SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
M. POIARES MADURO
vom 7. September 2006 [1]

1. In zwei Verfahren gegen die Comune di Milano (Stadt Mailand) hat das Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Regionales Verwaltungsgericht für die Lombardei) dem Gerichtshof eine Reihe von Fragen nach der Auslegung von Artikel 56 EG vorgelegt. Die Fragen, die in beiden Verfahren gleich sind, betreffen den Fall, dass eine öffentliche Einrichtung, die eine Minderheitsbeteiligung am Stammkapital einer privatisierten Gesellschaft behält, in Bezug auf die Kontrolle über diese Gesellschaft eine Sonderstellung im Vergleich zu den anderen Aktionären behält. Die Gesellschaft, um die es in den Ausgangsverfahren geht, ist AEM, an der die Stadt Mailand nach dem Verkauf eines Teils ihrer Mehrheitsbeteiligung am Stammkapital eine Beteiligung von 33,4 % behalten hat. Die Stadt hat jedoch die Befugnis behalten, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrats zu ernennen. Nach Ansicht der Kläger verstößt dies gegen Artikel 56 EG in seiner Auslegung durch den Gerichtshof im Rahmen der Rechtsprechung zu „golden shares".

I — Sachverhalt, nationaler rechtlicher Rahmen und Vorabentscheidungsersuchen

2. AEM wurde 1996 von der Stadt Mailand gegründet. Das Unternehmen betätigt sich im öffentlichen Bereich als Gas- und Stromversorgungsunternehmen. Als AEM 1998 an die Börse gebracht wurde, verkaufte die Stadt ein erstes Aktienpaket, behielt aber einen Anteil von 51 % am Stammkapital der Gesellschaft.

3. Mit Beschluss Nr. 4/04 vom 17. Februar 2004 verringerte die Stadt Mailand ihre Beteiligung an AEM weiter auf 33,4 %. Sie beschloss jedoch auch, dass diese Verringerung von der Voraussetzung einer vorherigen Änderung der Satzung der Gesellschaft abhängig sein sollte.

4. Mit Beschluss Nr. 5/04 vom 8. März 2004 erklärte es die Stadt Mailand für notwendig, die Satzung der AEM insbesondere in Bezug

1 — Originalsprache: Portugiesisch.

auf die Bestellung von Mitgliedern des Verwaltungsrats im Licht des Gesetzes Nr. 474/1994 zu ändern.

5. Artikel 2 des konsolidierten Textes des Gesetzesdekrets Nr. 332 vom 31. Mai 1994, das nach Änderung in das Gesetz Nr. 474 vom 30. Juli 1994 (Gesetz Nr. 474/1994) umgewandelt wurde, sieht, soweit erheblich, vor:

„1. Der Präsident des Ministerrats bestimmt durch Dekret ..., diejenigen unmittelbar oder mittelbar vom Staat kontrollierten Gesellschaften, die in den Sektoren Verteidigung, Verkehr, Telekommunikation und Energiegewinnung sowie in anderen öffentlichen Dienstleistungssektoren tätig sind, diejenigen, in deren Satzung vor der Vornahme einer Handlung, die den Verlust der Kontrolle zur Folge hätte, durch Beschluss der außerordentlichen Hauptversammlung eine Klausel einzufügen ist, die dem Minister für Wirtschaft und Finanzen eine oder mehrere der folgenden besonderen Befugnisse überträgt, die in Abstimmung mit dem Minister für produktive Tätigkeiten auszuüben sind:

...

d) Ernennung eines Verwaltungsratsmitglieds ohne Stimmrecht;

...

3. Die Bestimmungen dieses Artikels gelten auch für Gesellschaften, die unmittelbar oder mittelbar von öffentlichen Einrichtungen ..., die im Verkehrssektor und in anderen öffentlichen Dienstleistungssektoren tätig sind und durch Entscheidung der die Beteiligung haltenden öffentlichen Einrichtung benannt werden; diese sind berechtigt, die in Absatz 1 aufgeführten Befugnisse auszuüben."

6. Artikel 4 Absatz 1 sieht, soweit erheblich, vor:

„Gesellschaften [wie AEM] ..., in deren Satzung eine Begrenzung des Aktienbesitzes vorgesehen ist, fügen in ihre Satzung eine Sonderbestimmung für die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats durch Listenwahl ein, die so lange unveränderbar ist, wie die Begrenzung gilt. Insgesamt mindestens ein Fünftel der nicht gemäß Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d ernannten Verwaltungsratsmitglieder ist von den Minderheitslisten zu ernennen, wobei bei einem Anteil von weniger als einer Einheit auf die nächste volle Zahl aufzurunden ist ..."

7. In einer außerordentlichen Hauptversammlung am 29. April 2004 fassten die Aktionäre von AEM die notwendigen Beschlüsse zur Änderung der Satzung. Gemäß Artikel 4 des Gesetzes Nr. 474/1994 enthielt die neue Satzung eine Bestimmung über die Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern auf der Grundlage einer Listenwahl. Im Wesent-

lichen dürfen bestimmte Aktionäre einschließlich der Stadt Mailand Bewerberlisten vorschlagen. In einer nachfolgenden Hauptversammlung dürfen alle Aktionäre daraufhin für eine Liste stimmen. Die Liste, die die meisten Stimmen erhält, stellt sechs Zehntel der Mitglieder des Verwaltungsrats, während die Liste, die die nächsthöchste Stimmzahl erhält, vier Zehntel der Mitglieder stellt. Daher kann die Stadt Mailand als mit 33,4 % der Aktien größter Minderheitsaktionär stets sicher sein, dass die von ihr vorgeschlagene Bewerberliste zumindest genug Stimmen erhält, um vier Zehntel der Verwaltungsratsmitglieder zu stellen.

8. Zusätzlich verlieh die Satzung der Stadt Mailand das Recht, gemäß Artikel 2449 des italienischen Codice civile bis zu einem Viertel der Mitglieder des Verwaltungsrats unmittelbar zu bestellen.

9. Artikel 2449 des Codice civile betrifft „Gesellschaften mit Beteiligung des Staates oder öffentlicher Einrichtungen". Er sieht vor:

„Halten der Staat oder öffentliche Einrichtungen Aktien einer Aktiengesellschaft, so kann die Satzung ihnen die Befugnis übertragen, einen oder mehrere Verwaltungsratsmitglieder oder Rechnungsprüfer oder Mitglieder des Aufsichtsrats zu bestellen.

Die Verwaltungsratsmitglieder und Rechnungsprüfer oder Mitglieder des Aufsichtsrats, die gemäß dem vorstehenden Absatz bestellt worden sind, können nur von den Körperschaften abberufen werden, die sie bestellt haben.

Sie haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die von der Gesellschaft in der Hauptversammlung bestellten Personen. Spezialgesetzliche Normen haben Vorrang."

10. Nach den Ausführungen des vorlegenden Gerichts kann die Stadt Mailand trotz ihrer Minderheitsbeteiligung als Ergebnis des Zusammenwirkens des Rechts auf unmittelbare Bestellung von bis zu einem Viertel der Verwaltungsratsmitglieder und des Rechts auf Beteiligung an der Verwaltungsratswahl durch Listenwahl eine absolute Mehrheit von Bestellungen zum Verwaltungsrat kontrollieren. Der Vorstand von AEM besteht aus sieben, acht oder neun Mitgliedern, und die Stadt Mailand ist, solange sie ihre Beteiligung von 33,4 % behält, berechtigt zur Bestellung von vier von sieben Mitgliedern eines Verwaltungsrats (eines durch unmittelbare Bestellung), fünf von acht Mitgliedern eines Verwal-

tungsrats (zwei durch unmittelbare Bestellung) oder fünf von neun Mitgliedern eines Verwaltungsrats (zwei durch unmittelbare Bestellung). Ferner besteht dieser Einfluss auf die tatsächliche Kontrolle der Gesellschaft ständig. Die Stadt Mailand kann in der Praxis aufgrund ihrer Beteiligung von 33,4 % ihr Veto gegen jeden Vorschlag zur Änderung der Satzung in Bezug auf das Verfahren für die Bestellung von Verwaltungsratsmitgliedern einlegen.

11. Federconsumatori u. a. (im Folgenden: Federconsumatori, Rechtssache C-463/04) und die Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM (im Folgenden: ASAD-AEM, Rechtssache C-464/04) erhoben beim Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia Klage gegen die Stadt Mailand auf Anfechtung der Beschlüsse Nr. 4/04 und Nr. 5/04 der Stadt Mailand.

12. Am 10. Juni 2004 setzte das vorlegende Gericht die Vollziehung des Beschlusses Nr. 5/04 der Stadt Mailand mit der Begründung aus, dass die Regelung für die Bestellung von Verwaltungsratsmitgliedern gegen die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu „golden shares" verstoße. Am 10. August 2004 hob der dagegen angerufene Consiglio di Stato diese Aussetzung der Vollziehung mit der Begründung auf, dass sich der in der Rechtsprechung des Gerichtshofes verwendete Begriff „share" grundlegend von den durch Zivilrecht verliehenen Sonderbefugnissen unterscheide, um die es im vorliegenden Fall gehe.

13. Das vorlegende Gericht hat weiterhin Zweifel daran, ob die Anwendung von Artikel 2449 des Codice civile in Verbindung mit Artikel 4 des Gesetzes Nr. 474/1994 im Einklang mit Artikel 56 EG steht. Mit Entscheidung vom 29. September 2004 hat es in beiden Rechtssachen dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Artikel 2449 des Codice civile, wie er im Ausgangsverfahren angewandt worden ist, mit Artikel 56 EG, wie er in den Urteilen vom 23. Mai 2000 in der Rechtssache C-58/99, vom 4. Juni 2002 in den Rechtssachen C-503/99 und C-483/99 sowie vom 13. Mai 2003 in den Rechtssachen C-98/01 und C-463/00 ausgelegt worden ist, vereinbar, wenn eine öffentliche Einrichtung sich auf ihn beruft, die zwar die rechtliche Kontrolle über die Aktiengesellschaft verloren hat, jedoch als Inhaberin der relativen Mehrheit noch über eine erhebliche Beteiligung verfügt (hier 33,4 %) und sich auf diese Weise eine unverhältnismäßige Kontrollbefugnis verschafft?

2. Ist Artikel 2449 des Codice civile in Verbindung mit Artikel 4 des Decreto-legge Nr. 332 vom 31. Mai 1994 in der Fassung des Gesetzes Nr. 474 vom 30. Juli 1994 mit Artikel 56 EG, wie er in den Urteilen vom 23. Mai 2000 in der Rechtssache C-58/99, vom 4. Juni 2002 in den Rechtssachen C-503/99 und C-483/99 sowie vom 13. Mai 2003 in den Rechtssachen C-98/01 und

C-463/00 ausgelegt worden ist, vereinbar, wenn eine öffentliche Einrichtung sich auf ihn beruft, die zwar die rechtliche Kontrolle über die Aktiengesellschaft verloren hat, jedoch als Inhaberin der relativen Mehrheit noch über eine erhebliche Beteiligung verfügt (hier 33,4 %) und sich auf diese Weise eine unverhältnismäßige Kontrollbefugnis verschafft?

3. Ist Artikel 2449 des Codice civile mit Artikel 56 EG, wie er in den Urteilen des Gerichtshofes vom 23. Mai 2000 in der Rechtssache C-58/99, vom 4. Juni 2002 in den Rechtssachen C-503/99 und C-483/99 sowie vom 13. Mai 2003 in den Rechtssachen C-98/01 und C-463/00 ausgelegt worden ist, vereinbar, soweit er durch die Art seiner konkreten Anwendung Auswirkungen hat, die einer anderen nationalen Rechtsvorschrift (insbesondere Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe d des Decreto-legge Nr. 332 vom 31. Mai 1994 in der Fassung des Gesetzes Nr. 474 vom 30. Juli 1994) zuwiderlaufen, die ihrerseits mit Artikel 56 EG vereinbar ist und in Bezug auf die Bedingungen ihrer Ausübung und die Voraussetzungen ihrer Anwendung den Grundsätzen entspricht, die in den genannten Urteilen des Gerichtshofes für Sonderbefugnisse aufgestellt worden sind?

14. Federconsumatori, ASAD-AEM, die Stadt Mailand, die italienische Regierung, die polnische Regierung und die Kommission haben beim Gerichtshof schriftliche Erklärungen eingereicht. In der Sitzung vom 29. Juni 2006 haben Federconsumatori, ASAD-AEM, die Stadt Mailand, AEM und die Kommission mündliche Ausführungen gemacht.

II — Würdigung

15. Das vorlegende Gericht ersucht den Gerichtshof um Überprüfung von Bestimmungen des nationalen Rechts, um deren Vereinbarkeit mit Artikel 56 EG bestimmen zu können. Im Verfahren nach Artikel 234 EG kann der Gerichtshof jedoch nicht über die Vereinbarkeit innerstaatlicher Rechtsnormen mit dem Gemeinschaftsrecht entscheiden. Die Rolle des Gerichtshofes beschränkt sich darauf, dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die es diesem ermöglichen, über diese Frage zu befinden [2]. Ich schlage daher vor, die Fragen des nationalen Gerichts umzuformulieren. Meines Erachtens könnte der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht eine zweckdienliche Antwort geben, wenn die Frage wie folgt gefasst würde:

Steht Artikel 56 EG einer nationalen Regelung entgegen, die eine öffentliche Ein-

2 — Vgl. z. B. Urteil vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209/84 bis 213/84 (Asjes u. a., Slg. 1986, 1425, Randnr. 12) und Urteil vom 9. September 2003 in der Rechtssache C-151/02 (Jaeger, Slg. 2003, I-8389, Randnr. 43).

richtung, die eine Minderheitsbeteiligung (33,4 %) am Stammkapital einer privatisierten Gesellschaft hält, in die Lage versetzt, die Befugnis zur Bestellung einer absoluten Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrats zu behalten?

16. Die Stadt Mailand hält Artikel 56 EG für nicht anwendbar, da die Regelung für die Bestellung der Verwaltungsratsmitglieder von AEM auf Bestimmungen in der Satzung der Gesellschaft beruhe, die in außergewöhnlicher Anwendung des Gesellschaftsrechts erlassen worden seien. Die Bestellungsbefugnisse beruhten weder auf einer gesetzgeberischen Maßnahme noch auf einer anderen Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt. Die Anwendung von Artikel 2449 des Codice civile sei nicht zwingend, sondern beruhe auf einer Willensentscheidung der Aktionäre in der Hauptversammlung, in der die Behörde in ihrer Eigenschaft als gewöhnlicher Aktionär handele. Daher stelle die Aufnahme von Sonderbefugnissen in die Satzung keine Ausübung eines ius imperii dar.

17. In ähnlicher Weise macht die italienische Regierung geltend, dass der Begriff der „golden shares" sich auf Sachverhalte beziehe, bei denen im Rahmen einer Privatisierung einer früher staatseigenen Gesellschaft der Staat oder eine öffentliche Einrichtung durch eine gesetzliche oder eine gleichwertige Verwaltungsmaßnahme Sonderrechte erhalte, die stärker als diejenigen seien, die das Gesetz allgemein Aktionären zubillige. Artikel 2449 des Codice civile stehe im Einklang mit den allgemeinen Regeln des italienischen Gesellschaftsrechts. Nach diesen Regeln sei die Bestellung einer Mehrheit von Verwaltungsratsmitgliedern durch einen Minderheitsaktionär keinesfalls unzulässig. Das italienische Gesellschaftsrecht verlange grundsätzlich nicht, dass das Recht eines Aktionärs auf Bestellung von Verwaltungsratsmitgliedern im rechten Verhältnis zum Umfang seiner Beteiligung stehe.

18. Dieses Vorbringen wirft im Wesentlichen drei Fragen auf. Die erste Frage geht dahin, ob es erheblich ist, dass die in Rede stehenden Bestellungsbefugnisse zumindest teilweise auf einer privatrechtlichen Bestimmung beruhen. Die zweite geht dahin, ob Artikel 56 EG seinem persönlichen Anwendungsbereich nach auf öffentliche Einrichtungen anwendbar ist, wenn sie nicht ihre öffentlichen Hoheitsbefugnisse ausüben. Die dritte Frage geht dahin, welche Rechte „geeignet [sind], Anleger aus anderen Mitgliedstaaten von ... Investitionen [in diese Gesellschaft] abzuhalten" [3], wenn sie von einer öffentlichen Einrichtung in der Rolle des Aktionärs einer Gesellschaft gehalten werden. Ich werde alle Fragen nacheinander erörtern.

19. Meines Erachtens schließt der Umstand, dass die Bestellungsbefugnisse der Stadt Mailand auf einer Bestimmung des Privatrechts beruhen, die Anwendung von Artikel 56 EG nicht aus. In diesem Zusammenhang sei bemerkt, dass es für die Frage, ob

3 — Urteile vom 13. Mai 2003 in der Rechtssache C-98/01 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 2003, I-4641, Randnr. 47) und in der Rechtssache C-463/00 (Kommission/Spanien, Slg. 2003, I-4581, Randnr. 61).

der freie Kapitalverkehr beschränkt ist, wenn der Staat über Sonderbefugnisse bei einem Unternehmen verfügt, unerheblich ist, wie diese Befugnisse verliehen werden oder welche rechtliche Form sie annehmen. Der Umstand, dass der Staat im Rahmen seines nationalen Gesellschaftsrechts handelt, bedeutet nicht, dass seine Sonderbefugnisse keine Beschränkungen im Sinne von Artikel 56 EG darstellen könnten [4]. Andernfalls können die Mitgliedstaaten leicht die Anwendung von Artikel 56 EG dadurch umgehen, dass sie ihre Stellung als Aktionäre dazu verwenden, im Rahmen ihres Zivilrechts zu erreichen, was sie sonst durch den Gebrauch ihrer Rechtsetzungsbefugnisse erreicht hätten.

20. Der vorliegende Fall setzt ein Beispiel hierfür. Aus den Akten geht hervor, dass die Stadt Mailand ursprünglich vorgeschlagen hatte, dass ihr die Satzung eine Sonderbefugnis zur unmittelbaren Bestellung eines Viertels der Verwaltungsratsmitglieder gemäß Artikel 2 Buchstabe d des Gesetzes Nr. 474/1994 verleihen sollte. Ursprünglich gab diese Bestimmung eine Rechtsgrundlage dafür ab, öffentlichen Einrichtungen die Sonderbefugnis zur Bestellung eines oder mehrerer Verwaltungsratsmitglieder zu verleihen. Artikel 2 des Gesetzes Nr. 474/1994 in seiner ursprünglichen Fassung wurde in der Rechtssache C-58/99, Kommission/Italien [5], erörtert. Der Gerichtshof hat entschieden, dass Italien durch den Erlass dieser Bestimmung gegen Artikel 56 EG verstoßen hat. Daraufhin wurde das Gesetz insbesondere im Hinblick auf die in Artikel 2 verliehenen Sondervollmachten geändert. Dennoch führte die Stadt Mailand in ihrem Beschluss 5/04 vom 8. März 2004 im Ergebnis die gleiche Bestellungsbefugnis ein, allerdings auf der Grundlage von Artikel 2449 des Codice civile. Unabhängig davon, welches die Gründe der Stadt Mailand für die Änderung ihrer Wahl der Rechtsgrundlage waren, wird deutlich, dass es für Mitgliedstaaten nicht schwierig wäre, die durch Artikel 56 EG verhängten Beschränkungen zu vermeiden, wenn diese Bestimmung keine Anwendung auf privatrechtlich geregelte Sachverhalte fände.

21. Die zweite Frage geht dahin, ob in den persönlichen Geltungsbereich von Artikel 56 EG eine öffentliche Einrichtung fällt, soweit sie unabhängig von ihrer Rechtsform privatrechtlich und daher nicht in Ausübung der Hoheitsgewalt des Staates handelt. Um die Frage allgemeiner zu stellen: Sind Mitgliedstaaten verpflichtet, die Bestimmungen des Vertrages über den freien Warenverkehr, die Freizügigkeit, den freien Dienstleistungs- und den freien Kapitalverkehr zu beachten, wenn sie keine Hoheitsgewalt ausüben?

22. Meines Erachtens sind sie dies. Die Mitgliedstaaten unterliegen den Bestimmungen über die Verkehrsfreiheiten, die eindeutig Anwendung auf sie finden, nicht in ihrer Eigenschaft als Behörden, sondern in ihrer Eigenschaft als Unterzeichner des Vertrages [6]. Als Ergebnis erlegen die Bestim-

4 — Vgl. hierfür Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache C-463/00 (Kommission/Spanien) und in der Rechtssache C-98/01 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Nr. 48). Vgl. auch meine Schlussanträge vom 6. April 2006 in den verbundenen Rechtssachen C-282/04 und C-283/04 (Kommission/Niederlande, gegenwärtig beim Gerichtshof anhängig, Nr. 23).

5 — Urteil vom 23. Mai 2000 (Slg. 2000, I-3811).

6 — Vgl. entsprechend Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723, Randnr. 49) und Urteil vom 12. Juli 1990 in der Rechtssache C-188/89 (Foster, Slg. 1990, I-3313, Randnr. 17).

mungen über die Verkehrsfreiheiten den nationalen Behörden der Mitgliedstaaten Verpflichtungen unabhängig davon auf, ob sie in ihrer Eigenschaft als Behörde oder als private Einrichtung tätig werden. Tatsächlich unterliegt jede Einrichtung, durch die ein Staat handelt, dem persönlichen Geltungsbereich der Bestimmungen über die Verkehrsfreiheiten [7]. Grundsätzlich kann daher eine öffentliche Einrichtung wie die Stadt Mailand sich nicht darauf berufen, dass ihre Handlungen im Wesentlichen privatrechtlicher Natur seien, um die Anwendung der Vertragsbestimmungen über die Verkehrsfreiheiten zu vermeiden.

23. Dennoch ist die Frage, ob sich eine öffentliche Einrichtung in der gleichen Lage befindet und in der gleichen Weise tätig wird wie ein privater Aktionär, für die Abgrenzung des sachlichen Geltungsbereichs von Artikel 56 EG erheblich. Sie spielt eine Rolle dafür, welche Rechte geeignet sind, Investoren aus anderen Mitgliedstaaten abzuschrecken, wenn sie einer öffentlichen Einrichtung als Aktionär einer Gesellschaft zustehen.

24. Wie bei den anderen Freiheiten besteht der Zweck des Grundsatzes des freien Kapitalverkehrs in der Förderung der Öffnung der nationalen Märkte dadurch, dass Investoren und Kapital suchenden Unternehmen Gelegenheit gegeben wird, sich den Binnenmarkt der Gemeinschaft in vollem Umfang zunutze zu machen. Um dieses Ziel zu erreichen, haben die Mitgliedstaaten die Wirkungen ihrer Handlungen in Bezug auf in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Investoren, die ihr Recht auf freien Kapitalverkehr ausüben wollen, in Betracht zu ziehen. In diesem Kontext verbietet Artikel 56 EG nicht nur Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern auch Diskriminierung, die im Hinblick auf die Ausübung einer grenzüberschreitenden Tätigkeit zusätzliche Kosten verursacht oder den Zugang zum nationalen Markt für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Investoren behindert, weil sie entweder den Schutz der Stellung bestimmter Wirtschaftsteilnehmer bewirkt, die bereits auf dem Markt eingeführt sind, oder weil sie den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr schwieriger als den nationalen Handelsverkehr gestaltet [8]. Jede nationale Maßnahme, die transnationale Sachverhalte ungünstiger behandelt als rein interne Sachverhalte, stellt eine Beschränkung der Verkehrsfreiheiten dar. Unter diesem Vorbehalt bleiben die Mitgliedstaaten frei, die Wirtschaftstätigkei-

7 — Vgl. hierzu Urteil vom 13. Dezember 1983 in der Rechtssache 222/82 (Apple & Pear Development Council, Slg. 1983, 4083, Randnr. 17). Wird eine private Einrichtung mit der Durchführung öffentlicher Aufgaben betraut, so kann daraus geschlossen werden, dass der Staat durch diese Einrichtung handelt und dass sie infolgedessen die Bestimmungen über den freien Verkehr beachten muss: Vgl. z. B. Urteil vom 18. Mai 1989 in den verbundenen Rechtssachen 266/87 und 267/87 (Association of Pharmaceutical Importers, Slg. 1989, 1295, Randnrn. 13 bis 16), Urteil vom 11. August 1995 in der Rechtssache C-16/94 (Dubois, Slg. 1995, I-2421, Randnr. 20), Urteil vom 5. Februar 2004 in der Rechtssache C-157/02 (Rieser Internationale Transporte, Slg. 2004, I-1477, Randnr. 24) und Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 17. November 2005 in der Rechtssache C-470/03 (AGM-COS.MET, gegenwärtig beim Gerichtshof anhängig, Nr. 87).

8 — Vgl. auch meine Schlussanträge vom 6. April 2006 in den verbundenen Rechtssachen C-282/04 und C-283/04 (Kommission/Niederlande, gegenwärtig beim Gerichtshof anhängig, Nr. 24) und meine Schlussanträge vom 30. März 2006 in den verbundenen Rechtssachen C-158/04 und C-159/04 (Trofo Super-Market, beim Gerichtshof anhängig, Nrn. 40 und 41).

ten in ihrem Hoheitsgebiet zu regeln und sich am nationalen Markt zu beteiligen [9].

25. Der bloße Umstand, dass eine öffentliche Einrichtung Aktien einer Gesellschaft hält, verringert nicht die Anziehungskraft grenzüberschreitender Investitionen in diese Gesellschaft, solange Investoren in anderen Mitgliedstaaten sicher sein können, dass die betreffende öffentliche Einrichtung im Hinblick auf die Maximierung der Rendite aus ihrer Investition die üblichen Regeln der Marktbeteiligung beachtet. Da jedoch öffentliche Einrichtungen örtlichen oder nationalen Regeln der politischen Verantwortung unterliegen, neigen sie üblicherweise dazu, ihr Verhalten den Interessen derjenigen anzupassen, die im Rahmen dieser Regeln vertreten werden. Hält also eine öffentliche Einrichtung Aktien, die ihr eine bevorrechtigte Stellung im Vergleich zu anderen Aktionären in Bezug auf die Kontrollbefugnisse in der betreffenden Gesellschaft verleihen, besteht die reale Gefahr, dass diese Befugnisse dazu verwendet werden, selektiven und möglicherweise diskriminierenden Marktzugang zu gewähren. Dies erklärt meines Erachtens die Rechtsprechung in Bezug auf „golden shares" und die Grenzen, die dem Staat auferlegt sind, wenn er als Teilnehmer auf diesem Markt tätig wird.

26. Meines Erachtens schafft diese Rechtsprechung für die Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zu konsistentem Verhalten. Der Vertrag berechtigt die Mitgliedstaaten, das öffentliche Eigentum an bestimmten Gesellschaften beizubehalten. Entschließt sich jedoch ein Mitgliedstaat, einen bestimmten Marktsektor zu öffnen, so muss er in einer Weise handeln, die mit dieser Entscheidung im Einklang steht, und die in der Regelung für den Binnenmarkt der Gemeinschaft verankerten Grundsätze der Offenheit und der Nichtdiskriminierung beachten. Mit anderen Worten, Staaten sind nicht berechtigt, den Zugang der Marktbeteiligten zu diesem Marktsektor selektiv zu beschneiden. Im Fall der Privatisierung früher staatseigener Gesellschaften ist dieses Erfordernis besonders wichtig. Wäre der Staat berechtigt, besondere Formen der Marktkontrolle über privatisierte Gesellschaften beizubehalten, könnte er leicht die Anwendung der Regelung über die Verkehrsfreiheiten dadurch zu Fall bringen, dass er nur selektiven und potenziell diskriminierenden Zugang zu wesentlichen Teilen des nationalen Marktes gewährt. Solche Formen der Kontrolle sind daher geeignet, Investoren aus andern Mitgliedstaaten abzuschrecken.

27. Privatisiert der Staat eine Gesellschaft, so verlangen daher die Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr, dass die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Gesellschaft geschützt wird, sofern kein Bedürfnis zum Schutz durch das Gemeinschaftsrecht anerkannter grundlegender öffentlicher Interessen besteht. Auf diese Weise muss jede staatliche Kontrolle einer privatisierten Gesellschaft außerhalb der üblichen Marktmechanismen im Zusammenhang mit der Durchführung der Tätigkeiten stehen, die in dem mit dieser Gesellschaft verbundenen allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegen.

9 — Vgl. auch meine Schlussanträge vom 1. Februar 2006 in der Rechtssache C-94/04 (Cipolla, gegenwärtig beim Gerichtshof anhängig, Nr. 58.

28. Die Stadt Mailand, AEM und die italienische Regierung sind im Wesentlichen der Ansicht, dass nach den allgemeinen Regeln des italienischen Gesellschaftsrechts private Aktionäre grundsätzlich die gleichen Sonderrechte an einer Gesellschaft erhalten können, wie sie die Stadt Mailand an AEM habe. Um jedoch entscheiden zu können, ob sich die staatliche Kontrolle über eine Gesellschaft im Rahmen der üblichen Marktmechanismen hält, genügt es nicht, die Frage zu beantworten, ob private Aktionäre theoretisch ähnliche Formen der Kontrolle erlangen könnten, sondern es muss dabei auch die wirtschaftliche Praxis berücksichtigt werden.

29. Ferner sei im Kontext des vorliegenden Falles bemerkt, dass, wie die polnische Regierung richtig ausgeführt hat, die Sonderbefugnisse der Stadt Mailand auf der Anwendung von Bestimmungen des nationalen Rechts beruhen, die zum besonderen Nutzen des Staates oder öffentlicher Einrichtungen die Einführung von Sonderbefugnissen in der Satzung einer privatisierten Gesellschaft erlauben. Dem Erfordernis konsistenten Handelns wird jedoch entgegengewirkt, wenn ein Mitgliedstaat Regelungen zu dem Zweck erlässt, den Staat oder seine Organe zu ermächtigen, eine im Vergleich zu den anderen Aktionären einer privatisierten Gesellschaft bevorzugte Stellung im Hinblick auf die Kontrolle über diese Gesellschaft einzunehmen.

30. Als Ergebnis führen Regeln des nationalen Rechts, von denen nur der Staat und öffentliche Einrichtungen Sonderbefugnisse herleiten können, begrifflich eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs im Sinne von Artikel 56 EG ein. Dies gilt nicht nur für gesetzgeberische Maßnahmen, die dem Staat unmittelbar Sondervollmachten verleihen [10], sondern auch für nationale Regelungen, die zum besonderen Vorteil des Staates die Aufnahme solcher Vollmachten in die Satzung einer Gesellschaft erlauben [11]. Die Anwendung nationaler Regelungen dieser Art stellt eine Abweichung von „einer normalen Anwendung des Gesellschaftsrechts" dar [12], da sie den Staat in eine im Vergleich zu anderen Aktionären bevorzugte Stellung versetzen. Unter solchen Umständen greift das Argument, dass private Aktionäre theoretisch nach den allgemeinen Regeln des Gesellschaftsrechts vergleichbare Privilegien erhalten könnten, nicht durch [13].

31. Eine öffentliche Einrichtung, die eine Beteiligung von 33,4 % an einer privatisierten Gesellschaft hält, jedoch die Befugnis beibehält, eine absolute Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrats zu bestellen, befindet sich eindeutig in einer im Vergleich zu anderen Aktionären bevorzugten Stellung. Wie das vorlegende Gericht richtig ausführt, reichen ihre Vollmachten sogar weiter als die, die durch das Gesetzesdekret verliehen wurden, von dem im Urteil in der Rechtssache C-58/99, Kommission/Italien [14], festgestellt worden ist, dass es gegen Artikel 56 EG verstößt.

10 — Urteile vom 4. Juni 2002 in der Rechtssache C-367/98 (Kommission/Portugal, Slg. 2002, I-4731), in der Rechtssache C-483/99 (Kommission/Frankreich, Slg. 2002, I-4781), Kommission/Spanien, angeführt in Fußnote 3, und in der Rechtssache C-503/99 (Kommission/Belgien, Slg. 2002, I-4809).

11 — Kommission/Vereinigtes Königreich, angeführt in Fußnote 3.

12 — Kommission/Vereinigtes Königreich, angeführt in Fußnote 3, Randnr. 48.

13 — Vgl. hierzu Urteil Kommission/Vereinigtes Königreich, angeführt in Fußnote 3, Randnr. 48.

14 — Angeführt in Fußnote 5.

32. Somit stellt eine nationale Regelung, die einer öffentlichen Einrichtung ermöglicht, die Befugnis beizubehalten, eine absolute Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrats einer Gesellschaft zu bestellen, an der diese öffentliche Einrichtung eine Minderheitsbeteiligung von 33,4 % hält, eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs im Sinne von Artikel 56 EG dar.

III — Ergebnis

33. Im Licht der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Fragen des Tribunale amministrativo per la Lombardia zu antworten:

Artikel 56 EG steht einer nationalen Regelung entgegen, die eine öffentliche Einrichtung, die einen Anteil von 33,4 % am Stammkapital einer privatisierten Gesellschaft hält, in die Lage versetzt, die Befugnis zur Bestellung einer absoluten Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrats zu behalten.