

Vorlagebeschluß des BGH vom 11.03.1997

§§ 26 Abs. 2, 35, 103 Abs. 5 und 6 GWB, Art. 85 und 90 Abs. 2 EGV
 BGH, Beschl. v. 11.03.1997 – KZR 2/96 (Düsseldorf)

Vereinbarkeit einer Vertragsregelung, die Abgabe von Erdgas aus einer Hochdruckleitung in einem kommunalen Konzessionsgebiet zu unterlassen, mit nationalem und europäischem Kartellrecht

I. Leitsätze der Redaktion und Sachverhalt:

1. Die Anmeldung einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung in einem Wegenutzungsvertrag durch eine der Vertragsparteien ist ausreichend.
2. Es ist eine im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung, wenn eine Stadt anlässlich der Gestattung der Nutzung öffentlicher Wege durch eine Hochdruckleitung zum Schutz ihrer Stadtwerke mit einem Erdgashandelsunternehmen vereinbart, daß die Versorgung Dritter aus dieser Leitung zu unterlassen sei, und hierdurch ein Erdgaskunde mit einem Volumen von 0,2 % des gesamten Absatzvolumens der Stadtwerke am Gasbezug aus dieser Leitung gehindert ist.
3. Dem EuGH wird die Frage vorgelegt, ob eine solche Vereinbarung mit Art. 85 EGV vereinbar ist, wenn dieser Vertrag zu einem Bündel gleichartiger (Konzessions-) Verträge gehört, die – auch im Zusammenwirken mit Demarkationsverträgen – die nationalen Versorgungsmärkte für den Gas-zu-Gas-Wettbewerb abschotten.
4. Der EuGH hat auch zu entscheiden, ob ein kommunales Versorgungsunternehmen
 - im Sinne des Art. 90 Abs. 2 EGV als mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut anzusehen ist,
 - ob im Sinne des Art. 90 Abs. 2 EGV nur Umstände zu berücksichtigen sind, die die Sicherheit und Preiswürdigkeit der örtlichen Erdgasversorgung betreffen, oder auch sonstige Umstände, etwa Gemeinwohlinteressen,
 - ob bei Bejahung der vorstehenden Fragen der Handelsverkehr in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Zum Sachverhalt:

Die klagende Gemeinde hat mit ihren Stadtwerken, eine Eigengesellschaft, einen Konzessionsvertrag über die ausschließliche Wegenutzung zum Zweck der Versorgung ihrer Erdgaskunden geschlossen. Ein Erdgashandelshaus hat mit dieser Gemeinde einen Vertrag über die Verlegung einer Erdgasfernleitung unter Benutzung öffentlicher Straßen geschlossen. In einer vertraglichen Regelung wurde festgelegt, daß die Fernleitung nur zum Zweck der Durchleitung benutzt werden dürfe und daß eine Direktversorgung von Abnehmern auf dem Stadtgebiet nur auf der Grundlage eines gesonderten Konzessionsvertrags zulässig sei. Die Laufzeit des Vertrages war zunächst auf acht Jahre beschränkt. Die Überlassungsvereinbarung wurde bei der Landeskartell-

behörde nur von der Gemeinde angemeldet. Kurz nach Abschluß des Vertrags schloß das Erdgashandelsunternehmen mit einem Kunden im Stadtgebiet einen Gasbezugsvertrag. Zu liefern war Gas in einer Menge von ca. 0,2 % der Gesamtbezugsmenge der Stadtwerke. Die Klage der Gemeinde gegen das Erdgashandelsunternehmen, diese Belieferung zu unterlassen, hatte in den ersten beiden Instanzen Erfolg. Der BGH gibt in dem Beschluß zu erkennen, daß er die Rechtsauffassung der Vorinstanzen nicht teilt, und legt dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren fünf Fragen vor.

II. BGH-Vorlagebeschluß zum EuGH:

1. Das Verfahren wird ausgesetzt.

2. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Steht Art. 85 EGV der Wirksamkeit einer Vereinbarung entgegen, durch die eine Gemeinde einem rechtlich selbständigen, aber ihr gehörenden Versorgungsunternehmen das ausschließliche Recht einräumt, ihre öffentlichen Verkehrswege zur Verlegung und Unterhaltung von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Endabnehmern mit Erdgas zu benutzen, und damit tatsächlich den Versorgungswettbewerb auf ihrem Gebiet ausschließt, wenn dieser Vertrag zu einem Bündel gleichartiger (Konzessions-)Verträge gehört, die – auch im Zusammenwirken mit Demarkationsverträgen der Versorgungsunternehmen untereinander – sämtliche nationalen Versorgungsmärkte gegen Gas-zu-Gas-Wettbewerb durch Wettbewerber aus dem Inland oder anderen Mitgliedsstaaten abschotten?
2. Steht Art. 85 EGV unter den in Frage 1 dargelegten Verhältnissen der Wirksamkeit einer Vereinbarung entgegen, durch die eine Gemeinde in einem Vertrag mit einem Versorgungsunternehmen über die Verlegung einer Erdgasdurchgangsleitung durch ihr Gemeindegebiet das Versorgungsunternehmen verpflichtet, die zu errichtende Leitung nicht zur unmittelbaren Erdgasversorgung von Endabnehmern in ihrem Gebiet zu benutzen, wenn dies geschieht, um das ihr selbst gehörende Versorgungsunternehmen auf dem Gemeindegebiet gegen Wettbewerb unter Benutzung der Durchgangsleitung zu schützen?
3. Falls die Fragen 1 und 2 zu bejahen sind:
 Ist eine Gemeinde oder ein ihr gehörendes, rechtlich selbständiges Versorgungsunternehmen (mit dem die Gemeinde einen ausschließlichen Wegenutzungsvertrag geschlossen hat) mit der örtlichen Verteilung von Erdgas an Endabnehmer im Sinne des Art. 90 Abs. 2 EGV als mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut anzusehen, wenn es an einer hoheitlichen Übertragung dieser – rein privaten Unternehmen ebenso zugänglichen – Aufgabe fehlt, die Gemeinde sich dieser Aufgabe aber als einer Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft annehmen kann und sie (bzw. ihr Versorgungsunternehmen) bei der Ausübung der Versorgungstätigkeit – wie private Unternehmen auch – einer staatlichen Aufsicht und einer allgemeinen Anschluß- und Versorgungspflicht unterliegt?

4. Falls die Fragen 1 bis 3 zu bejahen sind:
Sind bei der Prüfung, ob Vereinbarungen der dargelegten Art gemäß Art. 90 Abs. 2 EGV nicht der Vorschrift des Art. 85 EGV unterliegen, nur Umstände zu berücksichtigen, welche die Sicherheit und Preiswürdigkeit der örtlichen Erdgasversorgung betreffen oder sind auch andere Umstände, die sonstige Gemeinwohlintereessen betreffen, zu berücksichtigen (insbesondere den Umweltschutz betreffende Umstände)?
5. Falls die Fragen 1 bis 3 zu bejahen sind und nach Art. 90 Abs. 2 S. 1 EGV die Wettbewerbsregeln des Vertrages nicht anzuwenden wären:
Ist anzunehmen, daß Vereinbarungen der in den Fragen 1 und 2 dargelegten Art zwischen Gemeinden und Erdgasversorgungsunternehmen, durch die ein Wettbewerb bei der örtlichen Erdgasversorgung ausgeschlossen werden soll, die Entwicklung des Handelsverkehrs in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft?

Gründe:

A. Die Kl., die Stadt D., hat mit ihren Stadtwerken, deren Alleingesellschafterin sie ist, sogenannte Konzessionsverträge geschlossen, nach denen ausschließlich die Stadtwerke das Recht haben, die öffentlichen Verkehrswege im Stadtgebiet für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zum Zweck der unmittelbaren Gasversorgung von Letztverbrauchern zu benutzen.

Die Bekl. hat am 11. Februar/ 24. März 1993 mit der Kl. einen Vertrag über die Verlegung einer Erdgasfernleitung unter Benutzung öffentlicher Straßen der Kl. geschlossen (im folgenden: Wegenutzungsvertrag). In § 22 dieses Vertrages wurde vereinbart:

„Die [...] Erdgasfernleitung [der Bekl.] auf dem Gebiet der Stadt dient lediglich der Durchleitung. Eine Direktversorgung von Abnehmern auf dem Gebiet der Stadt ist nur auf Grundlage eines gesondert zu vereinbarenden Konzessionsvertrages mit der Stadt gestattet.“

Die Laufzeit des Wegenutzungsvertrages endet nach seinem § 27 am 1. Oktober 2001; sie verlängert sich – falls nichts anderes erklärt wird – um zehn Jahre.

Im Herbst 1993 schloß die Bekl. mit einem Kunden in der Stadt einen Gasbezugsvertrag. Der Anschluß des Kunden an die Erdgasfernleitung der Bekl. war ohne Benutzung öffentlichen Straßengrunds möglich. Am 1. Oktober 1994 nahm die Bekl. die Belieferung auf. Dagegen ist die Kl. – gestützt auf § 22 des Wegenutzungsvertrages – mit einem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung und mit der vorliegenden Klage vorgegangen. Der Kunde wird nunmehr von den Stadtwerken zu den Bedingungen des zwischen ihm und dem Bekl. geschlossenen Bezugsvertrages beliefert.

Die Kl. hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, eine Belieferung des Kunden mit Erdgas aus deren Erdgasfernleitung zu unterlassen.

Die Bekl. hat dagegen vorgebracht, die Demarkationsabrede in § 22 des Wegenutzungsvertrages sei mangels ordnungsgemäßer Anmeldung bei der zuständigen Kartellbehörde unwirksam und sei zudem wegen Verstoßes gegen Art. 85 EGV nichtig.

Die Kl. hat am 17. Februar 1997 bei der Kommission der

Europäischen Gemeinschaften vorsorglich einen Antrag auf Freistellung des § 22 des Wegenutzungsvertrages nach Art. 85 Abs. 3 EGV gestellt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

B. Vor der Entscheidung über die Revision ist das Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 177 Abs. 1 Buchst. a, Abs. 3 EGV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zu den im Beschlußtenor gestellten Fragen einzuholen.

I. Der von der Kl. geltend gemachte Anspruch gegen die Bekl., die Belieferung des Kunden mit Erdgas aus deren Erdgasfernleitung zu unterlassen, wäre nach nationalem Recht begründet.

Der Unterlassungsanspruch kann sich auf § 22 des Wegenutzungsvertrages stützen. Das BerGer. hat diese Vertragsbestimmung rechtsfehlerfrei dahin ausgelegt, daß sie die Bekl. verpflichte, ihre Erdgasfernleitung im Stadtgebiet nur zur Durchleitung von Erdgas zu benutzen und Abnehmer im Stadtgebiet auch dann nicht unmittelbar zu beliefern, wenn dazu kein öffentlicher Straßengrund benutzt werden müsse.

Die Vereinbarung in § 22 des Wegenutzungsvertrages beschränkt danach den Wettbewerb mit Erdgas im Stadtgebiet der Kl. Sie ist jedoch gemäß § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB von der Anwendung des Kartellverbots des § 1 GWB freigestellt. Sinn und Zweck der Freistellung ist die Rationalisierung der Energieversorgung und das Ziel einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung (vgl. § 103 Abs. 5 Satz 1 GWB; BGH, Urt. v. 19.6.1975 – KZR 10/74, WuW/E 1405, 1407 – Grenzmengenabkommen). Dem Erfordernis aus § 103 Abs. 3 GWB, den Vertrag bei der zuständigen Kartellbehörde anzumelden, ist entsprochen. Die Anmeldung durch eine der beiden Vertragsparteien war ausreichend (vgl. BGH, Urt. v. 12.12.1978 – KZR 15/77, LM Nr. 12 zu § 34 GWB [unter A. III. 2 c]). Bedenken gegen die Wirksamkeit des § 22 des Wegenutzungsvertrages bestehen deshalb nach nationalem Recht nicht.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt demgemäß davon ab, ob europäisches Gemeinschaftsrecht der Geltendmachung des Vertragsanspruchs entgegensteht.

II. Die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung in § 22 des Wegenutzungsvertrages wäre nichtig, wenn sie unter Art. 85 EGV fällt und Art. 90 Abs. 2 EGV der Anwendung dieser Vorschrift nicht entgegensteht.

1. Der Wegenutzungsvertrag zwischen der klagenden Stadt und dem beklagten Gasversorgungsunternehmen ist eine Vereinbarung zwischen Unternehmen im Sinne des Art. 85 Abs. 1 EGV.

Der Begriff des Unternehmens im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft umfaßt jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung (EuGH, Urt. v. 23.4.1991 – Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-2010, 2016 Tz. 21 ff. – Höfner; Urt. v. 19.1.1994 – Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43, 61 Tz. 18 – Eurocontrol; Urt. v. 16.11.1995 – Rs. C-244/94, Slg. 1995, I-4022, 4028 Tz. 14). Die klagende Stadt ist bei Abschluß des Wegenutzungsvertrages trotz ihrer Eigenschaft als Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts als Unternehmen in diesem Sinne tätig

geworden. Die Vergabe von Wegenutzungsrechten an den in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken an die Bekl. zum Zweck der Verlegung einer Erdgasfernleitung war ein privatrechtliches Handeln der Kl. als Grundeigentümerin (vgl. § 23 Abs. 1 StrWG NW; BGH, Urt. v. 18.5.1995 – III ZR 109/94, NJW 1995, 3122, 3123; Urt. v. 21.3.1996 – III ZR 245/94, NJW 1996, 3409, 3410, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen; Tettinger NWVBl. 1989, 1, 3; Krebs, Rechtliche Grundlagen und Grenzen kommunaler Elektrizitätsversorgung, 1996, S. 227 ff.; Britz, Örtliche Energieversorgung nach nationalem und europäischem Recht, 1994, S. 160 ff.). Die Kl. handelte zudem bei Abschluß des § 22 des Wegenutzungsvertrages zur Sicherung ihrer Stadtwerke gegen den Wettbewerb der Bekl.

2. Das vertraglich vereinbarte Verbot, Abnehmer im Stadtgebiet der Kl. mittels der Erdgasfernleitung unmittelbar zu versorgen, bezweckt eine Beschränkung des Wettbewerbs um Erdgaskunden in diesem Gebiet. Das betreffende Stadtgebiet ist insoweit der räumlich relevante Markt, weil Erdgaskunden dort wegen der Monopolstellung der Stadtwerke keine Ausweichmöglichkeiten auf andere Anbieter haben. Auf diesem Markt ist die Wettbewerbsbeschränkung auch spürbar. Nach dem eigenen Vorbringen der Kl. könnten über die Erdgasfernleitung der Bekl. selbst dann, wenn kein Straßengrund der Kl. in Anspruch genommen wird, mehrere Unternehmen, die Sonderkunden der Stadtwerke sind, erreicht werden. Der Absatz an diese Sonderkunden macht etwa 12,5 % des gesamten Gasabsatzes der Stadtwerke aus, der sich im Jahre 1993 auf 706,3 Mio. kWh Erdgas belief. Bei dem Kunden ist von einem Jahresbedarf von 1,5 Mio. m³ Erdgas auszugehen.

3. Eine andere Frage ist es, ob die Wettbewerbsbeschränkung in § 22 des Wegenutzungsvertrages auch als geeignet anzusehen ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen. Dazu ist diese Vereinbarung in ihrem wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang zu prüfen und eine kumulative Wirkung zu berücksichtigen, die sich gegebenenfalls aus dem Bestehen anderer Ausschließlichkeitsvereinbarungen ergibt (vgl. EuGH, Urt. v. 27.4.1994 – Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1508, 1519 Tz. 37 – Almelo, m.w.N.).

Der deutsche Gesamtmarkt für die Versorgung von Endabnehmern mit Erdgas ist, wie das BerGer. als offenkundig festgestellt hat, monopolistisch strukturiert, räumlich aufgeteilt und für Gasversorger aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union unzugänglich. Die Versorgungsgebiete der Gasunternehmen sind durch Demarkationsverträge und Wegenutzungsverträge (Konzessionsverträge) mit Ausschließlichkeitsbindungen abgeschottet mit der Folge, daß es bei der Belieferung von Endabnehmern keinen unmittelbaren Gas-zu-Gas-Wettbewerb gibt (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, BR-Drucks. 806/96 S. 15; Monopolkommission, X. Hauptgutachten 1992/93, S. 332 Tz. 741 ff.; Jestaedt in Langen/Bunte, Kartellrecht, 7. Aufl. 1994, Art. 85 EGV „Sonderbereiche“ S. 1705 Rdn. 110). In diesen Rahmen paßt sich die hier zu beurteilende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung in § 22 des Wegenutzungsvertrages zum Schutz der Stadtwerke der Kl. gegen Wettbewerb ein. Dieses System ist nicht nur insgesamt ge-

eignet, den Marktzutritt von Versorgungsunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen. Auch im konkreten Fall ist die Wettbewerbsbeschränkung geeignet, die Bekl., die auch selbst Erdgas aus anderen Mitgliedstaaten einführt, bei der Ausweitung ihres Erdgasabsatzes an Endabnehmer und der Steigerung ihrer Erdgaseinfuhren aus anderen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Bekl. kann die unmittelbare Belieferung von Endabnehmern mit Hilfe eigener Leitungen auch nicht ohne weiteres durch eine Belieferung im Wege der Durchleitung durch das Versorgungsnetz der Stadtwerke ersetzen. Derartige Durchleitungen sind nach § 26 Abs. 2, § 35 GWB oder § 103 Abs. 5 und 6 GWB nur in Mißbrauchsfällen erzwingbar (vgl. BGHZ 128, 17 – Gasdurchleitung).

4. Das BerGer. ist der Ansicht, die wettbewerbsbeschränkende Regelung in § 22 des Wegenutzungsvertrages sei zwar geeignet, den zwischenstaatlichen Handel in der Europäischen Union zu beeinträchtigen, diese Beeinträchtigung sei jedoch nicht spürbar. Nur durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen der vorliegenden Art habe die Bekl. erreichen können, daß sie auf dem völlig regulierten und abgeschotteten deutschen Markt als neue Anbieterin von Erdgas habe auftreten können. Auch die Kl. hätte den Wegenutzungsvertrag ohne die Wettbewerbsbeschränkung in dessen § 22 nicht abgeschlossen. Die Bekl. könne nunmehr versuchen, die Belieferung der Stadtwerke mit Erdgas zu übernehmen, wenn deren Liefervertrag mit der Westfälischen Ferngas AG auslaufe.

Diese Beurteilung bedeutet der Sache nach die Anerkennung einer immanenten Schranke des Art. 85 Abs. 1 EGV. Der Ansicht des BerGer. könnte jedenfalls dann nicht zugestimmt werden, wenn die klagende Stadt nach europäischem Wettbewerbsrecht nicht befugt war, ihre Stadtwerke – wie geschehen – dadurch gegen Wettbewerb zu schützen, daß sie in Konzessionsverträgen ausschließlich diesen das Recht eingeräumt hat, die öffentlichen Verkehrswege der Stadt für die Verlegung und Unterhaltung von Erdgasversorgungsleitungen zu nutzen. Wäre die Ausschließlichkeitsbindung der klagenden Stadt durch den Konzessionsvertrag mit ihren Stadtwerken nach Art. 85 EGV nichtig, wäre sie nicht als Hindernis für die Verlegung der Durchgangsleitung der Bekl. anzuerkennen. Die klagende Stadt hätte sie dann auch nicht in zulässiger Weise durch eine Abrede mit einem potentiellen Wettbewerber der Stadtwerke, wie sie in § 22 des Wegenutzungsvertrages getroffen wurde, absichern dürfen.

Gegen die Anwendbarkeit des Art. 85 Abs. 1 EGV auf die in Rede stehenden wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen könnte sprechen, daß die klagende Stadt mit den ihr gehörenden Stadtwerken eine wirtschaftliche Einheit bildet (vgl. allerdings auch Britz aaO S. 257 f.).

Bei der Beurteilung des § 22 des Wegenutzungsvertrages der klagenden Stadt mit den ihr gehörenden Stadtwerken könnte zu berücksichtigen sein, daß die Kl. als Anbieterin von Rechten zur Nutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und Unterhaltung von Versorgungsleitungen im betreffenden Stadtgebiet – als dem räumlich relevanten Markt – eine Monopolstellung besitzt (vgl. dazu Dehmer, Energieversorgungskonzepte – Vorranggebiete – Kartellrecht, 1989, S. 297 ff.; Britz aaO S. 42 ff., 240 ff.; Büdenbender, Die Kartellaufsicht über die Energiewirt-

schaft, 1995, S. 104 ff.; Krebs aaO S. 201 ff.). Zwar kann grundsätzlich niemand verpflichtet sein, einen Wettbewerber zum eigenen Schaden zu fördern (vgl. dazu auch BGHZ 128, 17, 37 f. – Gasdurchleitung). Für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt dieser Grundsatz jedoch nicht uneingeschränkt. So darf ein solches Unternehmen seine Marktmacht nicht mißbräuchlich zum Ausschluß des Wettbewerbs auf einem anderen Markt – und sei es auch zugunsten eines ihr gehörenden Unternehmens – ausnutzen (vgl. dazu auch Kommission, Entscheidung vom 21.12.1993 – 94/19/EG, ABl. Nr. L 15/8 Tz. 66 f. – Sea Containers/Stena Sealink; vgl. weiter EuGH, Urt. v. 6.4.1995 – verbundene Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, GRUR Int. 1995, 490, 493 Tz. 48 ff. = EuZW 1995, 339 – Magill TV Guide; Durach, Die Einführung kompetitiver Strukturen auf den Energiemärkten, 1996, S. 209 ff.). Es ist auch fraglich, ob Art. 85 Abs. 1 EGV Vereinbarungen wie den Wegenutzungsvertrag der Parteien zuläßt, der einer Vertragspartei zwar den Zutritt zu sonst nicht erreichbaren räumlichen Märkten ermöglicht, dafür aber den Wettbewerb auf einem bestimmten anderen räumlichen Markt ausschließt.

Die Beurteilung der Wirksamkeit des § 22 des Wegenutzungsvertrages hängt danach zunächst von folgenden Fragen 1 und 2 zur Auslegung des Art. 85 Abs. 1 EGV ab:

- (1) Steht Art. 85 EGV der Wirksamkeit einer Vereinbarung entgegen, durch die eine Gemeinde einem rechtlich selbständigen, aber ihr gehörenden Versorgungsunternehmen das ausschließliche Recht einräumt, ihre öffentlichen Verkehrswege zur Verlegung und Unterhaltung von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Endabnehmern mit Erdgas zu benutzen, und damit tatsächlich den Versorgungswettbewerb auf ihrem Gebiet ausschließt, wenn dieser Vertrag zu einem Bündel gleichartiger (Konzessions-)Verträge gehört, die – auch im Zusammenwirken mit Demarkationsverträgen der Versorgungsunternehmen untereinander – sämtliche nationalen Versorgungsmärkte gegen Gas-zu-Gas-Wettbewerb durch Wettbewerber aus dem Inland oder anderen Mitgliedstaaten abschotten?
- (2) Steht Art. 85 EGV unter den in Frage 1 dargelegten Verhältnissen der Wirksamkeit einer Vereinbarung entgegen, durch die eine Gemeinde in einem Vertrag mit einem Versorgungsunternehmen über die Verlegung einer Erdgasdurchgangsleitung durch ihr Gemeindegebiet das Versorgungsunternehmen verpflichtet, die zu errichtende Leitung nicht zur unmittelbaren Erdgasversorgung von Endabnehmern in ihrem Gebiet zu benutzen, wenn dies geschieht, um das ihr selbst gehörende Versorgungsunternehmen auf dem Gemeindegebiet gegen Wettbewerb unter Benutzung der Durchgangsleitung zu schützen?

5. Wenn die vorstehenden Fragen zur Auslegung des Art. 85 EGV zu bejahen sind, hängt die Wirksamkeit des § 22 des Wegenutzungsvertrages davon ab, ob Art. 90 Abs. 2 EGV diese Vereinbarung zuläßt. Im Hinblick auf den Zweck der Vereinbarung, die Stellung der Stadtwerke auf dem örtlichen Erdgasversorgungsmarkt zu sichern, hängt die Beurteilung dieser Frage wiederum davon ab, ob die Vereinbarung der Kl. mit ihren Stadtwerken, durch die sie dieser das ausschließliche Recht zur Benutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege zur unmittelbaren Erdgasversorgung von Endabnehmern eingeräumt hat, nach Art. 90 Abs. 2 EGV nicht der Vorschrift

des Art. 85 EGV unterliegt.

- a) Der Senat geht davon aus, daß die örtliche Versorgung von Endabnehmern mit Erdgas als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Art. 90 Abs. 2 EGV anzusehen ist (vgl. dazu Heinemann, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, 1996, S. 175 ff.; vgl. allerdings auch Bundeskartellamt WuW/E BKartA 2778, 2786 – Ruhrgas-Thyssengas III). Es ist jedoch eine nur durch verbindliche Auslegung zu klärende Frage, ob ein rechtlich selbständiges kommunales Gasversorgungsunternehmen oder die Gemeinde selbst, mit der es eine wirtschaftliche Einheit bildet, im Sinne des Art. 90 Abs. 2 EGV mit dieser Dienstleistung betraut sind.

Die Aufgabe der öffentlichen Energieversorgung wird den Energieversorgungsunternehmen in Deutschland nicht durch einen Hoheitsakt übertragen. Ihre Erfüllung ist nicht der öffentlichen Verwaltung zuzurechnen (vgl. Notthoff, Novellierungsversuche des Energiewirtschaftsrechts vor dem Hintergrund grundrechtlicher Normen, 1994, S. 38 ff.). Das Energiewirtschaftsgesetz (im folgenden: EnWG) läßt vielmehr in gleicher Weise die Energieversorgung durch privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Versorgungsunternehmen zu (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts aaO S. 18; Löwer, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989, S. 185 ff.; ders. RdE 1992, 85, 88 f.; Tettinger NWVBl. 1989, 1, 5; Büdenbender aaO S. 62 ff.; Krebs aaO S. 36 f.). Die Aufnahme der Versorgung anderer mit Energie bedarf allerdings einer Genehmigung (§ 5 EnWG). Energieversorgungsunternehmen unterliegen zudem einer staatlichen Aufsicht (§ 1 EnWG; § 4 EnWG: Investitionsaufsicht; § 7 EnWG: Preisaufsicht; §§ 8, 9 EnWG: Untersagung des Betriebs). Für die Aufnahme der Energieversorgung ist tatsächliche Voraussetzung der Abschluß von sogenannten Konzessionsverträgen mit der betreffenden Gemeinde über die Nutzung des öffentlichen Straßengrunds für die Verlegung und Unterhaltung von Versorgungsleitungen. Derartige Konzessionsverträge begründen nicht das Recht zur Durchführung der Energieversorgung (vgl. Zinow, Rechtsprobleme der grenzüberschreitenden Durchleitung von Strom in einem EG-Binnenmarkt für Energie, 1991, S. 166 f.; Büdenbender aaO S. 67 f.; Notthoff aaO S. 42 f., 130, jeweils m.w.N.). Die Gemeinden können durch Konzessionsverträge lediglich infolge ihrer Rechtsstellung als Grundeigentümer Einfluß darauf nehmen, ob sie die Aufgabe der Energieversorgung selbst wahrnehmen oder diese einem bestimmten anderen Unternehmen überlassen. In Konzessionsverträgen können die Gemeinden einfache oder ausschließliche Wegerechte einräumen; in letzterem Fall verpflichtet sich die Gemeinde, anderen Energieversorgungsunternehmen die Verlegung von Leitungen für die Zwecke der Versorgung von Endabnehmern nicht zu gestatten. Die Pflicht eines Energieversorgungsunternehmens zur Versorgung der Gebietsangehörigen ergibt sich bereits aus dem Gesetz (§ 6 EnWG); sie besteht unabhängig davon, ob ein sogenannter Konzessionsvertrag geschlossen worden ist (vgl. BGH WM 1996, 1497, 1500).

Soweit eine Gemeinde selbst auf der Verteilungsstufe die örtliche Erdgasversorgung von Endabnehmern durchführt, bedarf sie keiner Zuweisung dieser Aufgabe durch einen be-

sonderen Hoheitsakt. Sie nimmt insofern die Energieversorgung als Selbstverwaltungsangelegenheit im Sinne des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG wahr (vgl. auch Art. 78 Abs. 1 Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen; § 2 GO NW; vgl. BVerfG NJW 1990, 1783; BVerfGE 98, 273, 275; BGH WM 1996, 1497, 1500, 1503). Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gibt den Gemeinden eine sogenannte Allzuständigkeit (im Sinne eines Aufgabenzugriffsrechts) für Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft; sie ist insoweit ein verfassungsrechtliches Prinzip der Aufgabenverteilung unter den Hoheitsträgern zugunsten der Gemeinden, das der Gesetzgeber bei der Verteilung von Zuständigkeiten zu beachten hat (vgl. BVerfGE 79, 127, 148 ff.; 91, 228, 236). Dagegen begründet die Selbstverwaltungsgarantie keine Zuständigkeiten der Gemeinden unter Ausschluß der Betätigungsmöglichkeit Privater (vgl. Löwer DVBl. 1991, 132, 140 ff.; Ossenbühl DÖV 1992, 1, 7 f.; Schmidt-Aßmann, Festschrift Fabricius, 1989, S. 251, 261 f.; ders., Festschrift Sendler, 1991, S. 121, 131 f.; Wieland/Hellermann DVBl. 1996, 401, 407; Britz aaO S. 203 ff.; Krebs aaO S. 70 ff., m.w.N.).

Im Hinblick auf diese Rechtslage ergibt sich zur Auslegung des Art. 90 Abs. 2 EGV – falls die Fragen 1 und 2 zu bejahen sind – folgende Frage 3:

- (3) Ist eine Gemeinde oder ein ihr gehörendes, rechtlich selbstständiges Versorgungsunternehmen (mit dem die Gemeinde einen ausschließlichen Wegenutzungsvertrag geschlossen hat) mit der örtlichen Verteilung von Erdgas an Endabnehmer im Sinne des Art. 90 Abs. 2 EGV als mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut anzusehen, wenn es an einer hoheitlichen Übertragung dieser – rein privaten Unternehmen ebenso zugänglichen – Aufgabe fehlt, die Gemeinde sich dieser Aufgabe aber als einer Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft annehmen kann und sie (bzw. ihr Versorgungsunternehmen) bei der Ausübung der Versorgungstätigkeit – wie private Unternehmen auch – einer staatlichen Aufsicht und einer allgemeinen Anschluß- und Versorgungspflicht unterliegt?
- b) Wenn die vorstehend dargelegten Fragen 1 bis 3 zu bejahen sind, hängt die Beurteilung, ob Art. 85 EGV auf § 22 des Wegenutzungsvertrages der Parteien und die

Konzessionsverträge der Kl. mit ihren Stadtwerken anwendbar ist, davon ab, ob diese Vereinbarungen zur Erfüllung der Versorgungsaufgabe erforderlich sind. Dies wird anzunehmen sein, wenn eine sichere und preiswürdige Erdgasversorgung im Stadtgebiet D. ohne ausschließliches Wegenutzungsrecht der Stadtwerke und ohne deren Sicherung durch Vereinbarungen wie in § 22 des Wegenutzungsvertrages nicht gewährleistet wäre (vgl. dazu Krebs aaO S. 245 ff.). Diese Prüfung ist von dem nationalen Gericht anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen (vgl. EuGH Slg. 1994, I-1508, 1521 Tz. 50 – Almelo; Krebs aaO S. 251 ff.; Britz aaO S. 227 ff.; Spannowsky RdE 1995, 135, 136). Dabei ist nicht zweifelsfrei, ob bei der Prüfung nur Umstände berücksichtigungsfähig sind, welche die Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung mit Erdgas betreffen, oder auch andere für das Gemeinwohl bedeutsame Umstände, insbesondere solche, die den Umweltschutz betreffen (vgl. EuGH Slg. 1994, I-1508, 1521 Tz. 49 – Almelo; Krebs aaO S. 252 f.).

Daraus ergibt sich folgende Frage 4 für den Fall, daß die Fragen 1 bis 3 zu bejahen sind:

- (4) Sind bei der Prüfung, ob Vereinbarungen der dargelegten Art gemäß Art. 90 Abs. 2 EGV nicht der Vorschrift des Art. 85 EGV unterliegen, nur Umstände zu berücksichtigen, welche die Sicherheit und Preiswürdigkeit der örtlichen Erdgasversorgung betreffen oder sind auch andere Umstände, die sonstige Gemeinwohlinteressen betreffen, zu berücksichtigen (insbesondere den Umweltschutz betreffende Umstände)?
- c) Wenn die Fragen 1 bis 3 zu bejahen sind und nach Art. 90 Abs. 2 Satz 1 EGV die Wettbewerbsregeln des Vertrages nicht anzuwenden wären, stellt sich die weitere Frage 5, ob Vereinbarungen der vorliegenden Art zwischen Gemeinden und Erdgasversorgungsunternehmen, durch die ein Wettbewerb bei der örtlichen Erdgasversorgung ausgeschlossen werden soll, die Entwicklung des Handelsverkehrs in einem Ausmaß beeinträchtigen, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft (Art. 90 Abs. 2 Satz 2 EGV).