SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS NIAL FENNELLY

vom 22. Januar 1998 *

I — Einführung

1. In dieser Rechtssache wird der Gerichtshof erneut gebeten, die Vereinbarkeit der für Häfen geltenden italienischen Rechtsvorschriften mit den Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr sowie den Wettbewerb zu untersuchen. Die Vorlage betrifft Gesellschaften mit Exklusivrechten für die Leistung des Festmachens in zwei der wichtigsten Mittelmeerhäfen Italiens, in denen Seeschiffahrtsunternehmen verpflichtet sind, diese Leistungen in Anspruch zu nehmen. Insbesondere wird behauptet, die erhobenen Gebühren seien mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar.

II — Rechtlicher Rahmen und Sachverhalt

A — *Sachverhalt und Verfahren vor dem nationalen Gericht*

2. Die Corsica Ferries France SA (nachfolgend: Corsica Ferries oder Antragstellerin) ist ein französisches Seeschiffahrtsunternehmen, das seit dem 1. Januar 1994 im Linienverkehr Passagiere und Waren zwischen verschiedenen korsischen Häfen und u. a. den italienischen Häfen La Spezia und Genua befördert. Zu diesem Zweck hat sie vier Autofähren [1] eingesetzt, die sie auf Zeit von einem auf Jersey niedergelassenen Unternehmen gechartert hat und die unter panamaischer Flagge fahren [2].

3. In der Zeit vom 1. Januar 1994 bis zum 29. Februar 1996 (nachfolgend: maßgeblicher Zeitraum) mußte Corsica Ferries aufgrund seerechtlicher Bestimmungen an den Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl und den Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl [3] Beträge in Höhe von 669 838 425 LIT und 188 472 802 LIT für die Leistung des Festmachens zahlen, die ihr von diesen Gruppen beim Anlegen ihrer Fährschiffe in den Häfen von Genua und La Spezia erbracht worden war. Da die Verbindlichkeit der Inanspruchnahme der Leistungen des Festmachens nach

* Originalsprache: Englisch.

1 — Es handelt sich demnach um moderne Fähren, die so gebaut sind, daß die Fahrzeuge unmittelbar zu Beginn der Überfahrt auffahren und am Ende der Überfahrt abfahren können.

2 — Sowohl das Charterunternehmen, die Tourship Ltd, als auch Corsica Ferries werden von der Tourship SA, einer in Luxemburg niedergelassenen Gesellschaft, beherrscht.

3 — Diese Gruppen werden nachfolgend der Einfachheit halber als „Gruppen der Festmacher" oder „Festmachergruppen" bezeichnet. Soweit es erforderlich sein wird, diese einzeln zu nennen, werden sie entweder als „Festmachergruppe von Genua" oder „Festmachergruppe von La Spezia" bezeichnet.

Auffassung der Antragstellerin mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist, zahlte sie unter dem Vorbehalt, daß sie die Gebühr für rechtswidrig halte und sie später rückfordern könnte.

4. Am 2. Juli 1996 beantragte Corsica Ferries beim Tribunale Genua (nachfolgend: nationales Gericht) gemäß Artikel 633 ff. des Codice di procedura civile (nachfolgend: Zivilprozeßordnung) den Erlaß eines Mahnbescheids, durch den die Gruppen der Festmacher zur Rückzahlung der vorgenannten Beträge und das Ministero dei Trasporti e della Navigazione (Ministerium für Verkehr und Schiffahrt) als Gesamtschuldner zur Rückzahlung aller entrichteten Gebühren, jeweils zuzüglich Zinsen, aufgefordert werden sollten. Die Antragstellerin machte geltend, die Zahlungen seien ohne rechtlichen Grund erfolgt, da sie die erbrachten Leistungen nicht verlangt habe; die auferlegten Entgelte verletzten außerdem die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze über den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr. Sie machte weiter geltend, obwohl zwingende nationale Rechtsvorschriften fehlten, seien die Tarife tatsächlich verbindlich. Außerdem vertrat sie die Auffassung, die Hafenbehörden erleichterten durch die Genehmigung von Tarifen, die von den Gruppen der Festmacher selbst vereinbart worden seien, diesen den Mißbrauch ihrer ausschließlichen Rechte in den fraglichen Häfen und seien deshalb verantwortlich für die Verletzung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag.

5. Nach Auffassung des nationalen Gerichts sind folgende Rechtsfragen als geklärt anzusehen:

a) Gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 4055/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf die Seeschiffahrt zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern [4] ist entsprechend der vom Gerichtshof in der Rechtssache Corsica Ferries [5] vertretenen Auffassung die Registrierung oder die Flagge der von den Verkehrsunternehmen betriebenen Schiffe ohne Bedeutung.

b) Nach Gemeinschaftsrecht müssen Abgaben mit Gebührencharakter, auch wenn sie als Gegenleistung für gesetzlich vorgeschriebene Leistungen erhoben werden, gemessen an den Kosten der tatsächlich erbrachten Leistung verhältnismäßig sein [6].

c) Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, nach denen Unternehmen verpflichtet sind, Leistungen eines örtlichen Unternehmens, das über eine ausschließliche Konzession verfügt, in Anspruch zu nehmen, stellen eine Behinderung der Einfuhren dar [7].

4 — ABl. L 378, S. 1.

5 — Urteil vom 17. Mai 1994 in der Rechtssache C-18/93 (Corsica Ferries, Slg. 1994, I-1783, Randnr. 29).

6 — Hierfür wird Bezug genommen auf das Urteil des Gerichtshofes vom 20. April 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-71/91 und C-178/91 (Ponente Carni und Cispadana Costruzioni, Slg. 1993, I-1915).

7 — Zur Unterstützung dieser These wird das Urteil des Gerichtshofes vom 15. Dezember 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-277/91, C-318/91 und C-319/91 (Ligur Carni u. a., Slg. 1993, I-6621; nachfolgend: Urteil Ligur Carni) zitiert.

d) Ein Mitgliedstaat verstößt gegen die in den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln enthaltenen Verbote, wenn ein Unternehmen durch die bloße Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen Rechte seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt oder wenn durch diese Rechte eine Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen einen solchen Mißbrauch begeht [8].

e) Nach Gemeinschaftsrecht sind die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet, die dem einzelnen durch diesen Staaten zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind [9].

6. Das nationale Gericht hat außerdem die Ansicht vertreten, daß erstens ein in einem Mitgliedstaat niedergelassenes Seeschiffahrtsunternehmen, das einen regelmäßigen Linienverkehr mit einem anderen Mitgliedstaat betreibt, Leistungen anbiete, „die als solche grenzüberschreitend sind", daß zweitens die Gruppen der Festmacher Unternehmen im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag seien, da ihnen die öffentliche Verwaltung das ausschließliche Recht eingeräumt habe, die obligatorische Dienstleistung des Festmachens in den Häfen von Genua und La Spezia zu erbringen, und daß schließlich diese Häfen „wesentliche Teile des Gemeinsamen Marktes darstellen".

B — *Die Entscheidung des nationalen Gerichts*

i) Der nationale rechtliche Rahmen

7. Nach Auffassung des nationalen Gerichts besteht die Tätigkeit des Festmachens (*l'attività di ormeggio*) darin, „daß das Schiff bei der Ankunft im Hafen mit speziellen Tauen und Enden an den Anlegeplätzen befestigt wird" [10]. Das Gericht weist darauf hin, daß der italienische Codice della navigazione (Seerechtsgesetzbuch) [11] keine Bestimmungen über diese Tätigkeit enthalte, außer daß Artikel 116 Absatz 4 „die Festmacher in die Gruppe der Hafendienstleistungen verrichtenden Personen einreiht". Doch seien Rechtsvorschriften über die Dienstleistung des Festmachens in den Artikeln 208 bis 214 der Durchführungsverordnung zum Codice della navigazione (nachfolgend: nationale

8 — Hierfür wird Bezug genommen auf das Urteil des Gerichtshofes vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova, Slg. 1991, I-5889; nachfolgend: Urteil Porto di Genova).

9 — Das nationale Gericht verweist auf die Urteile vom 19. November 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Slg. 1991, I-5337) und vom 5. März 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du Pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029).

10 — In den gegenüber dem Gerichtshof abgegebenen Erklärungen, insbesondere in denen der Gruppen der Festmacher, wird vehement bestritten, daß diese Beschreibung ausreichend ist (vgl. insbesondere unten, Nr. 38).

11 — Regio decreto Nr. 337 vom 30. März 1942.

Verordnung) enthalten. Das nationale Gericht führt aus:

„Diese Regelung, die die Rechtsnatur eines Verwaltungsakts hat, gibt an, welche fachlich-beruflichen Voraussetzungen die Festmacher für die Eintragung in die entsprechenden Register erfüllen müssen, welche Befugnisse der Hafendirektor hinsichtlich der Regelung dieser Dienstleistung hat und auf welche Art und Weise diese auszuführen ist."

Das nationale Gericht ist der Auffassung, keine Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung sehe vor, daß die Dienstleistung des Festmachens obligatorisch sei, und stellt sodann fest, daß „der Direktor des Seeamtsbezirks gemäß Artikel 212 der Durchführungsverordnung die Tarife festlegt" [12].

8. Die Dienstleistung des Festmachens wird in den beiden Häfen von Genua und La Spezia jeweils ausschließlich von einem Unternehmen erbracht. Das nationale Gericht erläutert, daß die Festmachergruppen von Genua durch das Dekret Nr. 759 des Präsidenten des Consorzio autonomo del porto di Genova (unabhängiger Hafenverband Genua; nachfolgend: CAP) vom 1. Juni 1953 errichtet worden sei, mit dem auch die spezifische Regelung für die Dienstleistung des Fest- und Losmachens der Schiffe genehmigt worden sei. Obwohl Artikel 13 Absatz 1 des Erlasses Nr. 2 des Präsidenten des CAP vom 1. März 1972 bestimme, daß „die Inanspruchnahme der Leistungen der Festmacher für die Fest- und Losmachmanöver der Schiffe *freigestellt ist*", sehe Artikel 13 Absatz 2 vor: „Sofern das Schiff keine Leistungen von Festmachern anfordert, ist das Festmachen *ausschließlich von der Schiffsbesatzung* auszuführen." [13] Daher sei, so das nationale Gericht, die Inanspruchnahme der Dienste der Festmachergruppe von Genua de facto obligatorisch. Demgegenüber führt das Gericht in bezug auf den Hafen von La Spezia aus, daß nach Artikel 2 des Dekrets Nr. 20 des Direktors des Seeamtsbezirks von La Spezia vom 16. Juli 1968 die Inanspruchnahme der Leistungen der Festmachergruppe von La Spezia für Schiffe von mehr als 500 BRT obligatorisch sei [14].

9. Zur Rolle des „Direktors des Seeamtsbezirks" bei der Tariffestsetzung gemäß Artikel 212 der nationalen Verordnung (siehe oben, Nr. 7) bemerkt das nationale Gericht, obwohl „das Gesetz ... nicht regele, welche Kriterien die Verwaltungsbehörde bei der Festsetzung des Tarifs zugrunde zu legen habe", werde dieser in manchen Fällen „auf der Grundlage von zwischen Unternehmen des Sektors vereinbarten und anschließend durch Akt der öffentlichen Verwaltung für

12 — Wie wir sehen werden, enthalten die gegenüber dem Gerichtshof abgegebenen Erklärungen widersprechende Aussagen darüber, wer tatsächlich für die Festsetzung der Tarife verantwortlich ist; vgl. unten, Nrn. 49 und 50.

13 — So einschließlich der Hervorhebungen zitiert im Vorlagebeschluß.

14 — Die Ausschließlichkeit der Festmachergruppe von La Spezia wird durch Artikel 25 des Dekrets Nr. 20 gewährleistet, nach dem unter Bezugnahme auf Artikel 1174 des Seerechtsgesetzbuchs die Durchführung des Festmachens bestraft wird, wenn „Personen, die nicht bei der Gruppe beschäftigt sind", herangezogen werden.

anwendbar erklärten Vereinbarungen festgesetzt" [15].

ii) Die vorgelegten Fragen

10. Aufgrund der Natur der den Festmachergruppen gewährten ausschließlichen Rechte, der Verbindlichkeit der Inanspruchnahme der von ihnen angebotenen Dienstleistungen sowie der Art und Weise der Festsetzung und Erhöhung der Tarife hat das nationale Gericht die vorläufige Auffassung vertreten, daß die umstrittenen Bestimmungen und Vorgehensweisen „den innergemeinschaftlichen Handel mit Waren und Dienstleistungen behindern und die über diese Rechte verfügenden Unternehmen veranlassen könnten, ihre beherrschende Stellung mißbräuchlich auszunutzen und dadurch den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, da die Kosten an Unternehmen, die Transporte zwischen den Mitgliedstaaten durchführten, weitergegeben würden". Dementsprechend hat es beschlossen, dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag folgende Fragen vorzulegen:

1. Ist Artikel 30 des Vertrages dahin auszulegen, daß er einem durch Rechtsvorschriften oder Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats eingeführten Verbot entgegensteht, durch das es in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Seeschiffahrtsunternehmen untersagt wird, ihre Schiffe bei der Ankunft in Häfen des erstgenannten Mitgliedstaats fest- und/oder bei der Abfahrt von dort loszumachen, sofern sie nicht die von einem örtlichen Unternehmen im Rahmen einer ausschließlichen Konzession für das Fest- und Losmachen erbrachten Leistungen in Anspruch nehmen und diesem Unternehmen ein gemessen an den tatsächlichen Kosten der erbrachten Leistungen unverhältnismäßig hohes Entgelt zahlen?

2. Verbietet es die Verordnung (EWG) Nr. 4055/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 in Verbindung mit Artikel 59 des Vertrages, daß ein Mitgliedstaat die Inanspruchnahme der Dienstleistung des Fest- und Losmachens verbindlich vorschreibt, wobei auf in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Seeschiffahrtsunternehmen bei der Ankunft ihrer Schiffe im erstgenannten Mitgliedstaat und der Abfahrt von dort nicht durch Gesetz geregelte, sondern völlig im Ermessen der Verwaltung stehende Tarife angewendet werden?

3. Steht Artikel 3 in Verbindung mit den Artikeln 5, 90 Absatz 1, 85 und 86 des Vertrages den Rechtsvorschriften und/oder der Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats entgegen, die für ein in diesem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen ein ausschließliches Recht zur Erbringung der Dienstleistung des Fest- und Losmachens begründen, das es ermöglicht, die Inanspruchnahme dieser Leistung vorzuschreiben, ein gemessen an den tatsächlichen Kosten der Leistungen unverhältnismäßig hohes Entgelt zu verlangen, abgestimmte und/oder im Ermessen der Verwaltung stehende Tarife anzuwenden und für die einzelnen Häfen unterschiedliche Tarifregelungen für gleiche Leistungen festzulegen?

15 — Das Gericht zitiert als Beispiel das Dekret Nr. 1074 des Präsidenten des CAP vom 12. August 1991.

III — Erklärungen

11. Corsica Ferries, die Gruppen der Festmacher, die Italienische Republik und die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht und mündliche Ausführungen gemacht.

IV — Die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens

12. Die Gruppen der Festmacher und Italien haben in ihren schriftlichen Erklärungen Bedenken gegen die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens im vorliegenden Fall geäußert. Im wesentlichen haben sie geltend gemacht, die näheren Angaben zum Sachverhalt, insbesondere hinsichtlich der von den Festmachern erbrachten Leistungen und der Bestimmungen des nationalen Rechts, reichten nicht aus, um dem Gerichtshof eine zweckmäßige Antwort zu ermöglichen. Italien hebt unter Bezugnahme auf den Beschluß des Gerichtshofes in der Rechtssache Banchero [16] die besondere Bedeutung einer ausführlichen Darlegung des rechtlichen und tatsächlichen Rahmens hervor, wenn die vorgelegten Fragen komplexe Probleme, wie im vorliegenden Fall die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft, beträfen. Die Gruppen der Festmacher tragen außerdem vor, die Anwendung des Mahnverfahrens oder summarischen Verfahrens nach Artikel 633 der Zivilprozeßordnung durch Corsica Ferries im Ausgangsrechtsstreit habe dazu geführt, daß das nationale Gericht dem Gerichtshof ein einseitiges und künstliches Bild von der Rechts- und Sachlage geboten habe. Nicht einmal die Anforderungen des nationalen Rechts, nach denen insbesondere eine Forderung bestimmt sein müsse, seien im vorliegenden Fall erfüllt, da unabhängig davon, welcher Ansicht man sich in bezug auf die erhobenen Gebühren anschließe, jedenfalls gewisse Leistungen gegenüber Corsica Ferries erbracht worden seien. Folglich würde selbst eine für Corsica Ferries günstige Antwort des Gerichtshofes das nationale Gericht nicht ohne weiteres in die Lage versetzen, die Rückzahlung der entrichteten Gebühren anzuordnen. Die Gruppen der Festmacher sind deshalb der Meinung, der Nutzen des Vorabentscheidungsersuchens für das Verfahren vor dem nationalen Gericht sei fraglich; dies gelte insbesondere im Hinblick auf das Ministero dei Trasporti e della Navigazione, gegen das nach ihrer Auffassung auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Haftung der Mitgliedstaaten selbst dann nicht einfach ein Beschluß auf Rückzahlung der *gesamten* von Corsica Ferries entrichteten Gebühren ergehen könne, wenn das auf das Gemeinschaftsrecht gestützte materielle Vorbringen von Corsica Ferries zutreffend wäre [17].

13. Die Kommission hält das Vorabentscheidungsersuchen hingegen für zulässig. Nach ihrer Auffassung hat der Gerichtshof bereits in Randnummer 12 seines Urteils Corsica Ferries die Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens im Rahmen eines summarischen Verfahrens wie des nach Artikel 633 der Zivilprozeßordnung vorgesehenen grundsätzlich bejaht. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission geltend

16 — Beschluß vom 19. März 1993 in der Rechtssache C-157/92 (Banchero, Slg. 1993, I-1085).

17 — Vgl. Fußnote 9.

gemacht, daß jedenfalls die dem Gerichtshof unterbreiteten Erklärungen diesen mit ausreichenden Informationen versorgt hätten, um die vorgelegten Fragen in zweckmäßiger Weise beantworten zu können. Corsica Ferries hat ihrerseits in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten, die im Vorlagebeschluß enthaltene Darstellung umschreibe den rechtlichen und tatsächlichen Rahmen des Rechtsstreits in ausreichender Weise.

14. Ich pflichte der Kommission unter den gegebenen Umständen des vorliegenden Falles darin bei, daß sich insbesondere aus dem vom Gerichtshof in Randnummer 12 seines Urteils in der Rechtssache Corsica Ferries dargelegten Grundsatz ergibt, daß ein Vorabentscheidungsersuchen im Rahmen eines summarischen Verfahrens wie des nach Artikel 633 der Zivilprozeßordnung vorgesehenen zulässig ist. Ich schließe mich ferner der von Generalanwalt Van Gerven in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Corsica Ferries zum Ausdruck gebrachten Auffassung an, wonach „die dem Vorabentscheidungsverfahren ... zugrunde liegende Konzeption" [18] nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs besagt, daß dieses Verfahren „ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten ist, mit Hilfe dessen ersterer letzteren die Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts an die Hand gibt, die sie für die Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten benötigen" [19].

15. Bereits 1971 entschied der Gerichtshof in der Rechtssache Politi/Italien [20] und bestätigte es drei Jahre später im Urteil Birra Dreher [21], daß Vorabentscheidungsersuchen auch in Mahnverfahren vorgelegt werden können. Diese Entscheidungen waren zu einer Zeit ergangen, als der Gerichtshof dazu überging, eine liberalere und flexiblere Haltung zu Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 177 EG-Vertrag einzunehmen. Die Befugnis, Vorabentscheidungsersuchen im Stadium des Mahnverfahrens vorzulegen, wirft dennoch ein grundsätzliches Problem auf, auch wenn der Gerichtshof nie zum Ausdruck gebracht hat, daß sein Standpunkt geändert werden sollte. Seit dem Urteil Simmenthal hat der Gerichtshof eingeräumt, es könne „im Interesse einer geordneten Rechtspflege liegen, daß die Vorlagefrage erst im Anschluß an eine streitige Verhandlung vorgelegt wird" [22]. Allerdings hat er immer gemeint: „Ob dies erforderlich ist, hat ... allein das einzelstaatliche Gericht zu beurteilen." [23] Der Gerichtshof hat andererseits in Randnummer 12 seines Urteils in der Rechtssache Corsica Ferries, das auf ein Vorabentscheidungsersuchen des Tribunale Genua im Rahmen eines von Corsica Ferries nach Artikel 633 der Zivilprozeßordnung eingeleiteten Verfahrens hin erging, erneut bestätigt, daß nach Artikel 177

„... die Anrufung des Gerichtshofes ... nicht davon abhängt, ob das Verfahren, in dem das nationale Gericht die Vorlagefragen abfaßt, streitigen Charakter aufweist, wenngleich ein streitiges Verfahren im Interesse einer geordneten Rechtspflege liegen kann".

18 — Vgl. Nr. 9 seiner Schlußanträge.

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

20 — Urteil vom 14. Dezember 1971 in der Rechtssache 43/71 (Slg. 1971, 1039, Randnrn. 3 und 4).

21 — Urteil vom 21. Februar 1974 in der Rechtssache 162/73 (Slg. 1974, 201, Randnrn. 2 und 3).

22 — Urteil vom 28. Juni 1978 in der Rechtssache 70/77 (Slg. 1978, 1453, Randnr. 10). Vgl. auch Urteil Ligur Carni (zitiert in Fußnote 7, Randnrn. 15 und 16) und Nrn. 12 bis 14 der Schlußanträge von Generalanwalt Darmon in dieser Rechtssache.

23 — Vgl. Urteile Simmenthal und Ligur Carni (a. a. O., Randnrn. 11 und 16).

Diese Bestätigung läßt keinen Raum für Zweifel an der grundsätzlichen Befugnis, bereits im summarischen Stadium eines nationalen Verfahrens Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

16. Daraus folgt allerdings nicht automatisch, daß ein im Rahmen eines summarischen Verfahrens vorgelegtes Vorabentscheidungsersuchen immer zulässig ist. Der Gerichtshof hat angesichts spezifischer Probleme, die in bestimmten Rechtssachen aufgetreten waren, verschiedene Fallgestaltungen ausgemacht, in denen er seine Zuständigkeit verneint. Für den vorliegenden Fall bedeutsamer ist, daß er in den letzten Jahren, um aus den Schlußanträgen von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Leur Bloem zu zitieren, „dem Erfordernis mehr Bedeutung zumaß, den tatsächlichen Rahmen einer Rechtssache bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, und ... dementsprechend von den vorlegenden Gerichten mit größerer Strenge verlangte, den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen ihrer Vorabentscheidungsersuchen klar darzulegen“ [24].

17. Nach meiner Auffassung sollte das nationale Gericht, wenn es im Rahmen eines summarischen Verfahrens eine Vorlage in Erwägung zieht, bedenken, daß der tatsächliche und rechtliche Rahmen häufig erst nach Anhörung der anderen Seite eindeutig bestimmt werden kann. Außerdem wird der Antragsgegner bei Vorabentscheidungsersuchen im Rahmen von summarischen Verfahren die erste Gelegenheit, seine Auffassung darzulegen, hier vor dem Gerichtshof haben; dadurch entsteht die ernsthafte Gefahr, daß er sowohl den Sachverhalt als auch das nationale Recht betreffende Fragen aufwirft, die sich im Laufe des nationalen Verfahrens noch nicht gestellt hatten, und dadurch dem Gerichtshof große Schwierigkeiten bereitet. Der Gerichtshof hat im Jahre 1979 im Urteil Union Laitière Normande hervorgehoben, daß „die Notwendigkeit, zu einer zweckdienlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gelangen, es erforderlich macht, den rechtlichen Rahmen zu umreißen, in den sich die erbetene Auslegung einfügen soll“ [25]. Der Gerichtshof hat diese Äußerung zwei Jahre später wiederaufgegriffen, als er vom High Court of Ireland in der Rechtssache Irish Creamery Milk Suppliers Association ausdrücklich gebeten wurde, zu entscheiden, ob die Ausübung des Ermessens, Auslegungsfragen zur Vorabentscheidung vorzulegen, bevor der Sachverhalt untersucht wurde, rechtmäßig sei [26]. Unter Hinweis auf seine Feststellungen im Urteil Union Laitière Normande hat er ausgeführt [27]:

„Unter diesem Gesichtspunkt kann es je nach der Gestaltung des Falles von Vorteil sein, wenn zum Zeitpunkt der Vorlage an den Gerichtshof der Sachverhalt und die ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilenden Fragen geklärt sind, so daß der Gerichtshof sich über alle Tatsachen- und Rechtsfragen unterrichten kann, auf die es bei der von ihm vorzunehmenden Auslegung des Gemeinschaftsrechts möglicherweise ankommt.“

24 — Vgl. seine verbundenen Schlußanträge vom 17. September 1996 in den Rechtssachen C-28/95, Leur Bloem, und C-130/95, Giloy; der Gerichtshof hat am 17. Juli 1997 zwei getrennte Urteile erlassen (Slg. 1997, I-4161 und I-4291).

25 — Urteil vom 12. Juli 1979 in der Rechtssache 244/78 (Union Laitière Normande, Slg. 1979, 2663, Randnr. 5).

26 — Urteil vom 10. März 1981 in den verbundenen Rechtssachen 36/80 und 71/80 (Slg. 1981, 735, vgl. Randnrn. 6 und 7).

27 — Ebenda, Randnr. 6.

18. Allerdings hat er unmittelbar danach festgestellt:

„Durch diese Erwägungen wird jedoch keinesfalls das Ermessen des nationalen Gerichts eingeschränkt, das allein über eine unmittelbare Kenntnis des Sachverhalts und der von den Parteien vorgetragenen Argumente verfügt und die Verantwortung für die zu fällende Entscheidung zu tragen hat und das daher die besseren Voraussetzungen für die Beurteilung der Frage besitzt, in welchem Verfahrensstadium es einer Vorabentscheidung des Gerichtshofes bedarf."

19. Allgemein wird davon ausgegangen, daß Ausgangspunkt für den strengeren, von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache Bosman [28] herangezogenen Standpunkt des Gerichtshofes, eine vollständige Darstellung des tatsächlichen und rechtlichen Rahmen zu verlangen, die Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache Telemarsicabruzzo [29] ist. In dieser Rechtssache ist der Gerichtshof offenbar dem Vorschlag von Generalanwalt Gulmann in bezug auf eine „etwas restriktivere Haltung" [30] gefolgt. So hat er sich nicht darauf beschränkt, lediglich zu wiederholen, daß eine genaue Darlegung des „tatsächlichen und rechtlichen Hintergrunds" erforderlich sei; er ging vielmehr einen Schritt weiter und meinte, daß die vorgelegte Frage nicht beantwortet werden müsse. In dem Zeitraum von ungefähr fünf Jahren seit dieser Entscheidung hat der Gerichtshof eine Reihe von Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte, nicht selten durch Beschluß, für unzulässig erklärt [31]. In seinem Beschluß in der Rechtssache Banchero, auf den Italien Bezug nimmt, hat der Gerichtshof seinen mittlerweile wohlbekannten Grundsatz wiederholt, daß „die Notwendigkeit, zu einer dem nationalen Gericht nützlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gelangen, es erforderlich macht, daß das Gericht den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen, in den sich die von ihm gestellten Fragen einfügen, festlegt oder zumindest die tatsächlichen Annahmen erläutert, auf denen diese Fragen beruhen" [32].

20. Zusammengefaßt bedeutet die grundsätzliche Zulässigkeit eines bestimmten Vorabentscheidungsersuchens nicht, daß der Gerichtshof immer in der Lage sein wird, die vorgelegten Fragen auch zu beantworten. Unter Berücksichtigung des dem Artikel 177 zugrunde liegenden Zweckes würde ich

28 — Urteil vom 15. Dezember 1995 in der Rechtssache C-415/93 (Bosman u. a., Slg. 1995, I-4921, Nr. 73 der Schlußanträge).

29 — Urteil vom 26. Januar 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-320/90, C-321/90 und C-322/90 (Slg. 1993, I-393). Allerdings bezeichnen Bernard und Sharpstone in ihrem kürzlich erschienenen größeren Aufsatz „The Changing Face of Article 177 References" (1997, 34 *Common Market Law Review*, S. 1113 bis 1171) den Beschluß vom 26. Februar 1990 in der Rechtssache C-286/88 (Falciolo, Slg. 1990, I-191) als eigentlichen Ursprung der neueren Entwicklungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofes hinsichtlich bestimmter Aspekte seiner früheren Ansicht über seine Zuständigkeit nach Artikel 177.

30 — Ebenda, Nr. 20 der Schlußanträge.

31 — Vgl. z. B. Beschlüsse vom 26. April 1993 in der Rechtssache C-386/92 (Monin Automobiles, Slg. 1993, I-2049), vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-378/93 (La Pyramide, Slg. 1994, I-3999), vom 23. März 1995 in der Rechtssache C-458/93 (Saddik, Slg. 1995, I-511), vom 2. Februar 1996 in der Rechtssache C-257/95 (Bresle, Slg. 1996, I-233), vom 21. Dezember 1995 in der Rechtssache C-307/95 (Max Mara, Slg. 1995, I-5083), vom 13. März 1996 in der Rechtssache C-326/95 (Banco de Fomento e Exterior, Slg. 1996, I-1385), vom 20. März 1996 in der Rechtssache C-2/96 (Sunino und Data, Slg. 1996, I-1543), vom 25. Juni 1996 in der Rechtssache C-101/96 (Italia Testa, Slg. 1996, I-3081), vom 19. Juli 1996 in der Rechtssache C-191/96 (Modesti, Slg. 1996, I-3937), vom 19. Juli 1996 in der Rechtssache C-196/96 (Lahlou, Slg. 1996, I-3945) und vom 30. Juni 1997 in der Rechtssache C-66/97 (Banco de Fomento e Exterior, Slg. 1997, I-3757).

32 — A. a. O., Randnr. 4.

allerdings immer hervorheben, daß außergewöhnliche Umstände vorliegen müssen, ehe der Gerichtshof die Beantwortung vorgelegter Fragen ablehnen sollte [33]. Der Gerichtshof formuliert die vorgelegten Fragen häufig neu, um seine Anworten auf die wirklich erheblichen Fragen zum Gemeinschaftsrecht auszurichten, und versucht, die vom nationalen Gericht gegebenen Informationen unter Bezugnahme auf die Erklärungen der Parteien und der Kommission (und gelegentlich anderer Gemeinschaftsorgane) oder auf die Schriftsätze der Mitgliedstaaten zu ergänzen [34].

21. Im Urteil Corsica Ferries war der Gerichtshof bereit, anzuerkennen, daß die „Sachverhaltsdarstellung" des Vorlagebeschlusses durch in den „vor ihm abgegebenen schriftlichen und mündlichen Erklärungen" enthaltene Angaben ergänzt werden könne [35]. Generalanwalt Van Gerven [36] hatte allerdings vorgeschlagen, nur die Fragen, die die behauptete Diskriminierung bei den im Hafen von Genua angewandten Tarifen betrafen, zuzulassen, da der nationalrechtliche Rahmen nur unzureichend dargestellt worden sei und ein Antrag nach Artikel 633 der Zivilprozeßordnung auf einen bestimmten Betrag bezogen sein müsse. Der Gerichtshof ist diesem Vorschlag im wesentlichen gefolgt [37]. Im vorliegenden Fall haben die umfangreichen schriftlichen Erklärungen, insbesondere die der Antragsgegner, den Gerichtshof mit umfassenden Angaben zur Dienstleistung des Festmachens und zum einschlägigen italienischen Recht versorgt. Man kann aber schwerlich die Möglichkeit ausschließen, daß die Entscheidung, Fragen bereits während des Mahnverfahrens vorzulegen, zu den Unsicherheiten hinsichtlich des Sachverhalts und der Rechtslage beigetragen hat, mit denen sich infolgedessen der Gerichtshof auseinandersetzen muß.

22. Insbesondere wenn die gegenüber dem Gerichtshof abgegebenen Erklärungen den Verdacht nahelegen, daß ein Vorabentscheidungsersuchen eine unvollständige oder sogar unrichtige Darstellung der einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts enthalten könnte, ist der Gerichtshof in einer sehr schwierigen Lage, da er grundsätzlich an die Darstellung des nationalen Gerichts gebunden ist [38]. Der Gerichtshof kann sich folglich, wenn diese Darstellung in relevanten Punkten Lücken aufweist, veranlaßt sehen, die vorgelegten Fragen auf einer quasi hypothetischen oder wissenschaftlichen Grundlage zu beantworten. Er hat es aber zu Recht stets abgelehnt, rein hypothetische Fragen zu beantworten [39].

23. Im vorliegenden Fall betreffen die ersten beiden vorgelegten Fragen in Wirklichkeit eindeutig die Vereinbarkeit der Tarife mit

33 — Vgl. zur Unterstützung dieser These die neuere Entscheidung vom 5. Juni 1997 in der Rechtssache C-105/94 (Celestini, Slg. 1997, I-2971, Randnr. 22). In meinen Schlußanträgen in dieser Rechtssache habe ich die Meinung vertreten, daß der Gerichtshof verpflichtet ist, „die Beantwortung vorgelegter Fragen nur unter solchen Umständen abzulehnen, unter denen ganz klar ist, daß vernünftigerweise keine wirklich zweckmäßige Anwort gegeben werden kann" (Nr. 29).

34 — Vgl. z. B. Urteil vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-334/95 (Krüger, Slg. 1997, I-4517, Randnr. 23).

35 — A. a. O., Randnr. 13.

36 — Vgl. Nr. 11 und Punkt 1 der förmlichen Anträge in Nr. 36 seiner Schlußanträge.

37 — Er pflichtete der Ansicht der Kommission zur begrenzten Reichweite des Antrags vor dem nationalen Gericht bei und entschied dementsprechend, es müßten lediglich die Fragen zur behaupteten tariflichen Diskriminierung beantwortet werden.

38 — Vgl. insoweit Urteil vom 20. März 1997 in der Rechtssache C-352/95 (Phyteron International, Slg. 1997, I-1729, Randnrn. 11 bis 14).

39 — Vgl. z. B. Urteil vom 16. Juni 1981 in der Rechtssache 126/80 (Salonia, Slg. 1981, 1563, Randnr. 6) und Urteil Bosman (zitiert in Fußnote 28, Randnr. 59).

den Artikeln 30 und 59 EG-Vertrag. Dies scheint sich aus der im Ausgangsverfahren erhobenen Forderung der Antragstellerin zu ergeben, alle von ihr an die Gruppen der Festmacher gezahlten Gebühren zurückzuerhalten. Die Antragsgegner machen, was mir nicht unvernünftig erscheint, geltend, sie hätten auf jeden Fall in gewissem Umfang Anspruch auf Bezahlung, da sie gegenüber der Antragstellerin Leistungen erbracht hätten, weshalb die Forderung der Antragstellerin den Anforderungen von Artikel 633 der Zivilprozeßordnung nicht genüge. Der Vorlagebeschluß läßt allerdings wohl den Schluß zu, daß das nationale Gericht der Forderung der Antragstellerin entsprechen könnte, wenn sich herausstellt, daß die Rechtsgrundlage für die Erhebung der Gebühren mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist. Die Auswirkungen einer solchen Entscheidung, einschließlich ihrer möglichen Unvereinbarkeit mit den Anforderungen des italienischen Prozeßrechts, betreffen das materielle Recht und das Verfahrensrecht dieses Mitgliedstaats.

24. Folglich bin ich der Meinung, daß alle in dieser Rechtssache von dem nationalen Gericht vorgelegten Fragen zulässig sind und vom Gerichtshof beantwortet werden müssen; dies gilt nicht, wie bereits ausgeführt, soweit ich die in dem Vorabentscheidungsersuchen enthaltenen Angaben unter Berücksichtigung der gegenüber dem Gerichtshof abgegebenen voneinander abweichenden Erklärungen für unzureichend halte. Ich empfehle dem Gerichtshof außerdem, bei der Beantwortung der vorgelegten Fragen zur Wahrung der Effektivität des Verfahrens nach Artikel 177 als wirksames Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten in seinem Urteil auf die besonderen Schwierigkeiten von Vorabentscheidungsersuchen hinzuweisen, die ohne Anhörung der Gegenseite oder in summarischen Verfahren vorgelegt werden.

V — Sachprüfung

A — *Die erste Frage*

i) Einführung

25. Mit seiner ersten Frage möchte das nationale Gericht, insbesondere unter Berücksichtigung des Urteils Ligur Carni, im wesentlichen erfahren, ob es mit Artikel 30 EG-Vertrag vereinbar ist, wenn italienische Gesetze oder andere Vorschriften von Seeschiffahrtsunternehmen, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind und ihre Schiffe in italienischen Häfen festmachen wollen, verlangen, die Leistungen örtlicher Festmacherunternehmen in Anspruch zu nehmen. Diese Frage enthält, obwohl dies nicht ausdrücklich eigens gesagt wird, einen weiteren Aspekt, nämlich ob die Kombination einer Monopolstellung des örtlichen Unternehmens mit dem Erfordernis, „diesem Unternehmen ein gemessen an den tatsächlichen Kosten der erbrachten Leistungen unverhältnismäßig hohes Entgelt zu zahlen" („versando a detta impresa corrispettiva anche sproporzionati rispetto al costo effettivo dei servizi resi") mit Artikel 30 vereinbar ist.

ii) Erklärungen

26. Die Antragstellerin betont, sie sei infolge der den Gruppen der Festmacher eingeräum-

ten Monopolstellung verpflichtet, erhebliche Beträge für die Erbringung von Leistungen zu zahlen, die für sie nur von geringem oder gar keinem Wert oder Nutzen seien. Da sie ihre Fährschiffe auch für den Gütertransport von Korsika (Frankreich) nach Italien nutzt, nimmt sie zur Unterstützung ihrer Auffassung, die den örtlichen Gruppen der Festmacher eingeräumten ausschließlichen Konzessionen führten dazu, Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten „zu verteuern und zu behindern", Bezug auf das Urteil Ligur Carni; demzufolge stellen nach ihrer Ansicht die umstrittenen nationalen Vorschriften eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine gegen Artikel 30 EG-Vertrag verstoßende mengenmäßige Einfuhrbeschränkung dar [40].

27. Die Gruppen der Festmacher machen geltend, es würde den Unterschied, der zwischen den Anwendungsbereichen von Artikel 30 auf der einen und Artikel 59 auf der anderen Seite bestehen sollte, aushöhlen, wenn man ersteren als auf nationale Vorschriften anwendbar ansehen würde, die nicht die Regelung des Warenverkehrs bezweckten und die sich, abgesehen von völlig unbestimmten, mittelbaren oder zufälligen Auswirkungen, nicht auf den freien Warenverkehr auswirkten. Sie beziehen sich auf die Urteile und Schlußanträge der Generalanwälte Lenz und Léger in den Rechtssachen Peralta und Centro Servizi Spediporto für ihre Auffassung, Vorschriften über die Erbringung von Beförderungsleistungen könnten nicht nur deshalb dem Anwendungsbereich von Artikel 30 zugewiesen werden, weil Gegenstand der betroffenen Beförderung Waren seien [41]. In diesem Zusammenhang führen sie aus, die Kosten für die von ihnen erbrachten Leistungen wirkten sich auf den Endpreis eingeführter Erzeugnisse in einer Größenordnung von nicht mehr als 0,05 % aus. Hilfsweise machen sie geltend, selbst wenn Artikel 30 dem Grunde nach anwendbar wäre, müsse der Gerichtshof seine Rechtsprechung in der Rechtssache Keck und Mithouard [42] anwenden und feststellen, daß die umstrittenen Vorschriften nicht die Regelung des Handelsverkehrs bezweckten und weder rechtlich noch tatsächlich zwischen eingeführten und heimischen Erzeugnissen unterschieden.

28. Auch die Kommission ist der Auffassung, daß Artikel 30 nicht anwendbar ist. In ihren schriftlichen Erklärungen verweist sie u. a. auf Randnummern 24 des Urteils Peralta und 41 des Urteils Centro Servizi Spediporto, insbesondere auf die Feststellung des Gerichtshofes, daß „Rechtsvorschriften, die nicht nach dem Ursprung der beförderten Waren unterscheiden, ... nicht den Warenhandel mit den anderen Mitgliedstaaten regeln sollen und ... die beschränkenden Wirkungen, die sie auf den freien Warenverkehr haben könnten, zu ungewiß und zu mittelbar

40 — Man könnte, obwohl Corsica Ferries dies im vorliegenden Fall nicht versucht hat, auch die Auffassung vertreten, daß diese Vorschriften mit Artikel 34 des Vertrages unvereinbar sind, da sie die gleiche Wirkung wie eine mengenmäßige Ausfuhrbeschränkung haben, denn es ist anzunehmen, daß Corsica Ferries während des maßgeblichen Zeitraums mit ihren Autofähren auch Ausfuhren aus Italien getätigt hat.

41 — Vgl. Urteile vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-379/92 (Peralta, Slg. 1994, I-3453) und vom 5. Oktober 1995 in der Rechtssache C-96/94 (Centro Servizi Spediporto, Slg. 1995, I-2883). Die Festmacher verweisen insbesondere auf Nr. 40 der Schlußanträge von Generalanwalt Léger in der Rechtssache Centro Servizi Spediporto, in der dieser unter Bezugnahme auf die Stellungnahme von Generalanwalt Lenz in Nr. 51 seiner Schlußanträge in der Rechtssache Peralta die Auffassung vertritt, die Abgrenzung müsse nach dem Grundsatz erfolgen, „all jene Situationen ..., bei denen sich die Behinderung des Warenverkehrs als ein bloßer Reflex der Behinderung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen darstellt", den Bestimmungen von Artikel 59 des Vertrages zuzuweisen.

42 — Urteil vom 24. November 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Slg. 1993, I-6097).

sind, als daß die in ihnen aufgestellte Verpflichtung als geeignet angesehen werden könnte, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern".

iii) Sachprüfung

29. Ich stimme der Kommission und den Festmachergruppen zu. Die Anwendbarkeit von Artikel 30 EG-Vertrag auf eine nationale Maßnahme hängt selbstverständlich nicht vom Ausmaß ihrer Auswirkungen auf den Handel ab. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich eindeutig, daß im Hinblick auf Artikel 30 kein Geringfügigkeitsgrundsatz gilt [43]. Dennoch hat der Gerichtshof sowohl vor als auch nach seinem Urteil in der Rechtssache Keck und Mithouard in ständiger Rechtsprechung gefordert, daß Vorschriften, die unterschiedslos auf nationale und eingeführte Erzeugnisse Anwendung finden, eine gewisse protektionistische Wirkung haben müssen, wenn eine Handelsbeschränkung im Sinne von Artikel 30 nachgewiesen werden soll. Dies läßt sich z. B. durch die Urteile Peralta und Centro Servizi Spediporto veranschaulichen, die für See- oder Straßenbeförderungsunternehmen geltende Vorschriften betrafen, deren Anwendung jedoch nicht von der Herkunft der transportierten Güter abhängig war. Der Gerichtshof hat ungeachtet der mittelbaren Auswirkungen und Folgewirkungen solcher Vorschriften auf die Transportkosten eingeführter Erzeugnisse die Auffassung vertreten, diese Vorschriften könnten grundsätzlich nicht als dem Anwendungsbereich von Artikel 30 zugehörig angesehen werden. Ich bin der Meinung, daß die Grundsätze dieser Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall angewandt werden können. Eine allgemeine Pflicht, die Leistungen einer örtlichen Festmachergruppe immer in Anspruch zu nehmen, wenn ein Transportunternehmen, in welchem Mitgliedstaat es auch niedergelassen ist, eines seiner Schiffe in einem italienischen Hafen festmachen läßt, kann grundsätzlich nicht als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung angesehen werden.

30. Meines Erachtens ist der Analogieschluß, den Corsica Ferries zu der Verpflichtung der Beförderer von frischem Fleisch in der Rechtssache Ligur Carni zieht, nicht zutreffend. Zweck der im vorliegenden Fall umstrittenen Vorschriften ist zwar, wie in der Rechtssache Ligur Carni, die Erbringung einer Dienstleistung Unternehmen vorzubehalten, die selbst Dienstleistungen erbringen, doch endet die Vergleichbarkeit hier auch schon. In der Rechtssache Ligur Carni hatte die umstrittene regionale italienische Regelung eine ganz spezifische Tragweite: Die Beförderung von Fleisch innerhalb der Gemeinde vom örtlichen Schlachthof zum letzten Bestimmungsort mußte entweder einem örtlichen Beförderungsunternehmen anvertraut oder unter Zahlung „eines bestimmten Betrages an das konzessionierte örtliche Unternehmen" [44] von dem Beförderer durchgeführt werden, der das Fleisch in diese Gemeinde (entweder aus anderen Gebieten Italiens oder aus anderen Mitgliedstaaten) eingeführt hatte. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, diese Regelung sei eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung, „da sie Einfuhren von Gütern aus anderen Mitgliedstaaten verteuert und damit behindert" [45] habe. Hingegen ist die Tragweite der im

43 — Vgl. z. B. Urteil vom 13. März 1984 in der Rechtssache 16/83 (Prantl, Slg. 1984, 1299), in dem der Gerichtshof entschieden hat, daß für Artikel 30 eine spürbare Beeinträchtigung des Handels durch eine umstrittene Maßnahme nicht erforderlich ist; vgl. Randnr. 20.

44 — Vgl. Urteil Ligur Carni (a. a. O., Randnr. 36).

45 — Ebenda, Randnr. 38.

vorliegenden Fall umstrittenen Vorschriften allgemein, und ihre Anwendung hängt, worauf der Vertreter der Kommission in der mündlichen Verhandlung zutreffend hingewiesen hat, nicht von der Beförderung irgendwelcher bestimmten Waren ab. So finden diese Vorschriften, *immer dann* Anwendung, wenn ein Schiff in einem italienischen Hafen festmacht, und zwar unabhängig davon, *ob überhaupt* und welche Güter befördert werden. Ihre Anwendung wird allein durch die Benutzung italienischer Häfen durch die Seeschiffahrtsunternehmen ausgelöst, und ihre Auswirkungen auf die Einfuhrkosten sind demzufolge gänzlich zufälliger Natur. Ich würde deshalb die Auffassung der Corsica Ferries zurückweisen, daß die Verpflichtung, die Leistungen der örtlichen Festmachergruppen in Anspruch zu nehmen, in den Anwendungsbereich von Artikel 30 EG-Vertrag fällt.

31. Die Antragstellerin macht zusätzlich geltend, überhöhte Gebühren für die Leistung des Festmachens träfen Einfuhren stärker, da nach ihrer Auffassung mehr eingeführte als heimische Güter auf dem Seewege nach Italien befördert werden. Obwohl solche Auswirkungen theoretisch für eine Anwendung von Artikel 30 ausreichend wären [46], hat das nationale Gericht keine Feststellungen zur Höhe der von den Festmachergruppen erhobenen Gebühren getroffen. Ich glaube deshalb nicht, daß dem Gerichtshof irgendwelche Angaben vorliegen, auf die er eine Antwort zu diesem Aspekt der ersten Frage stützen könnte.

32. Aus den oben genannten Gründen bin ich davon überzeugt, daß nationale Vorschriften wie die des vorliegenden Falles mit Artikel 30 EG-Vertrag nicht unvereinbar sind.

B — *Die zweite Frage*

33. Die zweite Frage des nationalen Gerichts geht dahin, ob die den Gruppen der Festmacher verliehene ausschließliche Konzession in Verbindung mit der angeblich im Ermessen stehenden Festsetzung der Tarife eine unzulässige Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs in der Seeschiffahrt darstellt. Ich bin unabhängig von der Frage, ob die Erteilung der ausschließlichen Konzession für das Festmachen mit dem EG-Vertrag vereinbar ist, nicht der Auffassung, daß die Art und Weise, in der die Tarife festgesetzt werden, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen kann, obwohl dadurch natürlich die Auswirkungen einer Beschränkung, die gegebenenfalls in der Erteilung dieser Konzessionen zu sehen ist, verschärft werden können. Corsica Ferries zieht jedoch außerdem die Möglichkeit in Betracht, die Erhebung überhöhter Gebühren könne ein Verstoß Italiens gegen Artikel 90 in Verbindung mit Artikel 59 darstellen. Da das nationale Gericht diesen

46 — In seinem Urteil vom 4. April 1968 in der Rechtssache 31/67 (Stier, Slg. 1968, 351), das allerdings zugegebenermaßen im Rahmen einer die inländische Besteuerung betreffenden Rechtssache erging, hat der Gerichtshof entschieden, daß die Auferlegung einer so hohen Belastung, „daß der freie Warenverkehr innerhalb des Gemeinsamen Marktes hinsichtlich dieser Waren in Frage gestellt wird", unzulässig wäre (S. 361). Er hat dann in seinem Urteil vom 11. Dezember 1990 in der Rechtssache C-47/88 (Kommission/Dänemark, Slg. 1990, I-4509) unter Bezugnahme auf das Urteil Stier festgestellt, „eine solche Gefährdung des freien Warenverkehrs könnte jedoch allenfalls anhand der allgemeinen Regeln der Artikel 30 ff. EWG-Vertrag beurteilt werden"; vgl. Randnr. 13.

Gesichtspunkt in seiner dritten Frage nicht erwähnt hat, halte ich es weder für angemessen noch für erforderlich, daß der Gerichtshof in seiner Antwort darauf eingeht [47].

i) Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Regeln über den freien Dienstleistungsverkehr

34. Der Rat hat, wie vom Gerichtshof in seinem Urteil Corsica Ferries festgestellt, mit der Verabschiedung der Verordnung Nr. 4055/86 [48] den in Artikel 59 EG-Vertrag verankerten Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs auf die Seeschiffahrt zwischen den Mitgliedstaaten angewandt [49]. Außerdem fällt die Antragstellerin als eine in Frankreich niedergelassene und von einer luxemburgischen Gesellschaft beherrschte Gesellschaft, die in Italien Dienstleistungen erbringt, eindeutig unter den persönlichen Geltungsbereich von Artikel 59 EG-Vertrag und Artikel 1 der Verordnung Nr. 4055/86 [50].

ii) Das Vorliegen einer Diskriminierung

35. Anders als in der früheren Rechtssache Corsica Ferries scheinen die in diesem Fall umstrittenen Vorschriften keine gegen Artikel 59 EG-Vertrag und Artikel 9 der Verordnung Nr. 4055/86 verstoßende offene oder verdeckte Diskriminierung zu enthalten. Einerseits gilt im Hafen von Genua die Verpflichtung zur Inanspruchnahme der Leistungen des Festmachens, die von der Festmachergruppe von Genua erbracht werden, de facto für alle Seeschiffahrtsunternehmen; andererseits müssen in La Spezia alle Betreiber von Schiffen mit mehr als 500 BRT die Leistungen der Festmachergruppe von La Spezia in Anspruch nehmen. Trotzdem hat die Antragstellerin geltend gemacht, mehr inländische als ausländische Unternehmen könnten Schiffe betreiben, die nicht unter die Pflicht zur Inanspruchnahme der Leistungen der Festmachergruppen fielen [51]. Obwohl demzufolge die im Hafen von La Spezia geltenden Vorschriften möglicherweise mittelbar diskriminierend sind, kann sich Corsica Ferries meines Erachtens auf eine solche mittelbare Diskriminierung nicht berufen. Ein Unternehmen wie das der Antragstellerin, das große und moderne Fahrzeugfähren einsetzt, kann nicht mit einer angeblichen Gruppe konkurrierender inländischer Beförderungsunternehmen verglichen werden, deren Schiffe nicht mehr als 500 BRT haben. Nach meiner Meinung würde ein solcher Vergleich, da das nationale Gericht die entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen hinsichtlich der italienischen Konkurrenzunternehmen der Antragstellerin nicht getroffen hat, nicht zu einer Antwort auf die im vorliegenden Fall vorgelegte Frage

47 — Die Antragstellerin hat in ihren schriftlichen Erklärungen zur zweiten Frage auch die Möglichkeit erwähnt, daß die der italienischen Verwaltung zurechenbare Erhebung überhöhter Gebühren einen Verstoß gegen die Artikel 9 und 12 des Vertrages darstellen könnte. Da die Entscheidung, welche Fragen dem Gerichtshof vorgelegt werden sollen, allein dem nationalen Gericht obliegt, ist der Versuch der Antragstellerin, die Artikel 9 und 12 heranzuziehen, offensichtlich unzulässig; vgl. z. B. Urteile vom 9. Dezember 1965 in der Rechtssache 44/65 (Hessische Knappschaft, Slg. 1965, 1267, S. 1275) und vom 12. November 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-134/91 und C-135/91 (Kerafina, Slg. 1992, I-5699, Randnr. 16) sowie Nr. 13 der Schlußanträge von Generalanwalt Cosmas vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-309/96 (Annibaldi, Slg. 1997, I-7493).

48 — Zitiert in Fußnote 4.

49 — Vgl. insbesondere Randnr. 26.

50 — Nach Artikel 1 Absatz 4 gilt als „Dienstleistungsverkehr in der Seeschiffahrt" u. a. „innergemeinschaftlicher Schiffsverkehr", d. h. die „Beförderung von Personen oder Gütern auf dem Seewege zwischen dem Hafen eines Mitgliedstaats und dem Hafen oder der Offshore-Anlage eines anderen Mitgliedstaats".

51 — Corsica Ferries hat in ihren mündlichen Ausführungen unwidersprochen behauptet, daß alle von der Verpflichtung ausgenommenen Schiffe von italienischen Staatsangehörigen oder italienischen Unternehmen entweder für die örtliche Küstenschiffahrt oder für den Fischfang betrieben würden.

führen. Der Grenzwert von 500 BRT kann nicht ohne weiteres mit den Fischereischutzmaßnahmen verglichen werden, die Gegenstand der Entscheidung in der Rechtssache Kommission/Irland waren und die auf „nur zwei Fahrzeuge der irischen Fischereiflotte" [52] Anwendung fanden. Der richtige Vergleichsmaßstab für Corsica Ferries wären italienische Beförderungsunternehmen, die Schiffe von einer mit den Fahrzeugfähren vergleichbaren Größe einsetzen. Da solche italienischen Unternehmen denselben Tarifen unterlägen wie die Antragstellerin, würde sich die Frage einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung nicht stellen.

iii) Das Vorliegen einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs

36. Als nächstes ist zu prüfen, ob die ausschließlichen Konzessionen dennoch als eine nichtdiskriminierende Beschränkung der Freiheit von Beförderungsunternehmen wie der Antragstellerin, Dienstleistungen in der Seeschiffahrt von und nach italienischen Häfen zu erbringen, angesehen werden können.

a) Das Wesen der Dienstleistung des Festmachens

37. Leider fällt die gegenüber dem nationalen Gericht erfolgte einseitige Darstellung gerade im Hinblick auf das Wesen der Dienstleistung des Festmachens am meisten ins Auge, was sich auch deutlich in dessen Vorlagebeschluß widerspiegelt. Folgt man Corsica Ferries, besteht diese Leistung im wesentlichen im Fest- und Losmachen eines Schiffes unter Verwendung spezieller Taue und Enden (siehe oben, Nr. 7) und erschöpft sich darin, daß Seile des Schiffes aufgefangen und auf dem Anlegeplatz an Pollern festgemacht werden und umgekehrt.

38. Aus den Erklärungen der Festmachergruppen ergibt sich allerdings ein völlig anderes Bild. Sie bestreiten vehement die stark vereinfachte Beschreibung der Antragstellerin. Sie machen geltend, die Leistung stelle eine der drei technischen nautischen Leistungen dar, die in Häfen erbracht würden und wesentlich für die Aufrechterhaltung der Sicherheit in Hafengewässern seien; sie habe außerdem alle Wesensmerkmale einer im öffentlichen Interesse erbrachten Dienstleistung [53]. Die Gruppen der Festmacher weisen insbesondere auf folgende Aspekte dieser Leistung hin:

i) das ordnungsgemäße Festmachen des Schiffes am Kai, einschließlich der Sicherung des Schiffes am Poller;

ii) Sicherstellung, daß das festgemachte Schiff während der Gesamtdauer seines Aufenthalts im Hafen und insbesondere wäh-

52 — Urteil vom 16. Februar 1978 in der Rechtssache 61/77 (Kommission/Irland, Slg. 78, 417, Randnr. 70).

53 — Die beiden anderen Leistungen sind nach ihrer Auffassung der Lotsendienst und das Schleppen.

rend des Beladens und Entladens der Passagiere und Güter an seinem Anlegeplatz festgemacht bleibt;

iii) Eingreifen immer dann, wenn die Vertäuungen des Schiffes geändert oder verstärkt werden müssen, insbesondere wenn wechselhafte Witterungsbedingungen ein Verlegen an einen anderen Anlegeplatz erforderlich machen;

iv) Sicherstellung, bevor das Schiff abfährt, daß sein geplanter Weg aus dem Hafen frei ist, und gegebenenfalls Beseitigung der Hindernisse, bevor der Anker gelichtet wird;

v) enge Zusammenarbeit mit der Mannschaft des Schiffes während des Auslaufens aus dem Hafen, bis es das offene Meer erreicht hat.

Sie heben hervor, daß diese Leistungen an 365 Tagen im Jahr rund um die Uhr unter der Aufsicht der zuständigen Seebehörden, insbesondere des Hafendirektors, erbracht werden müßten. Der Hafendirektor könne auch für sonstige Hilfsdienste, insbesondere im Fall gefährlicher Witterungsbedingungen im Hafen, auf die Festmacher zurückgreifen.

39. Angesichts des Standpunkts, den ich zur Frage der Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs einnehmen werde, ist es nicht erforderlich, zu den widerstreitenden Darlegungen Stellung zu nehmen. Dies wäre auch nicht angemessen. Vielmehr bleibt dies Sache des nationalen Gerichts. Der Schutz vor Gefahren für Leben, Gesundheit und Umwelt, die durch leichtsinniges oder nachlässiges Fest- und Losmachen von Schiffen, insbesondere in großen und betriebsamen Häfen wie Genua und La Spezia, entstehen, ist für die Mitgliedstaaten offensichtlich ein berechtigtes Ziel ihrer Politik, das sie bei Fehlen angemessener Harmonisierungsmaßnahmen der Gemeinschaft verfolgen können [54]. Es obliegt natürlich dem nationalen Gericht, zu entscheiden, ob dieses Ziel erreicht wird, besser gesagt, durch die Erteilung ausschließlicher Konzessionen für die Leistung des Festmachens erreicht wird.

b) Erklärungen zum Vorliegen einer Beschränkung

40. Die Antragstellerin macht vor allem geltend, für sie als französisches Unternehmen,

54 — Den ersten Schritt zur Entwicklung einer gemeinschaftlichen Politik hat die Kommission mit der Veröffentlichung einer Mitteilung vom 24. Februar 1993 unter dem Titel „Für eine gemeinsame Politik im Bereich der Sicherheit im Seeverkehr" unternommen, vgl. COM(93) 66 final.

das Seebeförderungsleistungen zwischen Korsika und Italien erbringe, stelle die Verpflichtung zur Inanspruchnahme der von den örtlichen Festmachergruppen angebotenen Leistungen eine Beschränkung ihrer Freiheit dar, grenzüberschreitende Dienstleistungen anzubieten, denn in französischen Häfen seien solche Leistungen freigestellt. Die Gruppen der Festmacher beziehen sich insbesondere auf die von Generalanwalt Elmer in der Rechtssache Job Centre vertretene Auffassung, die vom Gerichtshof in seinem Urteil Keck und Mithouard zu Artikel 30 EG-Vertrag entwickelte Rechtsprechung könne auch auf Artikel 59 EG-Vertrag angewandt werden [55]. Da die umstrittenen Vorschriften nicht die Regelung des Dienstleistungsmarktes bezweckten und sich ihre Auswirkungen auf diesen Markt ausschließlich in Italien zeigten und alle Erbringer von Seeschiffahrtsdiensten gleichermaßen beträfen, beschränkten sie folglich nicht die Erbringung solcher Leistungen und unterlägen deshalb nicht dem Anwendungsbereich von Artikel 59. Die Kommission teilt im großen und ganzen diese Auffassung [56].

c) Sachprüfung

41. Zunächst ist festzustellen, daß die behauptete Beschränkung im vorliegenden Fall nicht die Erbringung der Leistung des Festmachens betrifft. Corsica Ferries nimmt zwar das Recht für sich in Anspruch, ihre eigenen ausgebildeten Mannschaften und die auf ihren gut ausgerüsteten Fahrzeugfähren vorhandene moderne Ausstattung beim Anlegen ihrer eigenen Schiffe einzusetzen, aber sie hat nicht behauptet, die Gewährung ausschließlicher Konzessionen an örtliche Festmachergruppen in Italien stelle als solche eine Beschränkung der Freiheit dar, grenzüberschreitende Leistungen des Festmachens in italienischen Häfen zu erbringen. Die von ihr behauptete Beschränkung betrifft vielmehr die Erbringung von Beförderungsleistungen in der Seeschiffahrt und bezieht sich im wesentlichen auf das rechtlich oder tatsächlich bestehende Verbot für Seeschiffahrtsunternehmen, selbst das Anlegen ihrer Schiffe durchzuführen, und insbesondere auf die zusätzlichen Kosten, die die obligatorische Inanspruchnahme der örtlichen Festmacher nach sich ziehen kann.

42. Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß „Artikel 59 EG-Vertrag ... nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen von Dienstleistungserbringern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit verlangt, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen — selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistungserbringer wie für Dienstleistungserbringer anderer Mitgliedstaaten gelten —, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit von Dienstleistungserbringern, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind und dort rechtmäßig entsprechende Dienstleistungen erbringen, zu unterbinden oder zu behindern“ [57]. Es ist schwierig, eine objektive Definition der nationalen Maßnahmen zu finden, die solche „Beschränkungen“ darstellen können. In seinem neueren Urteil in der Rechtssache Reisebüro Broede hat der Gerichtshof sie als Maßnahmen beschrieben, die — auch wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistungserbringer wie für

55 — Urteil vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache C-111/94 (Job Centre, Slg. 1995, I-3361, Nr. 27 der Schlußanträge).

56 — Nach ihrer Auffassung wirken sich die erhöhten Kosten, die sich durch die umstrittenen Vorschriften ergeben können, auf die Kosten von Dienstleistungen, die von nichtitalienischen Unternehmen erbracht werden, nicht stärker aus als bei inländischen Seeschiffahrtsunternehmen.

57 — Vgl. z. B. Urteile vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-76/90 (Säger, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 12) und vom 5. Juni 1997 in der Rechtssache C-398/95 (SETTG, Slg. 1997, I-3091, Randnr. 16).

Dienstleistungserbringer anderer Mitgliedstaaten gelten — dennoch „geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistungserbringers, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“ [58].

43. In Fällen wie den Rechtssachen Säger und Reisebüro Broede betrafen die nationalen Vorschriften das in dem Mitgliedstaat, in dessen Gebiet der Dienstleistungserbringer bestimmte Dienstleistungen erbringen wollte, bestehende Verbot, diese Dienstleistungen zu erbringen, ohne über Qualifikationen zu verfügen, die in dem Mitgliedstaat der Niederlassung des Dienstleistungserbringers nicht verlangt wurden. Es ist leicht einzusehen, daß solche Vorschriften, auch wenn sie nicht diskriminierend sind, eine Beschränkung des grenzüberschreitenden freien Dienstleistungsverkehrs darstellen können. Wie der Gerichtshof in seinem Urteil Reisebüro Broede festgestellt hat, machen sie zum einen die Erbringung der Dienstleistung im Bestimmungsstaat unmöglich, da sich der ausländische Dienstleistungserbringer dort nur ganz gelegentlich betätigt [59]. Zum anderen kann in Fällen wie der Rechtssache Säger die Pflicht des in seinem eigenen Mitgliedstaat bleibenden Dienstleistungserbringers, von dem Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht wird, eine Genehmigung zu erhalten, die ihrerseits wieder von einem bestimmten (staatlichen) Diplom dieses Staates abhängig ist, ebenfalls den Zugang zu dem betroffenen Markt erschweren. Einheimische Dienstleistungserbringer sind wahrscheinlich besser in der Lage, ihre Tätigkeiten den Anforderungen einer solchen Maßnahme anzupassen. Es bestand daher kein Zweifel an den nachteiligen Auswirkungen einer Vorschrift wie der in der Rechtssache SETTG umstrittenen, in der es darum ging, daß eine griechische Vorschrift für ausländische Fremdenführer, die in Griechenland auf selbständiger Basis gelegentlich Dienstleistungen erbringen wollten, als Rechtsform verbindlich das Arbeitsverhältnis vorschrieb [60]. Mit den Worten des Gerichtshofes in seinem Urteil Alpine Investments beeinflussen solche Vorschriften „unmittelbar den Zugang zum Dienstleistungsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten. Sie sind] daher geeignet, den innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehr zu behindern.“ [61]

44. Ich bin der Meinung, daß die Regelungen des vorliegenden Falles viel eher denen der Rechtssache Peralta entsprechen. Ihre Auswirkungen auf den freien Dienstleistungsverkehr sind zu entfernt und indirekt, als daß sie den Zugang zum freien Dienstleistungsmarkt in der Seeschiffahrt unmittelbar berühren könnten. Die Pflicht, die Dienste der örtlichen Festmachergruppen zu benutzen, unterwirft die Erbringung der in Rede stehenden Dienstleistungen, nämlich der Seebeförderungsleistungen, keinen anderen Bedingungen als der obligatorischen Inanspruchnahme einer Nebenleistung. Da das nationale Gericht keinerlei Tatsachenfeststellungen in dieser Richtung getroffen hat, bin ich nicht davon überzeugt, daß im vorliegenden Fall Raum für eine „Beschränkung“ im Sinne von Artikel 59 EG-Vertrag bleibt [62].

58 — Vgl. z. B. Urteil vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache C-3/95 (Reisebüro Broede, Slg. 1996, I-6511, Randnr. 25).

59 — Ebenda, Randnr. 27.

60 — Zitiert in Fußnote 57; vgl. insbesondere Randnrn. 17 und 18 sowie Nr. 27 der Schlußanträge von Generalanwalt Lenz.

61 — Urteil vom 10. Mai 1995 in der Rechtssache C-384/93 (Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141, Randnr. 38).

62 — Es besteht in der Tat auch dann, wenn das nationale Gericht zu guter Letzt feststellen würde, daß die Festmacher lediglich Routineleistungen erbringen, kein Grund zu der Annahme, daß die Auswirkungen dessen, was dann als überhöhte Tarife eingestuft werden müßte, ausländische Seeschiffahrtsunternehmen mehr als inländische belasten würden.

45. Im Lichte dieser Ausführungen halte ich es nicht für erforderlich, zu prüfen, ob die behauptete Beschränkung gerechtfertigt sein kann.

C — *Die dritte Frage*

i) Einführung

46. Die vom nationalen Gericht vorgelegte dritte Frage betrifft die Anwendbarkeit zum einen von Artikel 85 in Verbindung mit Artikel 5 und zum anderen von Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag. Das nationale Gericht möchte zunächst wissen, ob Artikel 85 in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die die Benutzer von Häfen verpflichten, für die Leistung des Festmachens Tarife zu bezahlen, die von allen Mitgliedern eines nationalen Verbandes von Festmachern vereinbart wurden. Weiter möchte es sich vergewissern, ob nationale Vorschriften mit Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 Absatz 1 vereinbar sind, die nicht nur rechtlich wie tatsächlich eine Monopolstellung für die Erbringung der Leistung des Festmachens in Häfen verleihen, sondern außerdem den jeweiligen Inhabern solcher Konzessionen in Häfen von der Größe und Bedeutung für den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr wie Genua und La Spezia das Recht einräumen, praktisch Tarife anzuwenden, die außer Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten der fraglichen Dienstleistung des Festmachens stehen und darüber hinaus von Hafen zu Hafen unterschiedlich sind. Unter Berücksichtigung der Feststellung des nationalen Gerichts, daß das italienische „Gesetz nicht regelt, welche Kriterien die zuständige Verwaltungsbehörde bei der Festsetzung des Tarifs zugrunde zu legen hat", sowie des Hauptvorbringens, diese Tarife beruhten auf einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung zwischen verschiedenen Festmachern in Italien, muß ich zunächst die diametral verschiedenen Darstellungen des Tariffestsetzungsverfahrens, die tatsächlich nur in den dem Gerichtshof eingereichten Erklärungen enthalten sind, zusammenfassen.

ii) Die Vorschriften über die Festsetzung der Tarife für das Festmachen

47. Nach Auffassung des nationalen Gerichts (siehe oben, Nr. 9) erlassen die zuständigen Verwaltungsbehörden manchmal die Tarife, die auf der Grundlage von „zwischen Unternehmen des Sektors geschlossenen ... Vereinbarungen" festgesetzt wurden, und erklären sie für anwendbar. Die Antragstellerin unterstützt diese Feststellung in vollem Umfang. Die maßgebliche Vereinbarung wurde nach ihrer Auffassung am 26. Juli 1990 von der ANGOPI (Verband der Festmachergruppen) und dem Comitato Utenza Portuale (Vertreter bestimmter Unternehmensverbände, die Hafenleistungen in Anspruch nehmen) geschlossen [63]. Corsica Ferries zufolge haben die Parteien dieser

63 — Corsica Ferries hat in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt, unter den Hafenbenutzern, die an der Vereinbarung beteiligt seien, seien Schiffsmakler, Spediteure und Vertreter von Schiffseignern. Nach ihrer Auffassung haben die vereinbarten überhöhten Tarife kaum Auswirkungen für diese Benutzer, da sie in Wirklichkeit hauptsächlich die Erbringer von Dienstleistungen in der Seeschiffahrt beträfen.

Vereinbarung den Ministro della Marina Mercantile (Minister für Handelsmarine) aufgefordert, „unverzüglich die erforderlichen Maßnahmen" zu ergreifen, „um die Anwendung der Vereinbarung sicherzustellen". Am 15. Mai 1991 antwortete der Minister, die Festsetzung der Tarife sei Sache einer Vereinbarung unter den Festmachern [64]. Demzufolge macht Corsica Ferries geltend, die italienischen Behörden hätten sich zumindest während des maßgeblichen Zeitraums ihrer Befugnisse nach Artikel 212 der nationalen Verordnung begeben und sich darauf beschränkt, die auf der Grundlage einer privaten Vereinbarung festgesetzten Tarife zu billigen und für anwendbar zu erklären.

48. In ihren Erklärungen gegenüber dem Gerichtshof widersprechen die Gruppen der Festmacher, Italien und die Kommission dieser Beurteilung. Die Gruppen der Festmacher behaupten, die Tarife würden vom Ministero dei Trasporti e della Navigazione sowohl unmittelbar als auch durch seine verschiedenen dezentralisierten Organe festgesetzt. Dieses Ministerium verabschiede durch Verfügung einen Rahmen (il modello organizzativo) für die Festsetzung der Tarife in jedem italienischen Hafen und berücksichtige dabei sowohl die Zahl der Festmacher und die Ausrüstung, über die sie für die Erbringung der Leistungen verfügen müßten, als auch den allgemeinen, einer öffentlichen Aufgabe entsprechenden Charakter dieser Leistungen. Da sowohl die Gruppen der Festmacher als auch alle anderen die Hafenbenutzer repräsentierenden Gruppen in die der Tariffestsetzung vorangehende Diskussion einbezogen würden, sei dieses Verfahren völlig durchschaubar und objektiv. Das Gesetz Nr. 160/89 vom 5. Mai 1989 (nachfolgend: das Gesetz von 1989) enthalte eine Reihe von Vorschriften über den Seeverkehr und über Konzessionen [65]. Die Gruppen der Festmacher machen geltend, mit Artikel 9 des Gesetzes von 1989 sei ein objektives „cost-plus-System" zur Tariffestsetzung eingeführt worden; es handele sich um ein System, bei dem die Tarife im wesentlichen nach Maßgabe der Bruttoregistertonnen des Schiffes festgesetzt würden, für häufige Benutzer der Hafenanlagen, z. B. Fährschiffahrtsunternehmen wie Corsica Ferries, jedoch Ermäßigungen zugelassen seien. Zweck dieses „cost-plus-Systems" sei es, die Kosten, die durch die Bereitstellung eines umfassenden Festmacherdienstes entstünden, verhältnismäßig auf die unterschiedlichen Benutzer des Hafens zu verteilen [66]. Die diesem System zugrunde liegenden Grundsätze seien im maßgeblichen Zeitraum in verschiedenen Ministerialerlassen ausführlich dargestellt worden [67]. Es scheine, daß das Dekret Nr. 1453 des CAP von Genua vom 20. Oktober 1994 und die Verfügung Nr. 231 des Direktors des Seeamtsbezirks von La Spezia vom 27. September 1994 im Einklang mit den in den Erlassen enthaltenen Bestimmungen stünden und demzufolge ein gestuftes Tarifsystem vorsähen [68].

49. Angesichts dieser deutlichen Unterschiede zwischen den Erklärungen von

64 — Vgl. Telegramm Nr. 5201974 (nachfolgend: Telegramm), das in Kopie den schriftlichen Erklärungen der Antragstellerin beigefügt ist.

65 — GURI, Nr. 103 vom 5. Mai 1989.

66 — Die verwendete mathematische Formel soll alle bei der Erbringung der Leistung des Festmachens auftretenden Ausgaben einschließlich der auf der Grundlage des staatlichen Mindestlohnes berechneten Löhne sowie verschiedene angeblich objektive Korrekturfaktoren einbeziehen.

67 — Nämlich durch die Erlasse Nrn. 95/1990 und 98/1991 des Ministeriums für die Handelsmarine, zuletzt aufgehoben durch Erlaß Nr. 8/1994 vom 29. September 1994.

68 — Nach den schriftlichen Erklärungen der Kommission wurde so im Hafen von Genua der niedrigste Satz von 30 000 LIT auf Schiffe mit einer Bruttotonnage von 0 bis 250 Tonnen angewandt, der Höchstsatz von 2 631 000 hingegen auf solche mit einer Bruttotonnage von 80 001 bis 90 000 Tonnen.

Corsica Ferries und denen der anderen Beteiligten sowie der Kommission zum Tariffestsetzungsverfahren hat der Gerichtshof an die Antragstellerin die schriftliche Frage gerichtet, ob ihre Einschätzung hinsichtlich des Gesetzes von 1989 mit derjenigen der anderen Beteiligten in Einklang gebracht werden könne. In ihrer Antwort hat Corsica Ferries im wesentlichen vorgetragen, die einschlägige Bestimmung (Artikel 9 Absatz 7 des Gesetzes von 1989) betreffe lediglich die Küstenschiffahrt und verleihe dem Ministro della Marina Mercantile keinesfalls die Befugnis, Vorschriften zu erlassen, die Tarife auf nationaler Ebene vereinheitlichten. Außerdem macht sie darauf aufmerksam, daß bisher keine gesetzlichen Maßnahmen zur Umsetzung des Gesetzes von 1989 im Hinblick auf die Seeschiffahrt ergriffen worden seien, da die Ministerialerlasse nach italienischem Recht keine bindende Rechtswirkung hätten [69]. Sie macht geltend, die allgemeinen Kriterien zur Festsetzung der Tarife, die in den fraglichen Erlassen enthalten seien, stellten lediglich das Ergebnis willkürlicher Verwaltungsentscheidungen oder verbotener, von den Verwaltungsbehörden gebilligter und für anwendbar erklärter Vereinbarungen dar.

50. Der Darstellung der Tragweite der von Corsica Ferries in ihrer schriftlichen Antwort erwähnten Erlasse ist in der mündlichen Verhandlung vom Vertreter Italiens ausdrücklich widersprochen worden. Er hat geltend gemacht, das Gesetz von 1989 und die Erlasse seien trotz der von Corsica Ferries zum Ausdruck gebrachten Kritik im vorliegenden Verfahren nach wie vor einschlägig. Er hat ausgeführt, die fraglichen Erlasse hätten die Neuordnung der Tarife für die Küstenschiffahrt auch auf die Seeschiffahrt ausgedehnt; anders gesagt, die Erlasse würden so angewandt, als hätten sie Gesetzeskraft.

iii) Zuständigkeit des Gerichtshofes

51. Der Gerichtshof ist im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 nicht befugt, diesen bedauerlichen Konflikt betreffend die Vorschriften über das Tariffestsetzungsverfahren zu lösen. Er kann daher meines Erachtens keine endgültige Antwort auf die dritte Frage geben. Dennoch ist der Zusammenhang zwischen dieser Frage und dem vor dem nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreit eindeutig; wenn die Darstellung des Tariffestsetzungsverfahrens seitens der Antragstellerin zutrifft, wäre die Haftung Italiens für alle darauf beruhenden Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln, vorbehaltlich eines gegebenenfalls auf Artikel 90 Absatz 2 gestützten Gegenvorbringens, ziemlich klar. Das nationale Gericht könnte deshalb dem Antrag der Antragstellerin im Ausgangsverfahren stattgeben und die Rückzahlung der erhobenen Gebühren anordnen. Es ist allerdings zumindest beunruhigend, daß der Gerichtshof die Ansicht des nationalen Gerichts zu einer Reihe nationaler Rechtsvorschriften, die möglicherweise einschlägig sind, nicht kennt. Dennoch ist es angebracht, die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, die für die Beurteilung der auf das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft gestützten Rückerstattungsforderung von Corsica Ferries einschlägig wären, kurz zu untersuchen.

69 — Zur Unterstützung dieser Behauptung wird das Urteil des italienischen Verfassungsgerichtshofes vom 1. Juni 1995, GURI vom 1. Juni 1995, zitiert. Obwohl die Antragstellerin zugesteht, daß Artikel 9 Absatz 7 dem Ministro della Marina Mercantile erlaubt, bei Fehlen einer Vereinbarung zwischen den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern Tarife festzusetzen, darf dies nach ihrer Auffassung nur nach Anhörung der zuständigen parlamentarischen Ausschüsse erfolgen, was, so die Antragstellerin, im vorliegenden Fall nicht geschehen ist.

iv) Sachprüfung

a) Grundsätzliche Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln

52. Das nationale Gericht hat in seinem Vorabentscheidungsersuchen eine Reihe von einschlägigen Tatsachenfeststellungen getroffen. Als erstes hat es festgestellt (was kaum anzuzweifeln ist), daß Corsica Ferries Leistungen anbietet, die „als solche grenzüberschreitend sind". Die Gruppen der Festmacher behaupten, ihre Tarife wirkten sich auf die Kosten für die Erbringung grenzüberschreitender Beförderungsleistungen in der Seeschiffahrt nicht in einer Weise aus, daß der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werde. Wenn Italien dafür verantwortlich ist, daß sich örtliche wettbewerbswidrige Vereinbarungen landesweit verstärkt ausgewirkt haben, kann meines Erachtens die mögliche Wirkung eines solchen Vorgehens nicht nur deshalb als geringfügig bezeichnet werden, weil die jedem einzelnen Seeschiffahrtsunternehmen entstehenden zusätzlichen Kosten relativ gering bleiben [70]. In jedem Fall hängt die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags nicht vom Nachweis einer tatsächlichen Auswirkung auf den Wettbewerb ab. Eine nur mögliche Wirkung ist ausreichend und kann in diesem Fall auch nur schwer ausgeschlossen werden [71].

53. Zweitens hat das nationale Gericht ausgeführt, die Mehrzahl der Inhaber einer Konzession für die Erbringung der Leistung des Festmachens in italienischen Häfen habe ihre Haltung zu den zu erhebenden Gebühren offenbar zumindest über die sie vertretende Vereinigung ANGOPI abgestimmt. Insoweit bestreiten die Gruppen der Festmacher im wesentlichen die Auffassung des nationalen Gerichts, die aktuell angewandten Tarife beruhten auf Vereinbarungen zwischen den Festmachern, die von den Seebehörden gebilligt worden seien. Sie sind der Ansicht, die gemeinsamen Aktivitäten der Festmacher beschränkten sich hauptsächlich auf die Beteiligung an einem durchschaubaren und objektiven Tariffestsetzungsverfahren der Verwaltung, das unter der umfassenden Aufsicht des zuständigen Ministers durchgeführt werde. Es obliegt natürlich dem nationalen Gericht, abschließend festzustellen, ob im Sinne von Artikel 85 EG-Vertrag eine wettbewerbswidrige Vereinbarung zwischen Unternehmen [72] in den

70 — Die Beträge, deren Rückerstattung die Antragstellerin im Ausgangsverfahern beantragt hat (vgl. oben, Nr. 3), können kaum als geringfügig angesehen werden.

71 — Vgl. z. B. Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65 (Société Technique Minière, Slg. 1966, 281, 303) und zuletzt Urteil vom 11. Dezember 1997 in der Rechtssache C-55/95, Job Centre Coop., Slg. 1997, I-7119, Randnr. 36; nachfolgend: Job Centre II).

72 — Da das nationale Gericht ausdrücklich festgestellt hat, daß sowohl die Gruppen der Festmacher von Genua als auch die von La Spezia Unternehmen im Sinne von Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag sind, sollten sie nach meiner Meinung auch als Unternehmen im Sinne der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag angesehen werden, da der zugrundeliegende Begriff, auch wenn Artikel 90 auf „Unternehmen, denen die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte gewähren", Bezug nimmt, kein anderer ist als der in den Artikeln 85 und 86. Die Feststellung des nationalen Gerichts beschränkt sich darauf, anzuerkennen, daß den Gruppen der Festmacher von den Seebehörden in den Hafen von Genua und La Spezia offenbar gewisse ausschließliche Rechte eingeräumt wurden. In bezug hierauf meine ich, daß die in der mündlichen Verhandlung durch die Gruppe der Festmacher erfolgte Verweisung auf das Urteil vom 18. März 1997 in der Rechtssache C-343/95 (Cali & Figli, Slg. 1997, I-1547) nicht relevant ist. In diesem Fall hat der Gerichtshof festgestellt, daß ein im Hafen von Genua eingerichteter obligatorischer Überwachungsdienst zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung keinen wirtschaftlichen Charakter aufweist, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrages rechtfertigen würde, da die Überwachungstätigkeit „einen im Allgemeininteresse stehenden Auftrag darstellt, der zu den wesentlichen Staatsaufgaben auf dem Gebiet des Umweltschutzes im Meerbereich gehört" und deshalb „ihrer Art, ihrem Gegenstand und den für sie geltenden Regeln nach mit der Ausübung von Befugnissen zusammenhängt, die den Schutz der Umwelt im Meerbereich betreffen" (Randnrn. 22 und 23). Obwohl im vorliegenden Fall behauptet wird, die von den Gruppen der Festmacher erbrachte Leistung des Festmachens erfolge im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, glaube ich nicht, daß ihr angeblicher Zweck der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe ausreicht, um sie von dem ihr anhaftenden kommerziellen Charakter zu befreien.

Häfen von Genua und La Spezia oder ein wettbewerbswidriger Beschluß einer Unternehmensvereinigung (z. B. ANGOPI und das Comitato Utenza Portuale) vorliegt. Nur im Fall einer entsprechenden Feststellung wird sich die Frage stellen, ob Italien für die wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer solchen Vereinbarung oder eines solchen Beschlusses haftet [73].

54. Schließlich hat das nationale Gericht im Hinblick auf die mögliche Anwendung von Artikel 86 festgestellt, daß jede Gruppe der Festmacher aufgrund der ihr eingeräumten ausschließlichen Rechte in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes eine beherrschende Stellung erlangt habe. Nach meiner Meinung ist insoweit die Feststellung ausreichend, daß der Gerichtshof in seinen Urteilen Porto di Genova und Corsica Ferries zu gesetzlichen Monopolen bei Hafenarbeiten und zur Erbringung von Lotsendiensten im Hafen von Genua bereits entschieden hat, daß „insbesondere angesichts des Verkehrsaufkommens in diesen Häfen und der Bedeutung für die gesamte Ein- und Ausfuhr auf dem Seeweg in dem betreffenden Mitgliedstaat ... dieser Markt als ein wesentlicher Teil des gemeinsamen Marktes angesehen werden kann" [74]. Allerdings nehme ich an, daß das italienische Prozeßrecht es den Parteien des Rechtsstreits erlaubt, diese Feststellungen im Rahmen eines kontradiktorischen Verfahrens zu bestreiten. Gleichwohl kann Italien, das für die Einräumung der gesetzlichen Monopolstellung verantwortlich ist, schadensersatzpflichtig sein, wenn die Gruppen der Festmacher ihre jeweilige beherrschende Stellung in irgendeiner Weise mißbraucht haben.

b) Artikel 85

55. Die Grundsätze für die Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen Artikel 85 EG-Vertrag sind mittlerweile gesichert. Vor kurzem hat der Gerichtshof in seinem Urteil Sodemare u. a. [75] bestätigt, daß „nach ständiger Rechtsprechung ... die Mitgliedstaaten ... aufgrund der Artikel 85 und 86 in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag keine Maßnahmen treffen oder beibehalten dürfen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten" [76].

73 — Die in dieser Rechtssache vorgelegte dritte Frage betrifft die Haftung Italiens für mögliche wettbewerbswidrige Tätigkeiten und deshalb nicht die eventuelle persönliche Mithaftung der Festmachergruppen für solche Tätigkeiten, wenn sie von solchen Unternehmen auf eigene Initiative weiter betrieben würden. Eine entsprechende Haftung würde natürlich nicht begründet, wenn die Gruppen der Festmacher in Wirklichkeit aufgrund der italienischen Vorschriften verpflichtet wären, wettbewerbswidrige Tarife anzuwenden, die von den zuständigen italienischen Seebehörden für verbindlich erklärt wurden; vgl. z. B. das neuere Urteil vom 11. November 1997 in den verbundenen Rechtssachen C-359/95 P und C-379/95 P (Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing, Slg. 1997, I-6265, Randnr. 33), in dem der Gerichtshof entschieden hat: „Wird dem Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben oder bilden diese einen rechtlichen Rahmen, der selbst jede Möglichkeit für ein Wettbewerbsverhalten ihrerseits ausschließt, so sind die Artikel 85 und 86 *nicht anwendbar*" (Hervorhebung von mir); vgl. auch Urteil des Gerichts erster Instanz vom 18. September 1996 in der Rechtssache T-387/94 (Asia Motor France u. a., Slg. 1996, II-961, Randnrn. 60 und 61). Es ist erwähnenswert, daß Generalanwalt Tesauro in seinen Schlußanträgen vom 18. Dezember 1997 dem Gerichtshof vorgeschlagen hat, das von einem der Antragsteller (Somaco) in der Rechtssache Asia Motor u. a. eingelegte Rechtsmittel zurückzuweisen; vgl. Rechtssache C-401/96 P (Somaco, Slg. 1998, I-2587).

74 — In meinen Schlußanträgen vom 9. Oktober 1997 in der Rechtssache C-163/96 (Raso u. a., Nr. 55) habe ich die Auffassung vertreten, daß ein Monopol bei der Erbringung von Zeitarbeit im Hafen von La Spezia, wie auch das nationale Gericht in seinem Vorlagebeschluß festgestellt hatte, zu einer beherrschenden Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes führen kann.

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

76 — A. a. O., Randnr. 41.

Um es kurz zu umreißen, können die Mitgliedstaaten im wesentlichen auf zweierlei Weise gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 85 in Verbindung mit Artikel 5 verstoßen. Zum einen können sie wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, an denen zwei oder mehr Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen beteiligt sind, vorschreiben oder begünstigen oder die Auswirkungen solcher Verhaltensweisen verstärken. Zum anderen können sie ihren eigenen Regelungen ihren gesetzlichen Charakter nehmen, indem sie öffentliche Entscheidungsgewalt auf private Wirtschaftsteilnehmer übertragen.

56. Im vorliegenden Fall ist es unstreitig, daß die angefochtenen Tarife zumindest formal von den zuständigen Seebehörden in den Häfen von Genua und La Spezia festgelegt wurden. Das Vorbringen der Antragstellerin geht im Kern dahin, daß diese Behörden lediglich die Tarifstufen, die entweder insgeheim einvernehmlich von den Mitgliedern der ANGOPI oder von dieser Vereinigung im geheimen Einvernehmen mit den Vertretern oder zur Vertretung berechtigten Vereinigungen anderer Hafenbenutzer festgelegt wurden, mit einem behördlichen Stempel versehen. Ich habe bereits auf den fehlenden Konsens in bezug auf diese Behauptung hingewiesen. Der Gerichtshof wurde insbesondere auf verschiedene Ministerialerlasse hingewiesen, die, wie immer ihre rechtliche Bedeutung nach italienischem öffentlichem Recht sein mag, die Hafenbehörden bei der Festlegung der Tarife für das Festmachen zumindest beeinflussen dürften. Daß durch wettbewerbswidrige Vereinbarungen vorab festgelegte Tarife durch die Entscheidungen dieser Behörden trotz der genannten Erlasse automatisch ergehen oder in großen Teilen gebilligt werden, ist natürlich möglich. Da das nationale Gericht zu diesen Erlassen, auf die — wie ich hervorheben möchte — die Antragstellerin in ihrem Antrag nicht Bezug genommen hat, keine Tatsachenfeststellungen getroffen hat, bin ich allerdings aufgrund der dem Gerichtshof verfügbaren Informationen nicht davon überzeugt, daß Italien im Hinblick auf die in seinen Häfen für die Leistung des Festmachens angewandten Tarife durch seine dezentralisierten Hafen- oder Seebehörden eine Verletzung von Artikel 85 in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag begangen hat. Sollte dieses Ergebnis etwas glanzlos erscheinen, so kann ich nur auf das Leitmotiv dieser Schlußanträge verweisen: das Fehlen eines ausreichenden tatsächlichen und rechtlichen Rahmens für eine hilfreiche Entscheidung des Falles. Die Antragstellerin hat sich dafür entschieden, wichtige Fragen zu angeblichen wettbewerbswidrigen Vereinbarungen und dem möglichen Vorliegen einer beherrschenden Stellung und deren Mißbrauch in den engen Grenzen eines nationalen Verfahrens aufzuwerfen, in dem weder der Antragsgegner gehört werden noch eine wohlüberlegte richterliche Entscheidung der zentralen Rechts- und Tatsachenfragen erfolgen kann. Als der Prozeßbevollmächtigte der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung gedrängt wurde, diese Entscheidung zu rechtfertigen, berief er sich auf die bei kontradiktorischen Verfahren in Italien üblichen Verzögerungen — ein Argument, das kaum mit den fundamentalen Rechtsgrundsätzen einer fairen Prozeßführung in Einklang zu bringen ist. Um noch genauer zu sein, Generalanwalt Gulmann hat in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Telemarsicabruzzo besonders die Bedeutung der Tatsachenfeststellungen in Wettbewerbsstreitigkeiten hervorgehoben. Im vorliegenden Fall fehlen, anders als in Fällen wie den Rechtssachen Meng [77], Reiff [78] und Dip u. a. [79], diese Voraussetzungen.

77 — Urteil vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-2/91 (Slg. 1993, I-5751).

78 — Urteil vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-185/91 (Slg. 1993, I-5801).

79 — Urteil vom 17. Oktober 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-140/94, C-141/94 und C-142/94 (Slg. 1995, I-3257).

c) Artikel 86

57. Nach Auffassung der Antragstellerin ist Italien verantwortlich dafür, daß die Gruppen der Festmacher ihre beherrschende Stellung in den Häfen von Genua und La Spezia mißbräuchlich ausgenutzt haben. Insbesondere unter Bezugnahme auf das Urteil Porto di Genova vertritt sie die Meinung, der behauptete Mißbrauch umfasse zwei Aspekte. Dies seien zum einen die nicht notwendigen, Corsica Ferries aufgezwungenen Dienstleistungen und zum anderen das Mißverhältnis zwischen den Tarifen für diese nicht verlangten Leistungen und den Kosten ihrer Erbringung, was sich aus der Tatsache ergebe, daß die Tarife in nicht zu rechtfertigender Weise von Hafen zu Hafen unterschiedlich seien. Hinsichtlich der Kosten macht die Antragstellerin geltend, die Tarife beruhten nicht nur auf den Gesamtkosten für die Bereitstellung eines ständigen Festmacherdienstes, sondern umfaßten auch verschiedene andere „zusätzliche" Komponenten, wie z. B. eine 1 %ige Abgabe für die technische Unterstützung einzelner Festmachergruppen durch die ANGOPI sowie eine 1 %ige Abgabe für eine Art „Versicherungsfonds". Darüber hinaus würden die Tarife aufgrund einer mutmaßlich undurchschaubaren Ermäßigungspolitik nicht auf einer völlig objektiven Grundlage festgesetzt. Corsica Ferries behauptet weiter, es sei für die Gruppen der Festmacher infolge des ihnen durch die umstrittenen italienischen Vorschriften verliehenen Rechts geradezu unvermeidlich, solche Mißbräuche zu begehen. Außerdem fielen die Festmacher nicht unter die Ausnahmeregelung von Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag, da ihre Leistungen nicht als „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" angesehen werden könnten.

58. Es überrascht nicht, daß die Gruppen der Festmacher, unterstützt von Italien, das Vorliegen jeden Mißbrauchs bestreiten. Im Hinblick auf die Erhebung von Tarifen, die über die tatsächlichen Kosten der erbrachten Dienstleistung hinausgehen, beziehen sie sich auf Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag und machen geltend, solche Tarife seien notwendig, damit die Festmacher ihrer Aufgabe, einen allgemeinem Dienst anzubieten, wirksam nachgehen könnten. Die von Hafen zu Hafen unterschiedlichen Tarife spiegelten den Einfluß örtlicher Bedingungen wider, die in der Tarifberechnungsformel bei der Berechnung der Tarife über Korrekturfaktoren berücksichtigt würden. In der mündlichen Verhandlung ist vorgetragen worden, die Gruppen der Festmacher hätten ihre beherrschende Stellung gegenüber Corsica Ferries nicht mißbraucht, denn diese erhalte eine der größten Ermäßigungen. Obwohl sich die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich ihre Stellungnahme zu der Praxis, auf die veröffentlichten Tarife Ermäßigungen zu gewähren, vorbehalten hat, erklärt sie, die Beteiligung der Hafenbenutzer am Tariffestsetzungsverfahren scheine sicherzustellen, daß die festgelegten Tarife nicht überzogen seien. Sie vertritt allerdings die Auffassung, es obliege letztlich dem nationalen Gericht, unter Berücksichtigung nicht nur der unmittelbaren Kosten, die durch die Erbringung der Dienstleistung des Festmachens an Unternehmen wie Corsica Ferries entstünden, sondern auch der Kosten für die Bereitstellung eines allgemeinen Dienstes, festzustellen, ob die Tarife überzogen seien.

59. Es ist anerkannt, daß allein die Schaffung einer beherrschenden Stellung durch einen Mitgliedstaat im Wege der Gewährung eines ausschließlichen Rechts als solche noch nicht als mit Artikel 86 EG-Vertrag unvereinbar

angesehen werden kann [80] und daß „ein Mitgliedstaat ... gegen die Verbote der Artikel 86 und 90 Absatz 1 nur verstößt, wenn das betreffende Unternehmen durch die bloße Ausübung des ihm übertragenen ausschließlichen Rechts seine beherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt" [81]. Da es den Mitgliedstaaten demnach in Ermangelung spezifischer gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften freisteht, gesetzliche Monopole zu schaffen, stellt sich im vorliegenden Fall lediglich die Frage, ob der Erlaß der Tarifstufen, die auf Corsica Ferries angewandt wurden, durch die Hafenbehörden eine mißbräuchliche Ausnutzung der den genannten Gruppen eingeräumten beherrschenden Stellung darstellt, *für die Italien verantwortlich ist.*

60. Da das Gemeinschaftsrecht gegenwärtig Italien nicht untersagt, in seinen Häfen ausschließliche Rechte für die Erbringung der Dienstleistung des Festmachens einzuräumen, betrifft der strittige angebliche Mißbrauch im wesentlichen die Erhebung von Tarifen, die über die um eine angemessene Gewinnspanne erhöhten Kosten für die Erbringung der Leistung hinausgingen. Ich finde es für meinen Teil schwierig, nachzuvollziehen, wie ein zur Überzeugung des nationalen Gerichts erwiesener überhöhter Preis für eine Leistung im Rahmen des von Corsica Ferries nach Artikel 633 der Zivilprozeßordnung gestellten Antrags zu einer Rückzahlung des Gesamtbetrags der gezahlten Gebühren führen kann. Ich nehme allerdings entsprechend meiner bereits oben in Abschnitt IV vertretenen Auffassung an, daß das nationale Gericht jede mißbräuchlich überhöhte Gebührenerhebung als Rechtfertigung für eine vollständige Erstattung ansehen dürfte [82].

61. Im vorliegenden Fall wird geltend gemacht, die mathematische Formel für die Tarifberechnung beinhalte zusätzlich zu Kosten und Gewinnspanne ein Element, das eine Kostendeckung für Festmacherdienstleistungen auf einer allgemeinen Basis bezwecke. Nach meiner Meinung hängt die Vereinbarkeit der Einbeziehung dieses zusätzlichen Elements mit Artikel 86 EG-Vertrag davon ab, ob die strittige Dienstleistungen im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 als „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" angesehen werden können. Der Gerichtshof hat hierzu in ständiger Rechtsprechung entschieden: „Da es sich um eine Vorschrift handelt, die unter bestimmten Umständen eine vom EG-Vertrag abweichende Regelung zuläßt, ist der Begriff der Unternehmen, die sich auf diese Vorschrift berufen können, eng auszulegen" [83]. In seinem Urteil Porto di Genova hat der Gerichtshof festgestellt, die Erbringung von Hafenarbeiten sei nicht notwendigerweise von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, da sie im Vergleich zu anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens keine

80 — Vgl. z. B. das neuere Urteil in der Rechtssache Job Centre II (zitiert in Fußnote 71, Randnr. 31).

81 — Ebenda.

82 — In seinem Urteil vom 26. Juni 1979 in der Rechtssache 177/78 (Pigs and Bacon Commission, Slg. 1979, 2161, Randnr. 25) hat der Gerichtshof entschieden, wenn eine Abgabe unter Verletzung von Gemeinschaftsrecht gezahlt worden sei, sei „es Sache des staatlichen Gerichts, in jedem Einzelfall nach seinem nationalen Recht zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Abgabe zurückverlangt werden kann", obwohl grundsätzlich ein Anspruch auf Rückzahlung entstehen werde. Vgl. auch Urteil vom 13. Dezember 1983 in der Rechtssache 222/82 (Apple and Pear Development Council, Slg. 1983, 4083, Randnr. 41), in dem der Gerichtshof entschieden hat, daß es „Sache des nationalen Gerichts ist, aufgrund seines nationalen Rechts zu entscheiden, ob und inwieweit die Abgabe zurückzuerstatten ist und ob und inwieweit diesem Erstattungsanspruch etwa die unmittelbaren Vorteile entgegengehalten werden können, die der betroffene Abgabenpflichtige aus der die Abgabenpflicht begründenden Tätigkeit ... gezogen hat".

83 — Vgl. Urteile vom 21. März 1974 in der Rechtssache 127/73 (BRT, Slg. 1974, 313, Randnr. 19) und vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-242/95 (GT-Link, Slg. 1997, I-4449, Randnr. 50).

besonderen Merkmale aufweise [84], während er in seinem Urteil GT-Link die Auffassung vertreten hat, das Betreiben eines Verkehrshafens sei keine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse [85]. Im vorliegenden Fall wird allerdings geltend gemacht, Zweck der nationalen Vorschriften sei es, im Interesse der Hafensicherheit zu gewährleisten, daß ein allgemeiner Festmacherdienst zur Verfügung stehe. Wie der Gerichtshof in seinem Urteil BRT ausgeführt hat, „muß der innerstaatliche Richter ermitteln, ob ein Unternehmen, das sich auf die Vorschrift des Artikels 90 Absatz 2 beruft, um eine vom Vertrag abweichende Regelung für sich in Anspruch zu nehmen, von dem Mitgliedstaat tatsächlich mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden ist" [86]. Ich bin jedoch davon überzeugt, daß dann, wenn das nationale Gericht feststellen sollte, daß die zuständigen italienischen Seebehörden die Gruppen der Festmacher mit einer solchen Aufgabe betraut haben, die Anwendung des in Artikel 86 enthaltenen Verbotes auf die zusätzliche Komponente in den Tarifen, die den zusätzlichen Kosten für die Bereitstellung eines jederzeit und für alle Benutzer der Häfen von Genua und La Spezia zugänglichen allgemeinen Festmacherdienstes entspricht, dazu führen könnte, im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 die Erfüllung dieser Aufgabe zu verhindern. Aus diesem Grund wäre die Einbeziehung eines solchen Elements in die Gebühren mit Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 Absatz 1 nicht unvereinbar.

VI — Ergebnis

62. Aufgrund der vorausgegangenen Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Tribunale Genua vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Nationale Vorschriften oder die Verwaltungspraxis eines Mitgliedstaats, die es unterschiedslos sowohl inländischen als auch in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Seeschiffahrtsunternehmen untersagen, ihre Schiffe in Häfen des erstgenannten Mitgliedstaats bei der Ankunft und bei der Abfahrt fest- oder loszumachen, sofern sie nicht die für das Fest- und Losmachen angebotenen Leistungen von mit ausschließlichen Rechten für die Erbringung solcher Dienstleistungen

84 — A. a. O., vgl. Randnr. 27. Generalanwalt Van Gerven hat hervorgehoben: „Rechnete man auch solche Tätigkeiten zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, so könnte man so ziemlich alle wirtschaftlichen Tätigkeiten unter diesen Begriff subsumieren"; Nr. 27 seiner Schlußanträge.

85 — A. a. O., vgl. insbesondere Randnr. 52.

86 — A. a. O., Randnr. 22.

ausgestatteten Unternehmen in Anspruch nehmen, und die von den genannten Seeschiffahrtsunternehmen verlangen, die Gebühren dieser Unternehmen zu zahlen, die außer Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten der erbrachten Dienste stehen können, sind mit Artikel 30 EG-Vertrag nicht unvereinbar.

2. Die Verordnung (EWG) Nr. 4055/86 des Rates vom 22. Dezember 1986 in Verbindung mit Artikel 59 EG-Vertrag untersagt es einem Mitgliedstaat nicht, von allen Seeschiffahrtsunternehmen, deren Schiffe seine Häfen anlaufen, unabhängig vom Mitgliedstaat ihrer Niederlassung zu verlangen, die Festmacherdienste, die in diesen Häfen von Inhabern einer ausschließlichen Konzession erbracht werden, in Anspruch zu nehmen.

3. Ein Mitgliedstaat, der einem Unternehmen auf einem Markt, der als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes anzusehen ist, ein ausschließliches Recht zur Erbringung von Festmacherdiensten und zur Erhebung verbindlicher Tarife verleiht, die außer Verhältnis zu den tatsächlichen Kosten der erbrachten Dienste stehen können, verletzt, wenn nicht ein spezifischer Mißbrauch vorliegt, nicht Artikel 86 in Verbindung mit Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag, und zwar auch nicht deshalb, weil die Tarife ein Element enthalten, das die Deckung der Kosten eines allgemein verfügbaren, landesweiten Festmacherdienstes bezweckt.

4. In Ermangelung genauer Tatsachenfeststellungen des nationalen Gerichts ist es nicht möglich, die dritte Frage insoweit zu beantworten, als sie sich auf eine Verletzung von Artikel 85 in Verbindung mit Artikel 5 EG-Vertrag bezieht.