Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
NILS WAHL
vom 5. Juni 2014[1]

Rechtssache C-270/13

Iraklis Haralambidis
gegen
Calogero Casilli

(Vorabentscheidungsersuchen des Consiglio di Stato [Italien])

„Freizügigkeit der Arbeitnehmer — Aufgaben des Präsidenten einer Hafenbehörde — Art. 45 Abs. 4 AEUV — Bedingung betreffend die Staatsangehörigkeit — Begriff ‚öffentliche Verwaltung' — Hoheitliche Befugnisse — Aufgaben, die im allgemeinen Interesse wahrgenommen werden — Sporadisch oder ausnahmsweise ausgeübte Befugnisse"

1. Fällt das Amt des Präsidenten einer Hafenbehörde in den Bereich der „öffentlichen Verwaltung" im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV, und dürfen folglich die Mitgliedstaaten dieses Amt in Abweichung von der Grundregel der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ihren eigenen Staatsangehörigen vorbehalten? Diese Problematik bildet den eigentlichen Kern der Fragen, die der Consiglio di Stato (Italien) zur Vorabentscheidung vorgelegt hat.

2. Der Gerichtshof hat sich mit dem Begriff „öffentliche Verwaltung" bereits in mehreren – teils aufgrund von Vorabentscheidungsersuchen, teils im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens – bei ihm anhängig gewordenen Rechtssachen befasst. Zahlreiche Urteile des Gerichtshofs, vor allem die aus früherer Zeit stammenden Entscheidungen, sind jedoch recht knapp gehalten und wenig erhellend hinsichtlich bestimmter Aspekte, die meines Erachtens von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung der Frage sind, ob ein bestimmtes Amt in der öffentlichen Verwaltung eines Mitgliedstaats von Art. 45 Abs. 4 AEUV erfasst wird.

3. Im Rahmen der vorliegenden Rechtssache bietet sich dem Gerichtshof deshalb die Gelegenheit, den Begriff „öffentliche Verwaltung" zu präzisieren und weiter klarzustellen – einen Begriff, dessen Tragweite und Bedeutung sich, wie ich in den vorliegenden Schlussanträgen noch darzulegen versuchen werde, nur durch eine Untersuchung der *ratio* von Art. 45 Abs. 4 AEUV beurteilen lässt.

1 — Originalsprache: Englisch.

I – **Einschlägige italienische Rechtsvorschriften**

4. Art. 38 Abs. 1 und 2 des Decreto legislativo Nr. 165 vom 30. März 2001 („Allgemeine Regeln für die Arbeitsorganisation in der öffentlichen Verwaltung“)[2] in der zur maßgebenden Zeit geltenden Fassung bestimmte:

„(1) Bürger der [EU-]Mitgliedstaaten haben Zugang zu Ämtern in der öffentlichen Verwaltung, die nicht die unmittelbare oder mittelbare Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfassen bzw. die nicht den Schutz des nationalen Interesses betreffen.

(2) Durch Dekret des Präsidenten des Ministerrats … werden die Ämter und Aufgaben, zu denen der Zugang italienischen Staatsangehörigen vorbehalten ist, sowie die Kriterien festgelegt, die für den Zugang zu Ämtern, die den in Absatz 1 bezeichneten Bürgern offenstehen, zwingend gelten.“

5. Das in Rede stehende Dekret des Präsidenten des Ministerrats wurde am 7. Februar 1994 erlassen[3]. Nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. b dieses Dekrets gehören zu den Ämtern in der öffentlichen Verwaltung, die ausschließlich Personen mit italienischer Staatsangehörigkeit zugänglich sind, „die höchsten Verwaltungsämter der peripheren Stellen der öffentlichen Verwaltung, u. a. autonome Verwaltungen der nicht wirtschaftlich tätigen öffentlichen Einrichtungen, der Provinzen, Gemeinden und Regionen sowie der Bank von Italien“.

6. Dem Vorlagebeschluss zufolge handelt es sich bei der Hafenbehörde um eine besondere Form der öffentlichen Einrichtung, die durch das Gesetz Nr. 84 vom 28. Januar 1994[4] („Neuordnung der Rechtsvorschriften über Häfen“, im Folgenden: Gesetz Nr. 84/1994) geregelt ist.

7. Durch Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 84/1994 wird eine Hafenbehörde im Hafen von Brindisi und in anderen Orten eingerichtet und mit folgenden Aufgaben betraut:

„a) Leitung, Planung, Koordinierung, Förderung und Überwachung des Hafenbetriebs sowie sonstiger gewerblicher und industrieller Tätigkeiten in Häfen mit Regelungs- und Ordnungsbefugnissen einschließlich in Bezug auf den Schutz vor den mit diesen Tätigkeiten verbundenen Unfallgefahren und auf den Arbeitsschutz …;

b) ordentliche und außerordentliche Instandhaltung der gemeinschaftlichen Anlagen im Hafenbereich …;

c) Übertragung und Überwachung von Tätigkeiten, die auf die entgeltliche Zurverfügungstellung von durch Dekret des Ministers für Infrastruktur und Verkehr definierten Dienstleistungen von allgemeinem Interesse … an Hafennutzer … ausgerichtet sind“.

2 — Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche* (GURI Nr. 106 vom 9. Mai 2001, Supplemento Ordinario Nr. 112).

3 — „Verordnung zur Festlegung der Regeln für den Zugang der Bürger der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu Ämtern in der öffentlichen Verwaltung“ (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 febbraio 1994, n. 174, *Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche*) (GURI Nr. 61 vom 15. März 1994).

4 — Legge 28 gennaio 1994, n. 84, *Riordino della legislazione in materia portuale* (GURI Nr. 28 vom 4. Februar 1994, Supplemento Ordinario Nr. 21).

8. Gemäß Art. 6 Abs. 2 bis 4 des Gesetzes Nr. 84/1994 ist die Hafenbehörde eine juristische Person des öffentlichen Rechts und verfügt vorbehaltlich Art. 12 des genannten Gesetzes über Verwaltungs- und innerhalb bestimmter Grenzen auch über Haushalts- und Finanzautonomie. Ihre Vermögens- und Finanzverwaltung wird durch eine Verordnung über das Rechnungswesen geregelt, die vom Minister für Verkehr und Schifffahrt im Einvernehmen mit dem Finanzminister erlassen wurde. Der Jahresabschlussbericht der Hafenbehörde über die Haushaltsführung unterliegt der Kontrolle durch die Corte dei Conti (Rechnungshof).

9. Art. 7 des Gesetzes Nr. 84/1994 bestimmt:

„(1) Organe der Hafenbehörde sind: a) der Präsident; b) das Hafenkomitee; c) der Generalsekretär; d) das Rechnungsprüfungskollegium.

(2) Die Vergütung des Präsidenten [und der anderen Mitglieder der Hafenorgane] wird von der Hafenbehörde getragen und vom Hafenkomitee in einer Höhe festgesetzt, die die durch … Dekret des Ministers für Verkehr und Schifffahrt festgelegten Obergrenzen nicht überschreitet …“

10. Nach Abs. 3 der genannten Bestimmung kann der Minister für Verkehr und Schifffahrt unter bestimmten Voraussetzungen durch Dekret die Amtsenthebung des Präsidenten und die Auflösung des Hafenkomitees anordnen.

11. Gemäß Art. 8 Abs. 1 und 2 des Gesetzes Nr. 84/1994 wird der Präsident der Hafenbehörde durch Dekret des Ministers für Verkehr und Schifffahrt im Einvernehmen mit der betreffenden Region aus einer Gruppe von drei qualifizierten Fachleuten auf dem Gebiet des Verkehrs und der Hafenwirtschaft ernannt, die von den zuständigen Einrichtungen der Provinzen, Regionen und Handelskammern benannt werden. Die Amtszeit des Präsidenten beträgt vier Jahre und kann einmal verlängert werden. Der Präsident vertritt die Hafenbehörde.

12. Nach Art. 8 Abs. 3 des genannten Gesetzes hat der Präsident der Hafenbehörde folgende Aufgaben:

„a) Vorsitz des Hafenkomitees;

b) Vorlage des betrieblichen Dreijahresplans an das Hafenkomitee zur Genehmigung;

c) Vorlage des Hafenplanungsprogramms an das Hafenkomitee zur Genehmigung;

d) Vorlage der Entscheidungsentwürfe betreffend den geschätzten Haushalt und die Haushaltsanpassungen, die Bilanz und die Vergütung des Generalsekretärs an das Hafenkomitee sowie Durchführung der vertraglichen Vereinbarungen mit dem Personal des technischen und betrieblichen Sekretariats;

e) Vorschlag der Entscheidungsentwürfe betreffend die in Art. 6 Abs. 5 genannten Konzessionen an das Hafenkomitee;

f) Sicherstellung der Koordinierung der von den verschiedenen öffentlichen Verwaltungen im Hafen ausgeübten Tätigkeiten sowie der Koordinierung und Überwachung der einer Lizenz oder Konzession unterliegenden Tätigkeiten und der Hafendienste;

…

h) Verwaltung der im Staatseigentum stehenden [und im Zuständigkeitsbereich der Hafenbehörde belegenen] Grundstücke im Einklang mit den einschlägigen Rechtsvorschriften durch Ausübung der in den Art. 36 bis 55 und 68 der [italienischen] Schifffahrtsordnung[5] und den Durchführungsbestimmungen hierzu vorgesehenen Funktionen nach Anhörung des Hafenkomitees;

i) Ausübung der der Hafenbehörde durch die Art. 16[6] und 18[7] zugewiesenen Befugnisse sowie nach Anhörung des Hafenkomitees Erteilung der in diesen Bestimmungen vorgesehenen Zulassungen und Konzessionen, deren Laufzeit vier Jahre nicht übersteigt, sowie Festlegung der Höhe der zu entrichtenden Gebühren …;

l) Förderung der Gründung einer Hafenarbeitergewerkschaft …;

m) Gewährleistung der Befahrbarkeit der Hafengewässer sowie des Ausbaggerns und der Instandhaltung des Meeresbodens … In unaufschiebbaren und dringenden Fällen kann er Maßnahmen mit bindendem Charakter treffen …;

n) Erarbeitung von Vorschlägen zur Festsetzung der Freizonen nach Anhörung der Seebehörde und der betroffenen Kommunalverwaltungen;

n-bis) Ausübung aller sonstigen Befugnisse, die durch dieses Gesetz nicht den anderen Organen der Hafenbehörde zugewiesen sind“.

13. Nach Art. 12 des Gesetzes Nr. 84/1994 unterliegt die Hafenbehörde der Aufsicht des Ministers für Verkehr und Schifffahrt. Insbesondere die Entscheidungen des Präsidenten und des Hafenkomitees bedürfen der Zustimmung dieses Ministers, soweit sie a) die Genehmigung des geschätzten Haushalts, der Haushaltsanpassungen und der Bilanz und b) die Einstellung des technischen und betrieblichen Generalsekretariatspersonals betreffen. Die vorstehend unter Buchst. a genannten Entscheidungen bedürfen ferner der Zustimmung des Finanzministers. Des Weiteren ist der italienische Rechnungshof zur Beaufsichtigung bestimmter Tätigkeiten der Hafenbehörde verpflichtet.

II – **Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen**

14. Mit Dekret vom 7. Juni 2011, das nach Abschluss eines gesetzlich geregelten Ernennungsverfahrens erlassen wurde, ernannte der italienische Minister für Infrastruktur und Verkehr den griechischen Staatsangehörigen Iraklis Haralambidis zum Präsidenten der Autorità Portuale di Brindisi (Hafenbehörde Brindisi, Italien).

15. Daraufhin erhob einer der anderen Bewerber für das Amt, der italienische Staatsangehörige Calogero Casilli, beim Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Lecce (im Folgenden: TAR Puglia) Klage auf Aufhebung des Ministerialdekrets. Herr Casilli machte geltend, Herr Haralambidis könne nicht zum Präsidenten der Hafenbehörde Brindisi ernannt werden, da für dieses öffentliche Amt zwingend die italienische Staatsbürgerschaft erforderlich sei.

16. Das TAR Puglia gab der Klage von Herrn Casilli statt und hob das Ministerialdekret zur Ernennung von Herrn Haralambidis mit Urteil vom 26. Juni 2012 auf.

5 — Diese Bestimmungen des italienischen Schifffahrtsgesetzes betreffen die Konzessionen oder Nutzungsrechte für im Staatseigentum stehende Flächen maritimer Grundstücke (Art. 36 bis 55) bzw. die Beaufsichtigung der in Häfen ausgeübten Tätigkeiten (Art. 68).

6 — Art. 16 des Gesetzes Nr. 84/1994 betrifft „Hafenbetrieb und Hafendienste“.

7 — Art. 18 des Gesetzes Nr. 84/1994 betrifft „Erteilung von Konzessionen für [Hafen-]Bereiche und Docks“.

17. Herr Haralambidis legte gegen das Urteil des TAR Puglia Rechtsmittel beim Consiglio di Stato ein. Zur Begründung führte er an, die einschlägigen nationalen Bestimmungen seien bei einer Auslegung dahin, dass zur Ernennung für das in Rede stehende Amt die italienische Staatsangehörigkeit erforderlich sei, mit Art. 45 Abs. 4 AEUV unvereinbar.

18. Da der Consiglio di Stato Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der einschlägigen italienischen Bestimmungen mit dem Unionsrecht hegt, hat er das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Stellt – in Anbetracht dessen, dass die Ausnahmeregelung des Art. 45 Abs. 4 AEUV im vorliegenden Fall (Ernennung eines Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union zum Präsidenten einer Hafenbehörde, einer als Einrichtung des öffentlichen Rechts qualifizierbaren juristischen Person) nicht maßgeblich zu sein scheint, da sie Fälle einer Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung betrifft (ein solcher liegt hier nicht vor), die Vertrauensstellung des Präsidenten einer Hafenbehörde bei einer weiten Auslegung aber dennoch als „Beschäftigung“ angesehen werden kann – die Vorbehaltsklausel über die Ausübung dieses Amts ausschließlich durch italienische Staatsangehörige eine durch Art. 45 AEUV verbotene auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung dar?

2. Ist – andernfalls – die Ausübung des Amts des Präsidenten einer italienischen Hafenbehörde durch einen Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union von der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 ff. AEUV umfasst und stellt, im Falle der Bejahung, das nationalrechtliche Verbot der Ausübung dieses Amts durch eine Person, die nicht italienischer Staatsbürger ist, eine auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung dar, oder wird dies durch Art. 51 AEUV ausgeschlossen?

3. Hilfsweise: Ist die Ausübung des Amts des Präsidenten einer italienischen Hafenbehörde durch einen Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union eine „Dienstleistung“ im Sinne der Richtlinie 2006/123/EG[8], ist ferner der Ausschluss der Hafendienste vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auch für die hier interessierenden Zwecke maßgeblich und stellt – sollte dies nicht der Fall sein – das nationalrechtliche Verbot der Ausübung dieses Amts durch einen solchen Staatsangehörigen eine auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung dar?

4. Äußerst hilfsweise: Ist die Ausübung des Amts des Präsidenten einer italienischen Hafenbehörde durch einen Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union, sofern sie nicht den zuvor angeführten Vorschriften unterfällt, gleichwohl – ungeachtet der in den Art. 45 und 49 ff. AEUV und der Richtlinie 2006/123 enthaltenen besonderen Vorschriften „für diesen Bereich“ – allgemeiner, im Sinne von Art. 15 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta), von dem Recht des Unionsbürgers umfasst, „in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen“, und verstößt daher das nationalrechtliche Verbot der Ausübung dieses Amts gegen das in Art. 21 Abs. 2 der Charta enthaltene allgemeine Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit?

19. In der vorliegenden Rechtssache haben Herr Haralambidis, Herr Casilli, die Autorità Portuale di Brindisi, die italienische, die spanische und die niederländische Regierung sowie die Kommission schriftliche Erklärungen eingereicht.

8 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376, S. 36).

20. Am 12. Februar 2014 hat der Gerichtshof die italienische Regierung um Klarstellung der Bedeutung bestimmter italienischer Rechtsvorschriften ersucht und gleichzeitig die Teilnehmer an der mündlichen Verhandlung aufgefordert, ihre mündlichen Ausführungen auf die ersten beiden Fragen des vorlegenden Gerichts zu konzentrieren. Die italienische Regierung hat am 27. Februar 2014 auf das Ersuchen um Klarstellung geantwortet.

21. Die italienische Regierung und die Kommission haben in der Sitzung vom 26. März 2014 mündlich verhandelt.

III – **Würdigung**

A – *Umformulierung der Vorlagefragen*

22. Mit seinen vier Fragen ersucht das vorlegende Gericht im Wesentlichen um Hinweise zu der Problemstellung, ob eine innerstaatliche Regelung, wonach das Amt des Präsidenten einer Hafenbehörde den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten ist, mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

23. Vor Eintritt in die juristische Prüfung muss der vorliegende Fall meines Erachtens in den korrekten rechtlichen Zusammenhang gestellt werden, um die Vorlagefragen angemessen umzuformulieren. Zu diesem Zweck möchte ich vier Vorbemerkungen machen.

24. *Erstens* verweist das Vorabentscheidungsersuchen seinem Wortlaut nach auf mehrere Bestimmungen des primären Unionsrechts (Art. 45 AEUV und Art. 49 ff. AEUV sowie Art. 15 und Art. 21 Abs. 2 der Charta) sowie des abgeleiteten Rechts (die Bestimmungen der Richtlinie 2006/123) als Vorschriften, die der in Rede stehenden nationalen Regelung entgegenstehen könnten.

25. Wie jedoch eingangs der vorliegenden Schlussanträge dargelegt, scheint mir auf der Hand zu liegen, dass die hier maßgebende Bestimmung des Unionsrechts der Art. 45 AEUV ist.

26. Trotz der zum einen vom vorlegenden Gericht und zum anderen von der italienischen Regierung geäußerten Zweifel bin ich der Meinung, dass der Präsident einer Hafenbehörde als Arbeitnehmer im Sinne der Art. 45 AEUV bis 48 AEUV angesehen werden kann.

27. Wie der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, kann der Begriff „Arbeitnehmer“ wegen der autonomen Bedeutung, die er im Unionsrecht hat, nicht je nach den in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Vorschriften oder Grundsätzen unterschiedlich ausgelegt werden [9]. Der Begriff ist außerdem weit in dem Sinne auszulegen, dass darunter jeder fällt, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält [10].

9 — Vgl. u. v. a. Urteile vom 14. Juni 2012, Kommission/Niederlande (C-542/09, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 68), und vom 3. Juli 1986, Lawrie-Blum (66/85, Slg. 1986, 2121, Rn. 16).

10 — Vgl. u. a. Urteile vom 28. Februar 2013, Petersen (C-544/11, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 30), und Lawrie-Blum (Rn. 16 und 17).

28. Wie die spanische Regierung und die Kommission ausführen, dürften diese Kriterien im Fall des Präsidenten einer Hafenbehörde erfüllt sein. Die zu diesem Amt ernannte Person geht ein Vertragsverhältnis mit der Hafenbehörde ein, die ihr für die von ihr in einem befristeten Zeitraum (vier Jahre mit der Möglichkeit einer einmaligen Verlängerung) regelmäßig erbrachten Leistungen eine Vergütung zahlt. Die Höhe der Vergütung wird im Voraus festgelegt und lehnt sich in den von den zuständigen Ministern bestimmten Grenzen an diejenige für vergleichbare hohe Ämter in der öffentlichen Verwaltung an.

29. Auch wenn der Präsident eine leitende Position in der ihn beschäftigenden Einrichtung innehat und somit bei der tatsächlichen Wahrnehmung seiner Aufgaben über einen verhältnismäßig weiten Ermessensspielraum verfügt, so unterliegt er doch der Aufsicht. Insbesondere verbleiben dem Minister für Infrastruktur und Verkehr (der dabei gegebenenfalls im Einvernehmen mit dem Finanzminister oder anderen öffentlichen Körperschaften handelt) Weisungs-, Überwachungs- und gegebenenfalls Sanktionsbefugnisse gegenüber dem Präsidenten einer Hafenbehörde.

30. Der Präsident einer Hafenbehörde wird vom Minister für Infrastruktur und Verkehr (im Einvernehmen mit der zuständigen Regionalbehörde) nicht nur ernannt, sondern er kann von ihm auch entlassen werden. Diese Möglichkeit besteht in den in Art. 7 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 84/1994 aufgeführten Fällen und ganz allgemein immer dann, wenn die Entlassung zur Gewährleistung der ordentlichen Verwaltung der Hafenbehörde geboten ist, aufgrund der impliziten Befugnisse, die der Regierung nach der Rechtsprechung der italienischen Gerichte in dieser Hinsicht zustehen [11].

31. Zudem bedürfen einige wichtige Entscheidungen, die der Präsident bzw. das unter seinem Vorsitz stehende Hafenkomitee zu treffen hat, nach Art. 12 des Gesetzes Nr. 84/1994 der Zustimmung von Seiten der Regierung. Die Weisungsbefugnisse des zuständigen Ministers scheinen sogar noch darüber hinauszugehen. Der italienischen Regierung zufolge hat es der Consiglio di Stato in seiner Rechtsprechung nämlich als „undenkbar“ bezeichnet, dass der Präsident einer Hafenbehörde die ihm wiederholt erteilten Weisungen des zuständigen Ministers bewusst nicht beachtet. In diesem Zusammenhang habe der Consiglio di Stato das Vertrauensverhältnis hervorgehoben, das zwischen dem Präsidenten einer Hafenbehörde und dem zuständigen Minister bestehen müsse [12]. Die – wenngleich nur in gewissem Umfang und in erster Linie in Form einer nachträglichen Kontrolle bestehende – Unterordnung des Präsidenten einer Hafenbehörde unter den zuständigen Minister ist also unbestreitbar.

32. Umgekehrt weist das Amt des Präsidenten einer Hafenbehörde offenkundig nicht die Merkmale auf, die typischerweise mit dem Bild eines eigenständigen Dienstleisters verbunden sind, d. h. freiere Wahlmöglichkeiten bezüglich der Art der auszuführenden Arbeiten und Aufgaben, der Modalitäten der Ausführung dieser Arbeiten bzw. Aufgaben, der Arbeitszeiten und des Arbeitsorts sowie des Einsatzes eigenen Personals [13].

11 — Vgl. insbesondere Urteil des Consiglio di Stato vom 13. Mai 2013, Sezione IV, Nr. 2596, Ciani/Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, Abschnitt 4.4.1.

12 — Ebd. (Ziff. 4.6).

13 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Dezember 1989, Agegate (C-3/87, Slg. 1989, 4459, Rn. 36). Vgl. auch Urteil vom 13. Februar 2014, Kommission/Italien (C-596/12, Slg. 2014, Rn. 16 ff.), und im Gegenschluss Urteil vom 27. Juni 1996, Asscher (C-107/94, Slg. 1996, I-3089, Rn. 26).

33. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zwischen dem Präsidenten einer Hafenbehörde und dem Staat ein Beschäftigungsverhältnis *sui generis* besteht, das dem Beschäftigungsverhältnis entspricht, mit dem sich der Gerichtshof in der Rechtssache Danosa [14] befasst hat. In jener Rechtssache hat der Gerichtshof entschieden, dass ein Mitglied der Unternehmensleitung einer privatrechtlichen Gesellschaft als „Arbeitnehmer" im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG [15] zu qualifizieren sei.

34. Ich bin daher der Ansicht, dass der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens im Licht der Bestimmungen des Vertrags über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beurteilen ist. Insbesondere sind für die Lösung des hier vorliegenden Falls die Vorschriften über die (durch Art. 45 Abs. 1 und 3 AEUV garantierte) Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die (in Abs. 4 dieser Bestimmung vorgesehene) Ausnahmeregelung maßgebend.

35. Allerdings – und damit komme ich zu meiner *zweiten* Vorbemerkung – bin ich der Überzeugung, dass die Regelungen des Art. 45 Abs. 4 AEUV und des Art. 51 AEUV trotz ihrer unterschiedlichen Formulierungen einheitlich ausgelegt werden müssen. Wie die Generalanwälte Mayras [16] und Mancini [17] überzeugend dargelegt haben, lässt sich der Unterschied im Wortlaut der beiden Vorschriften durch die Unterschiedlichkeit der ins Auge gefassten Situationen erklären. Beide Bestimmungen verfolgen jedoch dasselbe Ziel, nämlich den Mitgliedstaaten von dem fundamentalen Grundsatz, wonach jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Binnenmarkt verboten ist, eine Ausnahme in der Form zu erlauben, dass sie die Ausübung bestimmter Tätigkeiten, die im Allgemeininteresse von zu diesem Zweck mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personen wahrgenommen werden, ihren eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten. Dementsprechend bin ich der Meinung, dass bei der Auslegung und Anwendung von Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht nur die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu dieser Bestimmung, sondern auch die Grundsätze entsprechend herangezogen werden müssen, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Art. 51 AEUV herausgearbeitet hat, die im Übrigen eine weitgehend ähnliche Entwicklung genommen hat [18].

36. *Drittens* sind, wie die Kommission in ihren Erklärungen zutreffend ausgeführt hat, die vom vorlegenden Gericht genannten anderen Bestimmungen des Unionsrechts entweder im Ausgangsverfahren nicht einschlägig oder jedenfalls für die Beurteilung der vorliegenden Rechtssache unnötig. Zunächst heißt es in Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123 ausdrücklich, dass sie keine Anwendung findet auf „Verkehrsdienstleistungen einschließlich Hafendienste, die in den Anwendungsbereich von Titel V des Vertrags fallen". Selbst wenn man also den Präsidenten einer Hafenbehörde als Dienstleister ansehen wollte, scheint eine Anwendbarkeit der Richtlinie 2006/123 *prima facie* auszuscheiden. Auch die beiden vom vorlegenden Gericht angeführten Bestimmungen der Charta sind für den Gesichtspunkt der Unvereinbarkeit, die sich möglicherweise ohnehin aus der Anwendung der Regeln über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ergibt, wohl nicht weiter erhellend [19]. Sowohl in Art. 15 („Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten") als auch in Art. 21 Abs. 2 der Charta, wonach im Anwendungsbereich der Unionsverträge jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist, sind nämlich Grundsätze verankert, die ausdrücklich oder implizit in Art. 45 AEUV enthalten sind.

14 — Urteil vom 11. November 2010 (C-232/09, Slg. 2010, I-11405, Rn. 38 bis 51).

15 — Richtlinie des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (ABl. L 348, S. 1).

16 — Schlussanträge in der Rechtssache Reyners (2/74, Urteil vom 21. Juni 1974, Slg. 1974, 631).

17 — Schlussanträge in der Rechtssache Kommission/Frankreich (307/84, Urteil vom 3. Juni 1986, Slg. 1986, 1725).

18 — Vgl. hierzu in der Lehre Dashwood, A., u. a., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, Oxford und Portland 2011 (6. Aufl.), S. 569, Mortelmans, K. J. M., „The Functioning of the Internal Market: The Freedoms" in Kapteyn, P. J. G., u. a. (Hrsg.), *The Law of the European Union and the European Communities*, Kluwer International, Alphen aan den Rhijn 2008 (4. Aufl.), S. 575 bis 784, speziell S. 731, und Barnard, C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford 2007 (4. Aufl.), S. 520.

19 — Vgl. Art. 52 Abs. 2 der Charta.

37. *Viertens* und letztens sei vorab darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof Ämter, die Bestandteil der öffentlichen Verwaltung im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV sind, durchgängig *funktionell* definiert [20]. Im Rahmen dieser Bestimmung kommt es also nicht auf den rechtlichen Status des Amtes, seine organschaftlichen Verbindungen zu den öffentlichen Körperschaften [21] oder seine Stellung innerhalb der öffentlichen Verwaltung [22] an, sondern auf seine tatsächliche Ausgestaltung und die mit ihm verbundenen Verantwortlichkeiten und Aufgaben [23].

38. Daher kann der Gerichtshof im vorliegenden Fall nicht abstrakt entscheiden, ob das Amt des Präsidenten einer Hafenbehörde aufgrund von Art. 45 Abs. 4 AEUV den Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats vorbehalten werden darf. Er vermag lediglich die Frage zu prüfen und zu entscheiden, ob diese Möglichkeit in Bezug auf das im italienischen Recht näher geregelte Amt des Präsidenten einer Hafenbehörde besteht. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass die Prüfung, ob die für ein vergleichbares Amt geltende innerstaatliche Regelung eines anderen Mitgliedstaats mit dem Unionsrecht vereinbar ist, zu einem anderen Ergebnis führt, falls sich die Ausgestaltung eines solchen Amtes und die mit ihm verbundenen Verantwortlichkeiten und Aufgaben von den hier vorliegenden Gegebenheiten unterscheiden. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass in zukünftigen Fällen andere Grundsätze zum Tragen kommen als diejenigen, die der rechtlichen Würdigung des hier in Rede stehenden Falls zugrunde liegen [24].

39. Demnach meine ich, dass die vier vom Consiglio di Stato vorgelegten Fragen zusammen geprüft und wie folgt umformuliert werden können: „Ist eine nationale Regelung, wonach das Amt des Präsidenten einer Hafenbehörde, der Aufgaben wie die in Art. 8 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 84/1994 aufgeführten wahrnimmt, den Angehörigen des Mitgliedstaats vorbehalten ist, mit Art. 45 AEUV vereinbar?“

B – *Prüfung der Vorlagefragen*

40. Ehe ich erläutere, weshalb meiner Meinung nach die vom Consiglio di Stato vorgelegte Frage in ihrer umformulierten Fassung zu verneinen ist, werde ich kurz die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs aufzeigen und dabei versuchen, die darin zum Ausdruck kommenden Grundsätze herauszuarbeiten, um dadurch hoffentlich die Auslegung von Art. 45 Abs. 4 AEUV weiter zu klären.

41. Die Freizügigkeit und insbesondere die Freizügigkeit der Arbeitnehmer stellt eine der Grundlagen der Union dar. Nach Art. 45 Abs. 2 AEUV umfasst sie die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung – gleich welcher Art und welchen Umfangs – der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen [25].

20 — Vgl. Urteil Kommission/Frankreich (307/84, Rn. 12) und Schlussanträge von Generalanwalt Léger in der Rechtssache Kommission/Griechenland (C-290/94, Urteil vom 2. Juli 1996, Slg. 1996, I-3285, Nr. 21).

21 — Der Umstand, dass der Amtsinhaber möglicherweise von einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts beschäftigt wird, ist für sich genommen nicht geeignet, die Anwendbarkeit von Art. 45 Abs. 4 AEUV auszuschließen, wenn feststeht, dass der Betreffende bestimmte Tätigkeiten als Vertreter der öffentlichen Körperschaften ausübt – vgl. Urteil vom 30. September 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Slg. 2003, I-10391, Rn. 43).

22 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. Februar 1974, Sotgiu (152/73, Slg. 1974, 153, Rn. 5), und Kommission/Frankreich (307/84, Rn. 11).

23 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 2. Juli 1996, Kommission/Luxemburg (C-473/93, Slg. 1996, I-3207, Rn. 28), und Kommission/Frankreich (307/84, Rn. 12).

24 — Vgl. insbesondere die unten in den Nrn. 46 bis 62 dargelegten Erwägungen.

25 — Vgl. u. a. Urteile vom 4. April 1974, Kommission/Frankreich (167/73, Slg. 1974, 359, Rn. 43 und 44), und vom 5. Dezember 2013, Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betrieb (C-514/12, Rn. 23).

42. Nach Art. 45 Abs. 4 AEUV findet dieser Artikel jedoch auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung keine Anwendung. Allerdings ist diese Bestimmung als Ausnahme von einem allgemeinen Grundsatz eng oder, wie es der Gerichtshof wiederholt formuliert hat, „so auszulegen …, dass sich seine Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist“ [26].

43. Nach ständiger Rechtsprechung ist der Begriff der öffentlichen Verwaltung im Sinne der genannten Bestimmung in der gesamten Europäischen Union einheitlich auszulegen und anzuwenden; seine Definition kann daher nicht in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt werden [27]. Der Gerichtshof hat durchgängig entschieden, dass der Begriff der öffentlichen Verwaltung nur diejenigen Stellen betreffe, die ein „Verhältnis besonderer Verbundenheit“ des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit der dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegenden Rechte und Pflichten voraussetzten [28].

44. Allerdings hat der Gerichtshof die Wendung „Verhältnis besonderer Verbundenheit“ zum Staat noch nie ausgelotet. Er hat lediglich darauf hingewiesen, dass zwei *sehr strenge* [29] Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssten, damit ein Amt unter den Begriff „öffentliche Verwaltung“ subsumiert werden könne: Das Amt müsse 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 und anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet seien [30]. Darüber hinaus hat er ausgeführt, dass auch bei Erfüllung dieser beiden Bedingungen eine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot nicht gerechtfertigt sei, wenn die hoheitlichen Befugnisse nur sporadisch ausgeübt würden oder nur einen geringen Teil der Gesamttätigkeit des Amtsinhabers ausmachten [31].

45. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist mithin die Anwendbarkeit von Art. 45 Abs. 4 AEUV in drei Schritten zu prüfen. Ehe ich diese drei Schritte näher untersuche, möchte ich kurz auf den Begriff „Verhältnis besonderer Verbundenheit“ eingehen, da dieser meines Erachtens die eigentliche *ratio* der Bestimmung verdeutlicht. Dieser Begriff bildet somit den Hintergrund, vor dem die Grundsätze, die sich der Rechtsprechung des Gerichtshofs entnehmen lassen, auszulegen und heranzuziehen sind.

1. Zum Begriff „Verhältnis besonderer Verbundenheit“

46. Die Idee eines Verhältnisses besonderer Verbundenheit kommt bei Ämtern zum Tragen, die – wie der Staat legitimerweise geltend machen kann – Pflichten umfassen, die ihrer Natur nach am besten nur von Personen erfüllt werden, die dem Staat nicht nur aufgrund eines reinen Beschäftigungsverhältnisses, sondern auch aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit verbunden sind. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass eine Person dem Land, dem sie und ihre Familie angehören und in dem sie ihre Wurzeln hat, im Allgemeinen ein stärkeres Gefühl von Loyalität, Vertrauen und Engagement entgegenbringt. Ist es denn nicht so, dass sich die Bestimmung der Staatsangehörigkeit einer Person vor allem auf die Rechtsgrundsätze der Blutszugehörigkeit („*ius sanguinis*“) oder der Bodenzugehörigkeit („*ius soli*“) stützt? Nach dieser Auffassung könnte eine Person, der die Bindung aufgrund *sanguis* und *solum* fehlt, weniger willens oder auch nur weniger fähig sein, ihre Pflichten unter allen Umständen so zu erfüllen, dass eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe in vollem Umfang erledigt wird.

26 — Vgl. u. v. a. Urteile Lawrie-Blum (Rn. 26), und vom 16. Juni 1987, Kommission/Italien (225/85, Slg. 1987, 2625, Rn. 7).

27 — Vgl. Urteil vom 30. September 2003, Anker u. a. (C-47/02, Slg. 2003, I-10447, Rn. 57 und die dort angeführte Rechtsprechung).

28 — Ebd. (Rn. 58 und die dort angeführte Rechtsprechung).

29 — Vgl. Urteil Kommission/Luxemburg (Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

30 — Vgl. u. a. Urteile vom 17. Dezember 1980, Kommission/Belgien (149/79, Slg. 1980, 3881, Rn. 10), und Kommission/Griechenland (Rn. 2).

31 — Vgl. Urteile Anker u. a. (Rn. 63 und 64) und Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (Rn. 44 und 45).

47. Der Betreffende könnte weniger *willens* sein, weil von dem Amtsinhaber z. B. verlangt wird, den Belangen des Gemeinwesens oder des Staats Vorrang vor seinen eigenen einzuräumen, auch wenn dies unter bestimmten Umständen nicht so einfach sein mag. Schwierig könnte es insbesondere für Personen werden, die ein Amt in den bewaffneten Streitkräften und bei der Polizei innehaben.

48. Möglicherweise ist der Betreffende weniger *fähig*, weil z. B. die Bürger, die von der Ausübung der ihm verliehenen hoheitlichen Befugnisse betroffen sind, vielleicht nicht erkennen, dass der Amtsinhaber namens und im Interesse des Staats handelt [32]. Um ein Beispiel zu geben: Es ist denkbar, dass ein Ausländer als nicht hinreichend repräsentativ für das betreffende Land erachtet wird, um höchste Regierungsämter zu bekleiden. Ebenso kann es vorkommen, dass eine Person, der die starke Bindung an die sozialen, politischen und kulturellen Bereiche der Gesellschaft fehlt, in der sie ihre hoheitlichen Aufgaben wahrnehmen muss, nicht von allen Bürgern als „einer von uns" angesehen wird. Dies könnte dazu führen, dass die von dem Amtsinhaber namens des Staats vorgenommenen Handlungen, die durchaus schwerwiegende Folgen für die Bürger nach sich ziehen mögen, an Legitimität und Anerkennung verlieren. Das dürfte u. a. für zur Richterschaft des Landes gehörende Personen gelten.

49. Andererseits wurden die Gemeinschaften gerade mit dem Ziel gegründet, die Zeiten von „Blut und Boden" zu überwinden. Außerdem sind weder die Mitgliedstaaten als souveräne Körperschaften noch ihre Bürger heute noch das, was sie zum Zeitpunkt der Gründung der Gemeinschaften einmal waren [33].

50. Erstens hat sich aus der Sicht der Bürger die Rolle des Staats i) innerhalb der Gesellschaft und ii) im internationalen Kontext deutlich verändert. Bezüglich des ersten Punkts unterliegen die Erwartungen der Bürger an das, was der Staat für sie tut und wie er dies tut, offenkundig einem raschen gesellschaftlichen Wandel. In den letzten Jahrzehnten ist eine deutliche Tendenz zur Privatisierung und Auslagerung der Aufgaben festzustellen, die in der Vergangenheit unbedingt öffentlichen Körperschaften vorbehalten waren [34]. Bezüglich des zweiten Punkts wird im Schrifttum in letzter Zeit darauf hingewiesen, dass in der heutigen globalisierten Welt, in der wichtige Bereiche der konstitutionellen Zuständigkeiten der souveränen Staaten entweder auf supranationale Organisationen übertragen wurden oder *de facto* in verschiedenen internationalen Foren wahrgenommen werden [35], der Begriff der Souveränität nicht mehr in derselben herkömmlichen Weise wie in der Vergangenheit verstanden werden kann [36].

51. Zweitens sind auch im Konzept der Staatsbürgerschaft wesentliche Änderungen eingetreten. Angesichts der gesteigerten Mobilität der Arbeitnehmer (und generell aller Menschen) innerhalb der Union hat sich die Verbundenheit, die der Staat traditionell von seinen Bürgern erwartet hat, wenn nicht aufgelöst, so doch zumindest begrifflich innerhalb der Union gewandelt. Zudem ist in den Unionsverträgen seit dem Vertrag von Maastricht die Unionsbürgerschaft als ein eigenständiges und neben der mitgliedstaatlichen Staatsbürgerschaft bestehendes Konzept vorgesehen. Wie der Gerichtshof in seinem Grundsatzurteil Grzelczyk ausgeführt hat, ist „[d]er Unionsbürgerstatus … dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer

32 — Ich weise darauf hin, dass die italienische Regierung diesen Gedanken – meines Erachtens zu Recht – in der mündlichen Verhandlung angesprochen hat.

33 — Vgl. in diesem Zusammenhang die in jüngerer Zeit geführten Diskussionen über die Möglichkeit in einigen Staaten, die Staatsbürgerschaft allein aufgrund des Vermögens zu erwerben.

34 — Interessanterweise führt dieser Trend nicht nur zu einer verstärkten Beteiligung privater Bürger und Unternehmen an staatlichen Tätigkeiten, sondern auch zu einer beachtlichen Zunahme des Auftragshandelns der Staaten füreinander auf internationaler Ebene. Vgl. Dettmer, O., „Unbundling the nation state – Countries have started to outsource public services to each other", 14 (2014) *The Economist* (Ausgabe vom 8. Februar 2014).

35 — Sand, I. J., „From National Sovereignty to International and Global Cooperation: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society", 2007 *Scandinavian Studies in Law*, S. 273, 275.

36 — Vgl. u. a. Weiler, J. H. H., *The Constitution of Europe — 'Do the new clothes have an emperor?' and other essays on European integration*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, und MacCormick, N., *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford 1999.

Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen“ [37]. Um die Formulierung aufzugreifen, die Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Konstantinidis [38] gewählt hat: Jeder Unionsbürger ist, mit anderen Worten, jetzt berechtigt zu sagen, *„civis europeus sum“*, und sich auf diesen Status zu berufen, um sich jeder Verletzung seiner Grundrechte und – so möchte ich hinzufügen – jeder unangemessenen und ungerechtfertigten Diskriminierung in der Union aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu widersetzen.

52. Art. 45 Abs. 4 AEUV ist folglich unter Berücksichtigung der heutigen Gegebenheiten auszulegen [39].

53. Ich werde nunmehr die oben in den Nrn. 44 und 45 angesprochene, in drei Schritten zu vollziehende Prüfung im Licht der vorstehenden Erwägungen im Einzelnen erörtern.

2. Prüfung der Anwendbarkeit von Art. 45 Abs. 4 AEUV in drei Schritten

54. Was den ersten Schritt anlangt, der die Ausübung hoheitlicher Befugnisse betrifft, hat der Gerichtshof bisher noch keine allgemeine und eindeutige Definition dieser Begriffe gegeben. Der Rechtsprechung lassen sich jedoch einige Kriterien entnehmen, darunter – aus den vorstehend genannten Gründen – das Kriterium, dass es sich um die Ausübung von Tätigkeiten handeln muss, die im Sinne von Art. 51 AEUV mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

55. Erstens schließt diese Wendung sicherlich die Gewalt im Sinne von *imperium* [40] ein, also die legislative, exekutive, judikative und militärische Amtsgewalt als Ausfluss der Souveränität, die der Staat durch bestimmte Körperschaften oder Einzelpersonen ausübt [41]. Zweitens ist meines Erachtens unstreitig auch die Gewalt umfasst, die häufig mit dem Begriff *potestas* [42] bezeichnet wird, d. h. all diejenigen Befugnisse, die die Möglichkeit der Vornahme von Handlungen beinhalten, die unabhängig vom (oder entgegen dem) Willen des Adressaten rechtlich bindend sind und durch Zwang und Strafen durchgesetzt werden [43]. Drittens kann andererseits ebenso offensichtlich die bloße Ausübung einer *beliebigen* Befugnis administrativer Natur (d. h. einer andersgearteten Gewalt als derjenigen, über die Privatpersonen verfügen) noch nicht automatisch als hoheitliche Befugnis angesehen werden. Ämter, bei denen es in erster Linie um die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben oder technischen Funktionen [44] und nicht um die Ausübung von Ermessens- oder Entscheidungsbefugnissen geht [45], sind begrifflich nicht erfasst.

37 — Urteil vom 20. September 2001 (C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Rn. 31).

38 — C-168/91, Urteil vom 30. März 1993, Slg. 1993, I-1191, Nr. 46.

39 — Hiervon ausgehend stellt das Ergebnis, zu dem der Gerichtshof in einer besonders weit zurückliegenden Rechtssache betreffend die Anwendbarkeit des (jetzigen) Art. 45 Abs. 4 AEUV gelangt ist, meines Erachtens keinen sachdienlichen Präzedenzfall mehr dar. So würde ich mich z. B. derzeit nicht der Auffassung des Gerichtshofs anschließen, die er zur gebotenen Anwendung der genannten Bestimmung in seinem Urteil vom 26. Mai 1982, Kommission/Belgien (149/79, Slg. 1982, 1845, Rn. 8), vertreten hat.

40 — Zu diesem Ausdruck vgl. auch Schlussanträge von Generalanwalt Cruz Villalón in den verbundenen Rechtssachen Kommission/Belgien u. a. (C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 und C-61/08, Urteil vom 24. Mai 2011, Slg. 2011, I-4105, Nr. 97).

41 — „Die Kennzeichen dieser Souveränität sind der Erlass und die Aufhebung der Gesetze, die Entscheidung über Krieg und Frieden, die Untersuchung und Entscheidung aller Streitigkeiten, entweder in eigener Person oder durch von ihm eingesetzte Richter, und die Ernennung aller Obrigkeiten, Beamten und Räte“ (Thomas Hobbes, *De Cive*, 1642, Kapitel VI, § XVIII).

42 — Zur allgemeinen Bedeutung dieses Begriffs vgl. Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia 1953, S. 640.

43 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (Rn. 42) sowie Anker u. a. (Rn. 61).

44 — Vgl. entsprechend Urteile vom 5. Dezember 1989, Kommission/Italien (C-3/88, Slg. 1989, 4035, Rn. 13), vom 30. März 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Slg. 2006, I-2941, Rn. 39 und 40), und vom 22. Oktober 2009, Kommission/Portugal (C-438/08, Slg. 2009, I-10219, Rn. 40).

45 — Vgl. Urteil Kommission/Italien (225/85, Rn. 9). Vgl. auch entsprechend Urteile vom 24. Mai 2011, Kommission/Frankreich (C-50/08, Slg. 2011, I-4195, Rn. 76), und Reyners (Rn. 51 bis 53).

56. Zugegebenermaßen gibt es eine Grauzone zwischen diesen Kategorien, in der die Entscheidung der Frage, ob die mit einem bestimmten öffentlichen Amt verbundenen administrativen Befugnisse in den Geltungsbereich von Art. 45 Abs. 4 AEUV fallen, nicht ganz so einfach ist. Diese Entscheidung kann der Auslegende meiner Meinung nach nur im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung treffen, bei der sämtliche Merkmale der mit einem konkreten Amt verbundenen Rechte und Tätigkeiten berücksichtigt werden.

57. Als Richtschnur kann dem Auslegenden, wie oben dargelegt, meiner Ansicht nach nur die Antwort auf die Frage dienen, ob der Staat aus objektiven Gründen annehmen darf, dass nur Personen, die ihm durch das Staatsangehörigkeitsband verbunden sind, aller Wahrscheinlichkeit nach eher willens oder fähig sein werden, die mit einem bestimmten Amt verbundenen Pflichten zu erfüllen. Zu den Kriterien, die meines Erachtens insoweit von besonderer Bedeutung sein können, gehören folgende: i) die Nähe oder der Bezug der ausgeübten Tätigkeiten zu den oben dargestellten Befugnissen im Sinne von *imperium* oder *potestas*; ii) die Frage, ob das Amt die Handhabung von Angelegenheiten umfasst, bei denen es um den Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten geht [46]; iii) der Umfang der mit der Ausübung der Befugnisse verbundenen Verantwortung [47] unter dem Gesichtspunkt der Dienststellung bzw. der Leitungs- oder Aufsichtspflichten [48]; iv) die Frage, ob die Befugnisse in einer modernen Gesellschaft naturgemäß [49] oder typischerweise [50] als Befugnisse angesehen werden, die von staatlichen Behörden ausgeübt werden; v) die weitreichenden oder umgekehrt auch begrenzten Folgen, die die mit dem Amt verbundenen Tätigkeiten für andere Einzelpersonen haben können; vi) die Frage, ob die vom Amtsinhaber vorgenommenen Handlungen oder Maßnahmen sofortige und unmittelbare Rechtsfolgen für andere Einzelpersonen nach sich ziehen oder ob sie lediglich Hilfs- oder Vorbereitungscharakter haben [51].

58. Auf den letztgenannten Punkt sollte wohl etwas genauer eingegangen werden. Unter bestimmten Umständen könnte nämlich auch eine *mittelbare* Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse als zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „öffentliche Verwaltung“ hinreichend angesehen werden [52]. Die mittelbare Teilnahme darf jedoch nicht so *weit entfernt* [53] sein, dass – wie ich es formulieren würde – der Bezug zwischen der tatsächlichen Ausübung hoheitlicher Befugnisse und dem vom Amtsinhaber geleisteten Beitrag zu dieser Ausübung offenkundig nur schwach ausgeprägt oder von geringer Bedeutung ist [54].

59. Wenn feststeht, dass das fragliche Amt die Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV umfasst, dann ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob diese Befugnisse zur Verfolgung der allgemeinen Belange verliehen worden sind. Mit anderen Worten muss festgestellt werden, ob der Inhaber des öffentlichen Amts Aufgaben im Interesse des Gemeinwesens und nicht zur Verfolgung privater Interessen wahrnimmt.

60. Diese Bedingung ist mithin dann nicht erfüllt, wenn der Staat einer Einzelperson oder einem Unternehmen besondere Befugnisse oder Rechte verleiht, deren Ausübung gegen Entgelt oder jedenfalls im Rahmen eines Gegenseitigkeitsverhältnisses erfolgt und von denen diese Person bzw. dieses Unternehmen zur Verfolgung eigener Interessen oder der Interessen eines begrenzten Personenkreises Gebrauch machen kann. Im Übrigen bin ich mit der italienischen Regierung der

46 — Vgl. Art. 346 Abs. 1 AEUV.

47 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. November 1991, Bleis (C-4/91, Slg. 1991, I-5627, Rn. 6).

48 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 26. Mai 1982, Kommission/Belgien (Rn. 8 und 11), und Urteil Kommission/Italien (225/85, Rn. 9). Vgl. auch entsprechend Urteil Kommission/Portugal (Rn. 41).

49 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwältin Stix-Hackl in der Rechtssache Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (Nr. 83).

50 — Vgl. Urteile Kommission/Luxemburg (Rn. 27), und vom 26. Mai 1982, Kommission/Belgien (Rn. 12).

51 — Vgl. entsprechend Urteil Kommission/Portugal (Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

52 — Vgl. die oben in Fn. 28 angeführte Rechtsprechung.

53 — Vgl. Urteil Kommission/Luxemburg (Rn. 31).

54 — Vgl. z. B. entsprechend Urteile vom 29. Oktober 1998, Kommission/Spanien (C-114/97, Slg. 1998, I-6717, Rn. 37 und 38), und Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (Rn. 47 und 48).

Meinung, dass diese Bedingung auch dann nicht erfüllt ist, wenn die Verwaltungsbefugnisse zur Verfolgung bloßer wirtschaftlicher oder gewerblicher Interessen des Staats ausgeübt werden sollen. Im Rahmen von Art. 45 Abs. 4 AEUV ist also auf die Belange des Staats als Gemeinwesen und nicht auf die Belange des Staats als normaler Wirtschaftsteilnehmer abzustellen.

61. Schließlich ist zur Feststellung der Anwendbarkeit von Art. 45 Abs. 4 AEUV in einem dritten Schritt zu prüfen, ob die Ausübung dieser zur Verfolgung des Allgemeininteresses verliehenen Befugnisse nicht nur gelegentlich erfolgt bzw. nicht nur einen geringen Teil der von dem betreffenden Amtsinhaber ausgeübten Tätigkeiten ausmacht. Der Gerichtshof hat nämlich ausgeführt, dass eine lediglich sporadische oder ausnahmsweise Ausübung der in Art. 45 Abs. 4 AEUV ins Auge gefassten hoheitlichen Befugnisse durch Personen, die nicht Angehörige des betreffenden Mitgliedstaats sind, nicht geeignet ist, die Belange zu beeinträchtigen, die durch diese Bestimmung geschützt werden sollen. Ein Amt kann also nur dann in den Anwendungsbereich von Art. 45 Abs. 4 AEUV fallen, wenn die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im allgemeinen Interesse den Kern dieses Amts ausmacht [55] oder zumindest regelmäßig erfolgen soll [56]. Insoweit muss meines Erachtens der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine entscheidende Rolle spielen [57].

62. Im Licht dieser Grundsätze werde ich nunmehr die Anwendbarkeit von Art. 45 Abs. 4 AEUV auf das Amt des Präsidenten einer Hafenbehörde untersuchen, der Aufgaben wie die im italienischen Recht vorgesehenen wahrnimmt.

3. Anwendbarkeit von Art. 45 Abs. 4 AEUV im vorliegenden Fall

63. Herr Haralambidis, die Autorità Portuale di Brindisi, die italienische Regierung und die Kommission machen geltend, dass Art. 45 Abs. 4 AEUV im Ausgangsverfahren nicht anwendbar sei. Sie weisen im Wesentlichen darauf hin, dass dieses Amt in erster Linie leitungsbezogene und technische Fähigkeiten erfordere und dass die Ausübung öffentlicher Gewalt für die in Art. 45 Abs. 4 AEUV vorgesehenen Zwecke allenfalls gelegentlich erfolge. Art. 45 Abs. 1 bis 3 AEUV stehe daher einer nationalen Regelung entgegen, der zufolge die italienische Staatsangehörigkeit Voraussetzung für den Zugang zum Amt des Präsidenten einer Hafenbehörde sei.

64. Dem halten Herr Casilli sowie die spanische und die niederländische Regierung entgegen, dass das Amt des Präsidenten einer Hafenbehörde eindeutig in den Bereich der öffentlichen Verwaltung im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV falle. Die den Inhabern dieses Amts verliehenen Verwaltungsbefugnisse seien recht weitreichend, und es bestehe die Pflicht, diese Befugnisse im Allgemeininteresse auszuüben.

65. Ich werde nunmehr anhand der oben dargestellten, in drei Schritten zu vollziehenden Prüfung die Befugnisse beurteilen, die dem Präsidenten einer Hafenbehörde nach italienischem Recht zustehen. Dabei wird sich zeigen, dass die dem Präsidenten einer Hafenbehörde verliehenen Befugnisse mehrheitlich nicht als hoheitlich im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV anzusehen sind. Außerdem dürften selbst diejenigen Befugnisse, die möglicherweise als hoheitlich bezeichnet werden können, entweder nicht im Interesse des Gemeinwesens, sondern lediglich im eigenen wirtschaftlichen Interesse der Hafenbehörde ausgeübt werden oder so ausgestaltet sein, dass ihre Ausübung nur sporadisch oder ausnahmsweise erfolgen soll.

55 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache Lawrie-Blum (2136).

56 — Vgl. die oben in Fn. 29 angeführte Rechtsprechung.

57 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Cruz Villalón in der Rechtssache Kommission/Belgien u. a. (Nrn. 140 ff.).

66. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass sämtliche dem Präsidenten einer Hafenbehörde nach italienischem Recht zustehenden Befugnisse sicherlich nicht den Befugnissen entsprechen, die der Staat normalerweise seinen höchsten Exekutiv-, Militär- oder Justizstellen verleiht. Sie weisen auch keinen engen Bezug zu diesen Souveränitätsbefugnissen auf.

67. Es stimmt zwar, dass die Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten im Allgemeinen mit einem hohen Maß an Verantwortung und mit einem weiten Ermessensspielraum verbunden ist. Es ist auch nicht zu bestreiten, dass seine Tätigkeit oftmals die Form von Verwaltungsakten annimmt, die unmittelbare Rechtswirkung gegenüber den Adressaten entfalten. Jedoch sind wohl nur bei einem geringen Teil dieser Tätigkeiten wirkliche Entscheidungsbefugnisse erforderlich, und selbst wenn dies der Fall sein sollte, geht es nur selten um den Erlass von Akten, die ohne die Hilfe der Polizei oder der innerstaatlichen Gerichte vollzogen werden können [58].

68. Zu den Aufgaben des Präsidenten einer Hafenbehörde gemäß Art. 8 Abs. 3 Buchst. a, b, c, d, e und n des Gesetzes Nr. 84/1994 ist anzumerken, dass der Präsident lediglich befugt ist, dem Hafenkomitee Vorschläge zu unterbreiten. Ohne die zentrale Bedeutung seiner Stellung als Vorsitzender dieses Gremiums in Abrede stellen zu wollen, bleibt es doch dabei, dass sich das Hafenkomitee aus mehreren Mitgliedern zusammensetzt und dass der Präsident keine Vorrechte (wie z. B. ein Vetorecht) gegenüber den anderen Mitgliedern genießt. Auf jeden Fall scheinen diese Handlungen (Erstellung des geschätzten Haushalts, der Bilanz und des dreijährigen Betriebsplans der Hafenbehörde) lediglich programmatischer Art zu sein und Rechtswirkungen größtenteils nur innerhalb der erlassenden Einrichtung selbst zu entfalten.

69. Zu den in Art. 8 Abs. 3 Buchst. f und l des Gesetzes Nr. 84/1994 aufgeführten Aufgaben ist darauf hinzuweisen, dass diese nur grob umrissen sind und dass es dabei im Wesentlichen wohl um die Befugnis geht, Tätigkeiten, die letztlich von anderen Behörden oder Einrichtungen ausgeübt werden, zu koordinieren bzw. zu fördern.

70. Zugegebenermaßen übt der Präsident einer Hafenbehörde Entscheidungs- und Exekutivbefugnisse im Rahmen der ihm durch Art. 8 Abs. 3 Buchst. h, i und m des Gesetzes Nr. 84/1994 zugewiesenen Aufgaben aus.

71. Allerdings gelange ich nach näherer Prüfung zu der Auffassung, dass die Ausübung dieser Befugnisse nicht die *sehr strengen* Voraussetzungen des Art. 45 Abs. 4 AEUV erfüllt. Zum einen sind die Befugnisse bei der Erteilung von Zulassungen und Konzessionen für die Nutzung bestimmter Hafenbereiche oder für bestimmte Tätigkeiten meines Erachtens im Wesentlichen mit den Entscheidungen vergleichbar, die private Industrie- oder Gewerbeunternehmen treffen. Insbesondere entsprechen die vom Präsidenten einer Hafenbehörde in diesem Zusammenhang vorgenommenen Handlungen, obwohl sie in Form von Verwaltungsakten erfolgen und Staatseigentum betreffen, in wirtschaftlicher Hinsicht Verträgen über die Verpachtung oder Vermietung von Grundstücken, die zwischen Privatunternehmen geschlossen werden können [59]. Zum anderen bezweckt – wie die italienische Regierung hervorhebt – der Präsident einer Hafenbehörde bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben in diesem Bereich die Gewährleistung einer effizienten und rentablen Nutzung der von der Hafenbehörde verwalteten staatlichen Grundstücke. Mit anderen Worten lässt sich der Präsident insoweit bei seiner Tätigkeit eher von den finanziellen und wirtschaftlichen Interessen der Behörde, der er vorsteht, als von den allgemeinen Interessen des Gemeinwesens leiten.

58 — Zur Bedeutung dieses Gesichtspunkts vgl. entsprechend Urteile Kommission/Portugal (Rn. 44) und Kommission/Frankreich (C-50/08, Rn. 93).

59 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Oktober 2007, CO.GE.P (C-174/06, Slg. 2007, I-9359, Rn. 31 bis 35).

72. Allerdings gibt es zwei dem Präsidenten einer Hafenbehörde übertragene Aufgaben, bei denen Zwangsbefugnisse gegenüber Bürgern zum Einsatz kommen und die wohl nicht nur im Interesse der Hafenbehörde selbst, sondern auch im Interesse des Gemeinwesens wahrgenommen werden. Ich meine erstens die durch die Art. 54 und 55 der italienischen Schifffahrtsordnung verliehene Befugnis (auf die Art. 8 Abs. 3 Buchst. h des Gesetzes Nr. 84/1994 verweist) zum Erlass eines Bescheids, mit dem einem rechtswidrigen Besitzer eines Bereichs des staatlichen maritimen Grundstücks aufgegeben wird, innerhalb einer bestimmten Frist den vorherigen Zustand wiederherzustellen, und der für den Fall der Nichtbefolgung des Bescheids die Wiederherstellung von Amts wegen auf Kosten des Zuwiderhandelnden vorsieht. Zweitens beziehe ich mich auf die Aufgabe, die Befahrbarkeit des Hafenbereichs sowie das Ausbaggern und die Instandhaltung des Meeresbodens sicherzustellen, wobei der Präsident einer Hafenbehörde befugt ist, in unaufschiebbaren und dringenden Fällen bindende Entscheidungen zu treffen.

73. Es liegt jedoch auf der Hand, dass die Ausübung dieser Befugnisse nicht zu den Kernaufgaben des Präsidenten einer Hafenbehörde gehört. Ihre Ausübung stellt vielmehr einen verhältnismäßig geringen Teil seiner gesamten Tätigkeiten dar. Die italienische Regierung hat außerdem bestätigt, dass diese Befugnisse nur sporadisch oder ausnahmsweise ausgeübt werden sollen. Allgemeine und umfangreichere Polizei- und Zwangsbefugnisse in den von der Hafenbehörde verwalteten Bereichen liegen nämlich bei den zuständigen Polizeikräften, insbesondere bei der *Capitanerie di Porto – Guardia Costiera* (italienische Küstenwache [60]). Im Übrigen sind für den Vollzug aller anderen Akte des Präsidenten einer Hafenbehörde die Hilfe dieser Polizeikräfte und gegebenenfalls die Einschaltung eines Richters erforderlich.

74. Schließlich scheint Art. 8 Abs. 3 Buchst. n-bis des Gesetzes Nr. 84/1994 als Auffangtatbestand zu dienen [61]. Ich meine jedoch, dass bei einer Gesamtbetrachtung des Gesetzes Nr. 84/1994 nicht davon ausgegangen werden kann, dass irgendeine dieser Befugnisse die Erfordernisse von Art. 45 Abs. 4 AEUV erfüllt.

75. Abschließend gelange ich zu dem Ergebnis, dass bei dem Amt des Präsidenten einer Hafenbehörde die ihm zugewiesenen Aufgaben und jedenfalls die damit verbundenen wichtigsten Befugnisse zum allergrößten Teil technischer und leitender Natur sind. Für die Ausübung dieses Amtes scheinen im Grunde Kompetenz und Erfahrung in den Bereichen Verkehr, Betriebswirtschaft und Personalwesen erforderlich zu sein. Ich vermag nicht zu erkennen, weshalb ein Mitgliedstaat vernünftigerweise annehmen können soll, dass aller Wahrscheinlichkeit nach nur ein eigener Angehöriger fähig und willens genug ist, die mit diesem Amt verbundenen Pflichten zu erfüllen. Mit anderen Worten ist für mich nicht ersichtlich, dass die ordnungsgemäße Wahrnehmung der dem Präsidenten einer Hafenbehörde gesetzlich zugewiesenen Aufgaben durch das Staatsangehörigkeitsband aufgewertet würde.

60 — Die italienische Küstenwache bildet ein Korps der italienischen Marine und nimmt Funktionen und Aufgaben vor allem in Bezug auf die zivile Nutzung des Meeres wahr.

61 — Nach Art. 8 Abs. 3 Buchst. n-bis obliegt dem Präsidenten einer Hafenbehörde die „Ausübung aller sonstigen Befugnisse [der Hafenbehörde], die durch dieses Gesetz nicht den anderen Organen der Hafenbehörde zugewiesen sind“.

IV – **Ergebnis**

76. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Consiglio di Stato vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

Art. 45 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach das Amt des Präsidenten einer Hafenbehörde, der Aufgaben wahrnimmt, wie sie in Art. 8 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 84 vom 28. Januar 1994 zur Neuordnung der Rechtsvorschriften über Häfen (Legge 28 gennaio 1994, n. 84, *Riordino della legislazione in materia portuale*) aufgeführt sind, den Angehörigen des Mitgliedstaats vorbehalten ist.