



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
vom 21. November 2018¹

Rechtssache C-563/17

**Associação Peço a Palavra,
João Carlos Constantino Pereira Osório,
Maria Clara Marques Pires Sarmento Franco,
Sofia da Silva Santos Arauz,
Maria João Galhardas Fitas**

gegen

Conselho de Ministros,

Streithelfer:

**PARPÚBLICA – Participações Públicas, SGPS, SA,
TAP, SGPS, SA**

(Vorabentscheidungsersuchen des Supremo Tribunal Administrativo [Oberster
Verwaltungsgerichtshof, Portugal])

„Vorabentscheidungsersuchen – Niederlassungsfreiheit – Luftfahrtunternehmen –
Reprivatisierungsverfahren – Anforderungen – Verpflichtung zum Verbleib des Sitzes und der
tatsächlichen Leitung – Gemeinwohlverpflichtungen – Verpflichtung zum Erhalt der
nationalen Operationsbasis“

1. Das Supremo Tribunal Administrativo (Oberster Verwaltungsgerichtshof, Portugal) befasst den Gerichtshof mit Zweifeln an der Vereinbarkeit einiger Anforderungen im Lastenheft des im Jahr 2015 durchgeführten Verfahrens zur Privatisierung des Unternehmens „TAP – Transportes Aéreos Portugueses, S.A.“ (im Folgenden: TAP SA) mit dem Unionsrecht.
2. Konkret betreffen diese Anforderungen die Verpflichtung, den Sitz und die tatsächliche Leitung des Unternehmens in Portugal zu belassen, die Befähigung zur Übernahme der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen sowie die Verpflichtung zum Erhalt und zur Fortentwicklung der nationalen Operationsbasis.
3. Zur Beseitigung der Zweifel des vorlegenden Gerichts ist vor allem zu klären, ob auf diese Rechtssache die Richtlinie 2006/123/EG² oder die Verordnung (EG) Nr. 1008/2008³ anzuwenden ist. Anschließend wird zu prüfen sein, ob es sich bei der möglicherweise betroffenen Freiheit um die Niederlassungsfreiheit, den freien Dienstleistungsverkehr oder den freien Kapitalverkehr handelt und ob die Anforderungen im Lastenheft damit vereinbar sind.

¹ Originalsprache: Spanisch.

² Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. 2006, L 376, S. 36).

³ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (ABl. 2008, L 293, S. 3).

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

1. Richtlinie 2006/123

4. Nach dem 21. Erwägungsgrund sollten „Verkehrsdienstleistungen, einschließlich des Personennahverkehrs, Taxis und Krankenwagen sowie Hafendienste, ... vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen sein“.

5. Gemäß Art. 1 Abs. 2 betrifft die Richtlinie „weder die Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die öffentlichen oder privaten Einrichtungen vorbehalten sind, noch die Privatisierung öffentlicher Einrichtungen, die Dienstleistungen erbringen“.

6. Art. 2 Abs. 2 Buchst. d bestimmt, dass die Richtlinie auf „Verkehrsdienstleistungen einschließlich Hafendienste, die in den Anwendungsbereich von Titel V des Vertrags fallen“, keine Anwendung findet.

7. Kapitel IV („Freier Dienstleistungsverkehr“) enthält in Abschnitt 1 („Dienstleistungsfreiheit und damit zusammenhängende Ausnahmen“) zwei Bestimmungen, die einerseits das Recht der Dienstleistungserbringer, Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ihrer Niederlassung zu erbringen, gewährleisten (Art. 16) und andererseits bestimmte Ausnahmen von diesem Recht vorsehen (Art. 17).

2. Verordnung Nr. 1008/2008

8. In den Erwägungsgründen 10 bis 12 heißt es:

„(10) Um den Luftverkehrsbinnenmarkt zu vollenden, sollten noch bestehende Beschränkungen, die zwischen Mitgliedstaaten angewendet werden, etwa Beschränkungen beim Code-Sharing auf Strecken nach Drittländern oder bei der Preisfestsetzung auf Strecken nach Drittländern mit einer Zwischenlandung in einem anderen Mitgliedstaat ..., aufgehoben werden.

(11) Um die besonderen Merkmale und Zwänge der Gebiete in äußerster Randlage zu berücksichtigen, insbesondere die Faktoren Abgelegenheit, Insellage und geringe Größe, und um der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, diese Gebiete angemessen mit den zentralen Gebieten der Gemeinschaft zu verbinden, können hinsichtlich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen für Strecken zu diesen Gebieten Sonderregelungen über die Laufzeit der Verträge gerechtfertigt sein.

(12) Die Bedingungen, unter denen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt werden können, sollten deutlich und eindeutig festgelegt werden, wobei die zugehörigen Ausschreibungsverfahren die Teilnahme einer ausreichenden Zahl von Wettbewerbern ermöglichen sollten. Die Kommission sollte in der Lage sein, so viele Informationen wie möglich einzuholen, um die wirtschaftliche Berechtigung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in Einzelfällen beurteilen zu können.“

9. Art. 2 enthält folgende Begriffsbestimmungen:

„1. ‚Betriebsgenehmigung‘ ist eine Genehmigung, die einem Unternehmen von der zuständigen Genehmigungsbehörde erteilt wird und das Unternehmen je nach den Angaben in der Genehmigung berechtigt, Flugdienste zu erbringen;

...

8. ‚Luftverkehrsbetreiberzeugnis (AOC)‘ ist ein einem Unternehmen ausgestelltes Zeugnis, in dem dem Luftverkehrsbetreiber bescheinigt wird, dass er über die fachliche Eignung und Organisation verfügt, um die Sicherheit des im Zeugnis genannten Betriebs gemäß den einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts oder gegebenenfalls des einzelstaatlichen Rechts zu gewährleisten;
9. ‚tatsächliche Kontrolle‘ ist eine Beziehung, die durch Rechte, Verträge oder andere Mittel, die einzeln oder zusammen und unter Berücksichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Umstände die Möglichkeit bieten, unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss auf ein Unternehmen auszuüben, begründet ist, insbesondere durch:
 - a) das Recht, die Gesamtheit oder Teile des Vermögens des Unternehmens zu nutzen;
 - b) Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, das Abstimmungsverhalten oder die Beschlüsse der Organe des Unternehmens oder in anderer Weise einen bestimmenden Einfluss auf die Führung der Unternehmensgeschäfte gewähren;
10. ‚Luftfahrtunternehmen‘ ist ein Unternehmen mit einer gültigen Betriebsgenehmigung oder einer gleichwertigen Genehmigung;
11. ‚Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft‘ ist ein Luftfahrtunternehmen mit einer gültigen Betriebsgenehmigung, die von einer zuständigen Genehmigungsbehörde gemäß Kapitel II erteilt wurde;

...

14. ‚Verkehrsrecht‘ ist das Recht, einen Flugdienst zwischen zwei Flughäfen der Gemeinschaft durchzuführen;

...

26. ‚Hauptgeschäftssitz‘ ist die Hauptverwaltung oder der eingetragene Sitz eines Luftfahrtunternehmens der Gemeinschaft in dem Mitgliedstaat, in dem die wichtigsten Finanzfunktionen und die betriebliche Kontrolle über das Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft, einschließlich der Leitungsaufgaben zur Aufrechterhaltung der Lufttüchtigkeit, ausgeübt werden.“

10. Art. 4 bestimmt:

„Einem Luftfahrtunternehmen wird von der zuständigen Genehmigungsbehörde eines Mitgliedstaats eine Betriebsgenehmigung erteilt, sofern

- a) sein Hauptgeschäftssitz sich in diesem Mitgliedstaat befindet;
- b) es Inhaber eines gültigen Luftverkehrsbetreiberzeugnisses (AOC) ist, das von einer nationalen Behörde desselben Mitgliedstaats ausgestellt wurde, dessen zuständige Genehmigungsbehörde für die Erteilung, Verweigerung, Widerrufung oder Aussetzung der Betriebsgenehmigung des Luftfahrtunternehmens der Gemeinschaft zuständig ist;

...

- f) Mitgliedstaaten und/oder Staatsangehörige von Mitgliedstaaten zu mehr als 50 % am Eigentum des Unternehmens beteiligt sind und es tatsächlich kontrollieren, entweder unmittelbar oder mittelbar über ein oder mehrere zwischengeschaltete Unternehmen, sofern nicht ein Abkommen mit einem Drittstaat, dem die Gemeinschaft als Vertragspartei angehört, etwas anderes bestimmt;

...“

11. Art. 8 sieht vor:

„(1) Betriebsgenehmigungen gelten so lange, wie das Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft den Anforderungen dieses Kapitels nachkommt.

Ein Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft muss der zuständigen Genehmigungsbehörde auf Verlangen jederzeit nachweisen können, dass es alle Anforderungen dieses Kapitels erfüllt.

...

- (5) Ein Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft meldet der zuständigen Genehmigungsbehörde

...

- b) im Voraus alle beabsichtigten Zusammenschlüsse oder Übernahmen ...

...

(7) Bei einer Änderung eines oder mehrerer Umstände, die sich auf die rechtlichen Gegebenheiten eines Luftfahrtunternehmens der Gemeinschaft auswirken, und insbesondere im Falle eines Unternehmenszusammenschlusses oder einer Unternehmensübernahme entscheidet die zuständige Genehmigungsbehörde in Bezug auf die Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft, denen sie eine Betriebsgenehmigung erteilt hat, ob die Betriebsgenehmigung erneut zur Genehmigung vorzulegen ist.

...“

12. Art. 15 lautet:

„(1) Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft sind berechtigt, innergemeinschaftliche Flugdienste durchzuführen.

(2) Die Mitgliedstaaten machen die Durchführung von innergemeinschaftlichen Flugdiensten durch ein Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft nicht von einer Zulassung oder Genehmigung abhängig. Die Mitgliedstaaten verlangen von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft keine Unterlagen oder Informationen, die diese bereits der zuständigen Genehmigungsbehörde vorgelegt haben, sofern die betreffenden Informationen rechtzeitig bei der zuständigen Genehmigungsbehörde eingeholt werden können.

...

(4) Unbeschadet der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft sind die Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft berechtigt, innergemeinschaftliche Flugdienste betrieblich zu verbinden und Code-Sharing-Vereinbarungen zu treffen.

Einschränkungen der Freiheit von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft, innergemeinschaftliche Flugdienste durchzuführen, die sich aus zweiseitigen Abkommen zwischen Mitgliedstaaten ergeben, werden hiermit aufgehoben.

(5) Ungeachtet der Bestimmungen zweiseitiger Abkommen zwischen Mitgliedstaaten und vorbehaltlich der für Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft wird es Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft von den betroffenen Mitgliedstaaten erlaubt, Flugdienste betrieblich zu verbinden und mit allen Luftfahrtunternehmen Code-Sharing-Vereinbarungen auf Flugdiensten nach, von oder über einen Flughafen in ihrem Hoheitsgebiet von oder nach jedem Ort in Drittländern einzugehen.

...“

13. Art. 16 bestimmt:

„(1) Nach Konsultationen mit den anderen betroffenen Mitgliedstaaten und nach Unterrichtung der Kommission, der betreffenden Flughäfen und der auf dieser Strecke tätigen Luftfahrtunternehmen kann ein Mitgliedstaat im Linienflugverkehr zwischen einem Flughafen in der Gemeinschaft und einem Flughafen, der ein Rand- oder ein Entwicklungsgebiet seines Hoheitsgebiets bedient, oder auf einer wenig frequentierten Strecke zu einem Flughafen seines Hoheitsgebiets gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen, insoweit die jeweilige Strecke für die wirtschaftliche und soziale Entwicklung des Gebiets, das der Flughafen bedient, als unabdingbar gilt. Diese Verpflichtungen werden nur auferlegt, soweit dies für die Mindestbedienung dieser Strecke im Linienflugverkehr erforderlich ist, die in Bezug auf Kontinuität, Regelmäßigkeit, Preisgestaltung oder Mindestkapazität festen Standards genügt, die Luftfahrtunternehmen unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht einhalten würden.

Die festen Standards für die Strecke, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegt, sind auf transparente und nichtdiskriminierende Weise festzulegen.

...

(4) Beabsichtigt ein Mitgliedstaat die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, so übermittelt er den Text der aufzuerlegenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen der Kommission, den anderen betroffenen Mitgliedstaaten, den betroffenen Flughäfen und den Luftfahrtunternehmen, die die betreffende Strecke bedienen.

Die Kommission veröffentlicht eine Bekanntmachung folgenden Inhalts im *Amtsblatt der Europäischen Union*:

- a) Angabe der beiden Flughäfen auf der betreffenden Strecke sowie möglicher Zwischenlandepunkte,
- b) Datum des Inkrafttretens der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und
- c) Angabe der vollständigen Adresse, bei der der Text und andere einschlägige Informationen und/oder Unterlagen im Zusammenhang mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unverzüglich und kostenlos von dem betroffenen Mitgliedstaat bereitgestellt werden.

...“

B. Nationales Recht

14. Mit dem Decreto-Lei Nr. 181-A/2014 vom 24. Dezember 2014⁴ billigte die portugiesische Regierung das Verfahren zur indirekten Reprivatisierung des Gesellschaftskapitals der TAP SA mittels eines *Referenzdirektverkaufs* von bis zu 61 % des Gesellschaftskapitals der „TAP – Transportes Aéreos Portugueses, SGPS, SA“ (im Folgenden: TAP SGPS) und eines an ihre Beschäftigten gerichteten Verkaufsangebots von bis zu 5 % des Gesellschaftskapitals der TAP SGPS. Daneben bestand eine Verkaufsoption zugunsten des Staates, der das verbleibende Kapital der TAP SGPS an den Erwerber im Referenzdirektverkauf veräußern und mit ihm ferner im Einklang mit dem Lastenheft der Transaktion eine Kaufoption vereinbaren kann.

15. Mit Beschluss Nr. 4-A/2015 vom 15. Januar 2015⁵ billigte der Ministerrat das Lastenheft für den Referenzdirektverkauf von Anteilen, die bis zu 61 % des Gesellschaftskapitals der TAP SGPS entsprechen.

16. Art. 1 des Lastenhefts bestimmt:

„(1) Das vorliegende Lastenheft regelt die Vorgaben und Bedingungen für den Referenzdirektverkauf von Anteilen am Gesellschaftskapital der [TAP SGPS], der im Rahmen des Verfahrens zur indirekten Reprivatisierung des Gesellschaftskapitals der [TAP SA] durchzuführen ist.

(2) Der Referenzdirektverkauf umfasst die Veräußerung mittels privater Verkaufsverhandlungen von einem oder mehreren unteilbaren Paketen von Anteilen am Gesellschaftskapital der [TAP SGPS] an einen oder mehrere einzelne oder zusammengeschlossene inländische oder ausländische Investoren.

(3) Der Referenzdirektverkauf der im vorstehenden Absatz genannten Anteile wird mit einem oder mehreren Bietern vorgenommen, die als Erwerber der Anteile ausgewählt werden, die Gegenstand des Direktverkaufs sind.

(4) Im Rahmen des Referenzdirektverkaufs werden die Anteile, die von dem ausgewählten Bieter oder den ausgewählten Bietern erworben werden, von der PARPÚBLICA – Participações Públicas (SGPS), SA [im Folgenden: Parpública] veräußert.“

17. Art. 5 des Lastenhefts nennt folgende „Auswahlkriterien“:

„a) der Beitrag zur Stärkung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der [TAP SGPS] und der [TAP SA] sowie ihrer Kapitalstruktur, insbesondere die Qualität des Kapitalisierungsplans und die Durchführung dieses Plans mittels neuer Aktiva und Mittel, was den Bieter betrifft, sowie die Bedingungen für die Zurverfügungstellung dieser Mittel in einer Weise, die zum dauerhaften Bestand und zur Wertsteigerung der Unternehmen sowie zur Steigerung ihrer Tätigkeit beiträgt, und ferner die Erhaltung des Wertes und des relativen Gewichts des verbleibenden vom Staat gehaltenen Kapitals und des Wertes der Verkaufsoption;

b) der Betrag, der für den Erwerb der Anteile am Gesellschaftskapital der [TAP SGPS], die Gegenstand des Referenzdirektverkaufs sind, geboten wird, insbesondere der Preis je Anteil, die Gesamteinnahmen, die Qualität und der Wert der Methoden und Formeln zur Verbesserung der Verkaufs- und Kaufoptionen und allgemein die Möglichkeit der Durchführung des Direktverkaufs mit Fristen, Zahlungsbedingungen und sonstigen Bestimmungen, die geeignet sind, die Vermögensinteressen des Staates zu wahren;

4 Diário da República, Reihe I, Nr. 248 vom 24. Dezember 2014.

5 Diário da República, Reihe I, Nr. 13 vom 20. Januar 2015.

- c) die Vorlage und Gewährleistung der Durchführung eines geeigneten und kohärenten strategischen Projekts mit Blick auf die Erhaltung und Förderung des Wachstums der [TAP SA] unter Beachtung der Erreichung der von der Regierung für das Reprivatisierungsverfahren aufgezeigten Ziele, die Förderung der Stärkung ihrer Wettbewerbsstellung als weltweit tätiges Luftverkehrsunternehmen auf den derzeitigen Märkten und auf neuen Märkten, die Wahrung der Unversehrtheit, der Unternehmensidentität und der Unabhängigkeit des TAP-Konzerns, insbesondere dadurch, dass die Marke TAP und deren Assoziierung mit Portugal erhalten bleibt und sichergestellt wird, dass der Sitz und die tatsächliche Leitung des TAP-Konzerns in Portugal verbleiben, der Beitrag zur Erhaltung und Entwicklung der operationellen und geschäftlichen Qualitäten des TAP-Konzerns und die Aufwertung und Entwicklung ihrer Humanressourcen;
- d) die Fähigkeit, die pünktliche und angemessene Erfüllung der der [TAP SA] obliegenden Gemeinwohlverpflichtungen zu gewährleisten, gegebenenfalls einschließlich hinsichtlich der Flugverbindungen zwischen den wichtigsten Flughäfen im Inland und in den autonomen Regionen, sowie die Kontinuität und Stärkung der Strecken sicherzustellen, die den autonomen Regionen, den im Ausland ansässigen portugiesischen Gemeinschaften und den Ländern und Gemeinschaften dienen, in denen Portugiesisch gesprochen wird oder Amtssprache ist;
- e) der Beitrag zum Wachstum der nationalen Wirtschaft, einschließlich in Bezug auf die Erhaltung und Fortentwicklung der derzeitigen nationalen Operationsbasis (*hub*) als Plattform von entscheidender strategischer Bedeutung in den Beziehungen zwischen Europa, Afrika und Lateinamerika;
- f) das Nichtvorliegen juristischer oder wirtschaftlicher und finanzieller Einschränkungen hinsichtlich der Durchführung des Referenzdirektverkaufs beim Bieter, insbesondere die Minimierung von Interessenkonflikten zwischen den Tätigkeiten des Bieters und den Tätigkeiten des TAP-Konzerns sowie die Reduzierung von Risiken für die Vermögensinteressen des Staates und die Verfolgung der Ziele in Bezug auf die in den vorstehenden Absätzen genannten Kriterien;
- g) die entsprechende technische und administrative Erfahrung im Bereich der Luftfahrt, die Eignung und finanzielle Kapazität sowie etwaige Garantien für die Erfüllung der in den vorstehenden Absätzen genannten Kriterien;
- h) die Übernahme von Verpflichtungen in Bezug auf die Stabilität der Beschäftigungsverhältnisse, insbesondere die ausdrückliche Zusage der Erfüllung der zwischen der Regierung, den Gewerkschaften und der [TAP SGPS] geschlossenen Übereinkunft nach den gesetzlichen und verfassungsmäßigen Vorgaben sowie die Beachtung aller geltenden Tarifverträge;
- i) der Beitrag zur Stärkung der Struktur und der Stabilität der Anteilseignerschaft an der [TAP SGPS] und der [TAP SA], insbesondere mittels der Einführung eines Gesellschaftsführungsmodells, das die besondere Natur der [TAP SGPS], die von der [TAP SA] ausgeübte Tätigkeit und die von der Regierung für das Reprivatisierungsverfahren vorgegebenen Ziele berücksichtigt.“

II. Sachverhalt

18. Die „Associação Peço a Palavra“ u. a. haben beim Supremo Tribunal Administrativo (Oberster Verwaltungsgerichtshof) eine Verwaltungsklage erhoben, mit der sie beantragen, das mit dem Beschluss Nr. 4-A/2015 des Ministerrats vom 15. Januar 2015 gebilligte Lastenheft für nichtig zu erklären.

19. Die Kläger sind der Ansicht, Art. 5 Buchst. c des Lastenhefts sei mit den Art. 49 und 54 AEUV unvereinbar, soweit er den Verbleib des Sitzes und der tatsächlichen Leitung des TAP-Konzerns verlange. Art. 5 Buchst. d und e des Lastenhefts verstießen zudem gegen die Art. 56 und 57 AEUV sowie die Art. 16 und 17 der Richtlinie 2006/123, da sie die Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen sowie den Erhalt und die Fortentwicklung der nationalen Operationsbasis verlangten.

III. Vorlagefragen

20. Vor diesem Hintergrund hat das Supremo Tribunal Administrativo (Oberster Verwaltungsgerichtshof, Portugal) folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist es nach dem Unionsrecht, insbesondere nach den Art. 49 und 54 AEUV und den darin niedergelegten Grundsätzen, zulässig, im Rahmen eines Verfahrens in Bezug auf das Verfahren zur indirekten Reprivatisierung des Gesellschaftskapitals einer im Luftverkehr tätigen staatlichen Gesellschaft in die Dokumente, die das erstgenannte Verfahren regeln, als Kriterium für die Auswahl der Kaufangebote der potenziellen Investoren und der Angebote im Rahmen des Vergabeverfahrens die Anforderung aufzunehmen, dass der Sitz und die tatsächliche Leitung dieser Gesellschaft in dem Mitgliedstaat verbleiben, in dem sie gegründet wurde?
2. Ist es nach dem Unionsrecht, insbesondere nach den Art. 56 und 57 AEUV und den darin niedergelegten Grundsätzen sowie den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit zulässig, im Rahmen eines Verfahrens in Bezug auf das Verfahren zur indirekten Reprivatisierung des Gesellschaftskapitals der genannten Gesellschaft in die Dokumente, die das erstgenannte Verfahren regeln, als Kriterium für die Auswahl der Kaufangebote der potenziellen Investoren und der Angebote im Rahmen des Vergabeverfahrens die Anforderung aufzunehmen, dass der Käufer die Gemeinwohlverpflichtungen erfüllt?
3. Ist es nach dem Unionsrecht, insbesondere nach den Art. 56 und 57 AEUV und den darin niedergelegten Grundsätzen zulässig, im Rahmen eines Verfahrens in Bezug auf das Verfahren zur indirekten Reprivatisierung des Gesellschaftskapitals der genannten Gesellschaft in die Dokumente, die das erstgenannte Verfahren regeln, als Kriterium für die Auswahl der Kaufangebote der potenziellen Investoren und der Angebote im Rahmen des Vergabeverfahrens die Anforderung aufzunehmen, dass der Käufer die derzeitige nationale Operationsbasis (*hub*) erhält und fortentwickelt?
4. Ist die Tätigkeit dieser Gesellschaft, deren Gesellschaftskapital im Rahmen des Reprivatisierungsverfahrens veräußert werden soll, angesichts der in Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123/EG in Bezug auf Verkehrsdienstleistungen vorgesehenen Ausnahme als Dienstleistung im Binnenmarkt anzusehen, die dieser Richtlinie unterliegt, und unterliegt demnach auch dieses Verfahren dieser Richtlinie?
5. Falls die Frage 4 bejaht wird: Ist es nach den Art. 16 und 17 dieser Richtlinie zulässig, im Rahmen eines Verfahrens in Bezug auf das Verfahren zur indirekten Reprivatisierung des Gesellschaftskapitals der genannten Gesellschaft in die Dokumente, die das erstgenannte Verfahren regeln, als Kriterium für die Auswahl der Kaufangebote der potenziellen Investoren und der Angebote im Rahmen des Vergabeverfahrens die Anforderung aufzunehmen, dass der Käufer die Gemeinwohlverpflichtungen erfüllt?
6. Falls die Frage 4 bejaht wird: Ist es nach den Art. 16 und 17 dieser Richtlinie zulässig, im Rahmen eines Verfahrens in Bezug auf das Verfahren zur indirekten Reprivatisierung des Gesellschaftskapitals der genannten Gesellschaft in die Dokumente, die das erstgenannte Verfahren

regeln, als Kriterium für die Auswahl der Kaufangebote der potenziellen Investoren und der Angebote im Rahmen des Vergabeverfahrens die Anforderung aufzunehmen, dass der Käufer die derzeitige nationale Operationsbasis (*hub*) erhält und fortentwickelt?

IV. Verfahren vor dem Gerichtshof und Standpunkte der Parteien

21. Die Vorlagefrage ist am 25. September 2017 beim Gerichtshof eingegangen. Parpública, die portugiesische, die italienische und die niederländische Regierung sowie die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht und auch an der mündlichen Verhandlung am 13. September 2018 teilgenommen.

22. Parpública meint, die erste Frage sei zu verneinen. Die Niederlassungsfreiheit werde durch die streitigen Anforderungen weder beschränkt noch eingeschränkt; jedenfalls sei eine Einschränkung gerechtfertigt. Zur zweiten und zur dritten Frage führt sie aus, die Art. 56 und 57 AEUV seien gemäß den Art. 58 Abs. 1, Art. 90 und Art. 100 Abs. 2 AEUV auf Dienstleistungen im Luftverkehr nicht anwendbar. Zur vierten Frage führt sie aus, in Anbetracht der in Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123 vorgesehenen Ausnahme könne die Tätigkeit der TAP nicht als Dienstleistung angesehen werden, die der Richtlinie unterliege. Die Beantwortung der fünften und der sechsten Frage erübrige sich daher.

23. Die portugiesische Regierung vertritt in Bezug auf die erste Frage die Ansicht, dass sich die Anforderung, auf die sie sich beziehe, aus der Regelung für Betriebsgenehmigungen der Verordnung Nr. 1008/2008 ergebe und keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit beinhalte, da sie auf potenzielle Investoren nicht angewandt werde. In Bezug auf die zweite und die dritte Frage teilt sie den Standpunkt von Parpública und führt aus, die Auswahlkriterien verstießen jedenfalls nicht gegen das abgeleitete Recht auf dem Gebiet der Dienstleistungen im Luftverkehr. Sie schließt sich ferner dem Standpunkt von Parpública zur vierten, zur fünften und zur sechsten Frage an und fügt hinzu, dass die Verordnung Nr. 1008/2008 anwendbar sei.

24. Die italienische Regierung ist der Ansicht, dass die ersten drei Fragen gemeinsam dahin zu beantworten seien, dass die Art. 49, 54, 56 und 57 AEUV nicht daran hinderten, die im Reprivatisierungsverfahren in Rede stehenden Anforderungen vorzusehen. Die angefochtenen Anforderungen seien keine Anforderungen, durch die die Niederlassungsfreiheit oder der freie Dienstleistungsverkehr beschränkt würden, und selbst wenn dem so wäre, wären sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt.

25. Die italienische Regierung pflichtet Parpública und der portugiesischen Regierung in Bezug auf die vierte, die fünfte und die sechste Frage bei und führt aus, die Richtlinie 2006/123 sei auf die vorliegende Rechtssache nicht anwendbar. Sie stützt sich dabei allerdings nicht auf Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie, sondern auf ihren Art. 1 Abs. 2. Hilfsweise bringt sie vor, da das Privatisierungsverfahren nicht das Kapital des Luftfahrtunternehmens, sondern das der Gesellschaft, die es kontrolliere, betreffe, müsse geprüft werden, ob deren Dienstleistungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123 erfasst seien. Dies sei nicht der Fall, denn es handle sich um „Investitionen“ im Sinne der in Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie geregelten Ausnahme. Wäre es eine Beförderungstätigkeit, wäre die Regel in Buchst. d dieser Vorschrift einschlägig.

26. Die niederländische Regierung führt zur ersten Frage aus, die in Rede stehenden Anforderungen beschränkten zwar die Niederlassungsfreiheit, könnten aber gerechtfertigt sein. Hinsichtlich der zweiten Frage schließt sie sich dem von Parpública und der portugiesischen Regierung vertretenen Standpunkt an, wonach die Art. 56 und 57 AEUV unanwendbar seien. Bezüglich der vierten, der fünften und der sechsten Frage ist sie ebenfalls der Ansicht, dass die Richtlinie 2006/123 gemäß ihrem Art. 2 Abs. 2 Buchst. d unanwendbar sei.

27. Die Kommission schlägt als Antwort auf die erste Frage vor, dass Art. 49 AEUV den im Rechtsstreit in Rede stehenden Anforderungen nicht entgegenstehe, sofern die Aufrechterhaltung der Verkehrsrechte des Unternehmens aufgrund zweiseitiger Abkommen zwischen Portugal und bestimmten Drittstaaten vom Verbleib seines Sitzes und seiner Haupttätigkeit in Portugal abhängig gemacht werde.

28. Zur zweiten Frage führt die Kommission aus, die Anforderung könnte gemäß den Art. 16, 17 und 18 der Verordnung Nr. 1008/2008 zulässig sein. In Bezug auf die dritte Frage vertritt sie die Ansicht, dass die Verpflichtung zum Erhalt und zur Fortentwicklung der nationalen Operationsbasis aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein könnte, nicht aber als Beitrag zum Wachstum der nationalen Wirtschaft. Zur vierten, zur fünften und zur sechsten Frage vertritt sie die Auffassung, dass die Richtlinie 2006/123 wegen ihres Art. 2 Abs. 2 Buchst. d – falls der Verkehrsbereich Gegenstand des Rechtsstreits sei – bzw. ihres Art. 5 Abs. 4 – wenn er in den Bereich des öffentlichen Auftragswesens falle – unanwendbar sei.

V. Prüfung

29. Das Supremo Tribunal Administrativo (Oberster Verwaltungsgerichtshof) hat zu klären, ob drei der Anforderungen in dem von der portugiesischen Regierung im Verfahren zur Reprivatisierung des Luftfahrtunternehmens TAP⁶ gebilligten Lastenheft mit dem Unionsrecht vereinbar sind.

30. Zunächst ist für die hier interessierenden Zwecke zu klären, ob es sich in Wirklichkeit um „Anforderungen“ oder „Bedingungen“ handelt, obwohl sie im Lastenheft formell unter der Überschrift „Auswahlkriterien“ dargestellt werden.

31. Parpública hat in der mündlichen Verhandlung dem vorlegenden Gericht vorgeworfen, bloße „Auswahlkriterien“ fälschlich als die Eignung der Bieter bedingende Anforderungen eingeordnet zu haben. Dieser Fehler habe den Rest des Vorabentscheidungsersuchens „kontaminiert“.

32. Ich bin der Auffassung, dass die rechtliche Einordnung durch das vorlegende Gericht maßgebend ist, das ausdrücklich und wiederholt den Begriff „Anforderungen“⁷ verwendet, wenn es auf die im Lastenheft als „Kriterien“ aufgeführten Umstände Bezug nimmt. Es ließe sich darüber diskutieren, ob diese Einordnung durch das vorlegende Gericht mehr oder weniger treffend ist, aber nur aus der Perspektive des nationalen Rechts, in dessen Auslegung sich der an die Darstellung der Sach- und Rechtslage im Vorlagebeschluss, der den Gegenstand des Ausgangsverfahrens eingrenzt, gebundene Gerichtshof nicht einmischen kann.

33. Somit würde sich die Antwort auf die Vorlagefrage nicht ändern, wenn man davon ausginge, dass das Lastenheft echte Auswahlkriterien enthält, denn die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht kann auch auf diese Kriterien erstreckt werden, wie es in den Urteilen des Gerichtshofs zu Lastenheften im öffentlichen Auftragswesen üblich ist.

6 Das vorlegende Gericht verwendet meist das Wort „Reprivatisierung“, wenngleich es sich gelegentlich des Substantivs „Privatisierung“ bedient (so in den Nrn. 1.1 und 3.1 Punkt III des Vorlagebeschlusses). Die unterschiedliche Formulierung ist jedoch im vorliegenden Fall, wie in der mündlichen Verhandlung anerkannt wurde, irrelevant.

7 So bezieht es sich in der ersten Frage auf „a exigência de manutenção da sede e da direção efetiva daquela sociedade“ („Kriterium ... , dass der Sitz und die tatsächliche Leitung dieser Gesellschaft in dem Mitgliedstaat verbleiben“). In der zweiten und fünften Frage nennt es „a exigência do cumprimento das obrigações de serviço público“ („Kriterium ... , dass der Käufer die Gemeinwohlverpflichtungen erfüllt“), während es in der dritten und sechsten Frage von „a exigência da manutenção e do desenvolvimento do atual hub“ („Kriterium ... , dass der Käufer die derzeitige ... Operationsbasis ... erhält und fortentwickelt“) spricht (Hervorhebung nur hier).

34. Letztlich würde unabhängig davon, ob es sich um Auswahlkriterien oder um echte Anforderungen handelt, ihr Inhalt im Privatisierungsverfahren am Ende verbindlich sein, so dass der Käufer der Anteile die nunmehr in den Vertrag über den Erwerb dieser Anteile aufgenommenen entsprechenden Anforderungen erfüllen müsste.

35. Ich erinnere daran, dass es sich bei den drei streitigen Anforderungen um die Verpflichtung handelte, (a) den Sitz und die tatsächliche Leitung des Unternehmens in Portugal zu belassen, (b) die Gemeinwohlverpflichtungen zu erfüllen, und (c) die derzeitige nationale Operationsbasis zu erhalten und fortzuentwickeln.

36. Unter Umkehrung der vom vorlegenden Gericht vorgeschlagenen Reihenfolge und im Einklang mit der Auffassung vieler Parteien ist es vorzuziehen, zunächst auf die vierte Vorlagefrage einzugehen. Von ihrer Beantwortung hängt es ab, ob das materielle Problem anhand der Richtlinie 2006/123 oder nach Maßgabe anderer Unionsvorschriften zu lösen ist.

A. Anwendbarkeit der Richtlinie 2006/123 (vierte, fünfte und sechste Frage)

37. Das vorlegende Gericht fasst seine Zweifel hinsichtlich der Anwendbarkeit der Richtlinie 2006/123 dahin zusammen, dass die Reprivatisierung der TAP das Kapital einer im Luftverkehr tätigen Gesellschaft betreffe. Es ist der Ansicht, aufgrund dieser Tätigkeit könnte die in Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123 vorgesehene Ausnahme vorliegen, da sie auf „Verkehrsdienstleistungen“ keine Anwendung finde.

38. Praktisch alle Parteien stimmen darin überein, dass die Richtlinie 2006/123 nicht anwendbar sei, da diese Rechtssache auf die Privatisierung eines Luftfahrtunternehmens beschränkt und daher die in Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie vorgesehene Ausnahme einschlägig sei.

39. Die italienische Regierung vertritt hingegen die Ansicht, die Nichtanwendbarkeit der Richtlinie 2006/123 ergebe sich aus der in ihrem Art. 1 Abs. 2 geregelten Ausnahme, wonach die Richtlinie nicht die „Privatisierung öffentlicher Einrichtungen, die Dienstleistungen erbringen“, betreffe⁸.

40. Ich schließe mich dieser Auffassung an⁹. Es handelt sich in der Tat um die Privatisierung einer bis dahin öffentlichen Gesellschaft, so dass allein dieser Umstand, unabhängig von der Art der von der privatisierten Einrichtung erbrachten Dienstleistungen, ausreicht, um die Anwendbarkeit der Richtlinie 2006/123 auszuschließen.

41. Betrachtet man darüber hinaus – als zusätzliches Argument – die Natur der Tätigkeit der TAP SA, also der Gesellschaft, an der die Einrichtung, deren Kapital reprivatisiert wird, beteiligt ist (TAP SPGS), stellt man fest, dass auch die Ausnahme des Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123 vorliegt.

42. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache Gruppe Itevelesa u. a.¹⁰ in Erinnerung gerufen hat, geht „[a]us den Vorarbeiten zur Dienstleistungsrichtlinie ... nämlich hervor, dass der Ausschluss der ‚Dienstleistungen im Bereich des Verkehrs‘ bewusst in Begriffe gekleidet wurde, die dem Wortlaut von Art. 51 EG, jetzt Art. 58 AEUV, entsprechen sollten, dessen Abs. 1 bestimmt, dass ‚[f]ür den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs ... die Bestimmungen des Titels über den Verkehr [gelten]“.

⁸ Nr. 6 der schriftlichen Erklärungen der italienischen Regierung.

⁹ Dem scheint auch das vorlegende Gericht beizupflichten, wie es in Nr. 3.4 Punkte XXXII und XXXIII des Vorlagebeschlusses bestätigt.

¹⁰ Urteil vom 15. Oktober 2015 (C-168/14, EU:C:2015:685, Rn. 44).

43. Der Gerichtshof führt aus, dass „der Begriff ‚Dienstleistung im Bereich des Verkehrs‘ nicht nur Verkehrsdienstleistungen als solche umfasst, sondern auch jede Dienstleistung, die naturgemäß mit einer körperlichen Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mit einem Verkehrsmittel verbunden ist“¹¹. Unter dem Schutz einer derart weiten Definition lässt sich die eigentliche Tätigkeit der TAP SA ganz selbstverständlich unter diesen Begriff fassen, und aufgrund logischer Verknüpfung auch die der TAP SGPS. Letztere ist lediglich eine Beteiligungsgesellschaft, die das Kapital der TAP SA hält, deren Reprivatisierung Gegenstand des Rechtsstreits ist.

44. Daher wäre die Richtlinie 2006/123 in dieser Rechtssache zweifach unanwendbar, was die Antwort auf die fünfte und die sechste Frage unnötig macht. Gleichwohl bin ich der Auffassung, dass der in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie genannte Grund Vorrang haben muss, da er sich auf einen logischerweise vorgelagerten Umstand bezieht, denn während Art. 2 der Richtlinie 2006/123 ihren *Anwendungsbereich* regelt, grenzt Art. 1 ihren *Regelungsgegenstand* ein, außerhalb dessen die Richtlinie keine Geltung hat. Es ist daher nicht erforderlich, eine Anwendbarkeit auszunehmen, die definitionsgemäß nicht gegeben sein kann.

B. Zu der im Ausgangsverfahren betroffenen Freiheit

45. Die Privatisierung eines Luftfahrtunternehmens geht mit der Veräußerung eines Teils seines sich bis dahin in öffentlicher Hand befindlichen Gesellschaftskapitals an die Investoren (Privatpersonen), die die entsprechenden Anteile erwerben, einher. Dem Privatisierungscharakter des Anteilsverkaufs kommt gegenüber der materiellen Tätigkeit der privatisierten Einrichtung größeres Gewicht zu. Die Frage ist also im Bereich des Art. 345 AEUV angesiedelt, in dem der Grundsatz der Neutralität der Verträge in Bezug auf die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten verankert ist.

46. Dieser Artikel „führt jedoch nicht dazu, dass die in den Mitgliedstaaten bestehenden Eigentumsordnungen den Grundprinzipien des AEU-Vertrags, u. a. denen der Nichtdiskriminierung, der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit, entzogen sind“¹².

47. In Anbetracht der Anforderungen des in Rede stehenden Lastenhefts bin ich der Ansicht, dass es sich bei der betroffenen Freiheit eher um die Niederlassungsfreiheit als um den freien Kapitalverkehr oder den freien Dienstleistungsverkehr handelt.

48. So würde der Verkauf von Anteilen, die bis zu 61 % des Gesellschaftskapitals der TAP SGPS entsprechen, ihrem Erwerber ermöglichen, einen tatsächlichen Einfluss auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft und der Gesellschaft, an der sie beteiligt ist (TAP SA), auszuüben. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist dieser Faktor entscheidend für die Feststellung, dass die Freiheit, von der Gebrauch gemacht wird, die Niederlassungsfreiheit ist¹³.

11 Urteil vom 20. Dezember 2017, Asociación Profesional Élite Taxi (C-434/15, EU:C:2017:981, Rn. 41).

12 Urteil vom 22. Oktober 2013, Essent u. a. (C-105/12 bis C-107/12, EU:C:2013:677, Rn. 36, und die dort angeführte Rechtsprechung).

13 Mit den Worten des Urteils vom 13. April 2000, Baars (C-251/98, EU:C:2000:205, Rn. 22) „macht ein Angehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Beteiligung an einer Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hält, die ihm einen solchen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht, dass er deren Tätigkeiten bestimmen kann, von seiner Niederlassungsfreiheit Gebrauch“. Ebenso Urteile vom 13. November 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, Rn. 91), und vom 10. Juni 2015, X (C-686/13, EU:C:2015:375, Rn. 18). Nach dem Urteil vom 7. September 2017, Egiom und Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, Rn. 41), sind hingegen „nationale Bestimmungen über Beteiligungen, die in der alleinigen Absicht der Geldanlage erfolgen, ohne dass auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens Einfluss genommen werden soll, ausschließlich im Hinblick auf den freien Kapitalverkehr zu prüfen“. Vgl. auch Urteil vom 20. Dezember 2017, Deister Holding und Juhler Holding (C-504/16 und C-613/16, EU:C:2017:1009, Rn. 78).

49. Im Vorlagebeschluss¹⁴ wird ausgeführt, dass die portugiesische Regierung¹⁵ kurz nach Abschluss der Verkaufsvereinbarung mit der ausgewählten Gesellschaft Verhandlungen zur Rekonfiguration der Voraussetzungen und Bedingungen der Beteiligung des Staates an der TAP SGPS aufgenommen habe. Am Ende dieser Verhandlungen sei die erwerbende Gesellschaft damit einverstanden gewesen, Parpública die Anteile zu verkaufen, die sie benötigt habe, um 50 % des Kapitals der TAP SGPS halten zu können.

50. Vor diesem (neuen) Hintergrund ist das Kapital in den Händen der im Reprivatisierungsverfahren ausgewählten Gesellschaft zwar immer noch wesentlich, aber es garantiert ihr nicht mehr die Möglichkeit, einen entscheidenden Einfluss auf die Leitung der TAP SGPS auszuüben, was der Fall wäre, wenn sie weiterhin 61 % des Kapitals des Unternehmens hielte¹⁶. Das Kriterium, das die vorstehend angeführte Rechtsprechung berücksichtigt, ist jedoch nicht der bestimmende oder entscheidende Einfluss, sondern der „tatsächliche Einfluss“, also der, der im Rahmen der Leitung der Gesellschaft aktiv geltend gemacht werden kann, wie es meines Erachtens bei einem Einfluss, der mit 45 % des Gesellschaftskapitals ausgeübt werden kann, der Fall ist¹⁷.

51. Der Gerichtshof ist jedenfalls an die Fragen des vorlegenden Gerichts gebunden, also an die ursprünglichen Anforderungen des Reprivatisierungsverfahrens. Ohne andere Gründe als die Vermutung der Erheblichkeit, die der Gerichtshof den zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen zuerkennt¹⁸, heranziehen zu müssen, genügt der Hinweis darauf, dass die Durchführbarkeit der Operation zum Rückerwerb des Gesellschaftskapitals der TAP durch Parpública wiederum von der Gültigkeit des ursprünglichen Privatisierungsverfahrens abhängen könnte. Es hat daher weiterhin Sinn, die Fragen zu beantworten, die im Kontext einer Privatisierung gestellt wurden, die 61 % des Gesellschaftskapitals des bis dahin öffentlichen Unternehmens betraf und damit ausreichte, um der Erwerberin einen nicht mehr nur *tatsächlichen*, sondern in Wirklichkeit *entscheidenden* Einfluss zu verschaffen.

52. Daher sind für die Beurteilung, ob die Klauseln des Lastenhefts mit dem Unionsrecht vereinbar sind, die Art. 49 und 54 AEUV relevant. Aus dieser Sicht müssen die erste, die zweite und die dritte Frage umformuliert werden, und jedes einzelne Auswahlkriterium, auf das sie Bezug nehmen, muss anhand dieser Bestimmungen des AEUV geprüft werden.

53. Ebenso muss die Verordnung Nr. 1008/2008 (die die „Vorschriften für ... die Luftfahrt“ enthält, die das Europäische Parlament und der Rat aufgrund der in Art. 100 Abs. 2 AEUV geregelten Ermächtigung erlassen haben) berücksichtigt werden, da sich einige ihrer Harmonisierungsvorschriften zur Regelung von Luftverkehrsdiensten auf diesen Rechtsstreit auswirken¹⁹.

14 Nr. 3.1 Punkt VII des Vorlagebeschlusses.

15 Der Beschluss des Ministerrats (91-A/2015), mit dem das Privatisierungsverfahren abgeschlossen wurde, datiert vom 12. November 2015. Die neue Regierung, die eine andere politische Richtung vertritt und am 26. November jenes Jahres die Macht übernahm, nahm sofort Verhandlungen zur *Rekonfiguration* dieses Verfahrens auf.

16 In der mündlichen Verhandlung hat Parpública eingeräumt, dass der portugiesische Staat, der nun die Mehrheit des Gesellschaftskapitals der Luftfahrtgesellschaft hält, sämtliche seiner Anteilsmehrheit inwohnenden Stimmrechte bewahrt.

17 Der portugiesische Staat hält 50 % des Gesellschaftskapitals und die Arbeitnehmer der TAP die übrigen 5 %.

18 Vgl. u. a. Urteile vom 10. Dezember 2002, *British American Tobacco (Investments) und Imperial Tobacco* (C-491/01, EU:C:2002:741, Rn. 35), vom 5. Juli 2016, *Ognyanov* (C-614/14, EU:C:2016:514, Rn. 19), vom 15. November 2016, *Ullens de Schooten* (C-268/15, EU:C:2016:874, Rn. 54), und vom 28. März 2017, *Rosneft* (C-72/15, EU:C:2017:236, Rn. 50 und 155).

19 Wäre die Harmonisierung vollständig, wären die allgemeinen Bestimmungen des AEUV über den freien Dienstleistungsverkehr nicht anwendbar, und die nationalen Vorschriften müssten im Licht der Harmonisierungsbestimmungen und nicht des Primärrechts geprüft werden, wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, die u. a. im Urteil vom 17. November 2015, *RegioPost* (C-115/14, EU:C:2015:760, Rn. 57), angeführt wird.

C. Zum restriktiven Charakter der Anforderungen im Licht der Niederlassungsfreiheit

54. Meines Erachtens beinhalten die drei Kriterien, auf die der Vorlagebeschluss Bezug nimmt, für sich genommen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind „[a]ls Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit ... alle Maßnahmen anzusehen, die die Ausübung dieser Freiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen“²⁰.

55. Man kann sich darauf einigen, dass die von der portugiesischen Regierung für das Privatisierungsverfahren aufgestellten Anforderungen nicht so weit gehen, dass sie die Ausübung dieser Freiheit unterbinden; sie behindern sie nicht einmal bis zu dem Punkt, dass sie sie unterbinden. Aber sie machen sie zumindest weniger attraktiv.

56. Diese Anforderungen sind nicht geringfügig. Sie bedeuten, dass der Erwerber von bis zu 61 % des Kapitals der TAP SGPS daran gehindert ist, das Luftfahrtunternehmen völlig frei und nach Maßgabe seiner eigenen wirtschaftlichen Interessen zu leiten, denn er muss weiterhin die Gemeinwohlverbindlichkeiten erfüllen und kann weder seinen Sitz oder seine tatsächliche Leitung verlagern noch auf die derzeitige nationale Operationsbasis verzichten.

57. Die italienische Regierung hebt zwar die Unterschiede gegenüber den Beschränkungen hervor, die sich aus der Wahrnehmung der mit den sogenannten „Golden Shares“²¹ verbundenen Sonderrechte ergeben, doch meine ich, dass eine bemerkenswerte Nähe zwischen diesen Vorzugsrechten und den hier streitigen Anforderungen besteht.

58. Die „Golden Shares“, die sich ein Mitgliedstaat in den Verfahren zur Privatisierung von bis dahin öffentlichen Gesellschaften vorbehielt und über die der Gerichtshof in der Vergangenheit entscheiden musste²², verliehen ihrem Inhaber „eine Einflussnahme auf die Verwaltung [der Gesellschaft] ..., die nicht durch den Umfang seiner Beteiligung an [der Gesellschaft] gerechtfertigt ist, [die] geeignet [ist], Wirtschaftsteilnehmer anderer Mitgliedstaaten davon abzuhalten, Direktinvestitionen in [sie] zu tätigen, da sie an der Verwaltung und der Kontrolle dieser Gesellschaft nicht entsprechend dem Wert ihrer Beteiligungen mitwirken könnten“²³. Sie brachten letztlich „die Gefahr [mit sich], dass der [Mitgliedstaat] seine Sonderrechte zur Wahrnehmung von Interessen ausübt, die nicht mit den wirtschaftlichen Interessen der betreffenden Gesellschaft in Einklang stehen“, mit dem sich daraus ergebenden negativen Anreiz²⁴.

59. Die vorliegenden Anforderungen bergen nicht lediglich die Gefahr, dass die portugiesische Regierung „Entscheidungen, die von den Organen [der Gesellschaft] als in deren wirtschaftlichen Interessen liegend empfohlen werden, ... blockiert“²⁵, sondern bedeuten, dass sich diese Möglichkeit verwirklicht. Die Organe des privatisierten Unternehmens könnten Entscheidungen nicht einmal *empfehlen*, die wie die Verlegung des Hauptsitzes und der tatsächlichen Leitung von vornherein infolge einer für den neuen Eigentümer des Unternehmens unabdingbaren Auflage ausgeschlossen wären.

20 Z. B. Urteil vom 8. März 2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, Rn. 59).

21 Nrn. 17 und 18 ihrer schriftlichen Erklärungen.

22 Urteile vom 4. Juni 2002, Kommission/Portugal (C-367/98, EU:C:2002:326), Kommission/Frankreich (C-483/99, EU:C:2002:327) und Kommission/Belgien (C-503/99, EU:C:2002:328), vom 13. Mai 2003, Kommission/Spanien (C-463/00, EU:C:2003:272) und Kommission/Vereinigtes Königreich (C-98/01, EU:C:2003:273), vom 6. Dezember 2007, Federconsumatori u. a. (C-463/04 und C-464/04, EU:C:2007:752), vom 28. September 2006, Kommission/Niederlande (C-282/04 und C-283/04, EU:C:2006:608), vom 23. Oktober 2007, Kommission/Deutschland (C-112/05, EU:C:2007:623), vom 26. März 2009, Kommission/Italien (C-326/07, EU:C:2009:193), vom 8. Juli 2010, Kommission/Portugal (C-171/08, EU:C:2010:412), vom 11. November 2010, Kommission/Portugal (C-543/08, EU:C:2010:669), und vom 10. November 2011, Kommission/Portugal (C-212/09, EU:C:2011:717).

23 Urteil vom 8. Juli 2010, Kommission/Portugal (C-171/08, EU:C:2010:412, Rn. 60).

24 Urteil vom 28. September 2006, Kommission/Niederlande (C-282/04 und C-283/04, EU:C:2006:608, Rn. 29).

25 Urteil vom 28. September 2006, Kommission/Niederlande (C-282/04 und C-283/04, EU:C:2006:608, Rn. 30).

60. Sowohl Parpública²⁶ als auch die portugiesische Regierung²⁷ verteidigen das Auswahlkriterium des Verbleibs des Sitzes des Unternehmens in Portugal und berufen sich hierzu auf das Urteil Yellow Cab Verkehrsbetrieb²⁸, in dem festgestellt wurde, dass „die Verpflichtung, im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats über einen Sitz oder eine andere Niederlassung zu verfügen, als solche denotwendig keine Behinderung oder Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen kann“, da „diese Verpflichtung ... keinerlei Begrenzung der Freiheit der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer, in diesem Hoheitsgebiet Agenturen oder andere Niederlassungen zu gründen“²⁹, bewirkt.

61. In jener Rechtssache bestand die streitige Verpflichtung darin, als Voraussetzung für die Bewilligung des Betriebs einer Kraftfahrlinie zur regelmäßigen Beförderung von Personen mit Autobussen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats über einen Sitz oder eine andere Niederlassung zu verfügen. Diese Verpflichtung verstieß *an sich* nicht gegen die Niederlassungsfreiheit, aber der Zeitpunkt, zu dem sie erfüllt sein musste (vor der Erteilung der Bewilligung), machte sie mit dieser Freiheit unvereinbar³⁰.

62. In der vorliegenden Rechtssache handelte es sich hingegen nicht einfach um die Verpflichtung, über *einen* Sitz oder eine ständige Niederlassung in Portugal zu verfügen, sondern *den* Sitz und die tatsächliche Leitung der Gesellschaft im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats zu belassen.

63. Für den Gerichtshof umfasst die Niederlassungsfreiheit „den Anspruch einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft auf Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft ..., soweit die Voraussetzungen des Rechts jenes anderen Mitgliedstaats eingehalten sind“³¹. Demzufolge stellt meines Erachtens die Verpflichtung zum Verbleib des Sitzes des Unternehmens in Portugal eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar.

64. Dasselbe gilt für die Auferlegung von Gemeinwohlverpflichtungen und die Verpflichtung zum Erhalt der nationalen Operationsbasis (*hub*) des privatisierten Unternehmens. Beide Anforderungen können einen potenziellen Erwerber davon abhalten, die Mehrheit an seinem Gesellschaftskapital zu übernehmen, denn sie prädeterninieren die späteren unternehmerischen Entscheidungen weitgehend.

65. Ausgehend von dieser Prämisse muss geprüft werden, ob die streitigen Anforderungen nach dem Unionsrecht gerechtfertigt sind und darüber hinaus zur Erreichung des sie möglicherweise rechtfertigenden Ziels angemessen und insoweit nicht unverhältnismäßig sind.

26 Rn. 81 ihrer Erklärungen.

27 Rn. 63 und 64 ihrer Erklärungen.

28 Urteil vom 22. Dezember 2010, C-338/09, EU:C:2010:814.

29 Ebd., Rn. 34.

30 Urteil vom 22. Dezember 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:814, Rn. 37): „Wird von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer, der im Aufnahmemitgliedstaat eine Bewilligung zum Betrieb einer Kraftfahrlinie zur regelmäßigen Beförderung von Personen mit Autobussen erhalten möchte, ein Sitz oder eine andere Niederlassung im Hoheitsgebiet dieses Staates verlangt, bevor ihm die Konzession für den Betrieb der entsprechenden Linie erteilt wird, so hat dies eine abschreckende Wirkung. Ein normal umsichtiger Wirtschaftsteilnehmer wird nämlich nicht bereit sein, Investitionen, die erheblich sein können, vorzunehmen, wenn die Erteilung der Bewilligung völlig unsicher ist.“

31 Urteil vom 25. Oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, Rn. 33), unter Anführung des Urteils vom 27. September 1988, Daily Mail und General Trust (81/87, EU:C:1988:456, Rn. 17). Weitere Zitate enthält Rn. 35 des Urteils vom 29. November 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), in dem ausgeführt wurde: „Auch wenn die Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nach ihrem Wortlaut die Inländerbehandlung im Aufnahmemitgliedstaat sichern sollen, verbieten sie es doch ebenfalls, dass der Herkunftsmitgliedstaat die Niederlassung seiner Staatsangehörigen oder einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat behindert.“

66. Dabei teile ich die Auffassung der niederländischen Regierung³², die vorschlägt, zuerst die Anforderung der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen zu prüfen. Der Grund, dem ich mich anschließe, liegt darin, dass die Anforderung bezüglich des Verbleibs des Sitzes und der tatsächlichen Leitung des Unternehmens in Portugal mit ihr verbunden sein und in Wirklichkeit ihre Fortsetzung darstellen könnte.

D. Die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen (zweite Vorlagefrage)

67. Laut Art. 5 Buchst. d des Lastenhefts gehört zu den Auswahlkriterien „die Fähigkeit, die pünktliche und angemessene Erfüllung der der [TAP SA] obliegenden Gemeinwohlverpflichtungen zu gewährleisten, gegebenenfalls einschließlich hinsichtlich der Flugverbindungen zwischen den wichtigsten Flughäfen im Inland und in den autonomen Regionen, sowie die Kontinuität und Stärkung der Strecken sicherzustellen, die den autonomen Regionen, den im Ausland ansässigen portugiesischen Gemeinschaften und den Ländern und Gemeinschaften dienen, in denen Portugiesisch gesprochen wird oder Amtssprache ist“.

68. Wie ich bereits dargelegt habe, resultiert die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit daraus, dass mit dieser Klausel dem Erwerber von 61 % des reprivatisierten Kapitals Verpflichtungen auferlegt werden, die grundsätzlich geeignet sind, ihn von seinem Kauf abzuhalten, da sie seine unternehmerische Fähigkeit zum eigenständigen Handeln einschränken.

69. Es ist allerdings in der Rechtsprechung des Gerichtshofs unumstritten, dass die Gewährleistung einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse einen zwingenden Grund darstellen kann, der eine Beschränkung der Vertragsfreiheiten rechtfertigen kann³³.

70. Meiner Ansicht nach stellt die Sicherstellung eines Flugdienstes nach dem Wortlaut des Art. 5 Buchst. d des Lastenhefts – der insbesondere Nachdruck auf die Verbindungen mit den portugiesischen autonomen Regionen legt, also die Gebiete in äußerster Randlage im Sinne von Art. 349 AEUV³⁴ – einen Grund des Allgemeininteresses dar, der zur Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ausreicht.

71. Die Kommission hat sich in ihrem Vorbringen auf die Frage konzentriert, ob die TAP SA *tatsächlich* Gemeinwohlverpflichtungen unterliegt und ob diese in Übereinstimmung mit Art. 16 der Verordnung Nr. 1008/2008 festgelegt worden sind. Sollte dies nicht der Fall sein, seien sie mit dieser Verordnung unvereinbar³⁵.

32 Rn. 25 der Erklärungen der niederländischen Regierung.

33 Dies wurde in Bezug auf den postalischen Universaldienst (Urteil vom 28. September 2006, Kommission/Niederlande, C-282/04 und C-283/04, EU:C:2006:608, Rn. 38) oder regelmäßige Seeverkehrsdienstleistungen von, zwischen und nach Inseln (Urteil vom 20. Februar 2001, Analir u. a., C-205/99, EU:C:2001:107, Rn. 27) festgestellt.

34 Gebiete, die in besonderer Weise von der Grundsatzklärung in Art. 1 des Protokolls Nr. 26 im Anhang zum AEUV in dem Sinne betroffen sind, dass zu den gemeinsamen Werten der Union in Bezug auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Art. 14 AEUV insbesondere u. a. „die Vielfalt [dieser] Dienstleistungen ... und die Unterschiede bei den Bedürfnissen ... der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen ... Gegebenheiten folgen können“, zählen.

35 Rn. 71 ihrer Erklärungen.

72. Auf derselben Linie zieht die niederländische Regierung „den Schluss“, dass die TAP SA einer Gemeinwohlverpflichtung unterliege, die ihr auf der Grundlage von Art. 16 der Verordnung Nr. 1008/2008 zugewiesen worden sei³⁶. Präziser nimmt Parpública auf die am 20. Januar 2015, dem Tag der Veröffentlichung des Lastenhefts, für die TAP SA geltenden Gemeinwohlverpflichtungen Bezug³⁷.

73. Dieser Standpunkt der Parteien hat die Debatte auf das Terrain der Gemeinwohlverpflichtungen verlagert, die der TAP SA *obliegen*, wobei ihr Bestehen bereits vorausgesetzt wird (niederländische Regierung) oder vorgetragen wurde, dass sie tatsächlich galten (Parpública) bzw. dass nur teilweise Angaben über ihr Bestehen vorlägen (Kommission)³⁸.

74. Meiner Ansicht nach bringt es diese Sichtweise mit sich, dass die Aufmerksamkeit von dem materiellen Problem abgelenkt wird, auf dem die Vorlagefrage und die Frage, die sich das vorliegende Gericht selbst stellt, beruhen.

75. Erneut ist auf den Wortlaut der in Art. 5 Buchst. d des Lastenhefts niedergelegten Anforderung einzugehen. Dort wird im Subjunktiv von der „Fähigkeit, die pünktliche und angemessene Erfüllung der der [TAP SA] obliegenden (*incumbam*) Gemeinwohlverpflichtungen zu gewährleisten“³⁹ gesprochen. Nicht genannt werden die dem Unternehmen obliegenden (*incumbem*) Verpflichtungen – also die, die es tatsächlich treffen, – sondern die, die ihm obliegen könnten (*incumbam*) – d. h. die, die es möglicherweise treffen.

76. Auswahlkriterium ist also nicht die Fähigkeit, die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen zu übernehmen, die der TAP SA bereits oblagen (unabhängig davon, um welche Verpflichtungen es sich dabei handelte), *weiterhin zu gewährleisten*, sondern derjenigen, die nach dem Erwerb eines Teils ihres Kapitals demjenigen, der in der Reprivatisierung ausgewählt wird, auferlegt werden können.

77. Zwar verweist Art. 5 Buchst. d des Lastenhefts insbesondere auch „gegebenenfalls“ auf die „Flugverbindungen zwischen den wichtigsten Flughäfen im Inland und in den autonomen Regionen, sowie die Kontinuität und Stärkung der Strecken ..., die den autonomen Regionen ... dienen“. Er nimmt so Bezug auf die Dienste, zu denen die TAP SA bereits gemäß Art. 16 der Verordnung Nr. 1008/2008 verpflichtet ist. Aber abgesehen davon, dass diese geltende Verpflichtung nicht ausdrücklich genannt wird, glaube ich, dass sich die Klausel für eine Verpflichtung mit Eventualcharakter entscheidet, denn sie spricht von den „gegebenenfalls“ mit den autonomen Regionen bestehenden Verbindungen⁴⁰.

36 Rn. 26 und 27 ihrer Erklärungen. Der „Schluss“ stützt sich auf zwei Mitteilungen der Kommission nach der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92, der Vorgängerin der Verordnung Nr. 1008/2008: die erste bezüglich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Linienflugverkehr innerhalb Portugals (ABl. 1995, C 200, S. 3) und die zweite bezüglich geänderter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen für bestimmte Linienflüge in Portugal (ABl. 2004, C 248, S. 6).

37 Rn. 107 der Erklärungen von Parpública, in der sie die Mitteilung der Kommission vom 20. Oktober 2010 gemäß Art. 16 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1008/2008 über gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Linienflugverkehr (ABl. 2010, C 283, S. 14) anführt.

38 In der mündlichen Verhandlung wurde ausgeführt, dass TAP seit dem 28. März 2015 keine von einer Gemeinwohlverpflichtung betroffene Strecke mehr bediene. Seitdem gelte ein System von Mobilitätsabgaben, die auf die Flugscheine aller Unternehmen, die bestimmte Strecken bedienten, erhoben würden.

39 Hervorhebung nur hier. Im portugiesischen Original: „obrigações de serviço público que incumbam à TAP, SA.“

40 Auf dieser Linie nimmt die Bestimmung am Ende Bezug auf „die Kontinuität und Stärkung der Strecken ..., die den autonomen Regionen, den im Ausland ansässigen portugiesischen Gemeinschaften und den Ländern und Gemeinschaften *dienen*, in denen Portugiesisch gesprochen wird oder Amtssprache ist“. Erneut wird mit dem Unterton einer Möglichkeit gesprochen, jedenfalls im Hinblick auf andere als die in Art. 16 der Verordnung Nr. 1008/2008 geregelten Flugverbindungen.

78. Sollte diese Auslegung zu wörtlich oder zu formalistisch sein und man dahin übereinkommen wollen, dass mit dem Lastenheft das Ziel verfolgt wird, die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen, an die die TAP SA *bereits* gebunden ist, zu gewährleisten, steht dem der unausweichliche Umstand entgegen, dass das vorlegende Gericht in seiner Frage von der „Anforderung ...“, dass der Käufer die Gemeinwohlverpflichtungen erfüllt“, spricht. Es erwähnt also nicht seine Befähigung zur Übernahme der konkreten Gemeinwohlverpflichtungen, die die erworbene Einrichtung treffen.

79. Es ist möglich, dass „die Verpflichtungen“, von denen dieser Teil des Vorlagebeschlusses handelt, diejenigen sind, die bereits für die TAP SA gelten. Aber das vorlegende Gericht – und aus meiner Sicht ist dies das Wichtigste – fragt nicht speziell nach diesen Verpflichtungen (Verpflichtungen, die, wie bereits ausgeführt wurde, offenbar seit dem Jahr 2015 nicht mehr existieren) und will auch nicht wissen, ob sie der TAP SA nach der Verordnung Nr. 1008/2008 auferlegt wurden oder ob die Sicherstellung ihrer Erfüllung im entgegengesetzten Fall dennoch ein Auswahlkriterium sein könnte. Seine Frage ist strikt darauf beschränkt, ob die Befähigung zur Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen ein mit dem Unionsrecht vereinbares Auswahlkriterium darstellen kann.

80. Angesichts dieses betont abstrakten Wortlauts darf die Antwort auf die spezifischen für TAP zum Zeitpunkt ihrer Privatisierung geltenden Gemeinwohlverpflichtungen nicht eingehen. Ich wiederhole, das vorlegende Gericht fragt nicht nach diesem Punkt, und es ist im Übrigen seine Sache, festzustellen, ob diese Verpflichtungen rechtmäßig auferlegt wurden oder nicht (und welche Folgen der letztgenannte Fall hat). Selbstverständlich setzt dies voraus, dass zu dieser besonderen Frage im Ausgangsverfahren ein Antrag auf Nichtigerklärung gestellt worden ist, was scheinbar nicht der Fall ist.

81. Folglich stellt die Anforderung an die Erwerberin, zur Übernahme der Gemeinwohlverpflichtungen für die wichtigsten Flugstrecken, die die nationalen Flughäfen mit denen der autonomen Regionen verbinden, in der Lage zu sein, eine Voraussetzung dar, die auch dann gerechtfertigt ist, wenn sie die Niederlassungsfreiheit beschränkt, da mit ihr einem zwingenden im Allgemeininteresse liegenden Grund Rechnung getragen wird. Dieser Grund ist letztlich kein anderer als der, der die Rechtmäßigkeit der Auferlegung dieser Art von Verpflichtungen selbst stützt, die ausdrücklich von Art. 16 der Verordnung Nr. 1008/2008 gedeckt sind.

82. Aus denselben Gründen ist die in Rede stehende Anforderung nicht nur gerechtfertigt, sondern auch angebracht und angemessen, denn mit ihr wird die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen, die das privatisierte Unternehmen treffen können, sichergestellt, und sie geht nicht über das hinaus, was vernünftigerweise zur Erreichung dieses Ziels unerlässlich ist.

E. Die Verpflichtung, den Sitz und die tatsächliche Leitung des Luftfahrtunternehmens in Portugal zu belassen (erste Vorlagefrage)

83. Gemäß Art. 5 Buchst. c des Lastenhefts ist ein Auswahlkriterium „die Vorlage und Gewährleistung der Durchführung eines geeigneten und kohärenten strategischen Projekts“ mit Blick auf die Erhaltung und Förderung des Wachstums der TAP SA zur Wahrung ihrer Unversehrtheit, Identität und Unabhängigkeit. Es wird die Notwendigkeit hervorgehoben, dass „die Marke TAP und deren Assoziierung mit Portugal“ erhalten bleiben und der Sitz und die tatsächliche Leitung in diesem Staat verbleiben.

84. Die niederländische Regierung ist der Ansicht, dass diese Anforderung durch das Ziel der Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen, die der erwerbenden Gesellschaft auferlegt worden seien (oder auferlegt werden könnten), hinreichend gerechtfertigt sein könne⁴¹. Ihre Argumente überzeugen mich jedoch nicht völlig.

⁴¹ Rn. 36 der schriftlichen Erklärungen der niederländischen Regierung.

85. Tatsächlich zeigt sich die Rechtsprechung nicht besonders geneigt, derartige Auflagen bezüglich des Sitzes zu bestätigen, denn im Allgemeinen ist es möglich, auf Maßnahmen zurückzugreifen, die weniger einschränkend sind⁴². Und wenn die in Art. 16 der Verordnung Nr. 1008/2008 geregelten Gemeinwohlverpflichtungen (also nur die innergemeinschaftlichen Verbindungen) für die Strecken unmittelbar und unabhängig davon, welches Unternehmen sie bedient, auferlegt werden, würde die zuvor erwähnte These es rechtfertigen, dass jedes Unternehmen, das die Absicht hat, diese Strecken zu bedienen, über einen Sitz in Portugal verfügen müsste, was meiner Meinung nach zu weit geht.

86. Zudem können einige der Anforderungen in Art. 5 Buchst. d des Lastenhefts (die Sicherstellung der „Kontinuität und Stärkung der Strecken ..., die den ... im Ausland ansässigen portugiesischen Gemeinschaften und den Ländern und Gemeinschaften dienen, in denen Portugiesisch gesprochen wird oder Amtssprache ist“) für sich allein nicht als Gemeinwohlverpflichtungen im Sinne des bereits angeführten Art. 16 der Verordnung Nr. 1008/2008 angesehen werden.

87. Eine im Luftverkehrssektor übliche Praxis besteht jedoch, wie die Kommission ausgeführt hat, darin, in zweiseitige Abkommen sowohl der Union als auch der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten ein Staatszugehörigkeitserfordernis aufzunehmen⁴³. Dieser Art dürften die zweiseitigen Abkommen zwischen Portugal und Drittstaaten sein, die der portugiesischen Sprachgemeinschaft angehören, wie Angola, Brasilien oder Mozambique⁴⁴, zu denen Portugal eine besondere historische, kulturelle, soziale und politische Beziehung unterhält, für deren Erhalt und Ausbau ein stabiles, reguläres und ausreichendes Luftverkehrssystem unerlässlich ist.

88. Auf derselben Linie führt Parpública aus, dass die u. a. mit Angola und Mozambique geschlossenen Abkommen vorsähen, dass ein Luftfahrtunternehmen, das beauftragt sei, die Verbindungen mit Portugal zu bedienen, seinen Sitz im Hoheitsgebiet Portugals haben müsse, so dass seine Verlegung in einen anderen Staat den Verlust der Genehmigung und der entsprechenden Verkehrsrechte zur Folge hätte⁴⁵, was einem der grundlegenden Kommunikationselemente, auf denen die traditionellen Beziehungen zwischen Portugal und den Ländern der portugiesischen Nationengemeinschaft beruhten, die für diesen Mitgliedstaat einen kulturellen und politischen Aktivposten ersten Ranges darstelle, sehr nachhaltig schaden könnte.

89. Wenn es sich so verhält, was vom nationalen Gericht zu prüfen ist, stellt dieses Auswahlkriterium meiner Ansicht nach eine erforderliche und nicht unverhältnismäßige Beschränkung dar.

F. Die Verpflichtung zum Erhalt und zur Fortentwicklung der nationalen Operationsbasis (dritte Frage)

90. Art. 5 Buchst. e des Lastenhefts verlangt von dem erwerbenden Unternehmen „[den] Beitrag zum Wachstum der nationalen Wirtschaft, einschließlich in Bezug auf die Erhaltung und Fortentwicklung der derzeitigen nationalen Operationsbasis (*hub*) als Plattform von entscheidender strategischer Bedeutung in den Beziehungen zwischen Europa, Afrika und Lateinamerika“.

91. Es scheint klar zu sein, dass die Erhaltung und Fortentwicklung der nationalen Operationsbasis an ein rein wirtschaftliches Ziel anknüpft, nämlich das Wachstum der nationalen Wirtschaft.

42 Die niederländische Regierung beruft sich auf das Urteil vom 7. Mai 1998, *Clean Car Autoservice* (C-350/96, EU:C:1998:205, Rn. 36 und 37).

43 Rn. 52 ihrer Erklärungen.

44 Ebd., Rn. 55.

45 Rn. 40 und 41 ihrer Erklärungen.

92. Zugunsten dieses Kriteriums ließe sich vielleicht (wie beim soeben geprüften) vorbringen, dass es geeignet ist, die Kontinuität der Beziehungen zwischen den Ländern der portugiesischen historischen und sprachlichen Gemeinschaft sicherzustellen. Jedoch ist in der Klausel des Lastenhefts nur von „entscheidender strategischer Bedeutung [der Operationsbasis] in den Beziehungen zwischen Europa, Afrika und Lateinamerika“ die Rede. Im Kontext der Privatisierungsvorschrift wird also vorausgesetzt, dass diese Beziehungen im Zusammenhang mit der nationalen Wirtschaft und als Faktor, der geeignet ist, zu ihrem Wachstum beizutragen, relevant sind.

93. Angesichts dieser rein wirtschaftlichen Dimension könnte das Kriterium des Erhalts der nationalen Operationsbasis nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Beschränkung, die es für die Niederlassungsfreiheit mit sich bringt, nicht rechtfertigen.

94. Wie es dazu im Urteil vom 21. Dezember 2016, AGET Iraklis⁴⁶, heißt, „können nach ständiger Rechtsprechung rein wirtschaftliche Gründe, wie u. a. die Förderung der nationalen Wirtschaft oder deren gutes Funktionieren, keine Beeinträchtigungen rechtfertigen, die gemäß dem Vertrag verboten sind“.

95. Das bedeutet nicht, dass der Gerichtshof für die wirtschaftlichen Interessen der Mitgliedstaaten unempfindlich ist, wenn sie zugunsten der Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit zum Vorteil eines berechtigten sozialpolitischen Ziels ins Feld geführt werden. Im Urteil AGET Iraklis führt er ebenfalls aus: „Da die Union ... nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielrichtung hat, müssen die sich aus den Bestimmungen des Vertrags über den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr ergebenden Rechte gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden, zu denen, wie aus Art. 151 Abs. 1 AEUV hervorgeht, die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, ein angemessener sozialer Schutz, der soziale Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotenzials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen zählen ...“⁴⁷

96. Im vorliegenden Fall lässt sich jedoch in diesem Kriterium keine andere als eine rein wirtschaftliche Dimension erkennen, die das Lastenheft zu diesem Punkt als einzige anführt. Seine Anwendung stellt ein Hindernis für die Niederlassungsfreiheit dar, die mangels einer sachlichen Rechtfertigung mit dem Unionsrecht unvereinbar ist.

VI. Ergebnis

97. Angesichts des Vorstehenden schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Supremo Tribunal Administrativo (Oberster Verwaltungsgerichtshof, Portugal) wie folgt zu antworten:

1. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt ist auf ein Verfahren zur Reprivatisierung einer öffentlichen Einrichtung, die das Gesellschaftskapital eines Luftfahrtunternehmens hält, nicht anwendbar.
2. Die Art. 49 und 54 AEUV sind dahin auszulegen, dass sie unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens folgenden mit dem Reprivatisierungsverfahren verbundenen Anforderungen nicht entgegenstehen:
 - der Befähigung, die Erfüllung der die erwerbende Einrichtung treffenden Gemeinwohlverpflichtungen zu gewährleisten, und

⁴⁶ Urteil vom 21. Dezember 2016 (C-201/15, EU:C:2016:972, Rn. 72).

⁴⁷ Urteil vom 21. Dezember 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, Rn. 77).

- dem Verbleib des Sitzes und der tatsächlichen Leitung der Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, in dem sie gegründet wurde, sofern dies zur Sicherstellung der in zweiseitigen Abkommen zwischen diesem Staat und anderen Drittstaaten, zu denen er besondere historische, sprachliche, kulturelle und soziale Verbindungen unterhält, anerkannten Flugrechte unerlässlich ist, sofern diese Abkommen verlangen, dass das Unternehmen, das Inhaber der entsprechenden Betriebsgenehmigung ist, die Staatszugehörigkeit des unterzeichnenden Mitgliedstaats hat.
3. Die Art. 49 und 54 AEUV sind dahin auszulegen, dass es mit ihnen unvereinbar ist, dass zu den genannten Anforderungen der „Beitrag zum Wachstum der nationalen Wirtschaft, einschließlich der Erhaltung und Fortentwicklung der derzeitigen nationalen Operationsbasis“ gehört.