SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS WALTER VAN GERVEN
vom 9. Februar 1994 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Tatsächlicher und rechtlicher Hintergrund

1. In der vorliegenden Sache legt das Tribunale Genua dem Gerichtshof mehrere Fragen nach der Auslegung der Artikel 5, 7, 30, 59, 85, 86 und 90 EG-Vertrag zur Vorabentscheidung vor. Diese Fragen stellen sich in einem Mahnverfahren, in dem die Corsica Ferries Italia SRL (im folgenden: Antragstellerin) vom Corpo dei piloti del porto di Genova (im folgenden: Antragsgegner) die Erstattung von Beträgen verlangt, die sie ihrer Ansicht nach im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht für Lotsendienste an die Antragsgegner gezahlt hat. Diese Dienste bestehen darin, daß ein Lotse den Kapitän bei der Einfahrt in den Hafen und beim Anlegen namentlich durch die Angabe der Fahrtroute und die Mitwirkung bei den erforderlichen Manövern unterstützt.

Vor der Behandlung der Fragen ist zunächst der nicht völlig klare tatsächliche und rechtliche Hintergrund des Rechtsstreits darzustellen.

2. Die Antragstellerin, deren Firma bei einer außerordentlichen Hauptversammlung vom 4. Dezember 1992 in „Tour Ship Italia srl" umgeändert wurde, ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung italienischen Rechts mit Gesellschaftssitz in Cagliari, die mit Fährschiffen innerstaatliche und grenzüberschreitende Seeverkehrsleistungen anbietet. Aus den schriftlichen Erklärungen der Antragstellerin ergibt sich, daß sich ihr Gesellschaftskapital seit dem 4. Dezember 1992 zu 90 % im Besitz der Tour Ship Group SA, einer Aktiengesellschaft luxemburgischen Rechts, befindet [1].

Nach eigenen Angaben verwaltet die Antragstellerin die der Tour Ship Group zur Verfügung stehende Flotte als Reedereivertreterin für den Reeder (zur Frage, wer hier Reeder ist, siehe Nr. 22). Daneben führt sie seit 1989 unmittelbar als Seeschiffahrtsunternehmen den Linienverkehr zwischen dem Hafen von Genua und verschiedenen korsischen Häfen

* Originalsprache: Niederländisch.

1 — Aus dem Protokoll der außerordentlichen Hauptversammlung der Anteilseigner vom 4. Dezember 1992 (Anlage zu den schriftlichen Erklärungen der Antragstellerin) ergibt sich, daß die Tour Ship Group SA erst durch die damals beschlossene Kapitalerhöhung Anteilseignerin wurde: bis dahin befanden sich 99 % des Gesellschaftskapitals (20 000 000 LIT) im Besitz einer liechtensteinischen Gesellschaft, der Allgemeinen Tourist Organisation Anstalt. Es wurde eine Kapitalerhöhung auf 199 000 000 LIT beschlossen, wobei die Tour Ship Group sofort Anteile in Höhe von 179 000 000 LIT zeichnete und einzahlte.

(Bastia, Calvi, Ajaccio) durch. Sie betreibt diesen Linienverkehr mit zwei von ihr gepachteten, unter panamaischer Flagge fahrenden Fährschiffen, der Corsica Regina und der Corsica Victoria [2]. Diese beiden Schiffe stehen, nach den vom Prozeßbevollmächtigten der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung gemachten Angaben, im Eigentum der Gesellschaft Tour Ship Panama [3].

Noch eine kurze Bemerkung zur Struktur der Tour Ship Group: In der mündlichen Verhandlung erklärte der Prozeßbevollmächtigte der Antragstellerin, daß F. Lota, ein französischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Bastia (Korsika), der einzige Aktionär der luxemburgischen Tour Ship Group sei. Über die luxemburgische Holdinggesellschaft kontrolliert Herr Lota nicht nur die Antragstellerin, sondern auch die Gesellschaften Corsica Ferries France und Corsica Ferries Panama, die kürzlich in Tour Ship France und Tour Ship Panama umbenannt wurden.

3. Die Antragstellerin zahlte in dem Zeitraum von Ende 1989 bis zum 31. Juli 1992 für Lotsendienste insgesamt 901 156 960 LIT an den Antragsgegner. Sie macht geltend, ihr gegenüber sei eine Tarifdiskriminierung unter Verstoß gegen die Bestimmungen des EG-Vertrags über den Wettbewerb und den freien Verkehr begangen worden, und verlangt vom Antragsgegner für den Zeitraum von 1989 bis 1992 die Erstattung der Differenz zwischen dem von ihr bezahlten Grundtarif und dem herabgesetzten Tarif, der für Schiffe gilt, die unter inländischer Flagge fahrende und im Linienverkehr zwischen inländischen Häfen eingesetzt werden. Diese Differenz beträgt 588 752 000 LIT.

4. Das italienische Recht regelt den Lotsendienst in den Artikeln 86 bis 100 des Codice della Navigazione (Schiffahrtsordnung; im folgenden: Codice) und in den Artikeln 98 bis 137 des Regolamento di esecuzione (navigazione marittima) (Durchführungsverordnung betreffend die Seeschiffahrt).

Gemäß Artikel 86 des Codice wird in Häfen und an anderen Schiffszu- und -durchfahrten, für die die Inanspruchnahme von Lotsen anerkanntermaßen erforderlich ist, durch Dekret des Präsidenten der Republik eine rechtsfähige Lotsenkörperschaft errichtet.

Obwohl die Inanspruchnahme von Lotsendiensten grundsätzlich freigestellt ist, kann hiervon gemäß Artikel 87 des Codice abgewichen und können diese Dienste, soweit erforderlich, durch Dekret des Präsidenten der Republik vorgeschrieben werden. Dies ist für nahezu alle italienischen Häfen einschließlich des Hafens von Genua geschehen. Schiffskapitäne, die die Verpflichtung zur Inanspruchnahme eines Lotsen nicht beachten, machen sich strafbar (Artikel 1170 und 1171 des Codice).

2 — In der mündlichen Verhandlung wies der Prozeßbevollmächtigte der Antragstellerin darauf hin, daß nur diese zwei Schiffe unter panamaischer Flagge fahren. Die übrigen Schiffe der Antragstellerin führen unter italienischer Flagge.

3 — In dem Auszug aus „Lloyd's Register of Shipping", der den schriftlichen Erklärungen der Kommission als Anlage beigefügt ist, ist für beide Schiffe die Gesellschaft Tourship Co. SA als Eigentümerin eingetragen.

5. Im Einzelfall kommt zwischen der Lotsenkörperschaft und dem Kapitän des Schiffes — der den Reeder vertritt — ein entgeltlicher Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen zustande, aufgrund dessen ein dieser Körperschaft angehörender Lotse dem Kapitän seine Dienste anbietet.

Die Tarife für die Lotsendienste werden gemäß Artikel 91 des Codice vom Minister für die Handelsflotte nach Anhörung der betroffenen Verbände genehmigt. Sie werden in jedem Hafen durch Dekret der zuständigen Seeschiffahrtsbehörde für anwendbar erklärt.

Mit Rundschreiben vom 16. November 1990 teilte das Ministerium für die Handelsflotte allen Seeschiffahrtsdirektionen mit, daß zwischen den Vereinigungen der Reeder und dem italienischen Verband der Hafenlotsen eine Vereinbarung über die Anpassung der Tarife für 1991 und 1992 getroffen worden sei und das Ministerium diese Tarife gemäß Artikel 91 des Codice genehmigt habe. Der Seeschiffahrtsdirektor des Hafens von Genua erklärte diese Tarife durch Dekret für anwendbar.

6. Aus den Dekreten des Seeschiffahrtsdirektors [4] ergibt sich erstens, daß im entscheidungserheblichen Zeitraum zwei unterschiedliche Tarifregelungen galten, je nachdem ob das Schiff zur Kabotage, d. h. zur Küstenschiffahrt in Italien, zugelassen war oder nicht [5]. Auf zur Kabotage zugelassene Schiffe wurde für die gleichen Lotsendienste ein 30 % niedrigerer Tarif angewandt als auf zur Küstenschiffahrt nicht zugelassene Schiffe. Ferner wurde eine Ermäßigung von 50 % für Linienschiffe gewährt, die regelmäßig auf einer festen Route zwischen italienischen Häfen verkehren und mindestens einmal wöchentlich den Hafen von Genua anlaufen. Schließlich wurden andere Ermäßigungen für Schiffe von mehr als 2 000 BRT gewährt, die in der Küstenschiffahrt eingesetzt werden und monatlich in einer bestimmten Anzahl von Fällen Lotsendienste in Anspruch nehmen.

Im entscheidungserheblichen Zeitraum waren gemäß Artikel 224 des Codice nur unter italienischer Flagge fahrende Schiffe zur Kabotage zugelassen. Am 1. Januar 1993 ist die Verordnung (EWG) Nr. 3577/92 des Rates vom 7. Dezember 1992 [6] in Kraft getreten, mit der der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs auf den Seeverkehr in den Mitgliedstaaten angewendet wird (vgl. ferner Nr. 12). Im Hinblick hierauf hat der Minister für die Handelsflotte den Tarif für zur Kabotage zugelassene Schiffe mit Rundschreiben vom 18. Dezember 1992 zum 1. Januar 1993 auf Schiffe ausgedehnt, die unter der Flagge eines anderen Mitgliedstaats fahren.

4 — Es handelt sich um die Dekrete 29/89, 50/90 und 28/91, vorgelegt als Anlage zu den schriftlichen Erklärungen der Antragstellerin.

5 — Vgl. die Definition des Begriffs „cabotage" bei V. Power, *EC Shipping Law*, London, Lloyd's of London Press, 1992, S. 211, Nr. 7.6.2.1.: „Cabotage is the carriage of passengers or goods by sea between ports in any one Member State, including the overseas territories of that State."

6 — Verordnung (EWG) Nr. 3577/92 des Rates vom 7. Dezember 1992 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf den Seeverkehr in den Mitgliedstaaten (Seekabotage) (ABl. 1992, L 364, S. 7).

7. Der Antragsgegner ist der Auffassung, daß ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht nicht vorliege und weigert sich die von der Antragstellerin verlangten Beträge zurückzuzahlen. Da das vorlegende Gericht eine korrekte und genaue Auslegung des Inhalts und des Anwendungsbereichs der Vertragsbestimmungen über den Wettbewerb, und über den freien Personen-, Waren- und Dienstleistungsverkehr im Hinblick auf seine Entscheidung über die Forderung für wünschenswert hält, hat es dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

1) Sind Vorschriften einer nationalen Rechtsordnung, die für Schiffe, die im Linienverkehr zwischen zwei Mitgliedstaaten eingesetzt sind, als Entgelt für im Interesse der Sicherheit der Schifffahrt vorgeschriebene Lotsendienste allein für zur „Kabotage" zwischen inländischen Häfen zugelassene Schiffe niedrigere Tarife vorsehen, mit den Artikeln 5 und 7 EWG-Vertrag vereinbar, wenn beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts die Kabotage zwischen inländischen Häfen ausschließlich den unter italienischer Flagge fahrenden Schiffen vorbehalten ist.

2) Sind Vorschriften oder Praktiken der nationalen Rechtsordnung mit Artikel 30 EWG-Vertrag vereinbar, nach denen die Inanspruchnahme des Lotsenunternehmens zwingend vorgeschrieben ist, auch wenn die gleichen Operationen unter Wahrung der Sicherheit der Schifffahrt ganz oder teilweise mit geringeren Kosten von Angehörigen der Schiffsbesatzung oder mit Mitteln und Technologien, über die das Schiff verfügt, ausgeführt werden können?

3) Sind Vorschriften der nationalen Rechtsordnung mit Artikel 59 EWG-Vertrag vereinbar, nach denen im Fall von Schiffen, die im Linienverkehr zwischen zwei Mitgliedstaaten eingesetzt werden, Ermäßigungen der verbindlichen Tarife für die Lotsendienste in inländischen Häfen nur unter inländischer Flagge fahrenden Schiffen gewährt werden können?

4) Stellt es eine „Bestätigung" eines nach Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag verbotenen Kartells dar, wenn der Staat einen verbindlichen Tarif genehmigt, der auf einer Vereinbarung und/oder auf einer Abstimmung zwischen den Unternehmensvereinigungen des Sektors beruht, und kann bei Bejahung dieser Frage eine derartige Bestätigung mit Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit den Artikeln 5 und 85 EWG-Vertrag vereinbar sein?

5) Sind nationale Vorschriften mit Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 EWG-Vertrag vereinbar, die es einem Unternehmen in beherrschender Stellung, dem ausschließliche Rechte für einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes eingeräumt worden sind, gestatten:

   a) auf im Linienverkehr zwischen zwei Mitgliedstaaten eingesetzte Schiffe für gleichwertige Leistungen unterschiedliche Bedingungen anzuwenden, wenn in den geltenden Tarifbestimmungen bei gleichen Leistungen Tarifermäßigungen tatsächlich nur

für unter inländischer Flagge fahrende Schiffe vorgesehen sind,

b) folglich auf unter ausländischer Flagge fahrende Schiffe Tarife anzuwenden, die ein „dreimal" höheres Entgelt vorsehen als für inländische Schiffe,

c) die Kosten einer vorgeschriebenen Dienstleistung der hier fraglichen Art nicht zu ermäßigen, wenn das Schiff — unter weitestgehender, allen Aspekten Rechnung tragender Beachtung der Erfordernisse der Sicherheit der Schiffahrt — in der Lage ist, zumindest teilweise selbständig zu manövrieren?

Zulässigkeit der Vorlagefragen

8. Der Antragsgegner und die italienische Regierung halten die Vorlagefragen für unzulässig. Da es sich bei dem Ausgangsrechtsstreit nicht um ein streitiges Verfahren handele, habe das vorlegende Gericht nicht festgestellt, daß die fraglichen Schiffe der Antragstellerin unter panamaischer Flagge führen. Daher seien die Fragen nach einer innergemeinschaftlichen Diskriminierung nicht erheblich. Nach der Verordnung Nr. 3577/92 könnten sich nämlich nur Gemeinschaftsreeder, deren Schiffe in einem Mitgliedstaat registriert seien und unter der Flagge eines Mitgliedstaats führen, auf den freien Dienstleistungsverkehr im Seeverkehr berufen. Sowohl der Antragsgegner als auch die italienische Regierung beantragen daher, alle Fragen des vorlegenden Gerichts für unzulässig zu erklären. Hilfsweise schlagen sie dem Gerichtshof vor, die erste und die dritte Frage im Hinblick auf die Umstände des Ausgangsrechtsstreits umzuformulieren und die übrigen Fragen für unzulässig zu erklären. In der mündlichen Verhandlung hat sich die französische Regierung dieser Auffassung angeschlossen.

Der Standpunkt der Kommission ist differenzierter. Sie weist darauf hin, daß der Gerichtshof oftmals auf Vorlagefragen geantwortet habe, die im Rahmen von Verfahren der vorliegenden Art gestellt worden seien. Für die Beurteilung der Erheblichkeit der Fragen des vorlegenden Gerichts muß nach Auffassung der Kommission vom spezifischen Charakter des vor dem nationalen Gericht anhängigen Verfahrens ausgegangen werden. Es gehe um ein Mahnverfahren, in dem die Erstattung der Differenz zwischen den von der Antragstellerin im Zeitraum von 1989 bis 1992 entrichteten und den für Schiffe unter italienischer Flagge geltenden Gebühren verlangt werde. Die Kommission hält daher nur die Fragen für erheblich, die die Höhe der Tarife für die Lotsendienste betreffen, nicht aber diejenigen, die den obligatorischen Charakter der Lotsendienste und die Art und Weise des Zustandekommens der Tarife betreffen.

9. Ich schließe mich weitgehend der Auffassung der Kommission an. Ausgangspunkt hierfür ist die dem Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag

zugrunde liegende Konzeption:

„Das in Artikel 177 EWG-Vertrag vorgesehene Verfahren ist ... ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten, mit Hilfe dessen ersterer letzteren die Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts an die Hand gibt, die sie für die Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten benötigen." [7]

Mit anderen Worten ist der Gerichtshof nur berechtigt, Auslegungskriterien für das Gemeinschaftsrecht anzugeben, soweit diese für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits nützlich sind. Für die Feststellung, ob und in welchem Maße die gestellten Fragen einer Antwort bedürfen, ist daher auf die Art des Ausgangsverfahrens abzustellen. Wie bereits angedeutet, ist das Mahnverfahren eine Form eines summarischen Verfahrens (procedimento sommario), die in den Artikeln 633 ff. des Codice di procedura civile geregelt ist. Die Besonderheit dieses Verfahrens besteht darin, daß es zum Erlaß eines richterlichen Mahnbescheids (decreto ingiuntivo) führt, mit dem der Richter ohne vorherige Anhörung der anderen Partei dem Antrag stattgibt. Das Verfahren bekommt erst streitigen Charakter, wenn die verurteilte Partei Widerspruch gegen den Mahnbescheid einlegt. Wegen dieser Merkmale kann das Verfahren nur in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger einen bestimmten Geldbetrag fordert, dessen Höhe bereits feststeht und der nicht mehr Gegenstand von Berechnungen oder Ergänzungen — es sei denn rein mathematischer Art — sein kann.

7 — Urteil vom 18. Oktober 1990 in den verbundenen Rechtssachen C-297/88 und C-197/89 (Dzodzi, Slg. 1990, I-3763, Randnr. 33).

10. Der Gerichtshof hat sich stets besonders flexibel im Hinblick auf die Zulässigkeit von Vorlagefragen gezeigt, die sich in den erwähnten Mahnverfahren ergaben. Er hat wiederholt Unzulässigkeitseinreden zurückgewiesen, die, zumeist von der italienischen Regierung, aufgrund des besonderen Charakters dieses Verfahrens erhoben worden waren. Erstmals geschah dies im Urteil Politi, in dem der Gerichtshof im Hinblick auf die Erfüllung der Voraussetzungen des Artikels 177 Absatz 2 EG-Vertrag folgendes ausgeführt hat:

„Hierzu ist lediglich festzustellen, daß der Präsident des Tribunale Turin eine richterliche Tätigkeit im Sinne des Artikels 177 wahrnimmt und zum Erlaß seiner Entscheidung eine Auslegung des Gemeinschaftsrechts für erforderlich hält. Der Gerichtshof hat nicht zu prüfen, in welchem Verfahrensstadium die Frage gestellt worden ist." [8]

In dem Urteil Birra Dreher nahm der Gerichtshof diese Feststellung wieder auf und fügte hinzu:

8 — Urteil vom 14. Dezember 1971 in der Rechtssache 43/71 (Politi, Slg. 1971, 1039, Randnr. 5). Ebenso die späteren Urteile vom 21. Februar 1974 in der Rechtssache 162/73 (Birra Dreher, Slg. 1974, 201, Randnr. 3), vom 28. Juni 1978 in der Rechtssache 70/77 (Simmenthal, Slg. 1978, 1453, Randnr. 9), vom 9. November 1983 in der Rechtssache 199/82 (San Giorgio, Slg. 1983, 3595, Randnr. 9) und kürzlich das Urteil vom 15. Dezember 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-277/91, C-318/91 und C-319/91 (Ligur Carni, Slg. 1993, I-6621, Randnr. 16). Siehe schon die Schlußanträge des Generalanwalts Roemer zu dem Urteil vom 17. Dezember 1970 in der Rechtssache 33/70 (SACE, Slg. 1970, 1213, 1217): „Was die Zulässigkeit der Vorlage angeht, bestehen sicher keine Bedenken. Namentlich ist die Tatsache bedeutungslos, daß das Ausgangsverfahren nur summarischen Charakter hat, d. h. lediglich auf den Erlaß eines Zahlungsbefehls gerichtet ist."

„Die Anrufung des Gerichtshofes hängt nach Artikel 177 nicht davon ab, ob das Verfahren, das mit der Abfassung der Vorlagefrage durch den einzelstaatlichen Richter abgeschlossen wird, streitigen Charakter aufweist oder nicht." [9]

Der Gerichtshof bestätigte beide Feststellungen in dem Urteil Simmenthal, präzisierte sie jedoch wie folgt:

„Die Anrufung des Gerichtshofes hängt zwar nach Artikel 177 nicht davon ab, ob das Verfahren, in dem der einzelstaatliche Richter eine Vorlagefrage abfaßt, streitigen Charakter aufweist, doch kann es gegebenenfalls im Interesse einer geordneten Rechtspflege liegen, daß die Vorlagefrage erst im Anschluß an eine streitige Verhandlung vorgelegt wird. Ob dies erforderlich ist, hat indessen allein das einzelstaatliche Gericht zu beurteilen." [10]

11. Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich demnach, daß es sich bei dem vorlegenden Gericht zweifellos um ein „Gericht" im Sinne von Artikel 177 EG-Vertrag handelt [11] und daß der fehlende streitige Charakter des Ausgangsverfahrens grundsätzlich keinen Einfluß auf die Zulässigkeit der vorgelegten Fragen hat, wenn auch der Gerichtshof streitigen Verfahren den Vorzug gibt. Jedoch hält sich der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung angesichts der Zielsetzung von Artikel 177 EG-Vertrag nicht für befugt, eine Antwort zu erteilen, wenn die vorgelegten Fragen offensichtlich hypothetisch sind [12] oder wenn die vom vorlegenden Gericht erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich keinen Zusammenhang mit den Gegebenheiten oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits aufweist [13] und deshalb für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits objektiv nicht erforderlich ist [14], oder aber wenn das vorlegende Gericht dem Gerichtshof gegenüber keine ausreichenden Angaben zur Sach- und zur Rechtslage gemacht hat, um diese objektive Erforderlichkeit feststellen zu können [15].

In bezug auf den letztgenannten Gesichtspunkt kann aus den Feststellungen des vorle-

9 — Urteil Birra Dreher (Randnr. 3 a. E.).

10 — Urteil Simmenthal (Randnrn. 10 und 11); im gleichen Sinn kürzlich in Randnr. 16 des Urteils Ligur Carni, vgl. Fußnote 8.

11 — Es handelt sich nämlich um ein „Gericht ..., das zu einer Entscheidung im Rahmen eines Verfahrens aufgerufen ist, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt.": Beschluß vom 18. Juni 1980 in der Rechtssache 138/80 (Borker, Slg. 1980, 1975, Randnr. 4); Beschluß vom 5. März 1986 in der Rechtssache 318/85 (Greis Unterweger, Slg. 1986, 955, Randnr. 4). Auch die in dem kürzlich erlassenen Urteil Corbiau aufgestellte Voraussetzung ist erfüllt, daß es sich um eine Stelle handeln muß, die der Stelle, deren Entscheidung mit dem Rechtsbehelf angefochten wird, als Dritter gegenübersteht: Urteil vom 30. März 1993 in der Rechtssache C-24/92 (Slg. 1993, I-1277, Randnr. 15).

12 — Daß der Gerichtshof nicht befugt ist, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben, bestätigte er bereits in dem Urteil vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Foglia, Slg. 1981, 3045, Randnr. 18). Dies führte erstmals in dem Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91 (Meilicke, Slg. 1992, I-4871) zu einer vollständigen Verweigerung einer Antwort in einem Vorlageverfahren.

13 — Urteile vom 16. Juni 1981 in der Rechtssache 126/80 (Salonia, Slg. 1981, 1563, Randnr. 6); und vom 11. Juli 1991 in der Rechtssache C-368/89 (Crispoltoni, Slg. 1991, I-3695, Randnr. 11); vgl. auch Urteile vom 28. November 1991 in der Rechtssache C-186/90 (Durighello, Slg. 1991, I-5773, Randnr. 9) und vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-343/90 (Lourenço Dias, Slg. 1992, I-4673, Randnr. 18) sowie in der Rechtssache C-67/91 (Asociación Española de Banca Privada u. a., Slg. 1992, I-4785, Randnr. 26). Vgl. ferner Beschluß vom 26. Januar 1990 in der Rechtssache C-286/88 (Falciola, Slg. 1990, I-191, Randnr. 8).

14 — Beschluß in der Rechtssache Falciola (angeführt in Fußnote 13, Randnr. 9 a. E.).

15 — Vgl. Urteil vom 26. Januar 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-320/90, C-321/90 und C-322/90 (Telemarsicabruzzo u. a., Slg. 1993, I-393, Randnrn. 6 bis 10) und Beschlüsse vom 19. März 1993 in der Rechtssache C-157/92 (Banchero, Slg. 1993, I-1085, Randnrn. 4 bis 7) sowie vom 26. April 1993 in der Rechtssache C-386/92 (Monin Automobiles, Slg. 1993, I-2049, Randnrn. 6 bis 9).

genden Gerichts entnommen werden, daß die Antragstellerin hinreichende Beweise dafür vorgelegt hat, daß sie die Beträge, deren Rückzahlung sie verlangt, an den Antragsgegner gezahlt hat und daß sie deshalb — falls sich ihr Vorbringen, daß die fraglichen Tarifunterschiede gegen das Gemeinschaftsrecht verstießen, als stichhaltig erweist — über eine bestimmte Forderung im Sinne von Artikel 633 des Codice di Procedura Civile in Höhe eines feststehenden *Betrages*, nämlich in Höhe der Differenz zwischen den genannten Tarifen, verfügt. Das übrige Vorbringen der Antragstellerin — namentlich das Vorbringen, daß die Verpflichtung zur Inanspruchnahme von Lotsendiensten als solche gegen das Gemeinschaftsrecht verstoße (Gegenstand von Frage 2) sowie das Vorbringen, daß das Verfahren zur Festsetzung der Tarife (Gegenstand von Frage 4) und die Umstände, unter denen eine Vergütung für die Lotsendienste angerechnet werden kann (Frage 5c), die nationale Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar machten — haben jedoch keinen Bezug zur Höhe der Forderung. Sie betreffen im Gegenteil die *Rechtsgrundlage* und damit die *Entstehung* der Forderung. Ist diese nicht wirksam zustande gekommen, so ist ihre Bezahlung nicht geschuldet und ihr Betrag kann insgesamt zurückgefordert werden. Die Kommission erwähnt in diesem Zusammenhang, daß eine derartige Rüge, da sie keine bestimmte Forderung betreffe, nicht Gegenstand eines Mahnverfahrens nach Artikel 633 des Codice di Procedura Civile sein könne. Ohne hierzu ausdrücklich Stellung nehmen zu wollen, meine ich aber doch, daß das vorlegende Gericht den nationalrechtlichen Rahmen nicht so eingehend dargestellt hat, daß der Gerichtshof anhand dieser Darstellung seine Zuständigkeit für die Beantwortung der Fragen 2, 4 und 5c bejahen könnte.

12. Der Gerichtshof hat sich daher auf die Beantwortung der Fragen 1 und 3 sowie 5a und b zu beschränken, die die Beurteilung der streitigen Tarifunterschiede nach dem Gemeinschaftsrecht betreffen. Formuliert man diese Fragen neu, um die Elemente des Gemeinschaftsrechts herauszuarbeiten, die einer Auslegung bedürfen [16], so bleiben zwei Hauptfragen übrig: i) Sind die genannten voneinander abweichenden Lotsentarife mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs vereinbar, und ii) ist es mit den Artikeln 90 und 86 EG-Vertrag vereinbar, daß eine nationale Behörde einem Unternehmen wie dem Antragsgegner die Möglichkeit gibt, unterschiedliche Tarife für gleiche Leistungen anzuwenden?

Vereinbarkeit unterschiedlicher Lotsentarife mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs

A — Unanwendbarkeit der Artikel 5, 6 und 59 EG-Vertrag. Sachliche Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 4055/86

13. Mit seiner ersten und seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Gerichtshof voneinander abweichende Lotsentarife als vereinbar mit drei Bestimmungen des EG-Vertrags, nämlich mit den Artikeln 5, 6 (Artikel 7 vor dem Inkrafttreten des Vertrags über die Europäische Union) und 59, ansieht.

16 — Der Gerichtshof behält sich dieses Recht nach ständiger Rechtsprechung vor: Vgl. u. a. Urteile vom 29. November 1978 in der Rechtssache 83/78 (Pigs Marketing Board, Slg. 1978, 2347, Randnr. 26) und vom 20. April 1988 in der Rechtssache 204/87 (Bekaert, Slg. 1988, 2029, Randnr. 7).

Fürs erste sei darauf hingewiesen, daß Artikel 5 EG-Vertrag meines Erachtens hier keine Rolle spielt. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich, daß dieser Vorschrift, nach der die Mitgliedstaaten ihre gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen loyal zu erfüllen haben, keine selbständige Bedeutung zukommt, wenn die Fallgestaltung — wie hier, wie sich noch zeigen wird — durch eine spezifische Vorschrift des EWG-Vertrags geregelt ist [17].

Fraglich ist weiter, ob die Artikel 6 und 59 EG-Vertrag im vorliegenden Fall anwendbar sind. Nach ständiger Rechtsprechung kann das Diskriminierungsverbot des Artikels 6 „autonom nur auf durch das Gemeinschaftsrecht geregelte Fallgestaltungen angewendet werden ..., für die der Vertrag keine besonderen Diskriminierungsverbote vorsieht" [18]. Ein derartiges besonderes Diskriminierungsverbot findet sich selbstverständlich in Artikel 59 EG-Vertrag [19]. Ich möchte daher zuerst untersuchen, ob Artikel 59 in einer Situation der vorliegenden Art anwendbar ist.

14. Vom Standpunkt eines Verkehrsunternehmens wie der Antragstellerin aus gesehen ist klar, daß Artikel 59 EG-Vertrag an sich nicht anwendbar ist. Gemäß Artikel 61 Absatz 1 EG-Vertrag gelten nämlich „für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs ... die Bestimmungen des Titels über den Verkehr" [20]. Aus dieser Ausnahmebestimmung hat der Gerichtshof in dem bekannten Urteil Parlament/Rat vom 22. Mai 1985 hergeleitet, daß die insbesondere in den Artikeln 59 und 60 EG-Vertrag niedergelegten Grundsätze des freien Dienstleistungsverkehrs nach dem EG-Vertrag *durch die Verwirklichung der gemeinsamen Verkehrspolitik* erreicht werden müssen [21]. Im Hinblick auf diese Verpflichtung ist der Rat mit diesem Urteil gemäß Artikel 175 EG-Vertrag wegen seiner Unterlassung, den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des internationalen Verkehrs sicherzustellen, verurteilt worden. Die Artikel 59 und 60 sind demnach im Verkehrssektor nicht unmittelbar anwendbar [22]. Dies verhindert jedoch nicht (vgl. insoweit unten Nr. 23), daß ihnen richtungweisende Bedeutung zukommt, soweit es dem Rat obliegt, in diesem Sektor den freien Dienstleistungsverkehr zu verwirklichen.

15. Die Kommission weist allerdings darauf hin, daß die Antragstellerin auch als *Empfängerin von Dienstleistungen* im Sinne von Artikel 60 EG-Vertrag angesehen werden kann. Lotsendienste seien nämlich gegen Entgelt erbrachte Leistungen und stellten genau genommen keine Verkehrsdienstleistungen dar. (Nichts und niemand werde befördert, es werde lediglich ein Verkehrsunternehmen unterstützt.) Aus dieser Sicht könne man im Anschluß an die Urteile Luisi

17 — Vgl. Urteil vom 11. März 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-78/90 bis C-83/90 (Compagnie commerciale de l'Ouest u. a., Slg. 1992, I-1847, Randnr. 19).

18 — Urteile vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 305/87 (Kommission/Griechenland, Slg. 1989, 1461, Randnr. 13); vom 7. März 1991 in der Rechtssache C-10/90 (Masgio, Slg. 1991, I-1119, Randnr. 12); vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90 (Merci, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 11).

19 — Vgl. das kürzlich ergangene Urteil vom 1. Juli 1993 in der Rechtssache C-20/92 (Hubbard, Slg. 1993, I-3777, Randnr. 10).

20 — Diese sind in Titel IV des Zweiten Teils des EG-Vertrags zur Regelung der „Grundlagen der Gemeinschaft" enthalten; seit dem Inkrafttreten des Vertrags über die Europäische Union Titel IV des Dritten Teils des EG-Vertrags zur Regelung der „Politiken der Gemeinschaft".

21 — Urteil vom 22. Mai 1985 in der Rechtssache 13/83 (Parlament/Rat, Slg. 1985, 1513, Randnr. 62).

22 — Urteil Parlament/Rat (a. a. O., Randnr. 63); vgl. auch Urteil vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 4/88 (Lambregts, Slg. 1989, 2583, Randnr. 14).

und Carbone [23] sowie Cowan [24] argumentieren, daß sich die Antragstellerin als Opfer diskriminierender Tarife auf Artikel 59 EG-Vertrag berufen könne. Ich bezweifele jedoch, daß die Urteile Luisi und Carbone sowie Cowan hier ohne weiteres als Präzedenzfälle anzusehen sind. Es ging in diesen Rechtssachen nämlich um natürliche Personen, die keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des EG-Vertrags ausübten und allein dadurch in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fielen, daß sie sich als Tourist oder als Patient, also als *Empfänger* einer innergemeinschaftlichen Dienstleistung, in einen anderen Mitgliedstaat begaben. Ganz anders liegt dies bei einem Unternehmen, das wie die Antragstellerin innerstaatliche und grenzüberschreitende Seeverkehrsleistungen *anbietet* und bei der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen dadurch behindert wird, das für seine ausländischen Linien höhere Lotsentarife gelten als für Schiffe, die unter italienischer Flagge fahren und einen Linienverkehr zwischen italienischen Häfen betreiben. Die unterschiedlichen Tarife müssen daher eher unter dem Gesichtspunkt der Behinderungen, die sie für die Antragstellerin als Erbringerin von innergemeinschaftlichen Dienstleistungen mit sich bringen, untersucht werden, als unter dem Blickwinkel der Beschränkungen, die sie für die Antragstellerin als Empfängerin von Lotsendiensten, die für sie lediglich Hilfsdienste darstellen, bedeuten. Wie bereits erwähnt, schließt dies jedoch nicht aus, daß die in Artikel 59 ff. EG-Vertrag verankerten Grundsätze des freien Dienstleistungsverkehrs auch hier, allerdings im Rahmen der auf der Grundlage von Artikel 84 Absatz 2 EG-Vertrag vom Rat erlassenen Vorschriften, gelten.

23 — Urteil vom 31. Januar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 286/82 und 26/83 (Slg. 1984, 377).

24 — Urteil vom 2. Februar 1989 in der Rechtssache 186/87 (Slg. 1989, 195).

16. Angesichts der vom Gerichtshof in seinem Urteil Parlament/Rat gegebenen Auslegung von Artikel 61 Absatz 1 EG-Vertrag oblag es demnach dem Rat, auf dem Verkehrssektor den freien Dienstleistungsverkehr zu verwirklichen. Hinsichtlich des *Seeverkehrs* ist die spezielle Rechtsgrundlage hierfür Artikel 84 Absatz 2 Unterabsatz 1 EG-Vertrag, wonach der Rat mit qualifizierter Mehrheit — bis zum Erlaß der Europäischen Akte mit Einstimmigkeit — darüber entscheiden kann „ob, inwieweit und nach welchen Verfahren geeignete Vorschriften für die Seeschiffahrt und Luftfahrt zu erlassen sind". Auf dieser Grundlage hat der Rat seit Ende 1986 mehrere Verordnungen zur Liberalisierung dieses Sektors erlassen. Zwei dieser Verordnungen bezwecken die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs [25].

Die erste dieser Verordnungen — und die, die einzig im entscheidungserheblichen Zeitraum galt — ist die Verordnung (EWG) Nr. 4055/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf die Seeschiffahrt zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern [26]. Diese Verordnung trat am 1.

25 — Daneben hat der Rat auf dieser Grundlage ferner folgende Verordnungen zur Liberalisierung des Seeverkehrs erlassen: 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. 1986, L 378, S. 4) (auch auf der Grundlage von Artikel 87 EG-Vertrag erlassen); Verordnung (EWG) Nr. 4057/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 über unlautere Preisbildungspraktiken in der Seeschiffahrt (ABl. 1986, L 378, S. 14) und Verordnung (EWG) Nr. 4058/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 für ein koordiniertes Vorgehen zum Schutz des freien Zugangs zu Ladungen in der Seeschiffahrt (ABl. 1986, L 378, S. 21).

26 — ABl. 1986, L 378, S. 1. Diese Verordnung wurde im Hinblick auf die deutsche Vereinigung geändert durch die Verordnung (EWG) Nr. 3573/90 des Rates vom 4. Dezember 1990 (ABl. 1990, L 353, S. 16).

Januar 1987 in Kraft [27]. In Artikel 1 ist der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs wie folgt bekräftigt:

„1. Der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs in der Seeschiffahrt zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern gilt für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Dienstleistungsnehmers.

2. Diese Verordnung gilt auch für außerhalb der Gemeinschaft ansässige Staatsangehörige der Mitgliedstaaten und für Linienreedereien mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft, die von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats kontrolliert werden, sofern deren Schiffe in diesem Mitgliedstaat nach den dort geltenden Rechtsvorschriften registriert sind.

3. Die Bestimmungen der Artikel 55 bis 58 und des Artikels 62 des Vertrages finden auf das von dieser Verordnung geregelte Sachgebiet Anwendung.

4. Als Dienstleistungsverkehr in der Seeschiffahrt zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern im Sinne dieser Verordnung gelten die nachstehenden Dienstleistungen, wenn sie gewöhnlich gegen Entgelt erbracht werden:

a) Innergemeinschaftlicher Schiffsverkehr:

die Beförderung von Personen oder Gütern auf dem Seewege zwischen dem Hafen eines Mitgliedstaats und dem Hafen oder der Offshore-Anlage eines anderen Mitgliedstaats;

...“

Daneben besteht die bereits (Nr. 6) zitierte (aber nach dem entscheidungserheblichen Zeitraum erlassene) Verordnung Nr. 3577/92 des Rates vom 7. Dezember 1992, die den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs auf den Seeverkehr in den Mitgliedstaaten, d. h. auf die Kabotage oder Küstenschiffahrt, anwendet. Artikel 1 Absatz 1 dieser Verordnung lautet:

„Mit Wirkung vom 1. Januar 1993 gilt der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs im Seeverkehr innerhalb eines Mitgliedstaats (Seekabotage) für Gemeinschaftsreeder, deren Schiffe in einem Mitgliedstaat registriert sind und unter der Flagge eines Mitgliedstaats fahren, sofern diese Schiffe alle

27 — Gemäß Artikel 12 der Verordnung. Artikel 2 der Verordnung enthält spezielle Übergangsfristen für bestehende einseitige nationale Beschränkungen im Bereich der Beförderung bestimmter Güter, die ganz oder teilweise Schiffen der eigenen Flagge vorbehalten sind.

Voraussetzungen erfüllen, um zur Kabotage in diesem Mitgliedstaat zugelassen zu werden; hierin eingeschlossen sind die in EUROS registrierten Schiffe, sobald dieses Register vom Rat gebilligt ist."

17. Da es im vorliegenden Fall um ein Unternehmen geht, das Dienstleistungen im Linienverkehr zwischen dem Hafen von Genua, Italien, und den Häfen von Korsika, Frankreich, anbietet, geht es eindeutig um innergemeinschaftlichen Schiffsverkehr im Sinne von Artikel 1 Absatz 4 Buchstabe a der Verordnung Nr. 4055/86 (und nicht um Kabotage im Sinne der im entscheidungserheblichen Zeitraum im übrigen noch nicht anwendbaren Verordnung Nr. 3577/92). Die Verordnung Nr. 4055/86 ist also in sachlicher und, wie noch gezeigt werden wird, persönlicher Hinsicht anwendbar.

Diese Feststellung ermöglicht es mir zugleich, eine endgültige Antwort auf die Frage zu geben, ob Artikel 6 EG-Vertrag im vorliegenden Fall anwendbar ist. Dies ist zu verneinen, da Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4055/86 ebenso wie Artikel 59 EG-Vertrag (vgl. unten Nr. 23) eine spezielle Ausformung des in Artikel 6 ausgesprochenen Diskriminierungsverbots enthält. Hätte eine derartige Sonderregelung nicht vorgelegen, wäre Artikel 6 durchaus anwendbar gewesen. Der Gerichtshof hat nämlich in seinem „Französische Seeleute"-Urteil von 1974 aus der Sonderregelung des Artikels 61 Absatz 1 EG-Vertrag hergeleitet, daß auf dem Gebiet des Verkehrs „dort, wo keine Abweichungen vorgesehen sind, die allgemeinen Bestimmungen des Vertrages Geltung beanspruchen" [28], die auch, wie der Gerichtshof in demselben Urteil entschieden hat, für die Seeschiffahrt und die Luftschiffahrt gelten, für die allein gemäß Artikel 84 Absatz 2 EG-Vertrag die in dem Titel über die gemeinsame Verkehrspolitik enthaltenen Vorschriften nicht gelten [29]. Zweifellos gehört das in Artikel 6 EG-Vertrag verankerte Diskriminierungsverbot zu diesen allgemeinen Bestimmungen.

B — Persönliche Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 4055/86

18. Ehe ich darauf eingehe, ob Artikel 1 der Verordnung Nr. 4055/86 die Diskriminierung eines Leistungserbringers wie der Antragstellerin verbietet, werde ich untersuchen, ob die Antragstellerin in den persönlichen Geltungsbereich der Verordnung fällt. Wie bereits erwähnt (Nr. 8), machen nämlich der Antragsgegner und die italienische Regierung geltend, die Antragstellerin könne sich als ein Unternehmen, dessen hier fragliche Schiffe unter panamaischer Flagge, also unter der Flagge eines Drittlands, fahren, nicht auf den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs berufen.

19. Ich kann mich der Auffassung dieser Beteiligten nicht anschließen. Im Gegensatz

28 — Urteil vom 4. April 1974 in der Rechtssache 167/73 (Kommission/Frankreich, Slg. 1974, 359, Randnrn. 28 und 32).

29 — Randnr. 32 des in Fußnote 28 angeführten Urteils.

zu Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 3577/92 schreibt Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4055/86 nicht vor, daß es sich um „Gemeinschaftsreeder, deren Schiffe in einem Mitgliedstaat registriert sind", handeln muß. Für die Geltung der letztgenannten Bestimmung in persönlicher Hinsicht reicht es vielmehr aus, daß es um „Staatsangehörige der Mitgliedstaaten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Dienstleistungsnehmers" geht. Staatsangehörige oder Gesellschaften, die diese Voraussetzungen erfüllen, können sich auf den freien Dienstleistungsverkehr berufen, auch wenn sie unter der Flagge eines Drittlands fahren [30].

Ein weiteres Argument für diese Auffassung ergibt sich, wie die Kommission vorträgt, aus Artikel 2 dritter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 4055/86. Diese Bestimmung sieht einen besonderen Zeitraum (der am 1. Januar 1993 abläuft) vor, innerhalb dessen die Mitgliedstaaten die vor dem 1. Juli 1986 bestehenden einseitigen Beschränkungen im Bereich der Beförderung bestimmter Güter „zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern *mit anderen Schiffen*" (Hervorhebung von mir) also mit Schiffen, die — anders als in den ersten beiden Gedankenstrichen — nicht unter der Flagge eines Mitgliedstaats fahren, beenden müssen. Aus dieser *Sonderregelung* ergibt sich, daß die Beförderung von Gütern und Personen mit Schiffen, die nicht unter der Flagge eines Mitgliedstaats fahren, *im allgemeinen* durchaus unter die Regelung über den freien Dienstleistungsverkehr in Artikel 1 der Verordnung fällt.

Nur für den Fall, daß sich herausstellen sollte, daß die Antragstellerin nicht unter Artikel 1 Absatz 1, sondern unter Artikel 1 *Absatz 2* der Verordnung Nr. 4055/86 fällt (zum Wortlaut siehe oben Nr. 12), ist die Tatsache, daß die Corsica Regina und die Corsica Victoria nicht in einem Mitgliedstaat registriert sind, von Bedeutung. Gemäß Artikel 1 Absatz 2 gilt der freie Dienstleistungsverkehr für außerhalb der Gemeinschaft ansässige Staatsangehörige der Mitgliedstaaten und für Linienreedereien mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft, die von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats kontrolliert werden, nämlich nur, *sofern deren Schiffe in diesem Mitgliedstaat nach den dort geltenden Rechtsvorschriften registriert sind.*

20. Meiner Ansicht nach ist die Antragsstellerin keineswegs als eine Linienreederei mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft anzusehen, sondern sie ist durchaus ein in der Gemeinschaft ansässiges Unternehmen, so daß Artikel 1 Absatz 1 gilt. Wegen der Bedeutung der Formulierung „mit Sitz in der Gemeinschaft" ist nämlich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 52 EG-Vertrag zu verweisen, nach der

30 — Davon völlig unabhängig ist die Frage der Auswirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationale Rechtsvorschriften über die Staatszugehörigkeit von Schiffen. In seinem Urteil vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-246/89 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1991, I-4585, Randnr. 15) stellte der Gerichtshof fest, „daß es beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts Sache der Mitgliedstaaten ist, im Einklang mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts die Voraussetzungen festzulegen, unter denen ein Schiff in ihre Register eingetragen und diesem Schiff das Recht zur Führung ihrer Flagge eingeräumt wird, daß die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Befugnis jedoch das Gemeinschaftsrecht wahren müssen". Siehe allgemein zur Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für die Staatszugehörigkeit von Schiffen R. R. Churchill „European Community Law and the Nationality of Ships and Crews", *European Transport Law*, 1992, 591-615.

„der Niederlassungsbegriff im Sinne der Artikel 52 ff. EWG-Vertrag die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit umfaßt" [31].

Dabei muß insbesondere beachtet werden, daß die Antragstellerin eine Gesellschaft ist und demgemäß angesichts der Verweisung in Artikel 1 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4055/86 auf Artikel 58 EG-Vertrag (oben Nr. 16) nur unter die Dienstleistungsfreiheit fällt, wenn sie nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet worden ist und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft hat. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Klarstellung zu verweisen, die sich aus dem Allgemeinen Programm zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs — das, wie der Gerichtshof mehrfach erwähnt hat, nützliche Hinweise zur Durchführung der Bestimmungen des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr enthält [32] — im Hinblick auf die Frage ergibt, welche Gesellschaften durch die Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs begünstigt werden:

„die Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben; sollten diese Gesellschaften indessen nur ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der Gemeinschaft haben, so muß ihre Tätigkeit in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgiedstaats stehen; diese Verbindung darf aber nicht von der Staatsangehörigkeit, insbesondere derjenigen der Gesellschafter, der Mitglieder der Leitungs-oder Überwachungsorgane oder der Inhaber des Gesellschaftskapitals, abhängig gemacht werden" [33].

21. Die Anwendung all dieser Kriterien auf die Antragstellerin führt ohne weiteres zu dem Ergebnis, daß diese eine Linienreederei mit Sitz in der Gemeinschaft ist: Sie ist, wie erwähnt (Nr. 2), eine Gesellschaft italienischen Rechts mit satzungsmäßigem Sitz in Cagliari, und ihre Tätigkeit, namentlich die im vorliegenden Fall fragliche (Betreiben eines Linienverkehrs zwischen den Häfen von Genua und den korsischen Häfen) weist zweifellos eine tatsächliche und dauerhafte Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaats auf [34].

Daß die Antragstellerin nicht nur „Staatsangehörige eines Mitgliedstaats" im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4055/86 ist, sondern auch die Voraussetzung „mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Dienstleistungsnehmers"

31 — Urteil in der Rechtssache C-246/89 (Kommission/Vereinigtes Königreich, vgl. Fußnote 30, Randnr. 21); siehe auch Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-221/89 (Factortame II, Slg. 1991, I-3905, Randnr. 20).

32 — U. a. Urteil vom 14. Januar 1988 in der Rechtssache 63/86 (Kommission/Italien, Slg. 1988, 29, Randnr. 14).

33 — Abschnitt I des allgemeinen Programms zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs (ABl. 1962, S. 32).

34 — Zu diesem Ergebnis könne man im übrigen auch dann, wenn man die Tour Ship Group, streng juristische Kriterien außer acht lassend, als wirtschaftliche Einheit ansehen würde; der Großteil der Tätigkeit dieser Gruppe spielt sich nämlich in der Gemeinschaft ab (Frankreich und Italien) und die eigentliche Kontrolle über die Gesellschaft liegt bei Herrn Lota, einem auf Korsika wohnenden Franzosen. Daß sich vor dem 4. Dezember 1992 90 % der Antragstellerin im Besitz einer liechtensteinischen Anstalt befanden — die vermutlich gleichfalls von Herrn Lota kontrolliert wurde — ist in diesem Zusammenhang nicht maßgeblich.

erfüllt, erscheint mir gleichfalls festzustehen. Da sie Linien zwischen Korsika und Genua betreibt, sind die Empfänger ihrer Leistungen zweifellos zu einem großen Teil Personen, die in einem anderen Mitgliedstaat (nämlich Frankreich) ansässig sind.

Diese Frage ist, wie sie auch zu entscheiden sein mag, für die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts nicht von Bedeutung, da Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4055/86 allein von „Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten" spricht. Sie könnte für die Auslegung des Begriffs „Linienreederei" im Sinne von Artikel 1 *Absatz 2* von Bedeutung sein, doch diese Bestimmung ist, wie bereits erwähnt, im vorliegenden Fall nicht anwendbar [35].

C — Auslegung von Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4055/86

22. Noch einige Worte dazu, wer letztlich im Ausgangsrechtsstreit der *Reeder* ist. In der mündlichen Verhandlung hat sich herausgestellt, daß dies völlig unklar ist. Der Prozeßbevollmächtigte der Antragstellerin führte aus, dies hänge davon ab, wie der Begriff des Reeders definiert werde. Stelle man auf das Eigentum an den Schiffen ab, so sei Reeder die Tour Ship Panama; komme es darauf an, wer das Unternehmensrisiko trage, so sei es die Antragstellerin selbst; gelte aber als Kriterium, wer die eigentliche Kontrolle habe, dann sei es Herr Lota.

23. Ich komme damit zur Bedeutung des Artikels 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4055/86. Da Artikel 1 Absatz 1, wie sich aus dem Titel der Verordnung ergibt, dazu dient, den — im Rahmen des EG-Vertrags fundamentalen [36] — Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs auf die innergemeinschaftliche Seeschiffahrt anzuwenden und da er sich in seiner Formulierung offensichtlich an den Wortlaut von Artikel 59 Absatz 1 EG-Vertrag anlehnt, ist er so weit wie möglich im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu dieser Vorschrift auszulegen. Der Gerichtshof hat sich im übrigen bereits in dem erwähnten Urteil Parlament/Rat für einen derartigen vertrags-

35 — Ich möchte darauf hinweisen, daß ein geänderter Vorschlag der Kommission vom 27. Februar 1991 für eine Verordnung des Rates über eine gemeinsame Bestimmung des Begriffs „Gemeinschaftsreeder" (ABl. 1991, C 73, S. 25) vorliegt. In den Schlußfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh vom 11. und 12. Dezember 1992 heißt es, daß die Kommission vorhabe, diesen Vorschlag anhand des Subsidiaritätsgrundsatzes zu überprüfen: siehe *Bulletin der Europäischen Gemeinschaften*, 12-1992, S. 17. In einer Entschließung vom 16. September 1993 fordert das Parlament die Kommission auf, am Vorschlag festzuhalten, und fordert den Rat auf, den Vorschlag der Kommission unverzüglich zu verabschieden (ABl. 1993, C 268, S. 170).

36 — Diesen fundamentalen Charakter hat der Gerichtshof stets betont: siehe u. a. Urteil vom 4. Dezember 1986 in der Rechtssache 205/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755, Randnr. 27).

konformen Ansatz ausgesprochen. Dies ergibt sich aus folgender Randnummer:

„Dagegen machen das Parlament, die Kommission und die niederländische Regierung zu Recht geltend, daß der Rat gemäß Artikel 75 Absatz 1 Buchstaben a und b unter anderem zur Einführung der Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet des Verkehrs verpflichtet ist und daß der Umfang dieser Verpflichtung durch den Vertrag eindeutig bestimmt wird. Aufgrund der Artikel 59 und 60 umfassen nämlich die zwingenden Erfordernisse der Dienstleistungsfreiheit, wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80 (Webb, Slg. 1981, 3305) entschieden hat, das Gebot der Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Leistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder des Umstands, daß er in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll." [37]

Artikel 1 der Verordnung Nr. 4055/86 muß daher im Einklang mit der Auslegung, die der Gerichtshof Artikel 59 EG-Vertrag gibt, ausgelegt werden. Nach ständiger Rechtsprechung bedeutet dies, wie sich aus dem soeben wiedergegebenen Zitat ergibt, daß jegliche Diskriminierung des Leistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder des Umstands, daß er in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll, verboten ist [38]. Ferner sind nicht nur offene Diskriminierungen, sondern auch alle versteckten Formen von Diskriminierung verboten, die zwar scheinbar auf neutralen Kriterien beruhen, tatsächlich jedoch zum selben Ergebnis führen [39].

24. Laufen im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für die Anwendung der herabgesetzten Lotsentarife, Zulassung zur Kabotage oder regelmäßiger Verkehr zwischen italienischen Häfen (vgl. Nr. 6), auf eine nach dem Gemeinschaftsrecht verbotene Diskriminierung hinaus? Nach Auffassung der Kommission ist dies in der Tat der Fall. Im entscheidungserheblichen Zeitraum waren nämlich gemäß Artikel 224 des Codice nur unter italienischer Flagge fahrende Schiffe zur Kabotage zugelassen. Da unter italienischer Flagge fahrende Schiffe im allgemeinen italienischen Staatsangehörigen oder Gesellschaften gehören, während Staatsangehörige oder Gesellschaften anderer Mitgliedstaaten regelmäßig keine unter italienischer Flagge fahrenden Schiffe einsetzen werden, kam die Kommission zu dem Ergebnis, daß die genannten Voraussetzungen eine versteckte Diskrimi-

37 — Urteil Parlament/Rat (siehe Fußnote 21, Randnr. 64). Vgl. auch Urteil vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209/84 bis 213/84 (Asjes, Slg. 1986, 1425, Randnr. 37); Urteil vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache C-49/89 (Corsica Ferries France, Slg. 1989, 4441, Randnr. 11).

38 — Siehe aus neuerer Zeit die Urteile vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-154/89 (Kommission/Frankreich, Slg. 1991, I-659, Randnr. 12), in der Rechtssache C-180/89 (Kommission/Italien, Slg. 1991, I-709, Randnr. 15) und in der Rechtssache C-198/89 (Kommission/Griechenland, Slg. 1991, I-727, Randnr. 16), die sogenannten „Fremdenführer"-Urteile, sowie Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 19), die „Mediawet"-Urteile vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-353/89 (Kommission/Niederlande, Slg. 1991, I-4069, Randnr. 14) und in der Rechtssache C-288/89 (Collectieve Antennevoorziening Gouda, Slg. 1991, I-4007, Randnr. 10), Urteil vom 20. Mai 1992 in der Rechtssache C-106/91 (Ramrath, Slg. 1992, I-3352, Randnr. 27) und Urteil vom 4. Mai 1993 in der Rechtssache C-17/92 (Distribuidores Cinematográficos, Slg. 1993, I-2239, Randnr. 13).

39 — Urteil vom 3. Februar 1982 in den verbundenen Rechtssachen 62/81 und 63/81 (Seco, Slg. 1982, 223, Randnr. 8); vgl. in jüngster Zeit u. a. Urteil vom 3. Juni 1992 in der Rechtssache C-360/89 (Kommission/Italien, Slg. 1992, I-3401, Randnr. 11).

nierung aufgrund der Staatsangehörigkeit enthielten, die nach ständiger Rechtsprechung gleichfalls verboten ist.

Obschon ich die Argumentation der Kommission für zutreffend halte, kann man meines Erachtens auch unmittelbar auf der Grundlage des Urteils des Gerichtshofes vom 13. Dezember 1989 (Corsica Ferries France) zu dem Ergebnis kommen, daß eine verbotene Diskriminierung vorliegt. In diesem Urteil ging es um französische Rechtsvorschriften, nach denen der Reeder eine Gebühr zu entrichten hatte, die bei Schiffen, die zwischen Korsika und dem französischen Festland verkehrten, nur bei der Abfahrt von einem korsischen Hafen, dagegen bei Schiffen, die zwischen Korsika und einem anderen Mitgliedstaat verkehrten, sowohl bei der Ankunft als auch beim Auslaufen aus einem korsischen Hafen erhoben wurde.

Der Gerichtshof hat hierzu festgestellt, daß

„die französischen Rechtsvorschriften, um die es im Ausgangsverfahren geht, geeignet sind, den freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 59 Absatz 1 EWG-Vertrag zu beschränken, da sie die Dienstleistungserbringer, die Beförderungen zwischen einem Hafen im Inland und einem Hafen in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft durchführen, gegenüber denjenigen diskriminieren, die Beförderungen zwischen zwei inländischen Häfen vornehmen“ [40].

25. Aus dem Urteil Corsica Ferries France folgt somit, daß es für einen Verstoß gegen den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs ausreicht, wenn ein Mitgliedstaat die *Ausfuhr* von Dienstleistungen, wie z. B. von innergemeinschaftlichen Seeverkehrsleistungen, gegenüber gleichartigen *inländischen* Dienstleistungen diskriminiert (siehe auch unten Nr. 28) [41]. Eine derartige Diskriminierung liegt aber auch hier vor. Sie ist daher gleichfalls gemäß Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4055/86 verboten. Hierfür ist, wie bereits erwähnt, die für Artikel 59 geltende Auslegung richtungweisend. Daß die unterschiedlichen Tarife für die Lotsendienste, wie der Antragsgegner ausführt, für die Dienstleistungen eines Unternehmens wie der Antragstellerin nur beschränkte Wirkung gehabt haben sollen — angesichts der Höhe des zurückgeforderten Betrags ist dies im übrigen nicht klar —, ändert nichts an ihrer Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht. Dies ergibt sich gleichfalls aus dem Urteil Corsica Ferries France:

„Die Artikel des EWG-Vertrags über den freien Warenverkehr, die Freizügigkeit sowie den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr stellen nämlich, wie der Gerichtshof schon mehrfach entschieden hat, Grundsatzbestimmungen für die Gemeinschaft dar, und

40 — Urteil Corsica Ferries France (angeführt in Fußnote 37, Randnr. 7).

41 — In diesem Sinn auch G. Marenco, „The Notion of Restriction on the Freedom of Establishment and Provision of Services in the Case-Law of the Court“, *Yearbook of European Law*, Band 11, Oxford, Clarendon Press, 1992, (111), S. 144.

jedes Hemmnis für diese Freiheit, *sei es auch von geringer Bedeutung*, ist verboten." [42]

Schließlich ist selbstverständlich, daß Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4055/86 unmittelbare Wirkung hat [43]. Auf diese unmittelbare Wirkung kann sich die Antragstellerin jedenfalls im Hinblick auf unterschiedliche Tarife für Lotsendienste berufen, die, wie im vorliegenden Fall, durch ministerielles Rundschreiben genehmigt wurden und daher als vom Staat ausgehend angesehen werden können. Im übrigen halte ich es für wünschenswert, daß der in der genannten Bestimmung verankerte Grundsatz — in Anlehnung an die Rechtsprechung zu den Vertragsbestimmungen über den Dienstleistungsverkehr [44] — auch auf eine berufsständische Organisation wie den Antragsgegner, die durch Dekret des Präsidenten der Republik errichtet wurde und eine kollektive Regelungsbefugnis besitzt, Anwendung findet.

26. Der Antragsgegner und die italienische Regierung möchten den Gerichtshof davon überzeugen, daß für die unterschiedlichen Tarife eine *objektive Rechtfertigung* gegeben sei. Lotsendienste sind ihrer Ansicht nach zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit im Hafen und im Hafenbereich erforderlich. Ferner hat die italienische Regierung in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, daß die Festsetzung unterschiedlicher Tarife Ausdruck einer Entscheidung der nationalen Verkehrspolitik sei, die mit den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts durchaus vereinbar sei. Der günstigere Tarif für die Seekabotage diene nämlich dazu, diese Form des Verkehrs gegenüber dem übermäßig dichten und die Umwelt stark verschmutzenden Straßenverkehr konkurrenzfähig zu machen. Die unterschiedlichen Tarife seien insofern auch Ausdruck einer umweltpolitischen Entscheidung, da Seekabotage die Umwelt viel weniger belaste als der Verkehr auf der Straße. Schließlich sei diese Bevorzugung des Seeverkehrs innerhalb Italiens bis Ende Dezember 1992, also bis zum Inkrafttreten der Verordnung Nr. 3577/92, durchaus zulässig gewesen, da es bis zu diesem Zeitpunkt keine gemeinschaftliche Verkehrspolitik betreffend die Kabotage gegeben habe.

27. Zwar erscheint es mir plausibel, daß Lotsendienste bei der Regelung des Seeverkehrs im Hafen und im Hafenbereich tatsächlich eine Aufgabe zu erfüllen haben und insoweit die öffentliche Sicherheit im weiteren Sinne berühren — ein Rechtfertigungsgrund, der in dem hier gemäß Artikel 1 Absatz 3 der Verordnung Nr. 4055/86 (oben Nr. 12) anwendbaren Artikel 56 EG-Vertrag ausdrücklich anerkannt ist; jedoch ist mir unverständlich, warum eine Differenzierung bei der Tarifierung dieser Dienste zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit erforderlich sein soll [45].

42 — Urteil Corsica Ferries France (Randnr. 8, Hervorhebung von mir). Siehe auch im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 270/83 (Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 273, Randnr. 21 a. E.), und in bezug auf den Warenverkehr Urteil vom 18. Mai 1993 in der Rechtssache C-126/91 (Yves Rocher, Slg. 1993, I-2361, Randnr. 21, wo eine Ausnahme für rein hypothetische Behinderungen gemacht wird).

43 — Die Verordnung, zu der diese Bestimmung gehört, ist nämlich, wie in ihrem Schlußsatz erwähnt, gemäß Artikel 189 Absatz 2 EG-Vertrag in all ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

44 — Vgl. im Hinblick auf Artikel 59 EG-Vertrag Urteile vom 12. Dezember 1974 in der Rechtssache 36/74 (Walrave, Slg. 1974, 1405, Randnr. 17) und vom 14. Juli 1976 in der Rechtssache 13/76 (Dona, Slg. 1976, 1333, Randnr. 17).

45 — Daß der Schutz der Verkehrssicherheit auf den öffentlichen Straßen jedenfalls als Grund von öffentlichem Interesse in Betracht kommt, aufgrund dessen nichtdiskriminierende Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs gerechtfertigt sein können, ergibt sich bereits aus dem Urteil vom 28. November 1978 in der Rechtssache 16/78 (Choquet, Slg. 1978, 2293, Randnr. 8).

Das gleiche gilt im Kern für die angeführten Entscheidungen der nationalen Verkehrs- und Umweltpolitik. Gründe der Verkehrsinfrastruktur und des Umweltschutzes kommen gewiß als Rechtfertigungsgrund für nichtdiskriminierende Beschränkungen im innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehr in Betracht [46]. Abgesehen davon, daß nicht feststeht, daß die genannten, in ihrer Wirkung diskriminierenden Unterschiede in den Tarifen durch politische Ziele gerechtfertigt werden können, die nur für nichtdiskriminierende Beschränkungen in Anspruch genommen werden können [47], sind diese Unterschiede wohl keineswegs zur Erreichung der angegebenen politischen Ziele *erforderlich*. Um den Seeverkehr in Italien gegenüber dem Verkehr auf der Straße konkurrenzfähig zu machen, genügte es nämlich — und war sogar angezeigt —, die Lotsentarife für alle Schiffe zu senken; dafür waren keineswegs Tarife erforderlich, bei denen danach unterschieden wurde, ob es sich um unter italienischer Flagge fahrende oder um andere Schiffe handelte. Daß es durchaus auch andere Möglichkeiten gibt, zeigt das Rundschreiben vom 18. Dezember 1992 (oben Nr. 6), mit dem die Tarife für zur Kabotage zugelassene Schiffe auf Schiffe ausgedehnt werden, die unter der Flagge eines anderen Mitgliedstaats fahren. Die bis zu diesem Zeitpunkt geltenden unterschiedlichen Tarife waren daher für die Erreichung der angestrebten Ziele nicht erforderlich und genügen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht.

Was schließlich das auf die Verordnung Nr. 3577/92 gestützte Argument angeht, so trifft es zu, daß der Rat erst mit dieser Verordnung den freien Dienstleistungsverkehr im Seeverkehr in den Mitgliedstaaten verwirklicht hat. Dies bedeutet jedoch nur, daß es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten bis zum Inkrafttreten dieser Verordnung gestattete, *auf dem Gebiet der Kabotage* Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs anzuwenden [48]. Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet des innergemeinschaftlichen Seeverkehrs, wie die im Ausgangsverfahren fraglichen, hatten dagegen bereits seit dem 1. Januar 1987, dem Tag des Inkrafttretens der Verordnung Nr. 4055/86, aufgehoben zu sein.

28. Es bleibt mir noch ein Punkt näher zu untersuchen, ob sich nämlich die Antragstellerin als eine Gesellschaft nach italienischem

46 — Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Warenverkehr ergibt sich, daß namentlich der Umweltschutz als ein Grund von allgemeinem Belang angeführt werden kann, um bestimmte Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Verkehrs zu rechtfertigen: vgl. Urteile vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 240/83 (ADBHU, Slg. 1985,531, Randnr. 13); vom 20. September 1988 in der Rechtssache 302/86 (Kommission/Dänemark, Slg. 1988, 4607, Randnrn. 8 und 9); Urteil vom 9. Juli 1992 in der Rechtssache C-2/90 (Kommission/Belgien, Slg. 1992, I-4431, Randnr. 32).

47 — Nach ständiger Rechtsprechung lassen sich nämlich innerstaatliche Vorschriften, die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf deren Ursprung anwendbar sind, mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbaren, wenn sie unter eine ausdrücklich abweichende Bestimmung, wie z. B. Artikel 56 EWG-Vertrag, fallen: vgl. u. a. das Urteil Collectieve Antennevoorziening Gouda (angeführt in Fußnote 38, Randnr. 11); Urteil vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-211/91 (Kommission/Belgien, Slg. 1992, I-6757, Randnr. 11); Urteil Distribuidores Cinematográficos (gleichfalls angeführt in Fußnote 38, Randnr. 16).

48 — Vgl. zu den Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, Beschränkungen auf den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des innergemeinschaftlichen Seeverkehrs vor dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 4055/86 anzuwenden, das Urteil Corsica Ferries France (angeführt in Fußnote 37, Randnr. 14).

Recht mit Hauptsitz in Italien in der Tat gegenüber den *italienischen* Behörden auf Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 4055/86 berufen kann. Ausgangspunkt müssen insoweit meines Erachtens die folgenden vom Gerichtshof in den „Fremdenführer"-Urteilen vorgenommenen Erwägungen sein:

„Auch wenn Artikel 59 EWG-Vertrag nach seinem Wortlaut ausdrücklich nur den Fall eines Leistungserbringers betrifft, der in einem anderen Mitgliedstaat als der Leistungsempfänger ansässig ist, ist es doch Ziel dieses Artikels, die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit solcher Personen zu beseitigen, die nicht in dem Staat niedergelassen sind, in dessen Gebiet die Dienstleistung erbracht werden soll (Urteil vom 10. Februar 1982 in der Rechtssache 76/81, Transporoute, Slg. 1982, 417, Randnr. 14). Nur wenn alle wesentlichen Elemente der fraglichen Betätigung nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen, sind die Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr nicht anwendbar (Urteil vom 18. März 1980 in der Rechtssache 52/79, Debauve, Slg. 1980, 833, Randnr. 9).

Demgemäß greift Artikel 59 immer dann ein, wenn ein Leistungserbringer Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen anbietet, in dem er niedergelassen ist, und zwar unabhängig vom Niederlassungsort der Empfänger dieser Dienstleistungen." [49]

49 — Die in Fußnote 38 angeführten Urteile in der Rechtssache C-154/89 (Kommission/Frankreich, Randnrn. 9 und 10), in der Rechtssache C-180/89 (Kommission/Italien, Randnrn. 8 und 9), in der Rechtssache C-198/89 (Kommission/Griechenland, Randnrn. 9 und 10). Die letztgenannte Erwägung hat der Gerichtshof ausdrücklich in Randnr. 12 des in Fußnote 19 zitierten Urteils Hubbard bestätigt.

29. Daß sich die vorliegende Rechtssache nicht hinsichtlich aller erheblichen Gesichtspunkte innerhalb eines Mitgliedstaats abspielt, ergibt sich aus dem Vorstehenden: Allein schon der Umstand, daß die Antragstellerin einen Linienverkehr zwischen dem Hafen von Genua und den Häfen von Korsika betreibt, ist ein erheblicher innergemeinschaftlicher Gesichtspunkt (oben Nr. 17). Zwar trifft es zu, daß die soeben zitierte Rechtsprechung Artikel 59 EG-Vertrag unabhängig vom Niederlassungsort des Leistungsempfängers auf die Dienstleistungen anwendet, die ein Leistungserbringer in einem *Aufnahmemitgliedstaat* erbringt, während es in der vorliegenden Sache eher darum geht, ob der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs auch gegenüber dem *Herkunftsmitgliedstaat* — im vorliegenden Fall, da die Antragstellerin eine Gesellschaft italienischen Rechts ist, gegenüber Italien — in Anspruch genommen werden kann.

Meines Erachtens muß dies bejaht werden, da die Dienstleistungen des Leistungserbringers in einem Fall der vorliegenden Art *ihrer Natur nach* gleichermaßen auf Leistungsempfänger aus anderen Mitgliedstaaten wie auf Leistungsempfänger aus dem eigenen Mitgliedstaat, genauer gesagt, gleichermaßen auf Franzosen (und Reisende aus anderen Mitgliedstaaten) wie auf Italiener, ausgerichtet sind. Insoweit erscheint ein kurzer Vergleich mit der Rechtsprechung zum Grundsatz der Freizügigkeit ausreichend. Der Gerichtshof hat in diesem Bereich u. a. entschieden, daß sich Gemeinschaftsbürger (oder Gesellschaften im Sinne von Artikel 58 EG-Vertrag) gegenüber ihrem Herkunftsstaat auf die fraglichen Vertragsbestimmungen (Artikel 48 bzw. 52) berufen können, wenn dieser ihre Niederlassung oder ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat (oder selbst im eigenen Mitgliedstaat) behindert, etwa durch ein Verbot auszuwan-

dern [50], durch die Weigerung, von seinen Staatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat erworbene berufliche Qualifikationen anzuerkennen [51] oder durch die Festlegung von Beschränkungen für die Führung von in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen akademischen Graden [52] oder, allgemein gesprochen, wenn er sie — etwa auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit — benachteiligt, wenn sie ihre Tätigkeit über das Hoheitsgebiet eines einzigen Mitgliedstaats hinaus ausdehnen wollen [53].

Der gleiche Grundsatz muß — wie auch das Urteil Corsica Ferries France bestätigt (zitiert in Nr. 24) [54] — meines Erachtens auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs gelten: Behindert ein Herkunftsstaat Dienstleistungen seiner Staatsangehörigen oder nach seinem Recht errichteter Gesellschaften, so verstößt eine derartige Beschränkung grundsätzlich gegen den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs und können sich die betroffenen Leistungserbringer gegenüber ihrem eigenen Staat auf diesen Grundsatz berufen, sofern die Dienstleistung wie im vorliegenden Fall ihrer Natur nach gleichermaßen auf Leistungsempfänger aus anderen Mitgliedstaaten ausgerichtet ist.

50 — Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 81/87 (Daily Mail, Slg. 1988, 5483, Randnr. 16).

51 — Urteil vom 7. Februar 1979 in der Rechtssache 115/78 (Knoors, Slg. 1979, 399, Randnr. 24).

52 — Urteil vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92 (Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 32).

53 — Vgl. Urteile vom 7. Juli 1988 in der Rechtssache 143/87 (Stanton, Slg. 1988, 3877, Randnrn. 13 und 14) und in den verbundenen Rechtssachen 154/87 und 155/87 (Wolf u. a., Slg. 1988, 3897, Randnrn. 13 und 14).

54 — Dieser Fall betraf nämlich eine Gesellschaft französischen Rechts, die sich gegenüber den französischen Behörden auf Artikel 59 EG-Vertrag berief, weil sie mit ihren innergemeinschaftlichen Dienstleistungen gegenüber gleichartigen inländischen Dienstleistungen diskriminiert wurde.

Zu der Frage, ob das Handeln einer nationalen Behörde, durch das einem Unternehmen wie dem Antragsgegner ermöglicht wird, unterschiedliche Tarife anzuwenden, mit den Artikeln 86 und 90 EG-Vertrag vereinbar ist

30. Mit Frage 5 a und b möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es mit den Artikeln 90 *Absatz 1* in Verbindung mit 86 EG-Vertrag vereinbar ist, daß eine nationale Behörde es einem Unternehmen wie dem Antragsgegner ermöglicht, unterschiedliche Tarife anzuwenden, je nachdem, ob es sich um unter inländischer oder um unter ausländischer Flagge fahrende Schiffe handelt. Das Gericht geht dabei davon aus, daß der Antragsgegner als ein „Unternehmen in beherrschender Stellung, das mit ausschließlichen Rechten für einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes ausgestattet ist", anzusehen ist.

Für eine sinnvolle Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu prüfen, ob der Antragsgegner tatsächlich als ein Unternehmen anzusehen ist, dem besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag gewährt worden sind. Danach werde ich untersuchen, ob die Anwendung unterschiedlicher Tarife eine mißbräuchliche Ausnützung einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt.

A — Ist der Antragsgegner ein Unternehmen, dem besondere oder ausschließliche Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag gewährt worden sind?

31. Als Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ob der Antragsgegner ein Unternehmen im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag ist — die Vorlagefrage bezieht sich nicht auf Artikel 90 Absatz 2 [55] —, ist meines Erachtens das Urteil Merci heranzuziehen. Auch diese Rechtssache betraf eine Situation, die im Hafen von Genua bestand. Es ging um die Durchführung von Be-, Ent- und Umladearbeiten sowie Warenbeförderungen im Hafen, für die Artikel 110 des Codice den Hafenbetriebsgesellschaften ein ausschließliches Recht verlieh. Der Gerichtshof stellte fest, daß

„ein Hafenunternehmen mit dem ausschließlichen Recht der Organisation der Hafenarbeiten für Rechnung Dritter und eine Hafenbetriebsgesellschaft mit dem ausschließlichen Recht der Durchführung der Hafenarbeiten als Unternehmen anzusehen sind, denen der Staat ausschließliche Rechte im Sinne des Artikels 90 Absatz 1 EWG-Vertrag verliehen hat" [56].

Ich erinnere daran (siehe oben Nr. 4), daß der Antragsgegner durch Dekret des Präsidenten der Republik gemäß Artikel 86 des Codice errichtet wurde. Es ist unstreitig, daß der Antragsgegner im Hafen von Genua ein ausschließliches Recht zur Erbringung von Lotsendiensten hat. Ebenfalls unbestreitbar — der Antragsgegner räumt dies im übrigen selbst in seinen schriftlichen Erklärungen ein — ist meines Erachtens, daß der Antragsgegner, trotz seiner besonderen Rechtsform als berufsständische Organisation und seiner Anerkennung durch Dekret des Präsidenten der Republik im Hinblick auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln ein Unternehmen ist: Er ist nämlich durchaus eine Einheit, die mittels ihrer Mitglieder eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt; die Rechtsform und die Art ihrer Finanzierung spielen hierbei keine Rolle, wie der Gerichtshof im Urteil Höfner und Elser ausgeführt hat [57]. Das Ergebnis muß daher lauten, daß ein Unternehmen wie der Antragsgegner ein Unternehmen im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag ist, dem ein Mitgliedstaat ausschließliche Rechte verliehen hat.

B — Stellen die unterschiedlichen Tarife eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag dar?

32. Daß der Antragsgegner ein Unternehmen mit ausschließlichen Rechten im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag ist, hat bedeutende Auswirkungen darauf, ob Arti-

55 — Auch im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Artikel 90 Absatz 2 enthält das in Fußnote 18 zitierte Urteil Merci (Randnrn. 25 bis 28) ausreichende, hier analog anwendbare Hinweise.

56 — Urteil Merci (Randnr. 9).

57 — Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 21); in jüngster Zeit bestätigt durch Urteil vom 17. Februar 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-159/91 und C-160/91 (Poucet, Slg. 1993, I-637, Randnr. 17).

kel 86 EG-Vertrag anwendbar ist. Es ist nämlich ständige Rechtsprechung, wie u. a. das Urteil Merci und in neuerer Zeit das Urteil Corbeau bestätigen, daß

„ein Unternehmen, daß für einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes mit einem gesetzlichen Monopol ausgestattet ist, als ein Unternehmen angesehen werden kann, daß eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag besitzt" [58].

Fraglich ist ferner, ob der Antragsgegner eine beherrschende Stellung „für einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes" besitzt. Im Urteil Merci kam der Gerichtshof im Hinblick auf Hafenunternehmen mit einem gesetzlichen Monopol für das Be-, Ent- und Umladen im Hafen von Genua zu folgendem Ergebnis:

„Bezüglich der Abgrenzung des relevanten Marktes geht aus der Vorlageentscheidung hervor, daß es sich hierbei um den Markt der Organisation der die gewöhnliche Fracht betreffenden Hafenarbeiten im Hafen von Genua für Rechnung Dritter sowie der Durchführung dieser Arbeiten handelt. Insbesondere angesichts des Umfangs des Frachtverkehrs in dem genannten Hafen und [dessen] Bedeutung ... für die gesamte Ein- und Ausfuhr auf dem Seewege in den betreffenden Mitgliedstaat kann dieser Markt als ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes angesehen werden." [59]

Zwischen den am Verfahren vor dem Gerichtshof Beteiligten besteht Uneinigkeit darüber, ob der relevante Markt für Lotsendienste einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt. Nach Ansicht der italienischen Regierung ist dies nicht der Fall, da die Lotsendienste nur einen zu vernachlässigenden Teil der wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem Seeverkehrssektor ausmachten. Ich halte dieses Argument nicht für stichhaltig. Im vorliegenden Fall ist relevanter Markt der Markt für Lotsendienste im Hafen von Genua. Das Hauptargument, aufgrund dessen der Gerichtshof im Urteil Merci zu dem Ergebnis kam, daß es um einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes geht, trifft auch hier zu: Angesichts des Umfangs des Frachtverkehrs im Hafen von Genua, der Bedeutung dieses Hafens für die gesamte Ein- und Ausfuhr Italiens und der Tatsache, daß die Inanspruchnahme der Lotsendienste dort für alle Schiffe Pflicht ist, muß das Ergebnis lauten, daß der Antragsgegner eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes besitzt.

58 — Urteil Merci (Randnr. 14); Urteil vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91 (Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnr. 9). Vgl. auch Urteil Höfner und Elser (angeführt in Fußnote 57, Randnr. 28), das Urteil ERT (zitiert in Fußnote 38, Randnr. 31) und Urteil vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88 (RTT, Slg. 1991, I-5941, Randnr. 17).

59 — Urteil Merci (Randnr. 15).

33. Die Erklärungen des Antragsgegners können mich keineswegs vom Gegenteil überzeugen. Der Antragsgegner fordert den Gerichtshof im Kern auf, sein Urteil in der Rechtssache Merci im Hinblick auf zwei neue Gesichtspunkte zu überprüfen. Der erste Gesichtspunkt ist das Inkrafttreten eines besonderen italienischen Wettbewerbsgesetzes nach dem Erlaß des Urteils Merci, wonach Monopolsituationen der im Ausgangsverfahren fraglichen Art nunmehr überprüft werden können. Ich möchte insoweit nur auf die vom Gerichtshof mit dem Urteil Wilhelm begründete ständige Rechtsprechung verweisen, nach der

„das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft und das staatliche Wettbewerbsrecht die restriktiven Praktiken nicht nach den gleichen Gesichtspunkten [beurteilen]. Die Artikel 85 und 86 stellen darauf ab, ob sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindern können, während jede der staatlichen Wettbewerbsgesetzgebungen von ihren eigenen Erwägungen ausgeht und die restriktiven Praktiken lediglich nach ihnen beurteilt." [60]

Daß die Abfassung des neuen italienischen Wettbewerbsrechts stark durch die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln beeinflußt wurde, ändert nichts an der erwähnten unterschiedlichen Betrachtungsweise.

Noch frappanter ist der zweite „neue Gesichtspunkt", auf den sich der Antragsgegner beruft, nämlich die Verwirklichung des Binnenmarkts. Die dadurch verwirklichte Marktintegration führe dazu, daß die Aufgabe des Wettbewerbsrechts als Instrument der Integration der nationalen Märkte größtenteils überholt sei. Im Einklang mit dem im neuen Artikel 3b EG-Vertrag (eingefügt durch den Vertrag über die Europäische Union) verankerten Subsidiaritätsprinzip habe sich das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht nunmehr vor allem auf für den Binnenmarkt wirklich wesentliche Fälle zu konzentrieren und weniger bedeutsame Fälle den nationalen Instanzen zu überlassen. Ich möchte auf diese Argumentation nicht ausführlicher eingehen, als sie es verdient. Insoweit möge der Hinweis genügen, daß die Verwirklichung eines bedeutsamen *Rechtsetzungs*programms wie desjenigen des Binnenmarkts als solche keineswegs einen Beweis für eine weit fortgeschrittene *wirtschaftliche* Integration der nationalen Märkte beinhaltet und daß das in Artikel 3b EG-Vertrag verankerte Subsidiaritätsprinzip gemäß Artikel M des Vertrags über die Europäische Union den „aquis communautaire" (gemeinschaftlichen Besitzstand), zu dem auch die vom Gerichtshof entwickelte Auslegung der Anwendungsvoraussetzungen des Artikels 86 EG-Vertrag gehört, unberührt läßt.

34. Die italienische Regierung bezweifelt ferner, daß die hier streitigen Tarifunterschiede eine *mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung* im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag darstellen. Die Unter-

60 — Urteil vom 10. Juli 1980 in den verbundenen Rechtssachen 253/78 und 1/79 bis 3/79 (Giry und Guerlain, Slg. 1980, 2327, Randnr. 15). Vgl. bereits das Urteil vom 13. Februar 1969 in der Rechtssache 14/68 (Wilhelm, Slg. 1969, 1, Randnr. 3). Vgl. zu dem Verhältnis zwischen den gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und den nationalen Vorschriften über die Aufsicht über einen bestimmten Wirtschaftssektor das Urteil vom 27. Januar 1987 in der Rechtssache 45/85 (Verband der Versicherer/Kommission, Slg. 1987, 405, Randnr. 23).

schiede seien gerechtfertigt, da der innergemeinschaftliche Seeverkehr und der inländische Seeverkehr (Kabotage) keine konkurrierenden Tätigkeiten seien. Diese Argumentation überzeugt nicht. Es geht nämlich darum, daß die Unterschiede in keinerlei Zusammenhang mit der Art der angebotenen Lotsendienste stehen, die in beiden Fällen (bei Schiffen, die zur nationalen Küstenschiffahrt zugelassen sind, Schiffen also, die regelmäßig auf Routen zwischen italienischen Häfen eingesetzt werden, einerseits und bei anderen Schiffen andererseits) genau die gleiche ist. Meines Erachtens handelt es sich hier eindeutig um einen Fall eines Mißbrauchs einer beherrschenden wirtschaftlichen Stellung im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe c EG-Vertrag nämlich um die

„Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden" [61].

Aus der gemeinschaftlichen Rechtsprechung, insbesondere aus den Urteilen United Brands [62] und Merci [63], ergibt sich, daß der Gerichtshof diesen Satzteil nicht eng auslegt, so daß für seine Anwendung nicht Voraussetzung ist, daß die Handelspartner des mißbräuchlich handelnden Unternehmens im Wettbewerb *untereinander oder mit dem Unternehmen in beherrschender Stellung* einen Nachteil erleiden müssen.

Daß ferner die hier gerügten Tarifunterschiede im vorliegenden Fall *dazu führen können, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen,* wie dies Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag ist, erscheint mir gleichfalls offensichtlich. Genua ist ein internationaler Hafen, und die höheren Lotsentarife für Schiffe, die nicht unter italienischer Flagge fahren — es kann davon ausgegangen werden, daß dies für die meisten Schiffe von Reedern aus anderen Mitgliedstaaten zutrifft —, können unbestreitbar den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen [64].

Im übrigen verlangt Artikel 86 nach ständiger Rechtsprechung

„nicht den Nachweis, daß das mißbräuchliche Verhalten den Handel zwischen

61 — In diesem Punkt läßt sich in der Tat eine Parallele zu der Situation ziehen, die dem Urteil United Brands (Urteil vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, Slg. 1978, 207) zugrunde lag: Der Gerichtshof entschied dort, daß die diskriminierende Preispolitik von UBC, aufgrund deren Reifereien und Vertriebshändlern von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedliche Preise für Lieferungen von im wesentlichen gleichen Mengen von Bananen derselben Sorte berechnet wurden, eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung war, da „[d]iese diskriminierenden Preise je nach Mitgliedstaat ... entsprechend viele Hindernisse für den freien Warenverkehr" bildeten (Randnr. 232) und „[a]uf diese Weise ... eine strenge Abriegelung der nationalen Märkte mit künstlich unterschiedlichem Preisniveau erzielt [wurde], was bestimmte Vertriebshändler/Reifereien im Wettbewerb benachteiligte, der im Vergleich zu dem, was er hätte sein müssen, verfälscht wurde" (Randnr. 233). Die gleiche Argumentation läßt sich sinngemäß im vorliegenden Fall anwenden: Die unterschiedlichen Tarife des Antragsgegners stellen ein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr im Bereich des innergemeinschaftlichen Seeverkehrs dar und benachteiligen die Erbringer derartiger Leistungen im Wettbewerb.

62 — Siehe Fußnote 61.

63 — Randnrn. 18 und 19 des Urteils.

64 — Vgl. Randnr. 20 des Urteils Merci, in der der Gerichtshof im Hinblick auf die Frage, ob die in diesem Fall streitige Regelung, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann, auf seine Feststellungen in Randnr. 15 des Urteils verweist, die oben im Text wiedergegeben ist.

Mitgliedstaaten tatsächlich spürbar beeinträchtigt hat, sondern den Nachweis, daß dieses Verhalten *geeignet ist*, eine derartige Wirkung zu entfalten" [65].

35. Gemäß Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag dürfen die Mitgliedstaaten in bezug auf Unternehmen, denen sie ausschließliche Rechte gewähren, „keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 7 und 85 bis 94 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten" [66]. Der Gerichtshof hat festgestellt, daß diese Bestimmung die Mitgliedstaaten u. a. verpflichtet, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag ausschalten könnten [67]. Werden diskriminierende Tarife für Lotsendienste, die auf einem Mißbrauch einer beherrschenden wirtschaftlichen Stellung beruhen, vom italienischen Minister für die Handelsflotte rechtlich gemäß Artikel 91 des Codice (oben Nr. 4) bestätigt, so fällt dies meines Erachtens uneingeschränkt unter das Verbot des Artikels 90 Absatz 1, jedenfalls dann, wenn man diese Bestimmung in Verbindung mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Artikel 5 Absatz 2 EG-Vertrag sieht, alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele des EG-Vertrags gefährden könnten, zu unterlassen [68].

Ergebnis

36. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, dem vorlegenden Gericht wie folgt zu antworten:

1) Die Fragen 2, 4 und 5c brauchen nicht beantwortet zu werden.

65 — Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81 (Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, Randnr. 104 am Schluß, Hervorhebung von mir); ferner Urteil vom 11. November 1986 in der Rechtssache 226/84 (British Leyland/Kommission, Slg. 1986, 3263, Randnr. 20) und Urteil Höfner und Elser (angeführt in Fußnote 57, Randnr. 32). Vgl. auch Urteile des Gerichts vom 10. Juli 1991 in der Rechtssache T-69/89 (RTE/Kommission, Slg. 1991, II-485, Randnr. 76) und in der Rechtssache T-70/89 (BBC/Kommission, Slg. 1991, II-535, Randnr. 64). Eine noch weitere Auslegung hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 247/86 (Alsatel, Slg. 1988,5987, Randnr. 11) gegeben; danach fallen alle Praktiken unter Artikel 86 EG-Vertrag, „die geeignet sind, unmittelbar oder mittelbar, gegenwärtig oder zukünftig die Handelsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinflussen und so die vom EWG-Vertrag gewollte wechselseitige wirtschaftliche Durchdringung zu beeinträchtigen".

66 — Durch ein Versehen der Verfasser des Vertrags über die Europäische Union ist die Verweisung des Artikels 90 Absatz 1 auf Artikel 7 nicht an die Umnumerierung dieses Artikels in Artikel 6 angepaßt worden.

67 — Urteil ERT (angeführt in Fußnote 38, Randnr. 35). Vgl. bereits Urteil vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77 (INNO, Slg. 1977, 2115, Randnrn. 31 und 32).

68 — Vgl. Urteil vom 11. April 1989 in der Rechtssache 66/86 (Saeed, Slg. 1989, 803, Nr. 3 des Tenors), in dem der Gerichtshof entschieden hat, daß die Artikel 5 und 90 der Genehmigung von Tarifen entgegenstehen, die sich aus unter Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag geschlossenen Tarifvereinbarungen ergeben.

2) Es ist mit dem für die Seeschiffahrt zwischen Mitgliedstaaten in Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 4055/86 verankerten Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs unvereinbar, daß für gleiche Lotsendienste ein unterschiedlicher Tarif angewendet wird, je nachdem, ob es um ein Unternehmen geht, das Beförderungen zwischen zwei Mitgliedstaaten oder aber zwischen inländischen Häfen vornimmt.

3) Es ist mit den Artikeln 90 Absatz 1 und 86 EG-Vertrag unvereinbar, daß eine nationale Behörde es einem Unternehmen, dem auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes ausschließliche Rechte gewährt worden sind, ermöglicht, die genannten diskriminierenden Tarife anzuwenden.