskriminierend sein müssen. Wenn aber Artikel 7 Absatz 2 Satz 2 bereits ein auf solche technische Vorschriften zugeschnittenes Diskriminierungsverbot enthält, ist nicht ersichtlich, warum das Verbot in Absatz 5 derselben Bestimmung wiederum nur auf technische Vorschriften beschränkt sein sollte, was auf eine unnötige Wiederholung des Verbots hinausliefe.

54. Zwar steht Artikel 7 Absatz 5 in Kapitel IV der Richtlinie betreffend den „Betrieb des Übertragungsnetzes“, es ist aber ein wesentliches Anliegen der Richtlinie 96/92, jegliche Diskriminierung zwischen den Marktteilnehmern zu vermeiden. Bereits

Artikel 3 der Richtlinie als allgemeine Vorschrift für die Organisation des Sektors stellt klar, dass die Mitgliedstaaten u. a. dafür Sorge zu tragen haben, dass „... hinsichtlich der Rechte und Pflichten allen Unternehmen die gleiche Behandlung zuteil wird“²³. Es zeigt sich also, dass das Diskriminierungsverbot an zahlreichen Stellen der Richtlinie einen Niederschlag gefunden hat und somit allgemeine Geltung beansprucht. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Marköffnung letztlich nur dann gelingen kann, wenn Marktteilnehmer nicht aufgrund von diskriminierenden Praktiken am Marktzugang gehindert werden.

2. Zum Vorliegen einer Diskriminierung

55. Das Diskriminierungsverbot des Artikels 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92 ist offenbar ein besonderer Ausdruck des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, der besagt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht

gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, dass dies objektiv gerechtfertigt ist²⁴.

56. Die B.V. Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor (im Folgenden: NEA), als Rechtsnachfolgerin der SEP, insoweit durch die niederländische und die französische Regierung unterstützt, macht im Wesentlichen geltend, dass die unterschiedliche Behandlung der Marktteilnehmer im Hinblick auf die Zuteilung von Transportkapazitäten insofern keine Ungleichbehandlung darstellt, als die SEP einerseits und die übrigen Marktteilnehmer andererseits sich nicht in derselben oder in einer vergleichbaren Lage befinden würden. NEA als Rechtsnachfolgerin der SEP weist in diesem Zusammenhang auf die vor der Liberalisierung abgeschlossenen langjährigen Stromabnahmeverträge und die darin enthaltenen Abnahmeverpflichtungen hin, die letztlich auf eine politische Entscheidung der damaligen Regierung zurückzuführen seien²⁵. Ferner ergebe sich die unterschiedliche Lage daraus, dass die SEP zum Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut gewesen sei, wobei die Vertragsabschlüsse gerade zur Erfüllung dieser besonderen Aufgaben erforderlich gewesen waren.

23 — Der Verzicht auf diskriminierende Kriterien wird von der Richtlinie in Bezug auf die Auswahl von Unternehmen für den Bau von neuen Erzeugungsanlagen (Artikel 4), in Bezug auf die Einspeisung aus den Erzeugungsanlagen (Artikel 8 Absatz 2), in Bezug auf die Gewährung des Netzzugangs (Artikel 16) und in Bezug auf die Genehmigung zur Errichtung von Direktleitungen (Artikel 21 Absatz 2) gefordert. Nicht nur der Betreiber des Übertragungsnetzes hat sich jeglicher Diskriminierung zu enthalten (Artikel 7 Absatz 5), sondern auch der Betreiber des Verteilernetzes (Artikel 11 Absatz 2). Die von der Richtlinie auferlegte getrennte Buchführung im Rahmen der Entflechtungsbestimmungen dient nach Artikel 14 Absatz 3 der „Vermeidung von Diskriminierungen, Quersubventionen und Wettbewerbsverzerrungen“.

24 — Zu dieser Definition siehe nur das Urteil vom 9. September 2003 in der Rechtssache C-137/00 (Milk Marque, Slg. 2003, I-7975, Randnr. 126). Siehe auch u. a. die Urteile vom 20. September 1988 in der Rechtssache 203/86 (Spanien/Rat, Slg. 1988, 4563, Randnr. 25), vom 17. April 1997 in der Rechtssache C-15/95 (EARL de Kerlast, Slg. 1997, I-1961, Randnr. 35), vom 13. April 2000 in der Rechtssache C-292/97 (Karlsson u. a., Slg. 2000, I-2737, Randnr. 39) und vom 6. März 2003 in der Rechtssache C-14/01 (Niemann, Slg. 2003, I-2279, Randnr. 49).

25 — Es wird in diesem Zusammenhang geltend gemacht, dass langjährige Stromabnahmeverträge rechtlich als Ersatz für die Schaffung von zusätzlichen Stromerzeugungskapazitäten zu behandeln sind.

Dadurch hebe sich die Lage der SEP von der ihrer Konkurrenten ab, da jene nicht mit solchen besonderen Aufgaben betraut worden waren. Schließlich seien die Anteilseigner der SEP anlässlich der Markttöffnung mit *stranded costs* belastet worden.

57. Diese Argumente, insoweit sie sachlich richtig sind, vermögen nicht zu überzeugen, und zwar aus grundsätzlichen methodologischen Überlegungen. Die Vergleichbarkeit der Lage der SEP bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin NEA einerseits und der Klägerinnen andererseits ist nämlich im Hinblick auf die von der Richtlinie bezweckte — und getätigte — Markttöffnung zu würdigen. Die Frage ist nämlich nicht, ob beide Marktteilnehmerkategorien aufgrund ihrer jeweiligen Vergangenheit unterschiedliche Ausgangspositionen aufweisen, sondern vielmehr, ob unter der Liberalisierungsrichtlinie — namentlich der Richtlinie 96/92 — eine Differenzierung von Gesetzes wegen überhaupt zulässig ist.

58. Im Rahmen der Liberalisierung von netzgebundenen Wirtschaftszweigen, wie etwa dem Stromsektor, ist der nicht diskriminierende Zugang — sprich die Gewährung eines Zugangs nach objektiven und transparenten Kriterien²⁶ — geradezu unum-

gänglich. Jede Differenzierung zwischen den Marktteilnehmern ist geeignet, den Marktzugang bestimmter Marktteilnehmer ernsthaft zu gefährden, wenn nicht gänzlich zu verhindern, was wiederum dem Liberalisierungsziel abträglich erscheint. Der Ausgangsfall verdeutlicht diese Problematik: Die prioritäre Zuweisung von Transportkapazitäten zwecks Erfüllung von langjährigen Stromabnahmeverträgen erscheint geeignet, den Zugang weiterer Verteilerunternehmen zum transnationalen Übertragungsnetz zumindest erheblich zu erschweren²⁷. Wenn das Geschäftsmodell letzterer Unternehmen darauf beruht, im Vergleich zum nationalen Markt günstiger Strom aus dem Ausland einzuführen und zu vertreiben, wird der Raum für einen Kostenwettbewerb auf dem fraglichen Verteilermarkt erheblich eingeengt.

59. So weit eine Einengung dieses von der Richtlinie erwünschten Wettbewerbs hier tatsächlich stattfindet, sind folglich die Gründe hierfür daraufhin zu prüfen, inwieweit sie eine objektive Rechtfertigung einer festgestellten, aus der Einengung resultierenden Ungleichbehandlung zwischen den Marktteilnehmern liefern. Die von NEA genannten Umstände könnten insoweit

26 — Vgl. die Nr. 2 des Anhangs zur Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel (ABl. L 176, S. 1, im Folgenden: Verordnung Nr. 1228/2003): „Die Übertragungsnetzbetreiber oder gegebenenfalls die Mitgliedstaaten müssen nicht diskriminierende und transparente Standards festlegen, in denen angegeben ist, welche Engpassmanagementmethoden sie unter welchen Gegebenheiten anwenden werden“ (unsere Hervorhebung).

27 — Siehe auch im Erdgassektor den 13. Erwägungsgrund zur (nicht mehr rechtskräftigen) Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (ABl. L 204, S. 1): „Langfristige Planung kann eines der Mittel sein, um diese gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu erfüllen, wobei der Möglichkeit Rechnung zu tragen ist, dass Dritte Zugang zu dem Netz erhalten wollen.“

sachliche Gründe darstellen, die eine Differenzierung objektiv rechtfertigen könnten.

Rechtfertigung setzt aber damit voraus, dass das Gemeinschaftsrecht der Aufrechterhaltung der in Rede stehenden langjährigen Verträge auch nach Inkrafttreten der Richtlinie 96/92 nicht entgegensteht und dass die Privilegierung nicht über das — für die Erreichung des durch sie angestrebten Zwecks — erforderliche Maß hinausgeht²⁸.

60. Vorauszuschicken ist jedoch, dass keiner der genannten Umstände für sich alleine betrachtet als sachlicher Differenzierungsgrund anzusehen ist. Die Gewährung einer prioritären Zuweisung von Einfuhrkapazitäten kann in einem liberalisierten Markt für sich alleine durch den Fortbestand von langjährigen Stromabnahmeverträgen nicht gerechtfertigt werden. Ebenso wenig kann alleine auf die Wahrnehmung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse verwiesen werden, da diese jedenfalls zum Zeitpunkt der Gewährung des Rechts auf prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten nicht mehr bestanden.

a) Gemeinschaftsrechtliche Beurteilung von langjährigen Stromlieferungsverträgen

61. Eine objektive Rechtfertigung für die Privilegierung der SEP bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin könnte sich jedoch aus einer kombinierten Betrachtung beider Elemente ergeben: Die Privilegierung könnte nämlich im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot des Artikels 7 Absatz 5 der Richtlinie dadurch gerechtfertigt sein, dass sie der Erfüllung der in Rede stehenden langjährigen Stromabnahmeverträge, die ihrerseits zur Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen abgeschlossen wurden, dient. Eine solche

62. Das Übergangsgesetz von 2001 selbst stellt einen Zusammenhang zwischen der von ihm vorgesehenen prioritären Zuweisung von Einfuhrkapazitäten zugunsten der SEP und den langjährigen Stromabnahmeverträgen zwischen dieser und ausländischen Stromerzeugern her, so weit es in Artikel 13 Absatz 1 die prioritäre Zuweisung vom Bestehen dieser Verträge abhängig macht und ausdrücklich die Gewährung der prioritären Zuweisung zum Zwecke der Erfüllung dieser Verträge vorsieht.

28 — Zum Zusammenhang zwischen objektiver Rechtfertigung einer differenzierten Behandlung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz siehe generell Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford 2000, insbesondere auf S. 351: „A test of proportionality is inherent in the concept of 'objective justification'." Siehe auch aus der Rechtsprechung z. B. das Urteil vom 24. November 1998 in der Rechtssache C-274/96 (Bickel, Slg. 1998, I-7637, Randnr. 27): „Ein solches [Differenzierungskriterium] wäre nur dann gerechtfertigt, wenn es auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhte und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck stünde, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird“ (unsere Hervorhebung).

Keine Kündigungspflicht nach der Richtlinie 96/92

63. Vorauszuschicken ist, dass die Richtlinie keine expliziten Vorgaben im Hinblick auf bestehende langjährige Stromlieferungsverträge enthält, obwohl nach insoweit unwidersprochenem Vorbringen der SEP solche Stromlieferungsverträge branchenüblich sind. Der Richtlinie ist lediglich zu entnehmen, dass „[l]angfristige Planung ... eines der Mittel sein [kann], um diese gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu erfüllen“²⁹. Die spätere Verordnung Nr. 1228/2003 geht ihrerseits offenbar von einer grundsätzlichen Gültigkeit solcher Verträge aus: In den Leitlinien für die Verwaltung und Zuweisung verfügbarer Übertragungskapazität von Verbindungsleitungen zwischen nationalen Netzen im Anhang der Verordnung wird nämlich hinsichtlich langfristiger Verträge ausdrücklich festgehalten, dass „[i]m Rahmen von Verträgen, die gegen die Artikel 81 und 82 des Vertrags verstoßen, ... *keine* vorrangigen Zugangsrechte zu Verbindungskapazitäten eingeräumt [werden]“. Ferner wird klargestellt, dass „[b]ei bestehenden langfristigen Verträgen ... *keine* Vorkaufsrechte eingeräumt [werden], wenn sie zur Verlängerung anstehen“ (jeweils unsere Hervorhebung). Daraus ist jedenfalls zu schließen, dass das Sekundärrecht vorbehaltlich primärrechtlicher Vorgaben langfristigen Verträgen nicht grundsätzlich entgegensteht.

64. Die Kommission hebt in diesem Zusammenhang weiters hervor, dass die Richtlinie 96/92 jedenfalls im Lichte der Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes auszulegen ist. Der Rechtsprechung³⁰ ist insbesondere zu entnehmen, dass „Vorschriften des materiellen Gemeinschaftsrechts ... so auszulegen sind, dass sie für vor ihrem Inkrafttreten entstandene Sachverhalte nur gelten, soweit aus ihrem Wortlaut, ihrer Zielsetzung oder ihrem Aufbau eindeutig hervorgeht, dass ihnen eine solche Wirkung beizumessen ist“. In Bezug auf den Fortbestand von vor Inkrafttreten der Richtlinie 96/92 abgeschlossenen langjährigen Stromabnahmeverträgen erfüllt diese Richtlinie die entsprechenden Klarheits- und Bestimmtheitsanforderungen nicht.

65. Für die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung der langjährigen Verträge ist damit vor allem auf die Wettbewerbsregeln der Artikel 81 EG und 82 EG einzugehen, wobei Artikel 86 Absatz 2 EG heranzuziehen sein könnte, so weit die fraglichen Verträge zur Erfüllung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse abgeschlossen worden sind.

29 — 14. Erwägungsgrund. Siehe auch Artikel 3 Absatz 2 letzter Satz der Richtlinie 96/92: „Als Mittel zur Erfüllung der genannten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen können die Mitgliedstaaten, die dies wünschen, eine langfristige Planung vorsehen.“

30 — Urteil vom 10. Februar 1982 in der Rechtssache 21/81 (Bout, Slg. 1982, 381, Randnr. 13).

Wettbewerbsrechtliche Beurteilungsgrundsätze im Hinblick auf langjährige Stromabnahmeverträge

66. In diesem Zusammenhang — und ohne an dieser Stelle der Frage der Anwendbarkeit der Artikel 81 EG und 82 EG auf die in Rede stehenden Bestimmungen des nationalen Rechts vorgreifen zu wollen — erscheint von besonderer Bedeutung, dass die SEP — insoweit von der niederländischen, französischen und norwegischen Regierung unterstützt — die Kostenintensität der im betreffenden Sektor notwendigen Investitionen hervorhebt. Das Vorliegen von Investitionen zur Erfüllung langjähriger Stromabnahmeverträge könnte sich nämlich sowohl im Rahmen von Artikel 81 EG als auch im Rahmen von Artikel 82 EG als entscheidender Gesichtspunkt erweisen.

67. Nach Artikel 81 Absatz 1 EG sind zwar alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten. Artikel 81 Absatz 3 EG enthält jedoch eine Freistellungsmöglichkeit, so weit die betreffende Vereinbarung objektive Vorteile enthält, die die Wettbewerbsnachteile kompensieren. Unterstellt man die nachteiligen Wirkungen von langjährigen Verträgen auf den Wettbewerb, könnten sich so Freistellungsmög-

lichkeiten ergeben, so weit die Erfüllung solcher Verträge mit Investitionen der Vertragsparteien — ganz allgemein etwa in neue Erzeugungsanlagen seitens des Stromausführers oder in Kapazitätserweiterungen der Netzverbunde seitens des Stromeinführers — einhergeht, da solche Investitionen, so weit die Vertragsparteien die Kosten für diese Investitionen auch tatsächlich tragen, letztlich allen Marktteilnehmern zugute kommen³¹.

68. Hinsichtlich Artikel 82 EG und dem hieraus resultierenden Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist anzumerken, dass die allgemeine Diskussion sich weniger auf die Stromabnahmeverträge selbst als auf die zu ihrer Erfüllung gegebenenfalls, wie auch hier, gewährte prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten bezieht. Ein relevanter Missbrauch könnte nämlich darin bestehen, dass der Netzbetreiber gegenüber Kunden unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen anwendet (Artikel 82 Buchstabe c), wodurch andere Marktteilnehmer im Wettbewerb benachteiligt werden. Die prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten wäre als zu rechtfertigende Privilegierung von bestimmten Kunden anzusehen. Eine objektive

31 — Siehe auch die unverbindliche Diskussionsgrundlage der Kommission beim 6th Regulatory Forum for Electricity in Florenz (2000), „Compatibility of long term electricity transmission capacity reservations with EC competition law“, Discussion Paper, prepared by DG Competition for the 6th Regulatory Forum for Electricity in Florence (November 2000).

Rechtfertigung für eine solche Ungleichbehandlung könnte erneut in der Tätigkeit von Investitionen im Zusammenhang mit der Erfüllung langjähriger Stromabnahmeverträge zu suchen sein, wobei die Last solcher Investitionen auf der bevorzugten Partei, so lange diese in den Genuss der prioritären Zuweisung kommt, zu ruhen hätte.

69. Festzuhalten ist damit, dass eine wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit von langjährigen Stromabnahmeverträgen der in Rede stehenden Art jedenfalls voraussetzt, dass Investitionen im Zusammenhang mit ihrer Erfüllung getätigt wurden, deren Last dauerhaft auf jener Partei ruht, die in den Genuss der prioritären Zuweisung von Transportkapazitäten zwecks Erfüllung solcher Verträge kommt. Wesentlicher Gesichtspunkt ist dabei, dass die Wettbewerbsnachteile aus einer langjährigen Vertragsbindung für Konkurrenten durch diese Investitionen der bevorzugten Marktteilnehmer kompensiert werden.

70. So weit die SEP — und die niederländische Regierung — sich auf die Kosten für die Zurverfügungstellung der in den langjährigen Verträgen vorgesehenen Abnahmemengen beziehen, ist allerdings zweifelhaft, ob solche Kosten als wettbewerbsfördernde Investitionen anzuerkennen wären. Zwar wird von der SEP und der niederländischen Regierung argumentiert, dass diese Kosten mit den Kosten der Errichtung

neuer Erzeugungsanlagen vergleichbar seien, da es finanziell keinen Unterschied mache, ob seitens des Stromeinführers zwecks langfristiger Sicherung der Energieversorgung entweder in neue Erzeugungsanlagen oder in langjährige Verträge investiert wird. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die Kapazitätserweiterung von Netzverbunden insofern wettbewerbsfördernd erscheint, als die zusätzliche Kapazität auch den neuen Marktteilnehmern zugute kommt, während die mengenunabhängigen Kosten für eine Zurverfügungstellung bestimmter Strommengen im Rahmen von langjährigen Stromabnahmeverträgen vor allem den Bezug von Strom zu — mengenabhängigen — günstigeren Konditionen ermöglichen. Letzteres stärkt jedoch die Wettbewerbsstellung des ohnehin bevorzugten Stromeinführers und erscheint somit keinesfalls allgemein wettbewerbsfördernd. Die Vormachtstellung der SEP wird nämlich hiedurch insofern zementiert, als diese in die Lage versetzt wird, sich eine vergleichsweise günstige Strombezugsquelle im Ausland mittelfristig zu sichern, was wiederum die Attraktivität der Geschäftsmodelle ihrer neuen Konkurrenten entsprechend mindert.

71. Im vorliegenden Fall ist nicht restlos geklärt, ob und inwiefern die SEP — oder ihre Stromlieferanten — Investitionen im Zusammenhang mit der Erfüllung der in Rede stehenden langjährigen Stromabnahmeverträge getätigt hat. Es wird daher dem nationalen Richter obliegen, entsprechende Umstände im konkreten Fall abschließend zu würdigen. Für den Fall, dass dabei die in

Rede stehenden langjährigen Verträge mit den Artikeln 81 EG und 82 EG nicht in Einklang gebracht werden können, soll nun darauf eingegangen werden, inwieweit eine Rechtfertigung für die langjährigen Verträge nach Artikel 86 Absatz 2 EG in Betracht zu ziehen ist.

Betrachtung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

72. Artikel 86 Absatz 2 EG enthält insbesondere für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, eine Ausnahmeregelung von den Vertragsvorschriften. Diese Bestimmung erlaubt den Mitgliedstaaten, solchen Unternehmen vertragswidrige ausschließliche Rechte zu verleihen³². In seinen Urteilen zu Import- und Exportmonopolen bei Strom und Gas³³ hat der Gerichtshof klargestellt, dass Artikel 86 Absatz 2 EG auch zur Rechtfertigung von Verstößen gegen Vertragsvorschriften, die sich an die Mitgliedstaaten richten — dort Artikel 31 EG —, herangezogen werden kann³⁴.

73. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass diese Ausnahmen von den Vertragsvorschriften für die Erfüllung der einem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erforderlich sind.

74. Die Anwendbarkeit von Artikel 86 Absatz 2 EG setzt jedoch voraus, dass die betreffenden Unternehmen überhaupt mit einer solchen besonderen Aufgabe betraut worden sind. Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die SEP vor der Markttöffnung durch die Richtlinie 96/92 mit solchen Aufgaben betraut war³⁵.

75. Ebenso wenig bestritten wird, dass die genannten langjährigen Stromabnahmeverträge noch vor der Liberalisierung zwecks Erfüllung der mit diesen Aufgaben einhergehenden gemeinwohlorientierten Verpflichtungen abgeschlossen wurden. So gesehen dürfte es kaum zweifelhaft sein, dass die in Rede stehenden Verträge mit hinreichender Wahrscheinlichkeit jedenfalls bei ihrem Abschluss den Erforderlichkeitstest nach Artikel 86 Absatz 2 EG bestanden hätten.

76. Sind langjährige Stromabnahmeverträge zum Zeitpunkt ihres Abschlusses nach alledem als gemeinschaftsrechtskonform anzusehen, ist weiters zu prüfen, inwieweit ihre Erfüllung durch die in Rede stehende prioritäre Zuweisung von Stromeinfuhrkapazitäten sichergestellt werden kann. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob die getroffene nationale Regelung in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck — nämlich der Erfüllung solcher langjährigen Stromabnahmeverträge — steht.

32 — Grundsätzlich: Urteil vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91 (Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnr. 14).

33 — Urteile vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-157/94 (Kommission/Niederlande, Slg. 1997, I-5699), in der Rechtssache C-158/94 (Kommission/Italien, Slg. 1997, I-5789), in der Rechtssache C-159/94 (Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815) und in der Rechtssache C-160/94 (Kommission/Spanien, Slg. 1997, I-5851). Siehe insbesondere Randnr. 32 des Urteils Kommission/Niederlande.

34 — Siehe auch hinsichtlich Artikel 49 EG das Urteil vom 10. Februar 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-147/97 und C-148/97 (Deutsche Post, Slg. 2000, I-825, Randnr. 55).

35 — Im zitierten Urteil vom 23. Oktober 1997 (Kommission/Niederlande, siehe Fußnote 33) hat der Gerichtshof ausdrücklich anerkannt, dass die SEP nach altem Recht mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden war.

b) Zur in Rede stehenden prioritären Zuweisung von Einfuhrkapazitäten und ihrer Verhältnismäßigkeit

77. Eine prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten entsprechend der in Rede stehenden nationalen Regelung erscheint jedenfalls geeignet, die Erfüllung der bestehenden langjährigen Stromabnahmeverträge sicherzustellen.

78. Über die oben dargestellte Gemeinschaftsrechtskonformität der langjährigen Stromabnahmeverträge hinaus ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Verträge, deren Erfüllung durch die prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten sichergestellt werden soll, nach unbestrittenem Vorbringen branchenüblich waren und nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen sind.

79. Ein entsprechender Missbrauch, etwa durch Abschluss langjähriger Verträge zu einem Zeitpunkt, wo die Marktöffnung — unter Aufhebung der nationalen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen — bereits absehbar war, wurde nicht geltend gemacht³⁶. Weitere Missbräuche, wie sie von der Ver-

eniging voor Energie, Milieu en Water in ihrer schriftlichen Stellungnahme angedacht worden sind³⁷, wie etwa die Drosselung der inländischen Stromerzeugung zwecks vollständiger Inanspruchnahme der privilegierten Einfuhrkapazitäten und Aufrechterhaltung von hohen Preisen im Inland, können lediglich als Hypothese bezeichnet werden.

80. Die Erforderlichkeit der prioritären Zuweisung von Einfuhrkapazitäten wäre anzunehmen, wenn keine weiteren Regelungen, die den Netzzugang der Klägerinnen weniger beeinträchtigen würden, ersichtlich wären. Fraglich ist damit, ob das Fehlen einer solchen Regelung letztlich einer Fortführung der Verträge entgegenstehen würde.

81. Kontrovers diskutiert wurde in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit eine Kündigung der langjährigen Stromabnahmeverträge rechtlich möglich bzw. der SEP wirtschaftlich zuzumuten ist, sodass letztlich die Einräumung einer prioritären Zuweisung von Einfuhrkapazitäten im Hinblick auf die Erfüllung von bestehenden langjährigen Stromabnahmeverträgen als nicht erforderlich erscheinen könnte. Von maßgeblicher Bedeutung erscheint hier das Fehlen von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben — sowohl im Hinblick auf eine allfällige Kündigungspflicht als auch im Hinblick auf die von den Mitgliedstaaten zu treffende energiepolitische Wahl zwischen Fortführung der betreffenden Verträge und gegebenenfalls

36 — Ob der Abschluss von langjährigen Stromabnahmeverträgen unter der Richtlinie 96/92 weiterhin möglich ist, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen. Der angesprochene — gegebenenfalls nach Maßgabe des Artikels 82 EG relevante — Missbrauch bezieht sich auf ein Verhalten, das darauf angelegt wäre, die Marktöffnung zu vereiteln oder jedenfalls zu verzögern.

37 — Randnr. 33.

Finanzierung der mit einer Kündigung einhergehenden Kosten. Die Vereniging voor Energie, Milieu en Water hat insoweit vorgetragen³⁸, dass eine Kündigung der Verträge samt Finanzierung der damit einhergehenden Kosten als *stranded costs* erwogen wurde und letztlich nicht für zweckmäßig erachtet worden ist³⁹. Es handelt sich hierbei aber um eine Ermessensentscheidung des betreffenden Mitgliedstaats, die jedenfalls nicht gegen Sekundärrecht verstößt⁴⁰.

82. Es obliegt im Übrigen jedenfalls dem nationalen Richter, festzustellen, ob und inwieweit die Verträge, deren Erfüllung die hier in Rede stehende Einräumung einer Möglichkeit der prioritären Zuweisung von Einfuhrkapazitäten sichern soll, eine Kündigungsmöglichkeit enthielten und von dieser Möglichkeit unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen Gebrauch hätte gemacht werden können.

83. Vorbehaltlich des Ergebnisses dieser Prüfung sprechen somit gute Gründe dafür,

auch die Erforderlichkeit der in Rede stehenden nationalen Regelung anzunehmen. Dem steht auch nicht das Interesse der Gemeinschaft entgegen.

84. Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie erinnert zwar daran, dass „[z]u den Interessen der Gemeinschaft ... insbesondere der Wettbewerb um zugelassene Kunden in Übereinstimmung mit dieser Richtlinie und mit Artikel [86] des Vertrags gehört“. Der freie Marktzutritt in Gestalt des freien Netzzugangs gilt jedoch nicht uneingeschränkt: Artikel 17 Absatz 5 der Richtlinie stellt nämlich klar, dass das Recht auf Netzzugang Einschränkungen unterworfen werden kann⁴¹.

85. Hinsichtlich des Interesses der Gemeinschaft ist zudem anzumerken, dass die in Rede stehende nationale Rechtsvorschrift die Intensität des Stromhandels zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt⁴². Sie erstreckt sich außerdem nur auf einen begrenzten Teil der Kapazität der Netzverbunde zwischen den Niederlanden und anderen Mitgliedstaaten⁴³. Die französische

38 — Schriftliche Stellungnahme, Randnrn. 28 ff.

39 — Der Umstand, dass die Gewährung eines bevorzugten Netzzugangs nicht zum Transfer staatlicher Mittel im Sinne des gemeinschaftlichen Beihilferechts führt, erklärt wohl, weswegen das vorlegende Gericht sich nicht auf die beihilferechtlichen Vertragsbestimmungen gestützt hat. Eine Finanzierung der Vertragsauflösung als Finanzierung von *stranded costs* hätte entsprechende Fragen hingegen wohl aufgeworfen.

40 — Zu den primärrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf die prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten siehe unten zur ersten Vorlagefrage.

41 — „Der Betreiber des betreffenden Verteiler- bzw. Übertragungsnetzes kann den Zugang verweigern, wenn er nicht über die nötige Kapazität verfügt. Die Verweigerung ist insbesondere unter Berücksichtigung des Artikels 3 entsprechend zu begründen.“

42 — Betroffen ist vielmehr die Stellung der Marktteilnehmer untereinander. Die Gesamtkapazität der Netzverbunde zwischen den Niederlanden und anderen Mitgliedstaaten bleibt unberührt.

43 — Siehe etwa die Zahlen in Anlage 3 der schriftlichen Stellungnahme der französischen Regierung: Die niederländische Einfuhrkapazität betrug 2000 3 200 MW, 2001 und 2002 3 350 MW. Die niederländische Regierung nennt insoweit 3 900 MW und stellt eine Kapazitätserhöhung in Aussicht.

Regierung hegt insoweit Zweifel an einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs⁴⁴.

„use it or loose it“ der in Rede stehenden Regelung zugrunde gelegt.

86. Im Hinblick auf die Angemessenheit der in Rede stehenden privilegierenden nationalen Regelung ist zu fordern, dass die von der prioritären Zuweisung von Einfuhrkapazitäten betroffenen Strommengen nicht die Mengen überschreiten, die Gegenstand der langjährigen Verträge sind⁴⁵. Auch diese Voraussetzung scheint im vorliegenden Fall erfüllt zu sein, da die prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten nur auf Antrag der SEP gewährt wird.

88. Im Hinblick auf die Angemessenheit der prioritären Zuweisung von Einfuhrkapazitäten erscheint schließlich von Bedeutung, dass die vorgesehene prioritäre Zuweisung von Transportkapazitäten auf dem Übertragungsnetz zeitlich begrenzt — und gestaffelt — entsprechend der Laufzeit der zu erfüllenden langjährigen Verträge — ist, was den Schluss nahe legt, dass die betreffende Regelung in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen — nämlich der Sicherstellung der Erfüllung von Verträgen, die selbst zur Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen abgeschlossen wurden — steht.

87. Weiters ist zu fordern, dass ungenutzte Kapazitäten, die dem betreffenden Unternehmen vom Netzbetreiber zur Verfügung gestellt wurden, erneut den anderen Teilnehmern zur Verfügung gestellt werden⁴⁶. Nach unbestrittenem Vorbringen der niederländischen Regierung wurde der Grundsatz

89. Von Bedeutung erscheint auch, dass die prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazität nicht ohne Gegenleistung erfolgt. Die Erträge aus dieser Gegenleistung sind zweckgebunden und sollen gemäß Artikel 31 Absatz 5 des Gesetzes von 1998 einer Verbesserung der Netzverbundkapazität dienen.

44 — Diese Frage setzt allerdings eine umfassende Tatsachewürdigung voraus, die hier nicht durchgeführt werden kann.

45 — Nach Aktenlage ist diese Voraussetzung erfüllt. Bis zum 31. März 2002 waren 1 500 MW Gegenstand der Verträge; im Zeitraum vom 1. April 2002 bis zum 31. März 2003 waren es 1 650 MW; im Zeitraum vom 1. April 2003 bis zum 31. Dezember 2005 1 050 MW und im Zeitraum vom 1. Januar 2006 bis zum 31. März 2009 750 MW. Artikel 13 Absatz 1 des Übergangsgesetzes von 2001 beschränkt die zu gewährenden Prioritäten auf 900 MW bis zum 31. März 2005 und auf 750 MW zwischen dem 1. April 2005 und dem 31. März 2009, wobei bei jedem Antrag auf prioritäre Zuweisung von Transportkapazitäten darzulegen und nachzuweisen ist, dass die langjährigen Verträge weiterhin gelten.

46 — Siehe dazu Artikel 6 Absatz 4 2. Satz der Verordnung Nr. 1228/2003: „Zugewiesene Kapazitäten, die nicht in Anspruch genommen werden, gehen nach einem offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren an den Markt zurück.“

90. Eine abschließende Bewertung der Verhältnismäßigkeit der in Rede stehenden nationalen Maßnahmen hat jedenfalls der nationale Richter unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.

91. Auf die zweite Vorlagefrage ist daher zu antworten, dass Artikel 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92 auf die prioritäre Zuweisung von Stromtransportkapazitäten anwendbar ist. Das Diskriminierungsverbot des Artikels 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92 steht einer solchen prioritären Zuweisung von Stromtransportkapazitäten auf der Grundlage einer gesetzlichen Bestimmung nicht entgegen, so weit diese bevorzugte Behandlung nicht über das Maß hinausgeht, das zur Erfüllung von langjährigen Stromabnahmeverträgen erforderlich ist, und so weit diese Verträge nicht gegen Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen Artikel 81 EG, 82 EG und 86 Absatz 2 EG, verstoßen.

C — Zur ersten Vorlagefrage

92. Die erste Vorlagefrage betrifft im Wesentlichen die Rechtfertigung allfälliger Verstöße gegen Primärrecht aufgrund der in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften durch Artikel 86 Absatz 2 EG.

93. Die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 86 Absatz 2 EG wurden bereits erörtert, sodass insoweit darauf⁴⁷ verwiesen werden kann. Unstreitig ist, dass die SEP bzw. ihre Rechtsnachfolgerin NEA nicht mehr mit Dienstleistungen von all-

gemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, sodass eine unmittelbare Anwendung des Artikels 86 Absatz 2 EG auf die in Rede stehende nationale Regelung auszuschneiden hat⁴⁸. Es ist aber entsprechend dem Antwortvorschlag zur zweiten Vorlagefrage davon auszugehen, dass die allfällige Betrauung mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bei der Beurteilung des Vorliegens einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung der betreffenden Marktteilnehmer als Wertungsgrundlage einzufließen hat.

94. Es bleibt zu prüfen, inwieweit die vom vorlegenden Gericht herangezogenen Bestimmungen des Primärrechts einer Regelung der in Rede stehenden Art entgegenstehen könnten.

1. Artikel 28 EG als Prüfungsmaßstab?

95. Die Frage, inwieweit Artikel 28 EG als Prüfungsmaßstab heranzuziehen ist, wurde sowohl während des schriftlichen Verfahrens als auch in der mündlichen Verhandlung äußerst kontrovers diskutiert.

47 — Siehe oben, Nm. 72 ff.

48 — Dieselbe Überlegung führt im Übrigen zur Unanwendbarkeit des Artikels 3 Absatz 3 der Richtlinie 96/92.

96. Die französische Regierung bezieht sich insoweit auf das Urteil vom 13. Dezember 2001 in der Rechtssache C-324/99⁴⁹, wonach „alle nationalen Maßnahmen in einem Bereich, für den auf Gemeinschaftsebene eine harmonisierte Regelung geschaffen worden ist, anhand dieser Harmonisierungsmaßnahme und nicht anhand der Artikel 30, 34 und 36 EG-Vertrag zu beurteilen sind“.

97. NEA, als Rechtsnachfolgerin der SEP, macht geltend, dass, selbst wenn die betreffende nationale Regelung anhand des Artikels 28 EG zu prüfen wäre, eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit insofern ausgeschlossen ist, als allfällige Kapazitätsengpässe bei den Übertragungsnetzen, insbesondere bei Netzverbünden, technische Ursachen hätten; die in Rede stehende nationale Regelung würde insofern nur die Konsequenzen aus ohnehin bestehenden Engpässen ziehen.

98. Der französischen Regierung ist darin zuzustimmen, dass Primärrecht nicht heranzuziehen ist, so weit die Vorgaben der Richtlinie im Hinblick auf den Zugang zum Übertragungsnetz als abschließend zu be-

trachten sind. Meiner Ansicht nach erscheint es zweifelhaft, ob im Rahmen des Artikels 28 EG rechtliche Gesichtspunkte vorgetragen werden können, die nicht bereits im Zusammenhang mit der Auslegung des Artikels 7 Absatz 5 der Richtlinie diskutiert worden wären, sodass es folglich müßig erscheint, den aufgrund der Richtlinie 96/92 erreichten Harmonisierungsgrad verbindlich festlegen zu wollen.

99. Hinsichtlich des von der Richtlinie 96/92 erreichten Harmonisierungsgrades ist jedenfalls festzuhalten, dass sie — wie bereits dargelegt⁵⁰ — eine Vielzahl von konkreten Fragen im Hinblick auf den Zugang zu den Übertragungsnetzen offen lässt. So ist auch insbesondere bezeichnend, dass die jüngste Verordnung Nr. 1228/2003⁵¹ einige Probleme in diesem Zusammenhang zu regeln versucht⁵². Aufgrund der Bedeutung des Diskriminierungsverbots in der Richtlinie 96/92⁵³ erscheint dieses Verbot den spezifischen Zugangsregelungen gewissermaßen übergeordnet.

100. Sollte der Gerichtshof vor diesem Hintergrund dennoch auf Artikel 28 EG eingehen wollen, ist hinsichtlich seines Anwendungsbereichs an das Urteil Dassonville zu

50 — Siehe oben, Nrn. 40 ff.

51 — Zitiert in Fußnote 26.

52 — Wie etwa die Ausgleichsmechanismen zwischen Netzbetreibern, die Netzzugangsentgelte, das Engpassmanagement usw. Dabei greift die Verordnung Nr. 1228/2003 maßgeblich auf die Arbeiten des European Electricity Regulatory Forum aus Florenz zurück.

53 — Siehe oben, Nr. 54.

49 — DaimlerChrysler, Slg. 2001, I-9897, Randnr. 32.

erinnern, wonach Artikel 28 EG jeder Regelung oder Maßnahme der Mitgliedstaaten entgegensteht, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern⁵⁴. Es ist unbestreitbar, dass die Kapazität der Übertragungsnetze und Netzverbunde technisch begrenzt ist; wenn aber die Nachfrage die verfügbare Kapazität übersteigt, ist die bei der Verteilung der verfügbaren Kapazität zugrunde gelegte Methode im Hinblick auf den von Artikel 28 EG geschützten Zugang zum Stromübertragungsnetz nicht gleichgültig, wie der Ausgangsfall geradezu beispielhaft verdeutlicht⁵⁵. Die Gewährung einer Priorität beim Netzzugang ist somit nämlich geeignet, den Zugang anderer Teilnehmer zu be- oder gar verhindern. So gesehen beschränkt sich eine prioritäre Zuweisung von Transportkapazitäten im innergemeinschaftlichen Stromhandel nicht darauf, ein knappes Gut — nämlich die Kapazität der Netzverbunde — zwischen den Marktteilnehmern nach objektiven Grundsätzen zu verteilen⁵⁶.

101. Arbeitsdokumente der Kommission⁵⁷ verdeutlichen insoweit, dass verschiedene Kapazitätszuteilungsmethoden einem Eng-

passmanagement⁵⁸ dienen können. Es sei dabei zwischen marktorientierten Methoden⁵⁹ und sonstigen Methoden⁶⁰ zu unterscheiden, wobei das 6. Florence Forum sich zugunsten marktorientierter Lösungen ausgesprochen hätte. Artikel 6 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1228/2003 bestätigt diese Festlegung, indem er bestimmt, dass „Net-zengpässe[n] mit nicht diskriminierenden marktorientierten Lösungen begegnet“ werden soll.

102. So weit also die prioritäre Zuweisung von Übertragungskapazitäten einen bestehenden Engpass letztlich nur verschärft und den Raum für marktorientierte Lösungen zusätzlich einengte, wäre sie am Maßstab des Artikels 28 EG zu prüfen. Eine Verletzung dieser Bestimmung läge insbesondere dann vor, wenn die prioritäre Zuweisung von Transportkapazitäten diskriminierenden Charakter hätte, womit man aber zum Diskriminierungsverbot des Artikels 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92 zurückkommt⁶¹.

54 — Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 1974, 837, Randnr. 5).

55 — Siehe bereits oben, Nr. 58.

56 — NEA meint letztlich nichts anderes, wenn sie geltend macht, dass die prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten keine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Artikels 28 EG darstellt, „so lange die entsprechenden Rechtsvorschriften keine Diskriminierung bewirken“. Eine Diskriminierung liegt aber gerade dann vor, wenn eine unterschiedliche Behandlung der Marktteilnehmer nicht sachlich gerechtfertigt erscheint, was hier gerade Gegenstand der rechtlichen Auseinandersetzung ist.

57 — Siehe insbesondere *Congestion management in the EU electricity transmission network — Status report*, September 2002.

58 — Unter Engpassmanagement ist die Entscheidung über die Zuteilung von beschränkten Übertragungskapazitäten zu verstehen.

59 — Wie etwa explizite oder implizite (*market splitting*) Kapazitätsauktionen.

60 — Insbesondere „Retention“ (Kapazitätsreservierung zugunsten von vertikal integrierten Unternehmen); „First come, first serve“; „Pro-rata“.

61 — Alternativ wäre zu prüfen, inwieweit eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit nach Artikel 30 EG gerechtfertigt werden könnte. So weit NEA sich auf die in der Rechtsprechung als Rechtfertigungsgrund anerkannte Versorgungssicherheit (siehe insoweit das Urteil vom 10. Juli 1984 in der Rechtssache 72/83 [Campus Oil u. a., Slg. 1984, 2727, Randnr. 34]) beruft, könnte sich als erörterungswürdig erweisen, dass die in Rede stehenden langjährigen Stromabnahmeverträge zwar in Verfolgung dieses Zweckes abgeschlossen worden sind, die aber hier zu beurteilende prioritäre Zuweisung zu einem Zeitpunkt ermöglicht wurde, wo SEP mit dieser Aufgabe nicht mehr betraut war.

2. Zum gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht

a) Anwendungsbereich der Artikel 81 EG und 82 EG

103. Auszugehen ist von der Feststellung, dass Gegenstand des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens die prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten zwecks Erfüllung von langjährigen Abnahmeverpflichtungen ist — nicht aber die zugrunde liegenden langjährigen Stromabnahmeverträge selbst.

104. Vorauszuschicken ist, dass nach ständiger Rechtsprechung „die Artikel 81 EG und 82 EG nur für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen gelten, die die Unternehmen aus eigener Initiative an den Tag legen. Wird den Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben oder bilden diese einen rechtlichen Rahmen, der selbst jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten dieser Unternehmen ausschließt, so sind die Artikel 81 EG und 82 EG nicht anwendbar. In einem solchen Fall findet die Wettbewerbsbeschränkung nicht, wie diese Vorschriften voraussetzen, in selbständigen Verhaltensweisen der Unternehmen ihre Ursache“⁶².

105. Im vorliegenden Fall ist daher festzustellen, dass die prioritäre Zuweisung von Transportkapazitäten aufgrund von nationalen Rechtsvorschriften erfolgt. Dementsprechend sind — ungeachtet einer allfälligen Anwendbarkeit der Artikel 81 EG und 82 EG auf die langjährigen Stromabnahmeverträge selbst⁶³ — diese Bestimmungen jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar, um die hier fraglichen nationalen Rechtsvorschriften zu beurteilen.

106. Allerdings ist daran zu erinnern, dass nach Artikel 86 Absatz 1 EG die Mitgliedstaaten in Bezug auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten dürfen. Fraglich ist daher, inwieweit Artikel 81 EG und 82 EG in Verbindung mit Artikel 86 Absatz 1 EG einer gesetzlichen Regelung der in Rede stehenden Art entgegenstehen.

b) Anwendungsbereich des Artikels 86 Absatz 1 EG

107. Die Anwendung des Artikels 86 Absatz 1 EG auf Unternehmen setzt voraus, dass ihnen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt wurden.

62 — Urteil in der Rechtssache C-207/01 (Schlussanträge zitiert in Fußnote 8), Randnr. 30.

63 — Siehe oben, Nrn. 65 ff.

108. Die prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten auf dem Stromübertragungsnetz wurde durch das niederländische Übergangsgesetz aus dem Jahre 2001 einem Unternehmen zur Erfüllung der zwischen ihm und ausländischen Stromerzeugern abgeschlossenen langjährigen Stromabnahmeverträge vorbehalten. Damit handelt es sich um ein Recht, das ein Mitgliedstaat durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften einer begrenzten Anzahl von Unternehmen in einem Gebiet gewährt — und somit um ein besonderes Recht im Sinne des Artikels 86 Absatz 1 EG.

3. Prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten als Wettbewerbsfrage

109. Die prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten erfolgte unmittelbar durch nationale Rechtsvorschriften, ohne dass in diesem Zusammenhang eine wettbewerbs-einschränkende Vereinbarung zwischen Unternehmen — etwa zwischen der SEP und dem Netzbetreiber — zustande kam. Auf eine Prüfung des Artikels 81 EG kann daher verzichtet werden⁶⁴.

110. So weit der Netzbetreiber als Unternehmen anzusehen ist, könnte hingegen

Artikel 82 EG insofern anzuwenden sein, als die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften den Netzbetreiber letztlich dazu anhalten, gegenüber seinen Handelspartnern bei gleichwertigen Leistungen unterschiedliche Bedingungen anzuwenden, wodurch diese Handelspartner im Wettbewerb benachteiligt werden⁶⁵.

111. Damit wirft Artikel 82 Buchstabe c EG in Verbindung mit Artikel 86 Absatz 1 EG in Bezug auf die prioritäre Zuweisung von Einfuhrkapazitäten zur Erfüllung von langjährigen Stromabnahmeverträgen die Frage einer Diskriminierung unter Marktteilnehmern auf. Keine Diskriminierung im Sinne des Artikels 82 Buchstabe c EG liegt jedoch vor, wenn diese durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Auf die Ausführungen zum Diskriminierungsverbot des Artikels 7 Absatz 5 EG kann insoweit verwiesen werden⁶⁶, sodass auch Artikel 82 Buchstabe c EG keinen zusätzlichen Gesichtspunkt im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung der in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften aufwirft und eine gesonderte Prüfung daher unterbleiben kann.

112. So weit Artikel 82 EG über Artikel 86 Absatz 1 EG zur Beurteilung des Verhaltens der SEP bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin im Zusammenhang mit der Gewährung einer Möglichkeit der prioritären Zuweisung von Einfuhrkapazitäten herangezogen wird, stellt

⁶⁴ — Davon unberührt bleibt die Frage, inwiefern langjährige Stromlieferungsverträge als Vereinbarungen zwischen Stromerzeugern und Verteilern und damit zwischen Unternehmen mit Artikel 81 EG vereinbar sind. Siehe hiezu bereits oben, Nrn. 65 ff.

⁶⁵ — Artikel 82 Buchstabe c EG.

⁶⁶ — Siehe oben, Nrn. 55 ff.

sich die Frage, inwieweit die durch die Zuweisung begünstigte Gesellschaft, so weit sie eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt innehat, den aus der Zuweisung ihr zuwachsenden Vorteil ausnutzt, um ihre beherrschende Stellung auszubauen, die Wettbewerbsintensität zu verringern oder den Marktzugang von neuen Marktteilnehmern zu erschweren. Insoweit wäre zunächst festzustellen, ob die SEP bzw.

ihre Rechtsnachfolgerin eine beherrschende Stellung innehat. Davon unabhängig käme es aber einem Wertungswiderspruch gleich, einerseits eine sachliche Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung der jeweiligen Marktteilnehmer anzunehmen, andererseits aber dieselbe Regelung als Ursache für einen Missbrauch im Sinne von Artikel 82 EG anzusehen.

V — Ergebnis

113. Aufgrund vorstehender Überlegungen wird dem Gerichtshof vorgeschlagen, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

1. Artikel 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt ist auf die prioritäre Zuweisung von Stromtransportkapazitäten anwendbar.
2. Das Diskriminierungsverbot des Artikels 7 Absatz 5 der Richtlinie 96/92 steht einer solchen prioritären Zuweisung von Stromtransportkapazitäten auf der Grundlage einer gesetzlichen Bestimmung nicht entgegen, so weit diese bevorzugte Behandlung nicht über das Maß hinausgeht, das zur Erfüllung von langjährigen Stromabnahmeverträgen erforderlich ist, und so weit diese Verträge nicht gegen Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen Artikel 81 EG, 82 EG und 86 Absatz 2 EG, verstoßen.