SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GEORGES COSMAS
vom 12. Februar 1998 *

Inhaltsverzeichnis

I — Rechtlicher Hintergrund ..... I - 3856

A — Gemeinschaftsrecht ..... I - 3856

B — Nationale Rechtsvorschriften ..... I - 3857

II — Das Vertragsverletzungsverfahren ..... I - 3859

III — Anträge der Parteien ..... I - 3860

IV — Zur Unzulässigkeit der Klage ..... I - 3860

A — Zum ersten Unzulässigkeitsgrund ..... I - 3860

1. Einleitung eines zweiten Vertragsverletzungsverfahrens bei Anhängigkeit des ersten Verfahrens ..... I - 3860

2. Verletzung der Verteidigungsrechte der Beklagten und Verfahren wegen Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats ..... I - 3863

B — Zum zweiten Unzulässigkeitsgrund: wesentliche Mängel der Schriftstücke des Vorverfahrens und der Klageschrift ..... I - 3864

V — Zur Begründetheit ..... I - 3866

A — Zum Verstoß des CNSD gegen Artikel 85 ..... I - 3866

1. Zur Qualifizierbarkeit der gewerblichen Tätigkeit der Zollspediteure als Unternehmenstätigkeit im Sinne des Artikels 85 des Vertrages ..... I - 3866

2. Zur Frage, ob der CNSD eine Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages ist ..... I - 3870

3. Zur Beschränkung des Wettbewerbs aufgrund der Festlegung einer verbindlichen Gebührenordnung durch den CNSD ..... I - 3875

4. Zu den Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel ..... I - 3876

* Originalsprache: Griechisch.

B — Die Verantwortlichkeit der Italienischen Republik ..... I - 3879

1. Die italienischen Rechtsvorschriften schreiben dem CNSD vor, eine einheitliche Gebühr für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure festzulegen ..... I - 3880

2. Die italienischen Rechtsvorschriften verstärken die Wirkungen der Beschlüsse des CNSD zur Festlegung der Gebühren für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure ..... I - 3881

3. Die italienischen Rechtsvorschriften übertragen privaten Unternehmen die Zuständigkeit der Träger öffentlicher Gewalt für den Bereich der Festlegung der Gebührenordnung für Zollspediteure ..... I - 3883

VI — Ergebnis ..... I - 3885

1. Mit der vorliegenden Klage gemäß Artikel 169 Absatz 2 des Vertrages ersucht die Kommission den Gerichtshof um die Feststellung, daß die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aufgrund der Artikel 5 und 85 des Vertrages verstoßen hat, daß sie ein Gesetz erlassen und beibehalten hat, das den Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (Nationaler Rat der Zollspediteure, nachstehend: CNSD) verpflichtet, entgegen Artikel 85 des Vertrages als Unternehmensvereinigung durch Beschluß eine für alle Zollspediteure verbindliche Gebührenordnung festzusetzen.

2. Diese Rechtssache bietet dem Gerichtshof Gelegenheit, u. a. insbesondere die Frage zu entscheiden, ob freiberuflich Tätige, im vorliegenden Fall Zollspediteure, als Unternehmen im Sinne des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts betrachtet werden können und folglich dessen Beschränkungen unterliegen, und weiter die Frage, ob ein nationaler Berufsverband, wenn er eine öffentlich-rechtliche Einrichtung ist, die durch Beschluß die (Mindest- oder Höchst-) Gebühren ihrer Mitglieder festlegt, als Unternehmensvereinigung behandelt werden kann, deren Beschluß, mit dem die Gebührenordnung festgelegt wird, gegen Artikel 85 des Vertrages verstößt.

I — Rechtlicher Hintergrund

A — *Gemeinschaftsrecht*

3. Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages lautet:

„(1) Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle ... Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen ... welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung

oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;

..."

B — *Nationale Rechtsvorschriften*

4. In Italien wird die freiberufliche Tätigkeit der Zollspediteure durch das Gesetz Nr. 1612 vom 22. Dezember 1960 (nachstehend: Gesetz Nr. 1612/1960) [1] und durch später ergangene Durchführungsbestimmungen, insbesondere Dekrete des Präsidenten und der Minister, geregelt. Die Tätigkeit der Zollspediteure umfaßt Dienstleistungen im Rahmen des Zollabfertigungsverfahrens (Leistungen in den Bereichen Devisen, Warenkunde, Steuern oder in anderen Bereichen in Zusammenhang mit der Zollabfertigung) (Artikel 1 des Gesetzes Nr. 1612/1960).

1 — Gesetz über die rechtliche Anerkennung des Zollspediteurberufs und zur Einrichtung der Berufsregister und der Pensionskasse für Zollspediteure, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* (GURI) Nr. 4 vom 5. Januar 1961.

5. Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeiten eines Zollspediteurs ist der Besitz einer unbefristeten Zulassung (patente) und die Eintragung in das nationale Register der Zollspediteure, das sich aus allen Bezirksregistern zusammensetzt, die die in jedem Zollbezirk eingerichteten Consigli compartimentali degli spedizionieri doganali (Bezirksräte der Zollspediteure) führen (Artikel 2 und 4 bis 12 des Gesetzes Nr. 1612/1960).

6. Die Überwachung der Tätigkeit der Zollspediteure obliegt den Bezirksräten. Diese werden in geheimer Wahl von den in die Register der verschiedenen Bezirksräte eingetragenen Zollspediteuren für zwei Jahre gewählt. Jeder Bezirksrat wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden (Artikel 10 des Gesetzes Nr. 1612/1960).

7. Der CNSD ist eine Einrichtung des öffentlichen Rechts. Er besteht aus neun von den Mitgliedern der Bezirksräte in geheimer Wahl gewählten Mitgliedern, die aus ihrer Mitte den Vorsitzenden wählen. Die Mitglieder des CNSD können wiedergewählt werden (Artikel 13 des Gesetzes Nr. 1612/1960).

8. Früher gehörte der Generaldirektor für Zölle und indirekte Steuern dem CNSD als Mitglied an und hatte dessen Vorsitz inne.

Diese Regelung wurde jedoch durch Artikel 32 des Decreto-legge Nr. 331 vom 30. August 1992 aufgehoben.

9. Das Gesetz Nr. 1612/1960 (Artikel 14 Buchstabe d) überträgt dem CNSD im wesentlichen die Festlegung einer Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure auf Vorschlag der Bezirksräte. Die Gebührenordnung ist gemäß Artikel 11 Absatz 2 dieses Gesetzes verbindlich.

10. Aufgrund des Dekrets des Finanzministers vom 10. März 1964 [2]

werden Zuwiderhandlungen durch Disziplinarstrafen geahndet (Artikel 38 bis 40), die vom Tadel bis zur vorübergehenden Streichung im Register (im Wiederholungsfall, Artikel 40 Buchstabe b) bzw. bis zur endgültigen Streichung bei zweimaliger vorübergehender Streichung innerhalb von fünf Jahren auf Anordnung des Bezirksrats reichen.

11. In der Sitzung vom 21. März 1988 erließ der CNSD die Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure (nachstehend: Gebührenordnung), in der es heißt:

Artikel 1: „Diese Gebührenordnung sieht die Mindest- und Höchstbeträge vor, die für die Zollabfertigung und für Leistungen auf dem Gebiet der Devisen, der Warenkunde und der Steuern einschließlich Leistungen in abgaberechtlichen Streitigkeiten zu zahlen sind. Bei der konkreten Festlegung des zwischen dem Mindest- und dem Höchstbetrag liegenden Entgelts sind Besonderheiten, Eigenart und Bedeutung des Auftrags zu berücksichtigen."

Artikel 5: „Artikel 1 dieser Gebührenordnung ist für den Auftraggeber unabdingbar; jede andere Vereinbarung ist nichtig ..."

Artikel 6: „Der Nationale Rat der Zollspediteure kann besondere und/oder vorübergehende Abweichungen von den in dieser Gebührenordnung vorgesehenen Mindestbeträgen zulassen."

Artikel 7: „Der Nationale Rat der Zollspediteure paßt diese Gebührenordnung entsprechend den vom Istat (Istituto centrale di statistica, Zentrales Institut für Statistik) — Bereich Industrie — ermittelten Indizes mit Wirkung vom Datum des entsprechenden Beschlusses an."

2 — Mit Vorschriften zur Durchführung des Gesetzes Nr. 1612 vom 22. Dezember 1960 (Suppl. ordinario zur GURI, Nr. 102 vom 24. April 1964).

12. Aufgrund der letztgenannten Vorschrift beschloß der CNSD in seiner Sitzung vom 15. März 1989, die in der Gebührenordnung festgesetzten Gebühren ab 1. Januar 1990 um 8 % zu erhöhen [3].

13. Die vom CNSD in der Sitzung vom 21. März 1988 beschlossene Gebührenordnung wurde vom italienischen Finanzminister mit Dekret vom 6. Juli 1988 genehmigt [4].

II — Das Vertragsverletzungsverfahren

14. Die Kommission, die die italienische Regelung als Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht betrachtete, leitete drei verschiedene Verfahren gegen die Italienische Republik ein.

15. Zunächst erhob sie mit Klageschrift, die am 24. März 1992 bei der Kanzlei des Gerichtshofes einging, Klage gegen die Italienische Republik auf Feststellung, daß diese mit der Genehmigung der damit verbindlich gewordenen Gebühren der gewerblich tätigen Zollspediteure gegen die Artikel 9 und 12 des Vertrages verstoßen habe (Rechtssache C-119/92). Der Gerichtshof hat diese Klage durch Urteil vom 9. Februar 1994 abgewiesen [5].

16. Am 30. Juni 1993 erließ dann die Kommission die Entscheidung 93/438/EWG [6], in der sie feststellte: „Der vom Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (CNSD) auf dessen Sitzung vom 21. März 1988 beschlossene und am 20. Juli 1988 in Kraft getretene Tarif für Leistungen der Zollspediteure verstößt gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag." [7]

17. Schließlich leitete die Kommission aufgrund ihrer Auffassung, daß die genannten nationalen Vorschriften des Gesetzes Nr. 1612/1960 gegen die Artikel 5 und 85 des Vertrages verstießen, das Verfahren ein, das dieser Rechtssache zugrunde liegt.

18. Im einzelnen teilte sie gemäß Artikel 169 des Vertrages mit Mahnschreiben vom 18. Oktober 1993 [8] der Italienischen Republik die Gründe für ihre Auffassung mit, daß das Gemeinschaftsrecht verletzt sei, und forderte sie auf, sich hierzu binnen zwei Monaten ab Empfang des Schreibens zu äußern. Die Kommission erhielt hierauf keine Antwort von den italienischen Behörden.

3 — Bekanntmachung des Finanzministers, GURI, Nr. 299 vom 23. Dezember 1989.

4 — GURI, Nr. 168 vom 19. Juli 1988, S. 19.

5 — Urteil Kommission/Italien (Slg. 1994, I-393).

6 — Entscheidung in einem Verfahren gemäß Artikel 85 EWG-Vertrag (ABl. L 203, S. 27).

7 — Der CNSD hat mit Klage beim Gericht erster Instanz (Rechtssache T-513/93), dessen Urteil noch aussteht, die Feststellung der Nichtigkeit der Entscheidung der Kommission beantragt. Das Gericht hat durch Beschluß seine Entscheidung bis zur Verkündung des Urteils des Gerichtshofes in der vorliegenden Rechtssache ausgesetzt.

8 — Es handelt sich um das Schreiben SG(93) D/16736 93/2181.

19. Am 21. Juni 1995 gab die Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab und forderte die Italienische Republik auf, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um dieser Stellungnahme binnen zwei Monaten nach ihrer Zustellung nachzukommen. Die italienischen Behörden beantworteten diese mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission nicht.

20. Daraufhin hat die Kommission mit Klageschrift, die am 9. Februar 1996 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, die vorliegende Klage auf Feststellung der Vertragsverletzung durch die Italienische Republik erhoben.

21. Die italienische Regierung hat mit Schriftsatz, der am 15. Mai 1996 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, beantragt, die Unzulässigkeit der Klage festzustellen. Der Gerichtshof hat beschlossen, die Entscheidung über diesen Antrag dem Endurteil vorzubehalten. Außerdem hat die italienische Regierung die Frist für die Einreichung einer Klagebeantwortung verstreichen lassen [9].

III — Anträge der Parteien

22. Die Kommission beantragt,

a) festzustellen, daß die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 5 und 85 des Vertrages verstoßen hat, daß sie ein Gesetz erlassen und beibehalten hat, das den Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (CNSD) unter Übertragung des entsprechenden Beschlußfassungsrechts dazu verpflichtet, entgegen Artikel 85 des Vertrages als Unternehmensvereinigung einen Beschluß zur Festlegung einer für alle Zollspediteure verbindlichen Gebührenordnung zu fassen.

b) der Italienischen Republik die Kosten aufzuerlegen.

23. Die italienische Regierung beantragt, die Unzulässigkeit der Klage festzustellen.

IV — Zur Unzulässigkeit der Klage

A — *Zum ersten Unzulässigkeitsgrund*

1. Einleitung eines zweiten Vertragsverletzungsverfahrens bei Anhängigkeit des ersten Verfahrens

24. Die italienische Regierung ist der Auffassung, daß die Kommission aufgrund des gleichen Sachverhalts gegen sie kein

9 — Genauer gesagt hat sie unter Berufung auf höhere Gewalt die Verlängerung der Frist zur Einreichung einer Klagebeantwortung beantragt, was der Gerichtshof indessen abgelehnt hat.

zweites Verfahren wegen Verletzung ihrer Vertragspflichten insbesondere nach den Artikeln 5 und 85 des Vertrages, d. h. aufgrund abweichender Gründe, die mit denen der ersten, auf die Artikel 9 und 12 des Vertrages gestützten Klage nicht in Einklang zu bringen seien, habe einleiten können (Rechtssache C-35/96), ohne zuvor die erste Klage (Rechtssache C-112/92) zurückzunehmen. Entweder nämlich habe man es mit der Erhebung einer Abgabe oder aber mit einer vom betroffenen Mitgliedstaat unterstützten Vereinbarung von Unternehmensvereinigungen, nicht aber mit beiden Tatbeständen zur gleichen Zeit zu tun. Außerdem hätte die Kommission, erst nachdem der Gerichtshof in der der ersten Rechtssache zugrunde liegenden Streitigkeit in der Sache selbst eine Entscheidung getroffen hätte, ein Verfahren wegen der Verletzung anderer Pflichten durch denselben Mitgliedstaat einleiten und den Gerichtshof um Entscheidung darüber ersuchen dürfen.

25. Die Kommission hält das Vorbringen der Italienischen Republik, daß ein und dieselben nationalen Rechtsvorschriften nicht aufgrund unterschiedlicher Bestimmungen des Vertrages beanstandet werden dürften, für rechtsirrig. Sie beruft sich für ihren Standpunkt auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, der in einer Vielzahl von Urteilen festgestellt habe, daß nationale Rechtsvorschriften gleichzeitig gegen mehrere Bestimmungen des Vertrages [10] oder gegen Bestimmungen des Vertrages und Vorschriften des abgeleiteten Rechts verstießen [11]. Keiner Rechtsnorm und keinem allgemeinen Grundsatz lasse sich entnehmen, daß die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens die Möglichkeit der Einleitung eines weiteren Verfahrens ausschließe, wenn dessen Rechtsgrundlage sich von der des ersten Verfahrens völlig unterscheide. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission erklärt, sie sei aufgrund des gegen den CNSD eingeleiteten, auf die Verordnung Nr. 17 des Rates [12] gestützten Verfahrens zu der Auffassung gelangt, daß für die Zuwiderhandlung des CNSD gegen Artikel 85 die Rechtsvorschriften der Italienischen Republik verantwortlich zu machen seien, und habe aus diesem Grunde ein Verfahren nach Artikel 169 eingeleitet. Es gebe keinerlei Bestimmung, die die Einleitung der Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 und nach Artikel 169 nacheinander vorschreibe.

26. Ich möchte vor allem darauf hinweisen, daß der Gerichtshof in der Rechtssache C-119/92 die Klage der Kommission gegen die Italienische Republik mit der Begründung abgewiesen hat [13], daß die Importeure nicht in jedem Fall verpflichtet seien, die Dienste der Zollspediteure in Anspruch zu nehmen, und daß folglich die vom CNSD beschlossene Gebührenordnung der Zoll-

10 — Vgl. Urteile vom 17. Februar 1976 in der Rechtssache 45/75 (Rewe-Zentrale, Slg. 1976, 181, Randnrn. 21/27) zu einem Verstoß gegen die Artikel 37 und 95 des Vertrages, vom 22. März 1977 in der Rechtssache 78/76 (Steinike & Weinlig, Slg. 1977, 595) zu einem Verstoß gegen die Artikel 92 und 95 des Vertrages, vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90 (Merci convenzionali porto di Genova, Slg. 1991, I-5889) zu den Artikeln 90 Absatz 1, 86, 30 und 48 des Vertrages, sowie vom 14. November 1995 in der Rechtssache C-484/93 (Svensson, Slg. 1995, I-3955) zu den Artikeln 59 und 67 des Vertrages.

11 — Wie Artikel 30 des Vertrages und Vorschriften des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts, zum Beispiel eine Verordnung über eine gemeinsame Marktorganisation, vgl. im Rahmen einer Klage nach Artikel 169 Urteil vom 21. Juni 1988 in der Rechtssache 127/87 (Kommission/Griechenland, Slg. 1988, 3333) zu einer gemeinsamen Marktorganisation für den Sektor Schaf- und Ziegenfleisch. Vgl. auch Urteile vom 2. Dezember 1992 in der Rechtssache C-280/89 (Kommission/Irland, Slg. 1992, I-6185) zur gemeinsamen Strukturpolitik im Fischereisektor und vom 25. Mai 1993 in der Rechtssache C-228/91 (Kommission/Italien, Slg. 1993, I-2701) zu Gesundheitskontrollen im Fischereisektor.

12 — Verordnung Nr. 17 vom 6. Februar 1962 (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, ABl. 1962, Nr. 13, S. 204).

13 — Urteil vom 9. Februar 1994 (zitiert in Fußnote 5), insbesondere Randnrn. 46 und 47.

spediteure keine Abgabe zollgleicher Wirkung im Sinne der Artikel 9 und 12 des Vertrages sei.

27. Unabhängig von der Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache C-119/92 halte ich die Prüfung der Frage für wichtig, ob die Kommission während der Anhängigkeit des ersten Vertragsverletzungsverfahrens ein zweites Verfahren gegen denselben Staat aufgrund ihres Standpunktes einleiten durfte, daß dieselben Vorschriften dieses Mitgliedstaats auch gegen andere Bestimmungen des Vertrages verstießen, und ob sie verpflichtet war, das Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 zu Ende zu führen und erst danach das nach Artikel 169 zu eröffnen.

28. Nach den Artikeln 155 und 169 ist die Kommission die Hüterin des Gemeinschaftsrechts, da es ihre Aufgabe ist, im allgemeinen Interesse der Gemeinschaft die Ausführung des Vertrages durch die Mitgliedstaaten zu überwachen und etwaige Verstöße gegen vertragliche Verpflichtungen aufzudecken, damit sie abgestellt werden [14]. Damit ist es Sache der Kommission, zu entscheiden, ob [15] und wann [16] sie gegen einen Mitgliedstaat einschreitet, dessen Vorschriften nach ihrer Meinung der Gemeinschaftsregelung widersprechen, hierbei die Vorschriften festzuhalten, gegen die ihrer Meinung nach der betreffende Staat verstößt, und in der Folge den Zeitpunkt für die Klageerhebung zu wählen [17].

29. Ebenso ist es meines Erachtens Sache der Kommission, zu entscheiden, ob sie zunächst gegen ein Unternehmen oder eine Verhaltensweise, die ihrer Meinung nach den Wettbewerb beeinträchtigen, und dann gegen den Mitgliedstaat einschreitet, dessen Vorschriften gegen Artikel 85 verstoßende Absprachen oder Verhaltensweisen vorschreiben oder begünstigen, oder ob es sachgerecht ist, nicht gegen das Unternehmen vorzugehen und eher ein Verfahren nach Artikel 169 gegen den Mitgliedstaat einzuleiten.

30. Darüber hinaus bin ich der Meinung, daß die Kommission, sobald sie entscheidet, die Befugnisse gemäß Artikel 169 auszuüben, den Gegenstand der Streitigkeit dadurch abgrenzt, daß sie ein Mahnschreiben und vor allem eine mit Gründen versehene Stellungnahme an den gerügten Mitgliedstaat richtet. Die Festlegung der Vertragsverletzung erfolgt daher in erster Linie durch die mit Gründen versehene Stellungnahme, und folglich wird der Gegenstand des Verfahrens wegen Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats jeweils durch diese Stellungnahme bestimmt. In der mit Gründen versehenen Stellungnahme wird nämlich der Gegenstand der Auseinandersetzung vor dem Gerichtshof abgegrenzt, in deren Rahmen sowohl die Klage als auch die mit Gründen versehene Stellungnahme auf dieselben Gründe und Argumente gestützt werden müssen [18]; die

14 — Vgl. Urteil vom 4. April 1974 in der Rechtssache 167/73 (Kommission/Frankreich, Slg. 1974, 359, Randnr. 15).

15 — Vgl. die Untersuchung von Denis Simon, Recours en constatation de manquement, *Jurisclasseur*, 1991, Fasc. 380, § 46.

16 — Vgl. Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 324/82 (Kommission/Belgien, Slg. 1984, 1861, Randnr. 12).

17 — Vgl. Urteil vom 1. Juni 1994 in der Rechtssache C-317/92 (Kommission/Deutschland, Slg. 1994, I-2039, Randnr. 4).

18 — Vgl. u. a. Urteile vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 166/82 (Kommission/Italien, Slg. 1984, 459, Randnr. 16), vom 1. Dezember 1993 in der Rechtssache C-234/91 (Kommission/Dänemark, Slg. 1993, I-6273, Randnr. 16) und vom 12. Januar 1994 in der Rechtssache C-296/92 (Kommission/Italien, Slg. 1994, I-1, Randnr. 11).

Einführung neuer Gründe seitens der Kommission oder auch nur die Ergänzung ihres Vorbringens durch die Anführung neuer Gesichtspunkte im Rahmen der gleichen Beanstandungen sind unzulässig [19]. Entsprechend sind die Befugnisse des Gerichtshofes in dem auf die Klage nach Artikel 169 folgenden Verfahren eindeutig umrissen: Sie beschränken sich auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme enthaltenen und in der Klageschrift bekräftigten Beanstandungen [20].

31. Aus diesen Erwägungen folgt meines Erachtens, daß die Kommission aufgrund der ihr gemäß Artikel 169 zustehenden Befugnisse sehr wohl im Rahmen eines neuen Verfahrens gegen den betreffenden Mitgliedstaat einschreiten darf, wenn ihrer Meinung nach dieselben Vorschriften gegen andere als die in dem früheren Verfahren angeführten Bestimmungen verstoßen, auch wenn letzteres noch nicht abgeschlossen ist. Da überdies die Verfahren nach Artikel 169 und nach der Verordnung Nr. 17 unabhängig voneinander sind, und sich die Kommission mit ihnen im ersten Fall gegen einen Mitgliedstaat und im zweiten gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung wendet, ist sie nicht verpflichtet, das eine Verfahren nach dem anderen zu betreiben, damit ihre Klage nach Artikel 169 zulässig ist, falls nur alle Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind. Demzufolge ist das gegenteilige Vorbringen der italienischen Regierung zurückzuweisen.

19 — Vgl. Urteil Kommission/Italien (zitiert in Fußnote 18).

20 — Der Gemeinschaftsrichter kann die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzte Frist nicht abändern, vgl. Urteile vom 10. November 1981 in der Rechtssache 28/81 (Kommission/Italien, Slg. 1981, 2577, Randnr. 6) und in der Rechtssache 29/81 (Kommission/Italien, Slg. 1981, 2585, Randnr. 6).

2. Verletzung der Verteidigungsrechte der Beklagten und Verfahren wegen Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats

32. Die italienische Regierung macht geltend, die Kommission habe ein zweites Verfahren wegen Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats aus anderen Gründen, die mit denen der ersten Klage unvereinbar gewesen seien, nicht einleiten dürfen. Damit beeinträchtige sie nämlich ihre Verteidigungsrechte, indem sie sie zwinge, sich gleichzeitig in zwei Verfahren zu verteidigen, die auf den gleichen Tatsachen, aber auf unterschiedlichen Vorschriften beruhten. In der mündlichen Verhandlung hat sie weiterhin geltend gemacht, sie sei nicht in der Lage, zu der ihr vorgeworfenen Vertragsverletzung Stellung zu nehmen, weil die Kommission sie mit der Entscheidung 93/438 vor vollendete Tatsachen gestellt habe und damit ihr Verteidigungsrecht ausgehöhlt worden sei.

33. Für die Kommission ist dieses Vorbringen der italienischen Regierung unbegründet, weil diese auf die einzelnen Verfahrenshandlungen nicht reagiert habe und ihre einzige Reaktion die Erhebung einer Einrede der Unzulässigkeit gewesen sei.

34. Meines Erachtens ist für jedes der nach Artikel 169 eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren getrennt zu prüfen, ob die Verteidigungsrechte des beklagten Mitgliedstaats gewahrt worden sind oder nicht. Insoweit muß geprüft werden, ob die

Kommission alle Schritte des Verfahrens eingehalten, also in dieser Reihenfolge dem beklagten Mitgliedstaat das Mahnschreiben und die mit Gründen versehene Stellungnahme übersandt hat, und ob der Mitgliedstaat aus deren Inhalt volle Kenntnis der von der Kommission erhobenen Beanstandungen gewinnen konnte [21]. Wenn der Mitgliedstaat auf diese Handlungen nicht reagiert hat, so hat er dies auf eigene Gefahr getan und die Konsequenzen auf sich genommen, die ein solches Verhalten mit sich bringt.

B — *Zum zweiten Unzulässigkeitsgrund: wesentliche Mängel der Schriftstücke des Vorverfahrens und der Klageschrift*

35. Mit dem zweiten und meines Erachtens gewichtigeren Unzulässigkeitsgrund macht die italienische Regierung geltend, daß sowohl das Mahnschreiben als auch die mit Gründen versehene Stellungnahme wesentliche Mängel aufwiesen und zwischen der Klageschrift und der mit Gründen versehenen Stellungnahme Unterschiede bestünden. Nur die Klageschrift enthalte nämlich eine ins einzelne gehende Untersuchung der den Verstoß gegen Artikel 85 begründenden Gesichtspunkte. Demgegenüber seien sowohl das Mahnschreiben als auch die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission in den für die Auseinandersetzung entscheidenden Punkten mit außergewöhnlicher Knappheit formuliert, wenn dort ausgeführt werde: „Mit der Entscheidung vom 28. Juni 1993 hat die Kommission festgestellt, daß die Gebührenordnung, die der Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali festgelegt und in seiner Sitzung vom 21. März 1988 beschlossen hat, einen Verstoß im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages darstellt." Diese Wendung sei nicht mit den vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung festgelegten Kriterien zu vereinbaren, weil der mit Gründen versehenen Stellungnahme keine „detaillierte und zusammenhängende Darlegung der Gründe ..., aus denen die Kommission zu der Überzeugung gelangt ist, daß der betreffende Mitgliedstaat gegen eine ihm nach dem EWG-Vertrag obliegende Verpflichtung verstoßen hat", zu entnehmen sei [22]. Sowohl im Mahnschreiben als auch in der mit Gründen versehenen Stellungnahme, die die Kommission an sie gerichtet habe, werde lediglich auf die Entscheidung vom 30. Juni 1993 verwiesen [23], in der in der Tat im einzelnen dargelegt werde, aus welchen Gründen die Festlegung der Gebührenordnung durch den CNSD nach Meinung der Kommission einen Verstoß gegen Artikel 85 darstelle. Außerdem sei die Entscheidung 93/438 ausdrücklich an den CNSD gerichtet gewesen und könne daher keine Bindungswirkung gegenüber der Italienischen Republik haben.

36. Die Kommission legt dar, sowohl die Gründe als auch die Argumente, auf die sich die mit Gründen versehene Stellungnahme und die Klageschrift stützten, seien absolut identisch. Konkret enthielten sowohl das Mahnschreiben als auch die mit Gründen

21 — Vgl. z. B. Urteil vom 28. März 1985 in der Rechtssache 274/83 (Kommission/Italien, Slg. 1985, 1077, Randnrn. 20 und 21): „Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 11. Juli 1984 in der Rechtssache 51/83 (Kommission/Italien, Slg. 1984, 2793) festgestellt hat, ist die Gelegenheit zur Äußerung für den betroffenen Mitgliedstaat — selbst wenn er glaubt, von ihr keinen Gebrauch machen zu sollen — eine vom Vertrag gewollte wesentliche Garantie und die Beachtung dieser Garantie eine Voraussetzung für die Ordnungsgemäßheit des Vertragsverletzungsverfahrens." Vgl. ferner Urteil vom 17. September 1996 in der Rechtssache C-289/94 (Kommission/Italien, Slg. 1996, I-4405, Randnr. 15) und Beschluß vom 11. Juli 1995 in der Rechtssache C-266/94 (Kommission/Spanien, Slg. 1995, I-1975, Randnrn. 16 und 17).

22 — Sie bezieht sich beispielsweise auf das Urteil vom 11. Juli 1991 in der Rechtssache C-247/89 (Kommission/Portugal, Slg. 1991, I-3659, Randnr. 22).

23 — Genauer gesagt wird in Bezug genommen die Entscheidung vom 28. Juni 1993 (richtigerweise 30. Juni 1993, offensichtlich ein Versehen). Da indessen die Entscheidung ihrem Inhalt nach zusammenfassend dargestellt wird, auch wenn das Datum und die Nummer der Entscheidung nicht stimmen, liegt auch nicht der geringste Mangel der Handlungen des vorgerichtlichen Verfahrens vor, das der Erhebung der vorliegenden Klage vorausgegangen ist.

versehene Stellungnahme eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Entscheidung 93/438 der Kommission, die im *Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht sei [24]; eine solche Bezugnahme bedeute eine Verweisung auf den Inhalt der Entscheidung sowie auch auf die Tatsachen und die rechtliche Würdigung, die zum Erlaß der Entscheidung geführt hätten, mit der eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages festgestellt worden sei. Die Klageschrift entspreche lediglich der Struktur der Entscheidung 93/438. Der Unterschied in der Darstellung zwischen dem Mahnschreiben und der mit Gründen versehenen Stellungnahme einerseits und der Klageschrift andererseits sei mit der Absicht der Kommission zu erklären, die Verantwortung der Italienischen Republik verstärkt zum Ausdruck zu bringen.

37. Meines Erachtens ist dem von der Italienischen Republik vorgebrachten Unzulässigkeitsgrund nicht zu folgen.

38. Wie der Gerichtshof mehrfach festgestellt hat, muß „die Kommission in einer gemäß Artikel 169 des Vertrages eingereichten Klageschrift die Rügen, über die der Gerichtshof entscheiden soll, genau angeben und zumindest in gedrängter Form die rechtlichen und tatsächlichen Umstände darlegen, auf die diese Rügen gestützt sind" [25]. Diese Voraussetzungen halte ich im vorliegenden Fall für erfüllt.

39. Meine Auffassung sehe ich auch durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Rechtswirkungen der mit Gründen versehenen Stellungnahme belegt, wonach diese, wie bereits erwähnt, den Gegenstand der Rechtsstreitigkeit vor dem Gerichtshof umreißt.

40. Konkret bin ich der Meinung, daß sowohl im Mahnschreiben als auch vor allem in der mit Gründen versehenen Stellungnahme, die die Kommission der Italienischen Republik übersandt hat, der Gegenstand der Auseinandersetzung klar, wenn auch in gedrängter Form umrissen ist, d. h., diese enthält „eine detaillierte und zusammenhängende Darlegung" der Gründe, „aus denen die Kommission zu der Überzeugung gelangt ist, daß der betreffende Mitgliedstaat gegen eine ihm nach dem Vertrag obliegende Verpflichtung verstoßen hat" [26].

41. Darüber hinaus war angesichts der ausdrücklichen Verweisung auf den Inhalt der Entscheidung 93/438 die einzige Frage, bei der die Prüfung der Kommission sowohl im Mahnschreiben als auch hauptsächlich in der mit Gründen versehenen Stellungnahme ausführlicher hätte ausfallen können, die der Verantwortung der Italienischen Republik für den Verstoß der CNSD gegen das Gemeinschaftsrecht. Abgesehen von dem ausdrücklichen Hinweis auf die Entscheidung 93/438 führt die Kommission nämlich zur Verantwortung der Italienischen Republik die spezifischen Rügen an, über die der Gerichtshof zu entscheiden haben wird.

24 — Entscheidung 93/438 der Kommission (zitiert in Fußnote 6).

25 — Vgl. z. B. Urteil vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-375/95 (Kommission/Griechenland, Slg. 1997, I-5981, Randnr. 17) und vom 31. März 1992 in der Rechtssache C-52/90 (Kommission/Dänemark, Slg. 1992, I-2187, Randnr. 17).

26 — Vgl. z. B. die (in Fußnote 21 zitierten) Urteile vom 28. März 1985 (Kommission/Italien, Randnrn. 20 und 21) und vom 17. September 1996 (Kommission/Italien, Randnr. 16).

V — Zur Begründetheit

42. Die Kommission stellt in der Entscheidung 93/438 vom 30. Juni 1993 in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag [27] fest, daß die vom CNSD beschlossene Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages darstelle [28].

43. Außerdem gehe der erwähnte Beschluß des CNSD, der den Wettbewerb dadurch beschränke, daß er für alle Zollspediteure eine einheitliche Gebührenordnung festlege, unmittelbar auf die angeführten Vorschriften des Gesetzes Nr. 1612/1960 zurück, das entgegen Artikel 85 des Vertrages den CNSD zu einem Beschluß als Unternehmensvereinigung verpflichte, so daß auch die Italienische Republik, weil sie dieses Gesetz erlassen und beibehalten habe, die ihr nach den Artikeln 5 und 85 des Vertrages obliegenden Pflichten verletzt habe.

44. Ich werde das Vorbringen der Kommission in zwei Stufen prüfen, also zunächst die Frage untersuchen, ob das Tätigwerden des CNSD einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 darstellt, und dann zweitens feststellen, welche Verantwortung hierfür die Italienische Republik trifft. Dies ist angebracht, weil nur dann, wenn nachgewiesen ist, daß die Betätigung der CNSD bei der Festlegung einer Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 darstellt, danach eine etwaige Verantwortung der Italienischen Republik hierfür festgestellt werden kann.

A — *Zum Verstoß des CNSD gegen Artikel 85*

45. Zunächst werde ich prüfen, ob die gewerbliche Tätigkeit der Zollspediteure eine Unternehmenstätigkeit im Sinne des Artikels 85 ist. Sodann werde ich untersuchen, ob der CNSD eine Unternehmensvereinigung im Sinne dieser Bestimmung ist und ob die Beschlüsse des CNSD zur Festlegung einer Gebührenordnung für die Zollspediteure als wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 betrachtet werden können. Schließlich werde ich prüfen, ob diese Beschlüsse den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können.

1. Zur Qualifizierbarkeit der gewerblichen Tätigkeit der Zollspediteure als Unternehmenstätigkeit im Sinne des Artikels 85 des Vertrages

46. In der mündlichen Verhandlung hat die italienische Regierung die Auffassung vertre-

27 — Zitiert in Fußnote 6.

28 — Wie bereits ausgeführt (oben Fußnote 7), hat der CNSD durch Klage beim Gericht erster Instanz die Nichtigerklärung dieser Entscheidung beantragt. Diese Rechtssache (T-513/93) ist noch anhängig.

ten, ein Zollspediteur sei ein freiberuflich Tätiger, ein unabhängiger Selbständiger wie ein Rechtsanwalt, ein Vermessungsingenieur oder ein Dolmetscher, der nicht als Unternehmen im Sinne des Artikels 85 angesehen werden könne, weil die von ihm erbrachten Dienstleistungen geistiger Art seien und für die Ausübung seines Berufes eine Zulassung erforderlich sei und bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müßten. Der Vertrag unterscheide zwischen Selbständigen und Unternehmen, zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit, so daß nach dem Vertrag nicht jede selbständige Tätigkeit im Rahmen eines Unternehmens ausgeübt werden müsse. Darüber hinaus fehle das organisatorische Element, das für das Vorliegen eines Unternehmens erforderlich sei, d. h. die einheitliche Zusammenfassung persönlicher und sonstiger Mittel zur dauerhaften Verfolgung eines bestimmten wirtschaftlichen Zweckes [29]. Nach geltendem Recht sei es nicht möglich, alle selbständigen Tätigkeiten als Unternehmen im Sinne des Artikels 85 des Vertrages zu verstehen und es bedürfe einer Gesetzesreform, um die Anwendung der Wettbewerbsregeln auch auf Selbständige auszudehnen.

47. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission hervorgehoben, daß die Zollspediteure Unternehmen im Sinne des Artikels 85 seien und das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht nicht nur gegenüber den nationalen Rechten, sondern auch gegenüber anderen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts autonom sei.

29 — Zur Begründung wird auf das Urteil des Gerichts vom 10. März 1992 in der Rechtssache T-11/89 (Shell/Kommission, Slg. 1992, II-757, Randnr. 311) verwiesen.

48. Ich möchte zunächst die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Rechtssubjekten untersuchen, die Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft sein können, und mich dann der Frage zuwenden, ob das Gewerbe der Zollspediteure und in erweitertem Sinn ein freier Beruf [30] als Unternehmen angesehen werden kann [31].

30 — Nach italienischem Recht beruht die Organisation der freien Berufe traditionell auf dem Korporationsmodell, das zum einen die Interessen der betreffenden Berufsgruppe schützen und zum anderen sicherstellen soll, daß eine bestimmte Berufstätigkeit im Rahmen der Gesetze ausgeübt wird. Es wird daher zwischen Unternehmen und selbständig Tätigen unterschieden, zu denen man auch die freiberuflich Tätigen zählt.

31 — Ich erinnere daran, daß die Kommission auch in der Folge eine ihrer Entscheidungen an eine Organisation einer Gruppe freiberuflich Tätiger gerichtet hat, die durch eigene Regelung die gesamten Vergütungen für die Angehörigen des Berufszweigs festlegt. Sie hat insbesondere am 30. Januar 1995 die Entscheidung 95/188/EG in einem Verfahren zur Anwendung des Artikels 85 des EG-Vertrags erlassen (Abl. L 122, S. 37). Diese Entscheidung ist an das Colegio Oficial de Agentes de la Propriedad Industrial (COAPI) gerichtet, das nach spanischem öffentlichem Recht Rechtspersönlichkeit besitzt, und beruht auf dem Standpunkt der Kommission, daß die Festlegung einer allgemein verbindlichen, sanktionsbewehrten Gebührenordnung durch die Generalversammlung der Berater in Fragen des gewerblichen Eigentums (nachstehend: API-Berater) für die Gebühren der Berufsangehörigen für Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Erfüllung der notwendigen Formalitäten beim Antrag auf Eintragung eines Patents, bei der Eintragung einer Marke oder anderer Rechte des gewerblichen Eigentums sowie für alle anderen Dienstleistungen in Zusammenhang mit der Erneuerung oder Verlängerung dieser Rechte einen Verstoß gegen Artikel 85 darstelle. Zu dieser Schlußfolgerung ist die Kommission aufgrund der Feststellung gelangt, daß die API-Berater Unternehmen im Sinne des Artikels 85 seien, und das COAPI, der Zusammenschluß aller dieser API-Berater, eine Unternehmensvereinigung im Sinne dieser Bestimmung darstelle, auch wenn es nach spanischem Recht eine juristische Person des öffentlichen Rechts sei, und die Verordnung, die die Bildung des COAPI sowie sein Funktionieren bestimme, sowohl eine Vereinbarung zwischen Unternehmen als auch ein Beschluß einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages sei. Ferner stellten die Beschlüsse der Generalversammlung (und des Leitungsausschusses des COAPI) über die Festlegung von Gebühren, die aufgrund der COAPI-Verordnung gefaßt würden, Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 dar. Die Kommission hat weiter festgestellt, daß infolge der Begrenzung der Gebühren spürbare Wettbewerbsbeschränkungen bestünden, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen könnten. Zum anderen hat die Kommission hervorgehoben, daß sich das COAPI nicht mit dem Hinweis seiner Verantwortung entziehen könne, daß sein Verhalten auf Rechtsvorschriften zurückzuführen sei, selbst dann nicht, wenn eine Verantwortlichkeit des Königreichs Spanien festgestellt werden könnte.

49. Nach einer gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofes umfaßt der „Begriff des Unternehmens ... jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung" [32]. Nach dieser Rechtsprechung ist nämlich der Begriff des Unternehmens und folglich der wirtschaftlichen Tätigkeit durchweg in weitem Sinne zu verstehen. Er stellt daher eine *Conditio sine qua non* für die Feststellung dar, ob die Tätigkeit einer Anstalt oder einer öffentlichen Behörde Ausübung öffentlicher Gewalt oder Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit gewerblicher Art ist, „die — zumindest vom Grundsatz her — von einem privaten Unternehmen und zur Erzielung eines Gewinns ausgeübt werden kann" [33].

50. Ich muß darauf hinweisen, daß der Gerichtshof bei der Entscheidung, ob eine Tätigkeit wirtschaftlicher Art ist, ihre Natur unabhängig davon ermittelt, von wem sie ausgeübt wird. Er hat daher anerkannt [34], daß „der Staat sowohl als öffentliche Hand als auch in der Weise handeln kann, daß er wirtschaftliche Tätigkeiten industrieller oder kommerzieller Art ausübt, die darin bestehen, Güter und Dienstleistungen auf dem Markt anzubieten" [35], und daß für die Einordnung einer Tätigkeit als die eines öffentlichen Unternehmens das Fehlen einer von der des Staates getrennten Rechtspersönlichkeit nicht entscheidend ist. Es ist allerdings betont worden, daß es für eine solche Unterscheidung erforderlich sei, „in jedem Einzelfall die vom Staat ausgeübten Tätigkeiten zu prüfen und zu bestimmen, zu welcher Kategorie sie gehören" [36].

51. Zu diesen Schlüssen ist der Gerichtshof gelangt, indem er zunächst die Natur der ausgeübten Tätigkeiten geprüft hat, d. h., ob sie wirtschaftlicher Art sind und ob sie grundsätzlich von einem privaten Unternehmen in der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden können. Er hat ferner ihren Gegenstand und die für sie geltenden Vorschriften geprüft [37]. Der Gerichtshof hat zugleich mehrere miteinander verbundene Indizien untersucht, die jedes für sich nicht

32 — Vgl. z. B. Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 21); in dieser Rechtssache hat der Gerichtshof die deutsche Bundesanstalt für Arbeit als Unternehmen angesehen, weil diese öffentliche Anstalt als selbständige Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit im Bereich der Arbeitsvermittlung als Mittler zwischen Angebot und Nachfrage im Sektor Arbeit ausübe. Vgl. auch Urteil vom 11. Dezember 1997 in der Rechtssache C-55/96 (Job Centre, Slg. 1997, I-7119, Randnr. 21), das die Lösung des Urteils Höfner bestätigt hat, und Urteil vom 16. November 1995 in der Rechtssache C-244/94 (Fédération française des sociétés d'assurances u. a., Slg. 1995, I-4013, Randnr. 14).

33 — Vgl. Nr. 9 der Schlußanträge von Generalanwalt Tesauro in der Rechtssache C-364/92, in der das Urteil vom 19. Januar 1994 ergangen ist (SAT Fluggesellschaft, Slg. 1994, I-43).

34 — Vgl. Urteil vom 16. Juni 1987 in der Rechtssache 118/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 2599, Randnr. 7), in dem der Gerichtshof festgestellt hat (Randnr. 8), daß die autonome Verwaltung der italienischen Staatsmonopole, die, ohne eine von der des Staates getrennte Rechtspersönlichkeit zu besitzen, eine wirtschaftliche Tätigkeit im Bereich verarbeiteter Tabake durch das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf dem Markt ausübte, ein öffentliches Unternehmen sei.

35 — Zum Beispiel ist im Urteil vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 107/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 2655, Randnrn. 14 und 15) festgestellt worden, daß nur ein Teil der postalischen Tätigkeiten, die von einer Einrichtung des öffentlichen Rechts ausgeübt werden, als Ausübung öffentlicher Gewalt im engen Sinn des Begriffes angesehen werden können.

36 — Urteil Kommission/Italien (zitiert in Fußnote 34, Randnr. 7). vgl. auch Urteil vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-92/91 (Taillandier, Slg. 1993, I-5383, Randnr. 14). Im Urteil vom 20. März 1985 in der Rechtssache 41/83 (Italien/Kommission, Slg. 1985, 873, Randnr. 20) hat der Gerichtshof ferner entschieden, daß die von British Telecom aufgrund ihrer Regelungsbefugnis beschlossenen Schemes wesentlicher Bestandteil ihrer Unternehmenstätigkeit seien.

37 — Vgl. Urteil SAT Fluggesellschaft (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 30), in dem der Gerichtshof erklärt hat, die Tätigkeiten von Eurocontrol bei der Kontrolle und Überwachung des Luftraums seien keine unternehmerische Betätigung, sondern Ausübung von Hoheitsrechten. Im Urteil vom 17. Februar 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre, Slg. 1993, I-637) hat der Gerichtshof festgestellt, daß die Krankenkassen und die mitwirkenden Einrichtungen eine „Aufgabe mit ausschließlich sozialem Charakter" erfüllen (Randnr. 18), weil ihre Tätigkeit staatlicher Kontrolle unterliegt (Randnr. 14) und „auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität [beruht] und ohne Gewinnzweck ausgeübt [wird]" (Randnr. 18).

ausreichen, um die Wirtschaftlichkeit einer Tätigkeit auszuschließen und sie aus dem Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln herauszunehmen. Konkret hat er geprüft, bis zu welchem Punkt die Einrichtung, deren Tätigkeit zu untersuchen ist, nach Maßgabe von Vorschriften der Verwaltung arbeitet, ob sie insbesondere Einfluß auf die Gesamtheit der Gebühren für die Dienstleistungen an die Benutzer nehmen kann und in welchem Umfang die Absicht der Gewinnerzielung besteht.

52. Der Gerichtshof hat ferner entschieden [38], daß „[i]m Rahmen des Wettbewerbsrechts ... unter dem Begriff des Unternehmens eine im Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand bestehende wirtschaftliche Einheit zu verstehen [ist], selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren, natürlichen oder juristischen, Personen gebildet wird" [39]. In derselben Rechtssache hat Generalanwalt Lenz in seinen Schlußanträgen darauf hingewiesen [40], daß „ganz offensichtlich der Begriff ‚Unternehmen' funktional zu verstehen [ist] und ... danach durchaus auch auf natürliche Personen [paßt], soweit sie eine unternehmerische Tätigkeit ausüben".

53. Wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Betätigung durch Anbieten von Waren oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt [41]. Wie indessen die Kommission zu Recht bemerkt, steht es ganz außer Zweifel, daß die Tätigkeit der Zollspediteure eine wirtschaftliche Tätigkeit in dem vorstehend erläuterten Sinn ist, weil den interessierten Unternehmen gegen Entgelt Dienstleistungen bei der Zollabfertigung angeboten werden, insbesondere im Zusammenhang mit Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr von Waren, sowie andere ergänzende Dienstleistungen wie zum Beispiel im Bereich Devisen, Warenkunde und Steuern einschließlich der Abgabenstreitigkeiten [42].

54. Ergänzend möchte ich sagen, daß die Ausübung der Tätigkeit eines Zollspediteurs

38 — Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 170/83 (Hydrotherm Gerätebau, Slg. 1984, 2999, Randnr. 11). In diesem Fall ging es um einen Vertrag zwischen einem Unternehmen, der Hydrotherm, und drei anderen Rechtssubjekten, genauer gesagt einer natürlichen und zwei juristischen Personen.

39 — Der Gerichtshof hat weiter ausgeführt (Randnr. 11): „Die diesbezügliche Voraussetzung des Artikels 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 67/67 ist daher erfüllt, wenn auf einer Seite der Vereinbarung Firmen beteiligt sind, zwischen denen Interessengleichheit besteht und die von ein und derselben — ebenfalls an der Vereinbarung beteiligten — natürlichen Person kontrolliert werden. Denn unter diesen Umständen ist ein Wettbewerb zwischen den Personen, die zusammen als eine einzige Partei an der fraglichen Vereinbarung beteiligt sind, unmöglich." Die Verordnung Nr. 67/67/EWG der Kommission vom 22. März 1967 betraf die Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 des Vertrages auf eine Gruppe von Alleinvertriebsvereinbarungen (ABl. 1967, Nr. 57, S. 849).

40 — Vgl. Abschnitt B 1, a. E. (S. 3025) der Schlußanträge in der Rechtssache Hydrotherm Gerätebau (zitiert in Fußnote 38).

41 — Vgl. z. B. Urteil Kommission/Italien (zitiert in Fußnote 34, Randnr. 7). Andererseits lassen sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofes Beispiele für eine sehr weite Auslegung des Begriffes „wirtschaftliche Tätigkeit" finden. Das ist etwa im Bereich der Anwendung der Mehrwertsteuer auf Dienstleistungen der Fall, wenn anerkannt wird (Urteil vom 26. März 1987 in der Rechtssache 235/85, Kommission/Niederlande, Slg. 1987, 1471, Randnr. 15), daß die „Notare und die Gerichtsvollzieher in den Niederlanden ... insoweit mehrwertsteuerpflichtig im Sinne des Artikels 4 Absätze 1 und 2 der Sechsten Richtlinie [sind], als sie selbständig eine wirtschaftliche Tätigkeit in Form der Erbringung von Dienstleistungen gegenüber Dritten ausüben, für die sie als Gegenleistung für eigene Rechnung eine Vergütung erhalten". Es handelt sich um die Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern — Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage (ABl. L 145, S. 1). Ferner hat der Gerichtshof in ebendiesem Urteil vom 26. März 1987 (Randnrn. 22) festgestellt: „Selbst wenn man somit unterstellt, daß die Notare und Gerichtsvollzieher bei der Vornahme von Amtshandlungen aufgrund einer öffentlichen Bestallung Befugnisse der öffentlichen Gewalt ausüben, folgt daraus nicht, daß sie in den Genuß der Befreiung nach Artikel 4 Absatz 5 kommen könnten. Da sie nicht in die öffentliche Verwaltung eingegliedert sind, verrichten sie diese Tätigkeiten nicht als Einrichtung des öffentlichen Rechts, sondern üben sie in Form einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit im Rahmen eines freien Berufes aus."

42 — Dies wird in Abschnitt II mit der Überschrift „Gebühren" des Anhangs zum Dekret des italienischen Finanzministers vom 6. Juli 1988 (zitiert in Fußnote 4) aufgeführt, mit dem die vom CNSD beschlossene Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure genehmigt wurde.

offensichtlich einen organisatorischen Mindestrahmen persönlicher, materieller und immaterieller Mittel (wie zum Beispiel eingerichtete Büroräume, Fernsprecheinrichtungen, usw.) voraussetzt, die der Verfolgung eines bestimmten Zieles, nämlich dem Angebot von Dienstleistungen an interessierte Unternehmen in der Absicht der Gewinnerzielung, dienen [43].

55. Darüber hinaus tragen die Zollspediteure, wie auch die Kommission vorgebracht hat, ohne daß die italienische Regierung dem widersprochen hätte, bei Erfüllung ihrer Aufgaben in vollem Umfang die wirtschaftlichen Risiken dieser Tätigkeit, die u. a. mit der Ausübung jedweder wirtschaftlichen Tätigkeit in der Absicht der Gewinnerzielung verbunden sind [44]. Es handelt sich um das Risiko, daß die Ausgaben für die verschiedenen Faktoren der Erbringung von Dienstleistungen nicht durch die Gebühren für die Dienstleistungen bei der Zollabfertigung gedeckt werden [45]. Gleichen sich Einnahmen und Ausgaben nicht aus, so hat der Zollspediteur, wie die Kommission hervorhebt, das Defizit und das etwaige Risiko der Zahlungsunfähigkeit selbst zu tragen. Aus all diesen Gesichtspunkten läßt sich daher meines Erachtens ableiten, daß die Zollspediteure, die freiberuflich tätig sind und eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, Unternehmen im Sinne des Artikels 85 sind und daß die in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten gegenteiligen Argumente der italienischen Regierung als unbegründet zurückzuweisen sind.

2. Zur Frage, ob der CNSD eine Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages ist

56. Die italienische Regierung hat in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, daß, wenn der Zollspediteur kein Unternehmen im Sinne des Artikels 85 sei, der CNSD noch viel weniger eine Unternehmensvereinigung im Sinne dieser Bestimmung sein könne.

57. Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung betont, daß die Besonderheit in unserem Fall darin bestehe, daß die unmittelbare Festsetzung der Gebühren für die Dienstleistungen bei der Erledigung von Zollangelegenheiten nicht individuell durch die Zollspediteure als Unternehmen im Sinne des Artikels 85 erfolge, sondern daß diese Gebühren einvernehmlich im Rahmen des CNSD festgelegt würden.

43 — Die italienische Behörde zur Sicherstellung von Wettbewerb und Markt hat aufgrund eines funktionalen Kriteriums für die Begriffsbestimmung des Unternehmens, d. h. der Natur der ausgeübten Tätigkeit (wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich) ohne Rücksicht auf seinen Rechtsstatus, ausdrücklich anerkannt, daß die freien Berufe, zu denen die Zollspediteure zu rechnen seien, eine Unternehmertätigkeit ausübten, daß ihre Einstufung als Unternehmen nicht mit den besonderen Merkmalen der freien Berufe unvereinbar sei und daß sie folglich den Wettbewerbsregeln unterworfen werden könnten. Vgl. Beschluß vom 1. Januar 1994, *Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza*, Nr. 47/94.

44 — Vgl. Urteil vom 16. Dezember 1975 in den verbundenen Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73, 55/75, 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73 (Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663, Randnrn. 482 und 541).

45 — Zu nennen sind hier etwa die Ausgaben für die Ausstattung und/oder die Anmietung und Unterhaltung eines Büros, für Telekommunikation und für Steuern.

58. Ich komme damit zur Prüfung der für die Entscheidung dieses Rechtsstreits entscheidenden Frage, ob ein Berufsverband wie im vorliegenden Fall der CNSD, der nach italienischem Recht eine Einrichtung des öffentlichen Rechts ist [46], als Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 tätig geworden ist, da er für die Festlegung der Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure verantwortlich ist.

59. Bei der Prüfung dieser Frage muß die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes einbezogen werden. Im Urteil BNIC [47] hatte der Gerichtshof darüber zu entscheiden, ob es sich im Falle des BNIC um eine Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 handelte; er hat festgestellt, die Mitglieder der Vollversammlung der betreffenden Stelle seien „Personen, die zwar vom Staat, von zwei direkt vom Minister ernannten Persönlichkeiten abgesehen jedoch auf Vorschlag der unmittelbar betroffenen Berufsvereinigungen ernannt sind und die deshalb als Vertreter dieser Vereinigungen bei der Aushandlung und dem Abschluß dieser Vereinbarung zu betrachten sind".

60. Ich möchte darauf hinweisen, daß dieser Gedanke der, wie ihn die Kommission zutreffend bezeichnet, unmittelbaren oder mittelbaren Vertretung der Interessen von Unternehmen eines bestimmten Sektors mehrfach vom Gerichtshof bei der Feststellung der Voraussetzungen bekräftigt worden ist, unter denen die Mitglieder bestimmter Ausschüsse, denen die Befugnis zur Festlegung von Gebührenordnungen für sämtliche eine bestimmte Tätigkeit ausübende Unternehmen übertragen wurde, *nicht* als Vertreter der zugehörigen Unternehmen *betrachtet werden können* [48].

61. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist dies der Fall, wenn a) die Mitglieder der betreffenden Kommissionen (Tarifkommissionen für den Güterverkehr) an Aufträge oder Weisungen der Unternehmen oder Verbände, die sie zur Berufung vorschlagen, nicht gebunden sind, nicht als Vertreter von Angehörigen des betreffenden Gewerbes angesehen werden können und als unabhängige Sachverständige zu betrachten sind [49], und b) die Mitglieder dieser Tarifkommissionen für den Güterverkehr kraft Gesetzes zur Festlegung der Tarife des Güterfernverkehrs [50] verpflichtet sind und dabei nicht nur und ausschließlich die Interessen der Unternehmen oder der Unternehmensvereinigungen, die sie vorgeschlagen haben, sondern auch Erwägungen des Allgemeinwohls [51] und die Interessen der Unternehmen anderer Sektoren und der

46 — Nach den italienischen Rechtsvorschriften hat der CNSD die Aufgabe, die wirtschafdliche Tätigkeit der Mitglieder der Berufsverbände der Zollspediteure zu organisieren und zu koordinieren, um die Erreichung der gewerblichen Zielsetzungen der Mitglieder zu erleichtern.

47 — Urteil vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 123/83 (BNIC, Slg. 1985, 391, Randnr. 19). Das BNIC (Bureau national interprofessionnel du cognac) war eine spartenübergreifende Organisation für Cognac-Branntweine, deren Mitglieder vom Landwirtschaftsminister ernannt wurden und die die Preise für zu destillierende Weißweine und für Cognac-Branntweine durch Beschluß selbst festlegte.

48 — Vgl. z. B. Urteile vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-185/91 (Reiff, Slg. 1993, I-5801), vom 9. Juni 1994 in der Rechtssache C-153/93 (Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Slg. 1994, I-2517), vom 5. Oktober 1995 in der Rechtssache C-96/94 (Spediporto, Slg. 1995, I-2883) und vom 17. Oktober 1995 in der Rechtssache C-140/94 bis C-142/94 (DIP u. a., Slg. 1995, I-3257).

49 — Urteile Reiff (Randnrn. 17 und 24), Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (Randnrn. 16 und 18) sowie DIP u. a. (Randnrn. 18 und 19).

50 — Oder zur Abgabe einer Stellungnahme zur Erteilung einer behördlichen Erlaubnis für die Eröffnung eines Einzelhandelsgeschäfts (Urteil DIP u. a.).

51 — In der Sitzung hat die Kommission als Beispiel den Fall der Rechtsanwälte angeführt, für die der zuständige Minister die Gebührensätze unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses festlegt.

Nachfrager dieser Dienstleistungen zu berücksichtigen haben [52].

62. Zu prüfen ist daher, zu welchen Ergebnissen bezüglich des Problems der Einstufung des CNSD als Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 die Auslegungskriterien dieser Rechtsprechung angesichts der streitigen italienischen Regelung führen. Meines Erachtens wird uns eine Reihe von Gesichtspunkten bei der Lösung der Frage behilflich sein, ob der CNSD eine Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 ist.

63. Erstens ergibt sich aus den Vorschriften der italienischen Regelung, daß die Mitglieder des CNSD eine bestimmte Berufsgruppe, die Zollspediteure, und deren Interessen vertreten. Zum anderen haben wir festgestellt, daß die Zollspediteure im Sinne des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts Unternehmen sind. Wie die Kommission zu Recht betont hat (Nr. 8a der Klageschrift), vertritt eine Person, die Mitglied des Nationalrates einer Berufsgruppe wird, diese Berufsgruppe sowohl nach außen als auch nach innen in den Beziehungen des Verbandes zu seinen Mitgliedern. Gemäß Artikel 10 des Gesetzes Nr. 1612/1960 werden die Bezirksräte in geheimer Wahl von allen in die Register der verschiedenen Bezirksräte eingetragenen Zollspediteuren für zwei Jahre gewählt, während gemäß Artikel 13 des Gesetzes der CNSD aus neun Mitgliedern besteht, die von den Mitgliedern der Bezirksräte für drei Jahre gewählt werden. Zum anderen ergibt sich dies unzweideutig auch aus den Bestimmungen des Dekrets des Finanzministers vom 10. März 1964, das bis in die Einzelheiten das Verfahren des Vorschlags sowohl der Mitglieder des Bezirksrats (Artikel 8 ff.) als auch des Nationalrats (Artikel 22 ff.) festlegt und bestimmt, daß zu Mitgliedern der Bezirksräte wie auch des Nationalrats nur eingetragene Zollspediteure gewählt werden können [53].

64. Außerdem kann der italienische Finanzminister, der von Gesetzes wegen mit der Aufsicht über die betreffende Berufsgruppe betraut ist, weder beim Wahlvorschlag für die Mitglieder der Bezirksräte noch bei dem für die Mitglieder des CNSD mitwirken.

65. Folglich können die Auslegungsgrundsätze, die der Gerichtshof im Urteil BNIC herausgearbeitet hat, a fortiori, wie die Kommission zu Recht bemerkt, auf den vorliegenden Sachverhalt angewandt werden. Obwohl nämlich in diesem Fall die Berufsverbände die Mitglieder der Vollversammlung lediglich *vorgeschlagen* hatten und diese dann *vom zuständigen Minister* [54] *ernannt* worden waren, hatte dies den Gerichtshof

52 — Vgl. Urteile Reif (Randnrn. 18 und 24), Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (Randnrn. 17 und 23), Spediporto (Randnrn. 24 und 42) sowie DIP u. a. (Randnrn. 18 bis 31), allesamt zitiert in Fußnote 48.

53 — Artikel 8 Absatz 2 und Artikel 22 Absatz 2 des Ministerialdekrets vom 10. März 1964 (zitiert in Fußnote 2).

54 — Dem französischen Landwirtschaftsminister.

nicht daran gehindert, das BNIC ohne Zögern als Unternehmensvereinigung einzustufen.

66. Zweitens bin ich der Auffassung, daß die Vertretungsbeziehung, die offensichtlich zwischen den Mitgliedern der Nationalräte der betreffenden Berufsgruppe und den Zollspediteuren besteht, die sie gewählt haben, sich auch noch einem anderen Umstand entnehmen läßt. Nach den maßgeblichen italienischen Vorschriften, insbesondere nach Artikel 14 Buchstabe d des Gesetzes Nr. 1612/1960, ist der CNSD verpflichtet, die Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure anhand der Vorschläge der Bezirksräte zu erstellen. In dieser Regelung findet sich keine Vorschrift, wie sie im deutschen Recht für den Güterfernverkehr [55] oder auch für die Binnenschiffahrt [56] und im italienischen Recht für den Einzelhandel [57] galt. Folglich dürfen, da es nicht ausdrücklich verboten ist, etwaigen Anweisungen (Weisungen oder Aufträgen) zu folgen, die Mitglieder des CNSD nicht als „Tarifsachverständige" im Sinne der Urteile Reiff [58], Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft [59] und DIP u. a. [60] betrachtet werden.

67. Drittens führt meines Erachtens ein weiterer Gesichtspunkt dazu, den CNSD als Unternehmensvereinigung einzustufen. In der streitigen italienischen Regelung findet sich keine Bestimmung, die die Mitglieder des CNSD ausdrücklich verpflichten würde, sich bei der Festlegung der Gebührenordnung an „Kriterien des Allgemeinwohls" [61] und nicht nur an den Interessen der Zollspediteure zu orientieren, die die Mitglieder des Nationalrats für diese Berufsgruppe bestimmen. Da das italienische Recht festlegt, daß die Mitglieder des CNSD Zollspediteure sind, und keine besondere Bestimmung wie in den Rechtssachen Reiff, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft und DIP u. a. gilt, kann nicht davon ausgegangen werden, daß der CNSD die Gesamtgebühren aufgrund bestimmter Kriterien des Allgemeinwohls festlegt, wie die Kommission zu Recht ausgeführt hat.

68. Als weiteren Gesichtspunkt hat die Kommission für ihren Standpunkt angeführt, daß nach Artikel 13 letzter Absatz des Gesetzes Nr. 1612/1960 der Nationalrat drei Jahre im Amt bleibt und seine Mitglieder wiedergewählt werden können. Man könnte daher sagen, daß auf diese Weise die Mitglieder des CNSD zumindest theoretisch den Pressionen, die möglicherweise von der Basis der Verbände der von ihnen vertretenen Berufsgruppe ausgeübt werden, stärker ausgesetzt sind, da sie wiedergewählt werden möchten, und daß dies ein weiteres Indiz dafür ist, daß der CNSD eine Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 ist.

55 — Urteil Reiff (zitiert in Fußnote 48).

56 — Urteil Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (zitiert in Fußnote 48).

57 — Urteil DIP u. a. (zitiert in Fußnote 48).

58 — Randnrn. 4 und 17.

59 — Randnrn. 6 und 16.

60 — Randnrn. 5, 6 und 18.

61 — Vgl. insbesondere Urteile Reiff (Randnrn. 24), Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (Randnr. 23) und Spediporto (Randnr. 24), alle zitiert in Fußnote 48.

69. Viertens wird schließlich ein weiterer Beleg dafür, daß der CNSD eine Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 darstellt, dadurch geliefert, daß bei der letzten Änderung des Decreto-legge Nr. 331/1992 die Mitgliedschaft des Generaldirektors für Zölle und indirekte Steuern als Vorsitzender beseitigt wurde. Diese Änderung hat den Eindruck verstärkt, daß der CNSD unmittelbar und ausschließlich aus dem Kreis derer hervorgeht, die das Gewerbe des Zollspediteurs ausüben.

70. Aufgrund der vorstehenden Untersuchung muß man meines Erachtens zu dem Ergebnis gelangen, daß der Gerichtshof den CNSD insoweit, als dieser für die Festlegung der Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure verantwortlich ist, als Unternehmensvereinigung behandeln sollte. Der nationale Berufsverband der Zollspediteure stellt somit im Rahmen der Ausübung seiner Zuständigkeit zur Festlegung der Gebührenordnung eine Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 dar. Jede andere Schlußfolgerung würde Artikel 85 die praktische Wirksamkeit nehmen, weil sich die Unternehmen (im vorliegenden Fall die betreffenden freiberuflich Tätigen) unter Verwendung des rechtlichen Rahmens des Berufsverbandes schrankenlos wettbewerbswidrig verhalten könnten.

71. Ein letzter Punkt scheint mir noch der Klärung zu bedürfen. Der CNSD verfügt nach dem Gesetz über verschiedene andere Befugnisse. Er ist insbesondere für die Führung des nationalen Registers der Zollspediteure zuständig und kann gegen die Eingetragenen Disziplinarmaßnahmen verhängen (Artikel 14 Buchstaben a und c des Gesetzes Nr. 1612/1960) [62]. Die betreffenden Befugnisse sind aber dadurch gekennzeichnet, daß bei ihrer Ausübung, wie die Kommission betont, keine Regeln für das Verhalten der Zollspediteure auf dem Markt der Dienstleistungen bei der Zollabfertigung aufgestellt werden sollen. Die Handlungen aber, die auf die Befugnis der Gebührenfestlegung zurückzuführen sind, betreffen zweifelsfrei Entscheidungen wirtschaftlicher Art, die die Zollspediteure auf einem bestimmten Markt treffen, und daher muß der CNSD wegen dieser Art von Befugnissen zu den Unternehmensvereinigungen im Sinne des Artikels 85 gerechnet werden [63]. Andererseits stellt meines Erachtens die Festlegung der Gebühren, die die Zollspediteure im Rahmen der ihrer Kundschaft erbrachten Dienstleistungen erheben, keine unerläßliche Voraussetzung für die Ausübung der übrigen Befug-

62 — Die gesetzliche Anerkennung ähnlicher Befugnisse der Berufsverbände auch in anderen Mitgliedstaaten hat die nationalen Rechtsordnungen nicht daran gehindert, die Wettbewerbsbestimmungen auch auf die Festlegung von Gebührenordnungen durch solche Verbände für anwendbar zu erklären. Zum Beispiel ist eine solche Festlegung nach französischem, finnischem und schwedischem Recht ausdrücklich verboten. In anderen Mitgliedstaaten sind einschlägige Maßnahmen seitens der zuständigen Behörden getroffen worden, mit denen die Nichteinhaltung der Wettbewerbsregeln durch die Berufsverbände bei der Festlegung der Gebührenordnungen festgestellt werden (z. B. in Deutschland, Dänemark, Spanien, Portugal und Belgien).

63 — Der Gerichtshof hat im Urteil SAT Fluggesellschaft (zitiert in Fußnote 33) bekanntlich bei den dieser Einrichtung übertragenen Befugnissen unterschieden und anerkannt (Randnr. 28), daß die die Einziehung der Streckengebühr betreffende Tätigkeit (von Eurocontrol) keine wirtschaftliche Tätigkeit sei, sondern Ausdruck der übrigen Tätigkeiten der Einrichtung im öffentlichen Interesse, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse bei der Kontrolle und Überwachung des Luftraums zusammenhingen. Andererseits hat der Gerichtshof im Urteil vom 18. März 1997 in der Rechtssache C-343/95 (Diego Cali, Slg. 1997, I-1547) das gleiche Auslegungskriterium herangezogen und erklärt (Randnr. 25), daß „Artikel 86 EG-Vertrag ... dahin auszulegen [ist], daß eine Überwachungstätigkeit zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung, mit deren Ausübung in einem Erdölhafen eines Mitgliedstaats eine privatrechtliche Einrichtung von staatlichen Stellen betraut worden ist, auch dann nicht in den Anwendungsbereich dieses Artikels fällt, wenn die Benutzer des Hafens eine zur Finanzierung dieser Tätigkeit bestimmte Gebühr zu entrichten haben". Der gleichen Einrichtung waren aber auch Aufgaben der Hilfeleistung bei Umweltverschmutzungen im Hafenbereich (in diesem Fall ging es um den Erdölhafen von Genua) übertragen worden. Vgl. ferner Urteil Kommission/Deutschland (zitiert in Fußnote 35, Randnrn. 14 und 15).

nisse dar, die der nationale Gesetzgeber dem CNSD übertragen hat [64].

3. Zur Beschränkung des Wettbewerbs aufgrund der Festlegung einer verbindlichen Gebührenordnung durch den CNSD

72. Ich befasse mich nun mit der Prüfung der Frage, ob die betreffenden Beschlüsse des CNSD, mit denen eine für alle Zollspediteure verbindliche Gebührenordnung festgelegt wird, für einen bestimmten Markt im Bereich des Güter- oder auch Luftfrachtverkehrs (Dienstleistungen von Zollspediteuren im italienischen Hoheitsgebiet) eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

73. Auszugehen ist von der Feststellung, daß die Zollspediteure Unternehmen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages sind und der CNSD, soweit es die Handlungen betrifft, die das Verhalten der Zollspediteure auf dem Markt bestimmen, eine Unternehmensvereinigung darstellt.

64 — Es handelt sich beispielsweise, wie bereits gesagt, um die Führung des Registers, die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen und die Lösung von Kompetenzkonflikten zwischen Bezirksräten.

74. Keine besonderen Schwierigkeiten bereitet es meiner Meinung nach, die Beschlüsse des CNSD zur Festlegung einer verbindlichen Gebührenordnung, für die er gemäß Artikel 14 Buchstabe d des Gesetzes Nr. 1612/1960 zuständig ist, als wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse einer Unternehmensvereinigung im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 Buchstabe a des Vertrages zu qualifizieren.

75. Die Verabschiedung der Gebührentabelle durch den CNSD mit Beschluß vom 21. März 1988 stellt nämlich einen typischen Fall der unmittelbaren Festlegung von Preisen für die den Kunden erbrachten Dienstleistungen der Zollspediteure dar, wie dies übrigens die Kommission zu Recht hervorhebt. Die betreffende Gebührenordnung legt für jede einzelne Art der Tätigkeit (Verzollungs- oder andere entsprechende Tätigkeiten) Höchst- und Mindestbeträge fest, die der Kunde dem Zollspediteur schuldet. Wie in der Entscheidung 93/438 der Kommission im einzelnen dargelegt (Randnrn. 24 bis 36 und 45 bis 48), sieht die Gebührenordnung mehrere Tarifstufen entsprechend dem Wert oder dem Gewicht der zu verzollenden Ware, der Art der Ware oder auch der Art der erbrachten Dienstleistung (z. B. bei Dienstleistungen im Bereich Devisen, Warenkunde und Steuern einschließlich Abgabenstreitigkeiten) vor (vgl. insbesondere Randnr. 26).

76. Es scheint mir ausreichend, den Beschluß des CNSD selbst sprechen zu lassen, um die Begründetheit des Vorbringens der Kommission zu belegen.

77. Zum einen heißt es nämlich in Artikel 1 des Beschlusses des CNSD: „Diese Gebührenordnung sieht die Mindest- und Höchstbeträge vor, die für eine Zollabfertigung und für Leistungen auf dem Gebiet der Devisen, der Warenkunde und der Steuern einschließlich der Leistungen in Abgabenstreitigkeiten zu entrichten sind."

78. Gemäß Artikel 5 ist die Gebührenordnung „für den Auftraggeber unabdingbar; jede andere Vereinbarung ist nichtig". Tatsächlich kann eigentlich ein Zollspediteur weder weniger noch mehr verlangen als den Mindestbetrag, der für eine bestimmte Leistung vorgesehen ist.

79. Schließlich kann gemäß Artikel 6 nur „[d]er Nationale Rat der Zollspediteure ... besondere und/oder vorübergehende Abweichungen von den in dieser Gebührenordnung vorgesehenen Mindestbeträgen zulassen", also durch allgemeingültigen Beschluß, der für die Gesamtheit der Zollspediteure ergeht und für alle im Register Eingetragenen verbindlich ist. Somit ist e contrario abzuleiten, daß der einzelne Zollspediteur nicht von den festgelegten Mindestgebühren abweichen darf.

80. Zusammenfassend läßt sich daher festhalten, daß der Beschluß des CNSD vom 21. März 1988 eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung darstellt, da es sich um den Beschluß einer Unternehmensvereinigung (des CNSD) zur Festlegung der Gebührenordnung für die Dienstleistungen der Zollspediteure handelt [65].

4. Zu den Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel

81. Die Kommission steht auf dem Standpunkt, daß der innergemeinschaftliche Handel infolge der Verbindlichkeit der vom CNSD beschlossenen Gebührenordnung beeinträchtigt sei.

82. Ich möchte vor allem darauf hinweisen, daß nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes „Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages ... nicht fordert, daß die darin genannten Vereinbarungen den innergemeinschaftlichen Handel spürbar beeinträchtigt haben — ein Beweis, der in den meisten Fällen auch nur schwer rechtlich gelingen kann —, sondern nur den Nachweis verlangt, daß diese Vereinbarungen geeignet sind, eine derartige

65 — Ich weise darauf hin, daß die italienische Behörde zur Sicherstellung von Wettbewerb und Markt wiederholt über diesen Punkt entschieden und hierbei die Auffassung vertreten hat, das geltende Preisfestsetzungssystem sei nicht aus Gründen des Ordre public gerechtfertigt, die möglicherweise zur Nichtanwendung der Wettbewerbsbestimmungen führen könnten. Die Anpassung des Gebührensystems an diese Bestimmungen mache sowohl die Abschaffung der Befugnis des CNSD zur Festlegung einer Gebührenordnung als auch die Abschaffung der Verbindlichkeit der vom CNSD festgelegten Gebühren notwendig, vgl. Supplemento zum *Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza*, Nr. 14/1995. Vgl. außerdem die Schlußfolgerungen der Behörde aus einer Untersuchung über Organisationen und Berufsverbände, Bericht vom 3. Oktober 1997, Nr. 29 („Guida al Diritto", in: *Il Sole — 24 ore*, vom 8. November 1997, Nr. 42, S. 102).

Wirkung zu entfalten" [66]. Außerdem sind nach ständiger Rechtsprechung „Beschlüsse, Vereinbarungen oder Verhaltensweisen nur dann geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich anhand objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen, die befürchten läßt, daß sie dadurch die Verwirklichung eines einheitlichen Marktes zwischen Mitgliedstaaten behindern" [67].

83. Ferner sei daran erinnert, daß nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes [68] „Kartelle, die sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstrecken, ... schon ihrem Wesen nach die Wirkung [haben], die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu festigen, indem sie die vom Vertrag gewollte wirtschaftliche Verflechtung behindern".

84. Wie im einzelnen von der Kommission belegt (Nr. 12 der Klageschrift), beeinträchtigt die ausnahmslos geltende und verbindliche Gebührenordnung des CNSD den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne des Artikels 85 Absatz 1, weil mehrere Vorgänge der Ein- und Ausfuhr von Waren innerhalb der Gemeinschaft sowie Vorgänge zwischen Wirtschaftsteilnehmern der Gemeinschaft die Erledigung von Zollformalitäten erfordern und daher die Einschaltung eines selbständigen, im Register eingetragenen Zollspediteurs notwendig machen können [69].

85. Im einzelnen kann es sich um folgende Vorgänge handeln:

a) Vorgänge des sog. internen Versandverfahrens [70], die die Versendung von Waren aus Italien in einen anderen Mitgliedstaat, d. h. zwischen Orten im Zollgebiet der Gemeinschaft im Wege der Durchfuhr durch ein Drittland umfassen [71], z. B. von Italien durch die Schweiz nach Deutschland. Solche Vorgänge sind für Italien von besonderer

66 — Vgl. z. B. Urteile BNIC (zitiert in Fußnote 47, Randnr. 22), vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-219/95 P (Ferriere Nord/Kommission, Slg. 1997, I-4411, Randnr. 19) und ganz früh Urteil vom 1. Februar 1978 in der Rechtssache 19/77 (Miller/Kommission, Slg. 1978, 131, Randnr. 15).

67 — Vgl. z. B. Urteile Ferriere Nord/Kommission (zitiert in Fußnote 66, Randnr. 20) und vom 12. Dezember 1995 in der Rechtssache C-399/93 (Oude Luttikhuis u. a., Slg. 1995, I-4515, Randnr. 18), sowie ganz früh Urteile vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65 (Société technique minière, Slg. 1966, 282) und vom 29. Oktober 1980 in den verbundenen Rechtssachen 209/78 bis 215/78 und 218/78 (Van Landewyck u. a./Kommission, Slg. 1980, 3125, Randnr. 170).

68 — Vgl. z. B. Urteile vom 17. Oktober 1972 in der Rechtssache 8/72 (Vereniging van Cementhandelaren/Kommission, Slg. 1972, 977, Randnr. 29) und vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 42/84 (Remia u. a./Kommission, Slg. 1985, Randnr. 22).

69 — In Randnr. 52 der Entscheidung 93/438 der Kommission heißt es: „Da die Einfuhren in Italien im Jahr 1990 rund 25 % des Verbrauchs und die Ausfuhren rund 18 % des Bruttoinlandsprodukts ausmachten und weiterhin rund 58 % der Einfuhren aus der Gemeinschasft stammen und rund 59 % der Ausfuhren nach den anderen Mitgliedstaaten gehen, ist außerdem zu folgern, daß die Beeinträchtigung des Handels sehr gravierend war."

70 — Vgl. die Artikel 163 und 165 des gemeinschaftlichen Zollkodex (Verordnung [EWG] Nr. 2913/92 des Rates vom 12. Oktober 1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, ABl. L 302, S. 1; nachstehend: GZK) und Artikel 381 der Durchführungsverordnung der Kommission (Verordnung [EWG] Nr. 2454/93 vom 2. Juli 1993 mit Durchführungsvorschriften zu der Verordnung [EWG] Nr. 2913/92 des Rates zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, ABl. L 253, S. 1).

71 — In diesem Fall ist die Ausstellung eines Durchfuhrscheins (T 2) am Ort der Versendung der Ware oder an der internen Zollgrenzstelle erforderlich.

Bedeutung, da ein großer Teil der Waren, die aus dem Norden des Landes nach Deutschland und in die Niederlande versandt werden, durch die Schweiz durchgeführt wird.

b) Vorgänge des sog. externen Versandverfahrens [72], zu denen die Einfuhr von Waren in Italien aus einem Drittstaat und ihre Weiterversendung im Durchgangsverkehr in einen anderen Mitgliedstaat und ihre Verzollung in diesem Staat der endgültigen Bestimmung gehört [73]. Gleiches gilt auch für den Fall des externen Versandverfahrens „bei der Einfuhr", bei dem die Verzollung der in einen anderen Mitgliedstaat eingeführten Waren in Italien als dem endgültigen Bestimmungsland erfolgt.

c) Vorgänge der Ein- und Ausfuhr zwischen Italien und solchen Gebieten, die aufgrund der geltenden Bestimmungen der Mehrwertsteuer- [74] und Verbrauchsteuerrichtlinien [75] zwar nicht zum Steuergebiet der Gemeinschaft, wenn auch zu deren Zollgebiet gehören, gleichwohl aber für die Zwecke der Ein- und Ausfuhr und die Formalitäten des Durchfuhrverkehrs wie Drittländer behandelt werden [76], wie z. B. die Åland-Inseln, die Kanaren und die französischen Überseegebiete. Solche Formalitäten sind erst recht notwendig im Handelsverkehr zwischen Italien und bestimmten Gebieten, die nicht zum Zollgebiet der Gemeinschaft gehören, wie Gibraltar und die Städte Ceuta und Melilla.

d) Vorgänge des Verkehrs von Waren, die unter die Sonderregelung des Artikels 36 fallen wie z. B. Waffen und Drogen, Waren also, für die die Mitgliedstaaten wegen des Fehlens einer Gemeinschaftsregelung die Befugnis behalten haben, in erster Linie aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder des Gesundheitsschutzes Zollformalitäten für Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr vorzuschreiben.

e) Schließlich bestimmte „Dreiecks"-Vorgänge, wie die Kommission sie nennt, also Vorgänge, in deren Rahmen Waren, die einem Gemeinschaftsverkäufer gehören, aber aus einem Drittland stammen, von einem italienischen Kunden erworben werden, um dann nach Italien eingeführt und dort unmittelbar verzollt zu werden.

86. Angesichts der erwähnten ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes und der offenbar hohen Zahl von Fällen, in denen das Tätigwerden der Zollspediteure erforderlich werden kann, ergibt sich meines Erachtens wegen der Verbindlichkeit der vom CNSD

72 — Vgl. die Artikel 91 bis 97 des GZK und die Artikel 341 bis 380 der Durchführungsverordnung Nr. 2454/93 der Kommission.

73 — In diesem Fall ist die Ausstellung eines Durchfuhrscheins (T 1) in erster Linie notwendig, um die Beförderung der von außerhalb der Gemeinschaften eingeführten Waren unter Aufschub der Erhebung von Zöllen, Mehrwertsteuer und Steuern möglich zu machen.

74 — Artikel 3 der Richtlinie 77/388 (Sechste Mehrwertsteuerrichtlinie) des Rates (zitiert in Fußnote 41).

75 — Artikel 2 der Richtlinie 92/12/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 über das allgemeine System, den Besitz, die Beförderung und die Kontrolle verbrauchsteuerpflichtiger Waren (ABl. L 76, S. 1).

76 — Artikel 33a der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie in der Fassung der Richtlinie 92/111/EWG des Rates vom 14. Dezember 1992 (ABl. L 384, S. 47).

festgelegten Gebührenordnung eindeutig die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels.

Zu diesem Schluß muß man nach meiner Auffassung deshalb gelangen, weil im Beschluß des CNSD festgelegt ist (Artikel 3), daß die Gebühren nach der Gebührenordnung als Ansatz für jede einzelne Verzollungsmaßnahme oder gewerbliche Leistung zu verstehen sind.

B — *Die Verantwortlichkeit der Italienischen Republik*

87. Das bisherige Ergebnis ist, daß der Beschluß des CNSD vom 21. März 1988 den Wettbewerb beschränkt und daher nach Artikel 85 verboten ist, weil es sich um den Beschluß einer Unternehmensvereinigung (CNSD) mit dem Ziel handelt, die Gebühren für die Dienstleistungen der Zollspediteure festzulegen, und weil dieser Beschluß geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

88. Der CNSD hat durch die Ausübung der Befugnisse, die ihm das italienische Recht übertragen hat, gegen Artikel 85 verstoßen. Aus diesem Grund haben wir das Vorbringen der Kommission zu prüfen, das belegen soll, daß außerdem eine Verantwortung der Italienischen Republik wegen der Zuwiderhandlung gegen die Artikel 5 und 85 des Vertrages besteht.

89. Die italienische Regierung hat in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, daß mit der Anerkennung einer Verantwortung der Italienischen Republik die nationalen Rechtsvorschriften über freie Berufe in Frage gestellt würden und daß der nationale Gesetzgeber, als er für diese Berufe Vorschriften festgelegt habe, keine Regelungen für Unternehmen habe treffen wollen.

90. Hierzu möchte ich darauf hinweisen, daß nach wiederholter Feststellung des Gerichtshofes Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 85 die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Wettbewerbsregeln einzuhalten. Der Gerichtshof hat insbesondere festgestellt [77], daß „die Artikel 85 und 86 an sich nur das Verhalten von Unternehmen und nicht durch Gesetz oder Verordnung getroffene Maßnahmen der Mitgliedstaaten betreffen. Nach ständiger Rechtsprechung dürfen die Mitgliedstaaten jedoch aufgrund der Artikel 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 5 des Vertrages keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten".

77 — Zu Artikel 85 des Vertrages insbesondere vgl. z. B. Urteile DIP u. a. (Randnr. 14), Reiff (Randnr. 14) und Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (Randnr. 14), alle zitiert in Fußnote 48, sowie Urteile vom 21. September 1988 in der Rechtssache 267/86 (Van Eycke, Slg. 1988, 4769, Randnr. 16) und vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-2/91 (Meng, Slg. 1993, I-5751, Randnr. 14).

91. Außerdem liegt, wie der Gerichtshof wiederholt erklärt hat [78], ein Verstoß gegen die Artikel 5 und 85 vor, wenn „ein Mitgliedstaat gegen Artikel 85 verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder wenn er der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, daß er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt" [79].

92. Ich prüfe nun nacheinander die Argumente der Kommission bezüglich der Verantwortung der Italienischen Republik in folgender Reihenfolge: erstens, ob die italienischen Rechtsvorschriften dem CNSD vorschreiben, einen Beschluß über eine verbindliche Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure zu fassen; weiter, ob die italienischen Rechtsvorschriften die Wirkungen der Beschlüsse des CNSD zur Festlegung der Gebühren für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure verstärken, und schließlich hilfsweise, ob die italienischen Rechtsvorschriften privaten Unternehmen die Zuständigkeit der Träger öffentlicher Gewalt für den Bereich der Gebührenfestlegung übertragen.

1. Die italienischen Rechtsvorschriften schreiben dem CNSD vor, eine einheitliche Gebühr für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure festzulegen

93. Gemäß Artikel 14 Buchstabe d des Gesetzes Nr. 1612/1960 „erstellt" der CNSD „die Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure". Dieser Vorschrift ist zu entnehmen, daß der CNSD nicht über einen Ermessensspielraum verfügt [80], sondern über ein gebundenes Ermessen, d. h., er ist — wie die Kommission zu Recht bemerkt [81] — zum Erlaß dieser Gebührenordnung verpflichtet, auch wenn das italienische Recht keine Sanktionen für den Fall vorsieht, daß eine Gebührenordnung nicht festgelegt wird. Außerdem

78 — Vgl. Urteile DIP u. a. (Randnr. 15), Reiff (Randnr. 14) und Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (Randnr. 14), alle zitiert in Fußnote 48, sowie Urteile Van Eycke (zitiert in Fußnote 77, Randnr. 16) und vom 1. Oktober 1987 in der Rechtssache 311/85 (VVR, Slg. 1987, 3801, Randnr. 10).

79 — Im Urteil vom 11. November 1997 in den verbundenen Rechtssachen C-359/95 P und C-379/95 P (Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing, Slg. 1997, I-6265, Randnr. 33) hat der Gerichtshof bestätigt: „Die Artikel 85 und 86 des Vertrages gelten nämlich nur für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, 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 ihrerseits ausschließt, so sind die Artikel 85 und 86 nicht anwendbar. In einem solchen Fall findet die Wettbewerbsbeschränkung nicht, wie diese Vorschriften voraussetzen, in selbständigen Verhaltensweisen der Unternehmen ihre Ursache ..." (vgl. Urteil Suiker Unie u. a./Kommission, zitiert in Fußnote 44, Randnrn. 36 bis 72 und insbesondere Randnrn. 65 und 66 sowie Randnrn. 71 und 72). Wie der Gerichtshof weiter ausgeführt hat (Randnr. 34), „sind die Artikel 85 und 86 des Vertrages anwendbar, wenn sich herausstellt, daß die nationalen Rechtsvorschriften die Möglichkeit eines Wettbewerbs bestehenlassen, der durch selbständige Verhaltensweisen der Unternehmen verhindert, eingeschränkt oder verfälscht werden kann." Daraus hat er den Schluß gezogen (Randnr. 35): „Im Rahmen einer von der Kkqueommissionen vorgenommenen Prüfung der Anwendbarkeit der Artikel 85 und 86 des Vertrages auf die Verhaltensweisen der Unternehmen bezieht sich die vorherige Bewertung nationaler Rechtsvorschriften, die Auswirkungen auf diese Verhaltensweisen haben, daher nur auf die Frage, ob diese Vorschriften die Möglichkeit eines Wettbewerbs bestehen lassen, der durch selbständige Verhaltensweisen der Unternehmen verhindert, eingeschränkt oder verfälscht werden kann."

80 — Der Indikativ „erstellt" steht, so kann man sagen, für die imperative Form „hat zu erstellen".

81 — Dieser Schluß wird dadurch bekräftigt, wie übrigens ebenfalls die Kommission bemerkt, daß der CNSD nach geltendem italienischen Recht (Artikel 14 Buchstaben a und c des Gesetzes Nr. 1612/1960) die Einrichtung des nationalen Registers der Zollspediteure besorgt und über die bei ihm eingelegten Rechtsmittel gegen die von den Bezirksräten verhängten Disziplinarmaßnahmen beschließt. Mit anderen Worten, der Nationalrat einer Berufsgruppe besorgt die Einrichtung des nationalen Registers der zur Ausübung eines bestimmten Berufs geeigneten Personen und entscheidet über Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Bezirksräte dieser Berufsgruppe nicht aufgrund eines freien, sondern aufgrund eines gebundenen Ermessens, da es sich um Befugnisse handelt, die durch seine Existenz und seine Funktion vorgegeben sind.

bedeutet eine solche Pflicht des CNSD nicht, daß das italienische Recht ihm nicht einen weiten Beurteilungsspielraum zustünde. Genauer gesagt gestattet ihm das Gesetz Nr. 1612/1960 nach meinem Dafürhalten, zu entscheiden, ob er zum Beispiel für jede Einzelleistung der Zollspediteure Höchst- und Mindestgebühren festsetzt oder lediglich bestimmte Kriterien festlegt, die die betreffenden Gewerbetreibenden bei der Festsetzung der ihnen geschuldeten Gebühren zu beachten haben. Übrigens schreibt das Gesetz Nr. 1612/1960 dem CNSD ebensowenig eine bestimmte Weise der Festlegung der Gebühren wie etwa die Einzelfestlegung vor. Der CNSD hat sich für ein bestimmtes System der Festsetzung der Gebühren nur entschieden, um die praktische Wirksamkeit der von ihm selbst beschlossenen Gebührenordnung sicherzustellen.

94. Außerdem ist nach Meinung der Kommission die Befugnis zum Erlaß einer Gebührenordnung, die dem CNSD gemäß Artikel 14 Buchstabe d des Gesetzes Nr. 1612/1960 übertragen wurde, nicht nur unter dem Blickwinkel der Übertragung einer Entscheidungsgewalt an das höchste Organ eines Berufsverbands, sondern auch als eine Pflicht zu betrachten, die sich aus der Rechtsstellung als öffentliche Einrichtung ergibt, die das italienische Recht diesem Berufsverband und dem CNSD verliehen hat.

95. Demgemäß läßt sich meines Erachtens sagen, daß die streitigen italienischen Rechtsvorschriften dem CNSD vorschreiben, inhaltlich über die Festlegung einer einheitlichen Gebühr für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure zu entscheiden, auch wenn der CNSD, wie sich aus seinem streitigen Beschluß (Artikel 6) ergibt, besondere und/oder vorübergehende Abweichungen von den in der jeweiligen Gebührenordnung vorgesehenen Mindestbeträgen zulassen kann, selbst wenn für solche Abweichungen keine Begrenzungen vorgesehen sind [82].

2. Die italienischen Rechtsvorschriften verstärken die Wirkungen der Beschlüsse des CNSD zur Festlegung der Gebühren für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure

96. Hauptargument der Kommission ist, daß das Gesetz Nr. 1612/1960 ausdrücklich (Artikel 11) in erster Linie den Zollspediteuren verbietet, für ihre gewerblichen Leistungen eine höhere oder niedrigere Gebühr als die vom CNSD festgelegte zu verlangen. Die Unabdingbarkeit der vom CNSD beschlossenen Gebührenordnung für die Zollspediteure wird folglich durch das Gesetz Nr. 1612/1960 selbst verstärkt, das nach Meinung der Kommission (Nr. 15 der Klageschrift) einer vertraglichen Pflicht Gesetzeskraft verleiht, die damit, obwohl sie im Rahmen dieses Verbandes von dem im Register Eingetragenen übernommen wurde, durch den bloßen Willen der Parteien nicht mehr außer Kraft gesetzt werden kann [83].

97. Ferner ist darauf hinzuweisen, daß nach dem Dekret des Finanzministers vom 10. März 1964 [84] gegen diejenigen, die niedrigere

82 — Das bedeutet natürlich nicht, daß der CNSD bei der Ausübung seiner Befugnisse nicht gehalten wäre, die Bestimmungen des Artikels 85 des Vertrages und ganz allgemein jede gegenüber dem Gesetz Nr. 1612/1960 höherrangige Norm zu beachten.

83 — Das wird übrigens in den Artikeln 5 und 6 des Beschlusses des CNSD vom 21. März 1988 festgelegt.

84 — Zitiert in Fußnote 2.

oder (was zumindest theoretisch vorstellbar ist) höhere Gebühren verlangen, Disziplinarmaßnahmen ergriffen werden können (Artikel 38 bis 40), die vom Tadel bis zur vorübergehenden oder gar endgültigen Streichung im Register der Zollspediteure reichen. Es handelt sich mithin um eine „höchst wirksame Sanktion" [85] zu Lasten der Zollspediteure, die gegen die ihnen durch Gesetz auferlegten Pflichten verstoßen. Diese Vorschriften stellen daher die Rechtsgrundlage für die Disziplinarmaßnahmen dar, die der CNSD gegen Zollspediteure verhängen kann, die sich nicht an die — von ihm erlassene — Gebührenordnung mit den Höchst- und Mindestgebühren gehalten haben, wie sie für jede Kategorie von Leistungen festgelegt wurden.

98. Die Kommission weist weiter darauf hin, daß weder das Gesetz Nr. 1612/1960 noch irgendein anderes italienisches Gesetz den italienischen Finanzminister ermächtige, die Gebührenordnung für die gewerblichen Leistungen der Zollspediteure zu genehmigen, wie dies im vorliegenden Fall durch das Dekret vom 6. Juli 1988 geschehen sei. Auch die Gebührenordnung von 1970, die bis zu der von 1988 gegolten habe, habe keinerlei ministerielle Genehmigung erfahren [86]. Angesichts dieser Rechtslage, die auch von der italienischen Regierung nicht bestritten worden ist, muß man davon ausgehen, daß die Genehmigung der vom CNSD erstellten Gebührenordnung durch den Minister rein formalen Charakter und keine eigene Bedeutung hat, die die Feststellung in Frage stellen könnte, daß dieser Beschluß einzig und allein vom CNSD gefaßt worden ist, der hierbei, wie ich bereits ausgeführt habe, nicht verpflichtet war, „bestimmte Kriterien des Allgemeinwohls" zu berücksichtigen. Zum anderen scheint in die gleiche Richtung auch die letzte Begründungserwägung des ministeriellen Dekrets („aufgrund der Ordnungsmäßigkeit des befolgten Verfahrens") zu gehen. Zum einen hat also die Genehmigung durch den Minister mit anderen Worten nur die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens bestätigt und zum anderen ist die Bindungswirkung der Beschlüsse des CNSD vor der Genehmigungsentscheidung eingetreten und beruht unmittelbar auf dem Gesetz Nr. 1612/1960.

99. Allerdings verleiht, wie die Kommission bemerkt, das Dekret vom 6. Juli 1988 der Gebührenordnung des CNSD den Anschein einer öffentlich-rechtlichen Regelung, die dem Beschluß des CNSD vom 21. März 1988 für sich genommen nicht zu eigen war. Zunächst besteht wegen der Veröffentlichung in der *Serie generale* der *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* eine Bekanntheitsvermutung. Am wichtigsten aber ist, wie die Kommission zu Recht betont, daß ein ministerielles Genehmigungsdekret der vom CNSD festgelegten Gebührenordnung amtlichen Charakter verleiht und ihre Wirkungen verstärkt. Dieser amtliche Charakter erleichtert zum einen die Anwendung der in dieser Gebührenordnung festgelegten Gebühren seitens der Zollspediteure gegenüber denjenigen, die ihre Leistung in Anspruch nehmen, und hat zum anderen eine abschreckende Wirkung auf die Kunden, die die von den Zollspediteuren beanspruchten Vergütungen und damit die Rechtmäßigkeit der einheitli-

85 — Vgl. insoweit Urteil VVR (zitiert in Fußnote 78, Randnr. 23, letzter Satz). In dieser Rechtssache hatte das vorlegende Gericht unter anderem die Frage gestellt, ob es mit den Pflichten der Mitgliedstaaten nach Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 3 Buchstabe f und Artikel 85 des Vertrages unvereinbar sei, wenn ein Mitgliedstaat durch Rechts- oder Verwaltungsvorschrift (unter Androhung von Sanktionen, insbesondere des Widerrufs der entsprechenden Gewerbeerlaubnis) Reisevermittler verpflichte, die von den Reiseveranstaltern vorgeschriebenen Reisepreise und -tarife einzuhalten, ihnen untersage, erhaltene Provisionen mit den Kunden zu teilen oder diesen Nachlässe zu gewähren, sowie solche Verhaltensweisen als Handlungen des unlauteren Wettbewerbs ansehe. Der Gerichtshof hat entschieden (Randnr. 24), daß dies in der Tat mit den Pflichten der Mitgliedstaaten nach diesen Artikeln unvereinbar ist, „wenn die betreffende nationale Vorschrift bezweckt oder bewirkt, die Auswirkungen gegen Artikel 85 EWG-Vertrag verstoßender Kartellabsprachen zu verstärken".

86 — Die Kommission verweist sodann darauf, daß die Gebührenordnung vom 16. April 1970 nicht zufällig im *Foglio Inserzioni* Nr. 307 der GURI und nicht im normalen Heft der GURI veröffentlicht worden sei, wie dies bei der Gebührenordnung vom 21. März 1988 geschehen sei.

chen Gebührenordnung des CNSD in Frage stellen möchten [87].

3. Die italienischen Rechtsvorschriften übertragen privaten Unternehmen die Zuständigkeit der Träger öffentlicher Gewalt für den Bereich der Festlegung der Gebührenordnung für Zollspediteure

100. Die Kommission prüft schließlich auch die Möglichkeit, daß die Erstellung der Gebührenordnung die Mitwirkung einer öffentlichen Stelle zum Schutz eines öffentlichen Interesses erforderlich macht. Auch in diesem Fall ist sie der Auffassung (Nr. 18 der Klageschrift), daß es sich hier um ein Lehrbeispiel für den „Verzicht auf Befugnisse" [88] öffentlich-rechtlicher Art zugunsten eines Verbandes privater Wirtschaftsteilnehmer handele.

101. Auch wenn ich zuvor zu dem Ergebnis gekommen bin, daß die Erstellung der Gebührenordnung durch den CNSD die Mitwirkung einer öffentlichen Stelle zum Schutz eines öffentlichen Interesses nicht erfordert, möchte ich doch das Vorbringen der Kommission für den Fall prüfen, daß der Gerichtshof anders entscheiden sollte.

102. Ich gehe davon aus, daß, wie der Gerichtshof mehrfach erklärt hat [89], ein „solcher Fall [des Verstoßes gegen Artikel 85 in Verbindung mit Artikel 5 EWG-Vertrag] dann gegeben [ist], wenn ein Mitgliedstaat ... der eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, daß er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt". Es bedarf daher der Prüfung, ob diese Voraussetzung nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes im vorliegenden Fall erfüllt ist. Hierzu ist anhand einer Reihe von Gesichtspunkten zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die Verantwortung für in die öffentliche Zuständigkeit fallende Entscheidungen über wirtschaftliche Fragen auf private Wirtschaftsteilnehmer übertragen worden ist.

103. Zunächst ergibt sich aus den in den Akten enthaltenen Angaben, die die Kommission angeführt und die italienische Regierung nicht bestritten hat, daß der CNSD aufgrund des Gesetzes Nr. 1612/1960 (Artikel 14 Buchstabe d) über ein eigenes Entscheidungsrecht und nicht nur über das Recht zur Abgabe bloßer Stellungnahmen oder Vorschläge [90] verfügt, wie die Kommission zu Recht bemerkt hat.

87 — In der Rechtsprechung lassen sich Analogien zwischen diesem Dekret des Ministers und bestimmten Akten der zuständigen nationalen Behörden finden, mit denen Absprachen über die Festlegung von Preisen für Flugkarten genehmigt und damit deren Wirkungen verstärkt werden sollten; der Gerichtshof hat solche Absprachen für unvereinbar mit den Artikeln 5 und 85 des Vertrages erklärt. Vgl. Urteile vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209/84 bis 213/84 (Asjes u. a., Slg. 1986, 1425, insbesondere Randnr. 76) und vom 30. April 1989 in der Rechtssache 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen u. a. Slg. 1989, 803, insbesondere Randnr. 49).

88 — Diese Feststellung findet sich im Urteil Reiff (zitiert in Fußnote 48, Randnr. 24).

89 — Vgl. z. B. die allesamt in Fußnote 48 zitierten Urteile DIP u. a. (Randnr. 15), Reiff (Randnr. 14), Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (Randnr. 14) sowie Urteil Van Eycke (zitiert in Fußnote 77, Randnr. 16).

90 — So etwa in der Rechtssache Spediporto (zitiert in Fußnote 48, Randnrn. 24 und 25) in bezug auf die Festlegung von Güterverkehrstarifen in Italien und in der Rechtssache DIP u. a. (zitiert in Fußnote 48, Randnrn. 18 und 19) in bezug auf die Erteilung von Handelserlaubnissen für private Unternehmer durch den Bürgermeister.

104. Zweitens verfügt der italienische Finanzminister über keinerlei Ernennungsrecht für die neun Mitglieder des CNSD, die vielmehr von den Bezirksräten gewählt werden [91]. Was seine Bildung und Zusammensetzung angeht, ist also der CNSD unabhängiger, als es die „Tarifkommissionen" in den Rechtssachen Reiff und Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft [92] oder der „Zentralausschuß" in der Rechtssache Spediporto waren [93]. Außerdem setzt sich der CNSD insgesamt aus Mitgliedern der Berufsverbände der Zollspediteure zusammen und unterscheidet sich damit grundlegend vom „Zentralausschuß" in der Rechtssache Spediporto und den „Gemeindeausschüssen" in der Rechtssache DIP u. a., bei denen der Gerichtshof berücksichtigt hat, daß in ihnen die Vertreter der Berufsverbände der Unternehmer gegenüber allen anderen Mitglieder dieser Gremien in der Minderzahl waren.

105. Drittens ergibt sich aus den italienischen Vorschriften, daß weder der italienische Finanzminister noch irgendein Vertreter an den Sitzungen des CNSD auch nur gelegentlich teilnehmen darf, wie dies beim deutschen Verkehrsminister in der Rechtssache Reiff der Fall war.

106. Viertens lassen die streitigen italienischen Rechtsvorschriften erkennen, daß der italienische Finanzminister in keiner Weise überwachen kann, daß der CNSD die Gebührenordnung unter Beachtung „bestimmte Kriterien des Allgemeinwohls" festlegt [94]. Wie ich bereits dargelegt habe, betraf sein Genehmigungsdekret, daß nach den von der Kommission angeführten und von der italienischen Regierung nicht bestrittenen Angaben — ganz davon abgesehen, daß es gesetzlich nicht vorgesehen und folglich weder für die Geltung noch für die Anwendung des Beschlusses des CNSD erforderlich war — nur die formale Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens des CNSD, nicht aber den Inhalt der Regelung betraf [95]. Es betraf also nicht die Frage, ob die Regelung den Anforderungen des Allgemeinwohls entsprach, deren Beachtung, es sei nochmals gesagt, nach den streitigen nationalen Vorschriften dem CNSD bei der Festlegung der Gebührenordnung nicht vorgeschrieben ist.

107. Schließlich ist, wie die Kommission darlegt, ohne daß die italienische Regierung dem widersprochen hätte, nicht zu erkennen, daß der Finanzminister, wenn er der Meinung wäre, der CNSD habe nicht im Sinne des Allgemeinwohls gehandelt, seine eigene Genehmigung verweigern oder seine Ent-

91 — Ich erinnere daran, daß früher der Generaldirektor für Zölle und indirekte Steuern kraft Gesetzes Mitglied des CNSD und von Rechts wegen dessen Vorsitzender war. Diese Regelung ist aber durch Artikel 32 des Decreto-legge Nr. 331/1992 aufgehoben worden. Der CNSD wird auf drei Jahre gewählt, seine Mitglieder können wiedergewählt werden (Art. 13 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 1612/1960).

92 — Vgl. Urteile Reiff und Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (zitiert in Fußnote 48). In diesen Rechtssachen wurden die Mitglieder der Tarifkommissionen vom deutschen Verkehrsminister ernannt.

93 — Der italienische Verkehrsminister bestimmte die Mitglieder des Zentralausschusses, um den es in der Rechtssache Spediporto (zitiert in Fußnote 48) ging.

94 — Vgl. z. B. Urteile Reiff (Randnr. 24), Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (Randnr. 23) und Spediporto (Randnr. 24), alle zitiert in Fußnote 48.

95 — Wie die Kommission ohne Widerspruch seitens der italienischen Regierung ausführt, wurde die vorige Gebührenordnung vom 16. April 1970 ohne entsprechendes Ministerialdekret angewandt, und der CNSD beschloß spätere Erhöhungen der Gebührenordnung selbst ohne Mitwirkung des Ministers (die erst mit der Entscheidung vom 15. Dezember 1989 erfolgte). Außerdem habe der CNSD völlig selbständig entschieden, Ausnahmen von der Gebührenordnung für einige Kunden (z. B. für die Luftpost) zuzulassen, wozu er nach Artikel 6 seines eigenen Beschlusses vom 21. März 1988 befugt gewesen sei.

scheidung an die des genannten Organs setzen könnte [96].

108. Aufgrund dieser Erwägungen ist für den Fall, daß der Gerichtshof entscheiden sollte, daß für die Erstellung der Gebührenordnung die Mitwirkung einer öffentlichen Stelle erforderlich ist, davon auszugehen, daß bei einem System der Festlegung einer Gebührenordnung mit Höchst- und Mindestbeträgen für die Dienstleistungen der Zollspediteure wie dem in den streitigen italienischen Vorschriften (Gesetz Nr. 1612/1960) vorgesehenen die Zuständigkeit der Träger öffentlicher Gewalt für die Festsetzung von Entgelten auf private Wirtschaftsteilnehmer übertragen worden ist. Folglich hat die Italienische Republik die ihr nach den Artikeln 5 und 85 obliegenden Pflichten verletzt.

VI — Ergebnis

109. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor,

a) festzustellen, daß die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 5 und 85 EG-Vertrag verstoßen hat, daß sie ein Gesetz erlassen und beibehalten hat, das den Nationalen Rat der Zollspediteure (CNSD) unter Übertragung des entsprechenden Beschlußfassungsrechts dazu verpflichtet, einen gegen Artikel 85 dieses Vertrages verstoßenden Beschluß als Unternehmensvereinigung zu fassen, mit dem eine für alle Zollspediteure verbindliche Gebührenordnung festgelegt wird;

b) der Italienischen Republik die Kosten aufzuerlegen.

96 — Dem deutschen Verkehrsminister stand das Recht zur Ersetzung oder mindestens zur Änderung der vorgeschlagenen Tarife zu, wie sich aus den Urteilen Reiff (Randnr. 22) und Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (Randnr. 22), beide zitiert in Fußnote 48, ergibt.