SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 6. Februar 2003 [1]

I — Einführung

1. Mit den vorliegenden Vertragsverletzungsklagen wird die Vereinbarkeit verschiedener Regelungen mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage gestellt, die bestimmte Handlungen mit Auswirkungen auf das Bestehen, den Geschäftszweck oder die Struktur des Aktienbesitzes von privatisierten Unternehmen, die strategisch wichtigen Wirtschaftszweigen angehören, von einer vorherigen behördlichen Genehmigung abhängig machen. Diese Rechte der öffentlichen Verwaltung werden ungeachtet ihrer Rechtsnatur gemeinhin Golden shares genannt.

2. Mit dieser Thematik hat sich der Gerichtshof kürzlich in den Urteilen vom 4. Juni 2002, Kommission/Portugal, Kommission/Frankreich und Kommission/Belgien [2], befasst und ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass eine derartige Regelung den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts genügen könne, sofern sie bestimmte Garantien biete.

II — Rechtlicher Rahmen und Sachverhalt

Rechtssache Kommission/Spanien (C-463/00)

3. In Spanien sind die Voraussetzungen für die Privatisierung bestimmter öffentlicher Unternehmen durch das Gesetz 5/1995 vom 23. März zur Regelung der Veräußerung von öffentlichen Anteilen an bestimmten Unternehmen (BOE Nr. 72) geregelt.

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Rechtssachen C-367/98 (Slg. 2002, I-4731), C-483/99 (Slg. 2002, I-4785) und C-503/99 (Slg. 2002, I-4809).

4. Das Gesetz bestimmt:

„Artikel 1 Subjektiver Anwendungsbereich

Vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes sind umfasst:

1. Handelsgesellschaften, bei denen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes eine unmittelbare oder mittelbare staatliche Beteiligung am Gesellschaftskapital von mehr als 25 Prozent besteht und die durch den staatlichen Gesellschafter durch irgendein im geltenden Handelsrecht vorgesehenes Mittel kontrolliert werden, sofern hinsichtlich der von der Gesellschaft selbst oder über Beteiligungen an anderen Gesellschaften ausgeübte Tätigkeit eine der folgenden Merkmale aufweist:

a) die Erbringung von grundlegenden Dienstleistungen oder von öffentlichen Dienstleistungen, die förmlich hierzu erklärt wurden,

b) das Ausüben von Tätigkeiten, die aus Gründen des Allgemeininteresses durch Gesetz einer eigenen Regelung zur Kontrolle durch die Verwaltung, die sich insbesondere auf die ausführenden Personen erstreckt, unterliegen,

c) vollständige oder teilweise Befreiung vom Grundsatz des freien Wettbewerbs im Sinne des Artikels 90 des Gründungsvertrags der Europäischen Gemeinschaften;

2. Handelsgesellschaften, die einer Gruppe im Sinne des Artikels 4 des Gesetzes 24/1988 vom 28. Juli (Börsengesetz) angehören, in der jedes der in Absatz 1 bestimmten Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat, sofern bei ihnen eines der Merkmale der Buchstaben a, b oder c dieses Absatzes gegeben ist.

Artikel 2 Anwendungsvoraussetzungen

Die in den Artikeln 3 ff. dieses Gesetzes bestimmte Regelung über die vorherige behördliche Genehmigung findet Anwendung, wenn die öffentliche Beteiligung des staatlichen Gesellschafters an den Gesellschaften, auf die der vorhergehende Artikel Bezug nimmt, von einem der folgenden Tatbestände umfasst ist:

1. wenn sie durch eine oder mehrere aufeinander folgende Rechtshandlungen veräußert wird, so dass sie sich auf mindestens 10 Prozent des Gesellschaftskapitals verringert, sofern die mittelbare oder unmittelbare staatliche Beteiligung an dem Kapital weniger als 50 Prozent beträgt,

2. wenn sie unmittelbar oder mittelbar infolge einer Handlung oder eines Geschäfts auf weniger als 15 Prozent des Gesellschaftskapitals verringert wird.

Artikel 3 Vorherige behördliche Genehmigung

(1) Folgende Beschlüsse der Gesellschaftsorgane der in Artikel 1 dieses Gesetzes genannten Handelsgesellschaften können von einer vorherigen behördlichen Genehmigung abhängig gemacht werden, wenn eine der Voraussetzungen für die Anwendung des vorhergehenden Artikels vorliegt und dies in einem Königlichen Dekret im Sinne des Artikels 4 dieses Gesetzes angeordnet wird:

a) freiwillige Auflösung, Verschmelzung oder Spaltung der Gesellschaft,

b) Veräußerung oder Belastung der Vermögensgegenstände oder der Gesellschaftsanteile, die für das Erreichen des Gegenstands des Unternehmens erforderlich und zu diesem Zweck bestimmt sind, in jeder Form und aufgrund jeden Rechtstitels,

c) Änderung des Gegenstands des Unternehmens.

(2) Ebenso können, wenn eine der Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 2 dieses Gesetzes vorliegt, unter den durch eine Königliche Verordnung im Sinne des nachfolgenden Artikels festgelegten Voraussetzungen von einer vorherigen behördlichen Genehmigung abhängig gemacht werden:

a) Verfügungen über das Gesellschaftskapital, mit denen durch eine oder mehrere aufeinander folgende Rechtshandlungen die öffentliche Beteiligung an einem der Sonderregelung nach diesem Gesetz unterliegenden Unternehmen um 10 oder mehr Prozent verringert wird,

b) der unmittelbare oder mittelbare Erwerb, auch durch Treuhänder oder Mittelsmänner, von Gesellschaftsanteilen oder anderen Wertpapieren, die unmittelbar oder mittelbar ein Recht auf deren Zeichnung oder Erwerb begründen können, wenn dies eine Verfügung über mindestens 10 Prozent des Gesellschaftskapitals zur Folge hat.

...

Artikel 4 Regelung der behördlichen Genehmigung

(1) Die Regelung über die vorherige behördliche Genehmigung erfolgt durch ein Königliches Dekret des Ministerrats auf

Vorschlag des zuständigen Ministers und nach Einholung einer Stellungnahme des Staatsrats.

(2) Das Königliche Dekret über die Regelung, auf die dieser Artikel Bezug nimmt, muss vor Ausführung der in Artikel 2 genannten Verfügungshandlungen in Kraft getreten sein und Folgendes bestimmen:

a) seinen subjektiven Anwendungsbereich,

b) diejenigen in Artikel 3 genannten Verfügungshandlungen, die einer vorherigen behördlichen Genehmigung unterliegen,

c) die für die Erteilung der Genehmigung zuständige Stelle,

d) die Geltungsdauer der Regelung über die vorherige behördliche Genehmigung.

(3) Außer im Falle des Absatzes 2 Buchstabe d wird die Regelung über die vorherige behördliche Genehmigung entsprechend der Vorschriften des Absatzes 1 geändert oder aufgehoben."

5. Aus den Akten geht hervor, dass seit 1996 das durch das Gesetz 5/1995 eingeführte Verfahren über die vorherige behördliche Genehmigung beim Erlass mehrerer Königlicher Dekrete Anwendung fand. Die Kritik der Kommission bezieht sich auf folgende Privatisierungsverfahren:

— Königliches Dekret 3/1996 vom 15. Januar 1996 betreffend Repsol (Kraftstoff und Energie).

— Königliches Dekret 8/1997 vom 10. Januar 1997 betreffend Telefónica de España (Telekommunikation).

— Königliches Dekret 40/1998 vom 16. Januar 1998 betreffend Coporación Bancaria de España (Argentaria) (Kreditinstitut).

— Königliches Dekret 552/1998 vom 2. April 1998 betreffend Tabacalera (Tabak).

— Königliches Dekret 929/1998 vom 14. Mai 1998 betreffend Endesa (Elektrizität).

Rechtssache Kommission/Vereinigtes Königreich (C-98/01)

6. Auf der Grundlage des Airports Act 1986 (Flughafengesetz) vom 8. Juli 1986 wurde die öffentliche Einrichtung, die die internationalen Flughäfen im Vereinigten Königreich besaß und bewirtschaftete (British Airports Authority), privatisiert und ihr Vermögen auf die private Gesellschaft BBA plc (im Folgenden: BBA) übertragen.

Durch ihre Satzung vom 7. Juli 1987 wurde eine Sonderaktie über ein Pfund Sterling zugunsten des Transportministeriums geschaffen.

7. Artikel 10 der BBA-Satzung legt den Inhalt der Sonderaktie fest. Inhaber muss ein Regierungsmitglied oder -vertreter sein (Absatz 1). Gemäß Absatz 2 bedarf er der schriftlichen Bevollmächtigung unter anderem für

— jede Satzungsänderung, durch die die Sonderrechte der öffentlichen Hand innerhalb der Gesellschaft geändert werden (u. a. die in Artikel 10 selbst enthaltenen und die in Artikel 40 genannten);

— die Überlassung der Kontrolle über eine Tochtergesellschaft, die einen der betroffenen Flughäfen (Gatwick, Heathrow, Stansted) verwaltet;

— die Auflösung oder Liquidierung der Gesellschaft oder einer ihrer Tochtergesellschaften, die einen der betroffenen Flughäfen verwaltet, außer im Falle der Umstrukturierung;

— die vollständige oder teilweise Veräußerung eines der betroffenen Flughäfen oder seiner Verwaltung.

8. Der Sonderaktionär hat das Recht, zu allen Hauptversammlungen oder Versammlungen ähnlicher Natur eingeladen zu werden; er hat jedoch neben der Zustimmungsbefugnis im oben dargelegten Umfang weder ein Stimmrecht noch sonstige Rechte.

9. Artikel 40 Absatz 1 der Satzung bestimmt Folgendes:

„Durch diesen Artikel soll verhindert werden, dass es, mit Ausnahme der *ermächtigten Person*, eine Person gibt, die einen Rechtstitel an den Aktien der *Gesellschaft* hat, der ein Recht auf mehr als 15 Prozent

der für Beschlüsse im Rahmen einer Hauptversammlung der *Gesellschaft* erforderlichen Stimmen (selbst wenn diese Stimmen nicht bei allen Beschlüssen sämtlicher Hauptversammlungen abgegeben werden können) begründet (oder unter bestimmten Gegebenheiten nach den anwendbaren Modalitäten begründen kann), oder die als eine solche Person anzusehen ist oder den Vorstandsmitgliedern als eine solche erscheint."

Sodann legt die Satzung fest, wie die Vorstandsmitglieder sicherzustellen haben, dass niemand mehr als 15 Prozent des stimmberechtigten Gesellschaftskapitals besitzt. Hierzu räumt sie ihnen die Befugnis ein, die betroffenen Inhaber aufzufordern, ihre überzähligen Anteile zu veräußern, und gegebenenfalls die Veräußerung zu beschließen.

III — Das Vorverfahren

Rechtssache Kommission/Spanien (C-463/00)

10. Mit Schreiben vom 26. Oktober 1999 setzte die Kommission die spanische Regierung davon in Kenntnis, dass die durch das Gesetz 5/1995 und die zugehörigen Durchführungsbestimmungen eingeführte Regelung über die vorherige behördliche Genehmigung die Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Kapitalverkehr und die Niederlassungsfreiheit verletzen könnte, und forderte sie auf, hierzu binnen zwei Monaten Stellung zu nehmen.

11. Die spanische Regierung antwortete am 27. Januar 1999 und brachte vor, die streitigen Maßnahmen seien mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. In einem weiteren Schreiben vom 18. März 1999 legte sie ihren Standpunkt näher dar.

12. Da diese Begründung die Kommission nicht zufrieden stellte, richtete sie am 2. August 1999 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die spanische Regierung und forderte sie auf, der Stellungnahme binnen zwei Monaten nachzukommen.

13. Die spanische Regierung antwortete am 3. November 1999, erklärte detailliert das System der Privatisierung bestimmter Unternehmen des öffentlichen Sektors und wiederholte ihre Auffassung, die streitigen Maßnahmen seien mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere den Artikeln 43 EG, 56 EG und 295 EG vereinbar.

14. Die Kommission gab sich mit diesen Erklärungen nicht zufrieden und hat beim Gerichtshof die vorliegende Klage erhoben.

Rechtssache Kommission/Vereinigtes Königreich (C-98/91)

15. Mit Schreiben vom 3. Februar 1999 teilte die Kommission der Regierung des Vereinigten Königreichs mit, dass die in der BBA-Satzung niedergelegten Sonderrechte des Staates gegen die Vorschriften des EG-Vertrags über den freien Kapitalverkehr und die Niederlassungsfreiheit verstoßen könnten und räumte ihr eine Frist von zwei Monaten zur Stellungnahme ein.

16. Die britische Regierung reagierte auf diese Aufforderung nicht, so dass die Kommission am 6. August 1999 eine mit Gründen versehene Stellungnahme an sie richtete und sie aufforderte, der Stellungnahme binnen zwei Monaten nachzukommen.

17. Die britische Regierung antwortete am 5. November 1999 und führte aus, die Mitgliedstaaten seien für die Bestimmung der wesentlichen Merkmale der an der Börse erhältlichen Aktien privater Unternehmen im Bereich des innerstaatlichen Gesellschaftsrechts zuständig; darüber hinaus behindere eine derartige Maßnahme nicht den Börsenzugang dieser Aktien. Weiter brachte sie vor, im Verlauf eines Privatisierungsprozesses könne der Erlass besonderer Maßnahmen zum Schutz des Allgemeininteresses unentbehrlich werden.

18. Da die Kommission diese Antwort für wenig überzeugend hielt, hat sie beim Gerichtshof die vorliegende Klage erhoben.

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

Rechtssache Kommission/Spanien (C-463/00)

19. Die Klage der Kommission ist am 21. Dezember 2000 in der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen. Nach Durchführung des schriftlichen Verfahrens hat der Gerichtshof beschlossen, die Rechtssache in Vollsitzung zu entscheiden und die mündliche Verhandlung zu eröffnen. Neben den Parteien ist dort das Vereinigte Königreich als Streithelfer der Beklagten aufgetreten.

20. Die Kommission beantragt,

1. Artikel 2 und 3 Absatz 1 und 2 des Gesetzes 5/1995 vom 23. März zur Regelung der Veräußerung von öffentlichen Anteilen an bestimmten Unternehmen in Verbindung mit Artikel 1 dieses Gesetzes und die aufgrund seines Artikel 4 erlassenen Königlichen Dekrete (Königliche Dekrete 3/1996 vom 15. Januar 1996 betreffend Repsol, 8/1997 vom 10. Januar 1997 betreffend Telefónica de España, 40/1998 vom 16. Januar 1998 betreffend Argentaria, 562/1998 vom 2. April 1998 betreffend Tabacalera und 929/1998 vom 14. Mai 1998 betreffend Endesa) für mit den Artikeln 43 EG-Vertrag (früher Artikel 52 EG) und 56 EG-Vertrag (früher Artikel 73b) unvereinbar zu erklären, soweit sie eine

vorherige behördliche Genehmigung vorsehen, die

— nicht aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist,

— nicht an objektive, dauerhafte und bekannt gemachte Kriterien anknüpft

— und nicht verhältnismäßig ist,

2. dem Königreich Spanien die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

21. Die spanische Regierung beantragt, die Klage abzuweisen und der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Rechtssache Kommission/Vereinigtes Königreich (C-98/01)

22. Die Klage der Kommission ist am 27. Februar 2001 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingereicht worden. Nach Durchführung des schriftlichen Verfahrens hat der Gerichtshof beschlossen, über den Rechtsstreit in Vollsitzung zu entscheiden und die mündliche Verhandlung zu eröffnen.

23. Die Kommission beantragt,

1. die Vorschriften zur Beschränkung der Möglichkeit, Aktien der Gesellschaft BBA mit Stimmrecht zu erwerben (Artikel 40 der Satzung), sowie das Genehmigungsverfahren für die Übertragung von Vermögensgegenständen der Gesellschaft, zur Kontrolle ihrer Tochtergesellschaften und zu ihrer Liquidierung (Artikel 10 der Satzung) für unvereinbar mit den Artikeln 43 EG und 56 EG zu erklären,

2. dem Vereinigten Königreich die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

24. Die britische Regierung beantragt, die Klage abzuweisen und der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

V — Prüfung der Klage

Zulässigkeitsfragen

25. Die spanische Regierung rügt die Zulässigkeit der gegen sie gerichteten Klage.

Die Klage sei, soweit sie sich gegen die Königlichen Dekrete 40/1998 (Argentaria) und 562/1998 (Tabacalera) richte, unzulässig, da am 17. Februar 2001 bzw. am 5. Oktober 2000 [3] die Regelung über die in beiden Fällen vorgesehenen Sonderrechte außer Kraft getreten sei; in Hinsicht auf die Königlichen Dekrete 3/1996 (Repsol), 8/1997 (Telefónica) und 929/1998 (Endesa) sei sie wegen Inkongruenz zwischen den streitigen gesetzlichen Bestimmungen und dem Klageantrag unzulässig. In den drei letztgenannten Fällen sei die Regelung über die vorherige behördliche Genehmigung auf der Grundlage von Artikel 1 Absatz 2 des Gesetzes 5/1995 erlassen worden, da es sich um Unternehmenszusammenschlüsse gehandelt habe, während die Kommission in ihrem Aufforderungsschreiben, der mit Gründen versehenen Stellungnahme und in der Klage selbst auf Absatz 1 dieses Artikels Bezug nehme.

26. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass nach ständiger Rechtsprechung bei der Prüfung einer Vertragsverletzung durch einen Staat die Situation Gegenstand der Prüfung ist, die bei Ablauf der von der Kommission in ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme eingeräumten Frist bestand; im vorliegenden Fall handelt es sich um den 2. Oktober 1999. Die beklagte Regierung bezieht sich auf einen späteren Zeitpunkt.

27. Zum anderen genügt zum Vorwurf von Inkongruenz — ohne dazu Stellung zu nehmen, ob sie tatsächlich gegeben ist — ein Blick in die Verfahrensakte, um festzustellen, dass der beklagten Regierung hinreichend genau bekannt war, welche Art von Vertragsverletzung ihr vorgeworfen wurde, so dass dieser Einwand keinen Erfolg haben kann.

28. Ich schlage daher vor, die Klage gegen das Königreich Spanien in vollem Umfang für zulässig zu erklären.

Die in den Urteilen vom 4. Juni 2002 aufgestellten Grundsätze

29. Es bestehen Zweifel, ob der Gerichtshof hierbei den Ratschlägen folgte, die Don Quijote Sancho Panza gab, bevor dieser die Statthalterschaft der Insel Bataria antrat: Lass dich nie leiten vom Gesetz deiner Willkür ... Die Tränen des Armen sollen

3 — Nach Änderung durch das Königliche Dekret 67/2000 vom 21. Januar 2000.

Mitgefühl bei dir finden, aber dich bei der Suche nach Gerechtigkeit nicht stärker beeinflussen als das Vorbringen des Reichen. Suche... die Wahrheit zu erforschen. Wenn Billigkeit walten kann und darf, so wende nicht das Gesetz in seiner ganzen Strenge an, denn ein strenger Richter genießt nicht mehr Ruhm als ein mitfühlender [4].

30. Den Urteilen vom 4. Juni 2002 lässt sich zur Betrachtungsweise des Gerichtshofs Folgendes entnehmen:

a) Die verschiedenen nationalen Eingriffsnormen werden im Wesentlichen anhand der Grundsätze des freien Kapitalverkehrs geprüft, aus deren Nichtbeachtung sich als Nebenfolge möglicherweise eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit ergibt.

b) In dem Maße, in dem derartige Vorschriften geeignet sind, den Erwerb von Aktien der betroffenen Unternehmen zu verhindern und Anleger aus anderen Mitgliedstaaten abzuschrecken, stellen sie eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.

c) Artikel 295 EG ist in diesem Bereich ohne praktische Wirkung.

d) Der freie Kapitalverkehr kann rechtmäßig nur durch Maßnahmen beschränkt werden, die, ohne zu einer Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit zu führen, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet und verhältnismäßig sind. Solche nachträglich zu erlassenden Maßnahmen müssen auf objektive, im Voraus bekannte und gerichtlich nachprüfbare Kriterien gestützt sein.

31. Unter Anwendung dieser Grundsätze erklärte der Gerichtshof die portugiesische Regelung, nach der Anleger aus anderen Mitgliedstaaten nur eine begrenzte Zahl von Anteilen an bestimmten Unternehmen erwerben durften, für rechtswidrig. Diese Regelung habe einen eindeutig diskriminierenden Charakter, ohne dass die auf rein politischer Ebene erfolgte Verpflichtung der portugiesischen Regierung, von der Beschränkung gegenüber Gemeinschaftsangehörigen keinen Gebrauch zu machen, ausgereicht hätte, um die Vertragsverletzung zu heilen. [5]

32. Anhand derselben Grundsätze stellte er eine Vertragsverletzung fest im Fall bestimmter unterschiedslos angewendeter

4 — M. de Cervantes, *El ingenioso caballero Don Quijote de la Mancha*, Zweites Buch, Zweiundvierzigstes Kapitel, Hrsg. Martín de Riquer, Planeta 1994, Barcelona, S. 935; freie Übersetzung.

5 — Randnrn. 40 bis 42 des Urteils Kommission/Portugal, angeführt in Fußnote 2.

Regelungen, und zwar der portugiesischen und der französischen, die den Erwerb eines Anteils, der bestimmte Schwellenwerte des Kapitals bestimmter Unternehmen überschritt, von einer vorherigen behördlichen Genehmigung abhängig machten, wie auch bei der französischen Regelung, die den Vertretern des Staates das Recht einräumte, Beschlüssen über die Veräußerung oder die Verpfändung von Vermögensgegenständen verschiedener Gesellschaften zu widersprechen.

Die portugiesische Regierung hatte zu ihrer Verteidigung angeführt, dass es notwendig sei, wirtschaftspolitische Ziele wie die Wahl eines strategischen Partners, die Stärkung der Wettbewerbsstruktur des Marktes sowie die Modernisierung und Steigerung der Leistungsfähigkeit der Produktionsmittel zu verfolgen.

Die französische Regierung hatte sich auf das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Versorgung mit Erdölprodukten im Krisenfall berufen.

Der Gerichtshof entschied in der ersten Rechtssache, dass wirtschaftliche Gründe nicht zur Rechtfertigung von Behinderungen, die der Vertrag verbiete, dienen könnten; in der zweiten entschied er, dass die Regelung mangels objektiver und genauer Kriterien über das hinausgehe, was zur Erreichung des angegebenen Zieles erforderlich sei.

33. Die belgische Regelung, durch die dem Staat das Recht eingeräumt wurde, jeder Übertragung, Verwendung als Sicherheit oder Änderung des Verwendungszwecks von Leitungsnetzen für Energieträger oder verschiedener anderer strategischer Vermögensgegenstände sowie bestimmten Verwaltungsentscheidungen, die als den energiepolitischen Leitlinien des Landes zuwiderlaufend angesehen werden, zu widersprechen, erfuhr jedoch eine andere Behandlung.

Der Gerichtshof berücksichtigte dabei, dass es sich um eine Widerspruchsregelung handelte, die strenge Fristen für die Ausübung des Widerspruchsrechts vorsah, und dass die möglichen Interventionen (Widerspruch gegen Entscheidungen über strategische Aktiva und spezielle Verwaltungsentscheidungen) punktuellen Charakter hatten und die darüber hinaus nur bei Beeinträchtigung der energiepolitischen Ziele vorgenommen werden konnten, einer förmlichen Begründung bedurften und einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterlagen.

34. Die in Artikel 222 EG definierte Aufgabe des Generalanwalts besteht darin, öffentlich in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begründete Schlussanträge zu den dem Gerichtshof unterbreiteten Rechtssachen zu stellen, um den Gerichtshof bei der Erfüllung seiner Aufgabe zu unterstützen. Seine oberste Pflicht ist es, dem Gerichtshof eine im Einklang mit dem Recht stehende Lösung vorzuschlagen, die die dialektischen Postulate des methodischen Gedankengangs und der Kohärenz erfüllt, ohne die die richterlichen Entscheidungen als reine Willkürakte ohne Überzeugungscharakter wahrgenommen werden würden.

35. In Erfüllung dieses hohen Auftrags muss ich den Gerichtshof auf die Schwächen in den Begründungen der Urteile vom 4. Juni 2002 hinweisen, bin ich mir doch der Gefahren bewusst, die eine nur andächtige Betrachtung seiner Rechtsprechung in einem unwirklichen Licht, das, da es keine Schatten wirft, ihr letztlich jedes Relief nimmt [6], mit sich bringt. Es handelt sich im Wesentlichen um drei Aspekte; ich werde sie mit größter Sorgfalt kurz ansprechen.

36. Erstens halte ich an der Ansicht fest, dass der natürliche und angemessene Rahmen für die Untersuchung der verschiedenen Beschränkungen, die sich aus den höchst ungenau als Golden shares bezeichneten Aktien ergeben, die Niederlassungsfreiheit ist. Der beklagte Mitgliedstaat ist allenfalls bestrebt, über Rechte zum Eingriff in die Bildung der Aktionärsstruktur, bei der Übertragung von Vermögensgegenständen und bei bestimmten Verwaltungsentscheidungen die Willensbildung der Gesellschafter privatisierter Unternehmen (entweder durch Eingriffe in die Zusammensetzung der Gesellschafter oder hinsichtlich konkreter Verwaltungsentscheidungen) zu kontrollieren. Dieser Aspekt hat wenig mit dem freien Kapitalverkehr zu tun, auf den sich Artikel 56 EG bezieht. Solche Rechte können Auswirkungen auf das Recht der Niederlassungsfreiheit haben, indem sie es sowohl direkt — wenn sie sich auf den Zugang zum Gesellschaftskapital auswirken — als auch indirekt — wenn sie seine Anziehungskraft verringern, indem sie die Freiheit der Entscheidung und der Verwaltung der Gesellschaftsorgane beschränken — weniger interessant machen. Im Gegensatz zu den Feststellungen des Gerichtshofes [7] hat die daraus resultierende Beschränkung der Freiheit des Kapitalverkehrs nicht notwendigen, sondern subsidiären Charakter. Wenn dies für die Maßnahmen, die sich auf die Struktur des Aktienbesitzes auswirken, zutrifft, gilt es umso mehr hinsichtlich derjenigen Maßnahmen, die die Beschlussfassung innerhalb der Gesellschaft beschränken (Änderung des Gesellschaftszwecks, Veräußerung von Vermögensgegenständen). Bei ihnen besteht nur ein hypothetischer oder jedenfalls nur sehr schwacher Zusammenhang mit dem freien Kapitalverkehr.

Um dem Begriff der Kapital- und Zahlungsbewegungen einen Inhalt zu geben, muss der Gerichtshof zudem auf die allgemeinen Auslegungstechniken zurückgreifen. Es erscheint mir nicht sinnvoll, sich für die Bestimmung der Reichweite einer der Grundfreiheiten des Vertrages auf Handlungen des abgeleiteten Rechts zu stützen [8]. Ebenso wenig ist es für die juristische Einordnung einer Beschränkung von Bedeutung, ob der beklagte Staat (oder ein Streithelfer!) sie befürwortet oder ablehnt [9].

6 — J. Boulois, „Nouvelles réflexions à propos du caractère préjudicielle de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales", in *Études de droit des Communautés européennes — Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Hrsg.: A. Pedone, Paris 1984, S. 25.

7 — Randnrn. 56 der Urteile Kommission/Portugal und Kommission/Frankreich.

8 — Die spanische Regierung hat darauf hingewiesen, dass es bezeichnend sei, dass der Vorschlag für eine Richtlinie über öffentliche Angebote für den Aktienerwerb ausschließlich auf die Vertragsbestimmung über die Niederlassungsfreiheit gestützt werde.

9 — Dies geschieht jedoch in den Randnrn. 40 und 41 des Urteils Kommission/Belgien. Für die Untersuchung, ob die belgische Regelung eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellen kann, gibt sich der Gerichtshof mit einer Anspielung auf den Hinweischarakter der Richtlinie 88/361 zufrieden, wie auch mit der Feststellung, dass die beklagte Regierung nicht widerspreche, während die Regierung des Vereinigten Königreichs als Streithelferin es „in gewissem Umfang" einräume. Diese Beurteilungselemente sind kaum einschlägig und keinesfalls ausreichend, um eine derartige Beurteilung zu stützen.

Ich werde mich nicht weiter in die Einordnung der behaupteten Vertragsverletzung vertiefen, die ich zwar für juristisch fehlgehend halte, die aber keine weitreichenderen Folgen hat, da der Gerichtshof beide Gemeinschaftsfreiheiten einer ähnlichen Prüfung unterzieht [10].

37. Zweitens scheint durch die Urteile vom 4. Juni 2002 die praktische Wirkung des Artikels 295 EG trotz der besonderen Bedeutung, die ihm der Gründungsvertrag der Gemeinschaft beimisst, und nach dem der Vertrag „die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt [lässt]", verneint zu werden. Den Urteilen zufolge ist eine Berufung auf diese Vorschrift zur Rechtfertigung von Behinderungen von Vertragsfreiheiten nicht zulässig. Der Gerichtshof wiederholte eine Rechtsprechung, die auf sehr unterschiedlichen Sachverhalten beruht [11], und erinnerte daran, dass „dieser Artikel... nicht dazu [führt], dass die in den Mitgliedstaaten bestehende Eigentumsordnung den Grundprinzipien des Vertrages entzogen ist".

Für mich bestand und besteht die Schwierigkeit bei der Untersuchung der Golden shares vornehmlich darin, dass unstreitig ist, dass öffentlicher Aktienbesitz und staatliche Teilhaberschaft an Unternehmen in den Mitgliedstaaten *ohne weiteres* mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Dieser Grundsatz wird, wie die Kommission im Verlauf der drei Verfahren, über die der Gerichtshof bereits entschieden hat, einräumte, auf den Neutralitätsgrundsatz des Artikels 295 EG gestützt. Es besteht jedoch kein Zweifel, dass das öffentliche Eigentum an Unternehmen für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (oder auch des freien Kapitalverkehrs) bedeutet. Ähnliche Hindernisse können sich unabhängig von ihrer jeweiligen Höhe aus der bloßen Beteiligung öffentlicher Einrichtungen am Gesellschaftskapital privater Unternehmen ergeben. Weitere Beschränkungen ergäben sich dabei infolge des Einflusses der Vertreter der öffentlichen Hand bei der Fassung bestimmter Gesellschafterbeschlüsse, durch die beispielsweise der Eintritt ausländischer Gesellschafter verhindert oder jedenfalls eine unmittelbare grenzüberschreitende Investition weniger attraktiv wird.

Da es Artikel 295 nicht erlaubt, in Bezug auf die Eigentumsregelungen in den Mitgliedstaaten die strikte Anwendung der Grundnormen des Vertrages zu mildern, indem eine *Rechtmäßigkeitsvermutung* geschaffen wird, muss folglich in jedem einzelnen Fall die staatliche Beteiligung an Unternehmen anhand der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, die er auch in den drei abgeschlossenen Verfahren anwendete, gerechtfertigt werden. Das heißt, es muss ein zwingender Grund des Allgemeininteresses dafür vorgebracht und nachgewiesen werden, dass die staatliche

10 — Es ist richtig, die Gesamtheit der Grundfreiheiten unter einer einheitlichen Sichtweise zu betrachten. Genau aus diesem Grund wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Gerichtshof auf dem Gebiet des Rechts der privatisierten Unternehmen die Strenge, mit der er seine Rechtsprechung zu den unterschiedslos anwendbaren Beschränkungen anwendet, gemildert hätte, so wie er es in Bezug auf den freien Warenverkehr bereits in seinem Urteil vom 24. November 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097) getan hat.

11 — Urteil vom 1. Juni 1999 in der Rechtssache C-302/97 (Konle, Slg. 1999, I-3099, Randnr. 38).

Beteiligung dem verfolgten Ziel entspricht. Die Urteile vom 4. Juni 2002 bedeuten somit die Abkehr von der freien öffentlichen Intervention in den Unternehmen, so wie sie bislang verstanden wurde. Ich bin mir nicht sicher, ob der Gerichtshof dieses Ergebnis beabsichtigte, aber bei strikter Befolgung seiner Rechtsprechung ist es nicht zu umgehen.

Auf jeden Fall lassen die Urteile ohne jede Begründung Anwendung und Reichweite von Artikel 295 EG außer Acht. Dies kann nicht ohne Folgen bleiben, nicht einmal im Namen der Grundfreiheiten, denn in der Systematik des Vertrages ist ihnen dieser Artikel in der Bedeutung gleichgestellt.

38. Die dritte schwerwiegende Kritik richtet sich gegen die Ausnahme, die der Gerichtshof im Falle Belgiens machte. Um meinen Ausführungen größere Klarheit zu verschaffen, konzentriere ich mich auf die Rechte, die Artikel 3 der Königlichen Verordnung vom 10. und 16. Juni 1994 dem Minister einräumte, und die darin bestanden, jeder Übertragung, Verwendung als Sicherheit oder Änderung des Verwendungszwecks strategischer Vermögensgegenstände widersprechen zu können.

Auch die sorgfältige Abfassung des Urteils in dieser Rechtssache kann das Fehlen relevanter Unterschiede gegenüber der französischen Widerspruchsregelung bezüglich der Veräußerung oder Belastung von Vermögensgegenständen der ausländischen Niederlassungen der staatlichen Gesellschaft Elf-Aquitaine nicht verbergen. Diese Regelung wurde vom Gerichtshof für rechtswidrig erklärt, da sie „mangels objektiver und genauer Kriterien in der Struktur des geschaffenen Systems... über das [hinausgeht], was zur Erreichung des angegebenen Zieles erforderlich ist“ [12]. Sie berechtigte jedoch den Inhaber einer Sonderaktie, einer Veräußerung oder Belastung von Vermögensgegenständen zu widersprechen, die geeignet war, *die nationalen Interessen zu beeinträchtigen* [13]. Die belgische Regelung, die den Minister berechtigte, Verfügungen über strategische Vermögensgegenstände zu widersprechen, wenn er der Auffassung war, dass dadurch *nationale Interessen im Energiebereich* [14] beeinträchtigt wurden, war genauso unbestimmt.

39. Auch die prozessualen Unterschiede zwischen den Regelungen sind aufschlussreich. Beide sehen eine nachträgliche Kontrolle und eine Verpflichtung zur vorhergehenden Information vor. Diese Feststellung muss nuanciert werden. Es handelt sich keinesfalls um eine reine nachträgliche Kontrolle, die Auswirkungen auf die Gültigkeit von als solchen wirksamen Handlungen hat. Aus der Systematik der nationalen Gesetzestexte ergibt sich im Gegenteil, dass die Übertragung oder der Beschluss über die Veräußerung trotz

12 — Zuvor zitiertes Urteil Kommission/Frankreich, Randnr. 53.

13 — Artikel 1 des Dekrets Nr. 93-1296, auf den Artikel 2 Absatz 2 des Dekrets Nr. 93-1298 Bezug nimmt.

14 — Bemerkenswerterweise wird in Randnummer 51 des Urteils Kommission/Belgien ausgeführt, dass „die in den Artikeln 3 und 4 der Königlichen Verordnungen vom 10. und 16. Juni 1994 vorgesehenen Eingriffe des Ministers nur bei Beeinträchtigung der energiepolitischen Ziele vorgenommen werden können“. Diese engere Formulierung findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze. Wie aus den Randnrn. 9 und 10 desselben Urteils hervorgeht, sehen diese Königlichen Verordnungen in Artikel 3 vor, dass der Minister der Übertragung oder Verwendung als Sicherheit bestimmter Vermögensgegenstände widerspricht, „wenn diese Maßnahme seiner Ansicht nach die nationalen Interessen im Energiebereich beeinträchtigt“, und nur in Artikel 4 heißt es, dass die Vertreter der Regierung jede Entscheidung des Verwaltungsrats rügen können, „die ihres Erachtens den energiepolitischen Leitlinien des Landes einschließlich der Ziele in Bezug auf die Energieversorgung des Landes zuwiderläuft“.

Rechtmäßigkeit ohne jede Wirkung ist, solange der Minister oder die zuständige Behörde nicht innerhalb der ihm eingeräumten Frist Stellung genommen hat. Andernfalls könnte die behördliche Kontrolle umgangen werden, indem schnell eine erneute Veräußerung an einen Dritten erfolgt, dem die Sonderrechte nicht mehr entgegengehalten werden können. So betrachtet steht die Situation derjenigen gleich, die bei einer Regelung besteht, nach der für dieselben Handlungen eine vorherige behördliche Genehmigung erforderlich ist, die nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums als erteilt gilt.

Beide Rechte unterliegen relativ kurzen Fristen (in Belgien einundzwanzig Tage, in Frankreich ein Monat, der um fünfzehn Tage verlängert werden kann). Schließlich berücksichtigte der Gerichtshof das auf Regelungen des allgemeinen Verwaltungsrechts gestützte Vorbringen der belgischen Regierung, nach denen jede Ausübung der Rechte des Ministers einer förmlichen Begründung bedürfe und einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliege. Ich kann mir kaum vorstellen, dass das französische Recht keine ähnlichen Garantien vorsieht.

40. Somit besteht der einzige wesentliche Unterschied zwischen diesen nationalen Regelungen in der unterschiedlichen Natur der Vermögensgegenstände, die von dem behördlichen Widerspruchsrecht umfasst sind, oder, anders ausgedrückt, in ihrem materiellen Anwendungsbereich: im Falle Belgiens die Leitungsnetze, die wichtige Anlagen der Infrastruktur zur Beförderung von Energieträgern im Inland sind; im Falle Frankreichs die Mehrheit des Kapitals an den Tochtergesellschaften von Elf-Aquitaine. Selbst wenn man einwendet, dass sich dieser Unterschied auf die Beurteilung der Beschränkung auswirke, ist doch offenkundig, dass er in keiner Weise die *Objektivität und Genauigkeit der Kriterien* beeinflussen kann.

Übertragung dieser Rechtsprechung auf die vorliegenden Rechtssachen

Rechtssache Kommission/Spanien (C-463/00)

41. In der Rechtssache Kommission/Spanien (C-463/00) könnten die durch das Gesetz 5/1995 eingeführte Regelung und die verschiedenen auf seiner Grundlage ergangenen Königlichen Verordnungen mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts angesichts der vom Gerichtshof in den Urteilen vom 4. Juni 2002 untersuchten Sachverhalte in den Verfahren gegen Portugal und Frankreich mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts unvereinbar sein. Die vorherige behördliche Genehmigung für Beschlussfassungen, die Auswirkungen auf den Gesellschaftszweck haben (Auflösung, Spaltung oder Verschmelzung der Gesellschaft, Veräußerung oder Belastung bestimmter wesentlicher Vermögensgegenstände; Änderung des Gesellschaftszwecks) [15] wie für Vorgänge, die eine gewisse Änderung der Anteilsstruktur mit sich bringen (Herabsetzung der öffentlichen Beteiligung oder bedeutende Ver-

15 — Artikel 3 Absatz 1 des Gesetzes 5/1995.

fügung über das Gesellschaftskapital) [16] unterliegt keinen Bedingungen, mit Ausnahme der allgemeinen Bezugnahme auf die Gewährleistung der Kontinuität des Unternehmens bei der Erbringung seiner Dienstleistungen in den Begründungserwägungen des Gesetzes 5/1995. Es ist demnach zweifelhaft, ob der Einzelne mit hinreichender Genauigkeit den Umfang seiner Rechte erkennen kann, so dass die Regelung gegen die Rechtssicherheit verstoßen könnte.

42. Wenn als Messlatte für die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht die belgische Regelung des Widerspruchs gegen die Übertragung von Vermögensgegenständen herangezogen wird, kommt man nicht notwendig zu demselben Ergebnis. Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof bei der Abweisung der Vertragsverletzungsklage verschiedene Aspekte hervorgehoben hatte: den nachträglichen Charakter des Eingriffs, genau festgelegte Fristen, die Beschränkung der in Betracht kommenden Entscheidungen und der Gründe, die für die Einlegung des Widerspruchs angeführt werden können, die förmliche Begründung der Entscheidung und die wirksame gerichtliche Kontrolle.

43. Ich habe bereits dargelegt [17], dass die belgische Regelung bei genauem Hinsehen keine Widerspruchsregelung ist, da die Maßnahme bis zum Ablauf der Frist, die dem Minister für die Einlegung des Widerspruchs oder den vorzeitigen Verzicht hierauf gewährt wird, keine *praktische* rechtliche Wirkung entfaltete. In dieser Hinsicht unterscheidet sie sich nicht sehr von der spanischen Regelung, bei der nach dem Vorbringen der beklagten Regierung die Genehmigung im Fall der Nichterteilung eines Bescheids als erteilt gilt.

Auch die unterschiedliche Frist für die Einlegung des Widerspruchs ist nicht entscheidend: einundzwanzig Tage im Falle Belgiens; ein Monat, der ausnahmsweise um fünfzehn Tage verlängert werden kann, im Falle Spaniens.

Darüber hinaus muss, wie die spanische Regierung in der mündlichen Verhandlung vorgebracht hat, ohne dass die Kommission widersprochen hätte [18], auch die Ablehnung der Genehmigung als Verwaltungsakt begründet werden und unterliegt als solcher einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle. Es besteht kein Grund zu der Annahme, dass diese Kontrolle in Spanien weniger effizient ist als in Belgien.

Im Gegensatz zu der Auffassung der Kommission besteht kein hinreichender Grund, zu bezweifeln, dass die spanische Regelung über die vorherige behördliche Genehmi-

16 — Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes 5/1995.

17 — Siehe oben, Nr. 40

18 — So paraphrasiere ich die in Randnr. 51 des Urteils Kommission/Belgien verwendete Formulierung, obwohl ich nicht davon überzeugt bin, dass für den Nachweis des Inhalts nationalen Rechts eine bloße Parteivereinbarung oder das Einverständnis der Gegenpartei ausreicht.

gung erlassen wurde, um im Rahmen eines Privatisierungsprozesses die unternehmerische Kontinuität, die die Erbringung der Dienstleistung durch das Unternehmen verlangt, zu gewährleisten, wie eindeutig in den Begründungserwägungen des Gesetzes 5/1995 zum Ausdruck gebracht wird. Wenn, wie die beklagte Regierung vorträgt, mit Kontinuität die Sorge um die Sicherheit der Versorgung, die wirtschaftliche und soziale Solidarität und der Schutz der Verbraucherinteressen gemeint sind, ist offenkundig, dass die Regelung zwingende Gründe des Allgemeininteresses verfolgt, die sich von jedem anderen rein wirtschaftlichen Ziel unterscheiden. Darüber hinaus glaube ich nicht, dass sie ungenauer ist als die reine Bezugnahme auf die nationalen Interessen im Energiebereich im Falle Belgiens [19].

Letzten Endes besteht der einzige wesentliche Unterschied zwischen der belgischen und der spanischen Regelung in der Art der Vorgänge, für die eine Genehmigung erforderlich ist. Ein weiteres Mal muss festgestellt werden, dass trotz des Umstands, dass der materielle Anwendungsbereich der spanischen Regelung weiter ist, da er neben verschiedenen Beschlüssen über die Umwandlung der Gesellschaft oder die Veräußerung von Vermögensgegenständen auch den Erwerb von 10 Prozent des Gesellschaftskapitals umfasst, solche weitreichenden Unterschiede in keiner Weise die *Objektivität und Genauigkeit der Beurteilungskriterien* beeinträchtigen, denen die Genehmigung unterliegt. Die größere Zahl von Genehmigungstatbeständen erklärt sich dadurch, dass unterschiedliche Ziele verfolgt werden.

44. Die spanische Regelung weist darüber hinaus ein Merkmal auf, die sie von anderen ähnlich gelagerten Rechtssachen, über die der Gerichtshof entschied, unterscheidet: ihren ausdrücklichen Übergangscharakter. So treten sämtliche Königlichen Dekrete nach Ablauf einer Frist (im Allgemeinen von zehn Jahren seit dem auslösenden Ereignis) außer Kraft. Diese zeitliche Beschränkung bestätigt, dass es sich um eine Regelung handelt, die für einen Privatisierungsprozess geschaffen wurde. Sie scheint im Einklang zu stehen mit dem Ziel, Märkte zu öffnen, ohne vollständig auf die Sonderrechte der öffentlichen Hand in strategisch wichtigen Wirtschaftsbereichen zu verzichten. Wie der Gerichtshof ausgeführt hat, „sind die Bedenken nicht von der Hand zu weisen, die es je nach den Umständen rechtfertigen können, dass die Mitgliedstaaten einen gewissen Einfluss auf ursprünglich öffentliche und später privatisierte Unternehmen behalten, wenn diese Unternehmen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder von strategischer Bedeutung erbringen“ [20]. Ich möchte hinzufügen, dass diese Bedenken umso verständlicher sind, wenn sie zeitlich genau umgrenzt sind und der Vorbeugung

19 — Ich bestehe darauf, dass ungeachtet der Formulierung in Randnr. 51 des Urteils Kommission/Belgien, die sich auf Sachverhalte bezieht, bei denen „die energiepolitischen Ziele“ beeinträchtigt sind, die aus den Rechtstexten hervorgehende Realität darin besteht, dass der Minister der Übertragung, der Belastung oder der Nutzungsänderung bestimmter strategischer Vermögensgegenstände widersprechen kann, wenn dieser Vorgang „die nationalen Interessen im Energiebereich beeinträchtigt“ (Artikel 3 Absatz 1 der Königlichen Verordnung vom 10. Juni 1994). Es sei daran erinnert, dass auch die Kommission auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgreift, um Rechte zu beschränken. So beruft sie sich zum Beispiel auf das Fehlen des Gemeinschaftsinteresses, um die Prüfung einer wettbewerbsrechtlichen Beschwerde zu umgehen und auf diese Weise den Zugang des Einzelnen zur Kontrolle durch die Verwaltung und gegebenenfalls die Gerichte zu beschränken.

20 — Siehe zuvor zitierte Urteile Kommission/Portugal, Randnr. 47, Kommission/Frankreich, Randnr. 43, und Kommission/Belgien, Randnr. 43.

der Risiken einer grundlegenden Änderung der Unternehmensstruktur in sensiblen Wirtschaftsbereichen dienen.

45. Angesichts der Neuartigkeit der Privatisierung von Unternehmen, bei denen es über viele Jahre hinweg legitim erschien, dass sie im Eigentum oder unter der Kontrolle des Staates standen, rechtfertigt sich die Vielfalt der von einer Genehmigung abhängigen Maßnahmen wie auch die relative Ungenauigkeit des verfolgten Zieles, das in der unternehmerischen Kontinuität bei der Erbringung der Dienstleistung besteht. Angesichts der Unvorhersehbarkeit der möglichen Schwierigkeiten ist es verständlich, dass die öffentliche Hand nicht auf einen gewissen Beurteilungsspielraum verzichten will. Wenn darüber hinaus die zeitliche Begrenzung der spanischen Regelung berücksichtigt wird, kommt man zu dem Ergebnis, dass die Grenzen dessen, was zur Erreichung des verfolgten Zieles notwendig ist, nicht überschritten werden.

46. Aufgrund all dieser Erwägungen vor dem Hintergrund der Urteile vom 4. Juni 2002 und des in Artikel 295 EG — der den Schwerpunkt meiner Schlussanträge vom 3. Juni 2001 darstellte — festgelegten Grundsatzes der Neutralität des Gemeinschaftsrechts gegenüber staatlicher unternehmerischer Initiative gelange ich zu der Ansicht, dass die möglichen Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs gerechtfertigt und gegenüber dem verfolgten Ziel angemessen und verhältnismäßig sind. Deshalb sollte die von der Kommission gegen das Königreich Spanien erhobene Klage abgewiesen werden. In Bezug auf die Niederlassungsfreiheit ergibt sich zwingend eine gleichartige Lösung [21].

Rechtssache Kommission/Vereinigtes Königreich (C-98/01)

47. Die rechtliche Situation in der Rechtssache Kommission/Vereinigtes Königreich (C-98/01) scheint den Anforderungen der Rechtsprechung in diesem neuen Bereich nicht zu entsprechen.

48. Erstens ist der Umstand, dass sich die Eingriffsbefugnisse der öffentlichen Hand aus der Satzung der Gesellschaft (und nicht aus einem Rechtsetzungsakt) ergeben und dass die mit besonderen Rechten ausgestatteten nicht stimmberechtigten Anteile im nationalen Recht geregelt sind, ohne Bedeutung. Wenngleich es zutrifft, dass diese Regelung vollständig der klassischen Kategorie der Eigentumsregelungen zuzuordnen ist, trifft es doch ebenso zu, dass Letztere nicht der Anwendung der Grundnormen des Vertrages entzogen sind, ohne dass der Gerichtshof irgendeine Unterscheidung anhand der genauen Rechtsnatur einer bestimmten Regelung vorgenommen hätte (was auch nicht ratsam wäre). Bei der Einordnung der Beschränkung sind die wirtschaftlichen Konsequenzen der Regelung und nicht die technischen Eigenheiten einer jeden Vorschrift entscheidend. Sonst würde es ausreichen, wenn die Mitgliedstaaten künftig alle er-

21 — Siehe analog Randnr. 59 des Urteils Kommission/Belgien, angeführt in Fußnote 2.

denklichen öffentlich-rechtlichen Vorrechte in Satzungsbefugnisse umwandelten, um sie dem Anwendungsbereich des Vertrages zu entziehen.

49. Zweitens hat das Vereinigte Königreich sehr überzeugend vorgebracht, dass seine Befugnisse aufgrund der Artikel 10 und 40 der BAA-Satzung keine verbotenen Beschränkungen darstellten, da sie weder den Zugang zu ihrem Gesellschaftskapital beschränkten noch geeignet seien, diskriminierend aus Gründen der Staatsangehörigkeit angewendet zu werden. Da sie keine Behinderungen der Grundfreiheiten darstellten, sei es nicht erforderlich, sie zu rechtfertigen oder ihre Ausübung von objektiven und genauen Kriterien abhängig zu machen.

Trotz des äußeren Anscheins unterscheidet sich die britische Regelung nicht wesentlich von der französischen.

schlüssen über die Veräußerung oder die Belastung von Vermögensgegenständen zu widersprechen, und der Gerichtshof kam zu der Auffassung, dass ein so weites Ermessen „hinsichtlich der Identitätskontrolle der Inhaber von Anteilen" nicht mit dem Vertrag zu vereinbaren sei. Die britische Regierung hat vorgebracht, dass sie Artikel 10 nicht in dem Sinne auslege, dass ihr erlaubt sei, die Genehmigung aufgrund der Person des Erwerbers oder Abtretungsempfängers zu verweigern, sondern dass dies nur unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit der Veräußerung erfolge.

Dieses Vorbringen ist unerheblich, da es sich nicht aus dem Wortlaut ergibt und erst recht nicht von den für die Gewährleistung seiner Beachtung notwendigen Maßnahmen begleitet wird.

50. Gemäß Artikel 10 der BAA-Satzung kann der (öffentliche) Inhaber der Sonderaktie der Auflösung der Gesellschaft, der Auflösung oder Übertragung einer Tochtergesellschaft, die einen der betroffenen Flughäfen besitzt, und der vollständigen oder teilweisen Veräußerung eines Flughafens oder seiner Verwaltung widersprechen. Dieses Recht unterliegt keiner Bedingung und keiner richterlichen Kontrolle, da es sich lediglich um eine Verfügung eines Anteilsinhabers handelt. Die französische Regelung (Artikel 2 Absatz 3 des Dekrets Nr. 93-1298) sah die Möglichkeit vor, Be-

51. Artikel 40 der BAA-Satzung beschränkt in der Praxis die Beteiligung von natürlichen Personen oder Unternehmen an der Gesellschaft auf 15 Prozent des stimmberechtigten Kapitals. Mit diesem Verhältnis rechtfertigt die beklagte Regierung das Vorbringen, der Zugang zum Markt unterliege keinen Beschränkungen. Im Falle Frankreichs (Artikel 2 Absatz 1 des Dekrets Nr. 93-1298) war die Genehmigung erforderlich, wenn ein Zehntel, ein Fünftel oder ein Drittel des Gesellschaftskapitals oder der Stimmrechte überschritten wurde. Ich glaube nicht, dass der Unterschied von

5 Prozent zwischen beiden Regelungen zu unterschiedlichen Bewertungen führt. Darüber hinaus ist es zwar richtig, dass sie im Vereinigten Königreich automatisch und nie auf die Person bezogen angewendet wird, aber es trifft ebenso zu, dass der Inhaber der Sonderaktie jederzeit auf sie verzichten oder eine Satzungsänderung akzeptieren kann, die einem bestimmten Anlieger den Zugang zu einem größeren Kapitalanteil erlaubt, ohne dass dieser Vorgang gerichtlich überprüft werden könnte.

52. Da die britische Regelung keine der Garantien aufweist, die der Gerichtshof bei der Untersuchung der belgischen Regelung verlangte, insbesondere die Unterwerfung unter objektive, gerichtlich überprüfbare Kriterien, kann die im Urteil Kommission/Belgien gefundene Lösung nicht analog auf sie angewendet werden.

53. Unter diesen Umständen muss die Regelung in den Artikeln 10 und 40 der BBA-Satzung vor dem Hintergrund der Urteile vom 4. Juni 2002 als Verstoß gegen den freien Kapitalverkehr betrachtet werden, ohne dass es erforderlich ist, die streitigen Maßnahmen gesondert anhand der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit zu untersuchen [22].

22 — Randnr. 56 der zuvor zitierten Urteile Kommission/Portugal und Kommission/Frankreich.

Die Entscheidung im Einklang mit dem Postulat des Artikels 295 EG

54. Dennoch bin ich aus den Gründen, die ich in meinen am 3. Juli 2001 gehaltenen Schlussanträgen dargelegt habe und die ich den Gerichtshof bitte, erneut in Betracht zu ziehen, der Überzeugung, dass eine Regelung mit diesem Inhalt von dem Neutralitätsgrundsatz des Artikels 295 EG umfasst ist. Nur die korrekte Wertung dieser Vorschrift erlaubt es, die Inkohärenz zu vermeiden, die darin liegt, dass einerseits ein Mitgliedstaat, der unter Aufrechterhaltung bestimmter staatlicher Sonderrechte sein Einverständnis mit der Veräußerung seiner Beteiligungen an einigen strategisch wichtigen Unternehmen erklärt hat und dadurch die vom Vertrag gewollte gegenseitige Durchdringung der nationalen Märkte erleichtert, verurteilt wird, es andererseits aber ohne jede Rechtfertigung hingenommen wird, dass ein anderer Mitgliedstaat diese Integration dadurch verhindert oder beschränkt, dass er öffentliches Eigentum an derartigen Unternehmen schafft.

55. In den Urteilen vom 4. Juni 2002 wird festgestellt, dass Artikel 295 EG, der unzweideutig vorschreibt, dass der EG-Vertrag „die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt" lässt, nicht dazu führe, dass diese den Grundprinzipien des Vertrages entzogen sei. Dieser so ohne nähere Begründung wiederholte Grundsatz ist einer petitio principii gleichzustellen, die zur praktischen Folge hat, dass eine von den Ver-

fassern des Vertrages besonders hervorgehobene[23] Vorschrift von grundlegender Bedeutung ihre Wirksamkeit verliert.

56. Aus der historischen und teleologischen Auslegung ergibt sich, dass der Begriff Eigentumsordnung in Artikel 295 nicht nur auf die Zivilrechtsordnung, sondern auf sämtliche Normen sowohl privatrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Ursprungs Bezug nimmt, die die wirtschaftliche Eigentümerstellung an einem Unternehmen begründen können, d. h., die denjenigen, der sie innehat, in die Lage versetzen, einen entscheidenden Einfluss auf die Festlegung und Verfolgung aller oder einiger seiner wirtschaftlichen Ziele auszuüben. Parallel hierzu ergibt sich aus der zweckorientierten Auslegung, dass die Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen im Sinne des Vertrages nicht nur anhand der Zusammensetzung der Anteilsinhaber vorgenommen werden kann, sondern auch davon abhängt, welche Möglichkeit ein Staat hat, bestimmte Wirtschaftspolitiken durchzusetzen, die sich von dem die private Wirtschaft kennzeichnenden Streben nach maximalem Gewinn unterscheiden.

57. Im Ergebnis betrifft die in Artikel 295 EG niedergelegte Achtung der Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten durch den Vertrag jede Maßnahme, die es dem Staat im Wege des Eingriffs in den öffentlichen Sektor — im wirtschaftlichen Sinn — erlaubt, zur Gestaltung des Wirtschaftslebens der Nation beizutragen. Das bedeutet, dass diese Maßnahmen nicht als solche mit dem Vertrag unvereinbar anzusehen sind, denn sie sind durch die Rechtmäßigkeitsvermutung des Artikels 295 EG geschützt.

Hierbei ist es besonders erhellend, dass der Vorbehalt des Artikels 295 EG wie ein Präjudizierungsverbot formuliert ist. Wenn es im Vertrag heißt „ne préjuge en rien", bedeutet das zumindest, dass eine nationale Maßnahme, die das System der Entscheidungsfindung im öffentlichen Sektor berührt, als mit dem Vertrag vereinbar betrachtet werden muss, *sofern nicht das Gegenteil bewiesen wird*. Präjudizieren bedeutet ja gerade, dass angenommen wird, dass eine Maßnahme, die als solche nicht diskriminierend ist, in einer nicht gerechtfertigten diskriminierenden Weise ausgeübt wird.

58. Auf der Grundlage dieser Überlegungen komme ich bezüglich der gegen Spanien erhobenen Klage ebenso zum Vorschlag der Klageabweisung, wie sie die Übertragung der Urteile vom 4. Juni 2002 zu gebieten scheint.

Auch die britische Regelung könnte diese Legalitätsvermutung für sich in Anspruch nehmen, wenn für die Regierung des Vereinigten Königreichs die Verpflichtung bestünde, bei Ausübung der ihr durch die Sonderaktie eingeräumten Befugnisse begründete Entscheidungen zu erlassen und diese Entscheidungen der gerichtlichen Kontrolle unterlägen. Da es an diesen Garantien fehlt, genügt die Regelung in der BAA-Satzung den Anforderungen des Vertrages nicht.

23 — Durch ihre systematische Stellung, ihren einschlägigen und bedingungslosen Wortlaut und die Tatsache, dass sie ihre Bedeutung unmittelbar aus der Schumann-Erklärung vom 9. Mai 1950 herleitet, wie ich in meinen Schlussanträgen vom 3. Juli 2001 darlegte.

VI — Kosten

59. In der Rechtssache Kommission/Spanien (C-463/00) ist die Klägerin nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

60. In der Rechtssache Kommission/Vereinigtes Königreich (C-98/01) hat nach den Kriterien der Rechtsprechung der beklagte Mitgliedstaat die Kosten zu tragen.

61. Die Streithelferin trägt nach Artikel 69 § 4 der Verfahrensordnung ihre eigenen Kosten.

VII — Ergebnis

62. Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor,

— die gegen das Königreich Spanien in der Rechtssache C-463/00 erhobene Klage abzuweisen und der Kommission die Kosten aufzuerlegen sowie zu entscheiden, dass das Vereinigte Königreich als Streithelferin seine eigenen Kosten trägt,

— der gegen das Vereinigte Königreich in der Rechtssache C-98/01 erhobenen Klage stattzugeben und dem beklagten Staat die Kosten aufzuerlegen.