

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

PAOLO MENGOLZI

vom 2. Dezember 2009¹

I — Einleitung

1. Mit der vorliegenden, am 21. April 2008 eingereichten Klage beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, festzustellen, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 56 EG und 43 EG verstoßen hat, dass sie Sonderrechte des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts an der Portugal Telecom SGPS SA (im Folgenden: Portugal Telecom) aufrechterhält, die in Verbindung mit vom Staat gehaltenen Vorzugsaktien („golden shares“) von Portugal Telecom gewährt wurden.

„Außerdem können in der rechtlichen Regelung gemäß Art. 4 Abs. 1 (zur Genehmigung der Satzung des Unternehmens, das privatisiert oder in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden soll), wenn Gründe des nationalen Interesses dies erfordern, ausnahmsweise Vorzugsaktien vorgesehen werden, die Eigentum des Staates bleiben und diesem, unabhängig von der Anzahl der Aktien, bei Satzungsänderungen und anderen Entscheidungen in bestimmten, in der Satzung ordnungsgemäß vorgesehenen Bereichen ein Vetorecht einräumen.“

3. Art. 20 Abs. 1 der gesetzvertretenden Verordnung Nr. 44/95 vom 22. Februar 1995 zur ersten Phase der Privatisierung bestimmt:

II — Rechtlicher Rahmen

2. Art. 15 Abs. 3 des Rahmengesetzes über Privatisierungen (Lei Quadro das Privatizações)² ermöglicht die Ausgabe von Vorzugsaktien:

„Sofern der Gesellschaftsvertrag von Portugal Telecom mit Sonderrechten verbundene Aktien vorsieht, die jedoch keine Dividendenvorzugsaktien sind, müssen diese Aktien mehrheitlich vom Staat oder anderen öffentlichen Anteilseignern gehalten werden.“

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Gesetz Nr. 11/90 vom 5. April 1990.

4. In Art. 4 Abs. 2 der Satzung von Portugal Telecom, bei der es sich um eine Holdinggesellschaft zur Verwaltung von Beteiligungen handelt, wird festgelegt, dass sich das Gesellschaftskapital aus 1 025 800 000 Stammaktien und 500 Aktien der Kategorie A zusammensetzt.

5. Gemäß Art. 5 der Satzung von Portugal Telecom müssen die Aktien der Kategorie A mehrheitlich vom Staat oder anderen öffentlichen Anteilseignern gehalten werden. Außerdem sind diese Aktien mit bestimmten Vorrechten in Form von Sonderrechten verbunden.

6. In der Satzung von Portugal Telecom werden folgende Sonderrechte aufgezählt:

- Mindestens ein Drittel aller Verwaltungsratsmitglieder, darunter der Präsident des Verwaltungsrats, muss mit der Mehrheit der mit den Aktien der Kategorie A verbundenen Stimmen gewählt werden, d. h. mit den Stimmen des Staates und der anderen öffentlichen Anteilseigner.
- Von den fünf bzw. sieben Mitgliedern des Vorstands, der aus der Mitte des Verwaltungsrats gewählt wird, müssen ein bzw. zwei Vorstandsmitglieder jeweils mit der Mehrheit der mit den Aktien der Kategorie A verbundenen Stimmen gewählt werden.
- Die Ernennung von mindestens einem der gewählten Verwaltungsratsmitglieder zur Wahrnehmung bestimmter besonderer Verwaltungsaufgaben muss

mit der Mehrheit der mit den Aktien der Kategorie A verbundenen Stimmen erfolgen.

- Beschlüsse der Hauptversammlung in den nachstehend genannten Bereichen können nicht gegen die Mehrheit der mit den Aktien der Kategorie A verbundenen Stimmen angenommen werden:
- Verwendung des Geschäftsergebnisses,
- Satzungsänderungen und Kapitalerhöhungen,
- Beschränkung oder Aufhebung von Vorzugsrechten,
- Festlegung der Bedingungen für Kapitalerhöhungen,
- Ausgabe von Schuldverschreibungen und anderen Wertpapieren und Festlegung des Werts der Schuldverschreibungen, die vom Verwaltungsrat genehmigt werden können, sowie Beschränkung oder Aufhebung von Vorzugsrechten bei der Ausgabe von in Aktien umwandelbaren Schuldverschreibungen und Festlegung der Bedingungen für die Ausgabe solcher Schuldverschreibungen durch den Verwaltungsrat,

- Verlegung des Firmensitzes innerhalb des Staatsgebiets,

- Genehmigung des Erwerbs einer Anzahl von Stammaktien, die mehr als 10% des Gesellschaftskapitals ausmachen, durch Aktionäre, die eine Tätigkeit ausüben, die mit den Tätigkeiten der von Portugal Telecom beherrschten Gesellschaften konkurriert.

- Im Übrigen ist die Mehrheit der mit diesen Aktien verbundenen Stimmen auch bei der Festlegung der allgemeinen Ziele und grundlegenden Prinzipien der Firmenpolitik von Portugal Telecom und bei der Bestimmung der allgemeinen Grundsätze der Politik hinsichtlich von Beteiligungen an anderen Gesellschaften oder Konzernen, sowie des Erwerbs und der Veräußerung von Anteilen erforderlich, wenn diese Entscheidungen der vorherigen Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen.

Umwandlung des öffentlichen Unternehmens Correios e Telecomunicações de Portugal in eine Aktiengesellschaft und wurde mit der Abtrennung der Tätigkeiten im Bereich Telekommunikation und deren Zusammenfassung in einer eigenständigen Gesellschaft, der Telecom Portugal SA, fortgesetzt. Danach wurden im Jahr 1994 mehrere staatliche Unternehmen, nämlich Telecom Portugal SA, Telefones de Lisboa e Porto SA und Teledifusora de Portugal SA, zur Portugal Telecom zusammengeschlossen.

8. Ab dem Jahr 1995 wurde Portugal Telecom in fünf aufeinanderfolgenden Phasen entsprechend der mit dem Rahmengesetz über Privatisierungen eingeführten Regelungen privatisiert.

9. In einer ersten, in der gesetzestretenden Verordnung Nr. 44/95 vorgesehenen Phase wurden etwa 27% des Gesellschaftskapitals veräußert.

10. In einer zweiten Phase, die den Zeitraum April 1996 bis August 1997 umfasste, wurden etwa 22% des Gesellschaftskapitals veräußert, so dass die Beteiligung des Staates noch 51% des Gesellschaftskapitals betrug.

III — Vorgeschichte des Rechtsstreits

7. Die im Jahr 1994 gegründete Portugal Telecom entstand im Zuge eines umfangreichen Umstrukturierungsprozesses im portugiesischen Telekommunikationssektor. Dieser Prozess begann im Jahr 1992 mit der

11. In einer dritten Phase, die im August 1997 begann und im April 1999 abgeschlossen wurde, wurden weitere Beteiligungen in einem Umfang von 26% des Gesellschaftskapitals veräußert.

12. Aus den Akten ergibt sich, dass die Portugiesische Republik bis zum Ende des Jahres 1997 die Mehrheit der Stammaktien von Portugal Telecom hielt.

mit Sonderrechten verbundene Vorzugsaktien am Gesellschaftskapital von Portugal Telecom halten.

13. Am Ende der vierten Phase reduzierte die Portugiesische Republik ihre Beteiligung am Gesellschaftskapital von Portugal Telecom um weitere 13,5 % der Anteile.

16. Die Kommission warf der Portugiesischen Republik vor, dass sie Vorzugsaktien („golden shares“) von Portugal Telecom halte und dem Staat beim Erwerb von Beteiligungen, die mehr als 10 % des Gesellschaftskapitals von Portugal Telecom ausmachten, durch Aktionäre, die eine mit den Tätigkeiten von Portugal Telecom konkurrierende Tätigkeit ausübten, ein Vetorecht eingeräumt worden sei.

14. Mit Abschluss der fünften Privatisierungsphase wurden schließlich die restlichen Anteile des Staates an Portugal Telecom veräußert, mit Ausnahme von 500 mit Sonderrechten verbundenen Aktien (Aktien der Kategorie A), die weiterhin vom Staat gehalten wurden.

17. Da das Antwortschreiben der Portugiesischen Republik vom 21. Februar 2006 die Kommission nicht zufriedenstellte, übersandte sie der Portugiesischen Republik am 10. April 2006 eine mit Gründen versehene Stellungnahme.

IV — Vorverfahren

18. Die Portugiesische Republik antwortete auf die mit Gründen versehene Stellungnahme mit Schreiben vom 24. Juli 2006, in dem sie die gerügte Vertragsverletzung bestritt.

15. Am 19. Dezember 2005 sandte die Kommission der Portugiesischen Republik ein Mahnschreiben, in dem sie ihr vorwarf, dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 56 EG und 43 EG zu verstoßen, dass der Staat und andere öffentliche Anteilseigner

19. Da die Portugiesische Republik nach Ansicht der Kommission nicht die erforderlichen Maßnahmen ergriffen hatte, um der mit Gründen versehenen Stellungnahme nachzukommen, hat die Kommission am 21. April 2008 die vorliegende Klage erhoben.

V — Anträge der Parteien

20. Die Kommission beantragt,

- festzustellen, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 56 EG und 43 EG verstößt, dass sie Sonderrechte des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts an Portugal Telecom aufrechterhält, die in Verbindung mit vom Staat gehaltenen Vorzugsaktien („golden shares“) von Portugal Telecom gewährt wurden,

- der Portugiesischen Republik die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

21. Die Portugiesische Republik beantragt,

die Klage abzuweisen,

der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

VI — Zur Vertragsverletzung

A — Zur Zulässigkeit der Klage

1. Vorbringen der Parteien

22. Die Portugiesische Republik macht in ihrer Klagebeantwortung geltend, dass die Klage aus zwei Gründen unzulässig sei. Zum einen habe die Kommission, da sie weder die Rechtstexte noch die Satzung von Portugal Telecom, deren Regelungen die behauptete Vertragsverletzung konkretisieren sollten, zu den Akten gereicht habe, die Bestimmungen zur Beweislast nicht beachtet, so dass es ihr nicht gelungen sei, die behauptete Vertragsverletzung nachzuweisen. Zum anderen habe die Kommission in ihrer Klageschrift den Streitgegenstand, so wie er im Vorverfahren definiert worden sei, erweitert, da sie nunmehr das Vorliegen weiterer Vorrechte des Staates behaupte, nämlich des Rechts, ein oder zwei Mitglieder des Vorstands, der gegebenenfalls aus der Mitte des Verwaltungsrats gewählt werde, zu benennen, und eines Vetorechts bei bestimmten strategischen Entscheidungen, wie z. B. der Veräußerung beträchtlicher Vermögenswerte, Zusammenschlüssen mit anderen Gesellschaften sowie

Entscheidungen, die zu einer Übertragung des Eigentums an dem Unternehmen führten.

23. Die Kommission tritt diesem gesamten Vorbringen entgegen.

2. Würdigung

24. Meines Erachtens greifen die beiden von der Portugiesischen Republik geltend gemachten Unzulässigkeitsgründe nicht durch.

25. Hinsichtlich der behaupteten Verpflichtung der Kommission, die einschlägigen Rechtstexte und die Satzung von Portugal Telecom vorzulegen, kann die Portugiesische Republik nicht geltend machen, dass sich die Kommission, da sie diese Unterlagen der Klageschrift nicht beigelegt habe, lediglich auf eine Vermutung stütze und dem Gerichtshof nicht die erforderlichen Anhaltspunkte liefere, anhand deren dieser das Vorliegen der Vertragsverletzung prüfen könne³.

26. Zwar hat die Kommission die genannten Dokumente ihrer Klageschrift nicht

beigelegt, sie hat jedoch den Inhalt der einschlägigen Rechtstexte und die Satzung von Portugal Telecom sowohl in den Unterlagen des Vorverfahrens als auch in der Klageschrift wiedergegeben. Damit ist die Kommission ihrer Verpflichtung, die Vorschriften anzugeben, aus denen sich die gerügte Vertragsverletzung ergeben soll, ausreichend nachgekommen.

27. Außerdem ist zu bemerken, dass die Portugiesische Republik zu keiner Zeit das Vorliegen dieser Bestimmungen oder die Tatsache, dass diese dem Staat mit Sonderrechten verbundene Vorzugsaktien gewähren, wie dies von der Kommission sowohl im Vorverfahren als auch vor dem Gerichtshof vorgetragen wurde, bestritten hat. Ganz im Gegenteil hat die Portugiesische Republik in ihren Antworten auf das Mahnschreiben und die mit Gründen versehene Stellungnahme mehrmals bestätigt, dass sie aufgrund dieser Vorschriften über Anteile am Kapital von Portugal Telecom in Form von 500 Aktien der Kategorie A verfügt, die mit Sonderrechten verbunden sind.

28. Selbst wenn man unterstellte, dass die Kommission eine ihr obliegende Verpflichtung missachtet hätte, könnte dies meines Erachtens jedenfalls nicht zur Unzulässigkeit der Klage führen, da dies eine im Verhältnis zu der gerügten Vertragsverletzung offensichtlich unverhältnismäßige Folge wäre. Außerdem hat der Gerichtshof den von der Portugiesischen Republik erhobenen Vorwurf bereits teilweise zurückgewiesen, indem er von Amts wegen eine verfahrensleitende Maßnahme traf und die Parteien aufforderte, die Satzung von Portugal Telecom bei der Kanzlei des Gerichtshofs einzureichen, was diese in der Folge auch taten. Aus dem Wortlaut der Satzung von Portugal Telecom

3 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 6. November 2003, Kommission/Vereinigtes Königreich (C-434/01, Slg. 2003, I-13239, Randnr. 21).

ergibt sich im Übrigen zweifelsfrei, dass der Inhalt der einschlägigen Vorschriften von der Kommission in ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme und in ihrer Klageschrift wiedergegeben wurde.

B — Zur Begründetheit

1. Vorbringen der Parteien

29. Zu der behaupteten Erweiterung des Streitgegenstands, wonach sich die Kommission in ihrer Klageschrift auf zusätzliche Rügen gestützt habe, ist festzustellen, dass nach gefestigter Rechtsprechung das Erfordernis, den Streitgegenstand, wie er in der mit Gründen versehenen Stellungnahme umschrieben ist, nicht zu erweitern oder zu ändern, nicht so weit gehen kann, dass in jedem Fall eine völlige Übereinstimmung zwischen den im Mahnschreiben erhobenen Rügen, dem Tenor der mit Gründen versehenen Stellungnahme und den Anträgen in der Klageschrift bestehen muss⁴. Die Tatsache, dass die Kommission die Rügen, die allgemeiner bereits in dem Mahnschreiben und in der mit Gründen versehenen Stellungnahme enthalten waren, in der Klageschrift im Einzelnen dargestellt hat, indem sie weitere Bereiche nannte, in denen der portugiesische Staat als Inhaber der Mehrheit der Aktien der Kategorie A über Sonderrechte an Portugal Telecom verfügte, hat meines Erachtens keine Auswirkungen auf den Umfang des Rechtsstreits⁵.

31. Die Kommission trägt zunächst vor, die Tatsache, dass die Portugiesische Republik über die oben genannten Sonderrechte verfüge, da sie die Mehrheit der Aktien der Kategorie A von Portugal Telecom besitze, stelle eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs und der Niederlassungsfreiheit dar. Diese Sonderrechte beschränkten die Möglichkeiten der Stammaktionäre, sich dem Wert ihrer Aktien entsprechend an der Verwaltung und Kontrolle der Gesellschaft tatsächlich zu beteiligen, und diese verlören dadurch die Befugnis, in Bereichen, in denen der Staat über ein Vetorecht verfüge, strategische Entscheidungen zu treffen.

32. Darüber hinaus könnten die von der Portugiesischen Republik gehaltenen Vorzugsaktien auch den Erwerb von Kontrollbeteiligungen an dieser Gesellschaft behindern, was mit Art. 43 EG unvereinbar sei.

30. Die vorliegende Klage ist daher meiner Ansicht nach zulässig.

33. Die Kommission stellt außerdem fest, dass die betreffenden Vorzugsaktien aus zwei Gründen nicht als privatrechtlich eingestuft werden könnten. Zum einen sei ihre Ausgabe — selbst wenn feststehe, dass die mit den Vorzugsaktien verbundenen Sonderrechte

4 — Vgl. Urteile vom 29. September 1998, Kommission/Deutschland (C-191/95, Slg. 1998, I-5449, Randnr. 56), und vom 11. Juli 2002, Kommission/Spanien (C-139/00, Slg. 2002, I-6407, Randnr. 19).

5 — Vgl. insoweit Urteil vom 27. November 2003, Kommission/Finnland (C-185/00, Slg. 2003, I-14189, Randnr. 87).

nur in der Satzung von Portugal Telecom vorgesehen seien — vor dem Hintergrund der einschlägigen Bestimmungen des Rahmengesetzes über Privatisierungen und der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 44/95 zu sehen, aufgrund deren die Mehrheit dieser Vorzugsaktien dem Staat zuzuteilen sei und weiterhin dem Staat gehören solle. Zum anderen sei die betreffende Satzung nach der ersten Privatisierungsphase erlassen worden, zu einer Zeit also, da Portugal Telecom noch mehrheitlich dem Staat gehört habe.

34. Daher sei die Ausgabe von Vorzugsaktien an Portugal Telecom nicht auf eine normale Anwendung des Gesellschaftsrechts zurückzuführen, sondern stelle auf jeden Fall eine staatliche Maßnahme dar, die folglich in den Anwendungsbereich von Art. 56 Abs. 1 EG falle.

35. Die Kommission führt ferner aus, Art. 295 EG könne nicht die Zuteilung von Vorzugsaktien an den Staat rechtfertigen, da sich, wie der Gerichtshof bereits mehrfach entschieden habe, die Mitgliedstaaten nicht auf ihre Eigentumsordnung berufen könnten, um Beeinträchtigungen der im EG-Vertrag

vorgesehenen Freiheiten zu rechtfertigen, die sich aus einem System behördlicher Genehmigungen in Bezug auf privatisierte Unternehmen ergäben⁶. Die Zuteilung von Sonderrechten an den portugiesischen Staat, die diesem bei bestimmten Entscheidungen, die das Unternehmen als solches beträfen, ein Vetorecht einräumten, stelle ein System behördlicher Genehmigungen dar.

36. In ihrer Erwiderung beanstandet die Kommission auch, dass das Recht, mit Sonderrechten verbundene Aktien zu besitzen, von der Portugiesischen Republik als ein Grundrecht eingestuft werde. Zweifellos stellten die Vereinigungsfreiheit, das Recht zu privatwirtschaftlicher Betätigung und das Eigentumsrecht Grundrechte dar; auf das Recht zum Besitz von Vorzugsaktien treffe dies jedoch nicht zu. Zum Vorwurf einer Verletzung dieser Grundrechte, wenn einer Behörde der Besitz solcher Aktien untersagt werde, führt die Kommission aus, dass gemäß den einschlägigen Bestimmungen der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK) und der am 7. Dezember 2000 in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁷ die Ausübung dieser Rechte Beschränkungen

6 — Die Kommission beruft sich insbesondere auf die Urteile vom 4. Juni 2002, Kommission/Portugal (C-367/98, Slg. 2002, I-4731, Randnr. 48) und Kommission/Frankreich (C-483/99, Slg. 2002, I-4781, Randnr. 44), sowie vom 13. Mai 2003, Kommission/Spanien (C-463/00, Slg. 2003, I-4581, Randnrn. 66 und 67).

7 — ABl. C 364, S. 1.

unterworfen werden könne, die den Zielen des Allgemeininteresses dienen.

37. Die Beschränkungen, die sich aus den Sonderrechten des Staates an Portugal Telecom ergäben, könnten nicht durch die von der Portugiesischen Republik geltend gemachten Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden und verstießen jedenfalls gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

38. Die Notwendigkeit, dass dem Staat jederzeit ein Telekommunikationsnetz, das insbesondere im Krisen-, Kriegs- oder Terrorfall eine wesentliche Rolle spiele, zur Verfügung stehe, könne nicht als ein berechtigtes Ziel des Allgemeininteresses angesehen werden, da die Portugiesische Republik nicht das Vorliegen einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre, im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs nachgewiesen habe⁸.

39. Zurückzuweisen sei auch das Vorbringen der Portugiesischen Republik, dem zufolge der Besitz von Sonderrechten an Portugal Telecom, die nach wie vor die Kabel- und Kupfernetze besitze und im Geschäfts- und Privatkundenbereich tätig sei, gerechtfertigt

sei, um mangels nationaler oder gemeinschaftlicher Regelungen, die der portugiesischen Wettbewerbsbehörde und dem sektorspezifischen Regulierer die erforderlichen Befugnisse einräumten, ein bestimmtes Maß an Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt sicherzustellen. Dieses Vorbringen sei zurückzuweisen, da es darauf hinauslaufe, einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht (im vorliegenden Fall das Wettbewerbsrecht) mit einem anderen Verstoß gegen dieses Recht (nämlich der Beschränkung des freien Kapitalverkehrs und der Niederlassungsfreiheit) zu rechtfertigen.

40. Hinsichtlich des Rechtfertigungsgrundes, eine Diskussion über die Rechte des portugiesischen Staates an Portugal Telecom könne bei der derzeitigen Konjunktur zu einer nennenswerten Störung des Kapitalmarkts führen, beschränkt sich die Kommission auf den Hinweis, dass nach ständiger Rechtsprechung wirtschaftliche Gründe keine Beeinträchtigungen rechtfertigen könnten, die gemäß dem EG-Vertrag verboten seien⁹.

41. Auf jeden Fall sei die Zuteilung von Sonderrechten an den portugiesischen Staat eine Maßnahme, die offensichtlich über das hinausgehe, was zur Erreichung der verfolgten Ziele erforderlich sei. Insbesondere beträfen die Sonderrechte nicht spezielle Verwaltungsentscheidungen, sondern grundlegende Entscheidungen im Leben eines Unternehmens, und ihre Ausübung hänge zudem von

8 — Vgl. insbesondere Urteil vom 13. Mai 2003, Kommission/Spanien (Randnr. 72).

9 — Vgl. insbesondere Urteil Kommission/Portugal (Randnr. 52).

keiner anderen das Ermessen der Behörde einschränkende Bedingung als davon ab, dass die Rechte ausgeübt werden sollen, wenn dies aus Gründen des Staatsinteresses geboten ist.

42. Die Portugiesische Republik trägt zunächst vor, das Recht zum Besitz von mit Sonderrechten verbundenen Aktien stelle ein Grundrecht der Aktionäre dar und sei als solches ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, den die Gemeinschaftsgerichte gemäß Art. 6 EU und den Art. 12 und 14 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zu wahren hätten. Die Auffassung der Kommission, dass der Umstand, dass die genannten Aktien von einer öffentlichen Einrichtung gehalten würden, ein Rechtsverstoß sei, führe selbst zu einer Verletzung bestimmter Grundrechte, nämlich des Eigentumsrechts, des Vereinigungsrechts und des Rechts zu privatwirtschaftlicher Betätigung.

43. Eine Beschränkung liege nicht vor, da die Ausgabe von Vorzugsaktien direkt und unmittelbar von Portugal Telecom gewollt und daher auf eine normale Anwendung des Gesellschaftsrechts zurückzuführen sei.

44. Selbst wenn die Ausgabe der betreffenden Vorzugsaktien dem Staat zuzurechnen sei, stelle dies keineswegs einen Verstoß gegen Art. 56 EG und 43 EG dar, da diese Aktien nicht einer Beeinträchtigung des Handels oder einer Behinderung des freien Kapitalverkehrs dienten. Mit dieser nicht diskriminierenden Maßnahme sollten nicht die Modalitäten des Erwerbs der Beteiligungen geregelt werden, sondern die Modalitäten des Umgangs mit diesen Beteiligungen, so dass der das Urteil Keck und Mithouard¹⁰ tragende Grundgedanke analog gelte.

45. Unter Berufung auf die Schlussanträge von Generalanwalt Poiares Maduro in den Rechtssachen Federconsumatori¹¹ ist die Portugiesische Republik jedenfalls der Ansicht, dass sich der Umstand, dass sie Sonderrechte an Portugal Telecom halte, auf den Wert dieser Gesellschaft nicht nachteilig auswirke und folglich die Inanspruchnahme des freien Kapitalverkehrs für Investoren aus anderen Mitgliedstaaten nicht weniger attraktiv werde, zumal der portugiesische Staat bis jetzt von seinem Vetorecht keinen Gebrauch gemacht habe.

10 — Urteil des Gerichtshofs vom 24. November 2003, Keck und Mithouard (C-267/91 und C-268/91, Slg. 2003, I-6097).

11 — Nr. 25 der Schlussanträge in den Rechtssachen Federconsumatori u. a. (Urteil des Gerichtshofs vom 6. Dezember 2007, C-463/04 und C-464/04, Slg. 2007, I-10419).

46. Selbst wenn die Bestimmungen der Satzung von Portugal Telecom dem Staat zuzurechnen seien und eine Beschränkung der Grundfreiheiten des freien Kapitalverkehrs und der Niederlassungsfreiheit vorliege, seien diese Hemmnisse aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt.

47. Erstens erfordere die Tatsache, dass sich wichtige Infrastrukturen für die Übertragung und Verbreitung von Telekommunikation im Eigentum von Portugal Telecom befänden, dass der Staat Sonderrechte besitze, damit er die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen im Krisen-, Kriegs- und Terrorfall, bei natürlichen Gefahren sowie bei sonstigen neuen Bedrohungen sicherstellen könne. Die von der Kommission vorgenommene Auslegung des Urteils Kommission/Spanien vom 13. Mai 2003¹² sei zurückzuweisen, da der Gerichtshof die Anerkennung des Vorliegens eines Grundes der öffentlichen Sicherheit nicht vom Nachweis einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre, habe abhängig machen wollen.

48. Zweitens sei es notwendig, die Erbringung eines Universaldienstes im Bereich der

Telekommunikation sicherzustellen. Telekommunikationsdienste gehörten zu den Dienstleistungen, die in einer bestimmten Qualität allen Endnutzern im gesamten Hoheitsgebiet unabhängig von ihrem Standort zu einem erschwinglichen Preis zur Verfügung stehen müssten. Da es sich bei dem Betreiber, der diese Leistung zu erbringen habe, um Portugal Telecom handle, rechtfertige das erhebliche Risiko einer Beeinträchtigung des Universaldienstes, wenn er nur von privaten Aktionären erbracht werde, dass der Staat weiterhin eine Möglichkeit haben müsse, aufgrund von Sonderrechten in die betreffende Gesellschaft eingreifen zu können.

49. Drittens seien die dem Staat eingeräumten Sonderrechte erforderlich und im Hinblick auf die mit ihnen verfolgten Ziele angemessen. Die Sonderrechte des Staates unterschieden sich nicht von einer nachträglichen Widerspruchsregelung, d. h. dem Recht, Beschlüssen, die von der ordentlichen Hauptversammlung gefasst worden seien, in den in der Satzung von Portugal Telecom vorgesehenen Fällen zu widersprechen. Die Sonderrechte seien im Übrigen auf besondere und im Voraus genau festgelegte Fälle beschränkt. Daher handle es sich um eine vergleichbare Regelung wie diejenige, um die es in der Rechtssache Kommission/Belgien¹³ gegangen sei und die der Gerichtshof für mit dem Vertrag vereinbar erklärt habe.

12 — Urteil Kommission/Spanien (Randnrn. 71 bis 73).

13 — Urteil vom 4. Juni 2002, Kommission/Belgien (C-503/99, Slg. 2002, I-4809).

2. Würdigung

ganz allgemein Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten verbietet¹⁵.

a) Zum Vorliegen von Beschränkungen im Sinne von Art. 56 EG

50. Der Gerichtshof muss sich erneut mit der Vereinbarkeit einer rechtlichen Regelung, die dem Staat nach einer Privatisierung mit Sonderrechten verbundene Aktien („golden shares“) einer Gesellschaft gewährt, aufgrund deren er einen erheblichen Einfluss auf die Tätigkeit der betreffenden Gesellschaft ausüben kann, mit dem Gemeinschaftsrecht auseinandersetzen¹⁴.

51. Solche nationalen Regelungen sind vom Gerichtshof immer im Licht des freien Kapitalverkehrs beurteilt worden, dessen Verletzung daneben einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nach sich zieht.

52. Zunächst ist festzustellen, dass Art. 56 Abs. 1 EG nach ständiger Rechtsprechung

53. Der Begriff des Kapitalverkehrs ist zwar nicht im Vertrag definiert, doch enthält Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Art. 67 des Vertrages [Artikel aufgehoben durch den Vertrag von Amsterdam] (ABl. L 178, S. 5) eine als Hinweis dienende Liste von Vorgängen, die als Kapitalbewegungen angesehen werden¹⁶. Kapitalbewegungen im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG sind danach insbesondere Investitionen in Form von Beteiligungen, die die Möglichkeit verschaffen, sich tatsächlich an der Verwaltung einer Gesellschaft und deren Kontrolle zu beteiligen (Direktinvestitionen), sowie der Erwerb von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt allein in der Absicht einer Geldanlage, ohne auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens Einfluss nehmen zu wollen (Portfolioinvestitionen)¹⁷.

54. Der Gerichtshof hat insoweit ausgeführt, dass nationale Regelungen, die den Erwerb von Anteilen an den betreffenden

¹⁴ — Hierzu ist zu bemerken, dass gegen die Portugiesische Republik zwei weitere Vertragsverletzungsverfahren gleicher Art vor dem Gerichtshof anhängig sind (Rechtssachen Kommission/Portugal, C-543/08, wegen Sonderrechten des Staates an der Gesellschaft Energias de Portugal, und Kommission/Portugal, C-212/09, wegen Sonderrechten des Staates an der GALP Energia SGPS SA).

¹⁵ — Vgl. insbesondere Urteile vom 4. Juni 2002, Kommission/Frankreich (Randnrn. 35 und 40), vom 13. Mai 2003, Kommission/Vereinigtes Königreich (C-98/01, Slg. 2003, I-4641, Randnrn. 38 und 43), und vom 28. September 2006, Kommission/Niederlande (C-282/04 und C-283/04, Slg. 2006, I-9141, Randnr. 18).

¹⁶ — Vgl. insbesondere Urteile Kommission/Portugal (Randnr. 37) und vom 23. Oktober 2007, Kommission/Deutschland (C-112/05, Slg. 2007, I-8995, Randnr. 18).

¹⁷ — Vgl. Urteil vom 16. März 1999, Trummer und Mayer (C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Randnr. 21), sowie Urteile Kommission/Frankreich (Randnrn. 36 und 37), vom 13. Mai 2003, Kommission/Vereinigtes Königreich (Randnrn. 39 und 40) und Kommission/Niederlande (Randnr. 19).

Unternehmen verhindern oder einschränken und Anleger aus anderen Mitgliedstaaten davon abhalten können, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren, „Beschränkungen“ im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG darstellen¹⁸.

55. Die Portugiesische Republik ist zunächst der Ansicht, dass keine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs vorliege, da die Ausgabe der betreffenden Aktien direkt und unmittelbar von Portugal Telecom gewollt und daher auf eine normale Anwendung des Gesellschaftsrechts zurückzuführen sei. Mit anderen Worten: Die Ausgabe der Vorzugsaktien sei nicht der Portugiesischen Republik zuzurechnen und stelle daher keine staatliche Maßnahme im Sinne von Art. 56 EG dar.

56. Dieses Vorbringen überzeugt mich keineswegs.

57. Weder im Rahmengesetz über Privatisierungen noch in den anderen Rechtstexten, die die einzelnen Phasen der Privatisierung von Portugal Telecom regeln, ist vorgesehen,

dass die Mehrheit der Vorzugsaktien dieser Gesellschaft dem Staat zuzuteilen ist. In der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 44/95, mit der die erste Privatisierungsphase umgesetzt wird, ist lediglich bestimmt, dass, *wenn im Gesellschaftsvertrag mit besonderen Rechten verbundene Aktien vorgesehen sind*, diese mehrheitlich vom Staat oder von anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts gehalten werden müssen. Vorzugsaktien am Gesellschaftskapital dieser Gesellschaft im Sinne von Art. 24 des Gesetzes über Handelsgesellschaften sind vielmehr in der Satzung von Portugal Telecom ausdrücklich vorgesehen.

58. Die Bestimmungen der Satzung von Portugal Telecom, aufgrund deren die Mehrheit der Vorzugsaktien dem Staat zugeteilt wird, wurden jedoch sofort nach dem Erlass der gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 44/95 am 4. April 1995 in die Satzung aufgenommen, d. h. zu einer Zeit, als der Staat die Mehrheitskontrolle über das Unternehmen ausübte. Damals besaß der Staat, wie die Portugiesische Republik im Übrigen in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, 54,2 % des Gesellschaftskapitals von Portugal Telecom.

59. Wenn nun der Staat in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber die Ausgabe von Vorzugsaktien an Portugal Telecom erlaubt hat, hat der Staat in seiner Eigenschaft als Mehrheitsaktionär diese durch eine Änderung der Satzung von Portugal Telecom entsprechend der durch das Rahmengesetz über Privatisierungen und die gesetzesvertretende Verordnung

18 — Vgl. Urteile Kommission/Frankreich (Randnr. 41), vom 13. Mai 2003, Kommission/Spanien (Randnr. 61), vom 2. Juni 2005, Kommission/Italien (C-174/04, Slg. 2005, I-4933, Randnrn. 30 und 31), und vom 14. Februar 2008, Kommission/Spanien (C-274/06, Randnr. 20).

Nr. 44/95 gebotenen Möglichkeit tatsächlich eingeführt¹⁹.

60. Unter diesen Umständen kann ich die Auffassung, dass die Ausgabe von Vorzugsaktien allein von Portugal Telecom gewollt gewesen sei, nicht teilen.

61. Die gegenteilige Auffassung würde es den Mitgliedstaaten ermöglichen, sich der Anwendung der Bestimmungen des Art. 56 EG allein mit der Begründung zu entziehen, dass nicht der „Staat als Gesetzgeber“, sondern der „Staat als Aktionär“ die Vorzugsaktien ausgegeben habe, nachdem der „Staat als Gesetzgeber“ hierzu seine Erlaubnis erteilt hat! Folgte man dieser Argumentationslinie, würde die praktische Wirksamkeit des in Art. 56 Abs. 1 EG vorgesehenen Verbots erheblich gefährdet.

62. Soweit die Portugiesische Republik vorbringt, die Ausgabe von Vorzugsaktien sei auf eine normale Anwendung des Gesellschaftsrechts zurückzuführen, möchte ich hervorheben, dass die Aktien gemäß Art. 15 Abs. 3

des Rahmengesetzes über Privatisierungen und abweichend von Art. 4 des Gesetzes über Handelsgesellschaften, dem zufolge bei Aktiengesellschaften Sonderrechte nur mit bestimmten Gattungen von Aktien verbunden werden können und mit diesen übertragen werden, weiterhin dem Staat gehören sollen²⁰.

63. Daher liegt, wie die Kommission in ihrer Erwiderung treffend und von der Portugiesischen Republik unwidersprochen darlegt, ein Gesellschaftsvertrag vor, der sich an den Vertragsformen des Privatrechts orientiert und an den die nationalen Rechtsvorschriften Wirkungen knüpfen, die von den allgemeinen Bestimmungen abweichen, und zwar insbesondere das Verbot, die Vorzugsaktien frei zu handeln.

64. Das Vorbringen der Portugiesischen Republik, es sei zwischen Vorzugsaktien, die im Rahmen der normalen Anwendung des nationalen Gesellschaftsrechts ausgegeben worden seien, und staatlichen Vorzugsaktien zu unterscheiden, überzeugt mich ebenfalls nicht.

19 — Die interessante Frage, ob ohne eine Annahme der Satzung von Portugal Telecom ein Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen festgestellt werden könnte, ist rein theoretischer Natur, da im vorliegenden Fall die Satzung der Gesellschaft sofort nach dem Erlass der gesetzvertretenden Verordnung Nr. 44/95 entsprechend den Vorgaben des Gesetzgebers und des portugiesischen Verordnungsgebers geändert wurde und die Kommission in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, dass sich die beanstandete Vertragsverletzung auf alle einschlägigen portugiesischen Regelungen einschließlich des Verweises auf die Satzung von Portugal Telecom beziehe.

20 — Hinzu kommt, dass gemäß Art. 328 Abs. 2 des Gesetzes über Handelsgesellschaften Ausnahmeklauseln, die die Übertragbarkeit von Aktien ausschließen, zulässig sind, und zwar Klauseln, die eine Zustimmung der Gesellschaft oder Vorzugsrechte der anderen Aktionäre vorsehen oder die die Übertragung von bestimmten Bedingungen abhängig machen. Fest steht, dass die in dem Rahmengesetz über Privatisierungen vorgesehene Ausnahme zu keiner dieser Kategorien gehört.

65. Selbst wenn die Aktien auf privatrechtliche Regelungen zurückgingen, wäre ihre Ausgabe ebenfalls der Portugiesischen Republik zuzurechnen. Meines Erachtens haben die Mitgliedstaaten in ihrer Eigenschaft als Unterzeichner des Vertrags zweifellos die Bestimmungen über die Grundfreiheiten unabhängig davon zu beachten, ob sie in ihrer Eigenschaft als Hoheitsträger oder als privatrechtliche Einrichtung tätig werden. Mit einer anderen Betrachtungsweise räumt man den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, diese Vorschriften zu umgehen, da sie in ihrer Eigenschaft als Gesetzgeber das nationale Privatrecht problemlos ändern könnten, indem sie z. B. die Gesellschaften, an denen sie beteiligt sind, verpflichten, in ihre Satzung Bestimmungen aufzunehmen, die ihnen bestimmte Sonderrechte gewähren²¹.

66. Folglich ist die Ausgabe der betreffenden Vorzugsaktien ohne Zweifel der Portugiesischen Republik zuzurechnen.

67. Zu der wettbewerbsbeschränkenden Natur der portugiesischen Regelung und des in ihr enthaltenen Verweises auf die Satzung von Portugal Telecom ist festzustellen, dass

die Vorzugsaktien, die dem Staat aufgrund dieser Regelung zugeteilt werden, ihm eine Einflussnahme ermöglichen, die weit über den tatsächlichen Wert der von ihm gehaltenen Aktien hinausgeht. Aufgrund dieser Aktien müssen nämlich nicht nur viele Verwaltungsentscheidungen, die die Struktur des Unternehmens und wichtige Aspekte seiner Tätigkeit betreffen, im Voraus vom portugiesischen Staat genehmigt werden; zudem ist, wie aus der Aufzählung in Nr. 6 dieser Schlussanträge hervorgeht, auch für den Erwerb von Anteilen am Gesellschaftskapital von Portugal Telecom in bestimmten Fällen eine solche vorherige Zustimmung erforderlich. Damit wird, wie die Kommission zu Recht feststellt, mit der portugiesischen Regelung ein System vorheriger behördlicher Genehmigungen für die Annahme bestimmter Verwaltungsentscheidungen und den Erwerb von Anteilen an Portugal Telecom eingerichtet.

68. Unabhängig davon, dass die Portugiesische Republik von den besonderen Befugnissen, die sie aufgrund ihrer Mehrheit an den Vorzugsaktien am Gesellschaftskapital von Portugal Telecom hat, nie Gebrauch gemacht hat, kann der Umstand, dass Entscheidungen von solcher Bedeutung der vorherigen Genehmigung des Staates unterworfen werden können, nur dazu führen, dass Betreiber aus anderen Mitgliedstaaten von Direktinvestitionen in Portugal Telecom abgehalten werden, da sie sich unter solchen Bedingungen nicht dem Wert ihrer Aktien entsprechend an deren Verwaltung und Kontrolle beteiligen könnten²².

21 — Vgl. in diesem Sinne auch Nrn. 22 und 23 der Schlussanträge des Generalanwalts Pórigues Maduro in der Rechtssache Kommission/Niederlande.

22 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Niederlande (Randnr. 27).

69. Ebenso bewirkt die Zuteilung der Sonderrechte an den Staat, dass Portfolioinvestitionen weniger attraktiv werden, da der Börsenwert der Aktien der Privataktionäre sinken könnte, wenn der Staat bei einer Entscheidung, die den Interessen von Portugal Telecom entspräche, von seinem Vetorecht Gebrauch machte.

70. Diese Erwägungen können meines Erachtens durch das sonstige Vorbringen der Portugiesischen Republik nicht entkräftet werden.

71. Zunächst ist der Einwand, Art. 295 EG be-rechtige einen Mitgliedstaat, Vorzugsaktien, wie sie Gegenstand der vorliegenden Rechts-sache sind, zu halten, nicht überzeugend.

72. Hierzu genügt die Feststellung, wie die Kommission zu Recht vorträgt²³, dass die Bedenken, 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, nicht überbewertet werden dürfen. Jedenfalls können sich die Mitgliedstaaten wegen dieser Bedenken nicht auf ihre Eigentumsordnung, die Gegenstand von Art. 295 EG ist, berufen, um Beeinträchtigungen der im Vertrag vorgesehenen Freiheiten zu rechtfertigen,

die sich aus einem System behördlicher Genehmigungen in Bezug auf privatisierte Unternehmen ergeben. Es steht nämlich fest, dass dieser Artikel nicht bewirkt, dass die in den Mitgliedstaaten bestehende Eigentumsordnung den Grundprinzipien des Vertrags entzogen ist²⁴.

73. Sodann vermag auch das Vorbringen der Portugiesischen Republik, dass der Gerichtshof auf den vorliegenden Fall den dem Urteil Keck und Mithouard zugrunde liegenden Gedankengang anwenden solle, nicht zu überzeugen.

74. Übertragen auf den vorliegenden Fall führt diese Überlegung nach Ansicht der Portugiesischen Republik zu der Schlussfolgerung, dass, da es im vorliegenden Fall um nicht diskriminierende Modalitäten des Umgangs mit diesen Beteiligungen und nicht um Modalitäten des Erwerbs gehe, ein Verstoß gegen den freien Kapitalverkehr nicht vorliegen könne.

75. Zum einen trifft dieses Argument sachlich nicht zu, da zu den Beschlüssen, die der vorherigen Genehmigung des Staates unterliegen, der *Erwerb* einer Anzahl von Stammaktien gehört, die mehr als 10% des Gesellschaftskapitals von Portugal Telecom ausmachen, durch Aktionäre, die eine Tätigkeit ausüben, die mit den Tätigkeiten der von Portugal Telecom beherrschten

23 — Vgl. Nr. 35 der vorliegenden Schlussanträge.

24 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Kommission/Portugal (Randnrn. 47 und 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Gesellschaften konkurriert. Daher entfielen der Portugiesischen Republik vorgeworfene Vertragsverletzung nicht völlig.

76. Zum anderen kann der Einfluss, den die Portugiesische Republik aufgrund der Vorzugsaktien auf die Verwaltungsentscheidungen von Portugal Telecom, wie sie Gegenstand der vorliegenden Rechtssache sind, ausübt, meines Erachtens jedenfalls auch dazu führen, dass in anderen Mitgliedstaaten ansässige Investoren davon abgehalten werden, Beteiligungen an dieser Gesellschaft zu erwerben. Diesen Ansatz hat im Übrigen auch der Gerichtshof vertreten, um das Vorbringen des Königreichs der Niederlande in der Rechtssache, in der das Urteil Kommission/Niederlande ergangen ist, zurückzuweisen. Dieses hatte geltend gemacht, dass keine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs vorliegen könne, da aufgrund der vom niederländischen Staat gehaltenen Sonderaktien nur auf Verwaltungsentscheidungen der in jener Rechtssache betroffenen Post- und Telekommunikationsunternehmen Einfluss genommen werden konnte²⁵.

77. Was schließlich die Frage anbelangt, ob es sich bei dem Besitz der Sonderrechte, wie die Portugiesische Republik behauptet, um ein Grundrecht handelt, ist daran zu erinnern, dass die Grundrechte integraler Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze sind, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Dabei lässt sich der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und den völkerrechtlichen Verträgen über den Schutz der

Menschenrechte, insbesondere der EMRK, leiten, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind²⁶. Die Portugiesische Republik hat aber zu keinem Zeitpunkt während des Verfahrens eingewandt, dass das behauptete Recht zum Besitz von Sonderrechten an einem privatisierten Unternehmen auf gemeinsame Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zurückzuführen oder auch nur in einem einzigen völkerrechtlichen Vertrag über den Schutz der Menschenrechte enthalten sei.

78. Im Licht der vorstehenden Erwägungen bin ich daher der Ansicht, dass die Zuteilung der Mehrheit der fraglichen Vorzugsaktien an den Staat grundsätzlich eine Beschränkung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG darstellt.

b) Zu einer möglichen Rechtfertigung der Beschränkungen

79. Nach ständiger Rechtsprechung kann der freie Kapitalverkehr durch nationale

25 — Vgl. Urteil Kommission/Niederlande (Randnrn. 16 und 24).

26 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat (C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Regelungen beschränkt werden, die aus den in Art. 58 EG genannten Gründen oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, soweit keine gemeinschaftliche Harmonisierungsmaßnahme vorliegt, die bereits die zur Gewährleistung des Schutzes dieser Interessen erforderlichen Maßnahmen vorsieht²⁷.

80. Fehlt eine solche Gemeinschaftsharmonisierung, ist es Sache des jeweiligen Mitgliedstaats, zu entscheiden, auf welchem Niveau er den Schutz dieser legitimen Interessen sicherstellen will und wie dieses Niveau unter Beachtung des Vertrags und insbesondere des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dem zufolge die getroffenen Maßnahmen dazu geeignet sein müssen, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das dazu Erforderliche hinausgehen dürfen, erreicht werden soll²⁸.

81. Nach Ansicht der Portugiesischen Republik sind im vorliegenden Fall die Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs durch mehrere Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigt, nämlich aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und um die Erbringung eines Universaldienstes im Bereich der Telekommunikation sicherzustellen, ein bestimmtes Maß an Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt zu gewährleisten und

mögliche Störungen des Kapitalmarkts zu verhindern.

82. Mit den letzten beiden von der Portugiesischen Republik vorgebrachten Rechtfertigungsgründen sollte sich der Gerichtshof nicht zu ausführlich auseinandersetzen, da sie meines Erachtens nicht einmal berechtigte Ziele des Allgemeininteresses darstellen, die Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs rechtfertigen könnten.

83. Erstens gehört die Gefahr von Störungen des Kapitalmarkts zu den wirtschaftlichen Gründen, die nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs keine Beschränkungen rechtfertigen, die nach dem Vertrag verboten sind²⁹.

84. Zweitens ist zu dem Ziel, ein bestimmtes Maß an Wettbewerb auf dem portugiesischen Telekommunikationsmarkt sicherzustellen — auf dem nach Ansicht der Portugiesischen Republik kein vollkommener Wettbewerb besteht, da Portugal Telecom nach wie vor die Kabel- und Kupfernetze besitze und im Geschäfts- und Privatkundenbereich tätig sei —, darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass das Interesse an einer Stärkung der Wettbewerbsstruktur eines bestimmten Marktes insgesamt keine überzeugende Rechtfertigung für

27 — Vgl. in diesem Sinne insbesondere Urteile Kommission/Portugal (Randnr. 49) und vom 14. Februar 2008, Kommission/Spanien (Randnr. 35).

28 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. März 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, Slg. 2000, I-1335, Randnr. 18), sowie Urteile Kommission/Belgien (Randnr. 45), Kommission/Portugal (Randnr. 49) und vom 14. Februar 2008, Kommission/Spanien (Randnr. 36).

29 — Vgl. insbesondere Urteil Kommission/Portugal (Randnr. 52).

Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs darstellen kann³⁰.

85. Jedenfalls ist das Vorbringen, der Besitz der mit Sonderrechten an Portugal Telecom verbundenen Vorzugsaktien sei zur Erreichung des genannten Ziels erforderlich, zurückzuweisen, da es meines Erachtens ausreicht, dass die Portugiesische Republik den zuständigen Regulierungsbehörden die notwendigen Befugnisse erteilt³¹. Insoweit hat es die Portugiesische Republik versäumt, darzulegen, weshalb diese Befugnisse nicht erteilt werden können.

86. Was die beiden in Frage kommenden Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Sicherheit und der Sicherstellung der Erbringung eines Universaldienstes im Bereich der Telekommunikation anbelangt, halte ich die Zuteilung von Vorzugsaktien am Gesellschaftskapital von Portugal Telecom an den Staat weder für erforderlich noch für im Verhältnis zu diesen Zielen angemessen.

87. Hinsichtlich des ersten Rechtfertigungsgrundes steht fest, dass sich wichtige Telekommunikationsinfrastrukturen, die im Krisen- und Kriegsfall sowie bei Naturkatastrophen eine wichtige Rolle spielen, im Eigentum von Portugal Telecom befinden, jedoch sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs die Erfordernisse der öffentlichen Sicherheit als Ausnahme vom grundlegenden Prinzip des freien Kapitalverkehrs eng zu verstehen, so dass sie nur geltend gemacht werden können, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt³². Die portugiesische Regierung hat jedoch insbesondere nicht dargetan, dass das Verfahren der vorherigen behördlichen Genehmigung, das aus dem Besitz von Vorzugsaktien am Gesellschaftskapital von Portugal Telecom folgt, nur im Fall einer „tatsächlichen und hinreichend schweren“ Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, zur Anwendung komme.

88. Was die Sicherstellung der Erbringung eines Universaldienstes für Telekommunikation anbelangt, kann der Besitz von mit Sonderrechten an Portugal Telecom verbundenen Vorzugsaktien der Portugiesischen Republik nicht als eine zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Maßnahme angesehen werden. Meines Erachtens kann durch die Regelungen zum Ausgleich der Kosten, die für den Universaldienst im Bereich Telekommunikation, der in jedem Mitgliedstaat gemäß dem abgeleiteten Gemeinschaftsrecht

30 — Vgl. Urteile Kommission/Portugal (Randnr. 52), Kommission/Italien (Randnr. 37) und Kommission/Spanien (C-274/06, Randnr. 44).

31 — Was außerdem den Einwand der Portugiesischen Republik betrifft, der innerstaatliche Regelungsrahmen gewähre dieser Behörde nicht die zur Erreichung des genannten Ziels erforderlichen Kompetenzen, möchte ich lediglich darauf verweisen, dass sich ein Mitgliedstaat nach gefestigter Rechtsprechung nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen kann, um die Nichteinhaltung von Verpflichtungen, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben, zu rechtfertigen: vgl. insbesondere Urteile vom 20. November 2008, Kommission/Spanien (C-94/08, Randnr. 21), und vom 4. Juni 2009, Kommission/Griechenland (C-568/07, Slg. 2009, I-4505, Randnr. 50).

32 — Vgl. insbesondere Urteile vom 13. Mai 2003, Kommission/Spanien (Randnr. 72), und vom 14. Februar 2008, Kommission/Spanien (Randnr. 39).

erbracht wird³³, entstehen, die Erbringung dieses Universaldienstes, die im vorliegenden Fall Portugal Telecom obliegt, ausreichend wirksam sichergestellt werden. Außerdem kann die Portugiesische Republik nicht erfolgreich und in kohärenter Weise behaupten, mit den Vorzugsaktien solle verhindert werden, dass dieser Universaldienst ausschließlich privaten Aktionären gehöre, wenn die Portugiesische Republik selbst aus freien Stücken die vollständige Privatisierung von Portugal Telecom beschlossen hat.

89. Überdies bin ich der Ansicht, dass die von der Portugiesischen Republik eingeführte Regelung eindeutig über das hinausgeht, was zur Erreichung der angeblich verfolgten Ziele erforderlich ist.

90. Insbesondere das Vorbringen der Portugiesischen Republik, ihre Sonderrechte seien mit denen des Königreichs Belgien vergleichbar, die Gegenstand der Rechtssache gewesen seien, in der das Urteil Kommission/Belgien ergangen sei, und die der Gerichtshof

für mit Art. 56 EG vereinbar erklärt habe, ist zurückzuweisen.

91. In jener Rechtssache verfügte das Königreich Belgien durch die von ihm gehaltenen Sonderaktien an den Gesellschaften SNTC und Distrigaz nur dann bei einzelnen Verwaltungsentscheidungen über ein *nachträgliches Widerspruchsrecht*, wenn die Ziele der nationalen Politik gefährdet waren. Außerdem bedurfte die Ausübung des Widerspruchsrechts einer förmlichen Begründung und unterlag einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle³⁴.

92. In der vorliegenden Rechtssache handelt es sich jedoch, wie ich bereits erwähnt habe, um ein System vorheriger behördlicher Genehmigungen. Vorliegend bezieht sich die vorherige Genehmigung auch nicht auf einzelne Verwaltungsentscheidungen, sondern auf eine Vielzahl von grundlegenden Entscheidungen im Leben eines Unternehmens, darunter in bestimmten Fällen den Erwerb von Beteiligungen, die mehr als 10% des Gesellschaftskapitals von Portugal Telecom ausmachen. Des Weiteren unterliegt die Ausübung dieser Rechte durch den Staat im vorliegenden Fall nur der Bedingung, dass dies „aus Gründen des Staatsinteresses geboten“ ist³⁵. Außerdem kann zwar, wenn der Staat von seinem Vetorecht Gebrauch machte, hiergegen Klage erhoben werden, jedoch liefern die einschlägigen Rechtstexte den nationalen Gerichten keine hinreichend genauen Kriterien, um ihnen eine tatsächliche

33 — Vgl. in diesem Sinne die Richtlinie 96/19/EG der Kommission vom 13. März 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten (ABl. L 74, S. 13) und die Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) (ABl. L 108, S. 51).

34 — Urteil Kommission/Belgien (Randnrn. 49 bis 52).

35 — Vgl. Art. 15 Abs. 3 des Rahmengesetzes über Privatisierungen.

Kontrolle der Ausübung des staatlichen Ermessens zu gestatten.

Sonderrechten verbundene Vorzugsaktien an dem privatisierten Unternehmen Portugal Telecom gewährt werden, eine Beschränkung des Kapitalverkehrs im Sinne von Art. 56 EG darstellt.

93. Daher bin ich der Ansicht, dass die Portugiesische Republik im vorliegenden Fall keine entsprechende Heranziehung des Urteils Kommission/Belgien geltend machen kann.

c) Zum Vorliegen von Beschränkungen im Sinne von Art. 43 EG

94. Die Portugiesische Republik hat daher keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die von ihr genannten Ziele, die als Rechtfertigung für die in der vorliegenden Rechtssache streitige Einführung eines Systems vorheriger behördlicher Genehmigungen dienen sollen, nicht durch weniger restriktive Maßnahmen, namentlich durch ein System nachträglicher Anmeldungen, erreicht werden können³⁶.

96. Die Kommission ist der Ansicht, dass die Zuteilung dieser Aktien an Portugal Telecom an den Portugiesischen Staat gleichzeitig einen Verstoß gegen Art. 43 EG darstelle.

95. Aus alledem ergibt sich, dass die nationale Regelung (einschließlich des Verweises auf die Satzung von Portugal Telecom), aufgrund deren der Portugiesischen Republik mit

97. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind, soweit die fragliche Regelung Beschränkungen der Niederlassung enthält, diese Beschränkungen die unmittelbare Folge der Hindernisse für den freien Kapitalverkehr, von denen sie nicht zu trennen sind³⁷. Folglich braucht die betreffende Regelung nicht anhand der Vorschriften des Vertrags über die Niederlassungsfreiheit geprüft zu werden.

36 — Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass ein System nachträglicher Anmeldungen generell eine Maßnahme ist, die den freien Kapitalverkehr weniger behindert, sofern es auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruht, die den betroffenen Unternehmen im Voraus bekannt sind, und sofern jedem, der von einer derartigen einschränkenden Maßnahme betroffen ist, der Rechtsweg offensteht: vgl. Urteile Kommission/Portugal (Randnr. 50), vom 13. Mai 2003, Kommission/Spanien (Randnr. 69), und vom 17. Juli 2008, Kommission/Spanien (C-207/07, Randnr. 48).

37 — Vgl. insbesondere Urteile Kommission/Belgien (Randnr. 59), vom 23. Mai 2000, Kommission/Italien (C-58/99, Slg. 2000, I-3811, Randnr. 20), Kommission/Spanien (Randnr. 86) und Kommission/Niederlande (Randnr. 43).

VII — Ergebnis

98. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor,

- festzustellen, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 56 EG verstößt, dass sie Sonderrechte des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts an der Portugal Telecom SGPS SA aufrechterhält, die in Verbindung mit vom Staat gehaltenen Vorzugsaktien von Portugal Telecom SGPS SA gewährt wurden,
- der Portugiesischen Republik die Kosten aufzuerlegen.