SCHLUSSANTRÄGE DER FRAU GENERALANWALT CHRISTINE STIX-HACKL
vom 7. November 2002 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung I-14249

II — Einschlägige nationale Rechtsvorschriften I-14249

A — Zu den in Rede stehenden öffentlichen Unternehmen I-14249

B — Zur streitigen Hafenabgabe I-14250

III — Ausgangsverfahren und Vorlagefragen I-14251

IV — Zur ersten und zweiten Vorlagefrage und zur fünften Vorlagefrage, soweit sie sich auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bezieht I-14252

A — Vorbringen der Beteiligten I-14253

1. Zur Zulässigkeit der ersten und zweiten Vorlagefrage I-14253

2. Zu den Vorlagefragen I-14253

B — Rechtliche Würdigung I-14255

1. Zur Zulässigkeit der ersten und zweiten Vorlagefrage I-14255

2. Zu den Vorlagefragen I-14255

a) AMM als öffentliche Unternehmen I-14256

b) AMM als Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten I-14256

c) Zum Vorliegen einer beherrschenden Stellung I-14257

i) Der relevante Markt I-14257

ii) Zur beherrschenden Stellung der AMM I-14259

iii) Zum wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes I-14263

d) Zum Vorliegen eines Missbrauchs I-14264

i) Zum Missbrauch I-14264

ii) Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels I-14266

1 — Originalsprache: Deutsch.

e) Rechtfertigung durch Artikel 86 Absatz 2 EG I-14267

i) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse I-14268

ii) Erforderlichkeit I-14270

f) Zur fünften Vorlagefrage, soweit sie sich auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bezieht I-14271

V — Zur dritten Vorlagefrage und zur fünften Vorlagefrage, soweit sie sich auf die staatliche Beihilfe bezieht I-14272

A — Vorbringen der Beteiligten I-14272

B — Rechtliche Würdigung I-14274

1. Zur Zulässigkeit der dritten Vorlagefrage I-14274

2. Zur dritten und fünften Vorlagefrage I-14275

a) Zu den Tatbestandsmerkmalen des Beihilfebegriffes I-14275

b) Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Stand der Diskussion I-14277

i) Das Ferring-Urteil im Lichte der früheren Rechtsprechung und der Praxis der Kommission I-14277

ii) Die Kritik am Ferring-Urteil I-14279

iii) Stellungnahme und Schlussfolgerung für den Ausgangsfall I-14280

c) Zur Aufgabe der nationalen Gerichte nach Artikel 88 Absatz 3 EG ... I-14282

d) Zur fünften Vorlagefrage, soweit sie sich auf staatliche Beihilfen bezieht I-14283

VI — Zur vierten Vorlagefrage: Die Zuweisung im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit, als Abgabe zollgleicher Wirkung oder als diskriminierende inländische Abgabe (Artikel 28, 25 und 90 EG) I-14285

A — Vorbringen der Beteiligten I-14285

B — Würdigung I-14286

1. Zur Warenverkehrsfreiheit I-14286

2. Zur Abgabe zollgleicher Wirkung I-14286

3. Zur inländischen Abgabe I-14287

VII — Ergebnis I-14288

I — Einleitung

1. Die vorliegenden Rechtssachen, die aufgrund einer Vorlage der Corte Suprema di Cassazione anhängig gemacht worden sind, betreffen eine italienische Regelung, die die Erhebung einer Hafenabgabe anlässlich der Ent- und Verladung von Waren in bestimmten italienischen Häfen und die Zuweisung eines Teils des Ertrags an öffentliche Unternehmen vorsieht, welche mit verschiedenen Aufgaben, darunter auch die Ent- und Verladung von Waren, in diesen Häfen betraut sind.

2. Es geht im Wesentlichen um die Frage, ob die in Rede stehende Regelung als Maßnahme im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 1 EG) anzusehen ist, welche das Risiko eines Missbrauchs der gegebenenfalls daraus resultierenden marktbeherrschenden Stellung des begünstigten Unternehmens in sich birgt. Fraglich ist ebenfalls, ob eine solche Regelung eine staatliche Beihilfe enthält bzw. als Ausgleich für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu werten ist.

3. Diese Fragen stellen sich in einem Verfahren, in dem ein Unternehmen, das das Ver- und Entladen von Waren mit eigenen Mitteln durchführte und daher die Dienste des mit den Hafenarbeiten betrauten öffentlichen Unternehmens nicht in Anspruch nahm, gleichwohl zur Zahlung der Hafenabgabe angehalten wurde, wogegen es schließlich Einspruch erhob.

4. Nach Ansicht des zur Zahlung der Hafenabgabe verpflichteten Unternehmens sei diese Abgabe mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit Artikel 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG) in Verbindung mit Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 1 EG) und Artikel 92 EG-Vertrag (jetzt Artikel 87 EG) nicht zu vereinbaren.

II — Einschlägige nationale Rechtsvorschriften

A — *Zu den in Rede stehenden öffentlichen Unternehmen*

5. Nach dem *Gesetz Nr. 961/67* [2], geändert durch das *Gesetz Nr. 494/74* [3], bestehen in den sechs italienischen Häfen Ancona, Cagliari, Livorno, La Spezia, Messina und Savona so genannte „Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini" (Unternehmen für technische Mittel und Lagerhäuser, im Folgenden: AMM).

2 — GURI Nr. 272 vom 30. Oktober 1967.
3 — GURI Nr. 274 vom 21. Oktober 1974.

6. Die AMM sind nach ihrer gesetzlichen Grundlage wirtschaftlich tätige öffentliche Einrichtungen („enti pubblici economici") unter der Kontrolle des Ministero della marina mercantile (Ministerium für die Handelsmarine). Derartige öffentliche Einrichtungen sind nach den Ausführungen des Vorlagegerichtes „juristische Personen ..., die zwar Teil der öffentlichen Hand sind, jedoch wie ein Unternehmen eine Tätigkeit auf dem Markt — manchmal in Monopolstellung — nach Kriterien der Wirtschaftlichkeit ... ausüben".

7. Die AMM sind nach Artikel 2 des zitierten Gesetzes Nr. 961/67 damit betraut, „die technischen Einrichtungen für das Be- und Entladen, die Lager, die Abladeflächen und alle anderen im Eigentum des Staates stehenden und von den Seeschifffahrtsbehörden genutzten unbeweglichen und beweglichen Güter zu verwalten, für den Erwerb, die Wartung und den Umbau dieser Güter zu sorgen und alle anderen, mit diesen Tätigkeiten in Zusammenhang stehenden Tätigkeiten auszuüben". Weiters sind die AMM nach Artikel 2 des zitierten Gesetzes Nr. 494/74 ermächtigt, „andere kaufmännische Dienstleistungen in Bezug auf den Hafen einzuführen und auszuüben und die Verwaltung der nicht im Eigentum des Staates stehenden Ausrüstungen und Anlagen zu übernehmen und alle oben genannten Tätigkeiten auch in anderen Häfen auszuüben, die im Bezirk der Hafenkommandantur liegen, in dem die [AMM] ihren Sitz haben".

8. Die Kosten der Verwaltung, der Wartung und des Umbaues der verwalteten Güter sind von jeder einzelnen AMM selbst zu tragen. Die Kosten für den Erwerb neuer Güter werden von der staatlichen Verwaltung getragen, wenn es das Budget der AMM nicht anders erlaubt. Zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben stehen den AMM die Erträge aus den vorgenannten Gütern sowie Mittel aus Darlehen oder anderen Finanzierungsgeschäften zur Verfügung. Zusätzlich stehen den AMM seit dem *Gesetz Nr. 355/76* [4] zwei Drittel der Hafenabgabe nach dem *Gesetz Nr. 82/63* [5] zu.

B — *Zur streitigen Hafenabgabe*

9. Mit dem *Gesetz Nr. 82/63* wird in bestimmten italienischen Häfen eine Hafenabgabe („tassa portuale") auf ent- und verladene Güter eingeführt [6]. Die Hafenabgabe wird durch die staatliche Finanzverwaltung berechnet und eingehoben.

4 — GURI Nr. 147 vom 5. Juni 1976.

5 — GURI Nr. 52 vom 23. Februar 1963.

6 — Neben dieser Hafenabgabe wurde mit dem Gesetzesdekret Nr. 47/74 („decreto legge"), nach Änderungen umgewandelt in das Gesetz Nr. 117/74 (GURI Nr. 115 vom 4. Mai 1974), weiters eine staatliche Abgabe auf das Ent- und Verladen auf dem Luft- oder Seeweg beförderter Güter („tassa erariale di sbarco e imbarco") in allen italienischen Häfen eingeführt, die aber nicht den AMM zugute kommt.

10. Das *Gesetz Nr. 355/76* unterwirft Waren, die in einem der sechs Häfen, in denen eine AMM besteht, umgeschlagen werden, der Hafenabgabe nach dem Gesetz Nr. 82/63 und weist zwei Drittel dieser Abgabe den AMM zur Erfüllung ihrer Aufgaben zu.

11. Das *Dekret des Präsidenten der Republik vom 12. Mai 1977*[7] legt die Hafenabgabe in der Höhe von 15 ITL (für bestimmte Waren wie z. B. Phosphat und Nitrat), 35 ITL (für andere Waren wie z. B. Sand, Kies oder Zement) und 90 ITL (für sonstige Waren) je metrische Tonne fest.

III — Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

12. Die Enirisorse SpA (im Folgenden: Enirisorse) führte im Hafen von Cagliari[8] das Ent- und Verladen von inländischen und ausländischen Waren mit eigenen personellen und sachlichen Mitteln durch.

13. Mit Zahlungsbescheid des Finanzministeriums wurden Enirisorse im Jahre 1992 die Hafenabgaben für die umgeschlagenen Waren vorgeschrieben. Gegen diese Vorschreibung erhob Enirisorse mit der Begründung Einspruch, dass das Dekret vom 12. Mai 1977 zur Festsetzung der Hafenabgabe nach dem Gesetz Nr. 355/76 rechtswidrig sei.

14. Nachdem die Rechtsbehelfe von Enirisorse beim Tribunale Cagliari und der Corte d'Appello Cagliari nicht erfolgreich waren, erhob Enirisorse Beschwerde bei der Corte Suprema di Cassazione, in der sie u. a. die Unvereinbarkeit der fraglichen Abgabenregelung mit dem Gemeinschaftsrecht geltend machte.

15. Die Corte Suprema di Cassazione ersucht den Gerichtshof in der Folge um Beantwortung folgender Fragen:

1. Stellt der Umstand, dass ein erheblicher Teil einer von Wirtschaftsteilnehmern an den Staat entrichteten Abgabe (Hafenabgabe für das Ver- und Entladen von Waren) einem auf dem Markt der Hafenarbeiten für das Ent- und Verladen von Waren tätigen öffentlichen Unternehmen zugewiesen wird, dann, wenn diese Wirtschaftsteilnehmer keine Dienstleistung oder sonstige Leistung von diesem Unternehmen erhalten haben, ein besonderes oder ausschließliches Recht oder eine Maßnahme dar, die gegen die Vorschriften des Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln des Artikels 90 Absatz 1 des Vertrages, verstößt?

7 — GURI Nr. 270 vom 4. Oktober 1977.

8 — Der Stellungnahme der italienischen Regierung ist zu entnehmen, dass es sich in Wirklichkeit um den Hafen von Portovesme handelt. Dies ist insoferne unbeachtlich, als der Betrieb der AMM in Cagliari sich jedenfalls auch auf Portovesme erstreckte.

2. Führt unabhängig von der vorigen Frage die Zuweisung eines erheblichen Teils des Aufkommens der Abgabe an das genannte öffentliche Unternehmen zur missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung aufgrund eines staatlichen Rechtsetzungsakts, und verstößt sie daher gegen Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 des Vertrages?

3. Ist die Zuweisung eines erheblichen Teils dieser Abgabe an dieses Unternehmen als staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 des Vertrages zu qualifizieren, und rechtfertigt sie, falls eine Mitteilung an die Kommission nicht vorliegt oder eine Entscheidung der Kommission über die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne von Artikel 93 vorliegt, es daher, dass die den nationalen Gerichten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes verliehenen Befugnisse ausgeübt werden, mit denen gewährleistet werden soll, dass eine rechtswidrige und/oder unzulässige Beihilfe nicht durchgeführt wird?

4. Stellt die von vornherein beschlossene Zuweisung eines erheblichen Teils des Aufkommens einer für oder anlässlich des Ent- oder Verladens von Waren in Häfen erhobenen staatlichen Abgabe an das genannte öffentliche Unternehmen, ohne dass der Zahlung irgendeine Leistung oder Dienstleistung dieses Unternehmens gegenübersteht, eine (nach den Artikeln 12 und 13 des Vertrages verbotene) Abgabe mit gleicher Wirkung wie ein Einfuhrzoll oder eine innerstaatliche Abgabe auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten, die höher als die auf gleichartige inländische Waren erhobene Abgabe ist (Artikel 95), oder ein nach Artikel 30 verbotenes Einfuhrhindernis dar?

5. Betreffen, falls die nationale Regelung gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, die in den vorstehenden Ausführungen beschriebenen Gesichtspunkte, einzeln betrachtet, die Abgabe als Ganzes oder nur insoweit, als diese der Azienda mezzi meccanici zugewiesen wird?

IV — Zur ersten und zweiten Vorlagefrage und zur fünften Vorlagefrage, soweit sie sich auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bezieht

16. Artikel 86 Absatz 1 EG sieht vor, dass die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Vorschriften des Vertrages und insbesondere den Wettbewerbsbestimmungen zuwiderlaufende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

17. Die Frage, ob eine bestimmte nationale Regelung in den Anwendungsbereich des Artikels 86 Absatz 1 EG fällt, setzt damit die inzidente Prüfung voraus, ob sie u. a. mit den Wettbewerbsbestimmungen — hier Artikel 82 EG — in Einklang steht. Die zwei ersten Vorlagefragen sowie die fünfte Vorlagefrage, soweit sie sich auf den

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bezieht, sind daher gemeinsam zu behandeln. Zu prüfen ist im Wesentlichen, ob Artikel 82 EG in Verbindung mit Artikel 86 EG einer nationalen Regelung entgegensteht, welche einerseits einen öffentlichen Anbieter von Hafendienstleistungen mit Aufgaben in Bezug auf die Hafeninfrastruktur betraut, andererseits die Entrichtung einer diesem öffentlichen Unternehmen zum Teil zugute kommenden Abgabe durch andere Wirtschaftsteilnehmer, wenn sie Waren mit eigenen Mitteln ent- und verladen, vorsieht.

A — *Vorbringen der Beteiligten*

1. Zur Zulässigkeit der ersten und zweiten Vorlagefrage

18. Die *italienische Regierung* hält die erste und zweite Vorlagefrage für unzulässig, da das vorlegende Gericht für die Beurteilung dieser Vorlagefragen wesentliche Sachverhaltselemente nicht geprüft habe. So sei die Frage des relevanten Marktes nicht geklärt worden. Dies führe dazu, dass die betreffenden Fragen hypothetischer Natur seien.

19. Dagegen sehen *Enirisorse* und die *Kommission* die erste und die zweite Vorlagefrage als zulässig an, da der Gerichtshof grundsätzlich gehalten sei, Fragen nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu beantworten. Sie berufen sich dabei insbesondere auf die Urteile TNT Traco [9] und Ambulanz Glöckner [10]. Die Kommission ist weiters der Ansicht, dass es dem nationalen Gericht obliege, diejenigen Sachverhaltselemente festzustellen, die sich nicht ausreichend aus der Aktenlage ergäben, die aber für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Ausgangsverfahren erforderlich seien.

2. Zu den Vorlagefragen

20. *Enirisorse* und die *Kommission* bringen vor, dass die Artikel 86 EG und 82 EG auf die vorliegende Regelung anwendbar seien. Die AMM in Cagliari wäre unstreitig ein Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts und die Zuweisung von zwei Dritteln der Hafenabgabe würde dieser AMM ein quasi-ausschließliches oder besonderes Recht gegenüber ihren Konkurrenten gewähren.

21. *Enirisorse* und die *Kommission* weisen darauf hin, dass die von den AMM verwalteten Häfen insgesamt einen wesentlichen Teil des italienischen Staatsgebietes abdecken; *Enirisorse* fügt hinzu, dass die AMM gemeinsam eine beherrschende Position innehaben würden.

9 — Urteil vom 17. Mai 2001 in der Rechtssache C-340/99 (TNT Traco SpA, Slg. 2001, I-4109).

10 — Urteil vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-475/99 (Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089).

22. Die *italienische Regierung* macht demgegenüber geltend, dass der in Rede stehende Hafen von Portovesme mit Sicherheit kein Markt von gemeinschaftlicher Bedeutung sei.

23. Nach Ansicht der *Kommission* obliege es dem nationalen Gericht, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung Merci Convenzionali Porto di Genova [11] und Centre d'insémination de la Crespelle [12] das Vorliegen einer allfälligen beherrschenden Stellung der AMM, von welcher es offenbar ausgehe, festzustellen.

24. Nach Ansicht von *Enirisorse* und der *Kommission* ermöglicht die in Rede stehende nationale Regelung den Missbrauch einer beherrschenden Stellung, da sie der AMM in Cagliari die Stärkung ihrer beherrschenden Stellung erlauben würde. Die *Kommission* fügt an, dass die Wertung aus dem Urteil TNT Traco [13] auf den Ausgangssachverhalt übertragbar sei. Dort habe der Gerichtshof entschieden, dass eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu bejahen ist, wenn ein Unternehmen eine Vergütung für eine nicht von ihm selbst erbrachte Dienstleistung erhält. Der einzige Unterschied sei, dass in der Rechtssache TNT Traco die Postgebühr direkt von den Unternehmen an die „Poste Italiane" entrichtet wurde und im vorliegenden Fall die Hafenabgabe den AMM im Wege des Staates zukommen würde.

25. Die *italienische Regierung* betont hingegen, dass die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung von ausschließlichen oder besonderen Rechten im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 EG nicht per se mit Artikel 82 EG unvereinbar ist. Weiters sei auch nicht erwiesen, dass die AMM in Cagliari die ihr eingeräumten Rechte missbrauchen würde.

26. Die Regelung könne nach Ansicht von *Enirisorse* und der *Kommission* nicht mit Artikel 86 Absatz 2 EG gerechtfertigt werden. Dem Vorlagebeschluss sei kein Sachverhaltselement zu entnehmen, das die Notwendigkeit der Mittelzuweisung zur Aufrechterhaltung von etwaigen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse belegen würde. Die fehlende Einrichtung von AMM in sämtlichen italienischen Häfen belege, dass ihre Tätigkeit entbehrlich sei.

27. Hingegen hält die *italienische Regierung* die in Rede stehende Regelung jedenfalls für durch Artikel 86 Absatz 2 EG gerechtfertigt. Die Hafenabgabe sei aus sozio-ökonomischen Gründen notwendig und im öffentlichen Interesse gelegen: Die sechs Häfen, in denen AMM eingerichtet worden seien, wiesen nur ein geringes Verkehrsaufkommen auf, so dass eine ausreichende Finanzierung der Erhaltung der Hafenanlagen nicht gewährleistet sei. Die strittige Regelung solle allgemein das Überleben dieser Häfen sowie die Funktionsfähigkeit ihrer Hafeneinrichtungen sichern und die Sicherheit des Anlegens der Schiffe sowie die Bereitstellung von Hafendienstleistungen zu angemessenen Preisen gewährleisten.

11 — Urteil vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90 (Merci convenzionali Porto di Genova, Slg. 1991, I-5889).

12 — Urteil vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-323/93 (Centre d'insémination de la Crespelle, Slg. 1994, I-5077).

13 — Zitiert in Fußnote 9.

B — *Rechtliche Würdigung*

1. Zur Zulässigkeit der ersten und zweiten Vorlagefrage

28. Im Rahmen der durch Artikel 234 EG geschaffenen Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten überlässt es der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung den nationalen Gerichten, sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlass eines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen. Betreffen die vorgelegten Fragen die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, so ist der Gerichtshof daher grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden [14].

29. Nur in Ausnahmefällen kann der Gerichtshof die Umstände untersuchen, unter denen er vom nationalen Gericht angerufen wird und eine Entscheidung über die Vorlagefrage ablehnen, wenn die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn er nicht über die tatsächlichen oder rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind [15].

30. Diese Anforderungen gelten ganz besonders im Bereich des Wettbewerbsrechts, das durch komplexe tatsächliche und rechtliche Verhältnisse gekennzeichnet ist [16].

31. In der vorliegenden Rechtssache enthält der Vorlagebeschluss tatsächlich nur knappe Angaben zu den von den AMM durchgeführten Leistungen und zu den betreffenden Häfen. Die Beteiligten hatten jedoch Gelegenheit, ergänzende Angaben in der mündlichen Verhandlung zu machen, so dass es dem Gerichtshof möglich sein dürfte, klare Vorgaben im Hinblick auf die letztlich vom nationalen Richter zu treffenden Feststellungen zu geben. Die erste und zweite Vorlagefrage sind daher zulässig.

2. Zu den Vorlagefragen

32. Die Beantwortung der ersten und zweiten Vorlagefrage setzt voraus, dass ein Sachverhalt wie der vom vorlegenden Gericht dargelegte in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des Artikels 86 Absatz 1 EG fällt.

14 — Urteil TNT Traco (zitiert in Fußnote 9), Randnr. 30, unter Verweis auf die Urteile vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93 (Bosman, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 59) und vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98 (PreussenElektra, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 38).

15 — Urteil vom 19. Februar 2002 in der Rechtssache C-35/99 (Manuele Arduino, Slg. 2002, I-1529, Randnr. 24) mit Verweis auf die Urteile Bosman (zitiert in Fußnote 14, Randnr. 61) und PreussenElektra (zitiert in Fußnote 14, Randnr. 39).

16 — Urteil vom 14. Juli 1998 in der Rechtssache C-284/95 (Safety Hi-tech, Slg. 1998, I-4301, Randnr. 70). Siehe auch bereits das Urteil vom 26. Jänner 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-320/90 bis C-322/90 (Telemarsicabruzzo u. a., Slg. 1993, I-393, Randnr. 7).

33. Zu prüfen ist daher zuerst, ob die AMM Unternehmen im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 EG sind. Sodann wird auf den sachlichen Anwendungsbereich des Artikels 86 Absatz 1 EG einzugehen sein.

a) AMM als öffentliche Unternehmen

34. Zum Unternehmensbegriff ist auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu verweisen, wonach dieser Begriff „im Rahmen des Wettbewerbsrechts ... jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung umfasst“ [17].

35. Die in Rede stehenden Einheiten — die AMM — üben insoferne eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, als sie Dienste, insbesondere die Ent- und Beladung von Schiffen, gegen Entgelt leisten.

36. Ebenso wenig zweifelhaft ist, dass die AMM als öffentliche Unternehmen zu qualifizieren sind. Dies ergibt sich bereits aus ihrer Rechtsform — enti pubblici economici — sowie aus der ministeriellen Aufsicht, welcher sie offenbar unterliegen.

17 — Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 21).

b) AMM als Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten

37. Nach meinem Dafürhalten spielt diese Diskussion im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Artikel 86 Absatz 1 EG keine Rolle, da es sich bei den AMM jedenfalls um öffentliche Unternehmen handelt.

38. Artikel 86 Absatz 1 EG stellt klar, dass die Bestimmungen des Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsbestimmungen, auch in Bezug auf Unternehmen Geltung beanspruchen, für deren Verhalten die Mitgliedstaaten aufgrund des Einflusses, den sie auf dieses Verhalten ausüben, besondere Verantwortung tragen [18]. Dabei handelt es sich nicht nur um öffentliche Unternehmen, sondern auch um sonstige Unternehmen, deren Sonderstellung sich aus der Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten ergibt. Die Anwendbarkeit von Artikel 86 Absatz 1 EG hängt damit entscheidend von der Einflussmöglichkeit des Staates auf die betreffenden Unternehmen ab [19]. Öffentliche Unternehmen fallen dementsprechend stets in den Anwendungsbereich des Artikels 86 Absatz 1 EG, ohne dass es darüber hinaus hiebei auf die Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten ankäme.

18 — Siehe etwa das Urteil vom 6. Juli 1982 in den verbundenen Rechtssachen 188/80 bis 190/80 (Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1982, 2545, Randnr. 12).

19 — Siehe in diesem Sinne auch Schwarze-von Burchard, *EU-Kommentar*, Art. 86 EGV, Randnr. 8.

c) Zum Vorliegen einer beherrschenden Stellung

39. Weiters ist allerdings zu prüfen, ob die Umstände, wie sie das vorlegende Gericht darlegt, auch in den materiellen Anwendungsbereich des Artikels 86 Absatz 1 EG im Verbindung mit Artikel 82 EG fallen.

40. Während Artikel 82 EG „nur für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der Unternehmen selbst und nicht für staatliche Maßnahmen“ [20] gilt, bezweckt Artikel 86 Absatz 1 EG nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes „die nähere Festlegung der Voraussetzungen für die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Artikel 85 und 86 [jetzt Artikel 81 EG und 82 EG) auf öffentliche Unternehmen, auf Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, und auf Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“ [21]. Artikel 86 Absatz 1 EG erlaubt demgemäß die Erfassung von wettbewerbswidrigen Praktiken, die ansonsten dem betreffenden Unternehmen wohl nicht zuzurechnen wären.

41. Zu untersuchen ist nun hier, ob der Tatbestand des Artikels 82 EG angesichts der Verweisungsnorm des Artikels 86 Absatz 1 EG erfüllt ist. Artikel 82 EG setzt zunächst voraus, dass das in Rede stehende Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil davon innehat.

i) Der relevante Markt

42. Der Gerichtshof hat wiederholt darauf hingewiesen, dass bei der Frage, ob eventuell eine beherrschende Stellung vorliegt, „der Bestimmung des relevanten Marktes und der Abgrenzung des wesentlichen Teils des Gemeinsamen Marktes, auf dem dieses Unternehmen gegebenenfalls missbräuchliche Praktiken anwenden kann, die einen wirksamen Wettbewerb verhindern, wesentliche Bedeutung beizumessen ist“ [22].

43. Gemäß ständiger Rechtsprechung ist der relevante Markt „im Rahmen [eines] Marktes zu beurteilen, in dem sämtliche Erzeugnisse [oder Dienstleistungen] zusammengefasst sind, die sich aufgrund ihrer Merkmale zur Befriedigung eines gleichbleibenden Bedarfs besonders eignen und mit anderen Erzeugnissen [oder anderen Dienstleistungen] nur in geringem Maße austauschbar sind“ [23].

20 — Urteil vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91 (Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnr. 10).

21 — Siehe insbesondere das Urteil vom 4. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87 (Bodson, Slg. 1988, 2479, Randnr. 16).

22 — Siehe nur die Urteile vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-242/95 (GT-Link, Slg. 1997, I-4449, Randnr. 36) und vom 23. Mai 2000 in der Rechtssache C-209/98 (Sydhavnens Sten & Grus, Slg. 2000, I-3743, Randnr. 57).

23 — Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81 (Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, Randnr. 37).

44. Nach den Ausführungen des Vorlagegerichtes geht es im Ausgangsfall um Hafenarbeiten für den Ladungsumschlag [24]. Der sachlich relevante Markt dürfte daher diese Dienste betreffen; es obliegt allerdings dem Vorlagegericht, diesen Markt anhand der Eigenschaften der relevanten Dienstleistung abschließend abzugrenzen [25]. Es wird insbesondere zu prüfen haben, inwiefern sich der Ladungsumschlag von anderen Hafendiensten abhebt.

45. Dem Vorlagegericht obliegt es auch, die geographische Erstreckung des relevanten Marktes zu bestimmen [26]. Diese ist nämlich offenbar umstritten: Das Vorlagegericht scheint auf den jeweiligen Hafen, wo eine AMM errichtet worden ist, abzustellen. Gemäß der italienischen Regierung ist der Hafen von Portovesme als Teil des Hafens von Cagliari zu betrachten, weil die AMM in beiden Häfen am Markt ist. Enirisorse hingegen hat — insbesondere in der mündlichen Verhandlung — auf alle Häfen, in denen AMM eingerichtet sind, abgestellt und — offenbar mit Blick auf den Gemeinschaftsrechtsbezug — darauf hingewiesen, dass sich darunter der Hafen von Livorno befinde, der ein wesentlicher internationaler Umschlagplatz sei und daher mit dem Hafen von Genua vergleichbar sei. Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung auf die Häfen von Cagliari und Portovesme abgestellt.

46. Hiezu ist zu bemerken, dass die Tätigkeit der einzelnen AMM zwar räumlich begrenzt ist, dass sämtliche AMM aber ohne Rücksicht auf den Ort ihrer Tätigkeit den gleichen gesetzlichen Bestimmungen unterliegen. Dies könnte zu einer Homogenität der Wettbewerbsbedingungen führen, die es erlauben würde, sämtliche Häfen mit einer AMM insgesamt als geographisch relevanten Markt zu betrachten. Allerdings könnte die Insellage der Hafeneinrichtungen in Cagliari und Portovesme gegen eine solche Homogenität sprechen.

47. Eine abschließende Würdigung ist durch den nationalen Richter vorzunehmen. Dabei wird er jedenfalls zu beachten haben, „dass auf dem zu berücksichtigenden Markt die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sein müssen, d. h., es muss sich um ein Gebiet handeln, in dem die objektiven Wettbewerbsbedingungen für die fraglichen Dienstleistungen und insbesondere die Nachfrage der Verbraucher für alle Wirtschaftsteilnehmer gleich sind“ [27].

24 — Siehe dazu auch den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Marktzugang für Hafendienste (KOM/2002/0101 endg.), wo die Hafendienste nach Artikel 4 als „Dienstleistungen mit Handelswert, die normalerweise in einem Hafen gegen Entgelt erbracht werden und im Anhang aufgeführt sind“ definiert werden. Dem Anhang ist zu entnehmen, dass Hafendienste insbesondere den Ladungsumschlag, „darunter (a) Löschen und Laden; (b) Stauen, Umladen und andere Transporttätigkeiten am Terminal; (c) Lagerung, Depot und Einlagerung, je nach Ladungskategorien; (d) Zusammenstellung von Sammelladungen“ umfassen.

25 — Siehe etwa das Urteil Sydavnens Sten & Grus (zitiert in Fußnote 22), Randnr. 60.

26 — Ebenda, Randnr. 60.

27 — Urteil Ambulanz Glöckner (zitiert in Fußnote 10), Randnr. 34, unter Verweis auf das Urteil vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76 (United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207, Randnr. 44).

ii) Zur beherrschenden Stellung der AMM

48. Fraglich ist hier, ob und inwiefern die in Rede stehende Regelung eine beherrschende Stellung der AMM auf dem relevanten Markt schafft oder ausweitet.

Definition der beherrschenden Stellung in der Rechtsprechung

49. Mit einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG ist „die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Mitbewerbern und seinen Abnehmern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten“ [28].

50. Die Anwendung von Artikel 82 EG ist aber „nicht deswegen ausgeschlossen, weil bestimmte Gesetzes- und Verordnungsvorschriften das Fehlen von Wettbewerb oder die Beschränkung des Wettbewerbs begünstigen“ [29]. Aus der Rechtsprechung zu Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG ergibt sich vielmehr, dass die wirtschaftliche Machtstellung im Sinne der oben genannten Definition auch durch ein Gesetz eingeräumt werden kann [30]. Eine solche wirtschaftliche Machtstellung muss es dem betreffenden Unternehmen ermöglichen, den relevanten Markt *nach Belieben* zu beeinflussen [31]. Dies bedeutet, dass das Unternehmen „unabhängig von den Ursachen einer solchen Stellung eine besondere Verantwortung dafür trägt, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt“ [32].

Beherrschende Stellung als Folge einer Gewährung von ausschließlichen Rechten

51. Nach der Feststellung des Gerichtshofes im Urteil Dusseldorp u. a. [33] ist die Gewährung ausschließlicher Rechte auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes dahin zu verstehen, dass dem begünstigten Unternehmen eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EG eingeräumt wird.

28 — Siehe insbesondere die Urteile in den Rechtssachen Michelin/Kommission (zitiert in Fußnote 23, Randnr. 30) und Bodson (zitiert in Fußnote 21, Randnr. 26).

29 — Urteil Bodson (zitiert in Fußnote 21), Randnr. 26.

30 — Siehe etwa das Urteil vom 1. Oktober 1998 in der Rechtssache C-38/97 (Autotrasporti Librandi, Slg. 1998, I-5955, Randnr. 27) mit Verweis auf das Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche/Kommission, Slg. 1979, 461, Randnr. 38).

31 — Urteil vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache 18/88 (Régie des Télégraphes et des Téléphones, Slg. 1991, I-5941, Randnr. 25) mit Verweis auf das Urteil vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88 (Frankreich/Kommission, „Endgeräte“, Slg. 1991, I-1223, Randnr. 51).

32 — Urteil vom 16. März 2000 in den verbundenen Rechtssachen C-395/96 P und C-396/96 P (Compagnie maritime belge transports u. a., Slg. 2000, I-1365, Randnr. 37) mit Verweis auf das Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache C-322/81 (zitiert in Fußnote 23, Randnr. 57).

33 — Urteil vom 25. Juni 1998 in der Rechtssache C-203/96 (Dusseldorp u. a., Slg. 1998, I-4075, Randnr. 60). Es ging dort um die Vereinbarkeit einer Regelung mit Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG, welche einem einzigen Unternehmen das Recht auf Verbrennung gefährlicher Abfälle im gesamten Gebiet des Mitgliedstaats verleiht.

52. Wenn also ausschließliche Rechte einem Unternehmen durch den Staat gewährt wurden, hängt die Feststellung einer beherrschenden Stellung daher nur von der Frage ab, ob diese Rechte auf dem gesamten Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil davon bestehen.

53. So hat der Gerichtshof im Urteil GT-Link [34] ausgeführt, dass „ein Unternehmen, das auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes mit einem gesetzlichen Monopol ausgestattet ist, als ein Unternehmen angesehen werden kann, das eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages [jetzt Artikel 82 EG] besitzt. Dies ist auch bei einem öffentlichen Unternehmen der Fall, das Eigentümer eines Verkehrshafens ist und deshalb in diesem Hafen allein das Recht hat, Hafenabgaben für die Benutzung der Hafeneinrichtungen zu erheben."

54. Eine ähnliche Lösung ist im Urteil TNT Traco [35] zu finden. Dort ging es um eine Postgebühr, die unmittelbar an die italienische Post u. a. von Anbietern von Eil-Kurierdiensten zu entrichten war, und zwar auch dann, wenn die Post keine Leistung erbrachte. Der Gerichtshof stellte fest, dass „die Poste Italiane auch als Unternehmen anzusehen [ist], das vom betreffenden Mitgliedstaat mit besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag [jetzt Artikel 86 Absatz 1 EG] ausgestattet worden ist, soweit ihm das ausschließliche Recht zum Einsammeln, zur Beförderung und zur Zustellung von Briefsendungen gewährt worden ist, ohne wie jede andere Person, die die gleiche Dienstleistung erbringt, eine Postgebühr zahlen zu müssen ..." [36]. Wenig weiter stellte der Gerichtshof fest, dass „die Poste Italiane, ... unstreitig eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag [jetzt Artikel 82 EG] innehat" [37], wobei er in anderem Zusammenhang von der „Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte" [38] sprach.

Die Gewährung von staatlichen Mitteln kann nicht ohne weiteres mit der Gewährung ausschließlicher Rechte gleichgesetzt werden

55. Im Hinblick auf die nach der zitierten Rechtsprechung entscheidende Frage, ob den AMM ausschließliche Rechte gewährt wurden, sind sämtliche Beteiligte offenbar davon ausgegangen, dass die hier in Rede stehende Mittelzuweisung als Gewährung ausschließlicher Rechte zu betrachten ist.

56. Ich meine aber, dass eine Mittelzuweisung der in Rede stehenden Art alleine nicht als ausschließliches Recht aufgefasst werden kann und dementsprechend alleine noch nicht das Vorliegen einer be-

34 — Zitiert in Fußnote 22 (Randnr. 35).
35 — Zitiert in Fußnote 9.
36 — A. a. O., Randnr. 40.
37 — A. a. O., Randnr. 43.
38 — A. a. O., Randnr. 44.

herrschenden Stellung im Sinne der obigen Rechtsprechung indizieren kann:

57. In seinen Schlussanträgen zur Rechtssache C-475/99 [39] definierte Generalanwalt Jacobs besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 EG wie folgt: Darunter seien Rechte zu verstehen, „die von den Behörden eines Mitgliedstaats einem oder einer begrenzten Anzahl von Unternehmen verliehen werden und die die Fähigkeit anderer Unternehmen, die fragliche wirtschaftliche Tätigkeit im selben Gebiet zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen auszuüben, wesentlich beeinträchtigen".

58. Die Zuweisung von staatlichen Mitteln an die AMM stellt im vorliegenden Fall dem ersten Anschein nach [40] eine solche selektive begünstigende Maßnahme dar. Denn, wenn auch der Ladungsumschlag in den Häfen, wo AMM eingerichtet worden sind, auch im Wege der Selbstabfertigung geschehen kann, wirkt sich die Hafenabgabe auf den Wettbewerb zwischen den AMM und Unternehmen, die auf die Selbstabfertigung zurückgreifen, insoferne aus, als letztere aufgrund der Hafenabgabe mit zusätzlichen Kosten belastet werden, während die AMM durch die Mittelzuweisung in ihrer wirtschaftlichen Stellung und damit in ihrer Stellung in Bezug auf die Ladungsumschlagsdienste gestärkt werden.

59. Es erscheint mir dennoch nicht unproblematisch, eine schlichte Mittelzuweisung mit der Gewährung eines besonderen oder ausschließlichen Rechts gleichzusetzen. Im Falle einer Zuweisung von staatlichen Mitteln verhält sich der Begünstigte — im Gegensatz zur üblichen Ausübung eines gewährten besonderen oder ausschließlichen Rechts — nämlich an sich passiv; eine Einflussnahme auf den Markt kann wohl auch nicht gänzlich unabhängig von der Förderintensität gesehen werden. Dem kann man sicherlich entgegenhalten, dass der vorliegende Fall sich auch dadurch kennzeichnet, dass die zugewiesenen Mittel de facto insbesondere durch Wettbewerber erbracht werden. Würde man dies allein jedoch ausreichen lassen, so müsste man annehmen, dass jeder — wenn auch nur mittelbare — Transfer von Mitteln eines Marktteilnehmers zu einem anderen Marktteilnehmer durch Artikel 82 EG in Verbindung mit Artikel 86 Absatz 1 EG erfasst ist, ohne letztlich auf die allfällig daraus resultierende Einflussmöglichkeit des Begünstigten auf das Marktgeschehen, wie für ein besonderes oder ausschließliches Recht erforderlich, abzustellen.

60. Die Zuweisung eines Teils der Hafenabgabe an die AMM unterscheidet sich vom Ausgangssachverhalt in GT-Link bzw. TNT Traco zumindest insoweit, als die AMM selbst die Erhebung der Abgabe nicht beschließen und dementsprechend keinerlei Einfluss auf deren Höhe ausüben können. Die AMM sind lediglich passive Begünstigte einer staatlichen Finanzierungsmaßnahme.

39 — Zitiert in Fußnote 10, Nrn. 83 bis 89.

40 — Zur Kompensation allfälliger Service-public-Lasten, siehe unten meine beihilferechtlichen Ausführungen, Nrn. 142 ff.

61. Dem könnte zwar wieder entgegengehalten werden, dass es wirtschaftlich gesehen keinen Unterschied machen kann, ob die Abgabe vom Begünstigten selbst erhoben wird oder vom Staat. Rechtlich ist meines Erachtens dennoch sehr wohl ein Unterschied auszumachen, war doch in beiden zitierten Fällen das öffentliche Unternehmen jeweils mit ausschließlichen Rechten ausgestattet — etwa dem Recht auf Erhebung einer beliebigen Abgabe —, während die AMM im Ausgangsfall über ein derartiges Recht nicht verfügen. Es ist aber gerade ein solches Recht, das es den betreffenden Unternehmen ermöglicht, *nach Belieben* Einfluss auf den relevanten Markt zu nehmen [41].

62. Nicht zuletzt ist in diesem Zusammenhang auch auf die Konkurrenzproblematik mit dem Beihilferecht einzugehen. Sieht man die selektive Zuweisung von staatlichen Mitteln an ein bestimmtes Unternehmen als Gewährung eines ausschließlichen Rechts an dieses Unternehmen — mit der Folge, dass die beherrschende Stellung dieses Unternehmens bereits aus dieser Gewährung folgt —, so gräbt man dem Beihilferecht das Wasser ab [42]. Zu bedenken ist aber auch, dass die Anwendung beider Normenkomplexe unterschiedlich erfolgt — es sei hier nur auf die ausschließliche Prüfungskompentenz der Kommission im Hinblick auf die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt hingewiesen [43].

63. In einem Fall, in welchem das öffentliche Unternehmen sich von anderen Wirtschaftsteilnehmern nur dadurch abhebt, dass es Empfänger von staatlichen Mitteln ist, erscheint es so nicht möglich, seine marktbeherrschende Stellung ausschließlich aus dem Faktum der selektiven Mittelzuweisung herzuleiten. Eine beherrschende Stellung der AMM könnte sich allerdings etwa aus ihrer gesetzlichen Aufgabendefinition in Bezug auf die Hafeninfrastruktur ergeben [44].

64. Es obliegt somit dem nationalen Richter festzustellen, ob die AMM so gesehen tatsächlich eine beherrschende Stellung innehaben. Dabei wird er insbesondere die

41 — Anzumerken ist auch, dass in TNT Traco (Urteil zitiert in Fußnote 9, Randnr. 43) die Beherrschung des relevanten Marktes durch Poste italiane nicht bestritten war.

42 — In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass staatliche Beihilfen den Wettbewerb deswegen verzerren, weil sie bestimmten Unternehmen einen „unverdienten Kostenvorteil" — so Rawlinson in Lenz, *EG-Vertrag Kommentar*, Randnr. 10 zu Artikel 87 EG — verschaffen.

43 — In diesem Zusammenhang ist auch an die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu erinnern, wonach Widersprüche bei der Anwendung der Artikel 87 ff. EG und sonstiger Vertragsbestimmungen zu vermeiden sind. Im Urteil vom 15. Juni 1993 in der Rechtssache C-225/91 (Matra/Kommission, Slg. 1993, I-3203, Randnr. 41) sprach der Gerichtshof im Zusammenhang mit einem Verfahren nach Artikel 88 Absatz 2 EG von einer „Verpflichtung der Kommission, den Zusammenhang zwischen den Artikeln [87 EG] und [88 EG] und den sonstigen Vorschriften des Vertrages zu beachten".

44 — Siehe insbesondere das Urteil vom 24. Oktober 2002 in der Rechtssache C-82/01 P (Aéroports de Paris, Slg. 2002, I-9297, Randnrn. 106 f.): „Als Eigentümerin der Flughafenanlagen kann nur ADP den Zugang zu diesen Anlagen gewähren.... [APD] verfügt... über das rechtliche Monopol für den Betrieb der fraglichen Flughäfen, und nur sie kann deshalb die Ausübung von Bodenabfertigungsdiensten auf diesen Flughäfen genehmigen und die Bedingungen hierfür festlegen.
Demnach ist das Gericht... zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass ADP eine wirtschaftliche Machtstellung besitze, die ihr die Befugnis verleihe, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt zu verhindern, indem sie ihr eine unabhängige Verhaltensweise ermögliche."
Im vorliegenden Fall bleibt der Staat offenbar Eigentümer der Hafenanlagen. Dennoch erscheint ein Vergleich insoferne nahe liegend, als die AMM nach dem Gesetz Nr. 961/67 wohl über ein Monopol für den Betrieb der erforderlichen Infrastruktur verfügen. Sollte sich dies bestätigen, wären die AMM in der Lage, den Zugang zum Markt der Hafendienstleistungen entscheidend zu beeinflussen, sodass eine beherrschende Stellung anzunehmen wäre.

sich aus den Aufgaben betreffend die Hafeninfrastruktur ergebenden Vorteile für die AMM und das Marktverhalten heranzuziehen haben.

iii) Zum wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes

65. Sollten alle AMM oder jede einzelne AMM doch eine beherrschende Stellung auf dem näher zu bestimmenden relevanten Markt innehaben, wäre weiters zu beurteilen, ob dieser Markt als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes anzusehen ist.

66. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist hiezu „insbesondere der Umfang des Verkehrs in dem betreffenden Hafen und die Bedeutung dieses Verkehrs für die gesamte Ein- und Ausfuhr auf dem Seeweg in dem fraglichen Mitgliedstaat zu berücksichtigen“ [45].

67. Diese Kriterien hat der Gerichtshof im Urteil Merci convenzionali Porto di Genova [46] betreffend den Markt des Ladungsumschlags auf den Hafen von Genua angewandt und dort festgestellt, dass der so definierte Markt angesichts seiner Bedeutung für den zwischenstaatlichen Handel als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes anzusehen ist. Selbst ein Teilgebiet eines Mitgliedstaats kann also je nach wirtschaftlicher Bedeutung einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen.

68. Die Schaffung einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes kann sich auch aus dem Nebeneinander von territorial begrenzten Monopolen, die „in ihrer Gesamtheit aber das ganze Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erfassen“, ergeben [47].

69. Es obliegt dem nationalen Richter, anhand der einzelnen Wirtschaftsdaten und der geographischen Gegebenheiten festzustellen, ob die von der AMM in Cagliari verwalteten Häfen bzw. alle sechs Häfen, in denen eine AMM eingerichtet worden ist, als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes anzusehen ist bzw. sind. Sollte sich der nationale Richter für eine kollektive Betrachtungsweise entscheiden, würde die wirtschaftliche Bedeutung einzelner Häfen insoferne in den Hintergrund treten, als die Häfen mit AMM einen erheblichen Anteil des italienischen Staatsgebiets im Sinne der obigen Rechtsprechung erfassen dürften.

70. Nur wenn das vorlegende Gericht zur Ansicht kommt, dass die AMM eine beherrschende Stellung auf dem relevanten

45 — Urteil GT-Link (zitiert in Fußnote 22), Randnr. 37, mit Verweis auf das Urteil Merci convenzionali Porto di Genova (zitiert in Fußnote 11), Randnr. 15.

46 — Zitiert in Fußnote 11.

47 — Urteil Centre d'insémination de la Crespelle (zitiert in Fußnote 12), Randnr. 17.

Markt innehaben und dieser einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt, ist in der Folge die Frage eines eventuellen Missbrauchs zu untersuchen.

d) Zum Vorliegen eines Missbrauchs

71. Artikel 82 EG setzt weiters voraus, dass das betreffende Unternehmen missbräuchlich vorgeht und schließlich, dass dies zu einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führen kann. Gemäß Artikel 86 Absatz 1 EG sind gewisse staatliche Maßnahmen insoweit den Verhaltensweisen des betreffenden Unternehmens gleichzusetzen.

i) Zum Missbrauch

72. Ausgangspunkt der Überlegungen ist die mittlerweile gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach „die bloße Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte als solche nicht mit Artikel 86 EG-Vertrag [jetzt Artikel 82 EG] unvereinbar ist, ... jedoch ein Mitgliedstaat dann gegen die in Artikel 90 Absatz 1 [jetzt Artikel 86 Absatz 1 EG] in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag [jetzt Artikel 82 EG] aufgestellten Verbote verstößt, wenn er im Bereich der Gesetzgebung oder Verwaltung eine Maßnahme trifft, mit der er eine Situation schafft, in der ein Unternehmen, dem er besondere oder ausschließliche Rechte verliehen hat, notwendig zur missbräuchlichen Ausnutzung seiner beherrschenden Stellung veranlasst wird“ [48].

73. Sollte der nationale Richter zur Überzeugung kommen, dass die AMM aufgrund der Umstände des Einzelfalles, wie etwa den ihnen in Bezug auf die Hafeninfrastruktur anvertrauten Aufgaben, den geographischen Gegebenheiten oder der eingeschränkten wirtschaftlichen Bedeutung der in Rede stehenden Häfen in der Lage sind, den relevanten Markt nach Belieben zu beeinflussen, so wäre weiters zu untersuchen, ob die AMM vom Staat in eine Situation gesetzt worden sind, in der sie zwangsläufig gegen Artikel 82 EG verstoßen [49].

74. In Betracht kommen hier unterschiedliche Kategorien von missbräuchlichen Verhaltensweisen: Ausbeutungsmissbrauch einerseits, Behinderungsmissbrauch andererseits.

75. Ein Ausbeutungsmissbrauch ist anzunehmen, wenn „der Inhaber einer solchen [beherrschenden] Stellung die sich daraus ergebenden Möglichkeiten benutzt

48 — Urteil TNT Traco (zitiert in Fußnote 9), Randnr. 44, unter Verweis auf die Urteile GT-Link (zitiert in Fußnote 22, Randnr. 33) und Dusseldorp u. a. (zitiert in Fußnote 33), Randnr. 61. Siehe auch das Urteil Sydhavnens Sten & Grus (zitiert in Fußnote 22), Randnr. 66.

49 — Siehe auch das Urteil Sydhavnens Sten & Grus (zitiert in Fußnote 22), Randnr. 67: „Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann ein Mitgliedstaat ohne Verstoß gegen Artikel 86 EG-Vertrag bestimmten Unternehmen ausschließliche Rechte einräumen, wenn letztere ihre beherrschende Stellung nicht missbräuchlich ausnutzen oder nicht gezwungen sind, einen solchen Missbrauch zu begehen“ unter Verweis auf das Urteil vom 18. Juni 1998 in der Rechtssache C-266/96 (Corsica Ferries France, Slg. 1998, I-3949, Randnr. 41).

hat, um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die er bei einem normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erhalten hätte" [50].

76. In diese Kategorie fallen insbesondere Fallgestaltungen, in denen „das Unternehmen, das diese beherrschende Stellung innehat, für seine Dienstleistungen einen Preis verlangt, der gemessen am wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung, unbillig oder unverhältnismäßig ist" [51].

77. Nach Ansicht des Gerichtshofes muss dies „erst recht für den Fall gelten, dass ein solches Unternehmen eine Vergütung für von ihm nicht selbst erbrachte Dienstleistungen erhält" [52].

78. Generalanwalt Alber hatte in der Rechtssache TNT-Traco hingegen darauf hingewiesen, dass die Erhebung einer Gebühr nicht mit einem Missbrauch in Form der Erzwingung von Entgelt für nicht erbrachte Leistungen gleichzusetzen sei, weil eine solche Belastung nicht durch das Verhalten eines beherrschenden Unternehmens möglich gewesen wäre [53].

79. Diese einschränkende Auslegung des Artikels 86 Absatz 1 EG ist insoferne nicht unproblematisch, als diese Bestimmung gerade solche Fälle erfassen soll, in welchen der Staat das von ihm beeinflusste Unternehmen zu einem Verhalten veranlasst oder zwingt, das das betreffende Unternehmen nicht alleine an den Tag gelegt hätte.

80. Eine Übertragung der Lösung in TNT-Traco auf den Anlassfall erscheint gleichwohl ebenso wenig überzeugend. Zwar stimme ich der Kommission darin zu, dass es *wirtschaftlich* keinen Unterschied macht, ob ein öffentliches Unternehmen selbst eine Gebühr erhebt oder das Aufkommen einer vom Staat erhobenen Abgabe — oder einen Teil davon — erhält. Rechtlich sehe ich aber einen bedeutsamen Unterschied darin, dass in einem Fall das Unternehmen vom Staat zu einer bestimmten Verhaltensweise „verleitet" wird, während im anderen — hier vorliegenden — Fall das Unternehmen bezüglich der Abgabe offenbar überhaupt keine Verhaltensweise an den Tag legt.

81. Ein Missbrauch ist daher meines Erachtens eher im Hinblick auf die Wirkungen der in Rede stehenden Regelung zu untersuchen. Entsprechend der Rechtsprechung des Gerichtshofes stellt auch eine staatliche Maßnahme, die zur Erweiterung bzw. Ausdehnung der beherrschenden Stellung eines Unternehmens, dem der Staat besondere oder ausschließliche Rechte gewährt hat, führt, einen Verstoß gegen Artikel 86 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG dar [54].

50 — Urteil vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76 (zitiert in Fußnote 27, Randnrn. 248 ff.).

51 — Urteil TNT-Traco (zitiert in Fußnote 9), Randnr. 46, unter Verweis auf die Urteile Centre d'insémination de la Crespelle (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 25) und GT-Link (zitiert in Fußnote 22, Randnr. 39).

52 — Urteil TNT Traco (zitiert in Fußnote 9), Randnr. 47.

53 — Schlussanträge in der Rechtssache C-340/99 (Urteil zitiert in Fußnote 9), Nrn. 66 f.

54 — Vgl. das Urteil Ambulanz Glöckner (zitiert in Fußnote 10), Randnr. 40, mit Verweis auf die Urteile vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88 (zitiert in Fußnote 31, Randnr. 21) und Dusseldorp u. a. (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 61).

82. In der Rechtssache TNT Traco hatte Generalanwalt Alber einen Missbrauch in einer Wettbewerbsverfälschung zugunsten der Tätigkeit der italienischen Post — und somit in der Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung der italienischen Post auf einem bestimmten Markt durch Belastung der Mitbewerber auf einem anderen Markt — gesehen [55].

83. Auch die Kommission plädiert im vorliegenden Fall für ihre, in der Rechtssache TNT Traco bereits zum Ausdruck gebrachte Ansicht, wonach der Missbrauch in der Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung auf einem bestimmten Markt durch Belastung sämtlicher Mitbewerber bestehe. Auch hier sei es möglich, von einer Stärkung der Stellung der AMM auf dem Markt des Ladungsumschlags durch die Mittelzuweisung zu sprechen.

84. Die missbräuchliche Ausnutzung einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung der AMM könnte nach meinem Dafürhalten darin bestehen, dass die Zuweisung eines Teils des Aufkommens aus der Hafenabgabe eine marktverfälschende Wirkung hat. Die italienische Regierung hat nämlich vorgebracht, dass diese Mittelzuweisung im Ergebnis der „Preisstützung" dient: Sie ermöglicht es der AMM nämlich, ihre Hafendienstleistungen zu niedrigeren als den marktwirtschaftlichen Preisen zu erbringen. Diesem Vorbringen ist zu entnehmen, dass die AMM letztlich zu niedrige — und nicht zu hohe — und damit in Bezug auf den marktwirtschaftlichen Preis ebenso unverhältnismäßige Preise verlangt. Wenn sich dieses Verhalten gezielt gegen Konkurrenten richtet, stellt dies aber ebenso einen Missbrauch dar [56].

ii) Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels

85. Sollte ein Missbrauch der etwaigen beherrschenden Stellung der AMM auszumachen sein, bliebe schließlich noch zu prüfen, ob diese festgestellte missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu beeinträchtigen [57].

86. Eine derartige Beeinträchtigung liegt nur dann vor, „wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflussen kann, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann. Außerdem darf diese Beeinträchtigung nicht nur geringfügig sein" [58].

55 — A. a. O., Nr. 74.

56 — In diesem Sinne hat der Gerichtshof bereits festgestellt, dass die selektive Senkung von Preisen durch ein Unternehmen in beherrschender Stellung eine missbräuchliche Ausnutzung darstellt, wenn diese niedrigen Preise gegen einen Konkurrenten gerichtet sind (siehe das Urteil Compagnie maritime belge transports u. a. [zitiert in Fußnote 32, Randnr. 117]).

57 — Siehe z. B. die Urteile Bodson (zitiert in Fußnote 21, Randnr. 22), GT-Link (zitiert in Fußnote 22, Randnr. 44) und Ambulanz Glöckner (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 48).

58 — Urteil Ambulanz Glöckner (zitiert in Fußnote 10), Randnr. 49, mit Verweis auf das Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-306/96 (Javico, Slg. 1998, I-1983, Randnr. 16).

87. Soweit es um Dienstleistungen geht, kann dieser Einfluss darin bestehen, „dass die fraglichen Tätigkeiten in einer Weise organisiert sind, dass sie eine Aufteilung des Gemeinsamen Marktes und eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs ... zur Folge haben. Desgleichen kann der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch eine Maßnahme beeinträchtigt werden, die ein Unternehmen daran hindert, in einem anderen Mitgliedstaat eine Niederlassung zu errichten, um dort auf dem fraglichen Markt Leistungen zu erbringen“ [59].

88. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts zu prüfen, ob es angesichts der wirtschaftlichen Beschaffenheit des örtlichen Marktes für den Ladungsumschlag ausreichend wahrscheinlich ist, dass die teilweise Zuweisung von Hafengebühren an die AMM andere Wirtschaftsteilnehmer tatsächlich daran hindert, in den jeweiligen italienischen Häfen vergleichbare Leistungen zu erbringen [60]. Im Hinblick auf den Ausgangsrechtsstreit ist es insbesondere denkbar, dass andere Unternehmen, welche die Dienstleistungen des Ladungsumschlags im Hafen von Cagliari bzw. Portovesme anbieten wollen oder den Ladungsumschlag im Wege der Selbstabfertigung tätigen wollen, durch die im Wege der teilweisen Zuweisung der Hafenabgabe gestützten niedrigen Preise der AMM in Cagliari von einer Tätigkeit auf diesem Markt abgeschreckt und gehindert werden.

59 — Urteil Ambulanz Glöckner (zitiert in Fußnote 10), Randnr. 49 m.w.N.

60 — In diesem Sinne auch das Urteil Ambulanz Glöckner (zitiert in Fußnote 10), Randnr. 50.

e) Rechtfertigung durch Artikel 86 Absatz 2 EG

89. Falls unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen durch den nationalen Richter festgestellt werden sollte, dass die in Rede stehende nationale Regelung vom Verbot des Artikels 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG erfasst wird, bliebe schließlich noch zu prüfen, ob eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG vorliegt, wie dies von der italienischen Regierung behauptet worden ist.

90. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes kann sich ein Mitgliedstaat auf Artikel 86 Absatz 2 EG stützen, um einem Unternehmen, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, insbesondere gegen Artikel 82 EG verstoßende ausschließliche Rechte zu übertragen, sofern die Erfüllung der diesem übertragenen besonderen Aufgabe nur durch die Einräumung solcher Rechte gesichert werden kann und die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft [61].

91. Zu untersuchen ist daher, ob die AMM mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden

61 — Urteil Sydhavnens Sten & Grus (zitiert in Fußnote 22), Randnr. 74.

sind und, inwiefern die selektive Mittelzuweisung für die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe erforderlich ist.

i) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

92. Die Anwendung des Artikels 86 Absatz 2 EG setzt voraus [62], dass der Mitgliedstaat den Inhalt der Verpflichtungen und Zwänge definiert, die im Rahmen der Betrauung mit der besonderen Aufgabe auferlegt wurden, dass darüber hinaus diese Verpflichtungen spezifisch für dieses Unternehmen und seine Tätigkeiten sind, dass sie einen Zusammenhang mit dem Zweck der betreffenden Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse aufweisen und dass sie unmittelbar auf dieses Interesse abgestellt sind.

93. Der vorliegenden Akte ist zu entnehmen, dass die AMM auf der einen Seite Leistungen direkt an den Staat erbringen, indem sie einen Teil der Hafeneinrichtungen verwalten und instandhalten [63]. Auf der anderen Seite erbringen sie Leistungen an andere Wirtschaftsteilnehmer, indem sie insbesondere am Wettbewerb auf dem Markt des Ladungsumschlags teilnehmen und ihre Dienste auf diesem Markt anbieten.

94. Die von den AMM erbrachten Dienstleistungen könnten in doppelter Hinsicht im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegen:

Nach Ansicht der italienischen Regierung würden sie

— einerseits der Funktionsfähigkeit der Hafeneinrichtungen sowie der Sicherheit des Anlegens der Schiffe im Hafen dienen;

— andererseits komme den AMM die Aufgabe zu, den Ladungsumschlag zu angemessenen Preisen auch und gerade in kleineren Häfen zu gewährleisten. Mit anderen Worten sollen die AMM den Erhalt einer qualitativ hochwertigen Hafeninfrastruktur und den Zugang zu dieser Infrastruktur im Sinne eines Universaldienstes in rein wirtschaftlich gesehen offenbar auch weniger attraktiven Häfen sicherstellen.

95. Der Gerichtshof hat bereits ausgeschlossen, „dass der Betrieb jedes Verkehrshafens eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wäre, und... dass alle in einem solchen Hafen erbrachten Leistungen im Rahmen einer solchen Aufgabe erbracht würden“ [64]. Gleichwohl hat der Gerichtshof festgestellt, dass bestimmte Dienstleistungen in Häfen, etwa die Bereitstellung eines allgemeinen Festmacherdienstes [65] oder bestimmte Vor-

62 — Urteil vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-159/94 (Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-5815, Randnrn. 65 bis 69).

63 — Siehe insbesondere das oben zitierte Gesetz Nr. 961/67.

64 — Urteil GT-Link (zitiert in Fußnote 22), Randnr. 52. Siehe auch schon das Urteil Merci Convenzionali Porto di Genova (zitiert in Fußnote 11, Randnrn. 25 ff.) und die Schlussanträge von Generalanwalt Van Gerven in derselben Rechtssache, Nr. 27.

65 — Urteil vom 18. Juni 1998 in der Rechtssache C-266/96 (zitiert in Fußnote 50, Randnr. 45).

rechte eines Flusshafens [66] Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellen.

96. Entscheidend für die Einordnung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist, dass an der betreffenden Leistung „ein allgemeines wirtschaftliches Interesse besteht, das gegenüber dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens spezifische Merkmale" [67] hat. Im Urteil Corsica Ferries II [68] wurde das spezifische Merkmal darin gesehen, dass die Leistung aus Gründen der Sicherheit jederzeit für alle Hafenbenutzer bereitzustellen war. Im Urteil GT-Link hat der Gerichtshof nicht ausgeschlossen, dass „das bloße Bereitstellen von Hafenanlagen" als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse qualifiziert werden könnte [69]. Schließlich hat der Gerichtshof im Urteil SIOT [70] „die allgemeinen Vorteile..., welche sich aus der Benutzung der Hafengewässer oder -anlagen ergeben, für deren Schiffbarkeit und Unterhaltung öffentliche Stellen die Kostenlast tragen", anerkannt.

97. Der nationale Richter wird daher nach meinem Dafürhalten insbesondere zu untersuchen haben, inwiefern die AMM mit der Aufgabe betraut worden sind, Hafeninfrastrukturen samt Hafendienstleistungen in Gestalt des Ladungsumschlags als Universaldienst bereitzustellen. Dabei sind die Kriterien der Rechtsprechung zu beachten — Angebot der Dienste an jedermann, zu jeder Zeit, zu einheitlichen Tarifen und unter Bedingungen, die nur nach objektiven Kriterien unterschiedlich sein dürfen [71].

98. Im Hinblick auf die Hafeninfrastruktur ist zu bemerken, dass die Instandhaltung von Hafeneinrichtigungen per se der Sicherheit dieser Einrichtungen und damit auch der Sicherheit der Schifffahrt im Hafen dient. Unklar bleibt im Ausgangsfall, inwiefern die oben beschriebenen Leistungen der AMM an den Staat spezifische Merkmale aufweisen, die einen nutzungsabhängigen Ausgleich aufgrund der entstandenen Kosten rechtfertigen könnten [72]. Diese Unklarheit ist wohl darauf zurückzuführen, dass diese Leistungen nicht Gegenstand des Ausgangsrechtstreits sind.

99. Die Bereitstellung von Ladungsumschlagsdiensten zu angemessenen Preisen hängt mit der Frage des Universaldienstes zusammen und erfordert eine differenzierte Betrachtung: Zwar besteht nach der zitierten Rechtsprechung [73] „an Hafenarbeiten wie der Be-, Ent- und Umladung, der Lagerung sowie allgemein dem Um-

66 — Urteil vom 14. Juli 1971 in der Rechtssache 10/71 (Muller, Slg. 1971, 723, Randnr. 11).

67 — Siehe insbesondere das Urteil GT-Link (zitiert in Fußnote 22), Randnr. 53.

68 — Zitiert in Fußnote 50.

69 — Urteil zitiert in Fußnote 22 (Randnr. 54).

70 — Vom 16. März 1983 in der Rechtssache 266/81 (SIOT, Slg. 1983, 731, Randnr. 21).

71 — Siehe etwa das Urteil vom 27. April 1994 in der Rechtssache C-393/92 (Almelo, Slg. 1994, I-1477, Randnr. 48). Siehe auch schon die Urteile Corbeau (zitiert in Fußnote 20, Randnr. 15) und vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-159/94 (zitiert in Fußnote 63 — Monopole bei Strom und Gas, Randnrn. 57 f.). Siehe auch die Erklärungen von Blum/Logue, *State monopolies under EC Law*, S. 175 ff.

72 — Hinsichtlich des Marktes der Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen sieht Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft (ABl. L 272, S. 36) die Möglichkeit der Entrichtung eines Entgelts für den Zugang zu den Flughafeneinrichtungen, insbesondere von Wirtschaftsteilnehmern, die die Selbstabfertigung praktizieren, vor. Die Auslegung dieser Bestimmung ist Gegenstand der anhängigen Rechtssache C-363/01.

73 — Siehe Fußnote 64.

schlag von Waren oder anderen Gütern im Hafen nicht unbedingt ein allgemeines wirtschaftliches Interesse, das gegenüber dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens spezifische Merkmale hätte". Andererseits ist im Artikel 6 des geänderten Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie über den Marktzugang für Hafendienste (KOM/2002/0101 endg.) vorgesehen, dass die Erteilung von Genehmigungen an Hafendiensteanbieter von „gemeinwirtschaftliche[n] Verpflichtungen im Hinblick auf Sicherheit, Regelmäßigkeit, Kontinuität, Qualität und Preis sowie die Bedingungen, zu denen die Dienstleistung erbracht wird", abhängig gemacht werden kann.

100. Der von der italienischen Regierung vorgetragene Umstand, dass es sich bei den Häfen, in denen die AMM eingerichtet sind, um Häfen mit einem geringen Verkehrsaufkommen handelt, könnte so als solches „spezifisches Merkmal" im Sinne der obigen Rechtsprechung angesehen werden.

ii) Erforderlichkeit

101. Selbst wenn aber die den AMM übertragenen Aufgaben tatsächlich als solche von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse angesehen werden könnten, müsste die Regierung des betroffenen Mitgliedstaats in einer das vorlegende Gericht überzeugenden Weise darlegen, dass die Übertragung ausschließlicher Rechte — hier in Gestalt einer Mittelzuweisung [74] — für die Erfüllung der besonderen Aufgabe durch das Unternehmen notwendig ist und dass das fragliche Unternehmen die ihm übertragene Aufgabe ohne die in Rede stehende Maßnahme nicht erfüllen könnte [75].

102. Fraglich ist also, inwiefern die Mittelzuweisung zur Erfüllung dieser allfälligen Aufgaben durch die AMM erforderlich ist [76]. Dies wäre nur dann anzunehmen, wenn die italienische Regierung darlegen könnte, dass die zugewiesenen Mittel die sich aus den besonderen Aufgaben ergebenden Lasten ausgleichen. Dem eigenen Vorbringen der Italienischen Republik ist zu entnehmen, dass dies zumindest zweifelhaft sein dürfte:

103. Zunächst ist daran zu erinnern, dass die italienische Regierung die sich aus der Übernahme von besonderen Aufgaben ergebenden Lasten klar identifizieren müsste [77].

74 — Siehe oben meine Bedenken betreffend die Mittelzuweisung als Gewährung ausschließlicher Rechte, Nrn. 55 ff. Im Rahmen des Artikels 86 Absatz 2 EG spricht nichts gegen eine Analyse der Mittelzuweisung als Gewährung ausschließlicher Rechte, da Artikel 86 Absatz 2 EG auch zur Rechtfertigung einer Beihilfengewährung herangezogen werden kann.

75 — Urteil Dusseldorp u. a. (zitiert in Fußnote 33), Randnr. 32.

76 — Vgl. das Urteil zu den Monopolen bei Strom und Gas (zitiert in Fußnote 62), Randnr. 96: Eine Ausnahme von den Vertragsbestimmungen sei anzunehmen, wenn sie erforderlich ist, um dem betrauten Unternehmen die Erfüllung der besonderen Aufgabe zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.

77 — Siehe bereits oben, Nr. 101.

104. Zudem dürfte die Zuweisung eines Teils des Aufkommens aus der Hafenabgabe offenkundig nicht die einzige Finanzierungsquelle der AMM sein. Dem nationalen Rechtsrahmen ist zu entnehmen, dass die Kosten für den Erwerb neuer Güter durch den Staat getragen werden, soweit das Budget der AMM nicht anderes erlaubt. Daran wird im Übrigen deutlich, dass die staatliche Intervention zur Sicherstellung eines ausgeglichenen Budgets durchaus variabel ist. Weiters stehen den AMM die Erträge aus den verwalteten Gütern sowie Mittel aus Darlehen oder anderen Finanzierungsgeschäften zur Verfügung.

105. Es zeigt sich also, dass eine nachvollziehbare Gegenüberstellung der Lasten der AMM aus allfälligen besonderen Aufgaben und des hierfür durch den Staat gewährten Ausgleichs kaum möglich sein dürfte. Die durch die Richtlinie 2000/52/EG der Kommission [78] bezweckte Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen fehlt offenbar [79]. Die fehlende Möglichkeit einer Gegenüberstellung der Lasten der AMM und des staatlichen Ausgleichs wird auch bei der Beurteilung des Ausgangsrechtsstreits im Lichte des Beihilferechts eine Rolle spielen [80].

106. Ferner hat das Gesetz Nr. 84/94 offenbar die Verwaltung der betreffenden Hafeneinrichtungen gemeinsam mit der teilweisen Zuweisung der Hafenabgabe an die staatliche Hafenbehörde übertragen, jedoch nicht das Ent- und Verladen von Waren, das weiterhin durch die AMM angeboten wird. Daraus wird deutlich, dass die in Rede stehende Mittelzuweisung für die Bereitstellung von Ladungsumschlagsdiensten zu angemessenen Preisen doch nicht erforderlich gewesen sein dürfte.

107. Gemäß den vorgebrachten Umständen erscheint eine Rechtfertigung nach Artikel 86 Absatz 2 EG somit nicht nahe liegend; dem nationalen Richter obliegt es allerdings, eine abschließende Prüfung anhand der angegebenen Kriterien vorzunehmen.

f) Zur fünften Vorlagefrage, soweit sie sich auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bezieht

108. Mit der fünften Vorlagefrage, soweit sie sich auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bezieht, möchte die Corte Suprema di Cassazione im Wesentlichen wissen, wie sich das Vorliegen einer gegen Artikel 86 Absatz 1 EG verstoßenden missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf die vorliegende Abgabenregelung auswirken würde.

78 — Vom 26. Juli 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (ABl. L 193, S. 75).

79 — In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der geänderte Vorschlag für eine Richtlinie über den Marktzugang für Hafendienste (zitiert in Fußnote 24) die Transparenz von Finanzbeziehungen zwischen Mitgliedstaaten und Häfen bezweckt: Siehe insbesondere Artikel 12 zur Buchführung in Bezug auf Hafendienstleistungstätigkeiten.

80 — Siehe hiezu unten, Nrn. 138 ff.

109. Zunächst ist daran zu erinnern, dass auch im Rahmen des Artikels 86 EG die Bestimmungen des Artikels 82 EG „unmittelbare Wirkung haben und für den Einzelnen Rechte begründen, die die nationalen Gerichte zu wahren haben" [81]. Der Gerichtshof hat ferner festgestellt, dass Personen oder Unternehmen, von denen ein öffentliches Unternehmen Hafenabgaben erhoben hat, die gegen Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 EG verstoßen, grundsätzlich Anspruch auf Erstattung der nicht geschuldeten Abgaben haben [82].

110. Im vorliegenden Fall wird die Abgabe jedoch nicht von einem öffentlichen Unternehmen erhoben, sondern vom Staat, der einen wesentlichen Teil dieses Aufkommens den AMM zuweist. Die Ausweitung der allfälligen beherrschenden Stellung der AMM aufgrund der in Rede stehenden Abgabenregelung erfolgt nur insoweit, als das Aufkommen dieser Abgabe den AMM teilweise zugewiesen wird.

111. Sollte der nationale Richter eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung feststellen können, würde sich daher die Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht nur auf jenen Teil des Abgabenaufkommens erstrecken, der den AMM zugewiesen wird.

81 — Urteil GT-Link (zitiert in Fußnote 22), Randnr. 57.
82 — Ebenda, Randnr. 61.

V — Zur dritten Vorlagefrage und zur fünften Vorlagefrage, soweit sie sich auf die staatliche Beihilfe bezieht

112. Nach Artikel 87 EG sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

113. Mit seiner dritten Frage fragt das Vorlagegericht im Wesentlichen, ob die Zuweisung eines erheblichen Teiles der in Rede stehenden Hafenabgabe an die AMM eine staatliche Beihilfe darstellt. Für den Fall einer positiven Antwort möchte es wissen, ob es die in Rede stehende Regelung nicht anwenden darf, weil die Beihilfe der Kommission nicht notifiziert worden ist. Schließlich möchte es wissen, ob die Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht sich auf die Abgabenerhebung oder lediglich auf die teilweise Zuweisung dieser Abgabe erstreckt.

A — *Vorbringen der Beteiligten*

114. *Enirisorse* und die *Kommission* bringen vor, dass die AMM in Cagliari ein Unternehmen sei und die Zuweisung eines

Teiles des Aufkommens aus der Hafenabgabe selektiv erfolge. Diese Zuweisung beeinträchtige den innergemeinschaftlichen Handel und verfälsche den Wettbewerb bzw. drohe ihn zu verfälschen, insoferne als die AMM mit Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten im Wettbewerb stehe, welche den Ladungsumschlag mit eigenen Mitteln tätigen wollen.

115. Die Zuweisung sei ein finanzieller Vorteil und würde eindeutig mit staatlichen Mitteln gewährt. Die *Kommission* bemerkt allerdings in diesem Zusammenhang, dass der Gerichtshof in der Rechtssache Preussen Elektra [83] festgestellt hat, dass die Verpflichtung privater Elektrizitätsversorgungsunternehmen zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu festgelegten Mindestpreisen nicht zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen, die diesen Strom erzeugen, führe, so dass keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG vorliege. Obwohl im Ausgangsfall eine Übertragung von staatlichen Mitteln klar vorliege, da die Hafenabgabe an den Staat zu leisten ist, der wiederum einen Teil des Aufkommens an die AMM zuweist, sei der vorliegende Fall mit der Rechtssache Preussen Elektra in wirtschaftlicher Hinsicht vergleichbar, weil in beiden Fällen der Staat ein System zur Übertragung von Mitteln geschaffen habe. Ein Abstellen auf die Zahlungsmodalitäten — an den Staat im vorliegenden Fall, an ein Unternehmen in der Rechtssache Preussen Elektra — sei nicht mit dem Grundsatz zu vereinbaren, wonach es bei Beihilfen vor allem auf ihre Wirkungen ankomme.

116. Die Kommission ist ferner der Ansicht, dass es dem nationalen Gericht obliege, nachzuweisen, ob die Maßnahme den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb verfälscht bzw. zu verfälschen droht.

117. Die *italienische Regierung* betont, dass es sich bei der vorliegenden Maßnahme nicht um eine rechtswidrige staatliche Beihilfe handle. Die Hafenabgabe sei aus sozio-ökonomischen Gründen notwendig und im öffentlichen Interesse gelegen [84]. Sie weist auf das geringe Verkehrsaufkommen im Hafen von Portovesme hin und bringt vor, dass die Preise sich in solchen Häfen stark erhöhen würden, würde man die Kosten der Dienstleistungen der AMM nach rein marktwirtschaftlichen Kriterien berechnen. Gemäß dem Urteil in der Rechtssache Preussen Elektra [85] könnten zudem die Kosten für einen öffentlichen Dienst auf einen größeren Kreis von Unternehmen verteilt werden, um diesen Dienst aufrechterhalten zu können.

118. Im Übrigen wäre die Maßnahme auch als Beihilfe zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige und Wirtschaftsgebiete nach Artikel 87 Absatz 3 Buchstabe c EG zu rechtfertigen.

119. Das nationale Gericht sei daher nicht befugt, nach Artikel 88 Absatz 3 EG einzuschreiten.

83 — Urteil vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379/98 (zitiert in Fußnote 14).

84 — Zu diesem Vorbringen, siehe auch oben, Nr. 28.

85 — Zitiert in Fußnote 14.

120. *Enirisorse* und die *Kommission* schließen eine Rechtfertigung der in Rede stehenden Regelung gemäß Artikel 86 Absatz 2 EG aus. Die Kommission sieht im Vorlagebeschluss kein Sachverhaltselement, das die Notwendigkeit von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse belegen würde. Daher sei auch das Urteil Ferring [86] auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Enirisorse bringt außerdem vor, dass der Umstand, dass die AMM nicht in jedem italienischen Hafen eingerichtet seien, belegen würde, dass ihre Tätigkeit nicht notwendig wäre. Nach ihrer und der Ansicht der Kommission wäre die Regelung jedenfalls rechtswidrig, weil sie der Kommission nicht mitgeteilt wurde.

B — *Rechtliche Würdigung*

1. Zur Zulässigkeit der dritten Vorlagefrage

121. Das vorlegende Gericht selbst wirft die Frage nach der Zulässigkeit auch der dritten Vorlagefrage auf: Der Gegenstand des Ausgangsrechtstreits betreffe die Verpflichtung zur Zahlung der Abgabe und die Rechtmäßigkeit der *Erhebung* der Abgabe, während die dritte Vorlagefrage ausdrücklich die *Zuweisung* eines Teils des Abgabeaufkommens an ein öffentliches Unternehmen betreffe.

86 — Urteil vom 22. November 2001 in der Rechtssache C-53/00 (Ferring, Slg. 2001, I-9067).

122. Die Frage, ob die Mittelzuweisung als staatliche Beihilfe zu qualifizieren ist, könnte daher für die im Ausgangsrechtsstreit gestellte Frage der Rechtmäßigkeit der Abgabenerhebung unerheblich sein. Gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes können sich „[d]ie Schuldner einer Zwangsabgabe ... nicht darauf berufen, dass die Befreiung anderer Personen eine staatliche Beihilfe darstelle, um sich der Zahlung dieser Abgabe zu entziehen“ [87]. Der Gerichtshof hat daher die Frage, ob eine Abgabenbefreiung eine staatliche Beihilfe darstellt, als offensichtlich unerheblich für Verfahren beurteilt, die eine Verpflichtung zur Abgabenzahlung zum Gegenstand hatten. Diese Rechtsprechung könnte nun dahin gehend verstanden werden, dass die Qualifizierung einer Maßnahme als staatliche Beihilfe zwar zur Rückforderung der geleisteten Beträge führen muss, jedoch nicht zur Abgabenbefreiung.

123. Im vorliegenden Fall ist aber die Verpflichtung zur Zahlung einer Abgabe Gegenstand des Ausgangsverfahrens. In der mündlichen Verhandlung hat Enirisorse auch noch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie mit ihrem beihilferechtlichen Vorbringen die Zahlung der Hafenabgabe vermeiden möchte.

124. Die Zulässigkeit der dritten Vorlagefrage in Verbindung mit der fünften Vorlagefrage ist meines Erachtens trotzdem aus mehreren Gründen zu bejahen:

87 — Urteil vom 20. September 2001 in der Rechtssache C-390/98 (Banks & Co., Slg. 2001, I-6117, Randnr. 80) mit Verweis auf die Urteile vom 9. März 2000 in der Rechtssache C-437/97 (EKW u. a., Slg. 2000, I-1157, Randnrn. 51 bis 54) und vom 13. Juli 2000 in der Rechtssache C-36/99 (Idéal tourisme, Slg. 2000, I-6049, Randnrn. 26 bis 29).

125. Zunächst sei auf die bereits zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofes hingewiesen, wonach es grundsätzlich dem nationalen Gericht zukommt, die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zu beurteilen [88].

126. Ferner ist anzumerken, dass eine vergleichbare Argumentation bereits in den Rechtssachen Ferring [89] und GEMO [90] von der französischen Regierung vorgebracht worden ist. In Ferring wurde diese Argumentation von Generalanwalt Tizzano [91] widerlegt; der Gerichtshof ging in seinem Urteil nicht mehr darauf ein. In GEMO schloss sich Generalanwalt Jacobs der Argumentation von Generalanwalt Tizzano an [92].

127. In der vorliegenden Rechtssache erschien es zudem dem Vorlagegericht gerade aufgrund der Frage, ob bei der Einstufung als staatliche Beihilfe die Erhebung der Abgabe von der Zuweisung eines Teils ihres Aufkommens, also ihrer Verwendung, getrennt werden kann, angebracht, den Gerichtshof anzurufen. Die dritte Vorlagefrage erscheint in diesem Zusammenhang als Vorfrage der fünften Vorlagefrage. Es erscheint daher erforderlich, inhaltlich auf die dritte Vorlagefrage einzugehen und sei es nur, um zu klären, ob es dem Gemeinschaftsrecht zukommt, die Frage zu beantworten, ob sich die — aus Artikel 88 Absatz 3 EG — allenfalls ergebende Ungültigkeit der in Rede stehenden Mittelzuweisung auch auf den Vorgang der Erhebung erstreckt [93].

128. Die dritte Vorlagefrage ist demnach zulässig.

2. Zur dritten und fünften Vorlagefrage

129. Mit dem ersten Teil der dritten Vorlagefrage möchte die Corte Suprema di Cassazione im Wesentlichen wissen, ob die teilweise Zuweisung der Hafenabgabe an die AMM eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG darstellt.

a) Zu den Tatbestandsmerkmalen des Beihilfebegriffes

130. Eine Maßnahme fällt unter das Verbot des Artikels 87 Absatz 1 EG, wenn

88 — Siehe oben, Nrn. 28 ff. und die in Fußnote 14 zitierte Rechtsprechung.

89 — Urteil zitiert in Fußnote 86.

90 — Rechtssache C-126/01, Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs vom 30. April 2002, Urteil vom 20. November 2003, Slg. 2003, I-13769, I-13772.

91 — Nrn. 20 bis 24 der Schlussanträge (Urteil zitiert in Fußnote 86).

92 — Siehe insbesondere die Nrn. 35 bis 48 der in Fußnote 90 zitierten Schlussanträge.

93 — Siehe hiezu unten, Nrn. 177 ff.

— sie bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen einen einseitigen Vorteil verschafft,

— der Vorteil unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt wird,

— der Vorteil den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und

— die Maßnahme geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

131. Im vorliegenden Fall ist offenbar unstrittig, dass die AMM *Unternehmen* im Sinne des Wettbewerbsrechts sind [94].

132. Die Zuweisung eines Teils des Aufkommens aus der Hafenabgabe kommt auch nicht allen Hafenunternehmen in Italien zugute, sondern wird nur den in sechs italienischen Häfen eingerichteten AMM gewährt, sodass die Maßnahme auch durch eine gewisse *Selektivität* [95] gekennzeichnet ist.

133. Diese Zuweisung stellt auch einen *Transfer staatlicher Mittel* dar, da sie unmittelbar aus dem Aufkommen der durch die staatliche Finanzverwaltung eingehobenen Hafenabgabe gewährt wird. Es handelt sich demgemäß um eine positive Leistung des Staates, wodurch der vorliegende Fall sich auch von der Rechtssache Preussen Elektra [96] unterscheidet.

134. Zur Frage der *Wettbewerbsverfälschung* und der *Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels* ist festzuhalten, dass, wenn „ein von einem Mitgliedstaat gewährter Vorteil die Stellung einer Gruppe von Unternehmen gegenüber anderen, mit ihnen im innergemeinschaftlichen Handel im Wettbewerb stehenden Unternehmen [verstärkt], ... dieser Handel als von diesem Vorteil beeinflusst betrachtet werden [muss]“ [97].

135. Im vorliegenden Fall dürfte die in Rede stehende Maßnahme wohl den internationalen Warenverkehr betreffen, insoferne als sie im Zusammenhang mit Hafendiensten steht. Es ist daher anzunehmen, dass in den betreffenden Häfen Waren aus anderen Mitgliedstaaten umgeschlagen werden, so dass eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels vorbehaltlich einer abschließenden Prüfung durch das nationale Gericht nahe liegend erscheint.

94 — Siehe dazu bereits oben, Nrn. 35 f.

95 — Zur Voraussetzung der Selektivität, siehe insbesondere das Urteil vom 8. November 2001 in der Rechtssache C 143/99 (Adria-Wien Pipeline u. a., Slg. 2001, I-8365, Randnrn. 34 f.).

96 — Urteil zitiert in Fußnote 14.

97 — Urteil Ferring (zitiert in Fußnote 86), Randnr. 21, mit Verweis auf das Urteil vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79 (Philip Morris, Slg. 1980, 2671, Randnr. 11).

136. Weiters ist anzunehmen, dass die AMM im Bereich des Ladungsumschlags mit Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, insbesondere mit solchen, die im Wege der Selbstabfertigung tätig sind, im Wettbewerb stehen, so dass die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung ebenfalls nahe liegend ist.

137. Fraglich ist schließlich vor allem, ob die in Rede stehende Maßnahme eine *begünstigende Wirkung* hat. Die italienische Regierung bestreitet dies, in dem sie auf den diesbezüglichen Ausgleich für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verweist.

b) Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Stand der Diskussion

138. Die Behandlung von staatlichen Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofes [98] sorgt für Diskussionen im Schrifttum [99], aber auch unter den Generalanwälten [100], zumal diese Dienste im Mittelpunkt des politischen Interesses stehen [101].

139. Angesichts meiner bereits geäußerten Bedenken [102] zur Möglichkeit einer Rechtfertigung der in Rede stehenden Regelung nach Artikel 86 Absatz 2 EG gehe ich hier nur ergänzend auf diese Diskussion ein, für den Fall nämlich, dass der Gerichtshof es für angebracht hielte, die nationale Maßnahme zuerst im Lichte des Beihilferechts zu prüfen.

i) Das Ferring-Urteil [103] im Lichte der früheren Rechtsprechung und der Praxis der Kommission

140. In der Rechtssache Ferring ging es im Wesentlichen um die Frage, ob eine Abgabenbefreiung in den Anwendungsbereich des Beihilferechts fällt, wenn sie besondere Lasten aus der Betrauung mit Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ausgleichen soll.

98 — Siehe insbesondere das Urteil Ferring (zitiert in Fußnote 86), aber auch das Urteil Adria-Wien Pipeline (zitiert in Fußnote 95).

99 — Siehe insbesondere Nettesheim, *Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, EWS 2002, 253; *Gundel*, Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Artikel 86 Absatz 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht, RIW 2002, 222; *Ruge*, EuZW, 2002, 50.

100 — Vgl. die Schlussanträge von Generalanwalt Léger in der Rechtssache C-280/00 (Altmark Trans, Slg. 2002, I-7747, I-7751) und von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache C-126/01 (GEMO, zitiert in Fußnote 90).

101 — Siehe die durch Generalanwalt Jacobs in Fußnote 50 der Schlussanträge zur Rechtssache C-126/01 zitierten Dokumente. Siehe auch seitdem die Mitteilung der Kommission über eine Methodik der horizontalen Bewertung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse [KOM (2002) 331 endg.] und die Sondierungsstellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialauschusses vom 17. Juli 2002 über Leistungen der Daseinsvorsorge, Nr. 860-2002. In diesem Zusammenhang ist auch auf Artikel 36 der Grundrechtscharta hinzuweisen: „Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern."

102 — Siehe oben, Nrn. 92 ff.

103 — Zitiert in Fußnote 86.

141. Ausgangspunkt der Überlegungen des Gerichtshofes war die Feststellung, dass „von der unterschiedlichen Behandlung der betroffenen Unternehmen nicht automatisch auf das Bestehen eines Vorteils im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages [jetzt Artikel 87 Absatz 1 EG] geschlossen werden [kann]“ [104]. Daraus folge, dass es an einem entsprechenden Vorteil fehlt, „wenn die unterschiedliche Behandlung aus Gründen gerechtfertigt ist, die systemimmanent sind“ [105].

142. Der Umstand, dass gewisse Unternehmen von der dort in Rede stehenden Abgabe befreit sind, kann nach Dafürhalten des Gerichtshofes als Gegenleistung für die in Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten erbrachten Leistungen angesehen werden und insoweit keine staatliche Beihilfe darstellen, als die zusätzlichen Kosten der Unternehmen für diese gemeinwirtschaftlichen Leistungen dadurch abgedeckt werden [106].

143. Der staatliche Ausgleich von Lasten aus der Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Pflichten soll also dann nicht unter den Beihilfetatbestand fallen, wenn dieser Ausgleich die tatsächlich entstandenen Kosten nicht übersteigt, weil es insoweit an einem wirtschaftlichen Vorteil fehlt.

144. Diese Behandlung von Ausgleichszahlungen auf der Ebene des Beihilfetatbestands ist deswegen beachtenswert, weil der Gerichtshof sich damit von seiner eigenen Rechtsprechung [107] und von der Praxis der Kommission [108] ohne Auseinandersetzung mit den Folgen dieser Änderung entfernte.

145. Der vom Gerichtshof in Ferring gewählte Ansatz unterscheidet sich allerdings nicht maßgeblich von seiner Haltung in der Rechtssache ADBHU [109]. Dort hatte er nämlich die Ansicht vertreten, dass der in der Richtlinie 75/439/EWG des Rates [110] vorgesehene Zuschuss, der nach dem Grundsatz finanziert wurde, dass der Verursacher die Kosten zu tragen hat — und zwar gegebenenfalls durch eine Abgabe, die auf Erzeugnisse, durch deren Verwendung Altöle entstehen, oder auf Altöl erhoben wurde, und die nicht die jährlichen tatsächlichen Kosten überstieg — nicht als Beihilfe sondern als Gegenleistung für die von den Abhol- oder Beseitigungsunternehmen erbrachten Leistungen einzustufen sei.

104 — Ebenda, Randnr. 17.

105 — Vgl. die ähnliche Formulierung im Urteil Adria-Wien Pipeline (zitiert in Fußnote 95), Randnr. 42: „Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist [die] Voraussetzung der Selektivität bei einer Maßnahme nicht gegeben, die zwar einen Vorteil für den Begünstigten darstellt, aber durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke des Systems, zu dem sie gehört, gerechtfertigt ist.“

106 — Ebenda, Randnr. 27.

107 — Siehe die in den Fußnoten 112 und 113 zitierte Rechtsprechung. Zum Stand der Rechtsprechung vor Ferring: Koenig/Kühling/Ritter, *EG-Beihilfenrecht*, S. 33.

108 — Siehe zu dieser Entscheidungspraxis, Chérot J.-Y., *Financement des obligations de service public et aides d'État*, Europe 2000, S. 4. Als Beispiel für die Berücksichtigung des Rechtfertigungsmodelles durch die Kommission kann die Entscheidung 1999/133/EG vom 10. Juni 1998 in der Sache CELF (ABl. L 44, S. 37) dienen: Die Kommission prüfte den dort in Rede stehenden Ausgleich im Rahmen eines französischen Systems zur Förderung der Buchausfuhr anhand des Artikels 87 Absatz 1 EG und des Artikels 87 Absatz 3 Buchstabe d. Da sie letztere Bestimmung für anwendbar hielt, unterblieb eine Prüfung des Artikels 86 Absatz 2 EG.

109 — Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 240/83 (Slg. 1985, 531, Randnr. 18).

110 — ... über die Altölbeseitigung (ABl. L 194, S. 23).

146. Diese Position wurde in einem Urteil des Gerichts erster Instanz [111] verworfen, insbesondere unter Hinweis darauf, dass der Beihilfebegriff objektiv — d. h. ohne Rücksicht auf die Ziele der Mittelzuweisung — verstanden werden müsse, so dass die Frage, ob der gewährte Vorteil dem Ausgleich einer Last diene, der Rechtfertigungsproblematik zuzuordnen sei. Das Urteil wurde durch den Gerichtshof — allerdings ohne Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine Beihilfe bereits begrifflich nicht vorlag — durch Beschluss [112] bestätigt.

147. Im Urteil Banco Exterior de España [113] wiederum stellte der Gerichtshof bezüglich einer in Spanien den öffentlichen Banken gewährten Abgabenbefreiung fest, dass sie als Beihilfe einzustufen sei, wobei eine Anwendung des Artikels 86 Absatz 2 EG so lange nicht in Betracht komme, als die Kommission nicht die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt habe.

ii) Die Kritik am Ferring-Urteil

148. In seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Altmark Trans [114] setzte sich Generalanwalt Léger für eine Abkehr des Tatbestandsmodelles, wie sie dem Urteil Ferring zugrunde gelegt worden ist, ein.

149. Generalanwalt Léger argumentiert im Wesentlichen mit drei Aspekten:

— der Eigenschaft des Beihilfebegriffs als objektiver Begriff;

— einer potenziellen Aushöhlung des Artikels 86 Absatz 2 EG durch die Tatbestandslösung, weil diese Bestimmung keine Anwendung mehr auf Fälle finden könne, wo der gewährte Ausgleich die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht überschreitet (in sonstigen Fällen könne diese Bestimmung ebenfalls keine Rolle spielen, da eine Überkompensation, die zur Annahme einer Beihilfe in solchen Fällen führte, nicht erforderlich im Sinne dieser Bestimmung sein könne);

— der mit dem Tatbestandsmodell einhergehenden Verringerung der Rolle der Kommission bei der Prüfung von Maßnahmen zur Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen.

111 — Vom 27. Februar 1997 in der Rechtssache T-106/95 (FFSA u. a./Kommission, Slg. 1997, II-229). Die Haltung des Gerichts erster Instanz wurde in seinem Urteil vom 10. Mai 2000 in der Rechtssache T-46/97 (SIC, Slg. 2000, II-2125) bestätigt.

112 — Vom 25. März 1998 in der Rechtssache C-174/97 P (FFSA u. a./Kommission, Slg. 1998, I-1303).

113 — Urteil vom 15. März 1994 in der Rechtssache C-387/92 (Banco Exterior de España, Slg. 1994, I-877). Siehe auch explizit das Urteil vom 22. Juni 2000 in der Rechtssache C-332/98 (CELF, Slg. 2000, I-4833, Randnrn. 31 ff.).

114 — Siehe Fußnote 100.

150. In seinen Schlussanträgen zur Rechtssache GEMO [115] setzt sich Generalanwalt Jacobs schließlich sowohl mit dem Urteil Ferring als auch mit den von Generalanwalt Léger vorgebrachten Argumenten auseinander.

151. Er kommt zu dem Schluss, dass weder das Tatbestandsmodell noch das Rechtfertigungsmodell jeweils in allen Fällen eine ideale Lösung bieten [116].

152. Generalanwalt Jacobs setzt sich zusammengefasst für eine Unterscheidung i) nach der Art des Zusammenhangs zwischen der gewährten Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen und ii) nach dem Grad der Klarheit bezüglich der Definition dieser Verpflichtungen [117] ein. Er spricht sich daher für die Anwendung des Tatbestandsmodells auf jene Fälle aus, „in denen die Finanzierungsmaßnahmen eindeutig eine Gegenleistung für klar definierte Gemeinwohlverpflichtungen darstellen sollen“ [118]. Sonstige Fälle sollten seiner Ansicht nach weiterhin der beihilferechtlichen Kontrolle der Kommission unterliegen.

iii) Stellungnahme und Schlussfolgerung für den Ausgangsfall

153. Geht man davon aus, dass die Beurteilung, ob eine staatliche Maßnahme eine Beihilfe darstellt, eine Prüfung voraussetzt, „ob das begünstigte Unternehmen eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte“ [119], so ist also zu untersuchen, ob das begünstigte Unternehmen eine Leistung erbracht hat, die üblicherweise nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist und, ob die gewährte Vergütung in angemessener Relation zu dieser Leistung steht.

154. Eine Tatbestandslösung wie im Urteil Ferring kommt damit nur dann in Betracht, wenn Leistung und Gegenleistung eindeutig zu identifizieren sind. Im Hinblick auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist indes zu bemerken, dass ein Beurteilungsmaßstab für die Angemessenheit des Ausgleichs insoferne schwer zu finden ist, als Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse regelmäßig ihren Platz dort finden, „wo durch die Kräfte des Marktes keine zufrieden stellende Bereitstellung von Leistungen erwartet werden kann“ [120].

155. Eine Tatbestandslösung hat jedenfalls dann auszuscheiden, wenn die Gemeinwohlverpflichtungen nicht eindeutig definiert sind. In solchen Fällen sind nämlich die sich allfällig daraus ergebenden Lasten, d. h. die Kosten, nicht entsprechend genau zu ermitteln. In solchen Konstellationen ist das Vorliegen eines — entsprechend dem Vorschlag von Generalanwalt Jacobs — unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhangs mit den eingegangenen Verpflichtungen ausgeschlossen.

115 — Zitiert in Fußnote 90.
116 — Ebenda, Nr. 117.
117 — Ebenda, Nr. 117.
118 — Ebenda, Nr. 119.
119 — So insbesondere das Urteil vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94 (SFEI u. a., Slg. 1996, I-3547, Randnr. 60).
120 — Siehe etwa die Mitteilung der Kommission vom 20. September 2000, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg., S. 3.

156. Im Hinblick auf den Ausgangsfall habe ich bereits dargelegt, dass die allfälligen Gemeinwohlverpflichtungen der AMM meiner Ansicht nach nicht hinreichend klar definiert sind [121]. Schon aus diesem Grunde halte ich es daher für ausgeschlossen, das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils bereits auf der Tatbestandsebene auszuschließen. Hinzu kommt, dass die sich allfällig aus den Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ergebenden Lasten offenkundig durch eine Vielzahl von Finanzierungsquellen — ohne eindeutige Zuweisung — abgedeckt werden [122].

157. Es ist nicht zu bestreiten, dass Kriterien wie die Unmittelbarkeit oder die Offensichtlichkeit eines Zusammenhangs zwischen den auferlegten Lasten und ihrem Ausgleich ausfüllungsbedürftig bleiben. Angesichts des von der Kommission in jüngster Zeit betonten „evolutionären Charakters" der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse [123] liefern sie aber einen flexiblen Beurteilungsmaßstab. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass das Erfordernis eines unmittelbaren oder offensichtlichen Zusammenhangs zwischen den auferlegten Lasten und ihrem Ausgleich eine Betrauung mit Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auch außerhalb des Vergabeverfahrens nicht prinzipiell ausschließt. Dies ist zu begrüßen, da eine allgemeine Ausschreibungspflicht dem Gemeinschaftsrecht fremd ist und nicht auszuschließen ist, dass andere Arten der Betrauung — etwa aufgrund von de facto bestehenden Verhandlungsmöglichkeiten — eine angemessene Vergütung der Leistungen an den Staat gewährleisten.

158. Zum Argument, dass die Tatbestandslösung nicht mit der Objektivität des Beihilfebegriffs zu vereinbaren sei, vermeine ich, dass, wenn man bereits beim Tatbestandsmerkmal der Vorteilsgewährung prüft, ob die staatliche Zuweisung nur einen Nachteil ausgleicht oder darüber hinausgeht, man lediglich an die Wirkungen der Mittelzuweisung anknüpft. Die Ziele der Mittelzuweisung werden nur geprüft, soweit dies für die Feststellung der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erforderlich ist. [124]

159. Ein allfälliger Bedeutungsverlust des Artikels 86 Absatz 2 EG dürfte meiner Ansicht nach zu keiner anderen Beurteilung führen. Selbst wenn dies im Hinblick auf Artikel 87 Absatz 1 EG zutreffen sollte, bleibt die Bedeutung des Artikels 86 Absatz 2 EG bei der Anwendung der sonstigen Wettbewerbsbestimmungen und im Bereich der Grundfreiheiten unberührt. Zu bedauern wäre allenfalls eine fehlende Parallelität zwischen dem Beihilfe- und dem sonstigen Wettbewerbsrecht im Hinblick auf die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG. Dieser Gesichtspunkt sollte aber nicht entscheidend sein. In anderer Hinsicht fehlt es nämlich bereits an einer solchen Parallelität: So sind im Rahmen des Artikels 86 Absatz 2 EG die Anforderungen an die Erforderlichkeit einer wettbewerbs-

121 — Siehe oben, Nr. 106 mit Verweis auf Nr. 101.

122 — Siehe oben, Nr. 108.

123 — Siehe die in Fußnote 101 zitierte Mitteilung unter 3.1 Buchstabe a.

124 — In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bedenken, dass die Kontrolle des Gerichtshofes nur eingeschränkt ist, da den Mitgliedstaaten bei der Erteilung von Dienstleistungsaufträgen ein erheblicher Beurteilungsspielraum eröffnet ist.

beeinträchtigenden Maßnahme geringer als die Anforderungen an die Erforderlichkeit eines Lastenausgleichs im Rahmen der beihilferechtlichen Prüfung [125].

160. Schließlich ist auf die Rolle der Kommission einzugehen. Die Kontrollbefugnis der Kommission — welche im Hinblick auf die Legitimität des Dienstleistungsauftrags ohnehin eingeschränkt ist — löst die Folgen des Artikels 88 Absatz 3 EG aus, insbesondere die Ausführungssperre. Doch gerade diese Sperre erscheint wenig sachgerecht im Hinblick auf Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Die Zweifel am Rechtfertigungsmodell sind auch gerade im Hinblick darauf entstanden [126]. Sollte eine Ausgleichszahlung tatsächlich eine Überkompensation bewirken, steht es der Kommission jedenfalls frei, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den betreffenden Mitgliedstaat einzuleiten.

161. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Zuweisung eines wesentlichen Teiles des Aufkommens einer Hafenabgabe an ein öffentliches Unternehmen eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 87 EG darstellt, wenn diese Mittelzuweisung in keinem offenkundigen und unmittelbaren Zusammenhang mit Lasten im Zusammenhang mit der Erbringung von eindeutig identifizierbaren Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse steht.

125 — Siehe insbesondere das Urteil zu den Monopolen bei Strom und Gas (zitiert in Fußnote 62), Randnr. 59: Die Erforderlichkeit sei zu bejahen, wenn die Anwendung der Vertragsbestimmungen die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen sachlich oder rechtlich gefährden würde. Es ist nicht erforderlich, dass das Überleben des Unternehmens bedroht ist.

126 — Siehe die Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano in der Rechtssache Ferring (Urteil zitiert in Fußnote 86), Nrn. 77 ff.

c) Zur Aufgabe der nationalen Gerichte nach Artikel 88 Absatz 3 EG

162. Mit dem zweiten Teil der dritten Vorlagefrage möchte das Vorlagegericht im Wesentlichen wissen, ob im Falle des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe, die der Kommission nicht notifiziert wurde, ein Einschreiten der nationalen Gerichte nach Artikel 88 Absatz 3 EG möglich bzw. geboten ist.

163. Das Tätigwerden der nationalen Gerichte im System der Kontrolle von staatlichen Beihilfen beruht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes „auf der unmittelbaren Wirkung, die dem in Artikel 93 Absatz 3 Satz 3 EG-Vertrag [jetzt Artikel 88 Absatz 3 Satz 3 EG] ausgesprochenen Verbot, beabsichtigte Beihilfemaßnahmen durchzuführen, zukommt ... Die nationalen Gerichte *müssen* zugunsten der Einzelnen entsprechend ihrem nationalen Recht aus einer Verletzung dieser Bestimmung sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Rückforderung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen ziehen“ [127] (unsere Hervorhebung).

127 — Urteil Adria-Wien Pipeline (zitiert in Fußnote 95), Randnrn. 26 f., mit Verweis auf das Urteil vom 21. November 1991 in der Rechtssache C-354/90 (Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires FNCE u. a., Slg. 1991, I-5505, Randnr. 12).

164. Diese Verpflichtung der nationalen Gerichte besteht so weit, als gegen das in Artikel 88 Absatz 3 Satz 3 EG enthaltene Verbot verstoßen wurde.

165. Soweit also die nationale Regelung eine Beihilfemaßnahme enthält, die der Kommission nicht mitgeteilt worden ist, ist auf die Frage der Corte Suprema di Cassazione zu antworten, dass das Einschreiten der nationalen Gerichte geboten ist.

d) Zur fünften Vorlagefrage, soweit sie sich auf staatliche Beihilfen bezieht

166. Mit der fünften Vorlagefrage, soweit sie sich auf staatliche Beihilfen bezieht, möchte das Vorlagegericht im Wesentlichen wissen, ob sich die Einstufung als staatliche Beihilfe auf die Abgabe als Ganzes oder nur auf den der AMM zugewiesenen Teil auswirkt.

167. Abgaben mit Zweckwidmung werden durch den Gerichtshof als „parafiskalische Abgaben" bezeichnet. Bei solchen Abgaben, die sich dadurch kennzeichnen, dass sie schon zum Zeitpunkt der Erhebung dazu bestimmt sind, zur Finanzierung einer bestimmten Mittelzuweisung zu dienen, ist im Rahmen der beihilferechtlichen Prüfung zwischen zwei Vorgängen zu unterscheiden: Der Aufbringung der staatlichen Mittel durch Erhebung der Abgabe und der Verwendung dieser Mittel durch Zuweisung des Aufkommens an einen Begünstigten. Aufgrund der Zweckwidmung besteht ein gewisser Zusammenhang zwischen Erhebung und Zuweisung [128].

168. Dass aber eine Unterscheidung zwischen Abgabenerhebung und Verwendung des Aufkommens möglich ist, zeigt sich deutlich bei der in Rede stehenden nationalen Regelung: Seit 1963 bestand eine allgemeine Regelung über die Erhebung einer Hafenabgabe, welche erst 1973 durch die Einfügung einer Zweckwidmung eines erheblichen Teiles der Abgabe ergänzt wurde.

169. Im Urteil FNCE [129] behandelte der Gerichtshof die Einführung einer parafiskalischen Abgabe ohne Differenzierung zwischen Erhebung und Verwendung. Im Gegensatz dazu differenzierte der Gerichtshof im Urteil Compagnie commer-

128 — So hat der Gerichtshof im Urteil vom 25. Juni 1970 in der Rechtssache 47/69 (Frankreich/Kommission, Slg. 1970, 487, Randnrn. 16 f.) bei Abgaben, mit welchen eine Beihilfe finanziert werden sollte, „sowohl in deren Finanzierungsweise als in der engen Verbindung ..., die den Umfang der Beihilfe vom Ertrag der Abgabe abhängig macht" einen Umstand gesehen, der bei der Beurteilung der Wirkung der Beihilfe zu berücksichtigen ist.

129 — Zitiert in Fußnote 127.

ciale de l'Ouest zwischen Abgabe an sich und ihrer Verwendung, da „eine solche parafiskalische Abgabe ... je nach der Verwendung ihres Aufkommens eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe darstellen" [130] kann.

170. Diese Unterscheidung wurde in einer Reihe von Urteilen zu parafiskalischen Abgaben bestätigt und auch mit begrifflichen Abweichungen angewandt, wobei der Gerichtshof teils die Verwendung des Abgabenaufkommens [131], teils die Erhebung der Abgabe [132] als staatliche Beihilfe einstufte.

171. Die Rechtsprechung zeigt nicht eindeutig, ob nur die Verwendung der Abgabe oder auch die Erhebung der Abgabe selbst als Beihilfe einzustufen ist. Generalanwalt Tesauro hat diese Frage in den Rechtssachen Lornoy, Demoor u. a. und Claeys ausführlich behandelt und dort auch die Erhebung der Abgabe als Beihilfe eingestuft, mit der Folgerung, dass die Abgabepflichtigen vor den nationalen Gerichten der Erhebung der Abgabe entgegentreten oder ihre Erstattung fordern können, wenn die Voraussetzungen des Artikels 88 Absatz 3 Satz 3 EG vorliegen. Dennoch hat er auch eine engere Auslegung erwogen, nach welcher die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Beihilfe allein zur Folge hat, dass die Beihilfe nicht gewährt werden darf, sich aber nicht auf die Rechtmäßigkeit der Abgabenerhebung auswirkt [133].

172. Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs ergibt sich hier aus der Verwendung des Abgabenaufkommens im Wege der Mittelzuweisung. Nur die Mittelzuweisung kann so begrifflich die Beihilfe darstellen. Daher ist zur fünften Vorlagefrage, soweit sie sich auf staatliche Beihilfen bezieht, zu antworten, dass die Einstufung als staatliche Beihilfe sich nur auf den der AMM zugewiesenen Teil bezieht.

173. Inwieweit der Verstoß gegen Artikel 88 Absatz 3 EG sich auf die Rechtmäßigkeit der Abgabenerhebung

130 — Urteil vom 11. März 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-78/90 bis C-83/90 (Compagnie commerciale de l'Ouest u. a., Slg. 1992, I-1847, Randnr. 32).

131 — Urteil vom 11. Juni 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-149/91 und C-150/91 (Sanders, Slg. 1992, I-3899, Randnr. 24): „Die streitige Abgabe fällt zwar unter gewissen Gesichtspunkten entweder unter Artikel 12 oder unter Artikel 95 EWG-Vertrag, doch können die Verwendung ihres Aufkommens oder die Mechanismen ihrer Erstattung eine möglicherweise mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe darstellen" und „Die Erstattung einer parafiskalischen Abgabe wie der hier vorliegenden oder die Verwendung ihres Aufkommens kann eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe darstellen";
Urteil vom 2. August 1993 in der Rechtssache C-266/91 (Celbi, Slg. 1993, I-4337): „Die Verwendung des Aufkommens aus einer parafiskalischen Abgabe wie der des Ausgangsverfahrens kann eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe darstellen";
Urteil vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-17/91 (Lornoy u. a., Slg. 1992, I-6523, Randnr. 28): „Die streitige parafiskalische Abgabe kann zwar entweder nach den Artikeln 12 und 13 oder nach Artikel 95 des Vertrages verboten sein, doch kann die Verwendung des Aufkommens aus der Abgabe eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe darstellen" und „Eine solche parafiskalische Abgabe kann entsprechend der Verwendung ihres Aufkommens eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe darstellen".

132 — Urteil vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-72/92 (Scharbatke, Slg. 1993, I-5509): „Die Erhebung einer solchen parafiskalischen Abgabe kann je nach der Verwendung ihres Aufkommens eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe darstellen."

133 — Verbundene Schlussanträge vom 25. Juni 1992 in der Rechtssache C-17/91 (Urteil zitiert in Fußnote 131), Urteile vom 16. Dezember 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-144/91 und C-145/91 (Demoor u. a., Slg. 1992, I-6613) und vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-114/91 (Claeys, Slg. 1992, I-6559).

auswirkt, ist eine davon zu trennende Frage. Dem Urteilstenor in der Rechtssache FNCE [134] ist zu entnehmen, dass Artikel 88 Absatz 3 Satz 3 EG „den Behörden der Mitgliedstaaten eine Verpflichtung auferlegt, deren Verletzung die Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung von Beihilfemaßnahmen beeinträchtigt". In den Urteilsgründen hat der Gerichtshof hiezu festgestellt, dass „[d]ie nationalen Gerichte... daraus zugunsten der Einzelnen, die sich auf eine solche Verletzung berufen können, entsprechend ihrem nationalen Recht sämtliche Folgerungen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Rechtsakte zur Durchführung der Beihilfemaßnahmen als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen ziehen [müssen]" [135].

174. Daraus ergibt sich meines Erachtens, dass die Frage, welche innerstaatliche Maßnahme durch die Ungültigkeit berührt wird, sich ausschließlich nach nationalem Recht richtet — unter dem üblichen Vorbehalt des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes. [136]

134 — Zitiert in Fußnote 127.

135 — Randnr. 12 des Urteils.

136 — In diesem Sinne auch Generalanwalt Jacobs (Schlussanträge zitiert in Fußnote 90), Nr. 44: „Nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie ist es meines Erachtens sodann Sache der nationalen Rechtsordnung, genau zu prüfen, welche innerstaatlichen Maßnahmen durch diese Ungültigkeit berührt werden und welche Folgen diese Ungültigkeit z. B. für die Erstattung der auf der Grundlage der betreffenden Maßnahmen erhobenen Abgaben hat. Diese Verfahrensautonomie wird nur durch den Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz begrenzt."

VI — Zur vierten Vorlagefrage: Die Zuweisung im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit, als Abgabe zollgleicher Wirkung oder als diskriminierende inländische Abgabe (Artikel 28, 25 und 90 EG)

A — *Vorbringen der Beteiligten*

175. *Enirisorse* macht geltend, dass die vorliegende Regelung gegen Artikel 28 EG, 25 EG und 90 EG verstoße. Dies würde sich auf die gesamte Abgabenregelung auswirken.

176. Die *Kommission* schließt vorliegend die Anwendung von Artikel 28 EG aus, da es sich um eine Maßnahme steuerlicher Art handle. Sie sieht darin auch keine Abgabe zollgleicher Wirkung im Sinne von Artikel 25 EG. Die Maßnahme wäre als inländische Abgabe nach Artikel 90 EG zu prüfen. Sie betreffe unterschiedslos inländische und eingeführte Waren, sodass ausgeschlossen werden könne, dass es sich um eine diskriminierende inländische Abgabe handle.

177. Die *italienische Regierung* sieht in der in Rede stehenden Regelung keinen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit, keine Abgabe zollgleicher Wirkung und auch keine gegen Artikel 90 EG verstoßende inländische Abgabe.

B — *Würdigung*

178. Mit der vierten Vorlagefrage möchte das Vorlagegericht im Wesentlichen wissen, ob die in Rede stehende Regelung mit den Vorschriften des Vertrages über die Warenverkehrsfreiheit, dem Verbot von Abgaben zollgleicher Wirkung und dem Gleichbehandlungsgrundsatz betreffend inländische Abgaben vereinbar ist.

179. Die vierte Vorlagefrage erwähnt zwar „die von vornherein beschlossene Zuweisung eines erheblichen Teils des Aufkommens einer ... Abgabe" und nicht die Abgabenerhebung selbst. Um eine sachdienliche Antwort zu dieser Vorlagefrage geben zu können, ist sie jedoch dahin gehend zu verstehen, dass die Vereinbarkeit der Abgabenregelung mit den zitierten Vertragsbestimmungen zu prüfen ist.

1. Zur Warenverkehrsfreiheit

180. Nach ständiger Rechtsprechung „erfasst der Anwendungsbereich des Artikels 30 des Vertrages [nach Änderung jetzt Artikel 28 EG] solche Beeinträchtigungen nicht, für die sonstige spezifische Vertragsvorschriften gelten, so dass die in den Artikeln 9 bis 16 und 95 des Vertrages [nach Änderung jetzt Artikel 23 EG bis 25 EG und 90 EG] bezeichneten Beeinträchtigungen fiskalischer Art oder mit zollgleicher Wirkung nicht dem Verbot des Artikels 30 [nach Änderung jetzt Artikel 28 EG] unterliegen" [137].

181. Die in Rede stehende Regelung über die Erhebung der Hafenabgaben ist daher nach den Artikeln 25 EG und 90 EG zu beurteilen.

2. Zur Abgabe zollgleicher Wirkung

182. Zunächst ist daran zu erinnern, dass „nach ständiger Rechtsprechung ... die Vorschriften über Abgaben gleicher Wirkung und diejenigen über diskriminierende inländische Abgaben nicht kumulativ anwendbar sind, so dass ein und dieselbe Abgabe nach dem System des Vertrages nicht gleichzeitig in diese beiden Kategorien fallen kann" [138]. Ferner hat der Gerichtshof

137 — Urteil vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-17/91 (zitiert in Fußnote 131, Randnr. 14), mit Verweis auf die Urteile vom 22. März 1977 in der Rechtssache 74/76 (Iannelli, Slg. 1977, 557) und vom 11. März 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-78/90 bis C-83/90 (zitiert in Fußnote 130, Slg. 1992, I-1847).

138 — Urteil vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-90/94 (Haahr Petroleum, Slg. 1997, I-4085, Randnr. 19) mit Verweis auf das Urteil vom 2. August 1993 in der Rechtssache C-266/91 (zitiert in Fußnote 131, Randnr. 9).

festgestellt, dass „[d]as wesentliche Merkmal einer Abgabe zollgleicher Wirkung, das sie von einer inländischen Abgabe unterscheidet, ... darin [besteht], dass sie ausschließlich das eingeführte Erzeugnis als solches erfasst, während die letztere sowohl für eingeführte wie auch für einheimische Erzeugnisse gilt, da sie Erzeugnisgruppen systematisch nach objektiven Kriterien unabhängig vom Ursprung der Erzeugnisse erfasst“ [139].

183. Dem Vorlagebeschluss ist zu entnehmen, dass die in Rede stehende Abgabenregelung unterschiedslos inländische und ausländische Waren erfasst und somit nicht den Ursprung der Erzeugnisse in anderen (Mitglied)Staaten zur Voraussetzung der Abgabenpflicht macht. An dieser inhaltlichen Beurteilung ändert auch nichts, dass nach Angaben des vorlegenden Gerichts die streitige Hafenabgabe nach nationalem Recht einem „diritto doganale“ (Zoll) gleichzustellen ist. Daher handelt es sich nicht um eine Abgabe zollgleicher Wirkung.

3. Zur inländischen Abgabe

184. Nach Artikel 90 EG ist es den Mitgliedstaaten verboten, auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar höhere inländische Abgaben zu erheben, als gleichartige inländische Waren zu tragen haben, oder Abgaben, die geeignet sind, andere nationale Produktionen zu schützen. Gegen dieses Diskriminierungsverbot des Artikels 90 EG „verstößt daher eindeutig die Erhebung einer Abgabe, die bei eingeführten Waren höher ist als bei inländischen Waren, oder eines Zuschlags, um den sich die auf inländische und eingeführte Waren erhobene Abgabe erhöht“ [140].

185. Der Vorlagebeschluss enthält keinen Hinweis darauf, dass die in Rede stehende Regelung gegen dieses Diskriminierungsverbot verstößt.

186. Es ist daher auf die vierte Vorlagefrage zu antworten, dass die anlässlich des Ent- oder Verladens von Waren in Häfen erhobene staatliche Abgabe keine nach Artikel 25 EG verbotene Abgabe mit gleicher Wirkung wie ein Einfuhrzoll, keine innerstaatliche Abgabe auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten, die höher als die auf gleichartige inländische Waren erhobene Abgabe im Sinne von Artikel 90 EG ist, und kein nach Artikel 28 EG verbotenes Einfuhrhindernis darstellt.

139 — Urteil vom 19. Februar 1998 in der Rechtssache C-212/96 (Chevassus-Marche, Slg. 1998, I-743, Randnr. 20) mit Verweis auf das Urteil vom 3. Februar 1981 in der Rechtssache 90/79 (Kommission/Frankreich, Slg. 1981, 283, Randnrn. 12 bis 14).

140 — Urteil vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-90/94 (zitiert in Fußnote 138), Randnr. 27.

VII — Ergebnis

187. Daher wird dem Gerichtshof vorgeschlagen, auf die vom Corte Suprema di Cassazione vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

Die Zuweisung eines erheblichen Teils einer von Wirtschaftsteilnehmern anlässlich des Ent- oder Verladens von Waren in bestimmten Häfen an den Staat entrichteten Abgabe an ein in einem solchen Hafen auf dem Markt des Ladungsumschlags tätiges öffentliches Unternehmen

1. kann eine gegen Artikel 82 EG in Verbindung mit Artikel 86 Absatz 1 EG verstoßende Maßnahme darstellen, wenn das begünstigte Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem vom nationalen Richter festzustellenden relevanten Markt innehat, und dieser einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes ausmacht. Es obliegt dem nationalen Gericht anhand der Umstände zu prüfen, ob diese Voraussetzungen vorliegen. Sollte der nationale Richter eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung feststellen, würde sich die Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht nur auf jenen Teil des Abgabenaufkommens erstrecken, der einem solchen Unternehmen zugewiesen wird;

2. stellt eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Absatz 1 EG dar, welche bei Vorliegen der Voraussetzungen des Artikels 88 Absatz 3 EG das Einschreiten der nationalen Gerichte gebietet. Die Frage, welche innerstaatliche Maßnahme durch diese Ungültigkeit berührt wird, richtet sich nach nationalem Recht;

3. stellt keine nach Artikel 25 EG verbotene Abgabe mit gleicher Wirkung wie ein Einfuhrzoll, keine innerstaatliche Abgabe auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten, die höher als die auf gleichartige inländische Waren erhobene Abgabe im Sinne von Artikel 90 EG ist, und kein nach Artikel 28 EG verbotenes Einfuhrhindernis dar.