

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 13. Februar 2007<sup>1</sup>

**I — Einleitung**

1. Das Volkswagenwerk wird unbestreitbar mehr mit dem deutschen Wirtschaftswunder als mit seinem dunklen nationalsozialistischen Ursprung in Verbindung gebracht und stellt das sichtbarste Beispiel für den Erfolg der sozialen Marktwirtschaft dar, eines Entwicklungsmodells, das in der Bundesrepublik nach dem Zweiten Weltkrieg durch Minister Ludwig Erhard<sup>2</sup> entsprechend den Postulaten der sogenannten Freiburger Schule<sup>3</sup> eingeführt wurde.

2. Über ihre bekannten technischen Vorzüge hinaus gehören einige der hergestellten

Prototypen zum kulturellen Erbe<sup>4</sup> des Ursprungslands und aller Länder, auf deren Straßen sie fuhren, und schufen eines der unauslöschlichen Bilder der 50er und 60er Jahre in Europa und jenseits des Atlantiks<sup>5</sup>. Daher kann man gut verstehen, dass viele Bürger, erfüllt von Nostalgie für jenes goldene Zeitalter, in der Vertragsverletzungsklage der Kommission gegen einige Bestimmungen des VW-Gesetzes<sup>6</sup> nicht nur die Kritik an einer nationalen Regelung, sondern auch einen Angriff auf ein Symbol der deutschen Lebensweise, einen wahrhaften modernen Mythos, sehen.

3. Abgesehen von diesen melancholischen Erinnerungen gehört der Rechtsstreit zu

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Erhard bekleidete dieses Amt von 1949 bis 1963, dem Jahr, in dem er Konrad Adenauer als Bundeskanzler nachfolgte.

3 — Gruppe von Hochschullehrern um Walter Eucken, Franz Böhm, Hans Grossmann-Doerth und Leonhard Miksch, die als Reaktion auf den Nationalsozialismus auf dem Gedanken der Freiheit gegenüber dem Totalitarismus nicht nur in der Wirtschaft, sondern auch in anderen Lebensbereichen bestanden; D. Hildebrand, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer, 1998, Den Haag, S. 184 bis 187.

4 — So trat einer in zahlreichen Ausstellungen der Pop Art hervor und war Hauptdarsteller eines Films von Walt Disney, *The love bug*, 1968, Regie: Robert Stevenson, spanischer Titel: *Ahí va ese bóldo*, in Frankreich: *Un amour de coccinelle* und in Deutschland: *Ein toller Käfer*, wo er ein außerordentlicher Erfolg war und ihn fünf Millionen Zuschauer in den ersten acht Monaten der Aufführung sahen; danach wurde eine Serie von Kino- und Fernsehfilmen gedreht, deren letzte Fortsetzung 2005 „Herbie fully wanted“ unter der Regie von Angela Robinson war.

5 — Bereits 1958 erschien eine Geschichte von Volkswagen in englischer Sprache für den amerikanischen Markt: W. R. Nitske, *The amazing Porsche and Volkswagen story*, Comet Press Books, New York.

6 — Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand vom 21. Juli 1960 (BGBl. I S. 585 und BGBl. III S. 641-1), geändert am 6. September 1965 (BGBl. I S. 461) und am 31. Juli 1970 (BGBl. I S. 1149).

denjenigen, bei denen zu entscheiden ist, ob Regelungen von Mitgliedstaaten mit dem EG-Vertrag vereinbar sind, die der öffentlichen Gewalt übermäßige Rechte innerhalb privater Unternehmen einräumen, die gemeinhin als „goldene Aktien“ (golden shares) bezeichnet werden. Dessen ungeachtet möchte ich bereits vorweg darauf hinweisen, dass es in diesem Fall erhebliche Unterschiede gibt, die eine entscheidende Rolle spielen.

4. Konkret beanstandet die Kommission die Beschränkung der Ausübung der Stimmrechte auf 20 % des Stammkapitals, wenn der Anteil eines Aktionärs diesen Prozentsatz übersteigt, die Erhöhung der für die Beschlussfassung erforderlichen Mehrheit auf über 80 %, die das Aktiengesetz<sup>7</sup> auf 75 % festgesetzt habe, wie auch das Recht des Bundes und des Landes Niedersachsen, je zwei Aufsichtsratsmitglieder in den Aufsichtsrat der Gesellschaft zu entsenden.

angreift, vom Gerichtshof im Licht der beiden grundlegenden Freiheiten des EG-Vertrags, des freien Kapitalverkehrs und der Niederlassungsfreiheit, geprüft. In Bezug auf die erstgenannte bestimmt Art. 56 Abs. 1 EG:

„Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.“

6. Für die Niederlassungsfreiheit ist Art. 43 Abs. 1 EG maßgeblich, der lautet:

## II — Rechtlicher Rahmen

### A — Das Gemeinschaftsrecht

5. Üblicherweise werden die nationalen Regelungen, deren Gültigkeit die Kommission

„Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.“

<sup>7</sup> — Vom 6. September 1965, BGBl. I S. 1089.

7. Wegen der Bedeutung, die seiner Prüfung zukommt, ist auch Art. 295 EG heranzuziehen:

„Dieser Vertrag lässt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.“

8. Die Richtlinie 88/361/EWG<sup>8</sup> enthält in ihrem Anhang I eine Nomenklatur für den Kapitalverkehr gemäß Art. 1 der Richtlinie. Dort sind insbesondere „Beteiligung an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen“ (Direktinvestitionen)<sup>9</sup> und „Erwerb an der Börse gehandelter inländischer Wertpapiere durch Gebietsfremde“ (Portfolioinvestitionen)<sup>10</sup> erwähnt.

## B — *Das deutsche Recht*

9. In der von der vorliegenden Vertragsverletzungsklage betroffenen Rechtsordnung sind mehrere Bestimmungen des Aktiengesetzes und des sogenannten Volkswagengesetzes von Bedeutung.

8 — Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages (ABl. L 178, S. 5).

9 — Nr. I.2 des erwähnten Anhangs.

10 — Nr. III.A.1 des erwähnten Anhangs.

## 1. Das Aktiengesetz

10. § 134, geändert durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, stellt klar, dass das Stimmrecht nach Aktiennennbeträgen oder im Fall von Stückaktien nach deren Zahl ausgeübt wird. Ferner können bei nicht börsennotierten Gesellschaften die Satzungen das Stimmrecht durch Festsetzung eines Höchstbetrags oder von Abstufungen beschränken.

11. Nach § 101 Abs. 2 kann das Recht, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, nur in der Satzung und nur für bestimmte Aktionäre oder für die Inhaber von Namensaktien, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist, begründet werden. Dadurch ist das Entsenderecht auf ein Drittel der sich aus dem Gesetz oder der Satzung ergebenden Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre beschränkt. Unbeschadet dessen bleibt nach dem letzten Satz dieses Paragraphen die einschlägige Regelung in § 4 des Volkswagengesetzes ausdrücklich unberührt.

## 2. Das Volkswagengesetz

12. Nach § 1 wird die frühere Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren einziger Anteilseigner die Bundesrepublik Deutschland war, in eine Aktiengesellschaft umgewandelt.

13. § 2 sieht Regeln für die Ausübung des Stimmrechts vor und beschränkt es nach Abs. 1 auf den fünften Teil des Grundkapitals, wenn ein Aktionär mehr als 20 % des Kapitals besitzt. Ferner sieht diese Bestimmung Regeln für die Berechnung der Aktien des einzelnen Aktionärs vor (§§ 2 und 3).

14. Unter der Überschrift „Verfassung der Gesellschaft“ regelt § 4 verschiedene Fragen und räumt in Abs. 1 der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Niedersachsen das Recht ein, je zwei Aufsichtsratsmitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, solange ihnen Aktien der Gesellschaft gehören.

15. In Abs. 2 wird die Errichtung und die Verlegung von Produktionsstätten von der Zustimmung einer Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Aufsichtsrats abhängig gemacht.

16. In Abs. 3 wird das Quorum für die Beschlüsse der Hauptversammlung, für die nach dem Aktiengesetz eine Mehrheit erforderlich ist, die mindestens drei Viertel (75 %) des Grundkapitals der Gesellschaft umfasst, auf mehr als vier Fünftel (80 %) erhöht.

### III — Sachverhalt und Vorverfahren

#### A — *Geschichtlicher Hintergrund des Volkswagengesetzes*

17. Für ein besseres Verständnis des streitigen nationalen Gesetzes ist auf die Ursprünge des Unternehmens zurückzugehen, die die Bundesregierung in der Klagebeantwortung, jedoch vor allem in ihrer Antwort vom 20. Juni 2003 auf das Mahnschreiben der Kommission vom 20. März 2003, ziemlich detailliert dargestellt hat, ohne dass die Kommission dieser Beschreibung widersprochen hat.

18. Mit der Machtergreifung von Adolf Hitler im Januar 1933 wurde ein Entwicklungsplan für die Automobilindustrie aufgestellt<sup>11</sup>, und es wurde eine öffentliche Aus-

<sup>11</sup> — Adolf Hitler gab diesen Entschluss in der Eröffnungsrede auf der Automobilausstellung 1934 in Berlin bekannt.

schreibung zur Vergabe des Auftrags für die Herstellung eines „Volkswagens“ durchgeführt. Es sollte ein einfaches Fahrzeug gebaut werden, das für die Mehrheit der Deutschen erschwinglich sein sollte, ohne ihr Vermögen übermäßig zu belasten. Den Auftrag erhielt der legendäre Ingenieur Ferdinand Porsche<sup>12</sup>.

des Unternehmens bestimmt war. Auf diese Weise kamen 286 Millionen Mark zusammen.

19. Das Vorhaben sollte schnell umgesetzt werden, und für seine Verwirklichung wurden zwei Zuschüsse von insgesamt 700 000 Reichsmark (RM) gewährt; auch wurde der Reichsverband der Deutschen Automobilindustrie (RDA) um finanzielle Unterstützung ersucht, der in den ersten zehn Monaten, die für die Fertigstellung der Arbeiten festgesetzt worden waren, 20 000 RM pro Monat zuschoss; allerdings bewogen die Schwierigkeiten, auf die der RDA Hitler hinwies, den Reichskanzler dazu, die Arbeitsfront mit der Produktion des Volkswagens und zu diesem Zweck mit der Errichtung einer Fabrik in einer noch nie dagewesenen Größe zu beauftragen<sup>13</sup>. Finanziert wurde das Vorhaben aus verschiedenen Quellen: Neben Zuschüssen des deutschen Staates rief die Regierung zum öffentlichen Sparen auf und verlangte von den Bürgern, die ein Automobil erwerben wollten, die Einzahlung von 5 RM pro Woche auf ein Konto, das zur Unterstützung

20. Am 28. Mai 1937 wurde das Volkswagen-Projekt dem RDA aus den Händen genommen, und es wurde eine staatliche Gesellschaft, die Gesellschaft zur Vorbereitung des Deutschen Volkswagens m. b. H. mit einem von der Arbeitsfront gewährten Anfangskapital von 50 Millionen RM, gegründet. Der Arbeitsfront wurde ein Flugzeug für die Suche eines geeigneten Platzes in Deutschland für die Einrichtung der imposanten Fabrik zur Verfügung gestellt, die in der Mitte des Landes liegen und über gute Wasser- und Straßenverbindungen verfügen sollte. Schließlich wurde der ideale Ort in Niedersachsen nicht weit von Schloss Wolfsburg gefunden, das seit dem XIV. Jahrhundert im Besitz der Familie des Grafen von der Schulenburg war, und der Graf wurde enteignet. Die Fabrik wurde somit in der Nähe der Ortschaft Fallersleben an der Autobahn Hannover-Berlin in der Nähe des Mittellandkanals errichtet. Am 26. Mai 1938 erfolgte die Grundsteinlegung vor mehr als 70 000 Personen. Gleichzeitig wurde die Erbauung einer neuen Stadt zur Aufnahme der künftigen Arbeitnehmer, des heutigen Wolfsburg, geplant. Zur allgemeinen Überraschung taufte der Führer das Fahrzeug um in KdF-Wagen (Kraft-durch-Freude-Wagen) obwohl das Konstruktionsbüro von Porsche die Marke Volkswagen auch auf internationaler Ebene angemeldet hatte<sup>14</sup>.

12 — Ferdinand Porsche, Sohn eines Klempners, wurde am 3. September 1875 in Maffersdorf an der Neisse (heute Vratislavice nad Nisou, Tschechische Republik) geboren. Diese böhmische Stadt gehörte damals zum österreichisch-ungarischen Kaiserreich, doch änderte sich nach dem Ersten Weltkrieg die politische Karte Europas und Porsche wurde tschechoslowakischer Staatsbürger. „Der größte deutsche Automobilbauer“, mit den Worten Hitlers, konnte diese Staatsangehörigkeit nicht behalten, und in den 40er Jahren wurde mit dem Konsul der Tschechoslowakei in Stuttgart eine Regelung getroffen, damit Porsche nach Verzicht auf seine Herkunftsstaatsangehörigkeit deutscher Staatsbürger werden konnte. C. Parvulesco, *Coccinelle. Triomphe de la voiture populaire*, Ed. ETAI, Boulogne-Billancourt, 2006, S. 18.

13 — C. Parvulesco, a.a.O. S. 17 f.

14 — C. Parvulesco, a. a. O., S. 26.

21. Bei der offiziellen Präsentation des Fahrzeugs wurden drei verschiedene Modelle gezeigt: ein Cabriolet, ein Fahrzeug mit abnehmbarem Dach und eine Limousine. Der Diktator, umgeben von Militärs in prächtigen Uniformen, die durch ihr eindeutiges Auftreten ihre felsenfeste Treue zu seinem politischen Regime zur Schau stellten, setzte sich in das Cabriolet, das von Ferdinand Porsches Sohn Ferry gesteuert wurde und sofort Berühmtheit erlangte. Stürmische Begeisterung weckte die Erklärung des Führers: Der KdF-Wagen werde für alle zu einem Preis von nur 990 RM erschwinglich sein.

22. Außerdem wurden mit dem Geld aus dem Verkauf des beschlagnahmten und geraubten Vermögens der Gewerkschaften der Weimarer Republik, die nach dem nationalsozialistischen Staatsstreich verboten waren, zum größten Teil die Werkshallen eines Industriebetriebs erbaut, der nach der Vorstellung der Politiker, die ihn favorisierten, der größte in Europa sein sollte<sup>15</sup>.

23. Die Massenherstellung von Fahrzeugen sollte am 15. Oktober 1939 beginnen, doch am 1. September dieses Jahres marschierte Hitler in Polen ein, und der Ausbruch des Weltkriegs machte die Pläne aller Beteiligten zunichte, denn die Produktion wurde auf die Deckung des militärischen Bedarfs ausgerichtet, insbesondere die Erfordernisse im Zusammenhang mit der Beweglichkeit der

Truppen und dem Munitionsnachschub. Ungefähr 336 000 Kleinsparer<sup>16</sup> erwachten mit dem Donner der Waffen und Kanonen aus einem Traum<sup>17</sup> und sahen sich um ihr beehrtes Gefährt gebracht.

24. Die alliierten Bombardements beeinträchtigten die Werksanlagen schwer, da bei vier Luftangriffen<sup>18</sup> mehr als tausend Tonnen Bomben mit hoher Sprengkraft abgeworfen wurden; das Werk wurde zwar beschädigt, nahm seine Tätigkeit jedoch im Mai 1945 wieder auf<sup>19</sup>, nachdem die Militärregierung der britischen Besatzungszone den Inspektionschef Ingenieur Rudolf Brörmann an die Spitze des Unternehmens gesetzt hatte, der sich zäh den amerikanischen Absichten widersetzte, den Industriebetrieb auszuschlachten. 1947 wurde er durch ein Mitglied des Opel-Vorstands, Heinrich Nordhoff, ersetzt<sup>20</sup>. Außerdem gelang es der britischen Militärregierung nicht, das Unternehmen an einen ausländischen Mitbewerber wie Ford oder Chrysler zu verkaufen, so dass sich Volkswagen nach dem Rückzug des Vereinigten Königreichs aus der Zone im Jahr 1949 praktisch in ein herrenloses Gut verwandelte.

16 — Von der deutschen Regierung vorgelegte Zahl.

17 — C. Parvulesco, S. 27.

18 — Die Luftangriffe erfolgten im April, Juni und August 1944.

19 — Damals wurden 110 *Kübelwagen* (militärischer Vorgänger des sogenannten Volkswagen-Käfers) mit Ersatzteilen für die Alliierten hergestellt.

20 — Nach H. Momsen, „Das Volkswagenwerk und die ‚Stunde Null: Kontinuität und Diskontinuität‘“, in [http://www.dhm.de/ausstellungen/aufbau\\_west\\_ost](http://www.dhm.de/ausstellungen/aufbau_west_ost), wurde er aufgrund einer Kampagne abgesetzt, die durchgeführt worden war, um sämtliche nationalsozialistischen Spuren aus dem Volkswagenwerk zu entfernen.

15 — Angaben unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Volkswagen>.

25. Obwohl der Eigentümer nicht bekannt war, zeigte der Betrieb eine überraschende Dynamik, die ihn in ein blühendes Geschäft verwandelte<sup>21</sup>, und weckte die Begehrlichkeiten seiner Arbeitnehmer, die zweifellos durch ihre unmittelbare Mitarbeit am unternehmerischen Erfolg gerechtfertigt waren. Als Ende der 50er Jahre des vergangenen Jahrhunderts die Abweisung der Klage der Volkswagen-Sparer durch die Gerichte drohte, beanspruchten die Beschäftigten das Eigentum an der Gesellschaft, so dass es mit dem Bund, dem Land Niedersachsen, den Gewerkschaften und jenen unglückseligen Sparern bereits fünf gab, die das Eigentum an Volkswagen für sich in Anspruch nahmen.

26. Die durch die widerstreitenden Interessen hervorgerufenen Spannungen drohten sich vor der deutschen Justiz in die Länge zu ziehen und die Stabilität eines Unternehmens, das Symbol der noch jungen Bundesrepublik war, zu gefährden. Nach langen Jahren intensiver Diskussionen und harter Verhandlungen wurde ein Kompromiss in der Form eines Vertrags über die Regelung der Rechtsverhältnisse bei der Volkswagenwerk GmbH gefunden, der am 12. November 1959 zwischen dem Bund und dem Land Niedersachsen unterzeichnet wurde<sup>22</sup>.

21 — 1955 verließ das millionste Exemplar des Käfers das Werk, und 1972 waren bereits mehr als fünfzehn Millionen Exemplare dieses Modells verkauft worden. In jener Zeit versuchte ein amerikanischer Schriftsteller, Vorteile aus der allgemeinen Anziehungskraft des deutschen Autos zu ziehen, und nahm dessen Namen in den Titel eines Romans auf: E. Woods, *Yellow Volkswagen*, Greywood Publishing Ltd., Toronto, 1971.

22 — Vertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse bei der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung und über die Einrichtung einer Stiftung Volkswagenwerk.

27. Im Vertrag war in einer ersten Phase die Übertragung aller Anteile an der Gesellschaft, damals noch Gesellschaft mit beschränkter Haftung, auf den Bund vorgesehen<sup>23</sup>; in einer zweiten Phase wurde die Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft umgewandelt, und 60 % der Aktien wurden an Privatpersonen abgegeben, der Rest in Paketen von jeweils 20 % an die beiden beteiligten öffentlich-rechtlichen Körperschaften, den Bund und das Land Niedersachsen<sup>24</sup>.

28. Der Vertrag zwischen der erwähnten nationalen und der erwähnten regionalen Verwaltung trug zugleich den Interessen der Arbeitnehmer durch die Gründung der Volkswagenstiftung zum Zweck der Förderung von Wissenschaft und Technik in Forschung und Lehre Rechnung.

29. Die Satzung der Volkswagenwerk AG wurde am 6. Juli 1960 angenommen, und mit dem übrigen Vertragsteil in das Volkswagen-gesetz einbezogen; zwei Klauseln sahen die Erhöhung der qualifizierten Mehrheit für den Erlass bestimmter Gesellschafterbeschlüsse von 75 % auf mehr als 80 % und die Beschränkung der Ausübung der Stimmrechte auf 20 % des Kapitals vor.

23 — Durch das Gesetz über die Regelung der Rechtsverhältnisse der Volkswagenwerk GmbH; BGBl. I S. 301.

24 — Durch das erwähnte VW-Gesetz.

*B — Das Verwaltungsverfahren*

30. Nachdem bei der Kommission Beschwerden über das Volkswagengesetz eingegangen waren, richtete sie am 19. März 2003 ein Mahnschreiben an Deutschland, das hierauf am 20. Juni 2003 antwortete.

31. Die Erklärungen überzeugten die Kommission nicht; sie gab daher am 1. April 2004 eine mit Gründen versehene Stellungnahme ab, mit der sie Deutschland aufforderte, binnen zwei Monaten ab Notifizierung die Maßnahmen zu ergreifen, die angemessen waren, um das streitige Gesetz außer Kraft zu sehen oder abzuändern.

32. Die deutsche Regierung nahm hierzu mit Schreiben vom 12. Juli 2004 Stellung und bekräftigte ihre Ansicht, dass das erwähnte Gesetz nicht gegen Art. 56 EG verstoße und nicht geändert werden müsse; sie beantragte daher die Einstellung des Verfahrens, da der Vorwurf der Vertragsverletzung unbegründet sei.

33. Die Kommission teilte den deutschen Standpunkt nicht; sie hat beim Gerichtshof Klage auf Feststellung einer Vertragsverletzung gemäß Art. 226 EG wegen Verstoßes gegen die Art. 56 EG und 43 EG erhoben.

**IV — Das Verfahren vor dem Gerichtshof und das Vorbringen der Parteien**

34. Die Klage ist am 4. März 2005 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofs eingetragen worden; mit ihr wird beantragt festzustellen, dass die §§ 2 Abs. 1 sowie 4 Abs. 1 und 3 des Volkswagengesetzes gegen die Art. 56 EG und 43 EG verstoßen, sowie der Bundesrepublik Deutschland die Kosten aufzuerlegen.

35. Mit der Klagebeantwortung, die am 25. Mai 2005 eingegangen ist, wird beantragt, die Klage als unbegründet abzuweisen und die Kosten der Kommission aufzuerlegen.

36. Mit Beschluss vom 7. September 2005 hat der Präsident des Gerichtshofs die Republik Finnland als Streithelferin zugelassen, die jedoch mit Schriftsatz, der am 25. November 2005 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen ist, die Rücknahme ihres Beitritts als Streithelferin erklärt hat.

37. Am 22. August 2005 ist die Erwiderung und am 16. November 2005 die Gegen-erwiderung eingegangen.

38. In der Sitzung vom 12. Dezember 2006 haben die Bevollmächtigten der Bundesrepublik und der Kommission mündlich verhandelt.

## V — Untersuchung der Vertragsverletzung

Maßnahme handele, die dem Staat, im vorliegenden Fall dem Bund und dem Land Niedersachsen, Sonderrechte verleihe.

### A — Vorbemerkungen

39. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission zwar einen Verstoß gegen Art. 43 EG gerügt hat, ihre Klage jedoch auf die Verletzung des freien Kapitalverkehrs (Art. 56 EG) beschränkt, zweifelsohne, um in der gleichen Weise vorzugehen wie die Rechtsprechung in den Rechtssachen zu den goldenen Aktien, was den Gerichtshof aber nicht daran hindert, auch zu der gleichzeitigen Verletzung der Niederlassungsfreiheit Stellung zu nehmen.

#### 1. Einreihung des VW-Gesetzes in die Rechtsprechung zu den goldenen Aktien

40. Die Kommission stützt sich hauptsächlich auf die Rechtsprechung zu den „golden shares“<sup>25</sup>, da sie in ihrer Analyse davon ausgeht, dass es sich um eine staatliche

41. Sie unterstreicht auch den öffentlich-rechtlichen Charakter des Vertrags, den beide Körperschaften zur Überwindung der eigentumsrechtlichen Spannungen, die die Gesellschaft beeinträchtigt hätten, unterzeichnet hätten, da ein Gesetz vorliege, das für ein einzelnes Unternehmen erlassen worden sei.

42. Die deutsche Regierung widerspricht dieser Ansicht mit der Begründung, dass die Fälle, die der Gerichtshof entschieden habe, nicht mit dem des Volkswagenwerks zu vergleichen seien; die streitigen Bestimmungen, zumindest diejenigen, die sich auf das Höchststimmrecht und die Erhöhung der für einige grundlegende Bestimmungen erforderlichen Mehrheit in der Hauptversammlung der Aktionäre bezögen, seien objektiv und enthielten kein diskriminierendes Element, da sie in gleicher Weise für alle Investoren, ob öffentlich oder privat, gälten.

25 — Urteile vom 23. Mai 2000, Kommission/Italien (C-58/99, Slg. 2000, I-3811), vom 4. Juni 2002, Kommission/Portugal (C-367/98, Slg. 2002, I-4731), Kommission/Frankreich (C-483/99, Slg. 2002, I-4781) und Kommission/Belgien (C-503/99, Slg. 2002, I-4809); ebenso auch die Urteile vom 13. Mai 2003, Kommission/Spanien (C-463/00, Slg. 2003, I-4581) und Kommission/Vereinigtes Königreich (C-98/01, Slg. 2003, I-4641). Später sind die Urteile vom 2. Juni 2005, Kommission/Italien (C-174/04, Slg. 2005, I-4933), und vom 28. September 2006, Kommission/Niederlande (C-282/04 und C-283/04, Slg. 2006, I-0000), erlassen worden.

43. Auch könne nicht gerügt werden, dass das VW-Gesetz eine „staatliche Maßnahme“ sei, denn es habe den 1959 geschlossenen privatrechtlichen Vertrag zwischen dem Bund und Niedersachsen einfach übernommen.

44. Auch wenn diese Rechtssache den Bereich der goldenen Aktien im *strengen Sinn* tatsächlich nur am Rande berührt, da sich die Sonderrechte nicht auf die Aktien beziehen, die im Besitz der öffentlichen Körperschaften sind, darf doch das, was unter solchen Rechten zu verstehen ist, auch nicht zu sehr eingeschränkt werden; tatsächlich kommt es nicht so sehr darauf an, ob die übermäßigen Vorrechte formal mit bestimmten Kapitalanteilen verbunden sind, sondern ob sie so exklusiv verliehen werden, dass ein Investor, insbesondere ein ausländischer Investor, abgeschreckt wird.

45. Erstaunlich ist auch die Ansicht der deutschen Regierung, ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz sei nicht als staatliche Maßnahme zu betrachten, denn es gibt keine typischere Manifestation öffentlicher Gewalt als die Ausübung ihrer Gesetzgebungszuständigkeit. Nicht weniger Befremden ruft die Einstufung eines „Staatsvertrags“ des deutschen Rechts als privatrechtlicher Vertrag hervor, wenn die Lehre in diesem Land diesen Vertrag einhellig den Rechtsakten des öffentlichen Rechts seiner Rechtsordnung zurechnet<sup>26</sup>.

46. Das Vorbringen der deutschen Regierung ist daher zurückzuweisen. Zunächst werde ich den vorliegenden Fall von den

anderen bereits durch ein Urteil entschiedenen Fällen goldener Aktien abgrenzen und danach im Einzelnen die Vertragsverletzungsrügen prüfen, die die Kommission erhebt.

## 2. Anwendbarkeit von Art. 295 EG

47. Seltsamerweise hat die beklagte Regierung in ihrem Verteidigungsvorbringen nicht geltend gemacht, dass Art. 295 EG beachtet werden müsse, den ich in meinen verbundenen Schlussanträgen in den Rechtssachen, die mit den Urteilen Kommission/Portugal, Kommission/Frankreich und Kommission/Belgien abgeschlossen worden sind<sup>27</sup>, sowie denen in den Rechtssachen Kommission/Spanien und Kommission/Vereinigtes Königreich<sup>28</sup> eingehend untersucht habe.

48. Ich bleibe bei der Auffassung, dass der Begriff „Eigentumsordnung“ in Art. 295 nicht auf die zivilrechtlichen Vorschriften über eigentumsrechtliche Beziehungen, sondern auf die ideelle Gesamtheit aller Rechtsvorschriften gleich welcher Art, seien sie privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Ursprungs, verweist, die die Verfügungsmacht über ein Unternehmen begründen können, d. h., die denjenigen, der die Verfügungsmacht innehat, in die Lage versetzen, auf die Festlegung und Umsetzung aller oder eines Teils der Unternehmensziele einen entscheidenden Einfluss auszuüben; zugleich ergibt die teleologische Auslegung,

26 — H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Verlag C. H. Beck, 12. überarbeitete und erweiterte Auflage, München, 1999, S. 352 ff.

27 — Vorgetragen am 3. Juli 2001

28 — Vorgetragen am 6. Februar 2003.

dass die Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen im Sinne des Vertrags nicht allein auf die Zusammensetzung des Aktienbesitzes gegründet werden kann, sondern auch davon abhängt, welche Möglichkeit ein Staat hat, bestimmte wirtschaftspolitische Ziele durchzusetzen, die sich von dem eine private Tätigkeit kennzeichnenden Streben nach maximalem Gewinn unterscheiden<sup>29</sup>.

49. Ich bekräftige somit meinen Standpunkt, dass die in Art. 295 EG niedergelegte Achtung der Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten durch den Vertrag sich auf jede Maßnahme erstrecken muss, die es dem Staat erlaubt, durch einen Eingriff in den öffentlichen Sektor — im wirtschaftlichem Sinn — zur Gestaltung des Wirtschaftslebens des Landes beizutragen<sup>30</sup>.

50. Auch wenn ich meine Kritik in meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen C-463/00 und C-98/01 daran, dass diese Urteile die Anwendung und die Tragweite von Art. 295 EG ohne eine Begründung außer Betracht gelassen haben — zumal die Bestimmung in den späteren Entscheidun-

gen auch nicht ausgelegt worden ist<sup>31</sup> — in vollem Umfang aufrecht erhalte, räume ich ein, dass der vorliegende Rechtsstreit wesentliche Unterschiede zu den bisher vom Gerichtshof entschiedenen aufweist, so dass er eine andere Lösung finden muss.

51. Die früher entschiedenen Fälle betrafen allgemein die Privatisierung von Unternehmen, die sich in als „vital“ geltenden Bereichen betätigten, die allmählich liberalisiert wurden (Kohlenwasserstoff, Flugzeuge, Versicherungen). Die beurteilten Maßnahmen stimmten insoweit überein, als sie Instrumente waren, mit denen die öffentliche Hand auf bestimmte Tätigkeiten von vitaler Bedeutung für die Volkswirtschaft Einfluss nahm, um eine wirtschaftspolitische Strategie festzulegen<sup>32</sup>.

52. Das VW-Gesetz gehört, wie sich aus seiner oben beschriebenen Entstehungsgeschichte ergibt, nicht in diesen Kontext.

53. Zum einen handelt es sich nicht um einen Sektor, der herkömmlicherweise zu den Schlüsselbranchen der Wirtschaft eines

29 — Urteil vom 6. Juli 1982, Frankreich, Italien und Vereinigtes Königreich/Kommission (188/80 bis 190/80, Slg. 1982, 2545, Randnr. 21).

30 — Schlussanträge in den Rechtssachen C-367/98, Kommission/Portugal (C-483/99, Kommission/Frankreich), und C-503/99 (Kommission/Belgien, Nrn. 54 und 55), ebenfalls in den Schlussanträgen in den Rechtssachen C-463/00 (Kommission/Spanien), und C-98/01 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Nrn. 56 und 57).

31 — Urteile Kommission/Spanien und Kommission/Vereinigtes Königreich; Kommission/Italien und Kommission/Niederlande.

32 — Schlussanträge in den Rechtssachen C-367/98, C-483/99 und C-503/99, Nr. 62.

Landes gehört, unabhängig von seinem spezifischen Gewicht und dem Bruttoinlandsprodukt, denn die Automobilindustrie war in Deutschland in der Zeit zwischen den Kriegen bereits ziemlich entwickelt, ohne dass dies auf staatliche Interventionen zurückzuführen gewesen wäre.

54. Zum anderen besteht der Hauptzweck der streitigen Regelung in der Lösung der allgemeinen Spannungen im Zusammenhang mit dem Eigentum an der Gesellschaft, weshalb sie grundsätzlich als Norm des Privatrechts im Sinne von Art. 295 EG eingestuft werden könnte, wie einige meinen — obwohl ich diese Ansicht nicht teile. Doch betreffen die von der Kommission in diesem Vertragsverletzungsverfahren gerügten Bestimmungen weder allgemein noch in Bezug auf das Volkswagenwerk isoliert betrachtet die Eigentumsordnung.

55. Zweifellos erleichtern es die in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden drei Bestimmungen des deutschen Gesetzes, die Verfügungsmacht desjenigen, der sie bereits innehat, mittels gesellschaftsrechtlicher Verfahren zu erhalten, die für die Verteidigung des Vorstands eines Unternehmens gegen öffentliche Angebote einer feindlichen Übernahme typisch sind<sup>33</sup>.

33 — Zur Stimmrechtsbeschränkung vgl. F. Kübler, *Gesellschaftsrecht*, 5. überarbeitete und erweiterte Auflage, Verlag C. F. Müller, Heidelberg, 1998, S. 199. Ferner H. Krause, „Von goldenen Aktien“, dem VW-Gesetz und der Übernahmerichtlinie“, *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 33/2000, S. 2749.

56. Nach alledem bin ich der Ansicht, dass Art. 295 EG weder unter Berücksichtigung der von mir stets vertretenen Auslegung noch aufgrund der Auslegungsregeln, die diese Bestimmung auf den Schutz der Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Regelung der privatrechtlichen Eigentumsbeziehungen beschränken, als Stütze für das VW-Gesetz herangezogen werden kann.

## B — Zu den Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs

### 1. Einleitende Klarstellung

57. Die Klägerin beantragt die Feststellung, dass die Bundesrepublik Deutschland die Niederlassungsfreiheit und den freien Kapitalverkehr verletzt habe, obwohl sie ihr Vorbringen ausschließlich auf eine Verletzung des Letztgenannten stützt, was angesichts der Rechtsprechung zu den „golden shares“ logisch erscheint, die sich im Wesentlichen auf Art. 56 EG und nur hilfsweise auf Art. 43 EG konzentriert hat.

58. Ich habe mein Urteil nicht geändert, 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, denn der beklagte Mitgliedstaat versucht gewöhnlich über seine Eingriffsmöglichkeiten bei der Gestaltung der Aktionärsstruktur die Willensbildung der Gesellschafter privatisierter Unternehmen (entweder durch Eingriffe in die Zusammensetzung des Aktienbesitzes oder seine Beteiligung bei konkreten Verwaltungsentscheidungen) zu kontrollieren. Dieser Aspekt hat wenig mit dem freien Kapitalverkehr zu tun<sup>34</sup>.

59. Allerdings können sich solche Eingriffsmöglichkeiten auf das Recht der Niederlassungsfreiheit auswirken, indem sie es sowohl direkt — wenn sie den Zugang zum Gesellschaftskapital betreffen — als auch indirekt — wenn sie seine Anziehungskraft verringern, indem sie die Entscheidungs- und Verwaltungsbefugnisse der Gesellschaftsorgane beschränken — weniger interessant machen<sup>35</sup>. Entgegen den Feststellungen des Gerichtshofs<sup>36</sup> halte ich an der Ansicht fest, dass die daraus resultierende Beschränkung der Freiheit des Kapitalverkehrs dahinter zurücktritt und nicht zwangsläufig eintritt. Wie ich bereits ausgeführt habe, gilt dies mit Sicherheit für die Maßnahmen, die sich auf die Struktur des Aktienbesitzes auswirken, aber noch mehr für diejenigen Maßnahmen, die die Beschlussfassung innerhalb der Gesellschaft (Änderung des Gesellschaftszwecks, Veräußerung von Vermögensgegenständen) beschränken, wie es bei den hier angefochtenen Bestimmungen der Fall ist, bei denen nur ein

hypothetischer oder jedenfalls nur sehr schwacher Zusammenhang mit dem freien Kapitalverkehr besteht<sup>37</sup>.

60. Jedenfalls lohnt es nicht, näher auf die unzutreffende rechtliche Qualifizierung der gerügten Vertragsverletzung einzugehen, da sie ohne größere Folgen bleibt; der Gerichtshof unterzieht nämlich beide Freiheiten einer ähnlichen Prüfung, deren methodischem Ansatz meines Erachtens auch weiterhin gefolgt werden sollte, um zu ermitteln, ob die angefochtenen Vertragsverletzungen vorliegen, nachdem der Schutz des Art. 295 EG für das VW-Gesetz nicht in Betracht kommt.

61. Wie ich ausgeführt habe, hat sich der Gerichtshof wiederholt auf Art. 56 Abs. 1 EG konzentriert, der Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten verbietet<sup>38</sup>.

62. Da der EG-Vertrag keine Definition des Begriffs „Kapitalverkehr“ enthält, hat die Rechtsprechung der Nomenklatur im Anhang der Richtlinie 88/361/EWG<sup>39</sup> Hinweischarakter beigegeben; danach handelt es sich bei Direktinvestitionen in Form der Beteiligung an einem Unternehmen durch den Besitz von Aktien, die die Möglichkeit

34 — Schlussanträge in den den Urteilen Kommission/Spanien und Kommission/Vereinigtes Königreich zugrunde liegenden Rechtssachen, Nr. 36.

35 — L. A. Velasco San Pedro, und J. M. Sánchez Felipe, „La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El Estado de la cuestión después de la SE“, in *Revista de derecho de sociedades*, Nr. 19, Jahrgang 2002-2, S. 31.

36 — Urteile Kommission/Portugal und Kommission/Frankreich, Randnr. 56. Vgl. auch Urteil Kommission/Niederlande, Randnr. 43.

37 — Schlussanträge in den den Urteilen Kommission/Spanien und Kommission/Vereinigtes Königreich zugrunde liegenden Rechtssachen, Nr. 36.

38 — Beispielsweise die erwähnten Urteile Kommission/Frankreich, Randnrn. 35 und 40, sowie Kommission/Vereinigtes Königreich, Randnrn. 38 und 43.

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

bieten, sich an der Verwaltung einer Gesellschaft und an deren Kontrolle zu beteiligen, wie auch bei indirekten Investitionen durch Erwerb von Wertpapieren auf dem Kapitalmarkt mit der Absicht der Geldanlage, aber ohne die Verwaltung einer Gesellschaft und deren Kontrolle beeinflussen zu wollen (auch als Portfolioinvestitionen bezeichnet) um Kapitalverkehr<sup>40</sup>.

## 2. Untersuchung der streitigen Regelung

a) Das Recht von Bund und Land, zwei Mitglieder des Aufsichtsrats des Unternehmens zu benennen

63. Der Gerichtshof hat beide Arten von Geschäften untersucht und als „Beschränkungen“ im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG nationale Maßnahmen angesehen, die den Erwerb von Aktien der betroffenen Gesellschaften verhindern oder erschweren oder Anleger aus den anderen Mitgliedstaaten davon abhalten, in das Kapital dieser Unternehmen zu investieren<sup>41</sup>.

### i) Fragestellung

65. Für die Kommission stellt § 4 Abs. 1 des VW-Gesetzes durch das dort der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Niedersachsen eingeräumte Recht, je zwei Aufsichtsratsmitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden, solange ihnen Aktien der Gesellschaft gehören, eine Ausnahme von der Regel des § 101 Abs. 2 des Aktiengesetzes dar. Nach der letztgenannten Bestimmung muss ein solches Vorrecht in der Satzung vorgesehen sein und ist auf ein Drittel der sich aus dem Gesetz oder der Satzung ergebenden Zahl der Aufsichtsratsmitglieder der Aktionäre, d. h. im Fall von Volkswagen auf drei Mitglieder, beschränkt.

64. Im Licht dieser Grundsätze sind die streitigen Bestimmungen des VW-Gesetzes zu untersuchen, um festzustellen, ob sie Hemmnisse für den freien Kapitalverkehr im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG darstellen. Trifft dies zu, sind die möglichen Rechtfertigungsgründe zu prüfen<sup>42</sup>.

66. Die Ausgestaltung dieses Vorzugsrechts im VW-Gesetz beschränke die Möglichkeit der anderen Aktionäre, sich an der Verwaltung der Gesellschaft und an deren Kontrolle zu beteiligen, und stelle daher nach der

40 — Urteil vom 16. März 1999, Trummer und Mayer (C-222/97, Slg. 1999, I-1661, Randnr. 21) und die erwähnten Urteile Kommission/Frankreich, Randnrn. 36 und 37, sowie Kommission/Vereinigtes Königreich, Randnrn. 39 und 40.

41 — Urteile Kommission/Frankreich, Randnr. 41, Kommission/Italien (C-174/04, Randnrn. 30 und 31) und vom 19. Januar 2006, Bouanich (C-265/04, Slg. 2006, I-923, Randnrn. 34 und 35).

42 — Zum Beispielt die bereits erwähnten Urteile Kommission/Belgien, Randnrn. 42 bis 55, und Kommission/Niederlande, Randnrn. 32 bis 40.

Rechtsprechung eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar<sup>43</sup>. Es sei unerheblich, dass der Bund seine sämtlichen Aktien verkauft habe und daher sein Entsenderecht nicht ausübe und, dass die Zahl der Vertreter des Landes Niedersachsen dessen Anteil am Gesellschaftskapital entspreche oder sogar niedriger sei; dies verhindere nämlich nicht, dass dem Staat besondere Rechte eingeräumt würden, die Investitionen in das Volkswagenwerk weniger attraktiv machten.

67. Die deutsche Regierung ist der Ansicht, dass der Aufsichtsrat<sup>44</sup> als Kontrollorgan über keine Entscheidungsbefugnis verfüge, außer bei den wenigen Gelegenheiten, bei denen das Gesetz oder die Satzung sein Tätigwerden erfordere; ferner stehe die Zahl der Aufsichtsratsmandate im Verhältnis zur Kapitalbeteiligung und sei beim Land Niedersachsen niedriger als dessen Aktienanteil; schließlich hätten die von der Kommission angeführten Fälle einer Beeinträchtigung von Investitionen keinen Bezug zur Realität.

43 — Urteile Kommission/Vereinigtes Königreich, Randnr. 44, Kommission/Belgien, Randnrn. 39 bis 41, und Kommission/Portugal, Randnrn. 44 bis 46. Im letztgenannten Urteil hat der Gerichtshof das Schweigen der portugiesischen Regierung als Anerkenntnis und stillschweigendes Einräumen der Vertragsverletzung ausgelegt und daraufhin mögliche Rechtfertigungsgründe geprüft; ich hatte diese Vorgehensweise bereits in meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen C-367/98, C-483/99 und C-503/99, Nr. 76, kritisiert und den Gerichtshof aufgefordert, die Vertragsverletzung von Amts wegen zu prüfen, da ich Zweifel daran habe, ob das dieser Art von Klagen zugrunde liegende Gemeinschaftsinteresse mit dem Verfügungsgrundsatz vereinbar ist.

44 — Geregelt in den §§ 95 bis 116 des deutschen Aktiengesetzes.

## ii) Prüfung des Grundes

68. Das richtige Verständnis vom Recht zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern, das gemäß § 101 Abs. 1 und 2 des deutschen Aktiengesetzes nach der Satzung bestimmten Aktionären vorbehalten ist, hat von einer doppelten Funktion der Bestimmung auszugehen: Sie soll die Vertretung der Großaktionäre in diesem Organ, die sich an dessen Verwaltung beteiligen wollen, erleichtern und einige Mandate den Minderheiten vorbehalten, wobei diese Art von Vertretern auf ein Drittel des gesamten Kapitals beschränkt ist<sup>45</sup>.

69. Der Vorbehalt in dieser Bestimmung zugunsten von § 4 Abs. 1 des VW-Gesetzes enthüllt die Unverhältnismäßigkeit der Rechte, die den in Rede stehenden Gebietskörperschaften verliehen worden sind.

70. So hat sich erstens gezeigt, dass einer der Gründe für die Abfassung des erwähnten § 101 gerade darin bestand, der öffentlichen Gewalt Einfluss auf die Gesellschaften zu verschaffen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen im Allgemeininteresse betraut sind, ohne dass sie sich das notwendige

45 — F. Kübler, a.a.O. S. 190.

Kapital verschaffen muss<sup>46</sup>. Dies rechtfertigt das VW-Gesetz jedoch keineswegs, sondern trägt zu dessen Ungewöhnlichkeit bei, da es dadurch, dass es diese Regelung unberührt lässt, den Ausnahmecharakter von Bestimmungen, die nur einem Unternehmen zugute kommen, noch verstärkt.

71. Zweitens darf auch gemutmaßt werden, dass die streitige Regelung sowohl formal von der gewöhnlichen abweicht, weil die Befugnis zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern durch ein Gesetz<sup>47</sup> und nicht durch die Satzung verliehen wird, als auch inhaltlich, da § 4 Abs. 1 vier der zehn entsprechenden Sitze dem Kapital zweier öffentlich-rechtlicher Körperschaften vorbehält, was mehr als dem in § 101 Abs. 2 des Aktiengesetzes als Obergrenze vorgeschriebenen Drittel entspricht.

72. Kurzum, dieses ausschließliche Vorrecht des Bundes und des Landes ist nicht nur vollständig vom Umfang ihrer jeweiligen Aktienpakete losgelöst, sondern beschränkt entgegen dem Sinn und Zweck der Bestim-

mung des Gemeinschaftsrechts auch die Möglichkeiten der anderen Investoren, ähnliche Vorteile zu erlangen, indem es die Symmetrie zwischen der Kapitalstärke und den Alternativen der Aufsicht in einer Gesellschaft bricht<sup>48</sup>. Selbst ein Unternehmer, der hinreichend Macht erlangen könnte, um die Satzung zu ändern und diese Klauseln außer Kraft zu setzen, sähe sich der Schwierigkeit gegenüber, dieses Gesetz zu ändern, wofür die Mitwirkung des nationalen Parlaments notwendig wäre.

73. Obwohl § 4 Abs. 1 des VW-Gesetzes als *lex specialis* zu betrachten ist, besteht daher kein Zweifel daran, dass er Personen abschreckt, die ein bedeutendes Aktienpaket der Gesellschaft erwerben möchten, da sie im Aufsichtsrat auf vier Vertreter der öffentlichen Hand treffen würden, die eine zu vernachlässigende Zahl von Aktien besitzt.

74. Unerheblich für die Untersuchung der Vertragsverletzung ist, ob die erwähnten öffentlich-rechtlichen Körperschaften ihre Vorrechte ausüben, denn es genügt, dass weder das unverhältnismäßige Recht des Bundes und des Landes Niedersachsen, Mitglieder in den Aufsichtsrat von Volkswagen zu entsenden, noch deren Vorrecht, einzugreifen, wenn sie es für angebracht halten, aus der deutschen Rechtsordnung entfernt worden ist.

46 — Ebenda.

47 — Wäre eine Klausel in die Satzung des Volkswagenwerks, jedoch nicht in das entsprechende Gesetz aufgenommen worden, so hätte die Verabschiedung des Aktiengesetzes von 1965 zur Nichtigkeit dieser Klausel geführt; daher sollte mit der Klarstellung in Bezug auf die Gültigkeit von § 4 Abs. 1 das Problem der Unvereinbarkeit mit § 101 des Aktiengesetzes aus der Welt geschafft werden.

48 — F. Sander, „Volkswagen vor dem EuGH – der Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit am Scheideweg“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, Nr. 4/2005, S. 109.

75. Deshalb verstößt § 4 Abs. 1 des VW-Gesetzes gegen Art. 56 EG, unbeschadet möglicher Rechtfertigungsgründe, die inhaltlich in Bezug auf die übrigen beanstandeten Bestimmungen geltend gemacht worden sind und daher im Zusammenhang am Schluss der übrigen Vorwürfe behandelt werden.

Unterschied gemacht werden, ob die Möglichkeit dieser Beschränkung wie im deutschen Recht für nicht börsennotierte Gesellschaften angeboten werde, oder ob dies wie im Fall von Volkswagen für ein einziges Unternehmen durch Gesetz vorgeschrieben werde.

b) Zur Sperrminorität und zum Höchststimmrecht der Stimmrechtsbegrenzung

i) Problemstellung

76. In den Schriftsätzen sind diese beiden Vertragsverletzungsgründe getrennt geprüft und gemeinsam nur zur Gewichtung des Zusammenspiels der drei streitigen Bestimmungen behandelt worden. Dennoch erscheint es aus den im Folgenden dargelegten Gründen angebracht, sie in ein und derselben Prüfung zusammenzufassen.

78. Die Kommission fährt fort mit der Auslegung des § 4 Abs. 3, durch den die für die Verabschiedung bestimmter Beschlüsse der Hauptversammlung erforderliche Mehrheit auf mehr als vier Fünftel (80 %) erhöht wird — während das Aktiengesetz eine Mehrheit von drei Vierteln (75 %) vorschreibt — und damit dem Land Niedersachsen ermöglicht wird, Beschlüsse dieser Art mit der hierfür ausreichenden Minderheit, die das Land von Anfang an besessen hat, zu blockieren. Diese Mehrheit ist nach Ansicht der Kommission nicht Ausdruck des Willens der Aktionäre, sondern eine Vorschrift des Gesetzgebers, der diese ausschließlich für die öffentlichen Investoren konzipiert habe.

77. In ihrer getrennten Untersuchung macht die Kommission geltend, dass § 2 Abs. 1 des VW-Gesetzes mit der Beschränkung des Stimmrechts auf ein Fünftel des Kapitals vom Grundsatz „eine Aktie, eine Stimme“ („one share, one vote“) abweiche, ohne dass die Aktionäre Gelegenheit zur Äußerung gehabt hätten. Selbst wenn dieses Mittel der Begrenzung der Stimmrechte in den Gesellschaften üblich wäre, müsste ein

79. Die deutsche Regierung verneint in Bezug auf die Beschränkung des § 2 Abs. 1 einen Zusammenhang zwischen der Kapitalbeteiligung und dem Stimmrecht und bekräftigt noch einmal den vertraglichen Ursprung der Klausel. Sie beruft sich auf die Freiheit des Gesetzgebers, gesellschaftsrechtliche Vorschriften für einige Unternehmen zu erlassen, die sich von den allgemeinen Vorschriften unterscheiden.

80. In Bezug auf § 4 Abs. 3 macht die Bundesregierung geltend, dass es im nationalen Aktiengesetz keine Grenze gebe; der Prozentsatz der Aktien in den Händen des Landes Niedersachsen lasse sich durch seine aufeinanderfolgenden Ankäufe auf dem Markt erklären, die es in derselben Weise wie jeder private Investor getätigt habe.

81. Wie ich bereits ausgeführt habe, ziehe ich jedoch eine aufeinander abgestimmte Untersuchung der beiden Bestimmungen vor, da nicht die Regelungen jeweils für sich, sondern ihre Folgen eingehender Aufmerksamkeit bedürfen.

82. Die Kommission macht nur geltend, dass die drei Bestimmungen jeweils allein schon den Vertrag verletzen und ihr Zusammenspiel diesen Verstoß noch verstärke.

83. Die deutsche Regierung meint dagegen unter Berufung auf einen Präzedenzfall<sup>49</sup>, dass sich eine Verletzung des Vertrags weder getrennt noch im Zusammenspiel der Bestimmungen feststellen lasse.

49 — Urteil vom 14. April 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe, C-6/03, Slg. 2005, I-2753, Randnr. 55.

ii) Prüfung der Gründe

84. Die Geschichte des VW-Gesetzes zeigt, dass eine sehr ausgeklügelte rechtliche Struktur geschaffen wurde, um eine bestimmte Situation zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt zu schützen<sup>50</sup>. Es dürfte schwierig sein, die Erhöhung des Quorums für die Annahme bestimmter Beschlüsse der Hauptversammlung auf mehr als 80 % anders zu interpretieren, wenn das allgemeine Recht nur 75 % verlangt. Ferner stimmt die Begrenzung der Ausübung des Stimmrechts auf 20 % mit dem Aktienanteil überein, der zu der Zeit, zu der das Gesetz erlassen wurde, auf die beiden institutionellen Anleger, den Bund und das Land Niedersachsen, entfiel.

85. In der Praxis würde, wer eine ausreichende Anzahl von Aktien dieses Unternehmens erwerben wollte, um in dessen Verwaltungsorgane zu gelangen, die Hindernisse für die Änderung einer Satzungsbestimmung leicht bestätigen können, ganz abgesehen davon, dass er sich an den Gesetzgeber wenden müsste, um das Gesetz in seinem Sinne zu ändern.

50 — Für die Vorzugsbehandlung, die das Gesetz dem Volkswagenwerk verleiht, spricht auch, dass 1998 das Höchststimmrecht in börsennotierten Gesellschaften in Deutschland mit dem erwähnten Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich abgeschafft wurde, das mit dem eindeutigen Ziel erlassen wurde, die Proportionalität zwischen Kapital und Ausübung des Stimmrechts wiederherzustellen, wie N. Fernández Pérez, *La protección jurídica del accionista inversor*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000, S. 224, ausführt. In der Begründung für dieses Gesetz von 1998 heißt es, dass die Beschränkungen des Stimmrechts den Kapitalmarkt demotivieren; R. Ruge, „Goldene Aktien und EG-Recht“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, Nr. 14/2002, S. 424.

86. Im Augenblick hätte er ernsthafte Zweifel, ob er mehr als ein Fünftel des Kapitals erwerben sollte, denn über diese Grenze hinaus hätte er kein Stimmrecht<sup>51</sup>. Doch selbst wenn es ihm gelänge, alle Kleinaktionäre zu mobilisieren, würde die Sperrminorität von Bund und Land den Versuch, eine Änderung mit mehr als vier Fünfteln des Stammkapitals in der Hauptversammlung zu erreichen, illusorisch machen.

87. Alles in allem wird der Zweck verfolgt, den anfänglichen Status quo der Großaktionäre, d. h. des Bundes und des Landes Niedersachsen, aufrechtzuerhalten, was dem ersten Vertragsverletzungsgrund, der die Aufsichtsratsmandate dieser Körperschaften betrifft, noch mehr Gewicht verleiht.

88. Die Eigenschaften des Urhebers der Maßnahmen zur Sicherung der beschriebenen Situation dürfen jedoch nicht außer Acht gelassen werden. Zu betonen ist auch, dass alle diese Vorbehalte gegenüber dem Eindringen von Großaktionären nach dem Staatsvertrag von 1959 von der öffentlichen Hand selbst durch Bundesgesetz vorge-schrieben worden sind.

89. Die nationale Regelung ist nicht diskriminierend, zementiert jedoch eine Lage, die die öffentliche Hand objektiv begünstigt, weil sie die Stellung von Bund und Land verstärkt und jede Beteiligung an der Verwaltung verhindert. Auf diesen protektionistischen Folgen beruht die abschreckende Wirkung des VW-Gesetzes, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs gegen den freien Kapitalverkehr verstößt. Daher läuft das Vorbringen der deutschen Regierung über den regen Handel mit Volkswagen-Aktien ins Leere, da es sich auf Portfolioinvestitionen bezieht und nicht auf die Investitionen, die auf eine Beteiligung an der Verwaltung des Unternehmens abzielen.

90. Die Schwierigkeiten für Investoren, die nicht an der ursprünglichen Vereinbarung beteiligt waren, sind offensichtlich und dauern zumindest potenziell an, solange die beanstandeten Bestimmungen bestehen. Diesem Zustand, der mit dem Gemeinschaftsrecht de facto unvereinbar ist, kann mit dem Verkauf der Beteiligungen des Landes, das heute der einzige staatliche Investor ist, nicht abgeholfen werden, denn die Bestimmung, die diesen Sachverhalt deckt, trägt dazu bei, dass das Land das Unternehmen, wie sich in den letzten vierzig Jahren bestätigt hat, dauerhaft beherrscht.

91. Der angewandten Taktik kommt somit besondere Bedeutung zu, wenn man die öffentliche Identität ihrer Urheber offen legt, da sie das VW-Gesetz als „nationale Maß-

51 — S. Soltysinski „The rise and fall of the golden share concept in privatised companies“, in P. Demaret, /L. Govaere/D. Hanf, (Koordinatoren), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Brügge, 2005, S. 329, vertritt den sehr weit gehenden Gedanken, dass Beschränkungen des Stimmrechts größere Barrieren für den freien Kapitalverkehr errichteten als die immer weniger werdenden goldenen Aktien.

nahme“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 56 ausweist. Daraus lassen sich jedoch keine anderen Schlussfolgerungen ableiten, insbesondere nicht, dass Satzungsbestimmungen mit gleichem Inhalt wie die in diesem Verfahren in Rede stehenden Bestimmungen ohne diese Regelung beeinträchtigt würden.

92. Da die Regelung eine staatliche Maßnahme ist, die Investoren davon abhalten könnte, das für eine Beteiligung an der Verwaltung des Unternehmens notwendige Kapital anzusammeln, verstoßen die §§ 2 Abs. 1 und 4 Abs. 3 des VW-Gesetzes somit gegen den freien Kapitalverkehr im Sinne von Art. 56 Abs. 1 EG.

### 3. Mögliche Rechtfertigungen des Verstoßes

#### a) Fragestellung

93. Da die deutsche Regierung hilfsweise eine Reihe von Argumenten vorgebracht hat, die sich auf die Verteidigung des Allgemeininteresses gründen, sind diese vor dem Hintergrund von Art. 58 EG sowie der Rechtsprechung zu behandeln.

94. So hat der Gerichtshof verschiedentlich die nationale Beschränkung des freien Kapitalverkehrs aus den in Art. 58 EG erwähnten Gründen oder aus anderen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zugelassen<sup>52</sup>, soweit keine gemeinschaftliche Harmonisierungsmaßnahme vorliegt, die bereits die zur Gewährleistung des Schutzes dieser Interessen erforderlichen Maßnahmen vorsieht<sup>53</sup>, wobei es Sache der Mitgliedstaaten ist, zu entscheiden, auf welchem Niveau sie den Schutz solcher Interessen sicherstellen wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Allerdings können sie dies nur in dem vom Vertrag vorgegebenen Rahmen und insbesondere nur unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit tun<sup>54</sup>.

95. In der vorliegenden Rechtssache spricht sich die deutsche Regierung dafür aus, den besonderen geschichtlichen Zusammenhang, in dem das beanstandete Gesetz erlassen wurde, und die mit ihm verfolgten Ziele der Sozial-, Regional-, Wirtschafts- und Industriepolitik genau zu bedenken.

96. Die Kommission hält die von der Beklagten angeführten Erwägungen geschichtlicher Art für unerheblich und bestreitet, dass das angefochtene Gesetz alle diese Ziele verfolge.

52 — Urteil vom 7. September 2004, Manninen (C-319/02, Slg. 2004, I-7477, Randnr. 29), und Kommission/Niederlande, Randnr. 32.

53 — Urteil vom 15. Juni 2006, Kommission/Frankreich (C-255/04, Slg. 2006, I-0000, Randnr. 43 und die dort zitierte Rechtsprechung).

54 — Urteile Kommission/Belgien, Randnr. 45, und Kommission/Niederlande, Randnr. 33.

## b) Prüfung des Vorbringens

97. Die Kritik an den in Rede stehenden Bestimmungen des VW-Gesetzes trübt nicht den Erfolg des Unternehmens, der erstaunlich ist, wenn man die Bedingungen bedenkt, unter denen es entstanden ist, in Werksanlagen, die nach den Bombardierungen praktisch in Trümmern lagen. Die Effizienz, Genauigkeit, Flexibilität<sup>55</sup> und der Dynamismus, die dabei zutage getreten sind, sind ein Beispiel für Zähigkeit und eines Willens zum Erfolg, die rühmenswert sind. Aber die Veränderungen, die in Europa nach der Festigung des mit den Verträgen von Rom eingeleiteten Integrationsprozesses verlangen eine Anpassung des Unternehmens an die neuen Zeiten.

98. Zunächst muss ich gestehen, etwas erstaunt gewesen zu sein, dass zur Rechtfertigung einer Regelung, die ausschließlich zu Gunsten eines einzelnen Unternehmens erging, das Allgemeininteresse entsprechend der Ansicht eines Teils der Lehre angeführt wurde, der zufolge in Großunternehmen der öffentliche Aspekt ihrer Tätigkeit besonders

wichtig sei und bei Fehlen einer Kontrolle über das Gesellschaftsrecht ein System von gesetzlichen Schutzbestimmungen zur Wahrung des öffentlichen Interesses eingeführt werden müsse, unabhängig von der Rechtsform dieser Unternehmen<sup>56</sup>.

99. In Bezug auf die angeführten Rechtfertigungsgründe ist festzustellen: Erstens beweisen die von der deutschen Regierung angeführten Ereignisse, dass es für die Regelung der eigentumsrechtlichen Spannungen in einem Unternehmen wie Volkswagen dringliche Gründe gab, die aber die drei gerügten Bestimmungen nicht entschuldigen, die sich, wie ich ausgeführt habe, auf die Eigentumsordnung für Aktien im strengen Sinn nicht auswirken.

100. Zweitens ist es völlig irreführend, mit den Interessen der Arbeitnehmer zu argumentieren. Die deutsche Regierung hat nämlich selbst erklärt, dass zum einen deren Streben nach Kontrolle über das Unternehmen erfolgreich gewesen sei, da die Volkswagenstiftung errichtet worden sei — weshalb das Gesetz die Wünsche dieser Arbeitnehmer nicht einmal mittelbar berührt — und dass zum anderen die Einbeziehung der Arbeitnehmer in die Verwaltung des Unternehmens im Wege der Mitbestimmung zwar eines Tätigwerdens des

55 — Die Vielseitigkeit des „Käfers“ steht außer Zweifel. Die Anpassungsfähigkeit des „Käfers“ erlaubte es nicht nur, ihn in ein Militärfahrzeug zu verwandeln, sondern ihn auch für den Entwurf von Prototypen von Kleinlast- und Lieferwagen, Campingwagen und sogar Krankenwagen und Feuerwehrfahrzeugen abzuändern. Er inspirierte die Kreativität anderer Ingenieure wie Karmann, Hebmüller oder Rometsch, die kühne Abwandlungen des Ursprungsmodells entworfen haben, die sehr berühmt wurden (K. Seume und B. Shall, *Volkswagen Beetle — Coachbuilts and cabriolets 1940-1960*, Bay View Books Ltd., Devon, 1993, S. 70 ff.). Ein weiterer Beweis für die Anpassungsfähigkeit des Volkswagens ist das Modell, das auf persönliche Bestellung hin für den Kaiser von Abessinien, Haile Selassie I (der in Äthiopien von 1930 bis 1974 herrschte) hergestellt wurde und mit Leopardenfell überzogene Sitze hatte (S. 10).

56 — N. Reich, *Mercado y derecho (Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*, spanische Fassung von Antoni Font, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, S. 284.

Gesetzgebers bedurft hätte, nicht aber der Beibehaltung der durch das streitige Gesetz eingeführten verstärkten Stellung der öffentlichen Hand.

des VW-Gesetzes folgen, mit einer zu weiten und wirklichkeitsfernen Argumentation zu rechtfertigen, die keine zwingenden Gründe des öffentlichen Interesses für sich in Anspruch nehmen kann, so dass sie zurückzuweisen ist.

101. Drittens ist nicht zu erkennen, warum der Schutz der Minderheiten auf der Unabsetzbarkeit der Großaktionäre beruhen sollte. Die streitigen Bestimmungen erbringen keine zusätzliche Sicherheit.

*C — Zur Verletzung von Art. 43 EG*

102. Schließlich müssen die Ziele der Industrie-, Wirtschafts- und Regionalpolitik außer Betracht bleiben<sup>57</sup>, da sie mit einer Norm nicht vereinbar sind, die für eine einzige Gesellschaft aufgestellt worden ist. Die deutsche Regierung verwechselt das Allgemeininteresse mit den Interessen des Landes Niedersachsen und ihren eigenen an einer guten Geschäftsentwicklung, die berechtigt und verständlich sind, wenn man die Größe des Unternehmens berücksichtigt, dessen Fabriken über das ganze Land verteilt sind und das sehr viele Arbeitnehmer beschäftigt. Jedenfalls ergibt sich aus dem VW-Gesetz nicht — und wurde auch nicht bewiesen —, dass die beanstandeten Artikel gerade dazu dienen, diese Ziele besser zu erreichen.

104. Die Kommission hat zur Unvereinbarkeit des VW-Gesetzes mit Art. 43 EG keinen speziellen Vorwurf erhoben, ohne Zweifel, um sich an die Rechtsprechung zu halten, die diese Fälle dem freien Kapitalverkehr zuordnet.

103. Die deutsche Regierung versucht, die Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs, die aus den §§ 2 Abs. 1 sowie 4 Abs. 1 und 3

105. So heißt es in verschiedenen Urteilen, dass die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit in solchen Fällen unmittelbare Folge von Hindernissen für den freien Kapitalverkehr sind, mit denen sie untrennbar verbunden sind, so dass keine weitere Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit veranlasst ist, wenn ein Verstoß gegen Art. 56 Abs. 1 EG festgestellt worden ist.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> — Das Urteil vom 6. Juni 2000, Verkooijen (C-35/98, Slg. 2000, I-4071, Randnr. 48) hat ihnen keine Gültigkeit beigemessen.

<sup>58</sup> — Urteile Kommission/Spanien, Randnr. 86, und Kommission/Niederlande, Randnr. 43.

## **VI — Kosten**

106. Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs ist die unterliegende

Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Bundesrepublik Deutschland mit ihrem Vorbringen unterlegen ist und die Kommission beantragt hat, sie zur Tragung der Kosten zu verurteilen, sind ihr die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen.

## **VII — Ergebnis**

107. Nach allem schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 56 EG Abs. 1 verstoßen hat, dass sie § 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk GmbH in private Hand vom 21. Juli 1960 beibehalten hat;
2. der Bundesrepublik Deutschland die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.