SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS NIILO JÄÄSKINEN vom 14. April 2011 [1]

I — Einleitung

1. Mit der vorliegenden Klage begehrt die Europäische Kommission die Feststellung, dass die Republik Polen dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 56 EG, jetzt Art. 63 AEUV [2], verstoßen hat, dass sie die Art. 143, 136 Abs. 3 und 136a Abs. 2 des Gesetzes vom 28. August 1997 über die Organisation und die Tätigkeit von Pensionsfonds [3] in geänderter Fassung (im Folgenden: Pensionsfondsgesetz), mit denen Auslandsinvestitionen von Pensionsfonds, die Teil eines nationalen Pflichtmitgliedschaftssystems sind und auf dem Kapitaldeckungsverfahren beruhen (sogenannte offene Pensionsfonds), beschränkt werden, beibehalten hat.

2. Die Wirkung der von der Kommission in Frage gestellten Rechtsvorschriften besteht darin, dass die von polnischen offenen Pensionsfonds getätigten Auslandsinvestitionen auf 5 % ihres Vermögens beschränkt werden [4].

3. Die Republik Polen bestreitet die Anwendbarkeit von Art. 56 EG. Sie macht u. a. geltend, dass es sich bei den betroffenen Pensionsfonds um dem polnischen Staat vergleichbare öffentliche Einrichtungen handle und daher jede ihre Investitionen beschränkende Rechtsvorschrift außerhalb des Geltungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit liege.

4. Hilfsweise macht die Republik Polen geltend, dass die betroffenen Rechtsvorschriften, sollten sie zu einer Beschränkung des freien Kapitalverkehrs führen, gerechtfertigt seien.

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Da die von der Kommission an die Republik Polen gerichtete mit Gründen versehene Stellungnahme vom 23. September 2008 datiert, wird auf die Bestimmungen des EG-Vertrags entsprechend der Nummerierung Bezug genommen, die vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon galt.

3 — Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz. U. 2004, Nr. 159, Position 1667).

4 — Nach Informationen der Republik Polen vom 31. Dezember 2008 haben die offenen Pensionsfonds zwischen 0 % und 4,5 % ihres Vermögens im Ausland investiert, fünf davon haben keine Investitionen im Ausland getätigt. Das Gesamtvermögen der Fonds wird auf 147 000 Mio. PLN geschätzt, was etwa 35 000 Mio. Euro entspricht (Information der Kommission auf der Grundlage der auf der Website der polnischen Finanzaufsichtsbehörde veröffentlichten Angaben [http://www.knf.gov.pl, Stand am 29. Mai 2009]). Meiner Meinung nach geht aus diesen Zahlen hervor, dass die Anlagen offener Pensionsfonds eine erhebliche Bedeutung für die Liquidität des Kapitalmarkts und die Finanzierung von Unternehmen und Rechtssubjekten des öffentlichen Rechts in Polen haben.

5. Zur Entscheidung dieses Rechtsstreits ist zunächst zu prüfen, ob Art. 56 EG auf die fraglichen Rechtsvorschriften anwendbar ist. Bejahendenfalls ist sodann zu untersuchen, ob diese Rechtsvorschriften eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellen und ob diese Beschränkung durch die Bestimmungen des Vertrags oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, wie sie in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannt sind, gerechtfertigt sind.

II — Nationales Recht

A — *Das System der Altersvorsorge*

6. Das in Polen geltende, auf drei Säulen gründende System der Altersvorsorge lässt sich wie folgt in einer Übersichtstabelle zusammenfassen [5].

Säulen	Erste Säule — Pflichtregelung; basierend auf dem Umlageverfahren	Zweite Säule — Pflichtregelung; basierend auf dem Kapitaldeckungsverfahren	Dritte Säule — freiwillige Regelung
Rechtsvorschriften	Gesetz vom 13. Oktober über das System der Sozialversicherungen [6]	Gesetz vom 28. August 1997 über die Organisation und die Tätigkeit von Pensionsfonds (Pensionsfondsgesetz)	Gesetz vom 20. April über individuelle Rentenkonten [7]
Träger	Sozialversicherungsanstalt (Zakład Ubezpieczeń Społecznych, im Folgenden: ZUS)	14 Rentengesellschaften (Powszechne Towarzystwo Emerytalne, im Folgenden: PTE)	bestehend aus freiwilligen, ergänzenden Sparmöglichkeiten
Fonds	Sozialversicherungsfonds (Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, im Folgenden: FUS)	14 offene Pensionsfonds (Otwarte Fundusze Emerytalne, im Folgenden: OFE)	

5 — Dieses System war bei Ablauf der Frist in Kraft, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme der Kommission vom 23. September 2008 gesetzt worden war. Ich merke an, dass die polnische Regierung im Januar 2011 eine öffentliche Konsultation zur Änderung des Systems lanciert hat (vgl. das vom Analysedienst des polnischen Parlaments vorbereitete Dokument *Analizy* Nr. 2[46] vom 2. Februar 2011, verfügbar auf der Website http://www.bas.sejm.gov.pl).

6 — Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. 2007, Nr. 11, Position 74).

7 — Ustawa o indywidualnych kontach emerytalnych (Dz. U. Nr. 116, Position 1205).

B — *Das Pensionsfondsgesetz*

7. Nach Art. 3 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes vom 13. Oktober 1998 über das System der Sozialversicherungen richten sich offene Pensionsfonds nach den Bestimmungen des Pensionsfondsgesetzes.

8. Gemäß Art. 2 des Pensionsfondsgesetzes besteht der Zweck eines offenen Pensionsfonds darin, finanzielle Mittel anzusammeln und anzulegen, um sie seinen Mitgliedern nach Erreichen des Rentenalters auszubezahlen.

9. Nach Art. 3 dieses Gesetzes ist ein offener Pensionsfonds eine in der Rechtsform einer Stiftung gegründete juristische Person, die mit einem Vermögen ausgestattet ist, das sich von dem der Gesellschaft, die den Pensionsfonds gegründet hat, ihn verwaltet und ihn Dritten gegenüber ausschließlich vertritt (im Folgenden: Verwaltungsgesellschaft), unterscheidet. Diese Verwaltungsgesellschaft übt ihre Tätigkeit ausschließlich in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft (Art. 27 des Pensionsfondsgesetzes) und gegen Entgelt (Art. 29 des Pensionsfondsgesetzes) aus. Eine Verwaltungsgesellschaft kann jeweils nur einen einzigen offenen Pensionsfonds verwalten.

10. Die Beitragspflichtigen können ihren offenen Pensionsfonds, in den der ZUS anschließend ein Drittel der Rentenbeiträge des betreffenden Beitragspflichtigen einzahlt, frei wählen.

11. In Anwendung von Art. 180 des Pensionsfondsgesetzes garantiert der Staat unter bestimmten Voraussetzungen die Defizitdeckung des offenen Pensionsfonds.

12. Die Art. 134 bis 137 dieses Gesetzes legen die Art der Finanzierung der Tätigkeiten des offenen Pensionsfonds fest. Nach diesen Bestimmungen können die Pensionsfonds zu ihren Gunsten einen Prozentsatz von bis zu 3,5 % von den Beiträgen entnehmen, bevor diese in Einheitspunkte umgewandelt werden. Sie können außerdem für die Verwaltung des Fonds durch die Verwaltungsgesellschaft Kosten in Rechnung stellen, wobei die Höhe dieser Kosten dem Wert des Vermögens entsprechen muss und die in Art. 196 Abs. 2 des Gesetzes festgelegten Grenzen nicht überschreiten darf.

13. Zum Zweck der Bestimmung des Werts des Vermögens, der der Bestimmung der Höhe der genannten Kosten dient, bestimmt Art. 136 Abs. 3 des Pensionsfondsgesetzes:

„Bei der Bestimmung des Werts des vom Fonds verwalteten Nettovermögens nach den Abs. 2 und 2a bleiben der Wert der Anlagen nach Art. 141 Abs. 1 Nr. 8 und der Anlagen in von Organismen für gemeinsame Anlagen mit Sitz im Ausland ausgegebenen Anteilen nach Art. 143 Abs. 1 außer Betracht."

14. Art. 136a des Pensionsfondsgesetzes bestimmt außerdem:

„(1) Die mit der Erhaltung des Vermögens sowie der Durchführung und Abwicklung von Transaktionen zum Erwerb und zur Veräußerung von Vermögenswerten des Fonds verbundenen Kosten, die in den Gebühren bestehen, die den Clearing-Stellen geschuldet werden, deren sich der Fonds aufgrund spezieller Vorschriften bedienen muss, und die Teil der Vergütung der Verwahrstelle sind, werden entsprechend der aktuell geltenden Tabelle der Provisionen und Gebühren der betreffenden Clearing-Stellen aus dem Fondsvermögen beglichen.

(2) Diejenigen Kosten nach Abs. 1, die in ausländischen Clearing-Stellen geschuldeten Gebühren bestehen, werden bis zur Höhe der entsprechenden Kosten inländischer Clearing-Stellen nach Abs. 1 aus dem Fondsvermögen beglichen."

15. Die Art. 139 bis 156 des Pensionsfondsgesetzes betreffen die Anlagetätigkeit des offenen Pensionsfonds.

16. In Art. 139 dieses Gesetzes heißt es, dass die Fonds ihr Vermögen den Bestimmungen dieses Gesetzes entsprechend in dem Bestreben anlegen müssen, sowohl die Sicherheit als auch den Ertrag dieser Anlagen zu optimieren.

17. Art. 141 Abs. 1 des Pensionsfondsgesetzes lautet:

„(1) Das Fondsvermögen darf vorbehaltlich der Bestimmungen des Art. 146 nur in folgende Kategorien von Anlageinstrumenten investiert werden:

1. Schuldverschreibungen, Anleihen und andere vom polnischen Staat oder der Polnischen Nationalbank ausgegebene Wertpapiere sowie Darlehen und Kredite an diese Institutionen;

2. Schuldverschreibungen und andere Wertpapiere, die vom polnischen Staat oder der Polnischen Nationalbank garantierte oder verbürgte Geldleistungen zum Inhalt haben, sowie von diesen Institutionen garantierte oder verbürgte. Einlagen, Kredite und Darlehen;

3. Bankeinlagen und von Banken ausgegebene Wertpapiere in polnischer Währung;

3a. Bankeinlagen und von Banken ausgegebene Wertpapiere in Währungen von Mitgliedstaaten der [Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)] oder anderen Staaten, mit dem die Republik Polen Abkommen über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen geschlossen hat, wobei diese Währungen nur zu dem Zweck erworben werden dürfen, laufende Verbindlichkeiten des Fonds zu begleichen;

4. Aktien von an einer regulierten Börse notierten Unternehmen sowie an einer regulierten Börse notierte Bezugsrechte, Aktienoptionen und Wandelanleihen solcher Unternehmen;

5. Aktien von an einem regulierten außerbörslichen Markt notierten Unternehmen oder gemäß den Bestimmungen des Gesetzes vom 29. Juli 2005 über den Handel mit Finanzinstrumenten dematerialisierte Unternehmensaktien, die nicht an einem regulierten Markt gehandelt werden, sowie an einem regulierten außerbörslichen Markt gehandelte oder dematerialiserte, jedoch nicht an einem regulierten Markt notierte Bezugsrechte, Aktienoptionen und Wandelanleihen solcher Unternehmen;

6. Anteile an inländischen Investmentfonds;

7. von geschlossenen Investmentfonds ausgestellte Investmentzertifikate;

8. von offenen Investmentfonds oder spezialisierten offenen Investmentfonds veräußerte Anteilsscheine;

9. von Gebietskörperschaften, Zusammenschlüssen von Gebietskörperschaften oder der Hauptstadt Warschau ausgegebene Schuldverschreibungen oder andere Schuldtitel, die nach den Bestimmungen des in Nr. 5 angeführten Gesetzes dematerialisiert sind;

10. andere, von Gebietskörperschaften, Zusammenschlüssen von Gebietskörperschaften oder der Hauptstadt Warschau ausgegebene Schuldverschreibungen oder andere Schuldtitel, die gemäß den Bestimmungen des in Nr. 5 angeführten Gesetzes dematerialisiert sind;

10a. Gewinnschuldverschreibungen gemäß dem Gesetz vom 29. Juni 1995 über die Schuldverschreibungen (Dz. U. von 2001, Nr. 120, Position 1300; Dz. U. von 2002, Nr. 216, Position 1824 und Dz. U. von 2003, Nr. 217, Position 2124);

11. von anderen Institutionen als Gebietskörperschaften, Zusammenschlüssen von Gebietskörperschaften oder der Hauptstadt Warschau ausgegebene, gemäß den Bestimmungen des in Nr. 5 angeführten Gesetzes dematerialisierte Schuldverschreibungen, die bis zur Höhe ihres vollen Nennwerts zuzüglich etwaiger Zinsen gesichert sind;

12. von anderen Institutionen als Gebietskörperschaften, Zusammenschlüssen von Gebietskörperschaften oder der Hauptstadt Warschau ausgegebene andere Finanzinstrumente als dematerialisierte Schuldverschreibungen und sonstige Schuldtitel, die bis zur Höhe ihres vollen Nennwerts zuzüglich etwaiger Zinsen gesichert sind;

13. andere von staatlichen Unternehmen ausgegebene Schuldverschreibungen und sonstige Schuldtitel als die in den Nrn. 11 und 12 genannten;

13a. andere, gemäß den Bestimmungen des in Nr. 5 angeführten Gesetzes dematerialisierte Schuldverschreibungen und sonstige Schuldtitel als die in den Nrn. 9 und 11 genannten;

13b. Pfandbriefe;

13c. an einem regulierten Markt in Polen handelbare Einlagenzertifikate im Sinne des Gesetzes vom 29. Juli 2005 über den Handel mit Finanzinstrumenten.

...“

18. Art. 143 des Pensionsfondsgesetzes legt sodann die Kategorien ausländischer Finanzinstrumente fest, in die offene Pensionsfonds ihre Vermögenswerte investieren dürfen. Die Bestimmung lautet:

„(1) Auf der Grundlage einer allgemeinen, durch Verordnung des für Finanzinstitute zuständigen Ministers erteilten Genehmigung und unter den in dieser Genehmigung genannten Voraussetzungen kann das Vermögen eines [OPF] im Ausland in Wertpapieren angelegt werden, die von an den Hauptbörsen der Kapitalmärkte der OECD-Staaten oder anderer, in der Genehmigung genannter Staaten notierten Unternehmen ausgegeben wurden, sowie in von den Regierungen oder Zentralbanken dieser Staaten ausgegebenen Wertpapieren und in von Organismen für gemeinsame Anlagen mit Sitz in solchen Staaten ausgegebenen Anteilen, wenn diese Organismen diese Anteile einem breiten Publikum anbieten und sie auf Verlangen des Anlegers zurücknehmen.

(2) Der Gesamtwert der Anlagen, die

1. von einem offenen Pensionsfonds in Finanzinstrumenten der in Abs. 1 genannten Kategorie getätigt werden, darf 5 % des Fondsvermögens nicht übersteigen.

...“

C — *Die Ministerialverordnung vom 23. Dezember 2003*

19. Das Pensionsfondsgesetz wird durch Art. 1 der Verordnung des Ministers für Finanzen vom 23. Dezember 2003 über die allgemeine Genehmigung von Auslandsinvestitionen von Pensionsfonds [8] in geänderter

8 — Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie ogólnego zezwolenia na lokowanie aktywów funduszy emerytalnych poza granicami kraju (Dz. U. Nr. 229, Position 2286).

Fassung (im Folgenden: Ministerialverordnung vom 23. Dezember 2003) ergänzt. Diese bestimmt in ihrem § 1 Abs. 3, dass Anlagen in ausländischen Werten eine Bewertung der Investitionsumfangs erfordern, die von einer spezialisierten, auf dem internationalen Kapitalmarkt anerkannten Ratingagentur erstellt wird und in der das Investitionsrisiko hinsichtlich der betreffenden Wertpapiere und der Fähigkeit des Ausstellers dieser Wertpapiere, seine eingegangenen Verpflichtungen bei Fälligkeit zu erfüllen, bewertet wird.

III — Das Vorverfahren

20. Am 23. Oktober 2007 übersandte die Kommission der Republik Polen ein Mahnschreiben betreffend eine Vertragsverletzung nach Art. 56 EG. Die Kommission führte in diesem Schreiben aus, dass Art. 143 in Verbindung mit den Art. 141, 136 Abs. 3 und 136a Abs. 2 des Pensionsfondsgesetzes Auslandsinvestitionen offener Pensionsfonds beschränkte und deshalb gegen die Grundfreiheit des freien Kapitalverkehrs nach Art. 56 EG verstieß.

21. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2007 antwortete die polnische Regierung auf die Rügen der Kommission und wandte ein, dass Art. 56 EG auf offene Pensionsfonds nicht anwendbar sei.

22. Am 23. September 2008 richtete die Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die Republik Polen, in der sie die Argumentation der polnischen Behörden bezüglich der Nichtanwendbarkeit von Art. 56 EG auf die Tätigkeit offener Pensionsfonds zurückwies und die Rüge einer Verletzung von Art. 56 EG aufgrund der durch Art. 143 in Verbindung mit den Art. 141, 136 Abs. 3 und 136a Abs. 2 des Pensionsfondsgesetzes auferlegten Investitionsbeschränkung aufrechterhielt.

23. In Beantwortung der mit Gründen versehenen Stellungnahme der Kommission machte die polnische Regierung am 24. November 2008 zusätzlich zur Nichtanwendbarkeit von Art. 56 EG auf die Tätigkeit offener Pensionsfonds zur Rechtfertigung der Beschränkungen, die Investitionen dieser Fonds auferlegt werden, die Notwendigkeit geltend, das öffentliche Interesse durch Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherheit zu schützen.

24. In Anbetracht der von der Republik Polen vertretenen Positionen hat die Kommission beschlossen, am 16. Juli 2009 die vorliegende Klage zu erheben.

25. In der Sitzung vom 16. Dezember 2010 haben die Kommission und die Republik Polen mündlich verhandelt.

IV — Würdigung

A — *Zur Zulässigkeit*

26. In ihrer Gegenerwiderung wendet die Republik Polen ein, die Klage sei aus zwei Gründen unzulässig.

27. Erstens müsse der Gerichtshof die Unzulässigkeit der Klage aufgrund der abweichenden Auffassungen der Republik Polen und der Kommission im Hinblick auf die Bewertung der tatsächlichen Aspekte dieser Rechtssache und die Kriterien, die einen Verstoß gegen das Unionsrecht begründen sollen, feststellen.

28. Nach Ansicht der Republik Polen hat die Kommission dadurch, dass sie die Grundsätze, die Natur und die rechtliche Regelung der offenen Pensionsfonds nicht richtig und umfassend bestimmt habe, zum einen den Gegenstand des Rechtsstreits im Vorverfahren nicht präzise umschrieben und zum anderen gegen Art. 38 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs verstoßen. Die Meinungsverschiedenheiten beträfen die Frage der Zuordnung der offenen Pensionsfonds zu den verschiedenen Säulen des Sozialversicherungssystems, die staatliche Natur der Vermögenswerte offener Pensionsfonds sowie die Trennung zwischen offenen Pensionsfonds und Verwaltungsgesellschaften. Was insbesondere den ersten dieser Punkte betrifft, führe das fehlerhafte Verständnis, das die Kommission von den Grundsätzen der Funktionsweise des polnischen Sozialversicherungssystems habe, sie dazu, die erste und die zweite Säule in Bezug auf die diese regelnden Grundsätze zu trennen und die zweite und die dritte Säule gleichzusetzen, was als Grundlage für die fehlerhafte Feststellung diene, dass offene Pensionsfonds als eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtungen anzusehen seien.

29. Ich weise darauf hin, dass der ordnungsgemäße Ablauf des Vorverfahrens nach ständiger Rechtsprechung eine durch den EG-Vertrag vorgeschriebene wesentliche Garantie nicht nur für den Schutz der Rechte des betroffenen Mitgliedstaats bildet, sondern auch dafür, dass sichergestellt ist, dass das eventuelle streitige Verfahren einen eindeutig festgelegten Streitgegenstand hat. Aus dieser Zielsetzung folgt, dass das Mahnschreiben zum einen den Gegenstand des Rechtsstreits eingrenzen und dem zur Äußerung aufgeforderten Mitgliedstaat die notwendigen Angaben zur Vorbereitung seiner Verteidigung an die Hand geben und zum anderen diesem Staat ermöglichen soll, die Angelegenheit zu bereinigen, bevor der Gerichtshof angerufen wird. [9] Der Mitgliedstaat kann daher während des gesamten Vorverfahrens die Sachverhaltsdarstellung der Kommission präzisieren und korrigieren.

30. Allerdings besteht das Ziel dieses Verfahrens nicht darin, dass die Kommission und der Mitgliedstaat in allen den Sachverhalt betreffenden Punkten oder deren Beurteilung

9 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. April 2008, Kommission/Italien (C-442/06, Slg. 2008, I-2413, Randnr. 22).

übereinstimmen. Die Kommission kann rechtswirksam eine Klage erheben, wenn sie dies für angebracht hält und die Verfahrensvorschriften vollumfänglich beachtet werden. Daher hindert der Umstand, dass der Mitgliedstaat die von der Kommission vorgenommene Würdigung nicht in vollem Umfang teilt, Letztere nicht daran, eine Vertragsverletzungsklage zu erheben. Allerdings obliegt die Beweislast stets der Kommission.

31. Wie der Ablauf des Vorverfahrens zeigt, waren im vorliegenden Fall die Ausführungen der Kommission in diesem Verfahrensstadium hinreichend klar, um der Republik Polen zu ermöglichen, sich zu verteidigen.

32. Diese Einrede der Unzulässigkeit ist somit als unbegründet zurückzuweisen.

33. Zweitens erhebt die Republik Polen in ihrer Gegenerwiderung eine weitere Einrede der Unzulässigkeit dagegen, dass die Kommission sich in ihrer Erwiderung auf die Ministerialverordnung vom 23. Dezember 2003 berufe. Dies sei, da es im Vorverfahren nicht vorgebracht worden sei, eine neue Rüge, die keine Verbindung zu den ursprünglich geltend gemachten Rügen aufweise und auch keine Weiterentwicklung derselben darstelle.

34. Ich merke an, dass die Kommission die Verordnung vom 23. Dezember 2003 im Vorverfahren nicht angeführt hat, sondern erst beim Gerichtshof im Rahmen ihrer Erwiderung. Allerdings führt sie diese Verordnung lediglich in Beantwortung der dazu von der Republik Polen in deren Klagebeantwortung gemachten Anmerkungen an. Dadurch, dass sie die Verordnung in ihrer Erwiderung kommentiert, hat die Kommission die in ihrer Klageschrift gegen den Mitgliedstaat erhobenen Rügen nicht abgeändert. [10].

35. Diese Einrede der Unzulässigkeit ist daher ebenfalls als unbegründet zurückzuweisen.

B — *Zur Begründetheit*

36. Die Kommission macht geltend, dass die Beschränkungen der Höhe und der Art möglicher Auslandsinvestitionen in Art. 143 Abs. 1 und 2 des Pensionsfondsgesetzes in Verbindung mit den Art. 141 und 136 Abs. 3 dieses Gesetzes sowie dessen die Kosten der Tätigkeit offener Pensionsfonds betreffenden Art. 136a Abs. 2, die diese Fonds davon abhalten könnten, ihr Vermögen außerhalb des polnischen Hoheitsgebiets anzulegen, Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs im Sinne von Art. 56 EG darstellten.

10 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 20. Juni 2002, Kommission/Deutschland (C-287/00, Slg. 2002, I-5811, Randnr. 24).

37. Nach Ansicht der Republik Polen ist Art. 56 EG auf die Tätigkeit offener Pensionsfonds nicht anwendbar. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass die rechtliche Stellung der offenen Pensionsfonds und der Umstand, dass deren Tätigkeit dem Pflichtrentensystem unterliege, die Art. 143, 136 Abs. 3 und 136a des Pensionsfondsgesetzes vom Geltungsbereich der durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit des freien Kapitalverkehrs ausschließe.

38. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob Art. 56 EG im vorliegenden Fall anwendbar ist.

1. Zum Anwendungsbereich von Art. 56 EG

39. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Art. 56 Abs. 1 EG nach ständiger Rechtsprechung ganz allgemein Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten verbietet [11].

40. In Ermangelung einer Definition des Begriffs „Kapitalverkehr“ im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG im Vertrag hat der Gerichtshof der Nomenklatur für den Kapitalverkehr in Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG Hinweischarakter zuerkannt [12].

41. Der Gerichtshof hat entschieden, dass „Kapitalbewegungen“ im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG u. a. sogenannte Portfolioinvestitionen sind, d. h. Investitionen in Form des Erwerbs von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt allein in der Absicht einer Geldanlage, ohne auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens Einfluss nehmen zu wollen [13].

42. Wie der Gerichtshof ausgeführt hat, sind nationale Maßnahmen als „Beschränkungen“ im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG anzusehen, wenn sie geeignet sind, den Erwerb von Aktien der betreffenden Unternehmen zu verhindern oder zu beschränken oder aber Investoren anderer Mitgliedstaaten davon abzuhalten, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren [14].

11 — Vgl. u. a. Urteile vom 28. September 2006, Kommission/Niederlande (C-282/04 und C-283/04, Slg. 2006, I-9141, Randnr. 18 und die dort angeführte Rechtsprechung), sowie vom 23. Oktober 2007, Kommission/Deutschland (C-112/05, Slg. 2007, I-8995, Randnr. 17).

12 — Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages [dieser Artikel ist durch den Vertrag von Amsterdam aufgehoben worden] (ABl. L 178, S. 5).

13 — Vgl. Urteil Kommission/Niederlande, Randnr. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung.

14 — Vgl. Urteile vom 4. Juni 2002, Kommission/Portugal (C-367/98, Slg. 2002, I-4731, Randnrn. 45 und 46), vom 4. Juni 2002, Kommission/Frankreich (C-483/99, Slg. 2002, I-4781, Randnr. 40), vom 13. Mai 2003, Kommission/Spanien (C-463/00, Slg. 2003, I-4581, Randnrn. 61 und 62), vom 13. Mai 2003, Kommission/Vereinigtes Königreich (C-98/01, Slg. 2003, I-4641, Randnrn. 47 und 49), vom 2. Juni 2005, Kommission/Italien (C-174/04, Slg. 2005, I-4933, Randnrn. 30 und 31), und Kommission/Niederlande (Randnr. 20).

43. Meiner Meinung nach entsprechen die von offenen Pensionsfonds getätigten Investitionen voll und ganz der Definition der Portfolioinvestitionen. Allerdings vertritt die Republik Polen die Auffassung, dass der staatliche Charakter der Pensionsfonds diese aus dem Anwendungsbereich von Art. 56 EG ausschließe.

44. Bevor untersucht wird, ob die fraglichen Fonds einen solchen Charakter aufweisen, ist zu prüfen, ob der staatliche Charakter der Pensionsfonds für den freien Kapitalverkehr eine entscheidende Rolle spielen kann, denn wenn dies nicht der Fall wäre, wäre die Prüfung, ob die fraglichen Fonds „privater" oder „staatlicher" Natur sind, überflüssig [15].

45. Die Liberalisierung des freien Kapitalverkehrs, die der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vorsah, war nach der ursprünglichen Fassung von Art. 67 EWG lediglich ein Ziel, das durch spätere Maßnahmen erreicht werden sollte [16].

46. Hinsichtlich der Tragweite der Liberalisierung konnte aufgrund des ursprünglichen Wortlauts durch die Bezugnahme auf „Berechtigte, die in den Mitgliedstaaten ansässig sind" eine gewisse Ungewissheit herrschen. Allerdings scheint mir klar zu sein, dass die Mitgliedstaaten von Anfang an darunter fielen [17], wodurch die durch den Vertrag von Maastricht eingeführte Änderung, mit der jede Bezugnahme auf „Berechtigte" beseitigt wurde, indem gerade die Worte „Berechtigte, die in den Mitgliedstaaten ansässig sind" gestrichen wurden [18], offensichtlich wurde.

47. Daher ist Art. 56 EG auf offene Pensionsfonds sehr wohl anwendbar, selbst wenn deren Tätigkeit „staatlich" ist. Folglich haben Maßnahmen wie die hier fraglichen die Vertragsbestimmungen zur Kapitalverkehrsfreiheit unabhängig von der Frage zu beachten, ob das betreffende Vermögen des offenen Pensionsfonds staatlichen oder privaten Ursprungs ist. Unter diesen Umständen ist es nicht erforderlich, festzustellen, ob die fraglichen finanziellen Mittel tatsächlich „staatlichen" Ursprungs sind, wie die Republik Polen

15 — Ich stelle allerdings fest, dass der „staatliche" oder „private" Charakter dieser Fonds einen Einfluss auf die später zu behandelnde Frage haben kann, ob die Beschränkungen objektiv gerechtfertigt sind oder nicht.

16 — Art. 67 Abs. 1 EWG-Vertrag lautet: „Soweit es für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes notwendig ist, beseitigen die Mitgliedstaaten untereinander während der Übergangszeit schrittweise alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs in Bezug auf Berechtigte, die in den Mitgliedstaaten ansässig sind, und heben alle Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnorts der Parteien oder des Anlageorts auf."

17 — Vgl. dazu bereits Art. 68 Abs. 3 des EWG-Vertrags (zum 1. Januar 1994 aufgehoben durch den Vertrag von Maastricht), wonach „Anleihen zur mittelbaren oder unmittelbaren Finanzierung eines Mitgliedstaats oder seiner Gebietskörperschaften … in einem anderen Mitgliedstaat nur aufgelegt oder untergebracht werden [dürfen], wenn sich die beteiligten Staaten darüber verständigt haben. Diese Bestimmung steht der Anwendung des Artikels 22 des Protokolls über die Satzung der europäischen Investitionsbank nicht entgegen." Meiner Meinung nach hätte es dieser Vorschrift nicht bedurft, wenn die Operationen der Mitgliedstaaten auf den Kapitalmärkten nicht von den Vorschriften des EWG-Vertrags über den freien Kapitalverkehr erfasst gewesen wären.

18 — Vgl. Art. 73 B Abs. 1 des EG-Vertrags, der zu Art. 56 Abs. 1 EG wurde und nach dem „[i]m Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels … alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten [sind]".

behauptet. Darüber hinaus ist auch die Frage, wer als „Berechtigter“ des vom offenen Pensionsfonds gehaltenen Vermögens anzusehen ist, nicht von Bedeutung [19].

2. Zum Vorliegen einer Beschränkung des freien Kapitalverkehrs

a) Art. 143 des Pensionsfondsgesetzes

48. Erstens rügt die Kommission die folgende Beschränkung des freien Kapitalverkehrs: Art. 143 Abs. 2 des Pensionsfondsgesetzes beschränke den Wert der Anlagen, die ein offener Pensionsfonds außerhalb Polens tätigen dürfe.

49. Ich stelle fest, dass die Auslandsanlagen nach dieser Vorschrift 5 % des Werts des Vermögens des betreffenden Fonds nicht übersteigen dürfen. Diese Bestimmung stellt somit eine mengenmäßige Beschränkung dar. Ihr entspricht die Pflicht, 95 % des Vermögens des offenen Pensionsfonds in polnische Aktien, Schuldverschreibungen oder Einlagen zu investieren, und schafft damit ein System der Inlandspräferenz für die Investitionen dieser Fonds.

50. Außerdem enthält die Liste der Auslandsinvestitionen in Art. 143 des Pensionsfondsgesetzes nicht alle in dem sich auf Inlandsinvestitionen beziehenden Art 141 dieses Gesetzes aufgezählten Anlagekategorien. Art. 143 Abs. 1 dieses Gesetzes sieht nämlich lediglich die folgenden Möglichkeiten der Vermögensanlage offener Pensionsfonds außerhalb des polnischen Hoheitsgebiets vor:

— Wertpapiere, die von an den Hauptbörsen der Kapitalmärkte eines OECD-Staats oder eines in der ministeriellen Genehmigung genannten Staates notierten Unternehmen ausgegeben wurden,

— von der Regierung oder der Zentralbank eines OECD-Staats oder eines in der ministeriellen Genehmigung genannten Staates ausgegebene Wertpapiere sowie

— von Organismen für gemeinsame Anlagen mit Sitz im Ausland ausgegebene Anteile, wenn diese einem breiten Publikum zugänglich sind und auf Verlangen des Anlegers zurückgenommen werden.

19 — Es ist darauf hinzuweisen, dass der Vertrag zum freien Kapitalverkehr keine Ausnahme für die „öffentliche Hand“ vorsieht, wie dies für die Personenfreizügigkeit nach Art. 39 Abs. 4 EG, die Niederlassungsfreiheit nach Art. 45 Abs. 1 EG und für Dienstleistungen nach Art. 55 EG der Fall ist.

51. Verglichen mit den in Art. 141 Abs. 1 des Pensionsfondsgesetzes aufgezählten Kategorien von Anlagen, die in Polen getätigt werden können, können die offenen Pensionsfonds somit u. a. in folgende Anlageinstrumente nicht investieren:

— der Regierung eines anderen Mitgliedstaats oder dessen Zentralbank gewährte Darlehen und Kredite (vgl. Art. 141 Abs. 1 Nr. 1),

— Schuldverschreibungen und andere Wertpapiere, insbesondere Einlagen und Anleihen bei anderen Instituten, die von der Regierung eines anderen Mitgliedstaats oder dessen Zentralbank garantiert werden (vgl. Art. 141 Abs. 1 Nr. 2),

— von einer Gebietskörperschaft eines anderen Mitgliedstaats ausgegebene Schuldverschreibungen oder andere Schuldtitel (vgl. Art. 141 Abs. 1 Nrn. 9 bis 12),

— Aktien von an einer anderen Börse als dem Primärmarkt notierten Unternehmen (vgl. Art. 141 Abs. 1 Nr. 5) und Wandelanleihen (vgl. Art. 141 Abs. 1 Nr. 4) sowie

— Bezugsrechte, Aktienoptionen und Wandelanleihen von Unternehmen, die an einem regulierten Markt notiert sind oder dematerialisiert sind, jedoch nicht an einem regulierten Markt notiert sind (vgl. Art. 114 Abs. 1 Nr. 5).

52. Die Republik Polen hat selbst eingeräumt, dass Art. 143 des Pensionsfondsgesetzes für Anlagen offener Pensionsfonds eine Grenze festlegt.

53. Meiner Ansicht nach stellt eine Liste möglicher Auslandsinvestitionen, die einen geringeren Umfang hat als die Liste möglicher Inlandsinvestitionen, nicht nur eine Beschränkung des Kapitalverkehrs im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG dar, sondern auch eine Benachteiligung von Anlagen in ausländischen Schuldtiteln gegenüber solchen in inländischen Schuldtiteln.

b) Art. 136 Abs. 3 des Pensionsfondsgesetzes

54. Zweitens rügt die Kommission die folgende Beschränkung des freien Kapitalverkehrs: Nach Art. 136 Abs. 3 des Pensionsfondsgesetzes werde der Wert von Anlagen, die ein offener Pensionsfonds in von im Ausland ansässige Organismen für gemeinsame Anlagen (Investmentfonds) ausgegebenen Anteilen nach Art. 143 Abs. 1 des Pensionsfondsgesetzes tätige, bei der Ermittlung des Nettovermögens des betreffenden Fonds nicht berücksichtigt. Dennoch werde der der Verwaltungsgesellschaft als Kosten für

die Verwaltung des offenen Pensionsfonds geschuldete Betrag auf der Grundlage des Werts des Nettovermögens des Fonds nach Art. 136 Abs. 2a des Pensionsfondsgesetzes berechnet. Daher könne die Verwaltungsgesellschaft für die Verwaltung des in Investmentfonds mit Sitz im Ausland investierten Fondsvermögens welcher Kategorie auch immer keine Gebühren erheben.

55. Meiner Meinung nach stellt diese Bestimmung eine Beschränkung des Kapitalverkehrs im Sinne von Art. 56 EG dar, soweit sie offene Pensionsfonds davon abhält, ihr Vermögen in ausländische Investmentfonds zu investieren. Es liegt eine unmittelbare Beschränkung vor.

56. Darüber hinaus beschränkt diese Bestimmung den Kapitalverkehr mittelbar, indem sie die Investitionen beschränkt, die der offene Pensionsfonds in nationale Investmentfonds, die ihrerseits ihr Vermögen im Ausland anlegen, tätigen kann [20].

57. Somit benachteiligt diese Bestimmung die Anlagen in ausländischen Investmentfonds gegenüber Anlagen, die von offenen Pensionsfonds in nicht in Art. 141 Abs. 1 Nr. 8 des Pensionsfondsgesetzes aufgeführten inländischen Investmentfonds (z. B. geschlossene Investmentfonds) getätigt werden und auf die die Verwaltungsgesellschaft Verwaltungskosten erheben darf.

c) Art. 136a Abs. 2 des Pensionsfondsgesetzes

58. Drittens rügt die Kommission die folgende Beschränkung des freien Kapitalverkehrs: Art. 136a Abs. 1 des Pensionsfondsgesetzes bestimme, dass die ausländischen Clearing-Stellen geschuldeten Transaktionskosten durch das Vermögen eines offenen Pensionsfonds nur bis zur Höhe der entsprechenden, inländischen Clearing-Stellen geschuldeten Kosten gedeckt werden dürften.

59. Ich bin der Ansicht, dass auch diese Bestimmung offene Pensionsfonds von Auslandsinvestitionen abhalten kann, soweit sie die Kosten dieser Transaktionen nicht vollständig mit ihrem Vermögen decken können, wie dies bei Inlandsinvestitionen möglich ist. Auf diese Weise beschränkt Art. 136a Abs. 2 des Pensionsfondsgesetzes nicht nur den Kapitalverkehr, sondern benachteiligt auch die Auslandsinvestitionen offener Pensionsfonds.

20 — Art. 136 Abs. 3 dieses Gesetzes, der auf Art. 141 Abs. 1 Nr. 8 des Gesetzes verweist, behandelt in dieser Weise nur Investitionen in spezialisierte inländische offene Investmentfonds.

3. Zum Vorliegen einer Rechtfertigung der Beschränkung des freien Kapitalverkehrs

60. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen ist festzustellen, dass die fraglichen Rechtsvorschriften zu einer Beschränkung des Kapitalverkehrs im Sinne von Art. 56 EG führen. Nach gefestigter Rechtsprechung können nationale Regelungen, die den freien Kapitalverkehr beschränken, aus den in Art. 58 EG genannten Gründen oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses unter der Voraussetzung gerechtfertigt sein, dass sie geeignet sind, die Verwirklichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist [21]. Es ist offensichtlich, dass noch weitere Ausnahmevorschriften des Vertrags angeführt werden können, wie dies die Republik Polen tut. Meiner Ansicht nach sind in diesem Kontext die von der Republik Polen angeführten Art. 58 EG, 86 Abs. 2 EG, 137 Abs. 4 EG und 295 EG daraufhin zu prüfen, ob sie geeignet sind, die festgestellten Beschränkungen zu rechtfertigen.

61. Die Kommission ihrerseits vertritt — ohne die Notwendigkeit in Frage zu stellen, die Sicherheit der auf den Rentenkonten des offenen Pensionsfonds angesammelten finanziellen Mittel zu gewährleisten — die Ansicht, derartige Beschränkungen könnten aufgrund ihres diskriminierenden Charakters weder nach Art. 58 Abs. 1 Buchst. b EG noch nach irgendeiner anderen Vorschrift oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die im finanziellen Gleichgewicht des offenen Pensionsfonds und dem Schutz seiner Mitglieder zu sehen seien, gerechtfertigt sein und seien jedenfalls unverhältnismäßig.

62. Die Republik Polen bestreitet den beschränkenden Charakter der fraglichen Maßnahmen nicht, hält diese aber für gerechtfertigt. Daher sind die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe zu prüfen.

a) Rechtfertigung nach Art. 58 EG

63. Die Republik Polen macht zur Rechtfertigung einer strengeren Behandlung von Anlagen, die offene Pensionsfonds im Ausland tätigen, gegenüber solchen, die diese in Polen tätigen, zwei Arten von auf Art. 58 EG gestützten Gründen geltend. Sie bezieht sich zum einen auf das Risiko von Wechselkursschwankungen und zum anderen auf angebliche Schwierigkeiten, die sie bei der Einholung von Informationen zu den ausländischen Kapitalmärkten und deren Anlageinstrumenten erfahren hätten und aus denen sich eine „Informationsasymmetrie“ ergeben habe.

21 — Vgl. Urteil vom 11. November 2010, Kommission/Portugal (C-543/08, Slg. 2010, I-11241, Randnr. 83 und die dort angeführte Rechtsprechung).

64. Ich weise darauf hin, dass Art. 56 EG nach Art. 58 Abs. 1 Buchst. b EG das Recht der Mitgliedstaaten unberührt lässt, die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Aufsicht über Finanzinstitute, zu verhindern, sowie Meldeverfahren für den Kapitalverkehr zwecks administrativer oder statistischer Information vorzusehen oder Maßnahmen zu ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind [22].

65. Die polnischen offenen Pensionsfonds scheinen mir nicht als Finanzinstitute qualifiziert werden zu können, selbst wenn die betreffende Regelung als zur Aufsicht über diese Fonds gehörend angesehen werden könnte. Tatsächlich will die Republik Polen mit ihrer gesamten Argumentation aufzeigen, dass die Pensionsfonds Ausdrucksformen des polnischen Staates sind, was mir gerade die Möglichkeit auszuschließen scheint, sie als Finanzinstitute zu qualifizieren. Außerdem hat der Mitgliedstaat keine Ausnahme geltend gemacht, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt wäre, und ist meiner Meinung nach dazu auch gar nicht in der Lage. Die anderen Abweichungen von der genannten Regelung sind nicht einschlägig.

22 — Außerdem dürfen nach Abs. 3 dieses Artikels die in den Abs. 1 und 2 genannten Maßnahmen und Verfahren weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Art. 56 EG darstellen.

66. Daher können die vorliegenden Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs nicht auf der Grundlage von Art. 58 Abs. 1 Buchst. b EG gerechtfertigt werden.

b) Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG

67. Die Republik Polen macht geltend, dass die Anwendbarkeit von Art. 56 EG auch auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 2 EG ausgeschlossen werden müsse, soweit offene Pensionsfonds mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen seien.

68. Ich weise darauf hin, dass die Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 2 EG voraussetzt, dass ein Unternehmen gegeben ist, das sich am Markt u. a. durch das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen betätigt. Es besteht die Möglichkeit, dass zu diesem Zweck bestimmte staatliche Vorrechte auf ein Unternehmen übertragen werden [23].

23 — Es ist insoweit hilfreich, an das zu erinnern, was Generalanwalt Jacobs in Nr. 25 seiner Schlussanträge in der mit dem Urteil vom 16. März 2004, AOK Bundesverband u. a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Slg. 2004, I-2493), abgeschlossenen Rechtssache zum funktionellen Ansatz ausgeführt hat, dass nämlich, „[w]as den Status der Krankenkassen anbelangt, … sich die allgemeine Vorgehensweise des Gerichtshofes bei der Prüfung, ob eine bestimmte Einheit ein Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft darstellt, als funktional beschreiben [lässt], da er auf die Art der ausgeübten Tätigkeit statt auf die Eigenschaften derjenigen, die sie ausüben, die damit verbundenen sozialen Zwecke oder die rechtlichen oder finanziellen Regelungen abstellt, denen sie in einem bestimmten Mitgliedstaat unterliegt … Ist eine Tätigkeit wirtschaftlicher Natur, unterliegen diejenigen, die ihr nachgehen, dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft."

69. Im vorliegenden Fall hat die Republik Polen die betreffenden Fonds als Ausdrucksformen des Staates definiert, die Zielen gesellschaftlicher Art dienten. Meiner Meinung nach schließt dies die Möglichkeit aus, sie als Unternehmen zu qualifizieren, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, was Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 86 Abs. 2 EG ist.

70. Allerdings ist es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, die Verwaltungsgesellschaften dieser Fonds für sich betrachtet sowie die aus den Verwaltungsgesellschaften und ihrem jeweiligen Fonds gebildeten Einheiten als Unternehmen anzusehen, auch wenn es sich um ein System gesetzlicher Renten handelt, soweit diese Unternehmen am Markt tätig sind.

71. Jedoch bietet eine Verwaltungsgesellschaft ihre Dienste keinem offenen Kundenkreis an, da das polnische Recht verlangt, dass eine Verwaltungsgesellschaft nur einen einzigen offenen Pensionsfonds verwaltet. Dies scheint mir die Möglichkeit auszuschließen, ihre Tätigkeit als Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Wettbewerbsrechts anzusehen, obgleich der Gesetzgeber ihnen wahrscheinlich einen Erwerbszweck beigemessen hat, um den Wettbewerb im Bereich der gesetzlichen Renten zu verstärken.

72. Die Tätigkeit der offenen Pensionsfonds, deren Begünstigte die Beitragszahler sind, könnte insoweit als Dienstleistung von allgemeinem Interesse qualifiziert werden, als sie darin besteht, Vermögen zu verwalten, um Gelder an den ZUS überweisen zu können, damit diese anschließend den Berechtigten die den kapitalisierten Beiträgen entsprechenden Renten auszahlt. Hingegen unterscheidet sich der andere Teil der Tätigkeit des offenen Pensionsfonds, der in der Vermögensanlage besteht, nicht von der Tätigkeit der anderen institutionellen Anleger, die der strengen Aufsicht unterliegen, wie Lebensversicherungsgesellschaften.

73. Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Republik Polen, selbst wenn man von der Annahme ausgeht, dass die Verwaltungsgesellschaften für sich genommen oder zusammen mit den von ihnen verwalteten Fonds Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts sind, nicht aufgezeigt hat, weshalb die betreffenden Beschränkungen erforderlich sein sollten, um die Erreichung der von diesen Fonds verfolgten Ziele zu gewährleisten. Sie hat nämlich nicht dargetan, dass eine Inlandspräferenz im Investmentbereich zur Erreichung der Ziele des Fonds, nämlich Dienstleistungen der Vermögensverwaltung für das System der gesetzlichen Renten zu erbringen, notwendig wäre.

74. Aus diesen Gründen ist auch dieses Rechtfertigungsvorbringen zurückzuweisen.

c) Rechtfertigung nach Art. 137 Abs. 4 EG

75. Die Republik Polen trägt vor, dass nach Art. 137 Abs. 4 EG sie allein für die Festlegung der Grundsätze der Arbeitsweise des

Systems der obligatorischen Sozialversicherung zuständig sei, die damit auf keinen Fall unter Art. 56 EG fielen.

76. Dieser These kann nicht gefolgt werden.

77. Zwar ist es nach ständiger Rechtsprechung in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Harmonisierung Sache des Rechts jedes Mitgliedstaats, insbesondere die Voraussetzungen der Verpflichtung, sich bei einem System der sozialen Sicherheit zu versichern, und damit die Art der Finanzierung dieses Systems festzulegen, doch müssen die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Befugnis gleichwohl das Gemeinschaftsrecht einschließlich der Kapitalverkehrsfreiheit beachten [24].

78. Zudem ist Art. 137 Abs. 4 EG eine Rahmenvorschrift für die Vorschriften, die der Unionsgesetzgeber aufgrund dieser Vorschrift zu erlassen hat. Er soll keine Ausnahme von den im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten ermöglichen.

79. Daher ist dieses Rechtfertigungsvorbringen zurückzuweisen.

d) Rechtfertigung nach Art. 295 EG

80. Was Art. 295 EG betrifft, wonach „[d]er Vertrag … die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt [lässt]“, genügt der Hinweis darauf, dass dieser Artikel nach ständiger Rechtsprechung nicht bewirkt, dass die in den Mitgliedstaaten bestehende Eigentumsordnung den Grundprinzipien des Vertrags entzogen ist, so dass eine Berufung auf ihn nicht möglich ist, um Beeinträchtigungen der im Vertrag vorgesehenen Freiheiten zu rechtfertigen [25]. Der Gerichtshof hat diesen Grundsatz bereits im Zusammenhang mit „Golden Shares“ betreffenden Regelungen angewandt, die sich einige Mitgliedstaaten in privatisierten Unternehmen vorbehalten.

81. Dennoch scheinen mir die vom Gesetzgeber auferlegten Beschränkungen betreffend den Gegenstand der Portfolioinvestitionen der offenen Pensionsfonds nicht als zur Eigentumsordnung des betreffenden Mitgliedstaats gehörend betrachtet werden zu können.

82. Aus diesen Gründen ist dieses Rechtfertigungsvorbringen ebenfalls zurückzuweisen.

24 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. März 2009, Kattner Stahlbau (C-350/07, Slg. 2009, I-1513, Randnr. 74).

25 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. Juli 2010, Kommission/Portugal (C-171/08, Slg. 2010, I-6817, Randnr. 64 und die dort angeführte Rechtsprechung).

e) Rechtfertigung aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses

83. Die Republik Polen hat als Hauptargument die staatliche Natur und den staatlichen Ursprung der offenen Pensionsfonds geltend gemacht. Ich schließe nicht aus, dass die Beschränkungen betreffend die Investitionen dieser Fonds durch mit den Aufgaben und den Zielen dieser Fonds im Sozialversicherungssystem verbundene zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein können [26]. Es ist offensichtlich, dass die Investitionen eines offenen Pensionsfonds aus diesen Gründen die Anforderungen hinsichtlich Liquidität und Sicherheit erfüllen müssen, damit das Rentensystem den Rentenberechtigten die geschuldeten Leistungen erbringen kann.

84. Ich stelle zunächst fest, dass jeder vernünftige institutionelle Anleger seine Anlagepolitik nach den noch annehmbaren Risiken und Fluktuationen sowie entsprechend der gewünschten Anlagerendite festlegt. Ein notwendiges Kriterium bei der Festlegung dieser Politik besteht darin, die Investitionen in verschiedene Kategorien zu unterteilen und sie auf verschiedenen geografischen Märkten zu diversifizieren.

85. Im Fall öffentlicher Investoren wie Staaten, Zentralbanken, andere Rechtsträger des öffentlichen Rechts sowie Einrichtungen, die Teil des Sozialversicherungssystems sind, erscheint es mir normal, dass der allgemeine Rahmen der Anlagepolitik durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt werden kann, wie dies bei der Aufsicht unterliegenden Einrichtungen der Fall ist [27].

86. Was außerdem die Rechtsträger des öffentlichen Rechts betrifft, scheint es mir auch gerechtfertigt, dass die Regelungen bezüglich ihrer Anlagepolitik über die von privaten Anlegern bei ihrer eigenen Anlagepolitik angewandten Vorsichtsgrundsätze hinausgehen, wenn dies erforderlich ist, um ihnen die Erfüllung ihrer spezifischen Aufgaben zu ermöglichen, die beispielsweise mit der Finanz-, Währungs- oder Sozialpolitik zusammenhängen. Diese Arten von Beschränkungen können Anforderungen hinsichtlich der Liquidität oder der Sicherheit der Anlagen bewirken oder Einschränkungen auferlegen, was die Eingehung bestimmter Risiken betrifft.

87. Im vorliegenden Fall scheinen mir die vom Gesetzgeber den offenen Pensionsfonds auferlegten Einschränkungen allerdings weder kohärent noch verhältnismäßig zu sein. Als Beispiel merke ich an, dass die Rechtsvorschriften die mit bestimmten Arten von Investitionen verbundenen Risiken zulassen, wenn es sich um polnische Anlagen handelt, nicht aber, wenn es sich um vergleichbare

26 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. Juli 2010, Kommission/Portugal (Randnr. 69). Vgl. auch die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 8. März 2011 in der Rechtssache Kommission/Österreich (C-10/10, Nrn. 59 ff.), beim Gerichtshof anhängig.

27 — Die Kommission nennt als Beispiel Art. 18 Abs. 5 Buchst. b der Richtlinie 2003/41/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Juni 2003 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (ABl. L 235, S. 10), die eine Aufsichtsvorschrift dieser Art festlegt, indem sie das Höchstmaß der Investitionen in Vermögenswerte, die auf andere Währungen als die der Verbindlichkeiten des Finanzinstituts lauten, auf 30 % festlegt.

Anlagen in einem anderen Mitgliedstaat handelt[28].

88. Unter dem Blickwinkel des Risikomanagements erlegen diese Beschränkungen den offenen Pensionsfonds die Pflicht auf, nahezu ihre gesamten Anlagen auf dem polnischen Kapitalmarkt zu tätigen. Zwar erlegt das Unionsrecht den staatlichen Investoren der Mitgliedstaaten keine Pflicht auf, ihre Anlagen zu streuen, jedoch kann eine nationale Regelung, die offensichtlich das Anlagerisiko eher erhöht als verringert, nicht als mit der Aufsicht über diese Fonds zusammenhängende Rechtfertigung angesehen werden.

89. Aus diesen Gründen stelle ich fest, dass die betreffenden Beschränkungen auch nicht durch mit den besonderen Aufgaben und den Zielen dieser Fonds im Sozialversicherungssystem verbundene zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden können.

V — Ergebnis

90. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor,

— festzustellen, dass die Republik Polen dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 56 EG verstoßen hat, dass sie die Art. 143, 136 Abs. 3 und 136a Abs. 2 des Gesetzes vom 28. August 1997 über die Organisation und die Tätigkeit von Pensionsfonds (Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych), mit denen Auslandsinvestitionen polnischer offener Pensionsfonds beschränkt werden, beibehalten hat, und

— die Republik Polen zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

28 — Unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit kann man die Pflicht, mindestens 95 % des Vermögens auf dem heimischen Markt anzulegen, nicht als geeignetes Mittel ansehen, die Investitionen gegen Wertschwankungsrisiken abzusichern.