

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 25. März 1999 *

Einleitung

1. Das vorliegende Ersuchen um Vorabentscheidung betrifft die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften, nach denen die Durchführung bestimmter Tätigkeiten in einem bestimmten Hafengebiet einer Gruppe von anerkannten Arbeitern vorbehalten bleibt, mit den Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts sind die Tariflöhne dieser Arbeiter — die aufgrund eines Tarifvertrages zwingend von allen Unternehmen angewandt werden — unangemessen, wenn man sie mit den Tariflöhnen vergleicht, die auf die nicht anerkannten Arbeiter anzuwenden sind, die gleichwohl zumindest einen Teil der Leistungen erbringen können, die den anerkannten Arbeitern vorbehalten sind.

Von einem streng wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet ist die Situation im Hafen von Gent mit derjenigen vergleichbar, die in bestimmten italienischen Seehäfen herrschte, als der Gerichtshof am 10. Dezember 1991 in der Rechtssache *Merci convenzionali porto di Genova*¹ entschieden hat. Vom juristischen Standpunkt aus gilt das jedoch nicht.

Das anwendbare nationale Recht

2. Nach Artikel 1 des belgischen Gesetzes vom 8. Juni 1972 über die Hafendarbeit² (im folgenden: Gesetz von 1972) darf niemand in Hafengebieten Hafendarbeit von anderen Arbeitnehmern als anerkannten Hafendarbeitern verrichten lassen.

3. Die Begriffe „Hafendarbeit“ und „Hafengebiete“ werden durch die Königlichen Verordnungen zur Durchführung des Gesetzes vom 5. Dezember 1968 über Tarifverträge und paritätische Ausschüsse definiert³. Die paritätischen Ausschüsse und Unterausschüsse bestehen aus einer gleichen Zahl von Vertretern von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen. Ihre Aufgabe ist es insbesondere, an der Erarbeitung von Tarifverträgen mitzuwirken, die in ihre Zuständigkeit fallen. Auf Antrag des betreffenden paritätischen Ausschusses können diese Verträge durch Königliche Verordnung für allgemeinverbindlich erklärt werden; daraufhin sind sie auf die Gesamtheit der Arbeitgeber und Arbeitnehmer anwendbar, die dem paritätischen Ausschuss angehören, der sie verfaßt hat.

* Originalsprache: Spanisch.

1 — C-179/90, Slg. 1991, I-5889 (im folgenden: Urteil *Merci*).

2 — *Moniteur belge* vom 8. August 1972, S. 8826.

3 — *Moniteur belge* vom 15. Januar 1969, S. 267.

4. Der auf den Hafen von Gent anwendbare Tarifvertrag datiert vom 20. Februar 1979. Er ist mit Königlicher Verordnung vom 11. Mai 1979 für allgemeinverbindlich erklärt worden⁴. Er bestimmt u. a., daß die Arbeitsverträge über die Verrichtung von Hafendarbeit nicht dem Schriftformerfordernis unterliegen, das grundsätzlich für Arbeitsverträge gilt.

5. Artikel 1 der Königlichen Verordnung vom 12. Januar 1973 zur Einsetzung des paritätischen Ausschusses für den Hafendienst sowie zur Festlegung seiner Bezeichnung und seiner Zuständigkeit⁵ (im folgenden: Königliche Verordnung von 1973) definiert „Hafendarbeit“ als: „jede Behandlung von Waren, die per See- oder Binnenschiff, Bahn oder Lastkraftwagen an- oder abtransportiert werden, und die mit diesen Waren in Zusammenhang stehenden Nebendienstleistungen, unabhängig davon, ob diese Tätigkeiten in Docks, auf Wasserstraßen oder Kaianlagen oder in Einrichtungen ausgeübt werden, die sich auf die Einfuhr, die Ausfuhr und den Transit von Waren beziehen, sowie jede Behandlung von Waren, die per See- oder Binnenschiff auf Kaianlagen von Industrie-einrichtungen transportiert oder von diesen abtransportiert werden.“

6. Nach Artikel 3 des Gesetzes von 1972 „bestimmt der König nach Stellungnahme des für das betreffende Hafengebiet zuständigen paritätischen Ausschusses die Voraussetzungen und Modalitäten für die Anerkennung als Hafendarbeiter“. Für den

Hafen von Gent legt die Königliche Verordnung vom 21. April 1977 über die Voraussetzungen und Modalitäten für die Anerkennung als Hafendarbeiter im Hafengebiet von Gent⁶ (im folgenden: Königliche Verordnung von 1977) die Voraussetzungen der Anerkennung wie Alter, Unbescholtenheit, gesundheitliche Eignung sowie berufliche Kenntnisse und Fähigkeiten der Bewerber fest.

Nach Artikel 3 Absatz 2 der Königlichen Verordnung von 1977 muß der paritätische Unterausschuß bei der Entscheidung über die Anerkennung den Arbeitskräftebedarf berücksichtigen.

7. Nach Artikel 4 des Gesetzes von 1972 werden Arbeitgeber, die es veranlassen oder zulassen, daß Hafendarbeit unter Verstoß gegen dieses Gesetz oder dessen Durchführungsverordnungen verrichtet wird, mit Geldstrafe bestraft.

Sachverhalt

8. Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens läßt sich nach dem Vorlageurteil wie folgt zusammenfassen.

4 — *Moniteur belge* vom 28. Juni 1979, S. 7378.

5 — *Moniteur belge* vom 23. Januar 1973, S. 877.

6 — *Moniteur belge* vom 10. Juni 1977, S. 7760.

9. Die belgische Gesellschaft Smeg NV betreibt im Hafengebiet von Gent, wie es in Artikel 1 der Königlichen Verordnung von 1973 und in Artikel 2 der Königlichen Verordnung vom 12. August 1974 zur Einsetzung von paritätischen Unterausschüssen für den Hafenbetrieb sowie zur Festlegung ihrer Bezeichnung, ihrer Zuständigkeit und der Zahl ihrer Mitglieder⁷ festgelegt worden ist, ein Getreideumschlagunternehmen.

10. Die Tätigkeit von Smeg besteht im Be- und Entladen von Getreideschiffen sowie im Einlagern von Getreide für Rechnung Dritter. Die Ware wird per Schiff, Bahn oder Lastkraftwagen an- und abtransportiert.

11. Zum fraglichen Zeitpunkt ließ Herr Becu, damals Direktor der Smeg, im Hafengebiet von Gent Hafendarbeit von acht nicht anerkannten Hafendarbeitern verrichten.

12. Zum gleichen Zeitpunkt ließ Frau Verweire, damals Geschäftsführerin der Gesellschaft Adia Interim, im Hafengebiet von Gent Hafendarbeit von fünf nicht anerkannten Hafendarbeitern verrichten.

13. Unstreitig führt die Smeg Hafendarbeit im Sinne der Definition in den vorerwähnten Bestimmungen der einschlägigen Königlichen Verordnungen aus; die Smeg

fällt daher in den Anwendungsbereich des Gesetzes von 1972 über die Hafendarbeit.

14. Es steht ebenfalls fest und ist nicht bestritten, daß die Smeg im fraglichen Zeitraum im Hafengebiet von Gent Hafendarbeit von nicht anerkannten Hafendarbeitern verrichten ließ, obwohl nach dem Gesetz von 1972 diese Arbeiten nur von anerkannten Hafendarbeitern ausgeführt werden dürfen.

15. Das Openbaar Ministerie (Staatsanwaltschaft) leitete gegen Herrn Becu und Frau Verweire ebenso wie gegen die von ihnen geleiteten Gesellschaften Strafverfahren wegen Verstoßes gegen das Gesetz von 1972 (vgl. oben, Nr. 7) ein. Die Correctionele Rechtbank (das Gericht erster Instanz) sprach die beiden erstgenannten Angeklagten frei und stellte das Verfahren gegen die beiden letztgenannten ein.

Unter Bezugnahme auf Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe a EG-Vertrag sowie auf die Teile der Akte, aus denen hervorgeht, daß Smeg den Arbeitnehmern einen Stundenlohn von 667 BFR zahlte, während der Mindestlohn eines gewöhnlichen Hafendarbeiters 1 335 BFR beträgt, hat das Gericht erster Instanz entschieden, daß derartige Gehaltsunterschiede als „unangemessen“ anzusehen seien, da nach den Bestimmungen des Gesetzes von 1972 sogar gewöhnliche Wartungsarbeiten

7 — *Moniteur belge* vom 10. September 1974, S. 11020.

auf dem Betriebsgelände der Smeg von anerkannten Hafenarbeitern hätten verrichtet werden müssen.

wöhnlichen (d. h. nicht anerkannten Hafen-)Arbeitern verrichtet werden kann?

Die Vorlagefragen

16. Die Staatsanwaltschaft legte gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung ein. Der Hof van Beroep Gent (Berufungsgericht) hat dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag die beiden folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Können Gemeinschaftsbürger — natürliche oder juristische Personen — beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts dann, wenn in Hafengebieten das Laden und Löschen insbesondere von Waren, die auf dem Seeweg von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat eingeführt werden, und die Hafearbeit allgemein ausschließlich „anerkannten Hafenarbeitern“ vorbehalten werden, für die die Voraussetzungen und Modalitäten der Anerkennung vom König nach Stellungnahme des für das fragliche Hafengebiet zuständigen paritätischen Ausschusses festgelegt werden, wobei festgesetzte Tarife anzuwenden sind, aus Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag in Verbindung mit den Artikeln 7, 85 und 86 EG-Vertrag Rechte, die die Mitgliedstaaten beachten müssen, herleiten, wenn diese Arbeit auch von ge-

2. Ist davon auszugehen, daß anerkannte Hafenarbeiter im Sinne von Artikel 1 des Gesetzes vom 8. Juni 1972, die zur Verrichtung von Hafearbeit in den durch die einschlägigen Rechtsvorschriften näher umschriebenen Hafengebieten allein berechtigt sind, mit Dienstleitungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag betraut sind und ihre besondere Aufgabe dann nicht mehr erfüllen könnten, wenn Artikel 90 Absatz 1 und die Verbotsbestimmungen der Artikel 7, 85 und 86 EG-Vertrag auf sie angewandt würden?

Zur ersten Frage

17. Nach ihrem Wortlaut geht die erste Frage ausschließlich dahin, ob Artikel 90 in Verbindung mit den Artikeln 6⁸, 85 und 86 EG-Vertrag subjektive Rechte begründet, auf die die Unionsbürger sich direkt berufen können, oder ob, was auf das gleiche

⁸ — Artikel 7 in der Fassung vor dem Vertrag über die Europäische Union.

herauskommt, diese Bestimmungen eine, nach allgemeinem Sprachgebrauch „unmittelbare Wirkung“ besitzen.

18. Eine Antwort auf diese Frage müßte abstrakt ausfallen; wie die belgische Regierung mit gutem Grund in ihren Erklärungen ausgeführt hat, würde sie nichts über die Erheblichkeit dieser Bestimmungen im Ausgangsverfahren aussagen. Die Vereinbarkeit der konkreten nationalen Regelung mit dem EG-Vertrag ließe sich dann bei der Beantwortung der zweiten Vorlagefrage prüfen.

19. Man könnte die Frage auch umformulieren, etwa so, wie es der Gerichtshof in Randnummer 8 des Urteils *Merci* getan hat, und sie dahin verstehen, daß das vorliegende Gericht sowohl wissen möchte, ob die von ihm zitierten Bestimmungen des EG-Vertrags unmittelbare Wirkung haben, als auch, ob die Situation im Hafen von Gent mit dieser Regelung vereinbar ist. Im vorliegenden Fall ist die erste Alternative vorzuziehen, da sie eine klarere Darlegung erlaubt.

20. Überdies bin ich aus Gründen, die ich nachfolgend darlegen werde (vgl. unten, Nr. 26) nicht der Auffassung, daß eine Auslegung von Artikel 6 EG-Vertrag für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens erforderlich ist.

21. So gesehen wirft die Beantwortung der ersten Frage des belgischen Gerichts keine größeren Probleme auf. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes sind die

in Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 86 enthaltenen Verbote geeignet, „in den Beziehungen zwischen einzelnen unmittelbaren Wirkungen zu erzeugen, [und] lassen... unmittelbar in deren Person Rechte entstehen, welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben“⁹. Insoweit als Artikel 90 Absatz 1 den Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft und insbesondere den Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausdehnt, muß das nationale Gericht diese unter Beachtung gleicher Kriterien anwenden. Dies ist so, obwohl die Formulierung von Artikel 90 Absatz 1 („die Mitgliedstaaten werden [...] [keine... Maßnahmen] treffen oder beibehalten“) zu der Annahme führen könnte, das darin enthaltene Verbot habe eine andere Rechtsnatur als die Verbote in den Artikeln 85 Absatz 1 und 86 („Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind...“), und obwohl Artikel 90 der Kommission eine besondere Kontrollpflicht auferlegt, die in keiner der beiden anderen Bestimmungen vorgesehen ist¹⁰.

Der Gerichtshof hat diese Auslegung im Hinblick auf den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung vertreten und entschieden, daß „auch im Rahmen des Artikels 90 die Bestimmungen des Artikels 86 des Ver-

9 — Vgl. u. a. folgende Urteile: Urteil vom 30. Januar 1974 in der Rechtssache 127/73 (*BRT*, Slg. 1974, 51, Randnr. 16); Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 37/79 (*Marty*, Slg. 1980, 2481, Randnr. 13); Urteil vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89 (*Delimitis*, Slg. 1991, I-935, Randnr. 45); Urteil vom 18. März 1997 in der Rechtssache C-282/95 P (*Guérin automobiles/Kommission*, Slg. 1997, I-1503, Randnr. 39) und Beschluß vom 16. September 1997 in der Rechtssache C-59/96 P (*Koelman/Kommission*, Slg. 1997, I-4809, Randnr. 43).

10 — Artikel 90 Absatz 3 bestimmt: „Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten.“

trages unmittelbare Wirkung haben und für den einzelnen Rechte begründen, die die nationalen Gerichte zu wahren haben“¹¹. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Argumentation nicht auch auf Artikel 85 angewandt werden könnte¹².

Das vorliegende Gericht bezieht sich auf die Ähnlichkeiten des vorliegenden Falles mit dem Urteil *Merci*, das der Gerichtshof am 10. Dezember 1991 erlassen hat. Aus diesem Grund halte ich es für nützlich, diese Entscheidung zum Ausgangspunkt meiner Prüfung zu machen.

22. Zusammenfassend ist auf die erste Frage des Hof van Beroep Gent zu antworten, daß Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag in Verbindung mit den Artikeln 85 und 86 für den einzelnen Rechte begründet, die die nationalen Gerichte zu wahren haben.

Der Fall des Hafens von Genua

24. Das vom Tribunale Genua vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung betraf die Frage, ob das Monopol für die Durchführung von Hafendarbeiten, das mit strafrechtlichen Sanktionen bewehrt war und das einigen Hafendarbeitergesellschaften in Italien zugute kam, mit dem EWG-Vertrag vereinbar war. Der Gerichtshof hat entschieden, daß Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag in Verbindung mit den Artikeln 30, 48 und 46 einem Mitgliedstaat untersagt, eine Regelung anzuwenden, die ein in diesem Staat ansässiges Unternehmen dazu verpflichtet, sich für die Verrichtung von Hafendarbeit eines Hafendarunternehmens zu bedienen, dessen Belegschaft nur aus Inländern besteht. Er hat auf der Grundlage der ihm vorliegenden Tatsachen weiter festgestellt, daß die Hafendarunternehmen nicht als im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut angesehen werden könnten.

Zur zweiten Frage

23. Mit der zweiten Frage will das Genter Gericht Aufschluß darüber erhalten, ob man davon ausgehen kann, daß die anerkannten Hafendarbeiter ein Unternehmen bilden, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist, und, falls dies zu bejahen ist, ob die Arbeitnehmer zur Erfüllung der besonderen Aufgabe dieses Unternehmens von den Verboten der Artikel 85, 86 und 90 Absatz 1 EG-Vertrag auf dem Gebiet des Wettbewerbs befreit sind.

25. Zwischen der gegenwärtigen Situation im Hafen von Gent und der Situation, die zum damaligen Zeitpunkt im Hafen von Genua herrschte, bestehen offenkundige Unterschiede.

11 — Vgl. die Urteile vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73 (*Sacchi*, Slg. 1974, 409, Randnr. 18) und vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-242/95 (*GT-Link*, Slg. 1997, I-4449, Randnr. 57) ebenso wie das Urteil *Merci* (Randnr. 23).

12 — Vgl. in diesem Sinne Nummer 24 der Schlußanträge des Generalanwalts Van Gerven in der Rechtssache *Merci* (Slg. 1991, I-5917).

26. Zum einen stellt das belgische Recht im Gegensatz zum italienischen kein Staatsangehörigkeitserfordernis auf. Abgesehen von dem Hinweis des vorlegenden Gerichts auf Artikel 7 (lies: Artikel 6) EG-Vertrag, der sich wahrscheinlich dadurch erklärt, daß das Berufungsgericht Gent seine Vorlagefrage der des italienischen Gerichts nachgebildet hat, enthalten weder die streitige nationale Gesetzgebung, noch die dem Vorabentscheidungsersuchen beigefügten Akte, noch die Erklärungen der Beteiligten einen Hinweis darauf, daß die erforderliche Anerkennung der Hafendarbeiter im Hafen von Gent irgendeine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit enthielte. Eine Prüfung der Sache unter dem Blickwinkel des Artikels 6 EG-Vertrag ist damit nicht erforderlich; aus denselben Gründen kann auch eine Prüfung unter dem Blickwinkel des Artikels 48 unterbleiben.

27. Zum anderen sieht das belgische Recht, wie das vorlegende Gericht zu Recht bemerkt, nur die Anerkennung des Berufs der Hafendarbeiter vor, denen sie das Monopol für alle Hafendarbeiten einräumt. Unternehmen oder Gesellschaften weist sie keinerlei besonderes oder ausschließliches Recht zu.

28. Es besteht kein Zweifel, daß trotz dieser Unterschiede beide Fallgestaltungen zu einem ähnlichen Ergebnis führen: zur Berechnung überhöhter Preise für die Erbringung derselben Dienstleistung auf dem Gebiet eines bestimmten Hafens.

29. Unter diesen Bedingungen halte ich es für notwendig, zunächst die juristischen Lehren, die man aus dem Urteil *Merci* ableiten kann, genauer darzustellen und dann diejenige oder diejenigen zu bestimmen, die auf den vorliegenden Fall übertragen werden können.

30. Aus den Randnummern 8 bis 24 des Urteils *Merci* kann geschlossen werden, daß der Gerichtshof die Aufrechterhaltung ausschließlicher Rechte zugunsten eines bestimmten Unternehmens als mit dem EG-Vertrag in dreifacher Hinsicht unvereinbar angesehen hat.

31. Der Gerichtshof hat zunächst festgestellt, daß die Regelung für den Hafen von Genua, in der ein Mitgliedstaat das Recht, in einem auf seinem Gebiet ansässigen Unternehmen zu arbeiten, seinen Staatsangehörigen vorbehielt, schon an sich mit Artikel 48 EG-Vertrag unvereinbar war.

32. Zum zweiten hat der Gerichtshof festgestellt, daß die betreffende nationale Regelung die Unternehmen, denen ausschließliche Nutzungsrechte vorbehalten waren, dazu veranlaßte, ihre beherrschende Stellung zu mißbrauchen; dies führte zu einem Verstoß gegen Artikel 86 EG-Vertrag, da hierdurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wurde.

33. Zum dritten stellte der Gerichtshof fest, daß eine nationale Regelung, die den Mißbrauch einer beherrschenden Stellung erleichtert, der seinerseits den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen

kann, regelmäßig mit Artikel 30 EG-Vertrag unvereinbar ist, der mengenmäßige Beschränkungen bei der Einfuhr sowie Maßnahmen gleicher Wirkung verbietet, sofern sie die Einfuhr von Waren aus anderen Mitgliedstaaten erschwert und daher behindert. Der Gerichtshof erklärte weiter, daß „ausweislich der Feststellungen des vorlegenden Gerichts die Entladung der Waren durch die Schiffsbesatzung billiger (hätte) ausgeführt werden können, so daß die obligatorische Inanspruchnahme der Dienstleistungen der beiden Monopolunternehmen mit zusätzlichen Kosten verbunden war und deshalb wegen der Auswirkung auf den Preis der Waren die Einfuhren beeinflussen konnte“¹³.

34. Das letzte Zitat kann beinahe wörtlich auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Aus den vom vorlegenden Gericht getroffenen Feststellungen folgt, daß der Güterumschlag durch nicht anerkannte Arbeitskräfte zu niedrigeren Kosten hätte erfolgen können. Im übrigen mußte die Verpflichtung, anerkannte Arbeitskräfte einzusetzen, da diesen ausschließliche Rechte zukamen, zu zusätzlichen Kosten führen, die einen Einfluß auf den Import haben konnten.

35. Inwieweit können die vom Gerichtshof im Urteil *Merci* angestellten Überlegungen auf den vorliegenden Fall übertragen werden?

13 — Urteil *Merci* (Randnr. 22).

36. Wie ich bereits oben aufgezeigt habe, ist im vorliegenden Fall nicht erwiesen, daß die Durchführung der Tätigkeiten, die Gegenstand eines ausschließlichen Rechts sind, an irgendein Staatsangehörigkeitserfordernis geknüpft ist. Die Gründe aus Artikel 48 EG-Vertrag sind daher im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

37. Dies scheint jedoch für die anderen Gründe nicht zu gelten. Es ist zu untersuchen, ob die auf Artikel 86 EG-Vertrag gestützten Erwägungen auf den vorliegenden Fall übertragen werden können. Es ist mit anderen Worten zu untersuchen, ob im vorliegenden Fall so wie in der Rechtssache *Merci* ein Verstoß gegen das Verbot des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt. Wenn das der Fall ist, ist zu prüfen, ob die streitige nationale Regelung auch Artikel 30 EG-Vertrag insoweit verletzt, als dieser ein Hindernis für den freien Warenverkehr voraussetzt. Es ist schließlich, und sei es allein zum Zweck der Prüfung selbst, Artikel 85 in Betracht zu ziehen, dessen Auslegung das nationale Gericht gefordert hat.

Möglicher Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln

38. Sowohl die Kommission als auch die belgische Regierung haben geltend gemacht, daß die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar seien, da die anerkannten Hafentarbeiter nicht als „Unternehmen“ im Sinne des EG-Vertrags angesehen werden könnten.

39. Die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, deren Auslegung das belgische Gericht begehrt, finden sich im Dritten Teil Titel V Kapitel 1 Abschnitt 1 EG-Vertrag, „Vorschriften für Unternehmen“. Zudem sind die Bestimmungen der Artikel 85 und 86 ausdrücklich an Unternehmen gerichtet. Im Sinne dieser Bestimmungen sind „Vereinbarungen zwischen Unternehmen“, „Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen“ und „die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung... durch ein oder mehrere Unternehmen“ untersagt. Ebenso untersagt Artikel 90 Absatz 1 den Mitgliedstaaten, „in bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren“ dem EG-Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 6 und 85 bis 94 widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten.

Die Anwendung der Bestimmungen der Artikel 85, 86 und 90 setzt also zwingend voraus, daß das Hindernis für den freien Wettbewerb einem oder mehreren Unternehmen zuzurechnen ist.

40. Damit ist zu prüfen, welches konkrete Verhalten in diesem Fall als Wettbewerbshindernis qualifiziert werden kann. Unter welche vom Vertrag verbotenen Praktiken müßte man mit anderen Worten, falls man es im vorliegenden Fall tatsächlich mit Unternehmen zu tun hätte, den vorliegenden Sachverhalt subsumieren?

41. Meiner Ansicht nach könnte die Situation im Hafen von Gent nur unter den Tatbestand des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten subsumiert werden. Ich glaube jedoch nicht, daß Artikel 85 im vorliegenden Fall anwendbar ist.

42. Die Löhne der anerkannten Hafentarbeiter werden aufgrund von Verhandlungen in Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretern festgesetzt. Es ließe sich sogar sagen, daß es sich um Vereinbarungen handelt, die unmittelbar oder mittelbar die Preise oder die sonstigen Geschäftsbedingungen festsetzen, und daß sie daher in den Anwendungsbereich von Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe a EG-Vertrag fallen. Diese Vereinbarungen wären jedoch relativ unschädlich, wenn sie nicht mit den zwingenden Bestimmungen verbunden wären, die das Monopol der Hafentarbeiter den ordnungsgemäß anerkannten Hafentararbeitern vorbehalten und das Ergebnis der Tarifverhandlungen allgemein verbindlich machen.

43. Tatsächlich begründet die nationale Regelung für die Gesamtheit der anerkannten Hafentarbeiter besondere oder ausschließliche Rechte, die ihnen eine beherrschende Stellung verschaffen können; dies ist ein Sachverhalt, auf den die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft anzuwenden wären, wenn davon auszugehen wäre, daß die Gesamtheit dieser Arbeitnehmer ein Unternehmen darstellt. Aus diesem Grunde ist meines Erachtens die dem Gerichtshof vorgelegte Frage weiter einzuschränken: Nur die Bestimmungen des Artikels 86 in Verbindung mit Artikel 90

Absätze 1 und 2 EG-Vertrag sind im vorliegenden Fall einschlägig. Ich wiederhole, daß diese Bestimmungen nur anwendbar sind, wenn die verbotenen Praktiken von Unternehmen angewandt werden.

Der Begriff des Unternehmens im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft

44. Die erste Definition des Begriffes des „Unternehmens“ durch den Gerichtshof geht auf ein Urteil vom 22. März 1961¹⁴ zurück, in dem der Gerichtshof erklärt hat, daß sich der Begriff des Unternehmens im Sinne des EGKS-Vertrags mit dem Rechtsbegriff der natürlichen oder juristischen Person deckt, und daß folglich mehrere Gesellschaften mit unterschiedlicher Rechtspersönlichkeit nicht ein einziges Unternehmen im Sinne des EGKS-Vertrags sein können, selbst wenn diese Gesellschaften Gegenstand einer sehr weitgehenden wirtschaftlichen Integration gewesen sind¹⁵. In dem Urteil Klöckner-Werke und Hoesch/Hohe Behörde, das der Gerichtshof am 13. Juli 1962 erlassen hat, hält er an entsprechenden Kriterien fest, obwohl er bereits eine wesentliche wirtschaftliche Dimension in die Definition einführt¹⁶. Der Gerichtshof hat erklärt, daß ein Unternehmen „... sich als eine einheitliche, einem selbständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren [darstellt], mit welcher auf die Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird“¹⁷. In beiden Fällen wollte der Gerichtshof die Bedeutung des förmlichen Kriteriums einer selbständigen Rechtspersönlichkeit unter-

streichen, um eine Tochtergesellschaft als gegenüber dem Mutterunternehmen selbständiges Unternehmen betrachten zu können. Rechtlicher Rahmen der zwei erwähnten Urteile war das von der Hohen Behörde der EGKS errichtete Rechtssystem der Ausgleichseinrichtung für Schrott.

45. Der Gerichtshof hat weiter auf dem Gebiet der Harmonisierung von Sozialvorschriften im Straßenverkehr eine Auslegung vertreten, die vor allem die juristische und organisatorische Selbständigkeit der betreffenden Einheit betont. In diesem Zusammenhang war unter einem „Unternehmen“ „ein selbständiges Rechtssubjekt unabhängig von seiner Rechtsform (...), das auf Dauer eine Beförderungstätigkeit ausübt und befugt ist, die Arbeit der Fahrer und der Mitglieder des Fahrpersonals zu organisieren und zu kontrollieren“¹⁸, zu verstehen.

46. Diese Definition erscheint mir jedoch für die Entscheidung der vorliegenden Streitigkeit wenig hilfreich, da weder der Sachverhalt, für den sie gegeben wurde, noch die mit der damaligen Auslegung verfolgten Ziele mit dem Gegenstand der vorliegenden Sache etwas gemein haben¹⁹.

47. 1984 hat die Rechtsprechung die erste Definition des Begriffes des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts gegeben. Der Gerichtshof hatte in Beantwortung

14 — Verbundene Rechtssachen 42/59 und 49/59 (SNUPAT/Hohe Behörde, Slg. 1961, 109).

15 — Slg. 1961, 164.

16 — Verbundene Rechtssachen 17/61 und 20/61, Slg. 1962, 653. Vgl. weiter das Urteil in der Rechtssache Mannesmann/Hohe Behörde zu denselben Rechtsvorschriften, das der Gerichtshof am selben Tag erlassen hat (Slg. 1962, 717).

17 — Urteil Mannesmann/Hohe Behörde (Slg. 1962, 750).

18 — Urteil vom 2. Oktober 1991 in der Rechtssache C-7/90 (Vandevenne u. a., Slg. 1991, I-4371, Randnr. 9).

19 — Es überrascht daher nicht, daß das Gericht erster Instanz eine mehr wirtschaftliche als auf die konkrete juristische Grundlage ausgerichtete Fassung vorgezogen hat. Vgl. in diesem Sinne sein Urteil vom 10. März 1992 in der Rechtssache T-11/89 (Shell/Kommission, Slg. 1992, II-757, Randnrn. 311 und 315).

tung eines Ersuchens um Vorabentscheidung bezüglich der Auslegung einer Gemeinschaftsbestimmung zur Gruppenfreistellung vom Kartellverbot festgestellt, daß „im Rahmen des Wettbewerbsrechts... unter dem Begriff des Unternehmens eine im Hinblick auf den jeweiligen Vertragsgegenstand bestehende wirtschaftliche Einheit zu verstehen [ist], selbst wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren, natürlichen oder juristischen, Personen gebildet wird“²⁰.

Später hat der Gerichtshof mit einer Formulierung, die als Standardformel erscheinen mußte, erklärt, daß im Rahmen des Wettbewerbsrechts „der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“, umfaßt²¹.

Auf dem Gebiet des Wettbewerbs ist das bestimmende Merkmal der Definition weniger die (rechtliche) Selbständigkeit der Einheit als die wirtschaftliche Betrachtung als Einheit. Dennoch muß die betreffende Einheit, wie ich noch ausführlicher darlegen werde, zugleich ein bestimmtes Maß an — im wesentlichen wirtschaftlicher — Selbständigkeit aufweisen.

20 — Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 170/83 (Hydrotherm Gerätebau, Slg. 1984, 2999, Randnr. 11).

21 — Zum Begriff des Unternehmens im Sinne der Artikel 85 und 86 des Vertrages vgl. insbesondere die Urteile vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 21); vom 17. Februar 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre, Slg. 1993, I-637, Randnr. 17); vom 19. Januar 1994 in der Rechtssache C-364/92 (SAT Fluggesellschaft, Slg. 1994, I-43, Randnr. 18) und vom 16. November 1995 in der Rechtssache C-244/94 (FPSA, Slg. 1995, I-4013, Randnr. 14).

48. Bei der Auslegung des Begriffes Unternehmen als „eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit“ hatte der Gerichtshof sich mehr zum wirtschaftlichen Charakter der betreffenden Tätigkeit zu äußern als zum Begriff der Einheit. Das wesentliche Problem, mit dem er konfrontiert wurde, bestand nämlich darin, zu bestimmen, ob bestimmte Tätigkeiten in den Bereich der Ausübung öffentlicher Gewalt fielen: Arbeitsvermittlung²², Verwaltung von Systemen der sozialen Sicherheit²³, Flugverkehrskontrolle²⁴, Verwaltung eines ergänzenden, freiwilligen Altersrentensystems²⁵.

49. Ich glaube jedoch nicht, daß der wirtschaftliche Charakter der hier streitigen Hafendarbeit ernsthaft in Frage steht. Wirtschaftliche Tätigkeiten sind solche, „die darin bestehen, Güter und Dienstleistungen auf dem Markt anzubieten“²⁶. Die Hafendarbeiter bieten gegen Entgelt Dienstleistungen in Form verschiedener Hafendarbeiten an: Beladen, Entladen, Umladen, Einlagerung. Das Problem besteht vielmehr darin, ob die Hafendarbeiter als eine Einheit angesehen werden können, auf die die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft anzuwenden sind.

50. Der einzige Präzedenzfall, dem sich auf diesem Gebiet Hinweise entnehmen lassen, ist das Urteil des Gerichtshofes vom 18. Juni 1998 in der Rechtssache C-35/96

22 — Urteil Höfner und Elser.

23 — Urteil Poucet und Pistre.

24 — Urteil SAT Fluggesellschaft.

25 — Urteil FPSA u. a.

26 — Urteil vom 16. Juni 1987 in der Rechtssache 118/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 2599, Randnr. 7).

(Kommission/Italien)²⁷, in dem er festgestellt hat, daß die Republik Italien dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 5 und 85 EG-Vertrag verstoßen habe, daß sie die Festsetzung einer Gebührenordnung für alle Zollspediteure genehmigt habe. Ich werde nur auf die Aspekte dieses Urteils eingehen, die ich für in dieser Sache maßgeblich halte.

51. Die italienische Regierung hielt Artikel 85 für nicht anwendbar, weil ein Zollspediteur zwar einen freien Beruf ausübe und wie ein Anwalt, ein Vermessungsingenieur oder ein Dolmetscher freiberuflich tätig sei, gleichwohl aber nicht als Unternehmen im Sinne des Artikels 85 angesehen werden könne, da die von ihm erbrachten Dienstleistungen geistiger Art seien, für die Ausübung seines Berufes eine Zulassung erforderlich sei und bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müßten. Der EG-Vertrag unterscheide im übrigen zwischen Selbständigen und Unternehmen, so daß nicht jede selbständige Tätigkeit im Rahmen eines Unternehmens ausgeübt werden müsse. Darüber hinaus fehle das unerläßliche organisatorische Merkmal, d. h. die Zusammenfassung von personellen, materiellen oder immateriellen Elementen zur dauerhaften Verfolgung eines bestimmten wirtschaftlichen Zweckes.

52. Der Gerichtshof hat keine Schwierigkeit gehabt, den wirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit der Zollspediteure festzustellen. Im Hinblick auf die weitere Voraussetzung, nämlich ausreichende Einheit oder Selbständigkeit der betreffenden Wirtschaftsteilnehmer, hat der Gerichtshof

festgestellt, daß ein Zollspediteur finanzielle Risiken übernehme, die mit der Ausübung seiner Tätigkeit verbunden seien, und daß er ein allfälliges Defizit selbst tragen müsse. Daraus schließt der Gerichtshof: „Selbst wenn es sich also bei der Tätigkeit eines Zollspediteurs um eine geistige Tätigkeit handeln sollte, für die eine Genehmigung erforderlich wäre und die ohne eine Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Elemente ausgeübt werden könnte, wäre sie nicht dem Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag entzogen“²⁸.

53. Es ist die Übernahme finanzieller Risiken, aufgrund deren ein hinreichend bedeutender Wirtschaftsteilnehmer als selbständige Einheit, d. h. als Unternehmen, angesehen werden kann. Der Begriff des Unternehmens verlangt mit anderen Worten zumindest die Existenz eines feststellbaren Zentrums, dem wirtschaftlich erhebliche Entscheidungen zugerechnet werden können.

54. Aus diesem Grund sind Arbeitnehmer keine Unternehmen. Als Hilfsorgane eines Unternehmens bilden sie mit diesem zusammen eine wirtschaftliche Einheit²⁹.

55. Dabei ist der Begriff des Unternehmens im Sinne der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags autonom auszulegen. Die Qualifizierung durch nationales Recht ist nur als

27 — Slg. 1998, I-3851.

28 — Slg. 1998, I-3896, Randnr. 38.

29 — Vgl. hierzu das Urteil vom 16. Dezember 1975 in den verbundenen Rechtssachen 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73 (Suiker Unie u. a./Kommission, Slg. 1975, 1663, Randnr. 339).

zusätzliches Indiz zu bewerten, das der Gemeinschaftsrichter in Betracht ziehen muß. In ähnlicher Weise sind auch negative Qualifizierungen des nationalen Rechts nicht entscheidend. Das bedeutet, daß eine Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, auch dann als Unternehmen im Sinne der Anwendung der Wettbewerbsregeln gilt, wenn das nationale Recht ihr diesen Status nicht zuerkennt. Es reicht also nicht aus, um eine rechtliche Beziehung vom Anwendungsbereich der auf Unternehmen anwendbaren Regeln des Gemeinschaftsrechts auszunehmen, daß sie in einer bestimmten Rechtsordnung als Arbeitsvertrag qualifiziert wird. Wie bei der Definition des Unternehmens selbst, ist nicht auf die Rechtsform der Leistung, sondern auf die tatsächlichen Gegebenheiten und konkreten Merkmale abzustellen.

56. Die Regelung für die anerkannten Arbeiter im Hafen von Gent weist einige Besonderheiten auf, die sie von einem sozusagen typischen Arbeitsverhältnis unterscheiden. Zum einen handelt es sich um Tagelöhner, die mit dem Arbeitgeber durch Verträge verbunden sind, die nach nationalem Recht Arbeitsverträge für kurze bzw. sehr kurze Zeiträume darstellen. Im übrigen unterliegt der Abschluß dieser Verträge nicht der Schriftform (siehe oben, Nr. 4).

Ich glaube nicht, daß diese beiden Merkmale für sich genommen im Hinblick auf die Zwecke, um die es hier geht, die belgisch-rechtlichen Qualifizierung der Ver-

träge als Arbeitsverträge ausschließen und sie der Erbringung unabhängiger Dienstleistungen annähern können.

Die Angaben, die dem Gerichtshof vorliegen, erlauben nicht den Schluß, daß den Hafearbeitern im Hafen von Gent als einzelnen aufgrund ihrer Tätigkeit jeweils ein feststellbares Zentrum für die Berechnung wirtschaftlicher Entscheidungen zugewiesen werden könnte. Obwohl sie ihre Dienstleistungen verschiedenen Kunden anbieten, erhalten sie von diesen Aufträge und tragen kein unternehmerisches Risiko. Somit üben die Hafearbeiter, von einem gesellschaftlichen Standpunkt betrachtet, eine Tätigkeit aus, die sich funktionell von derjenigen eines Dienstleistungsunternehmens unterscheidet³⁰. Der Begriff des Arbeitnehmers setzt voraus, daß eine Person innerhalb einer bestimmten Zeit für eine andere Person nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Dies hat der Gerichtshof grade im Hinblick auf die italienischen Hafearbeiter festgestellt³¹. Ich habe keine Anhaltspunkte dafür, daß es sich bei den belgischen Hafearbeitern anders verhielte.

57. Die Frage, ob die Hafearbeiter einzeln betrachtet als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind, ist eine andere als die Frage, ob die Gesamtheit dieser Hafearbeiter im Handelsverkehr als Einheit in Erscheinung tritt,

30 — Vgl. hierzu die Schlußanträge von Generalanwalt Jacobs in den Rechtssachen C-67/96, C-115/97, C-116/97, C-117/97 und C-219/97 (Albany International u. a., Slg. 1999, I-5751).

31 — Urteil Merzi (Randnr. 13).

die als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln angesehen werden kann. Letzteres wäre etwa der Fall, wenn der Arbeitnehmer, ohne daß sein Abhängigkeitsverhältnis gegenüber dem Unternehmen aufgehoben wäre, mit den anderen Arbeitnehmern dieses Unternehmens durch ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis verbunden wäre³².

58. Jedoch enthält der Vorlagebeschluß keinen Anhaltspunkt, der auf das Bestehen von Gesellschaftsbeziehungen zwischen den Hafentarbeitern schließen ließe. Auf Grund dessen hat der Gerichtshof den vor Gericht erschienen Parteien eine Frage gestellt, die sie schriftlich beantworten sollten. Der Gerichtshof forderte sie auf, die konkrete Organisationsform zu erläutern, die die Hafentarbeiter im Hafen von Gent gewählt hatten, um ihre Dienstleistungen anzubieten, damit zusammenhängende Verträge zu schließen und die betreffenden Dienstleistungen zu erbringen. Der Gerichtshof wollte insbesondere wissen, ob sie sich eine gemeinsame Leitungs- oder Verwaltungsstruktur gegeben oder Vereinigungen oder Körperschaften gegründet hätten, um die ihnen erteilten Arbeitsaufträge auszuführen, oder um Disziplinarvorschriften anzuwenden.

Aus den Antworten der belgischen Regierung und des Vertreters der Smeg geht hervor, daß zwischen den anerkannten Hafentarbeitern jedenfalls keine förmliche Organisation besteht, die dazu bestimmt wäre, das Angebot von Dienstleistungen, den Abschluß von Verträgen und die Er-

bringung von Dienstleistungen zu regeln. Um ihr Dienstleistungsangebot und den Abschluß der Verträge zu erleichtern, verfügten die anerkannten Hafentarbeiter über Sonderarbeitsämter. Diese seien jedoch nichts anderes als Zweigstellen der zuständigen öffentlichen Arbeitsvermittlung (d. h. des Vlaamse Dienst voor Arbeidsbemiddeling).

Ebensowenig scheinen die Hafentarbeiter eine selbständige Einheit zur Leitung oder Verwaltung der von ihnen zu erbringenden Dienstleistungen gegründet zu haben oder gründen zu können. Wenn sie auch wie beliebige andere Arbeitnehmer Mitglieder von Gewerkschaften sind, so beschränkt sich ihre Beteiligung an Leitungs- oder Verwaltungsaufgaben darauf, Vertreter zu wählen, die sie in den paritätischen Ausschüssen oder Unterausschüssen vertreten. Diese paritätischen Ausschüsse sind ihrerseits damit betraut, insoweit Disziplinalgewalt auszuüben, als diese den Rahmen eines Einzelarbeitsverhältnisses übersteigt; ansonsten steht die Disziplinalgewalt dem Arbeitgeber selbst zu.

59. Freilich hat sich die Smeg in ihren schriftlichen Erklärungen, ohne die dargelegte Situation in Abrede stellen zu wollen, auf zahlreiche inoffizielle Gepflogenheiten berufen, die ein durchaus anderes Bild von der Art und Weise gäben, in der die Durchführung der Hafentarbeit im Hafen von Gent organisiert sei.

60. Es ist nicht Sache des Gerichtshofes, im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens den Wahrheitsgehalt von Behauptun-

32 — Ebenda.

gen zu prüfen, wie sie die Smeg erhoben hat, soweit sie sich auf Umstände beziehen, die nicht im Vorlagebeschluß dargelegt sind und die sich nicht aus dem Rechtsrahmen ergeben, in dem sich der Ausgangsrechtsstreit abspielt. Ich bin daher der Ansicht, daß sie bei der Antwort an das belgische Gericht nicht berücksichtigt werden müssen.

61. Da ich also keinen Hinweis darauf gefunden habe, daß die Rechtsbeziehungen, in deren Rahmen die Hafendarbeiter ihre Dienstleistungen erbringen, nicht ausschließlich als „Arbeitsverhältnis“ zu kennzeichnen wären, und da nicht erwiesen ist, daß irgendeine Form von Organisation existiert, die als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft angesehen werden könnte, komme ich zu dem Schluß, daß diese im vorliegenden Fall nicht anwendbar sind.

Ergebnis

62. Aus den vorstehend dargelegten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf das ihm vom Hof van Beroep Gent vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung wie folgt zu antworten:

1. Artikel 90 Absatz 1 EG-Vertrag in Verbindung mit den Artikeln 85 und 86 begründet für den einzelnen Rechte, die die nationalen Gerichte wahren müssen.
2. Die Prüfung des Falles hat keine Hinweise darauf ergeben, daß die Rechtsbeziehungen, in deren Rahmen die anerkannten Hafendarbeiter im Hafengebiet von Gent ihre Dienstleistungen erbringen, nicht ausschließlich als „Arbeitsverhältnis“ zu kennzeichnen wären, oder daß irgendeine Form von Organisation existierte, die als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft angesehen werden könnte. Die Artikel 85, 86 und 90 Absatz 1 EG-Vertrag sind daher nicht anwendbar.