SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS NIAL FENNELLY vom 9. Oktober 1997 *

Inhaltsverzeichnis

I — Einführung ..... I - 536

II — Der rechtliche Zusammenhang ..... I - 536

A — Der rechtliche Zusammenhang vor der Rechtssache Porto di Genova ..... I - 536

B — Die Rechtssache Porto di Genova ..... I - 538

C — Die allgemeinen italienischen Vorschriften über die Vermittlung von Arbeitskräften ..... I - 539

D — Die relevanten italienischen Hafenvorschriften ..... I - 540

III — Der Sachverhalt und das Verfahren vor dem vorlegenden Gericht ..... I - 543

IV — Erklärungen ..... I - 545

V — Beurteilung der ersten Frage ..... I - 545

A — Die Prima-facie-Anwendung des Artikels 59 EG-Vertrag ..... I - 545

B — Die mögliche Anwendung der Artikel 30 und 48 EG-Vertrag ..... I - 549

C — Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs der Umschlagunternehmen ..... I - 550

i) Erklärungen der Beteiligten und der Mitgliedstaaten ..... I - 550

ii) Analyse ..... I - 551

D — Rechtfertigung ..... I - 553

i) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ..... I - 553

ii) Rechtfertigung der unterschiedslos anwendbaren Beschränkung ..... I - 554

VI — Die zweite und die dritte Frage ..... I - 556

A — Einführung ..... I - 556

B — Die dritte Frage ..... I - 557

i) Die grundsätzliche Anwendung von Artikel 86 ..... I - 557

ii) Die Verantwortung des Mitgliedstaats und die Voraussetzungen des Artikels 90 Absatz 1 ..... I - 559

iii) Das in der vorliegenden Rechtssache dargelegte mißbräuchliche Verhalten ..... I - 564

C — Die zweite Frage ..... I - 567

VII — Ergebnis ..... I - 568

I — Einführung

1. Dieses Vorabentscheidungsersuchen verlangt vom Gerichtshof erneut, daß er die Vereinbarkeit bestimmter Aspekte der Vorschriften zur Regelung der Arbeiten in italienischen Häfen mit dem Gemeinschaftsrecht prüft. In der Rechtssache Merci Convenzionali Porto di Genova [1] hat der Gerichtshof entschieden, daß Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit den Artikeln 38, 48 und 86 EG-Vertrag einer Regelung entgegensteht, die einem in Italien niedergelassenen Unternehmen das ausschließliche Recht der Organisation der Arbeiten in italienischen Häfen verleiht und es verpflichtet, sich ausschließlich der Dienstleistungen nur aus italienischen Hafenarbeitern bestehender Hafenbetriebsgesellschaften zu bedienen. Das vorliegende Ersuchen betrifft die Frage, ob ein ausschließliches Recht, das kürzlich einer — seitdem umgewandelten — Hafenbetriebsgesellschaft allein im Hinblick auf die Ausführung von Aushilfsarbeiten im Hafen eingeräumt worden ist, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

* Originalsprache: Englisch.

1 — Urteil vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90 (Slg.1991, I-5889; im folgenden: Rechtssache Porto di Genova).

II — Der rechtliche Zusammenhang

2. Die nationalen Rechtsvorschriften sind komplex. Um das Verständnis der geltenden Hafengesetze zu erleichtern, werde ich zunächst die Rechtsvorschriften darlegen, die vor dem Urteil in der Rechtssache Porto di Genova in Kraft waren; sodann werde ich in einigen Punkten die entscheidenden Aspekte des Urteils des Gerichtshofes in jener Rechtssache prüfen, bevor ich die allgemeinen nationalen Rechtsvorschriften über die Arbeitsvermittlung beschreiben werde. Zum Schluß werde ich eine Zusammenfassung der einschlägigen Vorschriften der neuen Hafengesetze geben, die in Italien im wesentlichen als Reaktion auf die Rechtssache Porto di Genova erlassen wurden.

A — *Der rechtliche Zusammenhang vor der Rechtssache Porto di Genova*

3. Die hervorstechenden Merkmale der Rechtsvorschriften, die vor der Rechtssache Porto di Genova bestanden, können wie folgt beschrieben werden. Wie sich aus dem Sitzungsbericht in jener Rechtssache ergibt,

wurden (und werden) erstens die italienischen Seehäfen von staatlichen Hafenbehörden verwaltet und kontrolliert [2]. Zweitens wurden die Arbeiter, die für Hafenarbeiten eingesetzt werden, gemäß Artikel 110 des Codice della navigazione [3] (Schiffahrtsgesetzbuch; im folgenden: Gesetz) in Gesellschaften oder Gruppen zusammengefaßt (im folgenden: Hafenbetriebe), die ihre eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, aber der Aufsicht durch die Hafenbehörde unterliegen. Das „Ein- und Ausladen, der Umschlag und die Lagerung von Waren und anderen Gütern sowie allgemein der Verkehr dieser Waren und Güter" wurden gemäß Artikel 110 des Gesetzes diesen Hafenbetriebsgesellschaften vorbehalten. Dieses Monopol wurde durch Artikel 1172 des Gesetzes abgesichert, der denjenigen mit Strafe bedrohte, der für Hafenarbeiten einen Hafenarbeiter einstellte, der keiner Hafenbetriebsgesellschaft angeschlossen war [4]. Drittens sahen die Artikel 150, 152 und 156 des Regolamento per la navigazione marittima (Seeschiffahrtsverordnung) [5] für Hafenarbeiter, die von Hafenbetriebsgesellschaften beschäftigt wurden, die Pflichteintragung in vorläufige oder ständige Register vor, für die die italienische Staatsangehörigkeit Voraussetzung war.

4. Artikel 111 des Gesetzes gab den zuständigen Hafenbehörden die Befugnis, Genehmigungen für „die Ausführung von Hafenarbeiten durch Unternehmen für Dritte" zu erteilen. Die Unternehmen, denen diese Genehmigungen erteilt wurden, waren in der Regel privatrechtliche Unternehmen (im folgenden: Hafenunternehmen), die die Erbringung von Dienstleistungen organisierten, zu denen u. a. die Hafenarbeiten in italienischen Häfen für Rechnung von fremden Hafenbenutzern gehörten [6]. Die Hafenbetriebsunternehmen durften nur solche Arbeitskräfte beschäftigen, die von den Hafenbetriebsgesellschaften zur Verfügung gestellt wurden [7]. Die Tarife und die sonstigen Bestimmungen über die Dienstleistungen der Hafenbetriebsgesellschaften wurden gemäß Artikel 112 des Gesetzes und Artikel 203 der Verordnung von den zuständigen Hafenbehörden festgesetzt [8].

5. Die Vereinbarkeit der vorstehend beschriebenen Regelungen mit dem Gemeinschaftsrecht wurde in der Rechtssache Porto di Genova in Frage gestellt.

2 — Slg. 1991, I-5889, I-5891. Die staatliche Kontrolle der Häfen ist eine Erscheinung, die wahrscheinlich in den meisten, wenn nicht sogar in allen Mitgliedstaaten anzutreffen ist und als solche nicht als unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht angesehen werden kann.

3 — Königliches Dekret Nr. 337 vom 30. März 1942.

4 — Vgl. Nr. 2 der Schlußanträge des Generalanwalts Van Gerven (Slg. 1991, I-5889, I-5905).

5 — Dekret Nr. 328 des Präsidenten der Republik vom 15. Februar 1952; im folgenden: Verordnung.

6 — Aus der Erläuterung der italienischen Rechtsvorschriften, die das vorlegende Gericht in dem als Anhang zum Vorlagebeschluß beigefügten Vermerk gegeben hat, wird deutlich, daß die Hafenbehörden anderen Gesellschaften die Genehmigung erteilen konnten, unter der Aufsicht des Hafenmeisters Hafenarbeiten auszuführen. Aus der Antwort auf eine in der Sitzung gestellte Frage ergibt sich, daß diese Genehmigungen gemäß Artikel 68 des Gesetzes erteilt wurden und daß die Unternehmen, die von den Mitangeklagten des Herrn Raso im Ausgangsverfahren vertreten wurden, sämtlich über solche Genehmigungen verfügten.

7 — Die Verpflichtung des Konzessionsinhabers gemäß Artikel 111 des Gesetzes scheint nur auf die Erbringung von Arbeits- und Dienstleistungen mit hohem Arbeitsanteil angewandt worden zu sein.

8 — Es ist festzustellen, daß zur Zeit der Rechtssache Porto di Genova die Hafenbetriebsgesellschaft im Hafen von Genua ausschließlich der staatlichen Behörde gehörte, die den Hafen verwaltete. Demgemäß setzte tatsächlich diese Behörde die Gebühren fest, die von ihrer Tochtergesellschaft bezahlt wurden; vgl. Nr. 2 der Schlußanträge des Generalanwalts Van Gerven (Slg. 1991, I-5889, I-5906).

B — *Die Rechtssache Porto di Genova*

6. In der Rechtssache Porto di Genova führte eine italienische Gesellschaft, die Firma Siderurgica, auf einem gecharterten Schiff eine Ladung Stahl aus Deutschland ein [9]. Obwohl das Schiff die erforderliche Ausrüstung besaß, um von der eigenen Besatzung entladen zu werden, war diese Hafenarbeit nach dem Gesetz der zuständigen Hafenbetriebsgesellschaft im Hafen von Genua vorbehalten, d. h. der Compagnia Unica Lavoratori Merci Varie del Porto di Genova (im folgenden: Compagnia) [10]. Folglich war die Firma Siderurgica nach dem Gesetz verpflichtet, die Merci Convenzionali Porto di Genova, das zuständige Hafenunternehmen (im folgenden: Merci), mit der Organisation der Entladung des Stahls zu beauftragen. Die Merci ihrerseits war verpflichtet, die Dienstleistungen von der Compagnia entgegenzunehmen.

7. Die Lieferung der Waren wurde jedoch durch eine Reihe von Streiks verzögert, an denen Arbeitskräfte der Compagnia beteiligt waren. Die Firma Siderurgica klagte schließlich auf Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens und Erstattung der Beträge, die für den aufgezwungenen, jedoch nicht verlangten Einsatz der Hafenarbeiter der Compagnia erhoben wurden. Das Tribunale Genua vertrat die Auffassung, daß der Streit [11] das Problem der Vereinbarkeit der italienischen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht aufwerfe, und legte infolgedessen dem Gerichtshof zwei Fragen vor.

8. Die Entscheidung des Gerichtshofes kombiniert zwei Elemente. Erstens sei das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäß Artikel 7 EWG-Vertrag (jetzt Artikel 6 EG-Vertrag) durch Artikel 48 EG-Vertrag speziell auf Arbeitnehmer angewandt worden. Zu diesem Zweck legt der Gerichtshof den Begriff des Arbeitnehmers nach dem Gemeinschaftsrecht dahin gehend aus, daß er eine Person auch dann erfaßt, wenn „zwischen dem Arbeitnehmer, der sich in einem Abhängigkeitsverhältnis gegenüber dem Unternehmen befindet, und den anderen Arbeitnehmern dieses Unternehmens ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis besteht" [12]. Zweitens vertrat er die Auffassung, daß die Merci und die Compagnia eine beherrschende Stellung in bezug auf den „Markt der Organisation der ... Hafenarbeiten im Hafen von Genua für Rechnung Dritter sowie die Durchführung dieser Arbeiten" innehatten, der „als ein wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes angesehen werden [kann]" [13]. Zu der möglichen mißbräuchlichen Ausnutzung der beherrschenden Stellung hat der Gerichtshof unter Bezugnahme sowohl auf seine Entscheidungen in den Rechtssachen Höfner und Elser [14] sowie

9 — Vgl. den Sitzungsbericht (Slg. 1991, I-5889, I-5892).

10 — Vgl. Nr. 3 der Schlußanträge des Generalanwalts Van Gerven (Slg. 1991, I-5889, I-5906).

11 — Die Parteien waren sich über die Unvereinbarkeit der italienischen Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht einig. Wie Generalanwalt Van Gerven in Fußnote 5 seiner Schlußanträge ausführte, bestanden zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten nur über die Folgen dieser Unvereinbarkeit für die Firma Merci, was die Rückerstattung der von der Firma Siderurgica gezahlten Beträge für im Hafen erbrachte Dienstleistungen betrifft; a. a. O., I-5889, I-5906.

12 — Urteil Porto di Genova, Randnr. 13.

13 — Ebenda, Randnr. 15.

14 — Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Slg. 1991, I-1979).

ERT [15] als auch auf die Bestimmungen des Artikels 86 Buchstaben a, b und c EWG-Vertrag entschieden, daß sich „aus dem von dem vorlegenden Gericht beschriebenen ... Sachverhalt [ergibt], daß die Unternehmen, die nach den in der betreffenden nationalen Regelung festgelegten Modalitäten mit ausschließlichen Rechten ausgestattet sind, aus diesem Grund geneigt sind, die Bezahlung nicht verlangter Dienstleistungen zu fordern, unverhältnismäßige Preise in Rechnung zu stellen, den Einsatz moderner Technologie abzulehnen, was erhöhte Arbeitskosten und längere Ausführungsfristen zur Folge hat, oder bestimmten Benutzern Preisnachlässe zu gewähren, die gleichzeitig durch eine Erhöhung der anderen Benutzer in Rechnung gestellten Preise ausgeglichen werden" [16]. Infolgedessen war der Gerichtshof überzeugt, daß „ein Mitgliedstaat ... eine gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßende Lage [schafft], wenn er eine Regelung wie die im Verfahren vor dem vorlegenden Gericht streitige erläßt, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann" [17]. Es hat daher das vorlegende Gericht darauf hingewiesen, daß [18]

„Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit den Artikeln 30, 38 und 86 EWG-Vertrag der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, die einem in diesem Saat niedergelassenen Unternehmen das ausschließliche Recht der Organisation der Hafenarbeiten verleiht und es verpflichtet, sich zur Durchführung dieser Arbeiten einer ausschließlich aus inländischen Arbeitnehmern bestehenden Hafenbetriebsgesellschaft zu bedienen".

15 — Urteil vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (Slg. 1991, I-2925).

16 — Urteil Porto di Genova, Randnr. 19.

17 — Vgl. Randnr. 20.

18 — Vgl. Randnr. 24.

C — *Die allgemeinen italienischen Vorschriften über die Vermittlung von Arbeitskräften*

9. Die Versorgung des Arbeitsmarktes in Italien unterliegt einem obligatorischen Stellenvermittlungssystem, das von staatlichen Arbeitsämtern verwaltet wird und in erster Linie im Gesetz Nr. 264 vom 29. April 1949 (im folgenden: Gesetz 1949) geregelt ist, dessen Artikel 11 Absatz 1 die Arbeitsvermittlung durch andere Personen verbietet. Artikel 1 Absätze 1 und 2 des Gesetzes Nr. 1369 vom 23. Oktober 1960 (im folgenden: Gesetz 1960) verbietet es unter Androhung von Strafe der Geschäftsführung eines Unternehmens, mit Vermittlern oder Subunternehmern Vereinbarungen über die Erbringung von Arbeitsleistungen zu treffen oder solche Personen oder gar Dritte mit der Ausführung einzelner Aufträge zu betrauen. Der Zweck dieser Bestimmungen ist „das Bemühen, die Arbeitnehmer gegen Ausbeutung und Abbau ihrer Rechte zu schützen, die die Folge einer Aufspaltung sind zwischen dem tatsächlichen Arbeitgeber und einer Person, die formell als Arbeitgeber bezeichnet wird, in Wirklichkeit aber nur Vermittler ist" [19]. Die vorliegende Rechtssache hat mit bestimmten, in den Häfen geltenden Regeln der Arbeitsvermittlung zu tun. Die Übertretung dieser Regeln allerdings kann den Verantwortlichen der im Gesetz 1960 bestimmten Strafe aussetzen.

19 — Vgl. Nr. 3 der Schlußanträge des Generalanwalts Elmer in der Rechtssache C-111/94 (Job Centre, Slg. 1995, I-3361). In Nr. 39 seiner späteren Schlußanträge vom 15. Mai 1997 in der Rechtssache C-55/96 (Job Centre COOP a. r. l. en voie de constitution; im folgenden: Job Centre II), in der die Vereinbarkeit des vom Gesetz 1949 und vom Gesetz 1960 eingeführten Systems mit mehreren Vorschriften des Vertrages thematisiert wird, führt Generalanwalt Elmer aus, daß es logisch sei, das Verbot der Überlassung von Zeitarbeitskräften nach dem Gesetz 1960 als einen wesentlichen Bestandteil des allgemeinen Monopols zugunsten der mit dem Gesetz 1949 eingeführten staatlichen Stellenvermittlung zu sehen, auch wenn er akzeptiert, daß es letztlich Sache des vorlegenden Gerichts sei, über den Zweck eines nationalen Gesetzes zu entscheiden.

D — *Die relevanten italienischen Hafenvorschriften*

10. Die neuen nationalen Rechtsvorschriften, auf die sich der Vorlagebeschluß bezieht, bestehen im vorliegenden Fall aus dem Gesetz Nr. 84 vom 28. Januar 1994 (im folgenden: Gesetz 1994), mit dem die für Häfen geltenden Rechtsvorschriften geändert werden [20]. In Beantwortung einer in der Sitzung gestellten Frage hat der Anwalt der Angeklagten des Ausgangsverfahrens, dem der Bevollmächtigte Italiens in diesem Punkt nicht widersprochen hat, erklärt, daß mit den Änderungen, die mit dem Gesetz 1994 eingeführt wurden, nur die Regelungen kodifiziert wurden, die in bestimmten, von der italienischen Regierung 1992 in Befolgung des Urteils Porto di Genova erlassenen Notverordnungen enthalten waren und die aufgrund aufeinanderfolgender Verlängerungen bis zum Inkrafttreten des Gesetzes 1994 wirksam waren. Obwohl es Sache des vorlegenden Gerichts ist, die tatsächliche Geltungsdauer der im Gesetz 1994 enthaltenen Regelungen zu bestimmen, ist es vernünftig, im Rahmen dieser Vorlage davon auszugehen, daß entsprechende Regelungen während der meisten Zeit, auf die sich die fragliche Anklage erstreckt, in Kraft waren [21].

11. Die neuen Regelungen beschränken das Monopol der früheren Hafenbetriebsgesellschaften im wesentlichen auf die Überlassung von Zeitarbeitskräften. Aus Artikel 27 Absatz 8 des Gesetzes 1994 ergibt sich jedoch, daß die früheren Monopole, die gemäß den Artikeln 110 und 111 des Gesetzes eingeführt worden waren, lediglich mit Wirkung vom 19. März 1995 abgeschafft werden sollten.

12. Eine Genehmigung der Hafenbehörde war normalerweise für die Ausführung von Hafenarbeiten erforderlich [22], die nach der Definition des Artikels 16 Absatz 1 des Gesetzes 1994 die „Beladung, Entladung, Umladung, Lagerung und Umschlag von Waren oder von Gegenständen aller Art" umfaßten, „die im Hafengebiet ausgeführt werden". Gemäß Artikel 16 Absatz 6 soll „die Dauer der Genehmigung ... von dem Betriebsplan abhängig sein, den das Unternehmen vorlegt, oder wenn das Unternehmen mit der Genehmigung auch Inhaber einer Konzession gemäß Artikel 18 ist, [soll] die Genehmigung ... sich mit der Konzession zeitlich decken" [23]. Artikel 16 Absatz 7 sieht vor, daß die Zahl der erteilten Genehmigungen bestimmt wird „unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Hafenbetriebs und des Verkehrs, wobei jedoch ein Höchstmaß an Wettbewerb in diesem Bereich zu gewährleisten ist".

13. Artikel 18 regelt die zeitlich begrenzte Überlassung von „staatseigenem Gelände und solchen Kaianlagen im Hafengebiet an die in Artikel 16 Absatz 3 genannten Unter-

20 — GURI Nr. 21 vom 4. Februar 1994. Nach der Auskunft der Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen trat das Gesetz 1994 am 19. April 1994 in Kraft.

21 — Vgl. ferner unten, Nr. 17.

22 — Grundlage der vorliegenden Rechtssache ist jedoch, daß die umgewandelten Hafenbetriebsgesellschaften von diesem Erfordernis ausgenommen sind; unten, Nr. 16.

23 — Sowohl die zugelassenen Unternehmen (im folgenden: zugelassene Hafenunternehmen) als auch die Unternehmen, denen gemäß Artikel 18 für die Ausführung von Arbeiten in bestimmten Hafenterminals eine Konzession erteilt worden ist und die im folgenden Abschnitt erörtert werden, müssen daher im Register eingetragen werden.

nehmen zur Ausführung von Hafenarbeiten, unbeschadet der Nutzung von staatseigenen Grundstücken durch die öffentliche Verwaltung zur Wahrnehmung von Aufgaben, die im Zusammenhang mit der See oder dem Hafen stehen", mittels einer ausschließlichen Konzession an einzelne Unternehmer [24]. Artikel 18 Absatz 2 regelt die „Betriebszonen innerhalb des Hafens für Hafenarbeiten, die von anderen Unternehmern, die über keine Konzession verfügen, ausgeführt werden". Artikel 18 Absatz 6 bestimmt drei Voraussetzungen, die ein Unternehmen, dem eine Konzession gemäß Artikel 18 Absatz 1 erteilt worden ist, erfüllen muß: Es muß „a) mit der Aufnahme seiner Tätigkeit einen Tätigkeitsplan vorlegen, der durch geeignete Sicherheiten, die auch treuhänderischer Art sein können, abgesichert ist und auf das Wachstum des Verkehrs und der Produktivität des Hafens ausgerichtet ist; b) über eine ausreichende technische Ausrüstung und organisatorische Einrichtung verfügen, um insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit den Erfordernissen eines kontinuierlichen und integrierten Produktions- und Arbeitsablaufs für sich und für Dritte zu genügen; c) über Arbeitskräfte verfügen, die für den in a genannten Tätigkeitsplan geeignet sind".

14. Zusammenfassend „erlauben [die neuen Regelungen] weiterhin die gleichzeitige Anwesenheit von zugelassenen Unternehmen und von konzessionierten Unternehmen, die theoretisch auf demselben Hafengelände tätig sind", wie in dem Vermerk des vorlegenden Gerichts festgestellt worden ist. Dennoch ist es dem Umschlagunternehmen nicht nur erlaubt, die eigenen Arbeitskräfte einzusetzen, sondern es wird auch von ihm verlangt, daß er über Arbeitskräfte verfügt, „die für den Tätigkeitsplan geeignet sind", für den ihm die Konzession erteilt worden ist. Es ist nicht erlaubt, sich Hafenarbeiter von zugelassenen Umschlagunternehmern zu beschaffen.

15. Die ausdrückliche Ausnahme von dem allgemeinen Verbot der privaten Arbeitsvermittlung, auf die sich der Vorlagebeschluß bezieht, ist in Artikel 17 des Gesetzes 1994 geregelt, der in Verbindung mit den Artikeln 21 Absatz 1 und 23 Absatz 3 dieses Gesetzes zu sehen ist. Artikel 17 Absatz 1 lautet wir folgt:

„Reicht das bei den in Artikel 16 genannten [zugelassenen Umschlagunternehmen] beschäftigte Personal einschließlich des nach der Regelung über die vorübergehende Mobilität beschäftigten Personals im Sinne von Artikel 23 Absatz 3 [25] nicht aus, um die Arbeitsanforderungen zu bewältigen, können die Unternehmen abweichend von Artikel 1 des Gesetzes Nr. 1369 vom 23. Oktober 1960 bei den in Artikel 21 Absatz 1 Buchstabe b dieses Gesetzes genannten Gesellschaften oder Genossenschaften das

24 — Der Konzessionär wird im folgenden der Einfachheit halber „Umschlagunternehmen" genannt.

25 — Diejenigen Beschäftigten der Hafenbetriebe, die bei der Umwandlung der Gesellschaften gemäß Artikel 21 nicht benötigt werden und nicht anderweitig bei einem zugelassenen Hafen- oder Umschlagunternehmen beschäftigt sind, müssen offenbar von den umgewandelten Gesellschaften nach Maßgabe eines Beschäftigungsplans für Zeitarbeitskräfte behalten werden. Die Einzelheiten der Aufstellung dieses Planes sind durch Verordnung festzulegen; dem Gerichtshof ist bisher jedoch eine solche Verordnung nicht vorgelegt worden.

für die Erbringung reiner Arbeitsleistungen erforderliche Personal selbst anfordern." [26]

Artikel 21 des Gesetzes 1994 verpflichtete die Hafenbetriebsgesellschaften, die ihre Monopolstellung früher aus Artikel 110 des Gesetzes [27] abgeleitet hatten, sich bis zum 18. März 1995 in eine von zwei Unternehmensformen umzuwandeln, nämlich [28]

„a) in eine Gesellschaft oder in eine Genossenschaft gemäß den im Fünften Buch Titel V und Titel VI des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen Formen für die Ausübung der Tätigkeiten im Hafen unter Wettbewerbsbedingungen;

b) in eine Gesellschaft oder eine Genossenschaft gemäß den im Fünften Buch Titel V und VI des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen Formen für die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich — unter Abweichung von Artikel 1 des Gesetzes Nr. 1369 vom 23. Oktober 1960 — reiner Arbeitsleistungen bis zum 31. Dezember 1995." [29]

16. Aus den Erklärungen gegenüber dem Gerichtshof und insbesondere aus den Antworten des Bevollmächtigten Italiens auf die in der Sitzung gestellten Fragen ergibt sich, daß beide Arten von Gesellschaften, die gemäß Artikel 21 Absatz 1 des Gesetzes 1994 umgewandelt wurden, Hafenarbeiten ausüben können, für die andere Unternehmen Genehmigungen gemäß Artikel 16 (oder Artikel 68 des Gesetzes) haben. Demgemäß kann eine umgewandelte Gesellschaft wie die, die gegenwärtig im Hafen von La Spezia arbeitet und die gemäß Artikel 21 Absatz 1 Buchstabe b umgewandelt worden ist, bei der Erbringung von Dienstleistungen an

26 — In den Häfen, in denen keine Gesellschaften oder Genossenschaften gemäß Artikel 21 Absatz 1 Buchstabe b des Gesetzes 1994 (der sogleich erörtert werden wird) umgewandelt wurden, sind die zuständigen Hafenbehörden, wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen ausführt, ermächtigt, gleichfalls abweichend von Artikel 1 des Gesetzes 1960 gemäß Artikel 17 Absatz 2 eine Hafenarbeitsvereinigung (associazione del lavoro) zu gründen, um den Verkehrsschwankungen zu begegnen und um die größtmögliche Leistungsfähigkeit des Hafenbetriebs zu garantieren; bei ihr können die Umschlagunternehmen die Überlassung von Zeitarbeitskräften anfordern. Bei dem vorliegenden, den Hafen von La Spezia betreffenden Vorlagebeschluß geht es jedoch um eine Situation, in der, wie insbesondere den dem Gerichtshof in der Sitzung zur Verfügung gestellten Informationen zu entnehmen ist, eine Hafenbetriebsgesellschaft gemäß Artikel 21 Absatz 1 Buchstabe b umgewandelt wurde. Die Nichterwähnung der Bestimmungen des Artikels 17 Absatz 2 in dem Vermerk des vorlegenden Gerichts ist sicherlich auch ein deutliches Zeichen dafür, daß es in La Spezia keine Hafenarbeitsvereinigung gibt.

27 — Vgl. oben, Nr. 3.

28 — Sie werden im folgenden „umgewandelte Gesellschaften" genannt.

29 — Aus der Auskunft, die die Kommission und Italien in Beantwortung einer schriftlichen Frage des Gerichtshofes gegeben haben, ergibt sich, daß die Frist bis zum 31. Dezember 1995 anfangs mit dem Decreto-legge Nr. 322/96 vom 17. Juni 1996 bis zum 30. September 1996 verlängert worden war. Darüber hinaus wurde gemäß dem Gesetz Nr. 647 vom 23. Dezember 1996 (GURI, *Serie generale*, Nr. 303 vom 28. Dezember 1996) Artikel 17 des Gesetzes 1994 durch einen neuen Artikel 17 ersetzt, der jetzt die Dauer der Ausnahme von dem in den Artikeln 17 und 21 Absatz 1 des Gesetzes 1994 bestimmten Verbot der privaten Arbeitsvermittlung regelt. Bis zur Änderung des Gesetzes 1960, die offensichtlich jetzt erwogen wird, sieht die neue Vorschrift für jeden Hafen auf Initiative der zuständigen Hafenbehörde die Errichtung einer freiwilligen Genossenschaft (consorzio volontario) vor, die aus den bestehenden zugelassenen Hafenunternehmen, Umschlagunternehmen und umgewandelten Gesellschaften besteht. Wo eine solche Genossenschaft errichtet wird, kann die Hafenbehörde ein oder mehrere der möglichen Genossenschaftsmitglieder ermächtigen, in Abweichung vom Gesetz 1960 anderen Mitgliedern Zeitarbeitskräfte zur Verfügung zu stellen. Für den Fall, daß eine solche Genossenschaft nicht gebildet wird, sieht die neue Vorschrift die Errichtung einer „Alleinagentur" vor, deren Dienstleistung darin besteht, Zeitarbeitskräfte zur Verfügung zu stellen (Agenzia per l'erogazione de mere prestazioni di mano d'opera). Bis zur Errichtung entweder der Genossenschaft oder der Agentur scheint der neue Artikel 17 Absatz 2 jedoch die alleinige Befugnis, im Hinblick auf die Überlassung von Zeitarbeitskräften in den Häfen vom Gesetz 1960 abzuweichen, unbegrenzt zugunsten der umgewandelten Gesellschaften zu erhalten.

Hafenbenutzer mit Unternehmen wie denen, die von den Angeklagten des Ausgangsverfahrens vertreten werden, in Wettbewerb treten und zur gleichen Zeit über ein ausschließliches Recht im Hinblick auf die Überlassung von Zeitarbeitskräften an diese Unternehmen verfügen. Das zuletzt genannte Recht kann sich zumindest nach der Auslegung des Gesetzes 1960, die die Strafverfolgungsbehörden des Ausgangsverfahrens für sich in Anspruch nehmen, über Subunternehmerverträge auf die Erbringung von arbeitsintensiven Dienstleistungen in Häfen erstrecken. Schließlich ergibt sich insbesondere aus den mündlichen Erklärungen gegenüber dem Gerichtshof, daß eine solche nach Artikel 21 Absatz 1 Buchstabe b umgewandelte Gesellschaft zumindest während der überwiegenden Zeit bestand, auf die sich das Strafverfahren des Ausgangsverfahrens bezieht [30].

III — Der Sachverhalt und das Verfahren vor dem vorlegenden Gericht

17. Im Ausgangsverfahren vor der Pretura circondariale La Spezia wurden Herr Raso und seine Mitangeklagten angeklagt, gemeinschaftlich und in mehreren Fällen in unterschiedlicher Weise gegen die Artikel 1 und 2 des Gesetzes 1960 verstoßen zu haben [31]. Nach der Anklage, die am 31. Oktober 1995 erhoben wurde, bestehen die im einzelnen vorgeworfenen strafbaren Handlungen darin, „a) Arbeitnehmer, die Mitglieder von ordnungsgemäß zugelassenen genossenschaftlichen Unternehmen im Sinne des Artikels 68 des Schiffahrtsgesetzbuchs sind, zur Durchführung von Leistungen zugunsten des Umschlagunternehmens La Spezia Container Terminal ‚im Wege der Leihe von Arbeitskräften' zugeführt zu haben; b) als Verantwortliche des genannten Umschlagunternehmens sich der von den vorgenannten zugelassenen genossenschaftlichen Unternehmen [während der Zeit vom 9. Juli 1990 bis zum 31. Mai 1994] ‚zugeführten' Arbeitnehmer bedient zu haben" [32].

18. Im Vorlagebeschluß vertritt das vorlegende Gericht die Auffassung, daß sich die von der Staatsanwaltschaft vorgesehene Anwendung „der Regelung in dem genannten Artikel 1 des Gesetzes Nr. 1369/60 auf die Auftragsverhältnisse zwischen dem Umschlagunternehmen (als Auftraggeber)

30 — In der Sitzung wurde namens der Angeklagten des Ausgangsverfahrens dargelegt, daß die umgewandelte Gesellschaft im Hafen von La Spezia gegenwärtig als Umschlagunternehmen tätig ist.

31 — Die Angeklagten sind die gesetzlichen Vertreter des Umschlagunternehmens und von fünf anderen Gesellschaften und Genossenschaften, deren Betätigungen Gegenstand staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen sind. Nach der dem Gerichtshof in der Sitzung gegebenen Auskunft hatten anfangs alle die Genehmigung, Hafenarbeiten gemäß Artikel 68 des Gesetzes auszuüben, erhielten aber nachträglich Genehmigungen gemäß Artikel 16 des Gesetzes 1994 (und vermutlich auch gemäß den entsprechenden Bestimmungen der Notverordnungen, die dem Inkrafttreten jenes Gesetzes vorangingen). Das Umschlagunternehmen La Spezia Container Terminal (im folgenden kurz: LSCT), dessen Vertreter Herr Raso ist, erhielt eine Konzession als Umschlagunternehmen gemäß Artikel 18 des Gesetzes 1994.

32 — Der Umfang des Zeitraums wird bei Prüfung der Gerichtsakten klar. Die Kommission trägt vor, daß der Gerichtshof von Mai 1994, nämlich dem Monat, der dem Inkrafttreten des Gesetzes 1994 folgte, als dem entscheidenden Teil des für die Beantwortung der vorgelegten Fragen maßgeblichen Zeitraums ausgehen solle. Da das Gesetz 1994 tatsächlich die in früheren Notverordnungen enthaltenen Vorschriften kodifiziert (vgl. oben, Nr. 10), scheint der Vortrag vernünftig zu sein, ungeachtet der Tatsache, daß ein Teil des maßgeblichen Zeitraums (fast anderthalb Jahre) eigentlich vor dem Urteil in der Rechtssache Porto di Genova lag.

und den Drittunternehmen (als Auftragnehmer) ... dahin auswirken [würde], daß das Umschlagunternehmen dazu veranlaßt wird, sich mit einer vertikalen Organisation zu versehen, die so geartet ist, daß sie dem Nutzer die Gesamtheit der Dienstleistungen garantiert", die er benötigt. Obwohl das vorlegende Gericht keine Bemerkungen zu den finanziellen Auswirkungen einer solchen Organisation auf die Umschlagunternehmen oder auf ihre Kunden macht, stellt es folgende Konsequenzen fest: „Zum einen [würde] jedem Drittunternehmen der Zugang zum Markt verwehrt ... und ... zum anderen [würde] die eigene marktbeherrschende Stellung weiter verstärkt." [33]

19. Während das vorlegende Gericht noch nicht entschieden hat, ob das Gesetz 1960 „dahin ausgelegt werden [kann], daß [es] Formen der Zusammenarbeit zwischen Umschlagunternehmen und solchen zugelassenen Unternehmen verbietet, die nicht Umschlagunternehmen sind und bei denen es sich um andere als die in Artikel 17 des Gesetzes Nr. 84/94 genannten Unternehmen, d. h. die umgewandelten früheren Hafenbetriebsgesellschaften, handelt", stellt es dennoch fest, daß „der Hafen von La Spezia der führende Hafen für den Containerverkehr im Mittelmeer ist und daß das Unternehmen La Spezia Container Terminal etwa 70 % der Container umschlägt, die in diesem Hafen ankommen oder von ihm abgehen. Kunden der La Spezia Container Terminal sind außerdem Verlader und Schiffahrtsgesellschaften aus den verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union."

33 — Hierzu bezieht sich das vorlegende Gericht ohne weitere Erläuterungen auf die Rechtssache Porto di Genova.

Es hat daher beschlossen, folgende Fragen gemäß Artikel 177 EG-Vertrag vorzulegen:

1. Steht Artikel 59 des Vertrages einer italienischen Regelung entgegen, die es einem Unternehmen, das Inhaber einer Konzession als Hafenumschlagunternehmen ist, verbietet, sich der Tätigkeit anderer Unternehmen — bei denen es sich nicht um ehemalige Hafenbetriebsgesellschaften und -gruppen handelt — bei der Erbringung von Dienstleistungen zu bedienen, die zum Kreis der Dienstleistungen gehören, die für eine Kundschaft erbracht werden, zu der auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten gehören, was darüber hinaus bedeutet, daß das Umschlagunternehmen nach den italienischen Rechtsvorschriften gehalten ist, die gesamte Palette der Dienstleistungen, die der Kunde von einem Hafenumschlagunternehmen verlangen kann, selbst zu organisieren, mit der die Gefahr, daß der Marktzugang anderer als der in Artikel 21 Absatz 1 Buchstabe b des Gesetzes Nr. 84/90 genannten Unternehmen mit Zulassung für die Tätigkeit im Hafen für einzelne Dienstleistungen beeinträchtigt wird?

2. Steht Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag einer nationalen Regelung entgegen, die (aufgrund ihrer Wirkungen auf dem Markt, d. h. einerseits dadurch, daß sie andere Unternehmen als das Umschlagunternehmen — bei denen es sich nicht um ehemalige Hafenbetriebsgesellschaften und -gruppen handelt — daran hindert, für interessierte Kunden im Hafenbereich Dienstleistungen zu erbringen, zum andern dadurch, daß sie den Umschlag-

unternehmer dazu verpflichtet, alle am Umschlaghafen verlangten Transaktionen und Dienstleistungen zu erbringen, und ferner dadurch, daß es dem Kunden unmöglich wird, irgendwelche Dienstleistungen Unternehmen eigener Wahl zu übertragen, bei denen es sich nicht um das Umschlagunternehmen handelt) Marktstrukturen schafft, aufgrund deren der Kunde nur mit dem Umschlagunternehmer vertragliche Beziehungen für die gesamte Palette der Dienstleistungen eingehen kann, die er anläßlich des Aufenthalts in einem Hafen benötigt, in dem der Umschlagunternehmer oder die Umschlagunternehmer eine beherrschende Stellung auf dem Markt im Sinne von Artikel 86 des Vertrages innehaben?

3. Stehen die Artikel 59 und 90 in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag jedenfalls einer nationalen Regelung entgegen, die es nur einem im Hafen tätigen Unternehmen erlaubt, zugunsten anderer im Hafen tätiger Unternehmen und insbesondere der Umschlagunternehmen Dienstleistungen zu erbringen, die sich auf die bloße Zurverfügungstellung von Arbeitskräften beschränken?

IV — Erklärungen

20. Schriftliche Erklärungen sind von den Angeklagten, der Italienischen und der Französischen Republik, der Bundesrepublik Deutschland, dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland und der Kommission abgegeben worden, von denen alle, mit Ausnahme Deutschlands und des Vereinigten Königreichs, zusätzlich mündliche Ausführungen gemacht haben.

V — Beurteilung der ersten Frage

21. Die erste Frage geht im wesentlichen dahin, ob die nationalen Rechtsvorschriften, die es den Umschlagunternehmen in italienischen Häfen verbieten, bei der Erbringung von Dienstleistungen eines Umschlagunternehmens zugunsten von Hafenbenutzern Dienstleistungsaufträge an Subunternehmer zu vergeben, sofern es sich nicht um eine bestimmte Art von Subunternehmer handelt (nämlich um eine umgewandelte Gesellschaft), nur mit Artikel 59 EG-Vertrag vereinbar sind. Ungeachtet der Zweifel, die hinsichtlich der Erheblichkeit des Artikels 59 für den Sachverhalt des Verfahrens vor dem vorlegenden Gericht zum Ausdruck gebracht worden sind, ist es zweckmäßig, die Anwendbarkeit dieses Artikels zu prüfen, bevor die anderen Vorlagefragen behandelt werden, da die fragliche Strafverfolgung im Ausgangsverfahren entfallen müßte, wenn der Gerichtshof ein solches Verbot für unvereinbar mit Artikel 59 halten sollte.

A — *Die Prima-facie-Anwendung des Artikels 59 EG-Vertrag*

22. Die erste Frage konzentriert sich auf die beschränkenden Wirkungen des an die Umschlagunternehmen gerichteten Verbotes, Zeitarbeitskräfte von anderen Unternehmen als den umgewandelten Gesellschaften in

Anspruch zu nehmen. Obwohl sich dieses Verbot ebenso aus dem Gesetz 1960 wie aus dem Gesetz 1994 ergibt, folgt meiner Ansicht nach aus der ausdrücklichen Bezugnahme des vorlegenden Gerichts in der ersten Frage auf Artikel 21 Absatz 1 Buchstabe b des Gesetzes 1994, daß das Gericht wünscht, daß der Gerichtshof seine Prüfung auf das Gesetz 1994 konzentriert.

23. In dieser Hinsicht nimmt das vorlegende Gericht, wie oben unter Nummer 18 ausgeführt wurde, insbesondere Bezug auf die Folgen des Verbotes auf die Fähigkeit des Umschlagunternehmens, den Kunden mit der „Gesamtheit der Dienstleistungen" zu versorgen.

24. Die Angeklagten tragen vor, daß das Gesetz 1960 eine Beschränkung der Freiheit der Umschlagunternehmen darstelle, ihre Dienstleistungen zugunsten der den Hafen benutzenden Schiffahrtsgesellschaften zu erbringen. Dadurch, daß Umschlagunternehmen daran gehindert würden, die spezialisierten Dienstleistungen der zugelassenen Hafengesellschaften entgegenzunehmen, würden sie gezwungen, sich vertikal zu integrieren. Es wird behauptet, daß diese Integration dazu führe, die Vorteile von Skalenerträgen und Professionalität zu verlieren, die sich aus der Möglichkeit ergäben, hinsichtlich bestimmter, von den Kunden geforderter Dienstleistungen, wie z. B. das Aufstellen und Befestigen von Containern, auf die Dienstleistungen von spezialisierten, im gesamten Hafen tätigen Unternehmen zurückgreifen zu können; sie seien gezwungen, die erhöhten Kosten für die Beschäftigung der Arbeitskräfte auf sich zu nehmen, die erforderlich seien, um diese Dienstleistungen selbst zu erbringen. Die Angeklagten behaupten, daß die zahlreichen Dienstleistungen, die von den Hafenbenutzern verlangt würden, sehr effizient aufgrund eines einzigen, mit einem Umschlagunternehmen, das Subunternehmer beauftrage, geschlossenen Vertrages erbracht werden könnten. Die Verantwortung für Schäden sei so leichter zuzuordnen. Nach Auffassung der Angeklagten genügt es, die Anwendbarkeit des Artikels 59 EG-Vertrag dahin gehend zu begründen, daß die italienischen Vorschriften die Umschlagunternehmen daran hinderten, ihre Dienstleistungen an eine in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Schiffahrtsgesellschaft zu erbringen [34].

25. Italien und die Kommission weisen darauf hin, daß alle an dem Ausgangsverfahren beteiligten Unternehmen italienisch seien. Der einzige vorstellbare grenzüberschreitende Anhaltspunkt in den Dienstleistungen, die von den durch die Mitangeklagten des Herrn Raso vertretenen Unternehmen an die LSCT erbracht würden, sei vollständig hypothetisch. Er bestehe nämlich in der Möglichkeit, daß ein nichtitalienisches Unternehmen nur aufgrund des ausschließlichen Charakters der Ausnahme von dem Gesetz 1960 zugunsten der umgewandelten Gesellschaften daran gehindert werden könnte, diese Dienstleistungen zu erbringen. Wenn der Gerichtshof jedoch einen solchen, für die Anwendbarkeit des Artikels 59 grundsätzlich ausreichenden Anhaltspunkt finden sollte, sei die Kommission der Ansicht, daß es als unvereinbar mit diesem Artikel gelten müsse, die Vorteile der Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes 1960 den umgewandelten Gesellschaften, die alle italienisch seien, vorzubehalten.

34 — Zur Berufung auf diesen Grundsatz gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat zitieren die Angeklagten insbesondere die Rechtssache C-384/93 (Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141).

26. Das vorlegende Gericht ist, ohne eine abschließende Entscheidung über das anwendbare nationale Recht zu treffen, der Auffassung, daß es für die vorliegenden Zwecke sinnvoll sei, davon auszugehen, daß die fraglichen Dienstleistungen unter das in Artikel 1 des Gesetzes 1960 geregelte Verbot fallen könnten. Die Frage, die zumindest im Hinblick auf Artikel 59 EG-Vertrag zu prüfen ist, ist demgemäß die, ob die kombinierten Folgen eines Verbotes, wie es im Gesetz 1960 enthalten ist, und einer ausschließlichen Ausnahme hiervon, wie sie nach dem Gesetz 1994 allein zugunsten der italienischen Gesellschaften gewährt wurde, Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen.

27. Meiner Ansicht nach werden die Einwände Italiens und der Kommission bezüglich der Erheblichkeit des Artikels 59 für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht richtig verstanden. Dadurch, daß sich die Einwände auf den freien Dienstleistungsverkehr bei der Arbeitsvermittlung in Häfen konzentrieren, die nach den maßgeblichen nationalen Vorschriften den umgewandelten Gesellschaften vorbehalten ist, können sie sich nicht mit der wirklichen Beschränkung befassen, die das vorlegende Gericht im Vorlagebeschluß benannt hat (vgl. insbesondere oben, Nr. 22), d. h. der Beschränkung der Tätigkeiten der Umschlagunternehmen und darüber hinaus der zugelassenen Hafenunternehmen bei der Erbringung von Dienstleistungen im Hafen für Kunden, von denen viele Schiffahrtsgesellschaften sind, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind. Nach dem Akteninhalt ist klar, daß keiner der Angeklagten sich jemals darum bemüht hat, sich als Vermittler von Zeit- oder anderen Arbeitskräften niederzulassen. Die LSCT behauptet vielmehr, daß sie sich bemüht habe, durch die Beauftragung von Subunternehmern mit der Ausführung spezifischer Aufgaben den Kunden des Terminals die am besten brauchbare Dienstleistung eines Umschlagunternehmens zu erbringen. Die Durchsetzung des von den umgewandelten Gesellschaften gebildeten Monopols schließe eine Form der Zusammenarbeit aus, von der bisher angenommen worden sei, daß sie eine wirksame Möglichkeit sei, die zugelassenen Tätigkeiten im Hafen auszuüben.

28. Es ist daher die Vereinbarkeit der Verleihung eines Monopols bei der Überlassung von Zeitarbeitskräften zugunsten bestimmter (notwendigerweise nationaler) Hafengesellschaften mit Artikel 59 EG-Vertrag wesentlich für die Beantwortung der ersten Vorlagefrage. Die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht stellt sich wegen der Auswirkungen dieses Monopols auf die Erbringung von Hafendienstleistungen zugunsten der nationalen und ausländischen Benutzer der italienischen Häfen durch Unternehmen, denen, wie den Angeklagten, für die Erbringung solcher Dienstleistungen eine Genehmigung erteilt worden ist. Dies gilt insbesondere angesichts der Tatsache, daß diese Unternehmen dem Wettbewerb mit den Unternehmen ausgesetzt sein können, denen das Monopol zusteht. Da die Mitangeklagten von Herrn Raso im Ausgangsverfahren tatsächlich beschuldigt worden sind, mit der LSCT bei der Versorgung ihrer Kunden mit umfassenden Dienstleistungen, die von ihr erbracht wurden, zusammengearbeitet zu haben, ist es meiner Ansicht nach angebracht, sich, wie es das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluß getan hat, auf die Lage der Umschlagunternehmen gemäß den fraglichen nationalen Vorschriften zu konzentrieren. Wenn die Lage der Mitangeklagten des Herrn Raso, die sämtlich italienische Gesellschaften vertreten, denen zur Last gelegt wird, sich an gesetzeswidrigen, gemeinsam

mit der LSCT, einer anderen italienischen Gesellschaft, vorgenommenen Betätigungen beteiligt zu haben, isoliert betrachtet werden würde, wäre es in der Tat schwierig, im Hinblick auf Artikel 59 einen konkreten Bezug zum Gemeinschaftsrecht zu finden.

29. In der Rechtssache Debauve u. a. hat der Gerichtshof entschieden, daß „die Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr nicht auf Betätigungen anwendbar sind, deren wesentliche Elemente sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen" [35], was „von tatsächlichen Feststellungen [abhängt], die das innerstaatliche Gericht zu treffen hat" [36]. In der vorliegenden Rechtssache hat das nationale Gericht seine Auffassung über das Bestehen eines hinreichenden innergemeinschaftlichen Bezugs auf die Tatsache gegründet, daß viele der Empfänger der fraglichen Dienstleistungen Unternehmen seien, die in einem anderen Mitgliedstaat als Italien niedergelassen seien. Der Bevollmächtigte der Kommission in der Verhandlung hat behauptet, daß es unmöglich sei, die Nationalität der Empfänger der Dienstleistungen der LSCT festzustellen. Der Gerichtshof hat entschieden, daß die genaue Nationalität der Empfänger nicht erheblich sei, sobald ein grenzüberschreitender Bezug bestehe. [37] Darüber hinaus würde angesichts der Auffassung des vorlegenden Gerichts zur nichtitalienischen Staatsangehörigkeit der Kunden der LSCT die Anwendung der von der Staatsanwaltschaft herangezogenen nationalen Vorschriften möglicherweise auch nichtitalienische Hafenbenutzer in Mitleidenschaft ziehen [38].

30. Es ist zutreffend, daß sich für den Gerichtshof in der Rechtssache Höfner und Elser, die „einen Rechtsstreit zwischen deutschen Personalberatern und einem deutschen Unternehmen wegen der Einstellung eines deutschen Staatsangehörigen" betraf, unter Bezugnahme auf die Rechtssache Debauve u. a. nichts ergab, „was sich mit einer der vom Gemeinschaftsrecht erfaßten Fallgestaltungen in Verbindung bringen ließe", wobei sich gegenüber dieser Feststellung „etwas anderes ... auch nicht daraus ergibt, daß ein Vertrag zwischen den Personalberatern und dem Unternehmen *theoretisch die Möglichkeit* beinhaltet, sich um deutsche Bewerber, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, oder um Angehörige dieser Staaten zu bemühen" [39].

35 — Rechtssache 52/79 (Slg. 1980, 833, Randnr. 9).

36 — Ebenda.

37 — Vgl. Urteil vom 14. November 1995 in der Rechtssache C-484/93 (Svensson und Gustavsson, Slg. 1995, I-3955), in der die Tatsache, daß die Kläger des Ausgangsverfahrens zum maßgeblichen Zeitpunkt Staatsangehörige eines Drittlandes waren, vom Gerichtshof entgegen dem ausdrücklichen Vorschlag des Generalanwalts Elmer nicht als geeignet angesehen wurde, ihnen die Möglichkeit zu nehmen, sich auf Artikel 59 zu berufen, um die Gewährung einer luxemburgischen Zinsvergütung zu verlangen, die nur bei Darlehen zur Verfügung steht, die bei in Luxemburg niedergelassenen Kreditanstalten aufgenommen werden.

38 — Im Urteil vom 7. Mai 1997 in den verbundenen Rechtssachen C-321/94 bis C-324/94 (Pistre u. a., Slg. 1997, I-2343) wies der Gerichtshof im Zusammenhang mit Artikel 30 EG-Vertrag das Vorbringen zurück, daß der Artikel nicht auf ein Strafverfahren anwendbar sei, das in Frankreich gegen eine französische Gesellschaft eingeleitet worden war, weil sie angeblich bestimmte Waren für den Verkauf auf dem französischen Markt widerrechtlich als aus einer besonderen französischen Bergregion stammend bezeichnet hatte. Der Gerichtshof hat (in Randnr. 44) entschieden, daß „zwar ... die Anwendung einer nationalen Maßnahme, die nicht im Zusammenhang mit der Wareneinfuhr steht, nicht von Artikel 30 erfaßt [wird], ... die Prüfung einer solchen Maßnahme an dieser Bestimmung [jedoch] nicht schon deshalb aus[scheidet], weil keines der Elemente des bei dem vorlegenden Gericht anhängigen konkreten Falles über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweist". Selbst unter diesen Umständen war der Gerichtshof der Auffassung (Randnr. 45), daß sich „die Anwendung der nationalen Maßnahme auf den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten auswirken [kann], und zwar insbesondere dann, wenn die fragliche Maßnahme den Vertrieb von Waren inländischen Ursprungs zum Nachteil eingeführter Waren begünstigt".

39 — A. a. O., Randnrn. 38 und 39 (Hervorhebung vom Verfasser).

In der vorliegenden Rechtssache jedoch ist, wie das vorlegende Gericht ausgeführt hat, ein wesentlicher Teil der Hafenbenutzer und insbesondere der Empfänger der Dienstleistungen der LSCT in anderen Mitgliedstaaten ansässig.

31. Hinsichtlich der Tatsache, daß alle Angeklagten in der vorliegenden Rechtssache italienische Gesellschaften sind, liefern die jüngeren Entscheidungen des Gerichtshofes eine überzeugende Stütze für die Auffassung, daß man sich gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat auf Artikel 59 EG-Vertrag berufen kann. Dies geht aus den jüngsten Entscheidungen in den Rechtssachen Alpine Investments [40], Corsica Ferries [41] und Sodemare u. a. [42] hervor. Obwohl der Gerichtshof in der Rechtssache Corsica Ferries mit dem Umfang des durch die Verordnung (EWG) Nr. 4055/86 [43] geregelten freien Dienstleistungsverkehrs in der Seeschiffahrt befaßt war, hat er festgestellt, daß „in einem Fall der im Ausgangsverfahren streitigen Art ... das Unternehmen, das seinen Sitz in einem Mitgliedstaat hat und einen Linienverkehr mit einem anderen in der Verordnung Nr. 4055/86 genannten Staat betreibt, diese Dienstleistungen naturgemäß insbesondere im letztgenannten Staat ansässigen Personen an[bietet]" [44]. In der Rechtssache Sodemare u. a., die die Erbringung von Dienstleistungen in Altersheimen betraf, hat der Gerichtshof festgestellt, daß „[sich ein] Unternehmen ... gegenüber dem Staat, in dem es seinen Sitz hat, auf den freien Dienstleistungsverkehr berufen [kann], sofern die Leistungen an Leistungsempfänger erbracht werden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind" [45].

32. Hieraus folgt meiner Ansicht nach, daß sich ein in einem Mitgliedstaat niedergelassenes Umschlagunternehmen, das häufig Hafendienstleistungen zumindest an Kunden erbringt, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, auf Artikel 59 EG-Vertrag gegenüber nationalen Vorschriften berufen kann, die seine Möglichkeit beschränken, diese Dienstleistungen ungehindert zu erbringen. Es ist daher erforderlich, zu prüfen, ob die fraglichen Vorschriften im vorliegenden Fall eine derartige Beschränkung bedeuten.

B — *Die mögliche Anwendung der Artikel 30 und 48 EG-Vertrag*

33. Obwohl in der vorliegenden Rechtssache keine Frage zur Anwendung des Artikels 30 EG-Vertrag vorgelegt worden ist, möchte ich nicht die Auffassung des Gerichtshofes zu diesem Punkt in der Rechtssache Porto di Genova übergehen. Der Gerichtshof hat sich

40 — Zitiert in Fußnote 34, insbesondere Randnr. 30.

41 — Urteil vom 17. Mai 1994 in der Rechtssache C-18/93 (Slg. 1994, I-1783).

42 — Urteil vom 17. Juni 1997 in der Rechtssache C-70/95 (Slg. 1997, I-3395).

43 — Verordnung 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 Dritten (ABl. L 378, S. 1). Ich stimme der Auffassung zu, die Generalanwalt Van Gerven unter Nr. 16 seiner Schlußanträge in der Rechtssache Porto di Genova geäußert hat, daß „Hafenarbeiten ... von der eigentlichen Seebeförderung zu unterscheiden [sind]"; Slg. 1991, I-5889, I-5913. Meiner Ansicht nach sollte mutatis mutandis dieselbe Unterscheidung zwischen der Erbringung von Hafendienstleistungen und der Erbringung von Seebeförderungsdienstleistungen getroffen werden.

44 — Randnr. 30. Es ist darauf hinzuweisen, daß Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung ausdrücklich feststellt, daß „der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs in der Seeschiffahrt zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern ... für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Dienstleistungsnehmers [gilt]".

45 — Randnr. 37. In dieser Rechtssache wurden alle Empfänger der Dienstleistungen, obwohl sie im gewissen Umfang Nichtitaliener waren, als in Italien ansässig angesehen, wo die Dienstleistungen erbracht wurden, vgl. Randnr. 39.

auf die Feststellung des vorlegenden Gerichts bezogen, daß „die Entladung der Waren durch die Schiffsbesatzung billiger [hätte] ausgeführt werden können, so daß die obligatorische Inanspruchnahme der Dienstleistungen der beiden Monopolunternehmen mit zusätzlichen Kosten verbunden war und deshalb wegen der Auswirkung auf den Preis der Waren die Einfuhren beeinflussen konnte" [46]. Der Gerichtshof hat in seiner Antwort an das vorlegende Gericht Bezug genommen auf Artikel 90 Absatz 1 „in Verbindung mit den Artikeln 30, 48 und 86 EWG-Vertrag". Artikel 30, nicht aber Artikel 48 war in den vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen angesprochen worden, obwohl der letztgenannte Artikel in dem Urteil eine große Rolle spielte. Da ich denke, daß die beschränkenden Wirkungen der Vorschriften aufgrund des Gesetzes 1994 bezüglich der Überlassung von Zeitarbeitskräften in italienischen Häfen auf die Einfuhr bestenfalls spekulativ sind, gehe ich davon aus, daß kein Problem in bezug auf Artikel 30 in der vorliegenden Rechtssache aufgeworfen wird [47].

34. Es ist nicht so leicht, die mögliche Anwendung des Artikels 48 EG-Vertrag trotz des Schweigens des Vorlagebeschlusses in diesem Punkt unberücksichtigt zu lassen. Meiner Ansicht nach können die kombinierten Auswirkungen der Tatsache, daß das Gesetz 1994 sowohl die Umwandlung der früheren Hafenbetriebsgesellschaften, die aufgrund ihrer besonderen Art als aus Arbeitern mit italienischer Staatsangehörigkeit bestehenden Genossenschaften ausschließlich italienische Unternehmen waren, als auch Vorschriften enthält, nach denen die umgewandelten Gesellschaften, Umschlagunternehmen und zugelassenen Hafenunternehmen verpflichtet waren, vorzugsweise die früher bei den Hafenbetriebsgesellschaften beschäftigten Hafenarbeiter einzustellen, sehr wohl zu einem fortwährenden, vom Gerichtshof in der Rechtssache Porto di Genova bezeichneten Verstoß gegen Artikel 48 führen. Es ist jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu entscheiden, ob weiterhin gegen Artikel 48 verstoßen wird und welche Bedeutung, wenn überhaupt, ein solcher möglicher Verstoß auf die Fortsetzung des Ausgangsverfahrens haben kann.

C — *Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs der Umschlagunternehmen*

i) Erklärungen der Beteiligten und der Mitgliedstaaten

35. Die Angeklagten tragen vor, daß die Behinderung der Umschlagunternehmen an der Entgegennahme von Dienstleistungen anderer zugelassener Hafenunternehmen allein deswegen, weil diese Dienstleistungen einen hohen Arbeitsanteil hätten, bedeute, daß die Erbringung von Hafendienstleistungen sowohl der Umschlagunternehmen als auch der anderen zugelassenen Hafenunternehmen beschränkt werde, da hierdurch die erstgenannten Unternehmen tatsächlich dazu gebracht würden, ihre Betätigungen (und die Zahl der Beschäftigten) in unwirtschaftlicher Weise zu erweitern, um die Kunden mit einer vollständigen Palette von Hafendienstleistungen versorgen zu können, während den letztgenannten Unternehmen eine wertvolle Quelle von Arbeits-

46 — Urteil Porto di Genova (Randnr. 22).

47 — Vgl. hierzu Urteil vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-379/92 (Peralta, Slg. 1994, I-3453, Randnrn. 23 bis 25).

kräften verweigert werde [48]. Die angeblich objektiven und nichtdiskriminierenden Voraussetzungen der Beschränkung bewahren sie nicht vor der Unvereinbarkeit mit Artikel 59 EG-Vertrag, da, wie die Angeklagten vortragen, die zur Förderung dieses Zieles im Hafensektor eingesetzten Mittel unverhältnismäßig sind und der festgelegten Reformlogik dieses Sektors in Italien zuwiderlaufen, die darin besteht, eine zunehmende Spezialisierung von Tätigkeiten und deren Vergabe an Subunternehmer zu fördern. Nach ihrer Meinung würde eine rigorose Anwendung der bestehenden, für den Hafensektor geltenden Vorschriften, insbesondere der nationalen Wettbewerbsvorschriften über einen möglichen Mißbrauch ihrer Schlüsselstellung für die Erbringung von Hafendienstleistungen durch die Umschlagunternehmer sowie der Arbeitnehmerschutzvorschriften wie z. B. Mindestlohnsätze und Sozialversicherung im Hinblick auf die Behandlung der Hafenarbeiter, ausreichen, um sicherzustellen, daß die dem Gesetz 1960 zugrunde liegenden Ziele in diesem Sektor erreicht werden. Der Vorbehalt der Arbeit zugunsten der umgewandelten Gesellschaften, die sich aller Wahrscheinlichkeit nach aus Personen mit italienischer Staatsangehörigkeit zusammensetzen, könnte eine indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sein.

48 — Sie beruhen auch auf der konsequenten Beschränkung des Rechts des Kunden, alle verlangten Hafendienstleistungen aus einer Quelle zu beziehen. Auf die möglichen negativen Auswirkungen einer Beschränkung der fraglichen Dienstleistungen auf die Dienstleistungsempfänger kann sich der Dienstleistungserbringer meiner Ansicht nach zur Feststellung eines Verstoßes gegen Artikel 59 EG-Vertrag nur dann berufen, wenn die Ausübung seiner Tätigkeit hierbei ebenfalls beeinträchtigt ist. So war es in der Rechtssache Svensson und Gustavsson z. B. klar, daß sich die Beschränkung, die die Darlehensgewährung von nicht in Luxemburg niedergelassenen Banken an in Luxemburg ansässige Kunden betraf und das Ergebnis der angefochtenen luxemburgischen Maßnahmen war, auch negativ auf die Freiheit der Kläger des Ausgangsverfahrens auswirkte, Dienstleistungen der Banken entgegenzunehmen. Da ich in der vorliegenden Rechtssache der Ansicht bin, daß sich die Beschränkung der Überlassung von Arbeitskräften anderer als der umgewandelten Gesellschaften negativ auf die Erbringung von Dienstleistungen der Umschlagunternehmen auswirkt, halte ich es nicht für erforderlich, die Erheblichkeit der möglichen Beschränkung des Rechts der nichtitalienischen Benutzer der italienischen Häfen auf eine ungehinderte Entgegennahme von Hafendienstleistungen zu prüfen.

36. Italien, unterstützt von Deutschland, verweist auf den sensiblen Charakter des Arbeitsmarktes. In der Sitzung hat sein Bevollmächtigter vorgetragen, daß die Notwendigkeit, die Hafenarbeiter vor den Folgen eines Mißbrauchs ihrer Rechte zu schützen, der sich aus den natürlichen Schwankungen der für sie anfallenden Arbeiten ergebe, den Erlaß von besonderen Maßnahmen bezüglich der Überlassung von Zeitarbeitskräften im Hafen rechtfertige. Insbesondere im Urteil in der Rechtssache Webb werde anerkannt, daß die Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungsverkehr bei der Überlassung von Arbeitnehmern einschränken könnten [49]. Der Bevollmächtigte Frankreichs hat vorgetragen, daß er zwar einräume, daß gewisse Schutzmaßnahmen gerechtfertigt sein könnten, daß aber die Einrichtung eines Monopols der vorliegenden Art eine diskriminierende und nicht zu rechtfertigende Maßnahme darstelle. Der Bevollmächtigte Italiens hat demgegenüber geltend gemacht, daß angesichts der Besonderheit der umgewandelten Gesellschaften nach dem italienischen Recht, die darin bestehe, daß sie sowohl Genossenschaften der Hafenarbeiter als auch Wirtschaftsunternehmen seien, ein solches Monopol ein geeignetes Mittel sei, um den Schutz der Rechte der Hafenarbeiter zu gewährleisten.

ii) Analyse

37. Das allgemeine italienische Arbeitsvermittlungssystem, das durch die Gesetze 1949 und 1960 eingeführt wurde, ist niemals im Hafensektor angewandt worden. Das ursprüngliche Monopol nämlich, das den

49 — Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80 (Slg. 1981, 3305).

Hafenbetriebsgesellschaften mit den oben in Abschnitt II zusammengefaßt dargestellten Vorschriften verliehen wurde, wurde durch ein neues Monopol zugunsten der umgewandelten Form der früheren Monopolunternehmen ersetzt, das sich auf die Überlassung von Zeitarbeitskräften an Umschlagunternehmen und zugelassene Hafenunternehmen erstreckt. Im Gegensatz zu den früheren Hafenunternehmen, die selbst keine Hafenarbeiten ausführen konnten, sondern diese Arbeiten im gesamten Umfang auf Hafenbetriebsgesellschaften übertragen mußten, gelangt das neue Monopol nur zur Anwendung, wenn Umschlagunternehmen nicht in der Lage sind, ihre Dienstleistungen ausschließlich durch ihre eigenen Hafenarbeiter zu erbringen. Eine nähere Prüfung der Details des neuen Systems offenbart jedoch, daß in einem gewissen Grad die nach den alten Hafenvorschriften anwendbaren Beschränkungen mit dem Gesetz 1994, wenn auch in einer geänderten Form, beibehalten wurden.

38. Als erstes müssen die Umschlagunternehmen nach ihrem vorgelegten Tätigkeitsplan „geeignete" Arbeitskräfte beschäftigen. In dieser Hinsicht ist es bemerkenswert, daß, wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen vorgetragen hat, bis zum 31. Dezember 1996 Artikel 23 Absatz 3 des Gesetzes 1994 verlangt hat, daß die Umschlagunternehmen und die zugelassenen Hafenunternehmen ebenso wie die umgewandelten Gesellschaften immer, wenn eine Stelle frei wurde, vorrangig jene Hafenarbeiter beschäftigen, die früher bei den alten Hafenbetriebsgesellschaften beschäftigt gewesen waren, aber bei der Umwandlung dieser Gesellschaften nicht wieder auf Dauer eingestellt wurden. Zweitens mußten diejenigen Hafenarbeiter der früheren Hafenbetriebsgesellschaften, die nicht anderweitig wieder eingestellt wurden, von den umgewandelten Gesellschaften nach Maßgabe eines Übergangsplans eingestellt werden, dessen Einzelheiten durch Ministerialdekret bestimmt werden mußten. Bevor die zugelassenen Hafenunternehmen und die Umschlagunternehmen schließlich bei den umgewandelten Gesellschaften die Überlassung von Zeitarbeitskräften gemäß Artikel 17 Absatz 1 anfordern durften, mußten sie sich zunächst derjenigen Arbeitskräfte bedienen, die aufgrund des Übergangsplans zur Verfügung standen.

39. Stellen diese Regelungen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar? Da sie ein Umschlagunternehmen betreffen, das eine Stellung wie die LSCT innehatte, meine ich, daß dies zu bejahen ist. Die LSCT macht das Recht geltend, Hafenbenutzern (im Rahmen dieser Untersuchung sind es solche, die in Mitgliedstaaten ansässig sind) ein vollständiges Bündel von Hafendienstleistungen anzubieten, d. h., sie wünscht, unterschiedliche Bestandteile ihres Bündels mit hohem Arbeitsanteil an andere Hafenunternehmen als Subunternehmer zu vergeben, die ihrerseits befugt sind, derartige Dienstleistungen unmittelbar den Benutzern zu erbringen. Das Gesetz 1994 verbietet es den Umschlagunternehmen und den verschiedenen zugelassenen Hafenunternehmen, zu diesem Zweck zusammenzuarbeiten. Das genossenschaftliche Modell soll die

Umschlagunternehmen in die Lage versetzen, den Endabnehmern eine Dienstleistung zur Verfügung zu stellen, die auf die unterschiedlichen Erfordernisse des Hafens im Laufe der Zeit und auf das Erfordernis abgestimmt ist, Arbeitskräfte effizient zu nutzen und dadurch den Hafenbenutzern Dienstleistungen zu niedrigeren Kosten zu erbringen. Wenn die entsprechenden Dienstleistungen von den umgewandelten Gesellschaften zu niedrigeren Kosten erbracht würden oder wenn höhere Kosten durch höhere Qualität ausgeglichen würden, kann angenommen werden, daß die Umschlagunternehmen sich entschließen würden, sie in Anspruch zu nehmen. Meiner Ansicht nach ist es die Verweigerung einer Entscheidungsmöglichkeit gegenüber dem Umschlagunternehmen, die eine Beschränkung darstellt. Schließlich ist daran zu erinnern, daß die umgewandelten Gesellschaften allein berechtigt sind, Dienstleistungen unmittelbar sowohl den Endabnehmern als auch den Vermittlern in der Leistungskette zu erbringen. Zugelassene Hafenunternehmen können im Gegensatz dazu Dienstleistungen den Endabnehmern, nicht aber den Vermittlern erbringen. Ich habe aber schon gesagt, daß sich diese Beschränkung, da sie innerhalb eines Mitgliedstaats besteht, als solche nicht unter Artikel 59 EG-Vertrag fällt [50]. Die Lage des Umschlagunternehmens ist jedoch anders. Ihm wird das Recht verweigert, bei der Festlegung seiner Angebotspalette für Endabnehmer Dienstleistungen von Zeitarbeitskräften nach eigener Entscheidung in Anspruch zu nehmen.

40. Da ich überzeugt bin, daß die Vorschriften eine Beschränkung der Freiheit der Umschlagunternehmen darstellen, Hafendienstleistungen an Benutzer aus anderen Mitgliedstaaten zu erbringen, ist zu prüfen, ob die Beschränkung gerechtfertigt sein kann.

50 — Vgl. insbesondere oben, Nr. 28.

D — *Rechtfertigung*

i) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

41. In der vorliegenden Rechtssache hat Frankreich, das in seiner abweichenden Auffassung zu diesem Punkt von der Kommission unterstützt worden ist, geltend gemacht, daß die fragliche Beschränkung angesichts der italienischen Nationalität der umgewandelten Gesellschaften eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstelle. Wenn dies der Fall wäre, könnten die italienischen Maßnahmen natürlich nur aus Gründen des in Artikel 56 Absatz 1 EG-Vertrag dargelegten Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wie sie auf den freien Dienstleistungsverkehr gemäß Artikel 66 EG-Vertrag Anwendung finden. Zu diesen Gründen gehören, wie der Gerichtshof mehrfach festgestellt hat, keine wirtschaftlichen Ziele [51].

42. Ich glaube nicht, daß die Auffassung Frankreichs zur Frage der Diskriminierung zutreffend ist. Wie ich bereits ausgeführt habe (vgl. oben, Nr. 28), betrifft das wesentliche Thema, das in der ersten Frage behandelt wird, nicht die Vereinbarkeit des Monopols der umgewandelten Gesellschaften mit dem Gemeinschaftsrecht, sondern statt dessen seine negativen Auswirkungen auf den freien Dienstleistungsverkehr im Hafen, ins-

51 — Vgl. z. B. Urteil Svensson und Gustavsson, a. a. O., Randnr. 15.

besondere auf die Dienstleistungen der Umschlagunternehmen [52]. Gemäß Artikel 18 des Gesetzes 1994 wird den nichtitalienischen Unternehmen bei der Beantragung einer Konzession für Umschlagunternehmen keine Beschränkung auferlegt. Demgemäß beeinträchtigt das fragliche Monopol potentiell sowohl inländische wie auch ausländische Konzessionsinhaber und kann meiner Ansicht nach nicht als diskriminierend gelten.

ii) Rechtfertigung der unterschiedslos anwendbaren Beschränkung

43. Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß nichtdiskriminierende Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auferlegt werden können in Wahrnehmung eines politischen Interesses, das „durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt" ist, wenn die fraglichen Regelungen „für alle im Hoheitsgebiet des genannten Staates tätigen Personen oder Unternehmen verbindlich sind, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Leistungserbringer in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist" [53]. Dieser Grundsatz wurde auch auf Beschränkungen angewandt, die einem Dienstleistungserbringer von seinem Ursprungsmitgliedstaat auferlegt wurden [54]. Da ich der Ansicht bin, daß das Monopol der umgewandelten Gesellschaften die freie Erbringung von Hafendienstleistungen an ausländische Hafenbenutzer beschränkt, muß geprüft werden, ob ein vom Gemeinschaftsrecht anerkannter zwingender Grund des Allgemeininteresses eine Rechtfertigung für die Beschränkung abgeben kann.

44. Ich möchte zunächst feststellen, daß ich nicht glaube, daß die Beschränkung, die der Betätigung der Umschlagunternehmen durch das den umgewandelten Gesellschaften verliehene Monopol auferlegt wurde, unter Hinweis auf die allgemeine, dem System der staatlichen Arbeitsvermittlung zugrunde liegende Politik gerechtfertigt werden kann. Ich bin davon überzeugt, daß ein Vergleich der Hafenarbeitsmonopole der ursprünglichen Hafenbetriebsgesellschaften und der umgewandelten Gesellschaften zeigen würde, daß es nicht sinnvoll wäre, die für den Hafensektor in Italien geltenden Vorschriften über die Arbeitsvermittlung mit dem nach Maßgabe der Gesetze 1949 und 1960 eingeführten allgemeinen Arbeitsvermittlungssystem zu vergleichen. Wie Generalanwalt Elmer in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Job Centre II dargelegt hat, liegt diesem System anders als dem Monopol der umgewandelten Gesellschaften ein von staatlichen Vermittlungsstellen verwaltetes Pflichtvermittlungssystem zugrunde [55]. Obwohl dem Gerichtshof wenige Informationen über das Wesen der umgewandelten Gesellschaften vorliegen, ist es darüber hinaus klar, daß die kombinierten wirtschaftlichen und genossenschaftlichen Zielsetzungen dieser Gesellschaften sie deutlich von den staatlichen Vermittlungsstellen unterscheiden, ganz abgesehen von der Wahrscheinlichkeit, daß die (oben dargestellten) Prioritätsvorschriften, die die Wiedereinstellung von früher bei den Hafenbetriebsgesellschaften beschäftigten Hafenarbeitern regeln, in erster Linie vor dem vom Gerichtshof im Urteil

52 — Dieses Thema muß von der möglichen Verletzung des Artikels 48 EG-Vertrag, auf die ich mich oben unter Nr. 34 bezogen habe, und von der eher hypothetischen Möglichkeit unterschieden werden, daß die Verleihung des Monopols zugunsten der umgewandelten Gesellschaften hinsichtlich der Überlassung von Zeitarbeitskräften im Hafen die mögliche Niederlassungsfreiheit von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten beschränkt, die sich auf die Überlassung dieser Arbeitskräfte spezialisiert haben.

53 — Vgl. unter zahlreichen anderen inhaltsgleichen Entscheidungen das Urteil Webb (zitiert in Fußnote 49, Randnr. 17).

54 — Vgl. z. B. Rechtssache Alpine Investments, a. a. O., und die Erörterung oben unter Nr. 31.

55 — Nr. 11 der Schlußanträge; vgl. auch oben, Nr. 19.

Porto di Genova [56] festgestellten Verstoß gegen Artikel 48 EG-Vertrag bewahren sollen. Italien hat trotzdem geltend gemacht, daß eine allgemeinere, auf den Schutz der Arbeitnehmer ausgerichtete Zielsetzung eine Rechtfertigung für das Gesetz 1994 darstelle. Obwohl eine solche Zielsetzung nach dem Gemeinschaftsrecht zulässig sein könnte, bin ich nicht der Meinung, daß sie in der vorliegenden Rechtssache Geltung haben kann.

45. Italien trägt vor, daß der Gerichtshof in der Rechtssache Webb den „sensiblen" Charakter der Tätigkeiten, die die Überlassung von Arbeitnehmern umfassen, anerkannt habe [57]. Demgemäß sah es der Gerichtshof als eine legitime politische Entscheidung der Mitgliedstaaten an, „für die Überlassung von Arbeitnehmern in ihrem Hoheitsgebiet eine Genehmigungsregelung einzuführen, um die Genehmigung versagen zu können, wenn die begründete Befürchtung besteht, daß diese Tätigkeit gedeihliche Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt beeinträchtigen würde oder daß dabei die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer unzulänglich gewahrt würden" [58]. In einer jüngeren Entscheidung, in der Rechtssache Guiot, bezeichnete der Gerichtshof den „sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Bausektors wegen der besonderen Bedingungen dieses Sektors" als schützenswert [59]. Das Gemeinschaftsrecht läßt es daher gelten, daß der Schutz der Arbeitnehmerrechte eine übergeordnete politische Forderung sein kann. In der vorliegenden Rechtssache jedoch hat der Gerichtshof, abgesehen von einem allgemeinen Hinweis auf den genossenschaftlichen Charakter der umgewandelten Gesellschaften, keine Information darüber, wie und in welchem Umfang das Monopol, das diesen Gesellschaften zusteht, dazu dient, den Schutz der Hafenarbeiter zu fördern.

46. Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß die einschränkenden Wirkungen von unterschiedslos anwendbaren innerstaatlichen Maßnahmen auf die Erbringer von Dienstleistungen „geeignet sein [müssen], die Verwirklichung des mit ihnen angestrebten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das zur Erreichung dieses Zieles Erforderliche hinausgehen [dürfen]" [60]. Selbst wenn daher die Wirkungen des Monopols der umgewandelten Gesellschaften normalerweise dazu geeignet wären, den Schutz der Hafenarbeiter zu erhöhen, enthält die dem Gerichtshof zur Verfügung stehende Information keinen Hinweis darauf, daß das Monopol entweder unabdingbar für die Verwirklichung dieses erhöhten Schutzes ist oder daß, wie die Angeklagten vorgetragen haben, der Schutz in dieser Qualität nicht durch andere einschränkende Mittel erreicht werden kann [61]. Unter diesen Umständen muß es Sache des vorlegenden Gerichts bleiben, diese von den Beteiligten zur Rechtfertigung der Beschränkung gemachten Ausführungen zu prüfen.

56 — In dieser Hinsicht braucht nur daran erinnert zu werden, daß alle bei den früheren Hafengesellschaften beschäftigten Hafenarbeiter italienische Staatsangehörige waren, und es ist diese Kategorie von Hafenarbeitern, der das Sonderrecht auf Beschäftigung nach den neuen Vorschriften zusteht; vgl. oben, Nr. 34.

57 — A. a. O., Randnr. 18.

58 — A. a. O., Randnr. 19.

59 — Urteil vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-272/94 (Slg. 1996, I-1905).

60 — Vgl. z. B. Rechtssache C-288/89 (Collectieve Antennevoorziening Gouda, Slg. 1991, I-4007, Randnr. 15).

61 — Es kann für den Gerichtshof der Hinweis hilfreich sein, daß im Verfahren vor dem Gerichtshof nicht behauptet worden ist, daß die Hafenarbeiter, die früher bei den Hafenbetriebsgesellschaften beschäftigt worden waren und später von den Umschlagunternehmen oder den zugelassenen Hafenunternehmen wieder eingestellt wurden, als Folge hiervon eine Schmälerung ihrer Rechte erfahren haben.

47. Kurzum, ich bin der Ansicht, daß, wenn nicht nachgewiesen werden kann, daß das Monopol für den Schutz der Hafenarbeiter in den italienischen Häfen unabdingbar ist, die Anwendung des Monopols auf die Tätigkeiten von Umschlagunternehmen wie der LSCT eine unzulässige Beschränkung des freien innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehrs im Hafen darstellt, die gegen Artikel 59 EG-Vertrag verstößt.

VI — Die zweite und die dritte Frage

A — *Einführung*

48. Wenn der Gerichtshof nicht meiner Empfehlung folgt, die ich zur ersten Frage ausgesprochen habe, wird es für ihn erforderlich sein, sich den in der zweiten und der dritten Frage erwähnten Themen zuzuwenden, die einerseits Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag und andererseits Artikel 59 in Verbindung mit den Artikeln 86 und 90 EG-Vertrag betreffen.

49. Das vorlegende Gericht konzentriert sich in seinem Vermerk sowohl auf das allgemeine Verbot der Betätigung als Arbeitsvermittler gemäß dem Gesetz 1960 als auch auf die im Gesetz 1994 enthaltene Ausnahme zugunsten der umgewandelten Gesellschaften. Unter Bezugnahme auf die erwiesene Tatsache, daß zugelassene Hafenunternehmen, die von den Mitangeklagten des Herrn Raso vertreten werden, eine Reihe von Dienstleistungen an die LSCT erbracht haben, möchte das Gericht im wesentlichen wissen, ob das Gemeinschaftsrecht einer Auslegung des nationalen Rechts entgegensteht, nach der die Zusammenarbeit zwischen einem Umschlagunternehmen und den zugelassenen Hafenunternehmen verboten sein soll. So konzentriert sich die zweite Frage auf einen auf seiten der Umschlagunternehmen vorstellbaren Mißbrauch des diesen Umschlagunternehmen mit dem Gesetz 1994 verliehenen Monopols für die Benutzung bestimmter Hafenanlagen, das sich bei einer weiten Auslegung der Artikel 1 und 2 des Gesetzes 1960 ergeben könnte, wodurch ihnen die Möglichkeit genommen ist, Zeitarbeitskräfte von anderen Hafenunternehmen als den umgewandelten Gesellschaften zu erhalten. Die dritte Frage konzentriert sich dagegen konkreter auf die Möglichkeit des Eintritts eines unvermeidbaren Mißbrauchs, der sich aus dem vom Gesetz 1994 den umgewandelten Gesellschaften verliehenen Monopol ergibt, die ebenfalls Tätigkeiten im Hafen ausführen und sogar in manchen italienischen Häfen Umschlagunternehmen sein können, wie es angeblich in La Spezia der Fall ist. Da meiner Ansicht nach vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, daß der Zweck der Strafanzeige, die zur Einleitung des Ausgangsverfahrens führte, darin lag, das Monopol der umgewandelten Gesellschaft im Hafen von La Spezia zu schützen, teile ich die namens der Angeklagten in der Sitzung zum Ausdruck gebrachte Auffassung, daß die Beantwortung der dritten Frage von größerer Bedeutung ist, soweit es dieses Verfahren betrifft.

50. Es muß jedoch daran erinnert werden, daß die Strafverfolgung der Angeklagten nicht — jedenfalls nicht direkt — eine angebliche Verletzung des Monopols der umgewandelten Gesellschaften, sondern eine

mögliche Verletzung des Gesetzes 1960 betrifft. Demgemäß teile ich nicht ganz die Meinung der Kommission, daß die zweite Frage rein hypothetisch sei und nicht erörtert zu werden brauche. Wenn der Gerichtshof feststellen sollte, daß ein Monopol wie das der umgewandelten Gesellschaften mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, so würde diese Feststellung als solche nicht die Anwendung einer Auslegung des nationalen Rechts auf die Umschlagunternehmen und die zugelassenen Hafenunternehmen ausschließen, der zufolge die im Ausgangsverfahren in Frage stehende Art ihrer Zusammenarbeit mit den Artikeln 1 und 2 des Gesetzes 1960 unvereinbar war. Die Feststellung jedoch, daß das ausschließliche Recht der umgewandelten Gesellschaften, vom Gesetz 1960 abzuweichen, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist, müßte erhebliche Folgen für die Vereinbarkeit der Beschränkung des Rechts der Umschlagunternehmen haben, sich bei der Erbringung von arbeitsintensiven Hafendienstleistungen anderer zugelassener Hafenunternehmen zu bedienen. Obgleich ich daher nur die dritte Frage im einzelnen untersuchen werde, werde ich später noch kurz auf die zweite Frage eingehen.

B — *Die dritte Frage*

51. Die faktische Konsequenz der Zwangsumwandlung der Hafenbetriebsgesellschaften gemäß dem Gesetz 1994 ist die, daß die umgewandelten Gesellschaften bezüglich der Überlassung von Zeitarbeitskräften das Monopol haben [62]. Wenn darüber hinaus die Auslegung aufrechterhalten bleibt, die sich die Staatsanwaltschaft im Ausgangsverfahren zu eigen gemacht hat, wird sich dieses Monopol auch auf die Erbringung von allen arbeitsintensiven Dienstleistungen in diesen Häfen erstrecken. Demgemäß glaube ich, daß die Kommission recht damit hat, den Wortlaut der dritten Frage neu zu formulieren, um sie auf die Stellung der umgewandelten Gesellschaften auszurichten. Das vorlegende Gericht will im wesentlichen wissen, ob der betreffende Mitgliedstaat durch die Schaffung eines solchen Monopols für die Verletzung des Artikels 86 EG-Vertrag verantwortlich sein kann. In dieser Hinsicht würde sich die zusätzliche Bezugnahme des vorlegenden Gerichts auf Artikel 59 in der dritten Frage als überflüssig erweisen. Wenn Artikel 59 nicht selbständig Anwendung findet, wozu ich geraten habe, glaube ich nicht, daß er in Verbindung mit den Artikeln 86 und 90 Wirksamkeit erlangen kann [63].

i) Die grundsätzliche Anwendung von Artikel 86

52. Artikel 86 EG-Vertrag findet nur Anwendung auf Unternehmen, die eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil

62 — Es kommt nicht vor, daß die nach dem Gesetz 1949 errichteten staatlichen Vermittlungsstellen im Hafensektor tätig werden.

63 — Es ist in den beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen nicht geltend gemacht worden, daß die Überlassung von Zeitarbeitskräften im Hafen „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" im Sinne des Artikels 90 Absatz 2 EG-Vertrag darstellen. Auch angesichts der Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache Porto di Genova (vgl. Randnr. 27) und erst recht der Meinung des Generalanwalts Van Gerven (vgl. Nr. 27 der Schlußanträge [Slg. 1991, I-5889, I-5919]) kann diese Vorschrift keine Anwendung finden.

desselben haben. Es besteht kein Zweifel, daß der Begriff „Unternehmen" solche Unternehmen umfaßt, die, wie die umgewandelten Gesellschaften, sowohl eine genossenschaftliche wie auch eine wirtschaftliche Rolle spielen [64].

53. Zunächst ist zu entscheiden, ob die Wirkungen des Gesetzes 1994 dahin gehen, daß den umgewandelten Gesellschaften eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes verliehen wird. Es zeigt sich, daß zwischen den umgewandelten Gesellschaften, die in den verschiedenen italienischen Häfen tätig sind, keine besonderen Beziehungen oder Verbindungen bestehen. Es ist daher zu prüfen, ob von der im Hafen von La Spezia tätigen umgewandelten Gesellschaft gesagt werden kann, daß sie eine beherrschende Stellung im Sinne des Artikels 86 hat.

54. Der relevante Produktmarkt ist als erstes anhand der in der Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelten Kriterien zu bestimmen [65]. Es ist von zentraler Bedeutung für den relevanten Produktmarkt, festzustellen, ob es Erzeugnisse oder Dienstleistungen gibt, die miteinander im Wettbewerb stehen oder austauschbar sind [66]. In der vorliegenden Rechtssache können die umgewandelten Gesellschaften Zeitarbeitskräfte in Häfen zur Verfügung stellen, da es das italienische Recht nicht erlaubt, daß Arbeitgeber von festangestellten Arbeitskräften in Häfen mit diesen Gesellschaften in Wettbewerb treten. Andere mögliche Anbieter von Arbeitskräften im Hafen können mit anderen Worten die Dienstleistungen der umgewandelten Gesellschaften nicht in rechtmäßiger Weise durch ihre eigenen Dienstleistungen ersetzen. Der Umfang des relevanten Marktes ist daher durch das Gesetz vorgegeben. Für die Anwendung des Artikels 86 EG-Vertrag ist jedoch die Vorherrschaft auf einem begrenzten Markt als solche nicht ausreichend. In der Rechtssache Höfner und Elser hat der Gerichtshof entschieden, daß „ein mit einem gesetzlichen Monopol ausgestattetes Unternehmen als im Besitz einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag angesehen werden *kann*" [67]. Hieraus folgt, daß das vorlegende Gericht, um Artikel 86 wirklich anzuwenden, überzeugt sein muß, daß das den umgewandelten Gesellschaften im Hafen von La Spezia verliehene Monopol einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt.

55. In dieser Hinsicht hat das vorlegende Gericht bereits festgestellt, daß La Spezia der führende Hafen für den Containerverkehr im Mittelmeer ist. Obwohl der Bevollmächtigte Italiens in der Sitzung angedeutet hat, daß die Feststellung eigentlich die jetzige Stellung des Hafens von Genua unterbewerten könnte, ist nicht geltend gemacht worden, daß die Auffassung des vorlegenden Gerichts zur Bedeutung von La Spezia in ihrer Substanz rechtsfehlerhaft wäre. Vorbehaltlich des Rechts dieses Gerichts, abschließend zu entscheiden, ob der fragliche Markt einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellt, reicht demgemäß meiner Ansicht nach die Bedeutung des Hafens von La Spezia als Container-Terminal für den innergemeinschaftlichen Handel grundsätz-

64 — Im Urteil Höfner und Elser z. B. hat der Gerichtshof ausgeführt, daß „der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit [umfaßt], unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung". Er hat auch ausdrücklich festgestellt, daß „Arbeitsvermittlung ... eine wirtschaftliche Tätigkeit dar[stellt]"; a. a. O., Randnr. 21.

65 — Vgl. z. B. Urteile vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76 (United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207, insbesondere Randnr. 11) und vom 9. November 1983 in der Rechtssache 322/81 (Michelin/Kommission, Slg. 1983, 3461, Randnrn. 23 bis 28).

66 — Vgl. z. B. Urteile United Brands/Kommission und Michelin/Kommission, a. a. O., Randnr. 22 bzw. Randnr. 37, und Urteil vom 14. November 1996 in der Rechtssache C-333/94 P (Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Randnr. 19).

67 — A. a. O., Randnr. 28 (Hervorhebung vom Verfasser).

lich aus, um die von den umgewandelten Gesellschaften eingenommene Stellung bezüglich des Angebots von Zeitarbeitskräften im Hafen als wesentlich im Sinne des Artikels 86 EG-Vertrag erscheinen zu lassen. Diese Feststellung wird meiner Meinung nach nicht von der anderweitig wichtigen Tatsache beeinträchtigt, daß das Gesetz 1994 im Gegensatz zu den vorhergehenden, aufgrund des Gesetzes geltenden Bestimmungen den möglichen Kunden der Dienstleistungen, die in der Vermittlung von Zeitarbeitskräften bestehen und ausschließlich von den umgewandelten Gesellschaften angeboten werden, erlaubt (oder, im Fall eines Umschlagunternehmens wie der LSCT, zwingt), Arbeitskräfte zu beschäftigen, die ihrem eigenen Bedarf entsprechen. Ich bin daher überzeugt, daß die exklusive Stellung, die mit dem Gesetz 1994 einer umgewandelten Gesellschaft wie z. B. einer solchen, die in einem Hafen des Umfangs und der Bedeutung im Frachtgeschäft wie La Spezia tätig ist, übertragen wird, eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes im Sinne des Artikels 86 EG-Vertrag begründen kann.

56. Ich habe bereits meine Ansicht zum Ausdruck gebracht, daß die Beschränkung des freien innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehrs im Hafen, die sich aus dem den umgewandelten Gesellschaften verliehenen Monopol ergibt, in den Geltungsbereich des Artikels 59 EG-Vertrag fallen kann [68]. Angesichts der Bedeutung des Hafens von La Spezia bin ich auch überzeugt, daß jede seitens der umgewandelten Gesellschaft in diesem Hafen vorgenommene mißbräuchliche Ausnutzung ihrer beherrschenden Stellung den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne des Artikels 86 beeinträchtigen würde. Es ist auf jeden Fall daran zu erinnern, daß nicht festgestellt werden muß, daß das fragliche mißbräuchliche Verhalten diesen Handel tatsächlich im Sinne des Artikels 86 beeinträchtigt hat, sondern, wie der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, daß „der Nachweis [genügt], daß dieses Verhalten geeignet ist, eine derartige Wirkung zu entfalten" [69].

ii) Die Verantwortung des Mitgliedstaats und die Voraussetzungen des Artikels 90 Absatz 1

57. Artikel 86 EG-Vertrag betrifft nur das Verhalten der Unternehmen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zeigt jedoch, daß Mitgliedstaaten unter bestimmten Umständen für die Verletzung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts aufgrund von Tätigkeiten der Unternehmen haften können. In dieser Hinsicht hat der Gerichtshof in der Rechtssache Porto di Genova entschieden, daß „die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung ausschließlicher Rechte im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag als solche noch nicht mit Artikel 86 EWG-Vertrag unvereinbar ist" [70]. Er hat jedoch auch entschieden, daß ein Mitgliedstaat diese Vorschriften verletzt, wenn das Unternehmen, dem das Monopol verliehen worden ist, entweder seine beherrschende Stellung durch die bloße Ausübung seiner ausschließlichen Rechte mißbräuchlich ausnutzt oder wenn durch die verliehenen

68 — Vgl. oben, Nrn. 22 bis 32.

69 — Vgl. u. a. Urteil Höfner und Elser, Randnr. 32. In dieser Rechtssache hatte Generalanwalt Jacobs nämlich vorgeschlagen (Nr. 48), daß Artikel 86 sogar in Fällen Anwendung finden solle, in denen es um reine interne Verhältnisse gehe. Bei der Anwendung von Artikel 86 ist der Gerichtshof daher mit den „Auswirkungen [des Verhaltens des Wettbewerbers] auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt" befaßt; vgl. Urteil vom 6. März 1974 in den verbundenen Rechtssachen 6/73 und 7/73 (Commercial Solvents/Kommission, Slg. 1974, 223, Randnr. 33).

70 — Randnr. 16.

Rechte eine Lage geschaffen wird, in der das Unternehmen dazu veranlaßt wird, einen solchen Mißbrauch zu begehen. Es ist daher erforderlich, die Tragweite dieser Voraussetzungen zu prüfen, um zu entscheiden, ob Rechtsvorschriften wie z. B. das Gesetz 1994 diese Voraussetzungen erfüllen.

58. In seinen Erklärungen trägt das Vereinigte Königreich vor, daß das Urteil in der Rechtssache Porto di Genova und insbesondere die Feststellung in Randnummer 20, daß „ein Mitgliedstaat ... eine gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstoßende Lage [schafft], wenn er eine Regelung wie die im Verfahren vor dem vorlegenden Gericht streitige erläßt", nur schwer Anwendung finden könne. Das Vereinigte Königreich trägt vor, daß sich aus Randnummer 19 dieses Urteils nicht klar ergebe, welche genaue staatliche Maßnahme gegen die Artikel 86 Absatz 1 und 90 verstoße, da zwischen der Schaffung des Monopols und der vom Gerichtshof erwähnten mißbräuchlichen Ausnutzung keine erkennbare Verbindung bestehe [71]. Demgemäß schlägt das Vereinigte Königreich vor, daß die vom Gerichtshof herausgearbeitete Lösung bei der Anwendung der Artikel 5 und 86 EG-Vertrag auf die von Mitgliedstaaten erlassenen Maßnahmen, insbesondere die Feststellung, daß es eine deutliche, direkte kausale Verbindung zwischen der beanstandeten staatlichen Maßnahme und dem Verhalten des betreffenden Unternehmens geben müsse, auch bei der Prüfung einer möglichen kombinierten Anwendung der Artikel 90 Absatz 1 und 86 angewandt werden solle. Das Vereinigte Königreich macht darüber hinaus geltend, daß der Gerichtshof die Gewährung eines ausschließlichen Rechts nur dann als im Widerspruch zu den Artikeln 90 Absatz 1 und 86 stehend ansehen solle, wenn die mißbräuchliche Ausnutzung die zwangsläufige Konsequenz dieser Gewährung sei. Wenn die mißbräuchliche Ausnutzung jedoch bloß das Ergebnis einer Begünstigung durch den betreffenden Mitgliedstaat sei, sei es, wenn überhaupt, eher der Vorgang der Begünstigung oder der Veranlassung als die Gewährung des fraglichen ausschließlichen Rechts, der die rechtswidrige staatliche Maßnahme darstelle.

59. Ich meine, daß unterschieden werden kann einerseits zwischen Situationen, in denen der Erwerber eines ausschließlichen Rechts in eine beherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes versetzt wird, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann, und entweder durch die bloße Ausübung des ihm verliehenen Rechts die mißbräuchliche Ausnutzung seiner Stellung nicht vermeiden kann oder aber durch die betreffende Maßnahme des Mitgliedstaats gezwungen oder darin bestärkt wird, diesen Mißbrauch zu begehen, und andererseits Situationen, in denen die nationale Maßnahme den Erwerber in die Lage versetzt, den Mißbrauch zu begehen, diesen aber nicht erzwingt oder begünstigt.

60. Bei der Entscheidung, den Umfang der Verantwortung eines Mitgliedstaats in dieser Weise einzugrenzen, habe ich mich bewußt auf die Formulierung bezogen, die vom Gerichtshof in den englischsprachigen Fassungen der Urteile in den Rechtssachen Höfner und Elser [72] und Frankreich/Kommission [73] verwendet wurde, da meiner Ansicht nach einige der Schwierigkeiten, von

71 — Der entscheidende Teil der Randnr. 19 ist oben in Nr. 8 zitiert. Es sei daran erinnert, daß die angebliche, hier in Frage stehende mißbräuchliche Ausnutzung bedeutet, daß i) die Bezahlung nicht verlangter Dienstleistungen gefordert wird, ii) unverhältnismäßige Preise in Rechnung gestellt werden, iii) der Einsatz moderner Technologien abgelehnt wird mit der Folge höherer Kosten und längerer Ausführungsfristen und iv) eine Preispolitik mit diskriminierenden Preisnachlässen betrieben wird.

72 — A. a. O., Randnr. 29.

73 — Urteil vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88 (Slg. 1991, I-1223, Randnr. 56).

denen das Vereinigte Königreich meint, daß sie mit der Auslegung des Urteils in der Rechtssache Porto di Genova zusammenhängen, den unterschiedlichen Formulierungen zugeschrieben werden können, die in Englisch vom Gerichtshof ursprünglich in der Rechtssache ERT und danach in der Rechtssache Porto di Genova verwendet wurden, als er sich dort auf die Rechtssache ERT bezogen hat [74].

61. Der Zweck der Unterscheidung liegt in der Zurechnung von Verantwortung. Da Artikel 90 Absatz 1 den Mitgliedstaaten erlaubt, „ausschließliche Rechte" zu gewähren, stellt dieser Vorgang als solcher nach dem Vertrag keine mißbräuchliche Ausnutzung dar, welche wirtschaftliche Realität auch immer zugrunde liegen mag. Eine Unterscheidung wird daher getroffen zwischen der Verleihung des ausschließlichen Rechts und den „diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln ... 85 und 94 widersprechende[n] Maßnahmen". Wo folglich eine mißbräuchliche Ausnutzung stattfindet, für die ein Mitgliedstaat nicht verantwortlich ist, müssen die Opfer unbestreitbar gegen die beherrschenden Unternehmen gemäß Artikel 86 EG-Vertrag, der unmittelbare Geltung hat, rechtlich vorgehen. Mangels einer solchen Unterscheidung würden die Mitgliedstaaten tatsächlich verpflichtet sein, die Gewährung von ausschließlichen Rechten zu rechtfertigen, unbeschadet der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, daß die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch die Gewährung solcher Rechte als solche nicht mit Artikel 86 unvereinbar sein kann [75]. Den Mitgliedstaaten eine solche Verpflichtung aufzuerlegen, würde dem Sinn des Artikels 90 Absatz 1 widersprechen, der darin besteht, daß, wie der Gerichtshof in zahlreichen Fällen entschieden hat, die Mitgliedstaaten daran gehindert werden, Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft ausschalten [76].

62. Obwohl diese Unterscheidung in der Theorie eindeutig ist, ist ihre genaue Anwendung in der Praxis nicht einfach. So wurden die Urteile in den Rechtssachen Höfner und Elser und Porto di Genova kritisiert, weil sie nicht klar „die Gesichtspunkte fest[legen], die es erlauben würden, eine Lage, die zwangsläufig zu einem Mißbrauch führt, von einer Lage zu unterscheiden, die nicht hierzu führt" [77]. Meiner Ansicht nach ist die Rechtssache Höfner und Elser einer von den notwendigerweise seltenen Fällen, in denen das ausschließliche Recht auf Arbeitsvermittlung, das der Bundesanstalt für Arbeit in Deutschland gewährt ist, nach seiner Natur so beschaffen war, daß praktisch seine bloße Gewährung den Erwerber in die wenig beneidenswerte Lage versetzt, in der es nicht möglich ist, eine mißbräuchliche Ausnutzung des Rechts zu verhindern [78]. Hätte sie daher auf der Ausübung des Monopols unter Umständen bestanden, in denen sie offensichtlich nicht in der Lage war, dem Bedarf, zumindest für die Vermittlung von

74 — So bezieht sich der Gerichtshof in der Rechtssache ERT in der englischsprachigen Fassung des Urteils (Randnr. 37) auf „... a situation in which [an] undertaking *is led* to infringe Article 86 ...", während er in der Rechtssache Porto di Genova (Randnr. 17 der englischen Fassung des Urteils) die Randnr. 37 des Urteils ERT mit einer Formulierung des entscheidenden Grundsatzes zitiert, nach der dieser einen Sachverhalt erfaßt, in dem „the dominant undertaking *‚is induced'* to abuse its dominant position" (Hervorhebung vom Verfasser). In der französischsprachigen Fassung z. B. wird dieselbe Formulierung „est amenée" in beiden Randnummern verwendet.

75 — Vgl. u. a. Urteil Höfner und Elser, Randnr. 29. Vgl. hierzu auch die Ausführungen des Generalanwalts Jacobs unter Nr. 43 der Schlußanträge.

76 — Vgl. u. a. Urteil ERT, a. a. O., Randnr. 35.

77 — Vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts Tesauro in der Rechtssache C-320/92 (Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Nrn. 11 und 12), der darüber hinaus in Fußnote 11 u. a. Bezug nimmt auf die Kritik von L. Gyselen in dessen Anmerkung zum Urteil Porto di Genova in CML Rev 1992, S. 1228, insbesondere 1238 bis 1241.

78 — Wie Gyselen, a. a. O., S. 1240, zutreffend ausgeführt hat, „[kann] man ... leicht sehen, wie in dieser Konfiguration die Macht des Monopols und die ‚mißbräuchliche' Ausübung dieser Macht entsteht und wie die eigentliche Wurzel des Mißbrauchs im Bestehen, nicht in der Ausübung der Macht des Monopols liegt".

Führungskräften der Wirtschaft, zu entsprechen, so wäre die Feststellung einer mißbräuchlichen Ausnutzung beinahe unvermeidlich gewesen. Die Situation war ziemlich kompliziert aufgrund der Tatsache, daß die Bundesanstalt von sich aus darauf hinwies, daß sie bereit sei, „bestimmte auf Führungskräfte der Wirtschaft beschränkte Tätigkeiten von Personalberatern zu dulden" [79]. Der Gerichtshof war jedoch überzeugt, daß in der Tat ein unvermeidbarer Mißbrauch zumindest hinsichtlich der Vermittlung von Führungskräften vorlag, weil die Bundesanstalt „offenkundig nicht in der Lage ist, die Nachfrage auf dem Markt nach solchen Leistungen zu befriedigen, und wenn die tatsächliche Ausübung dieser Vermittlungstätigkeiten durch private Personalberatungsunternehmen durch die Beibehaltung einer Gesetzesbestimmung unmöglich gemacht wird, die diese Tätigkeiten bei Strafe der Nichtigkeit der entsprechenden Verträge verbietet" [80].

63. Die fraglichen Monopolrechte in der Rechtssache Porto di Genova hatten nicht denselben Charakter wie diejenigen, um die es in der Rechtssache Höfner und Elser ging. Der Gerichtshof war trotzdem überzeugt, daß die Verbindung zwischen den fraglichen italienischen Maßnahmen und dem von ihm festgestellten Mißbrauch ausreichte, um den Mitgliedstaat verantwortlich zu machen [81]. Ich denke, daß insbesondere aus den Randnummern 18 und 19 des Urteils Porto di Genova (vgl. oben, Nr. 8) hervorgeht, daß der Gerichtshof überzeugt war, daß sich das mißbräuchliche Verhalten, obwohl es angeblich von den betreffenden Hafenbetriebsgesellschaften und Hafenunternehmen ausging, unmittelbar aus den Monopolrechten ergab, die mit den einschlägigen italienischen Rechtsvorschriften gewährt worden waren. In dieser Hinsicht halte ich es für besonders bemerkenswert, daß der Gerichtshof dort, wo er sich auf die gewährten Rechte bezieht, in Randnummer 19 feststellt, daß *„sich ergibt"*, daß die fraglichen Unternehmen „geneigt" sind, den Mißbrauch vorzunehmen (Hervorhebung vom Verfasser). Der Gerichtshof teilte daher vermutlich die von Generalanwalt Van Gerven vorgetragene Auffassung, daß dieser Mißbrauch „durch die einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften ermöglicht, wenn nicht unausweichlich veranlaßt [wird], und ... seitens der Hafenbehörden aufgrund der diesen durch jene Vorschriften eingeräumten Befugnisse begünstigt, wenn nicht verbindlich angeordnet [wird]" [82]. Leider besteht ein signifikanter Unterschied zwischen unvermeidbarem und möglichem Mißbrauch eines gesetzlichen Monopols. Kaum jemand wird die Verantwortung eines Mitgliedstaats für den ersten Mißbrauch bestreiten, aber viele werden denken, daß die Verantwortung für die letztgenannte Art von Mißbrauch beim beherrschenden Unternehmen bleiben sollte.

64. Die Rechtssachen Höfner und Elser und Porto di Genova zeigen eine Betrachtungsweise des Gerichtshofes, die über die gesetzlichen Vorschriften, die das ausschließliche Recht gewähren, hinausgeht und eine Beurteilung der praktischen Konsequenzen der Ausübung des Rechts durch den Berechtigten enthält. Diese Art von Ausübung ist unter rechtlichem Gesichtspunkt voller Schwierigkeiten. Der Gerichtshof verfügt selten über eine ausreichende Tatsachengrundlage, die ihn in die Lage versetzt, sich eine zuverlässige Meinung über komplexe wirtschaftliche, soziale und rechtliche Fakto-

79 — Urteil Höfner und Elser, Randnr. 9. Generalanwalt Jacobs äußerte jedoch (Nr. 45 der Schlußanträge), daß die Bundesanstalt möglicherweise einen größeren Gebrauch von ihrer Befugnis hätte machen können, unter bestimmten Umständen Organisationen und andere Personen mit der Arbeitsvermittlung für einzelne Berufe oder Personengruppen zu beauftragen.

80 — A. a. O., Randnr. 31.

81 — Der Mißbrauch wurde vom Gerichtshof in der Randnr. 19 aufgezählt, die oben in Nr. 8 zitiert wird und in Fußnote 71 zusammengefaßt ist.

82 — Vgl. Nr. 22 der Schlußanträge in der Rechtssache Porto di Genova (Slg. 1991, I-5889, I-5916).

ren innerhalb eines Mitgliedstaats zu bilden. Die nationalen Gerichte werden bei der Anwendung des Artikels 90 Absatz 1 EG-Vertrag und die Regierungen der Mitgliedstaaten werden bei der Prüfung der Gewährung von ausschließlichen Rechten vom Gerichtshof billigerweise erwarten, daß er in seinem Urteil eine von Grundsätzen geleitete Orientierung gibt. Der Wortlaut dieser Vorschrift, obwohl er ausdrücklich das Recht der Mitgliedstaaten vermerkt, „besondere oder ausschließliche Rechte" zu gewähren, verbietet ihnen, „*Maßnahmen*" zu treffen oder beizubehalten, die bestimmten Regelungen des Vertrages widersprechen (Hervorhebung vom Verfasser). Meiner Ansicht nach stehen daher im Mittelpunkt des Verbotes in erster Linie die „Maßnahmen". Natürlich können Inhalt und Umfang der „Maßnahmen" nicht isoliert von den sie umgebenden Faktoren untersucht werden. Dennoch scheint mir, daß der Gerichtshof bei der Anwendung des Artikels 90 Absatz 1 darauf sehen sollte, eine Maßnahme zu benennen, die eindeutig zu einer Verletzung der Wettbewerbsregeln des Vertrages führt oder, mit den vom Vereinigten Königreich vorgeschlagenen Worten, der „nationalen Vorschriften, die de facto untrennbar mit dem gesetzlichen Monopol verbunden sind".

65. Ich glaube nicht, daß irgendeine allgemeine Prüfungsweise benannt werden könnte, um im voraus eine solche Verbindung festzustellen. Statt dessen wird es in jedem einzelnen Fall zur Orientierung der nationalen Gerichte erforderlich sein, die Auswirkungen der betreffenden nationalen Vorschriften unter den wirtschaftlichen und tatsächlichen Umständen, unter denen sie ihre Wirkungen entfalten, zu beurteilen.

66. Meiner Meinung nach stützt das Urteil Centre d'Insémination de la Crespelle/Coopérative de la Mayenne [83] (im folgenden: La Crespelle) den von mir vorgeschlagenen Ansatz. Dieses Urteil betraf die Vereinbarkeit des französischen Systems der regionalen Stationen für die künstliche Besamung mit den Artikeln 5, 86 und 90 Absatz 1 EG-Vertrag, bei dem jede Station für die Besamung von Tieren innerhalb des zugewiesenen geographischen Gebietes ein Monopol hatte. Der geltend gemachte Mißbrauch bestand im wesentlichen darin, daß den Tierzüchtern von den Besamungsstationen überhöhte Preise in Rechnung gestellt wurden, insbesondere wenn sie von den Stationen verlangten, ihnen Samen von anderen Produktionsstationen zu liefern. Der Gerichtshof meinte, die Frage sei die, ob diese geltend gemachte mißbräuchliche Praxis als „eine *unmittelbare Folge* des Gesetzes" gelten könne [84]. Obwohl der Gerichtshof zur Kenntnis nahm, daß die französischen Rechtsvorschriften den Besamungsstationen erlaubten, von den Züchtern die Übernahme „der sich [aus der Entscheidung, die Lieferung von Samen aus anderen Produktionsstationen zu verlangen,] ergebenden zusätzlichen Kosten" zu fordern, war er doch der Ansicht, daß die Regelung es zwar den Besamungsstationen „überläßt, ... diese Kosten festzusetzen", sie diese aber nicht dazu „veranlaßt ..., eine unverhältnis-

83 — Urteil vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-323/93 (Slg. 1994, I-5077).

84 — A. a. O., Randnr. 20 (Hervorhebung vom Verfasser). In Irland wurde ein ähnliches regionales Monopol für die künstliche Besamung angefochten (O'Neill/The Minister for Agriculture and Food, Ireland and the Attorney General [1995] ICLR 494 [High Court]). Dem Antragsteller war eine Genehmigung für die Erbringung von umfassenden Dienstleistungen auf dem Gebiet der künstlichen Besamung versagt worden, weil die Politik des Ministers dahin ging, jeweils nur eine Genehmigung in jedem der neun Gebiete zu erteilen, in die der Staat aufgeteilt worden war. Herr O'Neill beantragte die Feststellung, daß das regionale Monopolsystem u. a. den Artikeln 85, 86 und 90 EG-Vertrag widerspreche. Richter Budd wies die Klage ab, da er nach eingehender Prüfung der Rechtsprechung des Gerichtshofes, insbesondere der Rechtssachen Höfner und Elser und La Crespelle, nicht überzeugt war, daß die Inhaber der ausschließlichen Genehmigungen ihre beherrschende Stellung, die als direkte Konsequenz der ihnen gewährten Genehmigungen gelten konnte, mißbraucht hätten oder daß sie durch die bloße Ausübung ihrer ausschließlichen Rechte nicht in der Lage gewesen wären, einen solchen Mißbrauch zu vermeiden; vgl. (1995) ICLR 494 (548 bis 556). Das Urteil wurde am 14. Mai 1997 vom Supreme Court allein aus Gründen des innerstaatlichen Rechts aufgehoben.

mäßig hohe Kostenerstattung zu fordern und damit ihre beherrschende Stellung mißbräuchlich auszunutzen" [85]. Hieraus folgt meiner Ansicht nach, daß es für eine Verletzung des Artikels 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag nicht ausreicht, wenn es für den Inhaber eines ausschließlichen Rechts nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften dazu kommt, daß er aufgrund der sich ergebenden Vorherrschaft in eine Lage versetzt wird, in der er Mißbrauch begeht, es sei denn, das Monopolsystem selbst erzwingt den Mißbrauch oder begünstigt ihn nachhaltig dadurch, daß es mit ihm unmittelbar verbunden oder weitgehend für ihn verantwortlich ist.

iii) Das in der vorliegenden Rechtssache dargelegte mißbräuchliche Verhalten

67. Als erstes sollte zweckmäßigerweise darauf hingewiesen werden, daß das vorlegende Gericht in Bezug auf die dritte Frage keinen bestimmten Mißbrauch festgestellt hat, der der umgewandelten Gesellschaft im Hafen von La Spezia zum Vorwurf gemacht wird [86]. Statt dessen sind unterschiedliche Behauptungen in den eingereichten Erklärungen aufgestellt worden. So macht Frankreich geltend, daß es einen faktischen Mißbrauch gebe, der dem Mißbrauch entspreche, der vom Gerichtshof in der Rechtssache Porto di Genova festgestellt worden sei, während die Angeklagten und die Kommission unterschiedliche mögliche Mißbrauchstatbestände andeuten. Unter Berücksichtigung der Zuständigkeitsverteilung, die zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten bei den Vorabentscheidungsvorlagen nach Artikel 177 besteht, hat natürlich das vorlegende Gericht zu entscheiden, ob einer der behaupteten Mißbräuche tatsächlich stattgefunden hat.

68. Ausgehend von den Informationen, die dem Gerichtshof vorliegen, bin ich nicht der Meinung, daß das den umgewandelten Gesellschaften im Hafen von La Spezia verliehene Monopol so beschaffen ist, daß seine bloße Ausübung oder Erzwingung durch eine strafrechtliche Verfolgung, um die es im Ausgangsverfahren geht, als ein Mißbrauch im Sinne des Artikels 86 EG-Vertrag gelten kann, für den Italien verantwortlich wäre. Die Umstrukturierung der italienischen Häfen, die auf das Urteil Porto di Genova folgte, erlaubte es den Umschlagunternehmen und den zugelassenen Hafenunternehmen, ihre eigenen Arbeitskräfte einzustellen. Nur die Versorgung mit Zeitarbeitskräften und Gelegenheitsarbeitern ist den umgewandelten Gesellschaften vorbehalten. Ungeachtet der überzeugenden Argumente, die von den Angeklagten in ihren schriftlichen Erklärungen zur angeblich größeren Effizienz vorgebracht wurden, die ein System, das den Umschlagunternehmen die Wahl der eigenen Subunternehmer erlaubt, im Vergleich zum gegenwärtigen ausschließlichen System der Vermittlung von Zeitarbeitskräften in italienischen Häfen haben würde, scheint mir, daß die von einem Mitgliedstaat vorgenommene bloße Gewährung des ausschließlichen Rechts, solche Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen, nicht als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar angesehen werden kann. Wenn es daher in der vorliegenden Rechtssache einen dem

85 — Urteil La Crespelle, Randnrn. 20 und 21. Obwohl Generalanwalt Gulmann der Ansicht war, daß ein Mißbrauch nach Artikel 86 vorliege, wenn die Bezahlung von fiktiven Kosten verlangt werde, war er in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache La Crespelle nicht der Meinung, daß diese Mißbrauchsgefahr derart sei, daß dadurch der Anspruch auf Übernahme zusätzlicher Kosten als solcher den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus dem Vertrag widerspreche (vgl. Nr. 36). Er meinte im Gegenteil, daß „die französischen Rechtsvorschriften ... die Stationen nicht zu einer solchen Handlungsweise [veranlassen]" (vgl. Nr. 43). Wenn daher die Übernahme ungerechtfertigter Kosten gefordert werde, sei die betreffende Station gemäß Artikel 86 allein verantwortlich.

86 — Im Vorlagebeschluß in der Rechtssache Porto di Genova hat das vorlegende Gericht bestimmte Tatsachen dargelegt, die auf ein mißbräuchliches Verhalten insbesondere der Compagnia hinauslaufen könnten; vgl. Randnr. 19 des Urteils und Nr. 18 der Schlußanträge des Generalanwalts Van Gerven. Andererseits nimmt das vorlegende Gericht in der vorliegenden Rechtssache nur im Hinblick auf die zweite Frage Bezug (vgl. oben, Nr. 49) auf einen seitens der LSCT möglichen Mißbrauch der Stellung als Umschlagunternehmen im Hafen von La Spezia.

Staat zurechenbaren Mißbrauch geben sollte, müßte er, vorbehaltlich einer Ausnahme, in der faktischen Wirkung des geänderten Rechtssystem liegen, das durch das Gesetz 1994 eingeführt wurde.

69. Die Arten der möglichen mißbräuchlichen Ausnutzung, die hier in Frage stehen, können der Einfachheit halber allgemein dahin gehend beschrieben werden, daß sie die Angemessenheit und Eignung der von den umgewandelten Gesellschaften erbrachten Dienstleistungen und der Kosten ihrer Dienstleistungen betreffen. Ich werde mich an anderer Stelle damit beschäftigen, ob es zweckmäßig ist, den umgewandelten Gesellschaften auch hinsichtlich der Erbringung von Hafendienstleistungen die Konkurrenz mit Umschlagunternehmen und zugelassenen Hafenunternehmen zu erlauben. Obwohl es dieser zuletzt genannte Aspekt des vom Gesetz 1994 eingeführten Systems ist, der mehr als jeder andere Aspekt die vorliegende Rechtssache von der Rechtssache Porto di Genova unterscheidet, werde ich mich zunächst mit den ersten beiden oben genannten allgemeinen Arten der vorstellbaren mißbräuchlichen Ausnutzung befassen, die den Sachverhalt der früheren Rechtssache in Erinnerung rufen.

70. Hinsichtlich der ersten beiden Arten machen die Angeklagten geltend, die Tatsache, daß die Zusammenarbeit, die Gegenstand der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Anklage sei, überhaupt stattgefunden habe, weise darauf hin, daß mehrere zugelassene Hafenunternehmen in La Spezia der LSCT die Dienstleistung sowohl billiger als auch qualitativ besser erbringen könnten als die umgewandelte Gesellschaft. Es wurde auch behauptet, daß die umgewandelte Gesellschaft nicht in der Lage sei, dem Bedarf gerecht zu werden. Diese Behauptungen sind nicht, zumindest nicht ausdrücklich, von Italien bestritten worden. Obwohl letztlich das vorlegende Gericht über deren Richtigkeit zu entscheiden hat, können folgende Anmerkungen als Hilfestellung gemacht werden.

71. Dem Gerichtshof ist nicht mitgeteilt worden, ob die Vorschriften des Artikel 112 des Gesetzes und des Artikels 203 der Verordnung (vgl. oben, Nr. 4), aufgrund deren die Hafenbehörden die Tarife rechtswirksam festsetzten, im Gesetz 1994 beibehalten wurden. Es wurde ihm auch nicht gesagt, ob jetzt irgendwelche Vorschriften oder Regelungen in Kraft sind, die die umgewandelten Gesellschaften zur Nutzung der modernen Ausrüstung verpflichten, die zumindest die Compagnia im Hafen von Genua offensichtlich nicht nutzen wollte. In dieser Hinsicht ist daran zu erinnern, daß die umgewandelten Gesellschaften verpflichtet sind, möglichst viele der Hafenarbeiter, die zuvor bei den Hafenbetrieben beschäftigt waren, weiterzubeschäftigen, und die zuvor bestehenden Beschäftigungspraktiken können auf diese Weise fortbestehen. Zur Fähigkeit der umgewandelten Gesellschaft im Hafen von La Spezia, die Nachfrage zu befriedigen, stehen dem Gerichtshof, abgesehen von bestimmten Hinweisen, die der Bevollmächtigte Italiens in der Sitzung zu kürzlich bei diesen Gesellschaften erfolgten Entlassungen gab, praktisch keine Informationen zur Verfügung [87]. Wenn sich das Angebot an Arbeitskräften als unzulänglich herausstellt, müßte das Ausmaß dieser Unzulänglichkeit meiner Ansicht nach mindestens so weit gehen wie in der Rechtssache Höfner und Elser, um die staatliche Verantwortlichkeit herbeizuführen. Gleiche Erwägungen gelten bei jedem naheliegenden Mangel an gehörig

87 — Die umgewandelte Gesellschaft kann noch genügend Arbeitskräfte beschäftigen, entweder aufgrund eines unbefristeten oder aufgrund eines befristeten Vertrages, um den Bedarf der Umschlagunternehmen und der zugelassenen Hafenunternehmen an Arbeitskräften prompt befriedigen zu können, sobald er entsteht, und zwar unter Ausschluß jeder Diskriminierung. Keine Information steht dem Gerichtshof jedoch hinsichtlich des Beschäftigungsplans für Zeitarbeitskräfte zur Verfügung, auf den sich in Artikel 23 des Gesetzes 1994 bezogen wird; vgl. Fußnote 25 und oben, Nr. 38.

ausgebildetem Personal oder an geeigneter Ausrüstung. Kurz gesagt, das vorlegende Gericht müßte von einem unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen einer mißbräuchlichen Ausnutzung im Sinne des Artikels 86 EG-Vertrag, dessen Vorliegen es letztlich feststellt, und den Rechten ausgehen, die der umgewandelten Gesellschaft durch das Gesetz 1994 eingeräumt worden sind.

72. Ich bin auf jeden Fall überzeugt, daß der im Hinblick auf die Anwendung von Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag störendste Aspekt eines Vorschriftensystems, wie es mit dem Gesetz 1994 eingeführt worden ist, die Doppelrolle sein muß, die den umgewandelten Gesellschaften zugewiesen worden ist. Es erscheint mir unvermeidbar, daß eine Gesellschaft, der nicht nur ein ausschließliches Recht auf Überlassung von Zeitarbeitskräften gewährt wird, sondern der es auch — offenbar ohne die Notwendigkeit, die normalen Voraussetzungen der Artikel 16 und 18 des Gesetzes 1994 zu erfüllen — erlaubt ist, mit Umschlagunternehmen und zugelassenen Hafenunternehmen auf dem Markt der Erbringung von Hafendienstleistungen in Wettbewerb zu treten, gezwungen sein wird oder sich sehr darin bestärkt fühlen wird, ihre beherrschende Stellung zu mißbrauchen. Die Stellung der umgewandelten Gesellschaften ist besonders privilegiert, wenn man sich daran erinnert, daß die marktbeherrschenden Befugnisse allein unter den Umständen verstärkt werden, unter denen ihre Dienstleistungen vom Umschlagunternehmen benötigt werden. Dieses hat seine eigenen Beschäftigten und wird außer in Fällen starker Nachfrage normalerweise in der Lage sein, die Hafenbenutzer ohne Rückgriff auf die umgewandelte Gesellschaft zu bedienen. Wird der Höhepunkt der Nachfrage im Hafen erreicht, ist es wesentlich, einen Zugang zum Angebot von Zeitarbeitskräften zu haben, wenn das Umschlagunternehmen alle seine Kunden mit Dienstleistungen versorgen soll, da es nicht erlaubt ist, auf unbeschäftigte Arbeitskräfte bei den zugelassenen Hafenunternehmen zurückzugreifen. Zugleich kann der marktbeherrschende Anbieter von Zeitarbeitskräften Dienstleistungen unmittelbar und in Konkurrenz mit dem Umschlagunternehmen anbieten. Der Fehler des Systems liegt darin, daß ein Teil des Marktes kontrolliert wird, während der andere davon frei ist. Betrachtet man die Angelegenheit nur vom Grundsätzlichen her, so kann die Gesellschaft daher dem Hafenbenutzer einen Preis nennen, der gleich hoch oder niedriger ist als der, den sie dem Umschlagunternehmen nennt [88]. Dieses wird gezwungen sein, die Dienstleistungen zum Selbstkostenpreis oder noch darunter zu berechnen, um konkurrieren zu können. Wenn die umgewandelte Gesellschaft mit dem Endnutzer einen Preis aushandeln könnte, der höher ist als derjenige, der dem Umschlagunternehmen berechnet wurde, könnte sie die Dienstleistungen verweigern (vermutlich dürfte sie dies tun) und trotzdem das Geschäft auf Kosten des Umschlagunternehmens durchzuführen, das sich nicht anderswo Zeitarbeitskräfte beschaffen kann.

73. Meiner Ansicht nach ist die privilegierte Stellung, die der umgewandelten Gesellschaft durch das Gesetz 1994 eingeräumt worden ist, derjenigen ähnlich, die dem griechischen Radio- und Fernsehmonopolunternehmen in der Rechtssache ERT eingeräumt worden ist. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof

88 — Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß dem Gerichtshof keine Information hinsichtlich der gegenwärtigen, von der umgewandelten Gesellschaft im Hafen von La Spezia berechneten Preise oder der Art ihrer Berechnung vorliegt. So ist dem Gerichtshof z. B. nicht mitgeteilt worden (worauf oben in Nr. 71 hingewiesen wurde), ob Artikel 112 und Artikel 203 der Verordnung noch angewandt werden oder in geänderter Fassung Anwendung finden; vgl. oben, Nr. 4 und Fußnote 8.

entschieden, daß „Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag dem entgegensteht, daß ein Mitgliedstaat einem Unternehmen, das ein ausschließliches Recht zur Ausstrahlung von Sendungen besitzt, ein ausschließliches Recht zur Übertragung von Fernsehsendungen einräumt, wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der das Unternehmen durch eine seine eigenen Programme bevorzugende diskriminierende Sendepolitik gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstößt“ [89].

74. Aufgrund der dem Gerichtshof zur Verfügung stehenden Informationen bin ich überzeugt, daß nationale Vorschriften wie das Gesetz 1994, die einem Unternehmen das ausschließliche Recht einräumen, unter Bedingungen, die von diesem Unternehmen frei zu bestimmen sind, Zeitarbeitskräfte an andere Unternehmen zu überlassen, die befugt sind, Hafendienstleistungen für Hafenbenutzer in einem Hafen des Umfangs und der Bedeutung für den Handel wie La Spezia zu erbringen, das berechtigte Unternehmen unmittelbar zwingen oder sehr darin bestärken können, gegen Artikel 86 EG-Vertrag zu verstoßen. Der Zwang oder die Bestärkung wird entstehen, wenn dem berechtigten Unternehmen auch erlaubt ist, de jure oder de facto abweichend von den allgemeinen nationalen Bestimmungen, die die Erteilung von Genehmigungen für die Erbringung von Hafendienstleistungen zugunsten der Hafenbenutzer regeln, die Dienstleistungen selbst in Konkurrenz mit denjenigen anderen Unternehmen zu erbringen, die ordnungsgemäß nach Maßgabe der genannten nationalen Bestimmungen zugelassen worden sind, die sich aber fremde Zeitarbeitskräfte nur vom berechtigten Unternehmen beschaffen können.

89 — A. a. O., Randnr. 37. Ähnlich hat der Gerichtshof in der Rechtssache Frankreich/Kommission, zitiert in Fußnote 73, in seinem Urteil festgestellt, daß es auf darauf hinausläuft, einem Unternehmen „einen eindeutigen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern“ zu verschaffen, wenn ihm die Aufgabe übertragen wird, die Zulassungsgenehmigung für Geräte zu erteilen, die von ihm selbst und von seinen Wettbewerbern genutzt werden.

C — *Die zweite Frage*

75. Aus den insbesondere in den Nummern 67 bis 74 genannten Gründen bin ich der Ansicht, daß ein System der ausschließlichen Vermittlung von Zeitarbeitskräften, wie es mit dem Gesetz 1994 in italienischen Häfen eingeführt wurde, mit Artikel 90 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag unvereinbar ist. Diese Ansicht würde, wenn ihr der Gerichtshof folgt, meines Erachtens als solche nicht die grundsätzliche Vereinbarkeit einer Ausnahme von einem allgemeinen nationalen Gesetzesverbot, wie z. B. das Verbot der privaten Arbeitsvermittlung aufgrund des Gesetzes 1960 in Italien, in Frage stellen. Statt dessen würde sie, so meine ich, entweder die italienischen Behörden oder die umgewandelten Gesellschaften daran hindern, sich unter den Bedingungen der vorliegenden Rechtssache auf die Ausschließlichkeit der vom Gesetz 1994 eingeräumten Ausnahme zu berufen, insbesondere gegenüber einem Umschlagunternehmen, das Hafendienstleistungen unter denselben Wettbewerbsbedingungen wie die umgewandelte Gesellschaft erbringen möchte, selbstverständlich unter dem Vorbehalt des den zuständigen Behörden zustehenden Rechts, zu prüfen, ob die unter die Ausnahme fallenden Unternehmen den einschlägigen Bestimmungen der italienischen Hafenschutzvorschriften entsprechen. Ich glaube daher nicht, daß es in der vorliegenden Rechtssache erforderlich ist, sich mit den Problemen zu befassen, die mit der zweiten Frage aufgeworfen worden sind.

VII — Ergebnis

76. Angesichts der vorstehenden Ausführungen schlage ich vor, die von der Pretura circondariale La Spezia vorgelegten Fragen folgendermaßen zu beantworten:

1. Die erste Frage sollte wie folgt beantwortet werden:

Artikel 59 EG-Vertrag steht nationalen Vorschriften entgegen, die einem Unternehmen, das eine Genehmigung für einen Hafenterminal hat, verbieten, auf Arbeitsleistungen anderer, für die Durchführung von Hafenarbeiten konzessionierter Unternehmen mit Ausnahme der umgewandelten Form einer Hafenbetriebsgesellschaft, wie sie Gegenstand der Rechtssache C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova, war, zurückzugreifen, es sei denn, daß Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Gewährung dieser ausschließlichen Rechte an die betreffenden umgewandelten Gesellschaften zum Schutz der Hafenarbeiter in italienischen Häfen festgestellt werden können.

Auf jeden Fall behandeln nationale Regelungen, die einerseits die Überlassung von Zeitarbeitskräften im Hafen denjenigen umgewandelten Gesellschaften vorbehalten, die sämtlich früher als Hafenbetriebsgesellschaft in dem betreffenden Mitgliedstaat niedergelassen waren und nur Hafenarbeiter mit der Staatsangehörigkeit dieses Staates beschäftigten, und andererseits jetzt diese Gesellschaften zur vorzugsweisen Weiterbeschäftigung dieser Hafenarbeiter verpflichten, die nichtitalienischen Hafenarbeiter, die eine Beschäftigung in italienischen Häfen suchen, aus Gründen der Staatsangehörigkeit ungleich und sind demgemäß mit Artikel 48 EG-Vertrag unvereinbar, sofern sie nicht aus nichtwirtschaftlichen Gründen im Sinne von Artikel 48 Absatz 3 gerechtfertigt werden können.

2. Wenn der Gerichtshof diesem Vorschlag zur ersten Frage nicht folgen sollte, schlage ich nicht vor, daß er die zweite Frage gesondert beantwortet, sondern, daß er die dritte Frage wie folgt beantwortet:

Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag in Verbindung mit Artikel 86 EG-Vertrag steht nationalen Regelungen entgegen, die einem Unternehmen, das über die Genehmigung zur Ausführung von Hafenarbeiten für Rechnung der Hafenbenutzer verfügt, ein ausschließliches Recht gewährt, unter Bedingungen, die es selbst bestimmt, Zeitarbeitskräfte anderen Unternehmen zu überlassen, die befugt sind, ähnliche Hafendienstleistungen zugunsten der Benutzer in einem Hafen des Umfangs und der Bedeutung für den innergemeinschaftlichen Handel wie der Hafen von La Spezia in Italien zu erbringen.