SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS WALTER VAN GERVEN

vom 19. September 1991 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Im vorliegenden Fall geht es um ein vom Tribunale Genua (Italien) gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Artikel 7, 30, 85, 86 und 90 EWG-Vertrag. Die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Merci convenzionali porto di Genova SpA (nachstehend: Firma Merci) und der Siderurgica Gabrielli SpA (nachstehend: Firma Siderurgica) über den Ersatz des durch die verzögerte Lieferung einer Partie Stahl entstandenen Schadens sowie über die Rückerstattung von angeblich unbillig hohen Geldbeträgen, die für im Hafen von Genua erbrachte Dienstleistungen entrichtet wurden. In diesem Rechtsstreit hat sich das vorlegende Gericht im wesentlichen mit der Frage zu befassen, ob die vom italienischen Gesetzgeber geschaffene Regelung über die Ausführung von Hafenarbeiten in den italienischen Häfen mit dem EWG-Vertrag vereinbar ist und ob die einschlägigen Bestimmungen des Vertrages unmittelbare Wirkung haben.

Rechtlicher und tatsächlicher Hintergrund

2. Artikel 110 des italienischen Codice della navigazione (nachstehend: Schiffahrtsgesetzbuch) bestimmt, daß alle in den italienischen Häfen auszuführenden Hafenarbeiten [1] den *compagnie portuali* (Gesellschaften von Hafenarbeitern; nachstehend: Hafenbetriebsgesellschaften) vorbehalten sind.

Dieses Monopol wird durch Artikel 1172 des Schiffahrtsgesetzbuchs gewährleistet, der jedem, der Hafenarbeiten von Hafenarbeitern vornehmen läßt, die keiner Hafenbetriebsgesellschaft angeschlossen sind, strafrechtliche Sanktionen androht. Nach den Artikeln 152 und 156 des italienischen *Regolamento navigazione marittima* (nachstehend: Seeschiffahrtsverordnung), die die Eintragung von Hafenbetriebsgesellschaften in das Mitgliederregister und deren Löschung in diesem Register betreffen, müssen Hafenarbeiter eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen, zu denen der Besitz der italienischen Staatsangehörigkeit gehört [2].

Gemäß Artikel 111 des Schiffahrtsgesetzbuchs ist die Organisation von Hafenarbeiten für Rechnung Dritter in den italienischen Häfen den *imprese portuali* (nachstehend: Hafenunternehmen) übertragen, bei denen es sich gewöhnlich um privatrechtli-

* Originalsprache: Niederländisch.

1 — Hierunter sind gemäß Artikel 108 des Schiffahrtsgesetzbuchs „die Be-, Ent- und Umladung sowie die Lagerung und ganz allgemein der Umschlag von Waren oder sonstigem Material im Hafen" zu verstehen.

2 — Artikel 152 Absatz 2, Artikel 156 Absatz 6. Dieses Erfordernis gilt auch für Hafenarbeiter auf Zeit, siehe Artikel 194 der Seeschiffahrtsverordnung.

che Gesellschaften handelt, die sich in vollem Umfang oder überwiegend in den Händen der Hafenbehörden befinden. Wichtig ist, daß diese Hafenunternehmen gemäß Artikel 111 letzter Absatz des Schiffahrtsgesetzbuchs bei den von ihnen für Rechnung Dritter organisierten Hafenarbeiten ausschließlich auf die oben genannten Hafenbetriebsgesellschaften und die ihnen angeschlossenen Hafenarbeiter zurückgreifen dürfen.

Nach Artikel 112 des Schiffahrtsgesetzbuchs sowie den Artikeln 202 und 203 der Seeschiffahrtsverordnung obliegt es den Hafenbehörden, Tarife und sonstige Bedingungen sowohl für die Durchführung von Hafenarbeiten durch die Hafenbetriebsgesellschaften als auch für die Organisation von durch die Hafenunternehmen für Rechnung Dritter vorzunehmenden Hafenarbeiten festzusetzen.

3. Am 2. Dezember 1988 kaufte die Firma Siderurgica, Beklagte im Ausgangsverfahren, in Hamburg eine Partie brasilianischen Stahls im Werte von ungefähr 6 Milliarden LIT und verschiffte diese Partie nach Genua. Obwohl das Schiff, auf dem der Stahl befördert wurde, entsprechend ausgerüstet war, durfte dessen Besatzung aufgrund der oben dargelegten italienischen Rechtsvorschriften die Ladung nach der Ankunft im Hafen von Genua am 22./23. Dezember 1988 nicht selbst löschen. Kraft des vorerwähnten Artikels 111 des Schiffahrtsgesetzbuchs war die Firma Siderurgica verpflichtet, auf die Firma Merci zurückzugreifen, d. h. auf das Hafenunternehmen, dem die Konzession für die Organisation von Hafenarbeiten für Rechnung Dritter im Hafen von Genua, soweit es sich um gewöhnliche Fracht handelte, erteilt worden war; gemäß dem letzten Absatz des vorerwähnten Artikels bediente sich die Firma Merci für die eigentliche Durchführung der Hafenarbeiten, nämlich das Löschen der in Rede stehenden Partie Stahl und die weitere Beförderung dieser Partie innerhalb des Hafens, der Hafenbetriebsgesellschaft des Hafens von Genua, nämlich der *Compagnia unica lavoratori merci varie del porto di Genova* (nachstehend: Compagnia) und der dieser angeschlossenen Hafenarbeiter.

Nach dem Löschen der Partie Stahl unterließ es die Firma Merci jedoch monatelang, der Firma Siderurgica den Stahl zu liefern, und hinderte diese Firma überdies daran, den Stahl selbst abzuholen.

4. Auf Antrag der Firma Siderurgica wies der Präsident des Tribunale Genua die Firma Merci am 10. April 1989 an, die in Rede stehende Partie Stahl unverzüglich zu liefern. Am 28. April 1989 legte die Firma Merci vor dem Tribunale Genua, dem vorlegenden Gericht, Rechtsmittel gegen diese Verfügung ein; in diesem Verfahren forderte die Firma Siderurgica den Ersatz des ihr entstandenen Schadens sowie die Rückerstattung der ihr zufolge ohne rechtlichen Grund für nicht verlangte und ihr aufgenötigte Dienstleistungen der Hafenarbeiter gezahlten Geldbeträge[3]. Was den Schaden betrifft, so machte die Firma Siderurgica geltend, infolge der Nichtlieferung der Partie Stahl habe sie vorübergehend ihre Produktion einstellen müssen und sei nicht in der Lage gewesen, die von ihren Kunden bestellten Fertigwaren zu liefern. Überdies sei ihr erheblicher Schaden durch die monatelange Blockierung des Gegenwerts des für den Stahl entrichteten Kaufpreises entstanden. Da die Firma Merci der Firma Siderurgica inzwischen den Stahl geliefert hat, geht es im Ausgangsrechtsstreit gegenwärtig nicht mehr um die Anweisung, die Lieferung vorzunehmen, sondern lediglich um

3 — In der Tat wurde die Firma Siderurgica daran gehindert, mit Hilfe der Schiffsbesatzung und der sich an Bord des Schiffes befindenden Kräne die Partie Stahl selbst zu löschen.

die Anträge der Firma Siderurgica auf Schadensersatz und Rückerstattung.

5. Die Firma Merci verteidigt sich vor dem vorlegenden Gericht mit der Behauptung, sie übe ihre Tätigkeit nicht mit eigenem Personal aus, sondern sei nach den italienischen Rechtsvorschriften verpflichtet, auf die Arbeitskräfte zurückzugreifen, die ihr die Compagnia zur Verfügung stelle, die allein befugt sei, die Waren im Hafen von Genua zu befördern. Sie trägt weiterhin, übrigens unbestritten, vor, sie habe der Firma Siderurgica den Stahl wegen einer langen Reihe von Streiks des Personals der vorerwähnten Hafenbetriebsgesellschaft nicht liefern können. Es sei ihr also vorübergehend unmöglich gewesen, ihren Verpflichtungen nachzukommen, so daß sie für den durch die Verzögerung der Lieferung entstandenen Schaden nicht hafte. Sie könne auch nicht für die nach Ansicht der Firma Siderurgica unangemessenen Geldbeträge verantwortlich gemacht werden, die für die durchgeführten Hafenarbeiten berechnet worden seien, da diese Beträge auf der Grundlage der von den Hafenbehörden festgelegten Tarife errechnet worden seien, die sie als Hafenunternehmen gemäß Artikel 112 des Schiffahrtsgesetzbuchs und Artikel 203 der Seeschiffahrtsverordnung zu entrichten verpflichtet gewesen sei.

Demgegenüber macht die Firma Siderurgica geltend, die italienischen Rechtsvorschriften, auf die sich die Firma Merci zur Rechtfertigung ihres Verhaltens berufe, stünden in Widerspruch zu den Artikeln 90, 86, 85 und 37 EWG-Vertrag; die innerstaatlichen Gerichte seien verpflichtet, nationale Rechtsvorschriften, die mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar seien, nicht anzuwenden. Dies führe im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, daß die Firma Merci dennoch für die verzögerte Lieferung der Waren und den hieraus entstandenen Schaden sowie für die Rückerstattung der für die Hafenarbeiten ohne rechtlichen Grund gezahlten Beträge hafte.

6. Obwohl sich die Firma Merci zur Rechtfertigung ihres Verhaltens auf die geltenden italienischen Rechtsvorschriften beruft, ist sie dennoch mit der Firma Siderurgica der Auffassung, soweit diese Vorschriften den Hafenbetriebsgesellschaften ein Monopol einräumten (Artikel 110 des Schiffahrtsgesetzbuchs), seien sie mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar[4]. Die Firma Merci macht jedoch geltend, diese Unvereinbarkeit rechtfertige ihrer Ansicht nach (zumindest theoretisch) *zwar durchaus* den Antrag auf Schadensersatz für die verspätete Lieferung, *nicht aber* den Antrag auf Rückerstattung der von der Firma Siderurgica für aufgenötigte und nicht verlangte Hafenarbeiten entrichteten Beträge, da sie, die Firma Merci, nicht durch die Erbringung der Dienstleistungen bereichert sei.

Die Vorlagefragen und die Zuständigkeit des Gerichtshofes

7. Angesichts dieses Rechtsstreits legt das Tribunale Genua dem Gerichtshof zwei wie folgt lautende Vorlagefragen nach der Auslegung der Artikel 7, 30, 85, 86 und 90 EWG-Vertrag vor:

1) Verleihen die Bestimmungen des Artikels 90 EWG-Vertrag und die Verbote in den Artikeln 7, 30, 85 und 86 EWG-Vertrag

4 — Zu bemerken ist jedoch, daß der Firma Merci zufolge Artikel 111 des Schiffahrtsgesetzbuchs, auf dessen Grundlage ihr eine Konzession für die Organisation von Hafenarbeiten für Rechnung Dritter erteilt wurde, vorliegend nicht zur Diskussion steht. Siehe hierzu unten Nr. 9.

beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts den dem Gemeinschaftsrecht unterworfenen Personen Rechte, die die Mitgliedstaaten beachten müssen, wenn für den Fall, daß in einen Mitgliedstaat der EWG aus einem anderen Mitgliedstaat stammende Waren auf dem Seeweg eingeführt werden, die Durchführung von Be- und Entladearbeiten in den nationalen Häfen zu verbindlich festgesetzten Tarifen ausschließlich einem Hafenunternehmen und/oder einer Hafenbetriebsgesellschaft, deren Belegschaft nur aus Inländern besteht, vorbehalten ist, auch wenn diese Arbeiten mit den Mitteln und der Besatzung an Bord ausgeführt werden können?

2) Oder sind Hafenunternehmen und/oder Hafenbetriebsgesellschaften, deren Belegschaft nur aus Inländern besteht und denen allein die Durchführung von Be- und Entladearbeiten in den nationalen Häfen zu verbindlich festgesetzten Tarifen vorbehalten ist, Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag betraut sind und die durch die Anwendung des Artikels 90 Absatz 1 und der Verbote in den Artikeln 7, 30, 85 und 86 EWG-Vertrag an der Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe gehindert werden können?

8. Bevor ich mich diesen Fragen zuwende, möchte ich beiläufig bemerken, daß der Gerichtshof für ihre Beantwortung gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag zuständig ist, obwohl die Parteien des Ausgangsverfahrens, wie bereits erwähnt, zum größten Teil über die Unvereinbarkeit der italienischen Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht einig sind [5]. In der Tat ist es Sache des innerstaatlichen Gerichts, zu beurteilen, ob die im Laufe des Rechtsstreits aufgeworfenen Fragen erheblich sind und ob eine Vorabentscheidung erforderlich ist, damit dieses Gericht sein Urteil erlassen kann [6]. Der Gerichtshof könnte sich nur dann für unzuständig erklären, wenn es keinen Ausgangsrechtsstreit mehr gäbe [7] oder wenn die gestellten Fragen in keinem Zusammenhang mit dem Sachverhalt oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits stünden [8]. Im vorliegenden Fall gibt es aber tatsächlich ein Ausgangsverfahren, und die Fragen stehen im Zusammenhang mit Sachverhalt und Gegenstand dieses Rechtsstreits. Daß sich die Prozeßparteien über die Beantwortung der gestellten Fragen einig sind, besagt nicht, daß das vorlegende Gericht im Zweifel über die zutreffende Auslegung des Gemeinschaftsrechts sein könne und deshalb keiner vom Gerichtshof gegebenen Auslegung bedürfte [9].

5 — Eine Meinungsverschiedenheit besteht lediglich über die Folgen dieser Unvereinbarkeit für die Firma Merci, was die Rückerstattung der von der Firma Siderurgica gezahlten Beträge für im Hafen erbrachte Dienstleistungen betrifft.

6 — Urteile vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Foglia/Novello, Slg. 1981, 3045, Randnrn. 14 und 15) und vom 21. April 1988 in der Rechtssache 338/85 (Pardini, Slg. 1988, 2041, Randnr. 8); siehe ferner Randnr. 7 des Beschlusses des Gerichtshofes vom 26. Januar 1990 in der Rechtssache C-286/88 (Falciola, Slg. 1990, I-191).

7 — Siehe Randnr. 9 des Urteils in der Rechtssache Pardini, zitiert in Fußnote 6.

8 — Urteil vom 16. Juni 1981 in der Rechtssache 126/80 (Salonia/Poidomani und Giglio, Slg. 1981, 1563, Randnr. 6) sowie Randnr. 8 des Beschlusses in der Rechtssache Falciola, zitiert in Fußnote 6.

9 — Wie aus ihren beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen hervorgeht, hält auch die Kommission die in Rede stehenden italienischen Rechtsvorschriften für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht. Es ist nicht klar ersichtlich, aus welchem Grund die Kommission deshalb nicht den Gerichtshof gemäß Artikel 169 EWG-Vertrag wegen dieser Rechtsvorschriften befaßt hat: Wie Generalanwalt Darmon in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Leclerc/Au blé vert ausgeführt hat, hätte ein Verfahren nach Artikel 169 es gestattet, die betroffenen Vorschriften in concreto zu prüfen, anstatt daß der Gerichtshof sich auf eine abstrakte Rechtmäßigkeitskontrolle im Rahmen von Artikel 177 beschränken muß (Slg. 1985, 1, insb. 16).

9. Das vorlegende Gericht ersucht um die Auslegung der Artikel 7, 30, 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 90 EWG-Vertrag. In der Tat läßt sich nicht bestreiten, daß die italienischen Rechtsvorschriften [10] sowohl der Hafenbetriebsgesellschaft Compagnia als auch dem Hafenunternehmen Merci ausschließliche Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 gewähren. In ihren beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen wendet die Firma Merci ein, das in dem vorgenannten Artikel 110 des Schiffahrtsgesetzbuchs vorgesehene Monopol für Hafenarbeiten werde den Hafenbetriebsgesellschaften und nicht Hafenunternehmen wie ihr gewährt. Vielmehr müßten die Hafenunternehmen aufgrund des vorerwähnten Artikels 111 letzter Absatz des Schiffahrtsgesetzbuchs dieses Monopol „erdulden".

Letzteres will ich nicht bestreiten. Entgegen dem, was die Firma Merci [11] behauptet und was die insoweit ungenaue Formulierung der Vorlagefragen annehmen lassen könnte [12], darf jedoch nicht übersehen werden, daß es vorliegend nicht nur um das der Compagnia durch Artikel 110 des Schiffahrtsgesetzbuchs verliehene Monopol geht, sondern auch um die nach Artikel 111 dieses Gesetzbuchs der Firma Merci, und ihr allein, erteilte Konzession für die Organisation von Hafenarbeiten für Rechnung Dritter, soweit es sich um gewöhnliche Fracht handelt [13]. Es bestehen mit anderen Worten zwei miteinander verflochtene Monopole: das eine, das sich auf die tatsächliche *Verrichtung* von Hafenarbeiten bezieht und das die Firma Merci, soweit diese Arbeiten gewöhnliche Fracht betreffen, als einzige „erdulden" muß, hat die Hafenbetriebsgesellschaft Compagnia inne; das zweite, das sich auf die *Organisation* der vorgenannten, von der Compagnia verrichteten Hafenarbeiten *für Rechnung Dritter* bezieht und dem die Benutzer des Hafens von Genua unterworfen sind, besitzt das Hafenunternehmen Merci. Im vorliegenden Fall ist es erforderlich, beide Monopole in Betracht zu ziehen.

10. Bereits aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73 [14] und wiederum aus den in jüngster Zeit erlassenen Urteilen vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88 [15] und vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 [16] geht hervor, daß ein durch einen Mitgliedstaat einem Unternehmen eingeräumtes Monopol im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 mit dem Vertrag nur vereinbar ist, wenn „die Modalitäten der Ausgestaltung und der Ausübung eines solchen Monopols [nicht] gegen die Vertragsvorschriften ... verstoßen". Im folgenden ist daher zu prüfen, ob die Modalitäten der Ausgestaltung und der Ausübung der der Compagnia und der Firma Merci gewährten Monopole gegen die in den Vorlagefragen genannten Artikel (7, 30, 85 und 86) oder gegen die Bestimmungen dieser Artikel in Verbindung mit denen anderer Artikel des Vertrages (48, 52 und 59) verstoßen. Ich werde mich jetzt diesen Artikeln zuwenden: zunächst den Artikeln 7, 48, 52 und 59 im Zusammenhang

10 — Siehe die oben dargestellten Artikel 110, 111, 112 und 1172 des Schiffahrtsgesetzbuchs.

11 — Siehe Fußnote 4.

12 — In der Tat ist in den Fragen ausdrücklich nur von dem Monopol für das Verladen und Löschen von Gütern die Rede, d. h. von dem der Compagnia eingeräumten Monopol. Meines Erachtens geht jedoch aus dem übrigen Teil des Vorlagebeschlusses deutlich hervor, daß es sich im vorliegenden Fall nicht nur um das Monopol der Compagnia handelt.

13 — Es trifft zwar zu, daß nach Artikel 111 des Schiffahrtsgesetzbuchs die Konzession für die Organisation von Hafenarbeiten für Rechnung Dritter mehreren Unternehmen erteilt wurde. Die Firma Merci ist jedoch unbestritten das einzige Unternehmen, dem für *gewöhnliche Fracht* im Hafen von Genua eine derartige Konzession eingeräumt wurde. Für Container z. B. besteht ein anderes Monopol, das dem Hafenunternehmen Terminal contenitori di Genova gewährt wurde.

14 — Sacchi, Slg. 1974, 409, Randnr. 14.

15 — Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, Randnr. 22.

16 — ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 12.

mit einer etwaigen Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, anschließend den Artikeln 85 und 86 im Zusammenhang mit einer etwaigen Verletzung der Wettbewerbsregeln und schließlich Artikel 30 im Zusammenhang mit einer etwaigen Beschränkung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs.

Verstoß gegen das Verbot von Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit

11. Wie bereits erwähnt, schreiben die Artikel 152 und 156 der Seeschiffahrtsverordnung, die Hafenbetriebsgesellschaften wie die Compagnia betreffen, zwingend vor, daß nur italienische Staatsangehörige Mitglieder dieser Gesellschaften werden können, während Artikel 111 letzter Absatz des Schiffahrtsgesetzbuchs vorsieht, daß Hafenunternehmen wie die Firma Merci sich bei der Durchführung von Hafenarbeiten lediglich der Mitglieder jener Gesellschaften bedienen dürfen. Ist dieses Staatsangehörigkeitserfordernis mit dem Vertrag vereinbar?

Wie die Kommission zu Recht bemerkt, läßt sich anhand der Akten nicht feststellen, ob die Erbringung von Dienstleistungen durch die Hafenarbeiter im Rahmen einer Hafenbetriebsgesellschaft als unselbständige oder aber als selbständige Tätigkeit anzusehen ist[17]. Das ist jedoch im vorliegenden Fall nur von geringem Interesse, da ein Staatsangehörigkeitserfordernis, wie es die vorerwähnten italienischen Rechtsvorschriften vorsehen, mit dem Gemeinschaftsrecht sowohl dann unvereinbar ist, wenn die Hafenarbeiter Arbeitnehmer im Sinne von Artikel 48 EWG-Vertrag sind, als auch dann, wenn sie als Mitglieder der Hafenbetriebsgesellschaften Selbständige sind, die sich im Sinne von Artikel 52 EWG-Vertrag in einem Mitgliedstaat niedergelassen haben oder im Sinne von Artikel 59 EWG-Vertrag zur Erbringung von Dienstleistungen dorthin begeben. Artikel 7 EWG-Vertrag verbietet nämlich im Anwendungsbereich des Vertrages jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit; dieses Verbot wird für Arbeitnehmer in Artikel 48 Absatz 2 EWG-Vertrag und für Selbständige in den Artikeln 52 und 59 EWG-Vertrag konkretisiert und als eine der grundlegenden Bestimmungen des Vertrages bestätigt. Im vorliegenden Fall hindert aber das Staatsangehörigkeitserfordernis die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten daran, im Hafen von Genua als Arbeitnehmer oder Selbständige Hafenarbeiten durchzuführen.

Wie aus dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens hervorgeht, hindert das Erfordernis auch andere Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten, die keine Hafenarbeiter sind, an der Vornahme von Hafenarbeiten in italienischen Häfen. Im vorliegenden Fall konnte die deutsche Reederei, die die Partie Stahl für Rechnung der Firma Siderurgica von Hamburg nach Genua befördert hatte, diese Partie nicht selbst löschen, obwohl das Schiff hierfür ausgerüstet war. Auch dies steht in Widerspruch zu Artikel 59 EWG-Vertrag.

12. Nach den Artikeln 48 Absatz 3 und 56 Absatz 1 sowie nach Artikel 66 in Verbindung mit Artikel 56 Absatz 1 EWG-Vertrag können diskriminierende Beschränkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs aus Gründen der

17 — Die Firma Merci macht geltend, die Hafenarbeiter seien keine Arbeitnehmer, sondern Mitglieder der Hafenbetriebsgesellschaften; sie schließt aber nicht aus, daß diese Gesellschaften trotzdem auch Arbeitnehmer beschäftigen.

öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Überdies finden gemäß Artikel 48 Absatz 4 und Artikel 55 Absatz 1 sowie gemäß Artikel 66 in Verbindung mit Artikel 55 Absatz 1 EWG-Vertrag die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung beziehungsweise auf Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

Das in den vorerwähnten Rechtsvorschriften enthaltene Staatsangehörigkeitserfordernis bezweckt jedoch nicht den Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit. Es zielt nicht auf die Förderung des allgemeinen Interesses, sondern lediglich auf die Förderung der individuellen Interessen der italienischen Hafenarbeiter, und läßt sich daher nicht aus den vorgenannten Gründen rechtfertigen. Es handelt sich auch nicht um eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung im Sinne von Artikel 48 Absatz 4[18] oder um Tätigkeiten, die im Sinne von Artikel 55 mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind[19], wenn man von der engen Auslegung dieser Begriffe durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes ausgeht.

13. Was schließlich die Verletzung des Diskriminierungsverbots anbelangt, so ist zu bemerken, daß alle oben erwähnten Bestimmungen nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes unmittelbare Wirkungen haben[20]. In Verbindung mit diesen mit unmittelbarer Wirkung ausgestatteten Bestimmungen hat auch Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag unmittelbare Wirkung[21].

Verletzung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des Vertrages

14. Obwohl die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag das Verhalten von Unternehmen und nicht die gesetzgeberischen oder verwaltungsrechtlichen Maßnahmen von Mitgliedstaaten betreffen, sind diese Staaten nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes kraft Artikel 5 Absatz 2 EWG-Vertrag gehalten, „durch ihre nationalen Rechtsvorschriften nicht die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und die Wirksamkeit der zu dessen Vollzug ergangenen oder zu treffenden Maßnahmen [zu] beeinträchtigen und keine Maßnahmen ... [zu ergreifen oder beizubehalten], die die praktische Wirksam-

18 — Siehe zum Begriff „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung" z. B. Randnrn. 9 ff. des Urteils vom 17. Dezember 1980 in der Rechtssache 149/79 (Kommission/Belgien, Slg. 1980, 3881), aus denen hervorgeht, daß es sich um eine begrenzte Zahl von Beschäftigungen handelt, „die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind" (Randnr. 10).

19 — Siehe zum Begriff „Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind", z. B. Randnrn. 42 ff. des Urteils vom 21. Juni 1974 in der Rechtssache 2/74 (Reyners/Belgien, Slg. 1974, 631), dem zufolge es sich um Tätigkeiten handeln muß, „die für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit einschließen".

20 — Was Artikel 7 EWG-Vertrag betrifft, siehe z. B. Randnr. 12 des Urteils vom 28. Juni 1978 in der Rechtssache 1/78 (Patrick Christopher Kenny/Insurance Officer, Slg. 1978, 1489) sowie Randnr. 35 des Urteils vom 2. Februar 1988 in der Rechtssache 24/86 (Vincent Blaizot u. a./Universität Lüttich u. a.). Was Artikel 48 EWG-Vertrag angeht, siehe z. B. Randnrn. 4 bis 8 des Urteils vom 4. Dezember 1974 in der Rechtssache 41/74 (Yvonne van Duyn/Home Office, Slg. 1974, 1337) sowie Randnr. 7 des Urteils vom 15. Oktober 1986 in der Rechtssache 168/85 (Kommission/Italien, Slg. 1986, 2945). Zu Artikel 52 EWG-Vertrag siehe z. B. Randnrn. 30 und 32 des Urteils vom 21. Juni 1974 in der Rechtssache 2/74 (Reyners/Belgien, Slg. 1974, 631) sowie Randnr. 15 des Urteils vom 27. September 1988 in der Rechtssache 81/87 (The Queen/H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, Slg. 1988, 5483). Zu Artikel 59 EWG-Vertrag siehe z. B. Randnrn. 18 bis 27 des Urteils vom 3. Dezember 1974 in der Rechtssache 33/74 (Van Binsbergen/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, Slg. 1974, 1299) sowie Randnr. 10 des Urteils vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache C-49/89 (Société Corsica Ferries France/Direction générale des douanes françaises, Slg. 1989, 4441).

21 — So ausdrücklich der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache Sacchi (siehe oben Fußnote 14) hinsichtlich der Artikel 90 und 86. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund dies nicht ebenso für andere mit unmittelbarer Wirkung ausgestattete Bestimmungen gelten sollte. Siehe u. a. Wyatt, D., und Dashwood, A., *The Substantive Law of the EEC*, London 1987, S. 524. Siehe auch schon Waelbroeck, M.: *Le droit de la Communauté économique européenne*, Band 4, *Concurrence*, Brüssel 1972, S. 86, 87.

keit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln ausschalten könnten"[22]. Soweit es sich um Unternehmen handelt, denen die Mitgliedstaaten ein Monopol gewährt haben, stellt Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag eine spezifische Ausprägung des vorerwähnten Artikels 5 Absatz 2 dieses Vertrages dar[23].

Haben wir es vorliegend mit nationalen Rechtsvorschriften zu tun, die unter Verstoß gegen Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag geeignet sind, die praktische Wirksamkeit der Artikel 85 und 86 dieses Vertrages auszuschalten?

15. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Anwendung von Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit den Artikeln 85 und 86 auf Maßnahmen der öffentlichen Behörden geht hervor, daß Artikel 90 sich auf alle behördlichen Eingriffe gegenüber den in dieser Bestimmung genannten Unternehmen bezieht, die ein nach Artikel 85 oder Artikel 86 verbotenes Verhalten von Unternehmen entweder anordnen[24] oder begünstigen[25] oder unvermeidbar machen[26] oder Unternehmen die Befugnis übertragen, anstelle der Behörde marktregulierend aufzutreten[27]. Hierbei steht die Überlegung im Mittelpunkt, daß sich derartige behördliche Eingriffe in Verbindung mit einer der in Artikel 85 oder 86 genannten (und von den betroffenen Unternehmen tatsächlich an den Tag gelegten) Verhaltensweisen auf die Wettbewerbsverhältnisse innerhalb des Gemeinsamen Marktes ebenso auswirken wie ein unternehmerisches Verhalten, das nicht auf einem behördlichen Eingriff beruht. Weiterhin ist der Rechtsprechung zu entnehmen, daß das unternehmerische Verhalten, das als „Anknüpfungspunkt" Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 85 oder Artikel 86 ist, dem behördlichen Eingriff nicht notwendigerweise zeitlich vorausgehen muß, sondern ihm folgen, sein Ergebnis oder seine unabwendbare Auswirkung sein kann[28].

16. Ich werde erst im Rahmen von Artikel 86 prüfen, ob die vorliegend in Rede stehenden nationalen Vorschriften ein solches wettbewerbsbeschränkendes Verhalten fordern, begünstigen oder unvermeidbar machen[29]. Hierbei müssen zwei Punkte untersucht werden: erstens die Frage, ob die Firma Merci und/oder die Compagnia Handlungen vorgenommen haben, die auch unabhängig von irgendwelchen behördlichen Eingriffen einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellen, durch den der Handel zwischen

22 — Siehe z. B. die Urteile vom 16. November 1979 in der Rechtssache 13/77 (GB-Inno-BM/ATAB, Slg. 1977, 2115, Randnr. 33), vom 29. Januar 1985 in der Rechtssache 231/83 (Cullet/Leclerc, Slg. 1985, 305, Randnr. 16), vom 21. September 1988 in der Rechtssache 267/86 (Van Eycke, Slg. 1988, 4769, Randnr. 16), vom 11. April 1989 in der Rechtssache 66/86 (Ahmed Saeed, Slg. 1989, 803, Randnr. 48) und schließlich Randnr. 35 des bereits oben (Fußnote 16) angeführten Urteils in der Rechtssache ERT.

23 — Siehe z. B. die in der vorhergehenden Fußnote erwähnten Urteile in den Rechtssachen GB-Inno-BM/ATAB (Randnr. 32), Ahmed Saeed (Randnr. 50) und ERT (Randnr. 36).

24 — Siehe z. B. das Urteil vom 4. Mai 1988 in der Rechtssache 30/87 (Bodson/SA Pompes funèbres, Slg. 1988, 2479), wo festgestellt wird, daß eine Gemeindebehörde, die Unternehmen, die eine beherrschende Stellung innehaben, verpflichtet, für ihre Dienstleistungen besonders hohe Preise zu fordern, gegen Artikel 90 Absatz 1 verstößt.

25 — So heißt es beispielsweise in dem oben (Fußnote 22) angeführten Urteil in der Rechtssache Ahmed Saeed, daß eine behördliche Genehmigung von gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßenden Tarifvereinbarungen eine Verletzung von Artikel 5 und gegebenenfalls von Artikel 90 darstellt.

26 — So das oben (Fußnote 16) angeführte Urteil in der Rechtssache ERT, wo ausgeführt wird, daß ein Mitgliedstaat gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag verstößt, wenn er einem Unternehmen ein ausschließliches Recht einräumt und hierdurch eine Lage schafft, die das Unternehmen veranlaßt, Artikel 86 zu verletzen. Auch das Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser/Macrotron, Slg. 1991, I-1979) bezieht sich auf diese Art von Maßnahmen.

27 — Siehe das oben (Fußnote 22) angeführte Urteil in der Rechtssache Van Eycke, das jedoch feststellt, daß diese Lage in jenem Fall nicht gegeben war.

28 — Siehe z. B. die in den Fußnoten 24, 26 und 27 angeführten Urteile. Wegen weiterer Einzelheiten siehe meine für die Sitzung vom 16. Oktober 1991 vorgesehenen Schlußanträge in den verbundenen Rechtssachen C-48/90 und C-66/90 (Niederlande und Koninklijke PTT NV und PTT-Post BV/Kommission).

29 — Der besondere Fall, daß Rechtsvorschriften Unternehmen Normsetzungsbefugnisse übertragen, bleibt im folgenden außer Betracht.

Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird; zweitens, ob die fraglichen nationalen Rechtsvorschriften ein solches mißbräuchliches Verhalten begünstigen, verbindlich anordnen oder unvermeidlich machen.

Was den ersten Punkt betrifft, so möchte ich zunächst darauf hinweisen, daß die Eigenschaft sowohl der Firma Merci als auch der Compagnia als Unternehmen im Sinne von Artikel 86 (und 85) nicht streitig sein kann[30], wie sich auch nicht bestreiten läßt, daß das Verhalten der Firma Merci und der Compagnia im Rahmen der italienischen Rechtsvorschriften den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

Ebensowenig können Zweifel daran bestehen, daß sowohl die Organisation von Hafenarbeiten für Rechnung Dritter als auch die Durchführung dieser Arbeiten gemäß Artikel 108 des Schiffahrtsgesetzbuchs[31] in den Anwendungsbereich von Artikel 86 (und 85) fallen. Wie der Rat wiederholt ausgeführt hat[32], sind Hafenarbeiten nämlich von der eigentlichen Seebeförderung zu unterscheiden, auch wenn sie diese ergänzen; aber selbst wenn sie unter den Begriff der Seebeförderung fallen sollten, sind die allgemeinen Wettbewerbsregeln der Artikel 85 und 86, und waren es bereits vor Inkrafttreten der Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 vom 22. Dezember 1986[33], auf sie anwendbar[34].

17. Nach *Artikel 86 EWG-Vertrag* ist die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Im vorliegenden Fall ist der relevante Markt für die Firma Merci der der Organisation von Hafenarbeiten, die gewöhnliche Fracht betreffen, für Rechnung Dritter im Hafen von Genua; für die Compagnia ist es der Markt der tatsächlichen Durchführung dieser Hafenarbeiten.

Selbstverständlich ist es Sache des vorlegenden Gerichts, sich ein Urteil darüber zu bilden, ob diese Märkte als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes angesehen werden können. Aus den Akten geht jedoch hervor, daß der Hafen von Genua angesichts des *Umfangs* der dort für Rechnung Dritter organisierten und durchgeführten, gewöhnliches Frachtgut betreffenden Hafenarbeiten einer der wichtigsten Häfen der Gemeinschaft und der wichtigste Hafen Italiens ist und daß die Benutzer dieses Hafens mit Rücksicht auf dessen Lage und Infrastruktur oft *keine andere Wahl* haben, als diesen Hafen in Anspruch zu nehmen. Diese Faktoren bieten meines Erachtens gewichtige Anhaltspunkte für die Annahme, daß die beiden in Rede stehenden Märkte, die im übrigen eng miteinander verbunden sind, da sie dieselben Hafenarbeiten betreffen, von hinreichender Bedeutung sind, um als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes angesehen werden zu können.

Nicht zu bestreiten ist, daß die Firma Merci auf dem Markt der für Rechnung Dritter vorgenommenen Hafenarbeiten eine beherrschende Stellung innehat, d. h. eine Stel-

30 — Der Unternehmensbegriff ist stets weit aufgefaßt worden, so daß in dem — oben in Fußnote 26 angeführten — Urteil in der Rechtssache Höfner und Elser sogar die deutsche „Bundesanstalt für Arbeit" als Unternehmen angesehen wurde, weil diese öffentliche Einrichtung als besondere Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Gebiet der Arbeitsvermittlung ausübte.

31 — Siehe Fußnote 1.

32 — Siehe die Mitteilung vom 19. März 1985 (ABl. C 212) sowie die Begründungserwägungen der Verordnungen (EWG) Nr. 4056/86 vom 22. Dezember 1986 (ABl. L 378) und Nr. 3975/87 vom 14. Dezember 1987 (ABl. L 374).

33 — Verordnung (EWG) Nr. 4056/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 über die Einzelheiten der Anwendung der Artikel 85 und 86 des Vertrages auf den Seeverkehr (ABl. L 378, S. 4).

34 — Vgl. zur entsprechenden Lage beim Luftverkehr die Randnrn. 32 und 33 des vorstehend (Fußnote 22) angeführten Urteils in der Rechtssache Ahmed Saeed.

lung, „die [sie] in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie [ihr] die Möglichkeit verschafft, sich [ihren] Wettbewerbern, [ihren] Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“ [35].

Ebensowenig läßt sich bestreiten, daß die Compagnia eine beherrschende Stellung auf dem Markt der tatsächlichen Durchführung der Hafenarbeiten innehat. Daß das Fehlen von Wettbewerb, wie vorliegend, auf Maßnahmen des Gesetzgebers oder der Verwaltung zurückzuführen ist oder durch solche Maßnahmen begünstigt wird, steht der Anwendung von Artikel 86 in keiner Weise entgegen [36]. In seinem Urteil in der Rechtssache ERT [37] hat der Gerichtshof festgestellt, daß bei einem Unternehmen, dem ein gesetzliches Monopol gewährt wurde, davon ausgegangen werden kann, daß es eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 des Vertrages innehat.

18. Haben die Firma Merci und/oder die Compagnia ein Verhalten an den Tag gelegt, das sich als Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 erweist? Wie bereits ausgeführt, werde ich das Verhalten der Firma Merci und der Compagnia zunächst für sich allein prüfen, also losgelöst von den in Rede stehenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften.

Nach Artikel 86 *Absatz 2 Buchstabe a* kann der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen bestehen, wobei als unangemessen solche Preise und Bedingungen anzusehen sind, die für den Geschäftspartner spürbar ungünstiger sind als diejenigen Preise und Bedingungen, die er bei Vorliegen eines normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerbs hätte erzielen können [38].

Wiederum ist es Sache des vorlegenden Gerichts, sich ein Urteil darüber zu bilden, ob die Compagnia und/oder die Firma Merci in bezug auf die in Rede stehenden Hafenarbeiten unangemessene Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen erzwungen haben. Zu bemerken ist jedoch, daß der Gerichtshof wiederholt zu der Auffassung gelangt ist, daß ein Unternehmen, das eine tatsächliche oder rechtliche Monopolstellung innehat, unangemessene Preise oder Bedingungen erzwungen habe [39] und daß vorliegend dann von unangemessenen Geschäftsbedingungen die Rede sein könnte, wenn eine Hafenbetriebsgesellschaft einem Hafenunternehmen und/oder ein Hafenunternehmen den Hafenbenutzern nicht verlangte [40] oder sogar nicht erbrachte Dienstleistungen berechnet haben sollte oder wenn die Tarife, auf deren Grundlage die Preise berechnet

35 — Siehe z. B. Randnr. 30 des Urteils vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81 (Michelin, Slg. 1983, 3461) und Randnr. 16 des Urteils vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84 (CBEM, Slg. 1985, 3261).

36 — Siehe z. B. Randnr. 9 des Urteils vom 13. November 1975 in der Rechtssache 26/75 (General Motors, Slg. 1975, 1367) sowie die vorstehend angeführten Urteile in den Rechtssachen GB-INNO-BM (Randnr. 34) und CBEM (Randnr. 16).

37 — Siehe oben Fußnote 22.

38 — Siehe Randnr. 249 des Urteils vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76 (United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207). Dem bereits angeführten Urteil in der Rechtssache General Motors (Randnr. 12) läßt sich entnehmen, daß der Gerichtshof Preise als unangemessen ansieht, wenn sie im Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung übertrieben hoch sind (siehe auch Randnr. 250 des Urteils in der Rechtssache United Brands).

39 — Siehe Randnr. 17 des oben (Fußnote 14) angeführten Urteils in der Rechtssache Sacchi, Randnrn. 11 und 12 des oben (Fußnote 36) angeführten Urteils in der Rechtssache General Motors sowie Randnr. 27 des Urteils vom 11. November 1986 in der Rechtssache 226/84 (British Leyland/Kommission, Slg. 1986, 3263), in dem der Gerichtshof auf das Urteil in der Rechtssache General Motors verweist.

40 — Wie aus dem oben (Nr. 3) dargelegten Sachverhalt hervorgeht, wurden die für Rechnung der Firma Siderurgica durch die Firma Merci organisierten und von der Compagnia vorgenommenen Hafenarbeiten der Firma Siderurgica in Wahrheit aufgenötigt; in der Tat hatte diese Firma beabsichtigt, die Partie Stahl selbst zu löschen und deren Beförderung selbst zu organisieren.

wurden, völlig außer Verhältnis zu den tatsächlich erbrachten Dienstleistungen stehen sollten[41]. Aus den verfügbaren Daten soll hervorgehen, daß die in Rede stehenden Hafendienstleistungen zu einem viel niedrigeren Preis als dem der Firma Merci von der Compagnia und den Hafenbenutzern von der Firma Merci berechneten Preis hätten erbracht werden können und in anderen europäischen Häfen auch tatsächlich erbracht werden[42]. Die komplexe Natur der Tarife macht jedoch die Ermittlung der bei der Berechnung des Preises eines Arbeitsvorgangs angewandten Kriterien praktisch unmöglich, auch dies kann ein Anhaltspunkt dafür sein, daß zwischen den tatsächlichen Kosten der Dienstleistung und dem in Rechnung gestellten Preis kein Zusammenhang besteht[43].

Zu alledem ist zu bemerken, daß, wie sich aus dem Urteil in der Rechtssache Bodson ergibt, die Erzwingung unbilliger Preise durch Konzessionäre auch dann Artikel 86 EWG-Vertrag zuwiderläuft, wenn die Tarife in Zusammenhang mit der Erteilung der Konzession behördlich festgesetzt wurden[44]. Dieser Umstand kann jedoch zur Folge haben, daß gegen das betroffene Unternehmen keine der im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Sanktionen verhängt werden kann.

19. Nach Artikel 86 *Absatz 2 Buchstabe b* EWG-Vertrag kann ein Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auch in der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher bestehen. Wie die Kommission und die Firma Siderurgica ausführen, liegt ein solcher Mißbrauch sicherlich vor, wenn eine Hafenbetriebsgesellschaft, die ein Monopol für die Verrichtung von Hafenarbeiten besitzt, sich — sei es auch zum Schutz der Arbeitsplätze — weigert, sich der modernen Technik zu bedienen, hierdurch die Kosten, die dem Hafenunternehmen und über dieses Unternehmen den Hafenbenutzern entstehen, erheblich in die Höhe treibt und lange Wartezeiten bis zur Durchführung der Arbeiten verursacht[45].

20. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß nach Artikel 86 *Absatz 2 Buchstabe c* ein Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auch in der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden, liegen kann[46]. Dies sei, wie verlautet, vorliegend der Fall, da die Firma Merci

41 — Die Firmam Siderurgica verweist hierzu auf eine Arbeit von Lauria, F.: „Le Compagnie portuali nel diritto interno e comunitario", Edizione Giuffrè, Mailand 1981, sowie auf eine Feststellung des Comitato Sezione Lavoro der Genueser Hafenbehörde in einem Bericht vom 23. Juli 1987, in dem es heißt: „... setzt man den Wert der Grundarbeitskosten mit Hundert an, so muß man, um auf die endgültigen Kosten der Arbeitsverrichtungen zu kommen, nach dem gegenwärtigen Stand 1 194,26 % [sic!] an zusätzlichen Kosten hinzuzählen" (zitiert auf S. 12 der Bemerkungen der Firma Siderurgica).

42 — Die Kommission verweist in diesem Zusammenhang auf eine Untersuchung der Marconsult SpA aus dem Jahre 1990 über die Organisation und die Kosten des *Container*umschlags in den wichtigsten europäischen Häfen. Aus dieser Untersuchung ergibt sich z. B., daß die Kosten für den Umschlag einer Einheit im Hafen von Antwerpen zwischen 100 000 und 116 000 LIT, in den Häfen von Hamburg, Marseille und Neapel zwischen 180 000 und 200 000 LIT und in den Häfen von Venedig, Barcelona und Livorno zwischen 230 000 und 250 000 LIT lagen, während sich im Hafen von Genua die Kosten für den Umschlag einer Einheit auf 270 000 LIT belaufen.

43 — In dem oben (Fußnote 41) erwähnten Bericht vom 23. Juli 1987 führte das Comitato Sezione Lavoro der Behörde des Genueser Hafens folgendes aus: „Das im Hafen von Genua angewandte Tarifsystem für die Erbringung von Hafendienstleistungen ist seit jeher wegen seiner Komplexität und Undurchsichtigkeit sowie deshalb berüchtigt, weil sich niemals im vorhinein errechnen läßt, wieviel eine Dienstleistung letzten Endes kosten wird" (zitiert in den Erklärungen der Firma Siderurgica, S. 12).

44 — Urteil vom 4. Mai 1988 (oben Fußnote 24).

45 — Siehe hierzu die Erklärungen der Kommission auf S. 38 und diejenigen der Firma Siderurgica auf S. 15.

46 — Siehe Randnrn. 87 bis 91 des oben (Fußnote 35) angeführten Urteils in der Rechtssache Michelin, in dem der Gerichtshof die Auffassung vertreten hat, daß kein Mißbrauch im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe c vorliege, weil nicht erwiesen sei, daß die Ungleichbehandlung bestimmter Händler auf die Anwendung unterschiedlicher Kriterien zurückzuführen und nicht durch legitime geschäftliche Überlegungen gerechtfertigt sei (Randnr. 90).

einigen Hafenbenutzern aufgrund von Verhandlungen und „abweichend" von den Tarifen einen vorteilhafteren Preis berechnet haben soll, indem sie die zusätzlichen Kosten niedriger angesetzt und diese Mindereinnahme durch die Berechnung höherer Kosten bei anderen Verbrauchern ausgeglichen habe, ohne daß hierfür ein objektiver Rechtsfertigungsgrund vorliege[47]. Diese Praxis wird durch die komplexe Natur und die Undurchsichtigkeit der anwendbaren Tarife erleichtert.

21. Aus alledem lassen sich meines Erachtens gewichtige Anhaltspunkte ableiten, die dem vorlegenden Gericht Anlaß zu der Feststellung geben können, daß sowohl die Firma Merci als auch die Compagnia die ihnen durch die italienischen Rechtsvorschriften jeweils eingeräumten Monopolstellungen auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes dadurch mißbraucht haben, daß sie unangemessene Einkaufspreise und Geschäftsbedingungen erzwungen haben, daß die Compagnia ihre beherrschende Stellung mißbraucht hat, indem sie sich geweigert hat, sich der modernen Technik zu bedienen, und daß die Firma Merci ihre beherrschende Stellung dadurch mißbraucht hat, daß sie gegenüber Handelspartnern im Vergleich zu deren Mitbewerbern unterschiedliche Bedingungen angewandt hat.

22. Dies vorausgeschickt, ist nunmehr zu prüfen, ob diese Mißbräuche einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 — soweit das vorlegende Gericht sie für erwiesen halten sollte — durch die einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften erzwungen, begünstigt oder unvermeidbar gemacht worden sind. Meines Erachtens können hieran kaum Zweifel bestehen. Die von der Firma Merci und der Compagnia angewandten — unterstellt: unangemessenen — Tarife und sonstigen Geschäftsbedingungen werden durch die einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften ermöglicht, wenn nicht unausweichlich veranlaßt, und sie werden seitens der Hafenbehörden aufgrund der diesen durch jene Vorschriften eingeräumten Befugnisse begünstigt, wenn nicht verbindlich angeordnet[48]. Auch die übrigen Mißbräuche werden durch diese Vorschriften ermöglicht. Ohne das Monopol für die Durchführung der Hafenarbeiten, das ihr die italienische Gesetzgebung gewährt, hätte die Compagnia es sich sicherlich nicht gestatten können, sich nicht der modernen Technik zu bedienen. Auch was die ungleiche Behandlung von Geschäftspartnern betrifft, läßt sich sagen, daß diese nur als Folge des der Firma Merci eingeräumten Monopols sowie der komplexen Natur und der Undurchsichtigkeit der von den Behörden erlassenen Tarifordnung möglich war.

Wie sich alledem entnehmen läßt, bestehen auch insoweit gewichtige Anhaltspunkte dafür, daß die innerstaatliche Gesetzgebung, um die es im Ausgangsrechtsstreit geht, Maßnahmen trifft oder aufrechterhält, die Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag zuwiderlaufen. Da Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit einer unmittelbar wirkenden Bestimmung des Vertrages wie Artikel 86 unmittelbare Wirkung hat[49], bedeutet dies, daß die einzelnen, wenn das vorlegende Gericht den bisherigen Ausführungen zustimmt, den genannten Bestimmungen unmittelbare Rechte gegenüber dem betroffenen Mitgliedstaat entnehmen können, ebenso wie sie selbstverständlich gegenüber der Firma Merci und der Compagnia aufgrund von deren mißbräuchlichem Verhalten unmittelbare Rechte geltend machen können.

47 — Dies soll sich aus dem bereits erwähnten Bericht des Comitato Sezione Lavoro der Behörden des Genueser Hafens vom 23. Juli 1987 ergeben, auf den sich die Firma Siderurgica auf S. 13 ihrer Erklärungen beruft.

48 — Siehe oben Nr. 2.

49 — Siehe das oben (Fußnote 14) angeführte Urteil in der Rechtssache Sacchi, Randnr. 18.

23. Die weitere Frage geht dahin, ob die in Rede stehenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften in Widerspruch zu Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 85 stehen.

Nach *Artikel 85* sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Wie bereits bemerkt (Nr. 16), kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Firma Merci und die Compagnia Unternehmen im Sinne von Artikel 85 sind, daß dieser Artikel auf die Durchführung und die Organisation von Hafenarbeiten anwendbar ist und daß im vorliegenden Fall, wie aus den Vorlagefragen hervorgeht, der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch die zu überprüfenden Rechtsvorschriften und die hierauf gestützten Rechtsakte beeinträchtigt werden kann. Wie jedoch der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache ERT betont hat, setzt die Anwendung von Artikel 85 EWG-Vertrag voraus, daß tatsächlich eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung — besser: Absprache — zwischen Unternehmen vorliegt [50].

24. Den Erkenntnissen, über die der Gerichtshof verfügt, läßt sich nicht entnehmen, daß das Hafenunternehmen Merci und die Hafenbetriebsgesellschaft Compagnia miteinander Vereinbarungen getroffen hätten. Andererseits kann nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden — im Gegenteil —, daß zwischen ihnen aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen bestehen, die durch die anwendbaren innerstaatlichen Rechtsvorschriften veranlaßt, begünstigt oder unvermeidbar gemacht wurden. In der Tat hat der Gerichtshof die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen als eine „Form der Koordinierung zwischen Unternehmen" definiert, „die zwar noch nicht bis zum Abschluß eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten läßt". „Zwar ist ein Parallelverhalten" — so der Gerichtshof — „für sich allein noch nicht einer abgestimmten Verhaltensweise gleichzusetzen, doch kann es ein wichtiges Indiz für eine solche darstellen, wenn es zu Wettbewerbsbedingungen führt, die ... nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen" [51].

In diesen Rechtssachen ging es um Unternehmen, die miteinander in unmittelbarem Wettbewerb standen. Es steht jedoch fest, daß auch vertikale Absprachen, daß heißt Absprachen zwischen Unternehmen, die nicht unmittelbar miteinander konkurrieren, und somit auch zwischen solchen Unternehmen abgestimmte Verhaltensweisen von Artikel 85 erfaßt werden, da sie den Wettbewerb gegenüber Dritten einschränken. Es ist in diesem Zusammenhang Sache des vorlegenden Gerichts, sich ein Urteil darüber zu bilden, ob die Firma Merci und die Compagnia bewußt aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen praktiziert haben, die, wie oben anläßlich der getrennten Prüfung des mißbräuchlichen Verhaltens dieser Unternehmen festgestellt wurde, wettbewerbsbeschränkender Natur sind. Daß diese aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch

50 — Siehe Randnr. 29 des oben (Fußnote 16) angeführten Urteils in der Rechtssache ERT. Siehe ferner Nr. 32 der Schlußanträge von Generalanwalt Lenz vom 23. Januar 1991 in der vorgenannten Rechtssache.

51 — Urteil vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 48/69 (ICI/Kommission, Slg. 1972, 619, Randnrn. 64 und 66); siehe auch Randnr. 191 des Urteils vom 16. Dezember 1975 in den verbundenen Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73 (Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663)

die fraglichen nationalen Rechtsvorschriften nahegelegt oder unabweislich veranlaßt worden sind, ist insoweit kein Entschuldigungsgrund (dieser Umstand ist jedoch ein Gesichtspunkt, der in Zusammenhang mit der Verhängung von Geldbußen berücksichtigt werden kann). Im Gegenteil hat dieser Umstand zur Folge, daß die einzelnen die Rechtswidrigkeit der nationalen Vorschriften aufgrund von Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 85 geltend machen können. In der Tat zeitigen die Bestimmungen von Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 85 unmittelbare Wirkung.

Verletzung des Verbots von Artikel 30 EWG-Vertrag

25. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes ist jede Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen [52]. Trifft dies auf die Monopole für die Durchführung von Hafenarbeiten zu, um die es hier geht? Nach Ansicht der Kommission ist Artikel 30 im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung, da diese Monopole — jedenfalls im Licht der ihr bekannten Umstände — die Verbringung von eingeführten Erzeugnissen auf den italienischen Markt nicht im Verhältnis zu inländischen Erzeugnissen behinderten. Dagegen vertritt die Firma Siderurgica die Auffassung, die Monopole und die im Zusammenhang hiermit für Dienstleistungen im Hafen gefordeten unangemessenen Preise wirkten sich vor allem auf die eingeführten Erzeugnisse aus, so daß die genannten Monopole als Handelsregelungen im Sinne von Artikel 30 anzusehen seien.

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

Dem Sachverhalt, der dem Gerichtshof unterbreitet wurde, könnte man entnehmen, daß die der Firma Merci und der Compagnia eingeräumten Monopolstellungen tatsächlich zu unangemessenen Preisen und mangelhaften Dienstleistungen führten und daß sich die Einfuhr von Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten hierdurch teurer und schwieriger gestalte, was für die Anwendung von Artikel 30 ausreichen würde. Wie mir scheint, läßt sich diese Wirkung jedoch nicht den innerstaatlichen Rechtsvorschriften an sich entnehmen, sondern lediglich den von der Firma Merci und der Compagnia aufgrund dieser Vorschriften im Rahmen der ihnen eingeräumten Monopolstellungen vorgenommenen Handlungen. Hieraus ergibt sich meines Erachtens, daß weniger Artikel 30 als Artikel 90 in Verbindung mit den Artikeln 85 und 86 die in bezug auf die betroffenen nationalen Rechtsvorschriften anwendbare Bestimmung darstellt.

Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag

26. Nach Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag gelten für *Unternehmen*, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften des Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, *soweit* die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Diese bestimmten Unternehmen zugute kommende Ausnahme von der Anwendbarkeit der Vertragsbestimmungen findet jedoch keine Anwendung, wenn die Entwicklung des Handelsverkehrs in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Mit seiner zweiten Vorlagefrage wünscht das vorlegende Gericht zu erfahren, ob die Firma Merci und die Compagnia mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen sind, und bejahendenfalls, ob die An-

wendung insbesondere der Artikel 7, 85 und 86 EWG-Vertrag die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe verhindern würde. Wäre dies der Fall und wären die anderen Voraussetzungen von Artikel 90 Absatz 2 ebenfalls erfüllt, müßte meines Erachtens in bezug auf die im vorhergehenden Teil meiner Schlußanträge behandelten Fragen angenommen werden, daß innerstaatliche Rechtsvorschriften, die *diese nach Artikel 90 Absatz 2 zulässige* Unternehmenspraxis verbindlich anordnen, begünstigen oder unvermeidbar machen, dennoch nicht gegen Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit anderen Bestimmungen des Vertrages verstoßen.

27. Zunächst ist zu bemerken, daß dem Begriff der „Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind", eine spezifisch gemeinschaftsrechtliche Bedeutung zukommt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, die stets betont hat, daß dieser Begriff eng auszulegen ist[53], kommt es darauf an, daß die öffentliche Gewalt das Unternehmen mit der von ihm ausgeübten Tätigkeit betraut hat[54] und daß diese Tätigkeiten aus Gründen des allgemeinen Interesses erforderlich sind[55]. Aus den in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften geht hervor, daß sowohl die Hafenunternehmen als auch die Hafenbetriebsgesellschaften durch die öffentliche Gewalt mit den von ihnen ausgeübten Tätigkeiten betraut worden sind. Dieser Umstand bedeutet aber nicht für sich allein, daß diese Tätigkeiten im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind. Obwohl die Einrichtung eines Hafens für sich genommen unzweifelhaft eine Tätigkeit von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist, läßt sich meines Erachtens nicht das gleiche von der Tätigkeit der Hafenbetriebsgesellschaften und -unternehmen sagen, die in der Verrichtung von Hafenarbeiten oder in deren Organisation für Rechnung Dritter bestehen. Unter Hafenarbeiten sind nämlich das Ver-, Ent- und Umladen sowie die Lagerung von Waren zu verstehen. Rechnete man auch solche Tätigkeiten zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, so könnte man so ziemlich alle wirtschaftlichen Tätigkeiten unter diesen Begriff subsumieren[56]. Meines Erachtens fallen unter diesen Begriff nur Tätigkeiten, die der Allgemeinheit unmittelbar zugute kommen, wie dies auch den oben (Fußnote 55) angeführten Urteilen zu entnehmen ist.

Selbst wenn man annehmen wollte, daß die vorgenannten Hafenarbeiten als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anzusehen wären, so wäre damit noch nicht bewiesen, daß die Beachtung der oben genannten Vorschriften des Vertrages, insbesondere der Artikel 7, 85 und 86, mit der Ausführung des öffentlichen Auftrags unvereinbar wäre, mit anderen Worten, daß die Nichtbeachtung der Regeln des Vertrages für die Ausführung dieses Auftrags unvermeidbar wäre[57]. Überdies muß noch erkennbar sein, daß die Anwendung der Ausnahme von den Normen des Vertrages nicht dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

53 — Siehe z. B. Randnr. 19 des Urteils vom 27. März 1974 in der Rechtssache 127/73 (BRT/SABAM, Slg. 1974, 313).

54 — Siehe Randnr. 20 des in der vorhergehenden Fußnote zitierten Urteils in der Rechtssache BRT/SABAM, Randnrn. 29 bis 32 des Urteils vom 2. März 1983 in der Rechtssache 7/82 (GVL/Kommission, Slg. 1983, 483) und Randnr. 55 des oben (Fußnote 22) zitierten Urteils in der Rechtssache Ahmed Saeed.

55 — Siehe Randnr. 55 des oben (Fußnote 22) zitierten Urteils in der Rechtssache Ahmed Saeed. Als Tätigkeiten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse hat der Gerichtshof bisher u. a. angesehen: die Aufrechterhaltung der Schiffbarkeit einer wichtigen Wasserstraße (Urteil in der Rechtssache 10/71, Muller/Luxemburg, Slg. 1971, 723), die Wasserversorgung (Urteil in der Rechtssache 96/82, IAZ International Belgium/Kommission, Slg. 1983, 3369), die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Fernmeldewesens (Urteil in der Rechtssache 41/83, Italien/Kommission, Slg. 1985, 873) und die Fernsehsendungen (Urteil in der Rechtssache 155/73, Sacchi/Italien, Slg. 1974, 409).

56 — Dies scheint auch die Auffassung des Tribunale amministrativo regionale zu sein, das sich in einem Urteil vom 21. Dezember 1988 wie folgt zu den Hafenbetriebsgesellschaften geäußert hat: „Es kann nämlich nicht angenommen werden, daß die für die Hafenbetriebsgesellschaften getroffene nationale Regelung die Beteiligten mit der Verrichtung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse habe betrauen wollen" (Foro It. 89, parte 3, S. 98).

57 — Siehe die Randnrn. 24 des oben (Fußnote 26) angeführten Urteils in der Rechtssache Höfner und Elser und 17 des oben (Fußnote 35) angeführten Urteils in der Rechtssache CBEM.

28. Was Artikel 90 Absatz 2 betrifft, so hat der Gerichtshof in einem Urteil vom 14. Juli 1971 entschieden, daß diese Bestimmung keine unmittelbare Wirkung zeitigt, da „die Anwendung dieser Bestimmung ... eine Würdigung der Erfordernisse [erfordert], die sich einerseits aus der Erfüllung der den fraglichen Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe und andererseits aus der Wahrung der Interessen der Gemeinschaft ergeben" [58]. Das hat den Gerichtshof jedoch nicht daran gehindert, in späteren Urteilen im Zusammenhang mit dem ersten in dem zitierten Passus genannten Beurteilungskriterium festzustellen, daß es Sache des innerstaatlichen Gerichts ist, zu prüfen, ob ein Unternehmen, das sich wegen der Nichtbeachtung der Bestimmungen des Vertrages auf Artikel 90 Absatz 2 beruft, tatsächlich mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist [59], was vorliegend, wie dargelegt, unwahrscheinlich ist. Selbst wenn anzunehmen wäre, daß die Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, könnten sie sich auf die Ausnahmebestimmungen von Artikel 90 Absatz 2 nur berufen, wenn ihnen vor dem innerstaatlichen Gericht der Nachweis gelänge, um welche Erfordernisse von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse es im einzelnen ginge und in welcher Weise diese Erfordernisse das Verhalten der betroffenen Unternehmen beeinflußten [60]. Letzteres ist bei behördlich genehmigten Tarifen zum Beispiel dann nicht der Fall, wenn die Tarifstruktur undurchsichtig ist, was, wie bereits erwähnt, auch vorliegend der Fall zu sein scheint [61].

Aus der angeführten Rechtsprechung kann ich somit keine anderen Folgerungen ziehen, als daß es Sache des innerstaatlichen Gerichts ist, zu prüfen, ob ein Unternehmen, das sich auf die Ausnahmebestimmung von Artikel 90 Absatz 2 beruft, tatsächlich mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im gemeinschaftsrechtlichen Sinne dieses Begriffes betraut ist, und bejahendenfalls, ob und in welchem genauen Umfang die Erfordernisse des allgemeinen Interesses dieses Unternehmen nötigen, in Widerspruch zu Vertragsbestimmungen mit den Artikeln 7, 85 oder 86 zu handeln. Dies bedeutet, daß die Beweislast bei den betroffenen Unternehmen liegt und daß diese dem innerstaatlichen Gericht den Nachweis zu erbringen haben, daß die zusätzlichen Voraussetzungen von Artikel 90 Absatz 2 vorliegen.

Kommt das innerstaatliche Gericht zu dem Ergebnis, daß diese zusätzlichen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind (was ich vorliegend für sehr unwahrscheinlich halte), so kann es sich — was das zweite in dem zu Beginn dieses Punktes meiner Ausführungen erwähnte Beurteilungskriterium betrifft, nämlich die Frage, ob die Aufgabe, die der Mitgliedstaat dem betroffenen Unternehmen übertragen hat, sowie deren Erfüllung nicht dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderlaufen —, falls es dies wünscht, entsprechend dem, was der Gerichtshof bei der Anwendung der Artikel 85 und 86 für statthaft gehalten hat [62], an die Kommission wenden, um die rechtlichen und wirtschaftlichen Angaben zu erhalten, die es ihm gestatten, die genannte Frage zu beantworten.

58 — Siehe die Randnrn. 13 bis 16 des oben (Fußnote 55) angeführten Urteils in der Rechtssache Muller.

59 — Siehe die oben (Fußnoten 14, 53, 35 bzw. 22) angeführten Urteile in den Rechtssachen Sacchi (Randnr. 18), BRT/SABAM (Randnr. 22), CBEM (Randnr. 17) und Ahmed Saeed (Randnrn. 55 bis 57).

60 — Siehe Randnr. 56 des oben (Fußnote 22) angeführten Urteils in der Rechtssache Ahmed Saeed.

61 — A. a. O., Randnr. 57.

62 — Siehe Randnr. 53 des Urteils vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89 (Delimitis/Henninger Bräu, Slg. 1991, I-935).

Ergebnis

29. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die gestellten Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

1) a) Innerstaatliche Rechtsvorschriften, die Unternehmen im Sinne von Artikel 90 Absatz 1, die mit der Durchführung oder der Organisation von Hafenarbeiten betraut sind, verpflichten, für diese Arbeiten auf Hafenarbeiter zurückzugreifen, die die Staatangehörigkeit des betroffenen Mitgliedstaates besitzen, sind mit Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 7 und den Artikeln 48 oder 52 und 59 EWG-Vertrag unvereinbar und können weder durch Gründe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit noch im Hinblick auf eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung oder einer Ausübung öffentlicher Gewalt gerechtfertigt werden. Artikel 90 Absatz 1 hat in Zusammenhang mit den vorstehend genannten Vertragsbestimmungen unmittelbare Wirkung.

b) Innerstaatliche Rechtsvorschriften, die ein Unternehmen im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 verleiten, verpflichten oder unabweislich veranlassen, eine beherrschende Stellung, die es auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes innehat, mißbräuchlich auszunutzen oder mit einem anderen Unternehmen abgestimmte Verhaltensweisen an den Tag zu legen, wobei dieser Mißbrauch oder diese Verhaltensweise darin bestehen würde, auf verlangte oder unverlangte, mitunter sogar nicht verrichtete Hafenarbeiten unangemessene Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen anzuwenden oder den Absatz oder die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher einzuschränken oder schließlich zum Nachteil von Handelspartnern unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen anzuwenden, sind unvereinbar mit Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 oder 85 EWG-Vertrag. Artikel 90 Absatz 1 hat in Verbindung mit Artikel 86 oder Artikel 85 unmittelbare Wirkung.

2) Unternehmen, die mit der Durchführung oder der Organisation von Hafenarbeiten betraut sind, worunter das Ver-, Ent- und Umladen sowie die Lagerung von Waren im Hafen zu verstehen sind, können im Normalfall nicht als Unternehmen angesehen werden, die im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, daß heißt mit Dienstleistungen, die der Allgemeinheit unmittelbar zugute kommen, betraut sind. Es ist Sache des innerstaatlichen Gerichts, entsprechende konkrete

Feststellungen zu treffen. Sollte dieses zu einem anderen Ergebnis kommen, so obliegt es weiterhin den betroffenen Unternehmen, wenn sie sich auf die in Artikel 90 Absatz 2 vorgesehene Ausnahme berufen wollen, vor dem innerstaatlichen Gericht nachzuweisen, welche im allgemeinen Interesse liegende Erfordernisse sie im einzelnen verpflichten, in Widerspruch zu den Artikeln 7, 85 oder 86 EWG-Vertrag zu handeln. Nur wenn vor dem innerstaatlichen Gericht auch der letztgenannte Nachweis erbracht werden und ferner, gegebenenfalls nach Fühlungnahme mit der Kommission, nachgewiesen werden kann, daß die in Artikel 90 Absatz 2 letzter Satz aufgestellte Voraussetzung ebenfalls erfüllt ist, kann angenommen werden, daß nationale Rechtsvorschriften des oben unter 1 a und b beschriebenen Inhalts dennoch nicht in Widerspruch zu Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit einer der oben unter 1 a und b genannten Bestimmungen des Vertrages stehen.