

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS (Vierte Kammer)

22. Oktober 2009*

In der Rechtssache C-438/08

betreffend eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 226 EG, eingereicht am 3. Oktober 2008,

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch E. Traversa und M. Teles Romão als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Portugiesische Republik, vertreten durch L. Fernandes und A. Pereira de Miranda als Bevollmächtigte,

Beklagte,

* Verfahrenssprache: Portugiesisch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten der Dritten Kammer K. Lenaerts in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Vierten Kammer sowie der Richter E. Juhász, G. Arestis, J. Malenovský und T. von Danwitz (Berichterstatter),

Generalanwalt: Y. Bot,
Kanzler: R. Grass,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

Urteil

- 1 Mit ihrer Klage beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, festzustellen, dass die Republik Portugal dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 43 EG verstoßen hat, dass sie die Niederlassungsfreiheit von Organisationen aus anderen Mitgliedstaaten, die in Portugal Fahrzeuguntersuchungen durchführen möchten, beschränkt hat, indem sie namentlich die Erteilung einer Genehmigung hierfür vom öffentlichen Interesse abhängig gemacht, ein Mindestgesellschaftskapital von 100 000 Euro vorgeschrieben, den Gesellschaftszweck der Unternehmen begrenzt und Inkompatibilitätsvorschriften für deren Gesellschafter, Geschäftsführer und Verwalter erlassen hat.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

- 2 Der 33. Erwägungsgrund der Richtlinie 96/96/EG des Rates vom 20. Dezember 1996 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die technische Überwachung der Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeuganhänger (ABl. 1997, L 46, S. 1) lautet:

„...[D]ie in dieser Richtlinie vorgesehenen Gemeinschaftsmaßnahmen [sind] zur Erreichung des Ziels der Harmonisierung der Regeln für die technische Überwachung notwendig, um Wettbewerbsverzerrungen zwischen Verkehrsunternehmen zu vermeiden und um zu gewährleisten, dass die Fahrzeuge vorschriftsmäßig eingestellt und gewartet werden. ...“

- 3 Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 96/96 sieht vor:

„In jedem Mitgliedstaat sind die in diesem Staat zugelassenen Kraftfahrzeuge, Kraftfahrzeuganhänger und Sattelanhänger einer regelmäßigen technischen Überwachung entsprechend dieser Richtlinie ... zu unterziehen“.

- 4 Art. 2 der Richtlinie lautet:

„Die technische Überwachung nach dieser Richtlinie ist von staatlichen Stellen oder von staatlich entsprechend beauftragten öffentlichen Stellen oder von Organisationen oder Einrichtungen vorzunehmen, die vom Staat dafür bestimmt und unter seiner unmittelbaren Aufsicht tätig sind, einschließlich hierfür zugelassener privatwirt-

schaftlicher Organisationen. Sind die mit der technischen Überwachung beauftragten Einrichtungen gleichzeitig als Kraftfahrzeugreparaturwerkstätten tätig, so tragen die Mitgliedstaaten in besonderer Weise dafür Sorge, dass die Objektivität und eine hohe Qualität der Überwachung gewahrt sind.“

Nationales Recht

- 5 Art. 3 des Decreto-Lei (Gesetzesdekret) Nr. 550/99 vom 15. Dezember 1999 betreffend die Tätigkeit der technischen Untersuchung von Kraftfahrzeugen (im Folgenden: Decreto-Lei) lautet:

„1. Die Genehmigung zur Durchführung von Fahrzeuguntersuchungen wird inländischen und ausländischen juristischen Personen — letzteren sofern sie im Inland eine ordnungsgemäße Niederlassung haben — durch Entscheidung des Innenministers auf Vorschlag der Generaldirektion für den Straßenverkehr erteilt.

2. Die Generaldirektion für den Straßenverkehr kann einen Vorschlag im Sinne des vorstehenden Absatzes nur machen, wenn das öffentliche Interesse an der Durchführung von Untersuchungen die Erteilung der genannten Genehmigung rechtfertigt.“

- 6 Die Generaldirektion für den Straßenverkehr existiert mittlerweile nicht mehr; ihre Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Fahrzeuguntersuchungen sind dem Öffentlichen Institut für Mobilität und Straßentransporte übertragen worden.

7 Art. 6 des Decreto-Lei bestimmt:

„1. Einrichtungen werden als technisch, wirtschaftlich und finanziell leistungsfähig angesehen, wenn sie eine Studie vorlegen können, die ihre Rentabilität beweist, und über die erforderlichen Mittel für die Eröffnung und den ordnungsgemäßen Betrieb der Untersuchungszentren verfügen.

2. Umfang und Gliederung der Studie sowie die Kriterien für die in Absatz 1 genannte finanzielle Leistungsfähigkeit werden durch Erlass des Innenministers festgelegt.“

8 Auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 erging der Erlass Nr. 1165/2000 vom 9. Dezember 2000 zur Regelung der öffentlichen Ausschreibungen für die Errichtung von Untersuchungszentren für Kraftfahrzeuge (im Folgenden: Erlass Nr. 1165/200), dessen erster Absatz bestimmt:

„Die Genehmigung für die Durchführung von Fahrzeuguntersuchungen hängt von dem Nachweis der technischen, wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit gemäß den Art. 4 und 6 des Decreto-Lei Nr. 550/99 vom 15. Dezember 1999 ab, der vom Betroffenen durch folgende Belege geführt werden kann:

...

e) ein Dokument, das belegt, dass der Betreffende über ein Mindestgesellschaftskapital von 100 000 Euro oder einen entsprechenden Betrag in Escudos verfügt ...“

9 Art. 7 des Decreto-Lei sieht vor:

„Die Genehmigung zur Durchführung von Fahrzeuguntersuchungen ist zu versagen, wenn einer der folgenden Fälle auf die Organisation zutrifft:

- a) Ihr Gesellschaftszweck ist nicht auf die Durchführung von Fahrzeuguntersuchungen beschränkt;
- b) ihre Gesellschafter, Geschäftsführer oder Verwalter widmen sich der Herstellung, Instandsetzung, Vermietung, Einfuhr oder Vermarktung von Fahrzeugen, Fahrzeugbestandteilen oder -zubehör oder üben eine Beförderungstätigkeit aus.“

Vorverfahren

10 Da die Kommission der Ansicht war, dass die Vereinbarkeit der nationalen Regelung über die Voraussetzungen für die Genehmigung zur Durchführung von Fahrzeuguntersuchungen im Hinblick auf den in Art. 43 EG verankerten Grundsatz der Niederlassungsfreiheit fraglich sei, beschloss sie, das in Art. 226 EG vorgesehene Verfahren einzuleiten, und übersandte der Portugiesischen Republik am 18. Oktober 2005 ein Mahnschreiben.

11 Nach einer Fristverlängerung für die Antwort bis zum 18. Februar 2006 äußerte sich die Portugiesische Republik mit Schreiben vom 25. April 2006. Da die Kommission nach dieser Antwort immer noch der Auffassung war, dass die fragliche Regelung mit Art. 43 EG nicht in Einklang stehe, übersandte sie der Portugiesischen Republik am 15. Dezember 2006 eine mit Gründen versehene Stellungnahme und forderte sie auf, binnen zwei Monaten ab Erhalt dieser Stellungnahme die Maßnahmen zu treffen, die erforderlich seien, um dieser Stellungnahme nachzukommen.

- 12 Die Portugiesische Republik antwortete auf diese mit Gründen versehene Stellungnahme zunächst mit Schreiben vom 29. Januar 2007 und wies darauf hin, dass ein Gesetzesentwurf zur Änderung des Decreto-Lei erarbeitet worden sei, um die beanstandeten Bestimmungen aufzuheben. Mit Schreiben vom 11. Januar 2008 bekräftigte die Portugiesische Republik, dass das Verfahren zur Gesetzesänderung vor Ende Januar 2008 beendet sein müsste, und erklärte schließlich mit Schreiben vom 19. Mai 2008, dass es gerade abgeschlossen werde. Da für die Kommission nicht feststellbar war, dass sämtliche Maßnahmen getroffen worden waren, um die fragliche nationale Regelung mit Art. 43 EG in Einklang zu bringen, hat sie beschlossen, die vorliegende Klage zu erheben.

Zur Klage

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 13 Die Kommission ist zunächst der Ansicht, dass die Ausnahmenvorschrift in Art. 45 Abs. 1 EG, die die Portugiesische Republik geltend mache, um darzutun, dass ihre Regelung mit Art. 43 EG vereinbar sei, im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei.
- 14 Zum einen könne die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt begründete Ausnahme nur in Verbindung mit diskriminierenden Maßnahmen geltend gemacht werden. Die fraglichen Genehmigungsvorschriften gälten aber ausdrücklich sowohl für inländische als auch für ausländische Organisationen. Zum anderen müsse diese Ausnahme eng ausgelegt und ihre Anwendung auf Tätigkeiten beschränkt werden, die an sich unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien.
- 15 Die Portugiesische Republik habe in ihrer Antwort auf das Mahnschreiben bestätigt, dass die Fahrzeuguntersuchungen eine wirtschaftliche Tätigkeit seien und die Haftung der Untersuchungszentren für Schäden, die während oder infolge einer Untersuchung verursacht würden, zum Privatrecht gehöre. Die Erteilung einer Untersuchungsbescheinigung oder einer Plakette stelle keinen Beweis für die Ausübung öffentlicher Gewalt dar. Die Möglichkeit, wegen Verstoßes gegen die Vorschriften über die

Fahrzeuguntersuchung Sanktionen zu verhängen, sei ebenfalls nicht relevant. Denn die Verhängung derartiger Sanktionen falle allein in die Zuständigkeit der Polizei- oder Justizbehörden, da den Untersuchungsstellen keine Zwangsbefugnisse verliehen seien.

- 16 Die Kommission macht folglich geltend, dass die Voraussetzungen für eine Genehmigung zur Durchführung von Fahrzeuguntersuchungen eine mit Art. 43 EG unvereinbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellten. Erstens liege die Erteilung neuer Genehmigungen, da sie nach Art. 3 Abs. 2 des Decreto-Lei ein öffentliches Interesse voraussetze, in Bezug auf die juristischen Personen aus anderen Mitgliedstaaten, die diese Tätigkeit in Portugal ausüben wollten, im Ermessen der zuständigen nationalen Behörden. Daher genüge diese Regelung nicht den in der Rechtsprechung des Gerichtshofes aufgestellten Voraussetzungen, denen zufolge ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung sich nur dann rechtfertigen lasse, wenn es auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhe, so dass der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen gesetzt seien.
- 17 Das Kriterium des öffentlichen Interesses lasse sich außerdem nicht mit dem Schutz der Straßenverkehrssicherheit rechtfertigen, zumal die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit nicht erfüllt sei. Da die fragliche nationale Regelung nicht die Arbeitsweise der Untersuchungszentren berücksichtige, könne sie die Verwirklichung dieses Ziels nicht gewährleisten. Außerdem gehe die Erteilung der Genehmigung anhand des unbestimmten Kriteriums des öffentlichen Interesses über dasjenige hinaus, was zur Erreichung des Ziels der Sicherheit des Straßenverkehrs erforderlich sei.
- 18 Zweitens macht die Kommission geltend, dass das in Art. 6 Abs. 1 des Decreto-Lei in Verbindung mit Abs. 1 Buchst. e des Erlasses Nr. 1165/2000 vorgesehene Erfordernis eines Mindestgesellschaftskapitals von 100 000 Euro nach dem Urteil vom 29. April 2004, Kommission/Portugal (C-171/02, Slg. 2004, I-5645, Randnr. 54), einen Wirtschaftsteilnehmer der Gemeinschaft, der über ein geringeres Gesellschaftskapital verfüge, daran hindere, sich in Portugal niederzulassen. Außerdem sei das Vorbringen der Portugiesischen Republik, dieses Erfordernis solle die Zahlungsfähigkeit der zugelassenen Organisationen sicherstellen, nicht stichhaltig. Denn es gebe weniger beschränkende Mittel des Gläubigerschutzes, wie etwa die Stellung einer Garantie oder den Abschluss eines Versicherungsvertrags (Urteil Kommission/Portugal, Randnr. 55).

- 19 Drittens sei Art. 7 Buchst. a des Decreto-Lei, der den Gesellschaftszweck der Unternehmen, die Fahrzeuguntersuchungen durchführten, auf diese Tätigkeit beschränke, auch nicht mit Art. 43 EG vereinbar. Wirtschaftsteilnehmer, die rechtmäßig in dem Mitgliedstaat ihrer Niederlassung andere Dienstleistungen erbrächten, seien nämlich, um ihre Tätigkeit in Portugal ausüben zu können, gezwungen, den Unternehmensgegenstand, ja womöglich sogar ihre betriebsinterne Struktur zu ändern. Das Ziel der Sicherheit des Straßenverkehrs könne hierfür nicht angeführt werden, da die fragliche Bestimmung zur Erreichung dieses Ziels nicht geeignet sei und die Qualität der Untersuchungen durch Qualitätskontrollverfahren sichergestellt werden könne. Was schließlich das Ziel angeht, betrügerische Untersuchungen auf ein Mindestmaß zu reduzieren, weist die Kommission darauf hin, dass sich der betrügerische Charakter der Untersuchungen nicht einfach vermuten lasse, wenn damit in Verbindung stehende Tätigkeiten ausgeübt würden. Außerdem bestehe die Gefahr betrügerischer Untersuchungen nicht im Fall mit der Fahrzeuguntersuchung nicht zusammenhängender Tätigkeiten. Im Übrigen seien weniger beschränkende Maßnahmen vorstellbar.
- 20 Viertens trägt die Kommission vor, dass die Inkompatibilitätsvorschriften, denen die Gesellschafter, Geschäftsführer und Verwalter von Einrichtungen zur Fahrzeuguntersuchung gemäß Art. 7 Buchst. b des Decreto-Lei unterlägen, ähnlich beschränkende Auswirkungen haben könnten, da sie die Wirtschaftsteilnehmer, die bereits in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig niedergelassen seien und sich dort anderen Tätigkeiten widmeten, dazu zwängen, die unternehmensinterne Struktur zu ändern, sich von Gesellschaftern zu trennen oder inkompatible Tätigkeiten aufzugeben. Derartige Vorschriften seien ferner gegenüber den geltend gemachten Zielen der Verkehrssicherheit, der Objektivität der Prüfungen und der Verhütung von Betrügereien nicht verhältnismäßig. Es stünden weniger einschneidende Lösungen zur Verfügung, wie etwa die Verpflichtung, Fahrzeuge im Zusammenhang mit verwandten Tätigkeiten der Gesellschafter, Geschäftsführer oder Verwalter des Unternehmens durch ein anderes Unternehmen untersuchen zu lassen oder umgekehrt nach einem negativen Untersuchungsergebnis die Reparaturen durch eine unabhängige Einrichtung durchführen zu lassen, das Verbot, die Fahrzeuge der Geschäftsleitung und des Unternehmens oder deren Angehöriger zu überprüfen, die systematische Kontrolle der Einrichtungen oder auch die Schaffung eines Systems zivilrechtlicher oder strafrechtlicher Sanktionen.
- 21 Die Portugiesische Republik trägt vor, dass die Tätigkeit der technischen Untersuchung von Fahrzeugen wohl unbestreitbar dem öffentlichen Interesse der Verkehrssicherheit diene. Diese Tätigkeit sei eine originäre Befugnis des Staates, der sich dabei aber privatwirtschaftlicher Organisationen bedienen könne, was Art. 2 der Richtlinie 96/96 bestätige. In der Übertragung auf derartige Organisationen liege allerdings keinesfalls eine materielle Privatisierung dieser originären staatlichen Aufgabe. Die streitigen

Kriterien seien durch das Erfordernis einer spezifischen Kontrolle des Staates gegenüber den privatwirtschaftlichen Wirtschaftsteilnehmern, denen die Ausübung dieser Tätigkeit durch Beleihung erlaubt worden sei, gerechtfertigt.

- 22 Diese beliebigen privatwirtschaftlichen Organisationen übten hoheitliche Gewalt aus. Theoretisch gebe es zwei Möglichkeiten, die fragliche Tätigkeit durchzuführen. Entweder nähmen privatwirtschaftliche Organisationen als vorbereitende Handlung die Untersuchung vor, über die dann die Behörde eine Bescheinigung erteile, oder Untersuchung und Bescheinigung würden einer privatwirtschaftlichen Organisation unter behördlicher Aufsicht übertragen. Nach dem portugiesischen System werde das Untersuchungsverfahren, das eine rein vorbereitende Funktion habe, mit der Entscheidung abgeschlossen, die Übereinstimmung des Fahrzeugs mit den geltenden Normen zu bescheinigen oder nicht, ohne dass hierbei die Verwaltungsbehörde in Erscheinung trete. Diese Entscheidungen seien wegen ihrer Auswirkungen auf die Rechtssphäre des Fahrzeugeigentümers mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden.
- 23 Folglich sei die Tätigkeit der Fahrzeuguntersuchung unmittelbar mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden. Selbst wenn die fraglichen Vorschriften mit Art. 43 EG unvereinbar sein sollten, seien sie daher nach Art 45 Abs. 1 EG gerechtfertigt.
- 24 Jedenfalls trägt die Portugiesische Republik vor, sie habe ein Verfahren zur Änderung des Decreto-Lei eingeleitet, das im Kern darauf abziele, das System der vorherigen Genehmigung durch ein System von Zulassungen zu ersetzen, die im Wege von Auswahlverfahren vergeben würden. Mit Erlass und Verkündung dieser neuen Vorschriften, die ursprünglich zum Ende des ersten Quartals 2009, dann, wie in der Gegenerwiderung angegeben, für den Monat Juli 2009 vorgesehen gewesen seien, würden die Bedingungen für eine Genehmigung gemäß dem Decreto-Lei und die etwaigen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufgehoben.

Würdigung durch den Gerichtshof

Zum Vorliegen einer Beschränkung

- 25 Die Kommission wirft der Portugiesischen Republik im Kern vor, privaten Wirtschaftsteilnehmern, die in Portugal Fahrzeuguntersuchungen durchführen möchten, Zugangsregeln für diese Tätigkeit aufzuerlegen, die mit Art. 43 EG unvereinbar sind.
- 26 Eingangs ist festzustellen, dass die Richtlinie 96/96 nach ihrem 33. Erwägungsgrund das Ziel einer Harmonisierung der Regeln für die technische Überwachung von Fahrzeugen anstrebt, indem sie, wie in ihrem Art. 1 Abs. 2 angegeben, die Fahrzeuggruppen, die der technischen Überwachung unterliegen, die Zeitabstände der Untersuchungen und die Punkte, die geprüft werden müssen, bestimmt. Die Richtlinie enthält allerdings keine Vorschrift über die Regelung des Zugangs zur Tätigkeit der Untersuchung von Fahrzeugen.
- 27 Auf einem Gebiet, das auf Gemeinschaftsebene nicht vollständig harmonisiert ist, bleiben die Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich befugt, die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeiten auf diesem Gebiet festzulegen, sie müssen jedoch ihre Befugnisse unter Beachtung der durch den EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten ausüben (vgl. Urteile vom 29. November 2007, Kommission/Österreich, C-393/05, Slg. 2007, I-10195, Randnr. 29, und Kommission/Deutschland, C-404/05, Slg. 2007, I-10239, Randnr. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 28 Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob eine nationale Regelung, die bestimmte Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung zur Durchführung von Fahrzeuguntersuchungen aufstellt, indem sie namentlich die Erteilung der behördlichen Genehmigung vom öffentlichen Interesse abhängig macht, für die Unternehmen, die sich auf diesem Markt niederlassen wollen, ein Mindestgesellschaftskapital von 100 000 Euro vorschreibt, den Gesellschaftszweck dieser Unternehmen begrenzt und Inkompatibilitätsvorschriften für deren Gesellschafter, Geschäftsführer und Verwalter erlassen hat, mit Art. 43 EG vereinbar ist.

- 29 Nach ständiger Rechtsprechung sind als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit alle Maßnahmen anzusehen, die die Ausübung dieser Freiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen (vgl. u. a. Urteile vom 17. Oktober 2002, Payroll u. a., C-79/01, Slg. 2002, I-8923, Randnr. 26, vom 5. Oktober 2004, CaixaBank France, C-442/02, Slg. 2004, I-8961, Randnr. 11, und vom 23. Oktober 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, C-157/07, Slg. 2008, I-8061, Randnr. 30).
- 30 Selbst wenn die in der portugiesischen Regelung vorgesehenen Anforderungen in gleicher Weise sowohl für die in Portugal niedergelassenen als auch für die aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Wirtschaftsteilnehmer gelten, können sie die Wirtschaftsteilnehmer, die nicht den dort festgelegten Kriterien genügen, doch daran hindern, sich in Portugal niederzulassen, um dort die Tätigkeit der Fahrzeuguntersuchung auszuüben. Insbesondere das Kriterium des öffentlichen Interesses, von dem die Erteilung der fraglichen behördlichen Genehmigung abhängt, kann, wie die Kommission unterstreicht, einer willkürlichen Ermessensausübung der zuständigen Behörden Vorschub leisten, da es ihnen ermöglicht, diese Genehmigung bestimmten interessierten Wirtschaftsteilnehmern zu versagen, obwohl diese die übrigen in der Regelung festgelegten Voraussetzungen erfüllen.
- 31 Somit behindern die streitigen Voraussetzungen in der portugiesischen Regelung für den Zugang zur Tätigkeit der technischen Untersuchung von Fahrzeugen die Niederlassungsfreiheit.

Zur Anwendbarkeit von Art. 45 Abs. 1 EG

- 32 Die Portugiesische Republik, die den beschränkenden Charakter der fraglichen Regelung nicht substantiiert bestreitet, macht geltend, dass die Untersuchung von Fahrzeugen eine Tätigkeit sei, „die [im Sinne von Art. 45 EG] mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden“ sei und daher außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 43 EG liege. Hierzu macht die Kommission geltend, dass es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handle, die nicht unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei, und Art. 45 EG lediglich für diskriminierende Maßnahmen gelte.

- 33 Zu diesem letztgenannten Argument ist jedoch festzustellen, wie in Randnr. 29 des vorliegenden Urteils erwähnt, dass Art. 43 EG nach ständiger Rechtsprechung nicht nur ein Diskriminierungsverbot enthält, sondern auch sämtliche Beschränkungen untersagt, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit weniger attraktiv machen. Da Art. 45 EG eine allgemeine Ausnahmeklausel zum Grundsatz der Niederlassungsfreiheit in Art. 43 EG enthält, lässt sich seine Anwendung folglich nicht allein auf diskriminierende Maßnahmen beschränken. Somit kann diesem Argument der Kommission nicht gefolgt werden.
- 34 Allerdings ist zu beachten, dass Art. 45 EG als Ausnahme von der Grundregel der Niederlassungsfreiheit so auszulegen ist, dass sich seine Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist (vgl. u. a. Urteile vom 15. März 1988, *Kommission/Griechenland*, 147/86, Slg. 1988, 1637, Randnr. 7, vom 29. Oktober 1998, *Kommission/Spanien*, C-114/97, Slg. 1998, I-6717, Randnr. 34, und *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Slg. 1998, I-2941, Randnr. 45).
- 35 Ebenso steht fest, dass bei der Beurteilung der in Art. 45 EG vorgesehenen Ausnahmen von der Niederlassungsfreiheit berücksichtigt werden muss, dass diesen Ausnahmen von der genannten Freiheit durch diesen Artikel gemeinschaftsrechtliche Grenzen gesetzt sind (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 21. Juni 1974, *Reyners*, 2/74, Slg. 1974, 631, Randnr. 50, und *Kommission/Griechenland*, Randnr. 8).
- 36 Mithin muss sich die in diesem Artikel vorgesehene Ausnahmeregelung nach ständiger Rechtsprechung auf Tätigkeiten beschränken, die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (vgl. Urteile *Reyners*, Randnr. 45, vom 13. Juli 1993, *Thijssen*, C-42/92, Slg. 1993, I-4047, Randnr. 8, und vom 31. Mai 2001, *Kommission/Italien*, C-283/99, Slg. 2001, I-4363, Randnr. 20); dies schließt aus, dass reine Hilfs- und Vorbereitungsfunktionen gegenüber einer Einrichtung, die durch den Erlass der abschließenden Entscheidung tatsächlich öffentliche Gewalt ausübt, als im Sinne der genannten Ausnahme „mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden“ angesehen werden (Urteile *Thijssen*, Randnr. 22, *Kommission/Österreich*, Randnr. 36, und *Kommission/Deutschland*, Randnr. 38).

- 37 Der Gerichtshof hat weiter den Unterschied zwischen Tätigkeiten privatwirtschaftlicher Organisationen, die reine Vorbereitungsfunktionen haben, und Tätigkeiten, die unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, dahin gehend verdeutlicht, dass selbst dann, wenn die privatwirtschaftlichen Organisationen hoheitliche Befugnisse wahrnehmen, indem sie die Konsequenzen aus den von ihnen durchgeführten Kontrollen ziehen, eine Berufung auf Art. 45 EG nicht möglich ist, wenn die anwendbare Regelung eine Kontrolle dieser privatwirtschaftlichen Organisationen durch die zuständige Behörde vorsieht (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Österreich, Randnr. 41, und Kommission/Deutschland, Randnr. 43). Der Gerichtshof hat nämlich festgestellt, dass eine Tätigkeit privatwirtschaftlicher Organisationen unter der aktiven Überwachung der zuständigen Behörde, die letztlich für die Kontrollen und Entscheidungen der genannten Organisationen die Verantwortung trägt, nicht als „unmittelbare und spezifische Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne von Art. 45 EG angesehen werden kann (Urteile Kommission/Österreich, Randnr. 42, und Kommission/Deutschland, Randnr. 44).
- 38 Laut den Angaben in der Klageschrift und der Klagebeantwortung fällt die technische Überwachung von Fahrzeugen in Portugal in die Zuständigkeit einer öffentlichen Einrichtung, des Öffentlichen Instituts für Mobilität und Straßentransporte, die sich bei der Durchführung dieser Überwachung aber privatwirtschaftlicher Organisationen bedienen kann. Die Entscheidung, ob bescheinigt werden kann, dass ein Fahrzeug den technischen Normen entspricht, wird von der privatwirtschaftlichen Organisation getroffen, die mit der Fahrzeuguntersuchung betraut ist, ohne dass hierbei die Verwaltungsbehörde in Erscheinung träte.
- 39 Wie außerdem aus der Klagebeantwortung hervorgeht, läuft die Tätigkeit der mit der Fahrzeuguntersuchung betrauten Einrichtungen in zwei Phasen ab. In einer ersten Phase besteht diese Tätigkeit darin, technische Besichtigungen vorzunehmen, d. h. zu prüfen, ob die untersuchten Fahrzeuge den geltenden technischen Normen entsprechen, und einen Prüfbericht zu verfassen, in dem die Einzelheiten der durchgeführten Tests und die Ergebnisse festgehalten werden. In einer zweiten Phase umfasst diese Tätigkeit die Bescheinigung der durchgeführten Kontrolle durch Anbringung einer Plakette auf dem Fahrzeug oder andernfalls die Versagung einer derartigen Bescheinigung.
- 40 Die zur ersten Phase gehörenden Aufgaben sind ausschließlich technischer Natur und haben somit ihrer Art nach keinen Bezug zur Ausübung öffentlicher Gewalt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 5. Dezember 1989, Kommission/Italien, C-3/88, Slg. 1989, 4035, Randnr. 13). Die zweite Phase, die sich auf die Bescheinigung der technischen

Überprüfung bezieht, umfasst demgegenüber die Ausübung von hoheitlichen Befugnissen, da es darum geht, die rechtlichen Folgen aus der technischen Besichtigung zu ziehen.

- 41 Hierbei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der Bescheinigung der technischen Überprüfung, die im Wesentlichen nur das Protokoll über die Ergebnisse der technischen Besichtigung umsetzt, zum einen der Entscheidungsautonomie entbehrt, die der Ausübung hoheitlicher Befugnisse eigen ist, und zum anderen im Rahmen einer unmittelbaren staatlichen Aufsicht ergeht.
- 42 Aus Art. 2 der Richtlinie 96/96 geht nämlich hervor, dass ein Mitgliedstaat, der die Verwaltung der technischen Überwachungseinrichtungen privatwirtschaftlichen Organisationen anvertraut, trotzdem weiterhin eine unmittelbare Aufsicht über diese ausübt.
- 43 Nach Art. 2 Satz 1 hat nämlich der Mitgliedstaat die zuständigen Einrichtungen zu bezeichnen, ein Zulassungsverfahren vorzusehen und diese Einrichtungen einer unmittelbaren Aufsicht zu unterwerfen. Nach Art. 2 Satz 2, der die Vorsichtsmaßnahmen im Fall von Interessenkonflikten zwischen der Untersuchungstätigkeit und der Tätigkeit der Instandsetzung von Kraftfahrzeugen betrifft, müssen die Mitgliedstaaten in besonderer Weise dafür Sorge tragen, dass die Objektivität und eine hohe Qualität der Überwachung gewahrt sind. Wie sich aus dem Gebrauch der Wendung „in besonderer Weise“ ergibt, verpflichtet die Richtlinie 96/96 den Staat zu einer strikten Umsetzung dieser beiden konkreten qualitativen Ziele, nämlich Objektivität und hohe Qualität der technischen Überwachung von Fahrzeugen, im Fall eines solchen Interessenkonflikts, aber erst recht auch bei der Wahrnehmung seiner Aufgabe der Beaufsichtigung der mit der Fahrzeuguntersuchung beauftragten privaten Einrichtungen, die in Art. 2 Satz 1 Richtlinie 96/96 beschrieben wird.
- 44 Außerdem verfügen die mit der Fahrzeuguntersuchung betrauten privatwirtschaftlichen Organisationen, wie die Kommission — von der Portugiesischen Republik unwidersprochen — angemerkt hat, im Rahmen ihrer Tätigkeiten nicht über Zwangsbefugnisse, da die Sanktionen bei einem Verstoß gegen die Vorschriften über die Fahrzeuguntersuchung in die Zuständigkeit der Polizei- und Justizbehörden fallen.

- 45 Folglich fallen die im vorliegenden Fall in Rede stehenden Tätigkeiten der privatwirtschaftlichen Organisationen zur technischen Überwachung von Fahrzeugen nicht unter die in Art. 45 EG vorgesehene Ausnahme. Es ist daher zu prüfen, ob es für die von der portugiesischen Republik eingeführte Regelung über den Zugang zur Tätigkeit der Fahrzeuguntersuchung einen Rechtfertigungsgrund gibt.

Zum Vorliegen einer Rechtfertigung

- 46 Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nur zulässig, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Allerdings muss sie in diesem Fall geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 27. Oktober 2005, Kommission/Spanien, C-158/03, Randnr. 35, vom 28. April 2009, Kommission/Italien, C-518/06, Slg. 2009, I-3491, Randnr. 72, und vom 19. Mai 2009, Kommission/Italien, C-531/06, Slg. 2009, I-4103, Randnr. 49).
- 47 Insoweit obliegt den zuständigen nationalen Behörden der Nachweis, dass ihre Regelung zum einen erforderlich ist, um das verfolgte Ziel zu erreichen, und zum anderen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. März 2007, Kommission/Finnland, C-54/05, Slg. 2007, I-2473, Randnr. 39, und vom 20. September 2007, Kommission/Niederlande, C-297/05, Slg. 2007, I-7467, Randnr. 76).
- 48 Im vorliegenden Fall hat die Portugiesische Republik im Vorverfahren als Rechtfertigung das Erfordernis angeführt, die Sicherheit des Straßenverkehrs zu gewährleisten, die nach ständiger Rechtsprechung einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt (vgl. u. a. Urteile Kommission/Niederlande, Randnr. 77, und vom 10. Februar 2009, Kommission/Italien, C-110/05, Slg. 2009, I-519, Randnr. 60).

- 49 Jedoch ist festzustellen, dass sich die Portugiesische Republik im streitigen Verfahren nicht gegen die Ausführungen der Kommission zu diesem Punkt verteidigt hat und weder die Erforderlichkeit noch die Verhältnismäßigkeit der fraglichen Maßnahmen in Bezug auf das verfolgte Ziel nachgewiesen hat. Folglich können die streitigen Bestimmungen nicht als durch Gründe gerechtfertigt angesehen werden, die sich auf die Sicherheit des Straßenverkehrs beziehen.
- 50 Die Portugiesische Republik weist überdies darauf hin, sie habe ein Verfahren zur Neufassung des Decreto-Lei eingeleitet, das im Juli 2009 zum Abschluss gebracht werden sollen, um den technischen und rechtlichen Rahmen der Tätigkeit der Fahrzeuguntersuchung neu festzulegen und die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, die sich aus dem geltenden System ergäben, zu beseitigen.
- 51 Nach ständiger Rechtsprechung sind jedoch die Änderungen nationaler Rechtsvorschriften für die Entscheidung über den Gegenstand einer Vertragsverletzungsklage ohne Belang, wenn sie nicht vor Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist ergangen sind (vgl. u. a. Urteile vom 2. Juli 1996, Kommission/Belgien, C-173/94, Slg. 1996, I-3265, Randnr. 16, und vom 20. November 2008, Kommission/Irland, C-66/06, Randnr. 91). Die Portugiesische Republik kann sich somit nicht auf die Änderungen von Rechtsvorschriften berufen, die nach diesem Zeitpunkt erfolgt sind.
- 52 Daher ist die von der Kommission erhobene Klage als begründet anzusehen.
- 53 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist festzustellen, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 43 EG verstoßen hat, dass sie die Niederlassungsfreiheit von Organisationen aus anderen Mitgliedstaaten, die in Portugal Fahrzeuguntersuchungen durchführen möchten, beschränkt hat, nämlich indem sie die Erteilung einer Genehmigung vom öffentlichen Interesse abhängig gemacht, ein Mindestgesellschaftskapital von 100 000 Euro vorgeschrieben, den Gesellschaftszweck der Unternehmen begrenzt und Inkompatibilitätsvorschriften für deren Gesellschafter, Geschäftsführer und Verwalter erlassen hat.

Kosten

54 Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Portugiesische Republik mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr auf Antrag der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Vierte Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Die Portugiesische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 43 EG verstoßen, dass sie die Niederlassungsfreiheit von Organisationen aus anderen Mitgliedstaaten, die in Portugal Fahrzeuguntersuchungen durchführen möchten, beschränkt hat, nämlich indem sie die Erteilung einer Genehmigung vom öffentlichen Interesse abhängig gemacht, ein Mindestgesellschaftskapital von 100 000 Euro vorgeschrieben, den Geschäftszweck der Unternehmen begrenzt und Inkompatibilitätsvorschriften für deren Gesellschafter, Geschäftsführer und Verwalter erlassen hat.**
- 2. Die Portugiesische Republik trägt die Kosten.**

Unterschriften