SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GEORGES COSMAS

vom 16. Mai 2000 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung ..... I - 388

II — Rechtlicher Rahmen ..... I - 388

III — Sachverhalt und angefochtene Entscheidung ..... I - 390

IV — Nichtigkeitsgründe ..... I - 394

A — Auslegung der Rechtsgrundlage der angefochtenen Entscheidung (erster und zweiter Nichtigkeitsgrund) ..... I - 395

a) Vorbringen der Parteien ..... I - 395

aa) Unzuständigkeit wegen Verstoßes gegen Artikel 8 Absätze 1 und 3 der Verordnung Nr. 2408/92 und gegen Artikel 155 (jetzt Artikel 211 EG) sowie 169 EG-Vertrag (jetzt Artikel 226 EG) (erster Nichtigkeitsgrund) ..... I - 395

ab) Verstoß gegen die Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 und die Artikel 59, 61 Absatz 1 und 84 Absätze 1 und 2 des Vertrages sowie gegen die Grundsätze der Rechtsprechung zum freien Dienstleistungsverkehr (zweiter Nichtigkeitsgrund) ..... I - 396

b) Mein Standpunkt ..... I - 398

B — Verletzung oder fehlerhafte Auslegung von Artikel 8 Absätze 1 und 3 der Verordnung Nr. 2408/92 infolge verfehlter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (dritter Nichtigkeitsgrund) ..... I - 409

C — Zum Verstoß gegen Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 im Hinblick auf die Regeln über mittelbare Diskriminierungen und die offensichtlich unzutreffende Würdigung des Sachverhalts (vierter Nichtigkeitsgrund) ..... I - 415

V — Ergebnis ..... I - 421

1 — Originalsprache: Griechisch.

I — Einleitung

1. Mit der vorliegenden Klage beantragt die Italienische Republik (nachstehend: Klägerin) die Nichtigerklärung der Entscheidung 98/710/EG der Kommission vom 16. September 1998 in einem Verfahren zur Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates (Sache VII/AMA/11/98 — Italienische Verkehrsaufteilungsregeln für das Mailänder Flughafensystem) [2] (nachstehend: angefochtene Entscheidung), mit der ihr untersagt wurde, die durch nationale Dekrete festgelegten Aufteilungsregeln für den Flugverkehr des Mailänder Flughafensystems anzuwenden, die unter anderem vorsahen, den Flugverkehr des Flughafens Linate zum Flughafen Malpensa umzuleiten. Die Klägerin macht geltend, die angefochtene, auf wahrscheinliche und unverhältnismäßige Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs gestützte Entscheidung habe die Grenzen der als Rechtsgrundlage gewählten Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 [3] überschritten. Zugleich wird geltend gemacht, die Kommission habe den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unrichtig angewandt. Schließlich habe die Kommission den Sachverhalt falsch gewürdigt, auf dessen Grundlage sie das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung zugunsten des nationalen Luftfahrtunternehmens (Alitalia) festgestellt habe.

2 — ABl. L 337, S. 42.

3 — Verordnung des Rates vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs (ABl. L 240, S. 8).

II — Rechtlicher Rahmen

2. Artikel 59 Absatz 1 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 Absatz 1 EG) bestimmt:

„Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, werden während der Übergangszeit nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen schrittweise aufgehoben."

3. Artikel 61 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 51 Absatz 1 EG) lautet:

„Für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs gelten die Bestimmungen des Titels über den Verkehr."

4. Im Übrigen gilt gemäß Artikel 84 Absatz 2 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 80 Absatz 2 EG):

„Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit darüber entscheiden, ob, inwieweit und

nach welchen Verfahren geeignete Vorschriften für die Seeschifffahrt und Luftfahrt zu erlassen sind. Die Verfahrensvorschriften des Artikels 75 Absätze 1 und 3 finden Anwendung."

5. In den beiden ersten Begründungserwägungen der Verordnung Nr. 2408/92 heißt es:

„Es ist von Bedeutung, gemäß Artikel 8a des Vertrages bis zum 31. Dezember 1992 eine Luftverkehrspolitik für den Binnenmarkt festzulegen.

Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist."

6. Die neunzehnte Begründungserwägung dieser Verordnung lautet:

„Alle Fragen des Marktzugangs sollen in ein und derselben Verordnung des Rates behandelt werden."

7. Im Übrigen gilt gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92:

„Vorbehaltlich dieser Verordnung wird Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft von den betroffenen Mitgliedstaaten die Genehmigung erteilt, Verkehrsrechte auf Strecken in der Gemeinschaft auszuüben."

8. Schließlich bestimmt Artikel 8 dieser Verordnung:

„1. Diese Verordnung berührt nicht das Recht eines Mitgliedstaats, ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder der Identität des Luftfahrtunternehmens die Aufteilung des Verkehrs auf die einzelnen Flughäfen eines Flughafensystems zu regeln.

2. Die Ausübung von Verkehrsrechten unterliegt den veröffentlichten gemeinschaftlichen, einzelstaatlichen, regionalen oder

örtlichen Vorschriften in den Bereichen Sicherheit, Umweltschutz und Zuweisung von Start- und Landezeiten.

3. Die Kommission prüft auf Antrag eines Mitgliedstaats oder von sich aus die Anwendung der Absätze 1 und 2 und entscheidet innerhalb eines Monats ab Antragseingang nach Anhörung des in Artikel 11 genannten Ausschusses darüber, ob der Mitgliedstaat die Maßnahme weiterhin anwenden darf. Die Kommission teilt dem Rat und den Mitgliedstaaten ihre Entscheidung mit.

4. Jeder Mitgliedstaat kann den Rat binnen Monatsfrist mit der Entscheidung der Kommission befassen. Der Rat kann binnen Monatsfrist mit qualifizierter Mehrheit unter außergewöhnlichen Umständen anders entscheiden.

..."

III — Sachverhalt und angefochtene Entscheidung

9. Das Flughafensystem von Mailand umfasst die Flughäfen Linate, Malpensa und Orio al Serio (Bergamo). Die Aufteilung des Flugverkehrs erfolgte unter Berücksichtigung bestehender Betriebszwänge nach Marktregeln. Hieraus ergab sich eine unwirksame Nutzung der verfügbaren Kapazität der Flughäfen, da der Flughafen Linate überlastet, Malpensa hingegen nicht ausreichend ausgelastet war [4]. Im Übrigen konnte keiner dieser Flughafen eine große Plattform für Verbindungen nationaler, internationaler und innergemeinschaftlicher Flüge werden.

10. Die italienischen Behörden beschlossen daher, das Flughafensystem von Mailand neu zu organisieren, um Malpensa zum Drehkreuz zu machen und für die Zukunft die erforderlichen Flughafenkapazitäten bereitzustellen. Diese Zielsetzung bedeutete die Erweiterung und den Ausbau des Flughafens Malpensa; das Vorhaben wurde

4 — Auf dem Flughafen Linate, der 10 km vom Stadtzentrum von Mailand entfernt liegt, konzentriert sich der Großteil des internationalen und nationalen innergemeinschaftlichen Flugverkehrs. Der Flughafen Linate stieß auf erhebliche Kapazitätsprobleme. 1997 nämlich benutzten etwa 14 Millionen Fluggäste diesen Flughafen, obwohl seine Höchstkapazität auf 8 Millionen geschätzt wird. Der Flughafen Malpensa, der 53 km vom Stadtzentrum von Mailand entfernt liegt, wurde angesichts der Zwänge, die eine Abwicklung internationaler Flüge über den Flughafen Linate ausschlossen, für diese Flüge eingesetzt. Malpensa wickelte nur bestimmte innergemeinschaftliche Flüge in begrenzter Anzahl ab, weil die Fluggäste den Flughafen Linate vorziehen, der näher am Stadtzentrum von Mailand liegt. Der Flughafen Malpensa wurde daher 1997 nur von ungefähr 4 Millionen Passagieren benutzt, obwohl seine Höchstkapazität auf 6 Millionen geschätzt wird. Der Flughafen Orio al Serio, der etwa 50 km vom Stadtzentrum von Mailand entfernt in der Nähe von Bergamo liegt, wurde hauptsächlich für den Frachtverkehr und für Charterflüge sowie in geringerem Maße für den regelmäßigen Linienverkehr eingesetzt.

unter dem Namen „Malpensa 2000" bekannt[5]. Die Finanzvorschriften, auf denen der neue Flughafen Malpensa aufbaute, erforderten die Konzentration des Verkehrs auf diesen Flughafen und folglich eine unvermeidbare Verlagerung des Verkehrs vom Flughafen Linate auf den von Malpensa.

11. Aus diesem Grund erließ der italienische Verkehrsminister am 5. Juli 1996 das Dekret Nr. 46-T, mit dem die Regeln über die Verteilung des Flugverkehrs im Rahmen des Flughafensystems von Mailand festgelegt wurden. Artikel 1 Absatz 1 bestimmte, dass ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme vorrangiger Einrichtungen von „Malpensa 2000", der durch ein weiteres Dekret festgelegt werden sollte, der gesamte regelmäßige und unregelmäßige Verkehr der interkontinentalen und innergemeinschaftlichen Linien (einschließlich der nationalen und internationalen innergemeinschaftlichen Linien) bei Ankunft und Abflug über den Flughafen Malpensa abgewickelt werde. Gemäß Artikel 1 Absatz 2 durften diese Leistungen bei Ankunft und Abflug auch vom Flughafen Orio al Serio erbracht werden. Gemäß Artikel 1 Absätze 3 und 4 war der Flughafen Linate nur für die allgemeine Luftfahrt und für die Abwicklung von Direktflügen ohne Zwischenlandung solcher Linien von und nach Mailand bestimmt, bei denen das Jahresaufkommen der beförderten Fluggäste sich in dem Jahr vor Inbetriebnahme der vorrangigen Einrichtungen auf mindestens 2 Millionen belief oder während der drei vergangenen Jahre im Jahresdurchschnitt 1,75 Millionen erreicht hatte.

12. Am 23. Oktober 1997 erließ die italienische Regierung das Dekret Nr. 57-T, nach dessen Artikel 1 Absatz 1 die vorrangigen Einrichtungen im Sinne des Dekrets Nr. 46-T am 25. Oktober 1998 in Betrieb genommen werden sollten. Nach Maßgabe der Dekrete Nr. 46-T und 57-T mussten ab 25. Oktober 1998 alle Fluglinien nach und von Mailand entweder über den Flughafen Malpensa oder über den von Orio al Serio abgewickelt werden, ausgenommen die Linien der allgemeinen Luftfahrt und der Luftfracht, die die durch Artikel 1 Absatz 4 des Dekrets Nr. 46-T festgelegten Verkehrsschwellenwerte erreichten. Praktisch war die Verbindung Mailand—Rom die einzige, die die festgelegten Schwellenwerte erreichte.

13. Am 16. Februar 1998 beantragten die Fluggesellschaften British Airways, Iberia, Lufthansa, Olympic Airways, Sabena, Scandinavian Airlines System und TAP Air Portugal bei der Kommission festzustellen, dass die Aufteilungsregeln für den Luftverkehr des Flughafensystems von Mailand mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere mit der Verordnung Nr. 2408/92 unvereinbar seien, und den italienischen

5 — Dieses Vorhaben gehört zu den 14 vorrangigen Vorhaben des transeuropäischen Netzes nach der Entscheidung Nr. 1692/96/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 1996 über gemeinschaftliche Leitlinien für den Aufbau eines transeuropäischen Verkehrsnetzes (ABl. L 228, S. 1). Es erhielt einen Finanzbeitrag der Gemeinschaft, einen Zuschuss des Europäischen Investitionsfonds und einen Beitrag der Europäischen Investitionsbank.

Behörden aufzugeben, die Anwendung dieser Regeln zu unterlassen und andere Regeln aufzustellen, die vollkommen mit dem Gemeinschaftsrecht übereinstimmten [6]. Die Fluggesellschaften machten insbesondere geltend, die italienischen Regeln führten in der Praxis zu einer Diskriminierung zugunsten von Alitalia [7] und entsprächen im Übrigen nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [8].

14. Nach Durchführung des vorgesehenen Verfahrens [9] erließ die Kommission am 16. September 1998 auf der Grundlage von Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2408/92 die angefochtene Entscheidung.

15. In den Gründen der angefochtenen Entscheidung nahm die Kommission nach Darlegung des Sachverhalts und des Verfahrens eine rechtliche Würdigung der streitigen italienischen Regeln unter dem Blickwinkel der Verordnung Nr. 2408/92 vor. Jede auf der Grundlage des Artikels 8 Absatz 1 dieser Verordnung beschlossene Beschränkung müsse zugleich dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, auf den diese Vorschrift ausdrücklich hinweise, und den für den freien Dienstleistungsverkehr geltenden allgemeinen Grundsätzen ent-

6 — Am 15. April 1998 teilte Air France der Kommission mit, dass sie den genannten Fluggesellschaften in deren Vorgehen gegen die italienischen Regeln beistehen werde. Am 22. April 1998 beantragten diese Fluggesellschaften bei der Kommission den Erlass vorläufiger Maßnahmen, mit denen verhindert werden sollte, dass diese Regeln vor Entscheidung über die italienischen Regeln in der Hauptsache angewandt würden, bevor nicht der Flughafen Malpensa durch angemessene und ausreichende Verbindungen mit Mailand verbunden sei. Am 27. Mai 1998 befasste die Austrian Airlines die Kommission mit einem eigenen Antrag gleichen Inhalts wie die Haupt- und Nebenanträge der Klägerinnen und machte dieselben Beschwerdegründe geltend.

7 — Nach Darstellung der genannten Fluggesellschaften wird die Anwendung der italienischen Regeln dazu führen, dass allein die Verbindung Mailand—Rom, die derzeit von mehreren Gemeinschaftsunternehmen, darunter Alitalia, betrieben wird, vom Flughafen Linate aus bedient wird. Unter diesen Umständen könne Alitalia noch weitgehend auf das Drehkreuz von Rom zurückgreifen, das sie beim Abflug von Linate aus bedienen könne, während die nichtitalienischen Gemeinschaftsunternehmen nicht mehr die Möglichkeit hätten, ihr eigenes Drehkreuz von diesem Flughafen aus zu bedienen, da sie verpflichtet worden seien, diese Linien von Malpensa aus zu betreiben. Folglich werde Alitalia bei der Erbringung von Flugdiensten des Mittel- und Langstreckenverkehrs, die über ihr Drehkreuz abgewickelt würden, in den Genuss eines Wettbewerbsvorteils gegenüber den nichtitalienischen Gemeinschaftsunternehmen gelangen. Anders gesagt würden die Fluggäste, die einen Mittel- oder Langstreckenflug von Mailand aus nähmen, der über ein Drehkreuz abgewickelt werde, es vorziehen, über das Drehkreuz von Alitalia statt über das anderer Gemeinschaftsunternehmen zu reisen. Außerdem vertraten die Fluggesellschaften die Auffassung, dass das Fehlen ausreichender und abgestimmter Verbindungen den Flughafen Malpensa noch weniger annehmbar als den von Linate machen und folglich die diskriminierende Wirkung der italienischen Regeln noch verstärken werde.

8 — Die genannten Fluggesellschaften waren der Auffassung, dass die italienischen Regeln insoweit unverhältnismäßig seien, als die verfolgten Ziele auch ohne Diskriminierung durch eine rationellere Nutzung der Flughafenkapazitäten erreicht werden könnten, die zugleich eine Unterbelegung von Linate und die Sättigung von Malpensa vermeiden würde. Unter diesen Umständen müsse allen Gemeinschaftsflugunternehmen gestattet werden, Linien mit Abflug in Linate in Richtung ihres jeweiligen Drehkreuzes zu betreiben.

9 — Um die vorliegende Sache im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2408/92 in voller Sachkenntnis untersuchen zu können und die Rechte der Verteidigung zu wahren, übermittelte die Kommission am 3. März 1998 den italienischen Behörden den Antrag der Fluggesellschaften und forderte sie zur Stellungnahme auf. Zur diskriminierenden Wirkung der italienischen Regeln vertraten die italienischen Behörden die Auffassung, es liege keine Diskriminierung vor, da der Zugang zur Linie Mailand—Rom nach den geltenden Gemeinschaftsvorschriften sämtlichen Gemeinschaftsflugunternehmen eröffnet sei. Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit führten sie aus, dass die Verkehrsaufteilungsregeln erforderlich seien, um das Ziel der Schaffung eines Drehkreuzes von Malpensa aus zu erreichen und zugleich Linate als Einsatzflughafen zu erhalten.
In mehreren Briefwechseln und Sitzungen informierte die Kommission die italienischen Behörden unter Berücksichtigung der ihr bekannten Gesichtspunkte über ihren Standpunkt in dieser Sache und begründete ihre Zweifel bezüglich der Vereinbarkeit der italienischen Regeln mit Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92. Die italienischen Behörden versicherten erneut, dass die durch das Dekret Nr. 46-T festgelegten Kriterien der Verkehrsaufteilung innerhalb des Flughafensystems von Mailand keinerlei Diskriminierung zum Vorteil von Alitalia mit sich brächten. Um jedoch die Kommission in diesem Punkt ganz zufrieden zu stellen, erklärten die italienischen Behörden, sie könnten sich vorstellen, den Betrieb der Verbindung Mailand—Rom unter bestimmten Voraussetzungen vom Flughafen Linate aus beginnen zu lassen. Die Kommission entschied jedoch, dass diese Voraussetzungen weder angemessen noch tunlich seien.

sprechen, wie sie in der Rechtsprechung des Gerichtshofes erarbeitet worden seien. Diese Grundsätze gingen über das einfache Verbot einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder der Identität des Luftfahrtunternehmens hinaus. Nationale Maßnahmen zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs seien nämlich, auch wenn sie ohne Diskriminierung angewandt würden, nach wie vor unannehmbar, wenn sie nicht aus zwingenden Gründen in Zusammenhang mit dem Allgemeininteresse gerechtfertigt seien oder wenn das gleiche Ergebnis durch weniger einschränkende Vorschriften erreicht werden könne, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachteten.

16. Im vorliegenden Fall gelangte die Kommission bezüglich der Vereinbarkeit der italienischen Regeln mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung unter Berücksichtigung des Wettbewerbs zwischen Alitalia und den übrigen Gemeinschaftsunternehmen zu dem Schluss, dass die mit dem Dekret Nr. 46-T festgelegten Kriterien, die allein der Gesellschaft Alitalia die Bedienung ihres Drehkreuzes Rom-Fiumicino vom Flughafen Linate aus gestatteten und die übrigen Gemeinschaftsfluggesellschaften verpflichteten, ihre jeweiligen Drehkreuze vom Flughafen Malpensa aus zu bedienen, Alitalia einen Wettbewerbsvorteil verschafften. Dieser Vorteil bestehe so lange, als die Infrastrukturen des Zugangs zum Flughafen Malpensa nicht ausreichten, um die gegenwärtige Situation zu bewältigen, die durch die fehlende Neigung der Fluggäste gekennzeichnet sei, diesen Flughafen zu benutzen. Die Kommission vertrat daher die Auffassung, dass die Anwendung der durch das Dekret Nr. 46-T festgelegten Kriterien ab 25. Oktober 1998 nach Maßgabe der Vorschriften des Dekrets Nr. 57-T in der Praxis zu diskriminierenden Wirkungen zugunsten von Alitalia führen werde. Folglich sei die Anwendung dieser Kriterien ab dem 25. Oktober 1998 nach Maßgabe des Dekrets Nr. 57-T unvereinbar mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung aufgrund der Identität des Luftfahrtunternehmens nach Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92.

17. Zur Übereinstimmung der italienischen Regeln mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wies die Kommission zunächst darauf hin, dass Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 ausdrücklich die Legitimität einer dynamischen Politik der Umgestaltung des Flughafens Malpensa anerkenne, und dass das Vorhaben „Malpensa 2000" ein voll funktionsfähiges und wirtschaftlich lebensfähiges Drehkreuz auf dem betreffenden Flughafen einrichten sollte. Die Kommission untersuchte sodann die mit den Regeln über die Aufteilung des Flugverkehrs eingeführten Beschränkungen und gelangte zu dem Schluss, dass die Funktionsfähigkeit des Vorhabens „Malpensa 2000" (einschließlich der Nutzung sämtlicher Flüge zum gegebenen Zeitpunkt und der Vorbedingung des normalen Zugangs der Fluggäste zum Flughafen) nicht die volle Übertragung des Verkehrsaufkommens aufgrund der italienischen Regeln ab 25. Oktober 1998 voraussetze. Die Lebensfähigkeit des Betriebs des Drehkreuzes von Malpensa setze die Übertragung eines Verkehrsaufkommens voraus, das mit der Kapazität der Flughafeneinrichtungen und den Infrastrukturen der Anbindung vereinbar sei. Anderenfalls könne der Erfolg der Entwicklung und der zukünftigen Position des Flughafens Malpensa als Drehkreuz in der Gemeinschaft gefährdet sein. Ein Hinauszögern dieser

Übertragung oder ihre schrittweise Durchführung ab 25. Oktober 1998 sei für die Verwirklichung dieses Ziels angemessener und gestatte zudem, die Beeinträchtigungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Luftverkehr von und nach Mailand in Grenzen zu halten. Die italienischen Regeln seien daher nicht unerlässlich, um das von den italienischen Behörden verfolgte Ziel zu erreichen, das auch mit Mitteln verwirklicht werden könne, die unter dem Gesichtspunkt der freien Dienstleistung im Luftverkehr weniger einschneidend seien. Außerdem scheine die Auferlegung von Beschränkungen, die zu einem sofortigen drastischen Rückgang der Tätigkeiten von Linate von 14,2 Millionen Fluggästen jährlich im Jahre 1997 auf 2,5 Millionen Fluggäste nach Inkrafttreten der neuen Vorschriften führen werde, keine angemessene Maßnahme zu sein, um das in der elften Begründungserwägung des Dekrets Nr. 46-T genannte Ziel zu erreichen, dass der Flughafen Linate auf jeden Fall in Betrieb gehalten werden müsse. Die Kommission stellte sich daher auf den Standpunkt, dass die mit den Dekreten Nr. 46-T und 57-T festgelegten Regeln für die Verkehrsaufteilung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar seien.

18. Aus den genannten Gründen entschied die Kommission, dass die Klägerin die Regeln über die Verkehrsaufteilung innerhalb des Flughafensystems von Mailand, wie sie in den streitigen Dekreten vorgesehen seien, nicht anwenden dürfe.

19. Kein Mitgliedstaat hat unter Nutzung der in Artikel 8 Absatz 4 der Verordnung Nr. 2408/92 vorgesehenen Möglichkeit den Rat befasst.

20. Am 8. Oktober 1998 hat die Klägerin gegen die Entscheidung Klage beim Gerichtshof erhoben. Mit dieser Klage beantragt sie, der Gerichtshof solle die angefochtene Entscheidung der Kommission für nichtig erklären und dieser die Kosten des Verfahrens auferlegen. Die Kommission beantragt für ihr Teil Klageabweisung und Kostenurteil gegen die Klägerin.

IV — Nichtigkeitsgründe

21. Um der gedanklichen Kohärenz meiner Untersuchung willen werde ich den ersten und zweiten Nichtigkeitsgrund gemeinsam behandeln, da beide die gleiche allgemeine Problematik der Auslegung der Rechtsgrundlage der angefochtenen Entscheidung betreffen (A). Sodann werde ich den dritten Nichtigkeitsgrund prüfen, mit dem die Klägerin geltend macht, die Kommission habe auf jeden Fall den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unrichtig angewandt (B). Schließlich werde ich den vierten Nichtigkeitsgrund untersuchen, mit dem zum einen die Verletzung der Regeln über mittelbare Diskriminierungen und zum anderen die offensichtlich unzutreffende Würdigung des Sachverhalts gerügt wird, die die Kommission in den Gründen der

angefochtenen Entscheidung vorgenommen habe (C).

A — *Auslegung der Rechtsgrundlage der angefochtenen Entscheidung (erster und zweiter Nichtigkeitsgrund)*

a) Vorbringen der Parteien

aa) Unzuständigkeit wegen Verstoßes gegen Artikel 8 Absätze 1 und 3 der Verordnung Nr. 2408/92 und gegen Artikel 155 (jetzt Artikel 211 EG) sowie 169 EG-Vertrag (jetzt Artikel 226 EG) (erster Nichtigkeitsgrund)

22. Mit diesem ersten Nichtigkeitsgrund rügt die Klägerin, die angefochtene Entscheidung müsse für nichtig erklärt werden, weil die Kommission entgegen der wirklichen Bedeutung des Artikels 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2408/92, auf dem ihre Zuständigkeit zum Erlass der betreffenden Entscheidung beruhe, die Übereinstimmung der italienischen Regeln mit den Grundsätzen des freien Dienstleistungsverkehrs und insbesondere mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geprüft und sich nicht pflichtgemäß auf eine Prüfung ihrer Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung beschränkt [10].

23. Die Kommission tritt dem gesamten Vorbringen zur Stützung des ersten Klagegrundes entgegen und erklärt, die Verordnung Nr. 2408/92 wende sämtliche in Artikel 59 des Vertrages verankerten Regeln über den freien Dienstleistungsverkehr auf den Luftverkehr an. Sofern man sich auf eine wörtliche, systematische und teleologische Auslegung beschränke, könne Ar-

10 — Die italienische Regierung macht insbesondere geltend, dass Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 den Mitgliedstaaten eine ausschließliche Zuständigkeit für die Regelung der Verkehrsaufteilung auf die Flughäfen übertrage, die durch die Pflicht begrenzt werde, den Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder der Identität des Luftfahrtunternehmens einzuhalten. Absatz 3 dieses Artikels übertrage der Kommission eine Zuständigkeit der Überprüfung, ob die erlassenen innerstaatlichen Maßnahmen den Bestimmungen des Absatzes 1 entsprächen. Aus der Formulierung dieses Absatzes, die eindeutig sei, ergebe sich, dass einziges Ziel dieser Kontrolle die Übereinstimmung der nationalen Maßnahmen mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und nicht allgemein ihre Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht sei. Überdies habe der Gemeinschaftsgesetzgeber, wenn er wie im Falle des Artikels 9 Absätze 4 und 5 der nämlichen Verordnung eine solch allgemeine Kontrolle habe vorsehen wollen, ausdrücklich festgelegt, dass diese Kontrolle sich nicht nur auf die Übereinstimmung der nationalen Vorschriften mit den Vorschriften der betreffenden Verordnung beziehe, sondern ferner die Prüfung umfasse, ob diese Maßnahmen nicht gegen „andere Gemeinschaftsvorschriften" verstießen.
In der angefochtenen Entscheidung sei die Kommission davon ausgegangen, dass sie gemäß Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2408/92 befugt sei, die italienischen Regeln allgemein unter dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts und insbesondere des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der für die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehr gelte, zu prüfen. Diese Vorgehensweise beruhe auf einer fehlerhaften ausdehnenden Auslegung der Ermächtigungsbestimmung zugunsten der Kommission, da die Kommission diese Bestimmung außerhalb der in ihr vorgesehenen Sachverhalte und Bedingungen anwende. Diese Anwendung verstoße gegen die Grundsätze des Vertrages über die Organstellung der Kommission und insbesondere gegen den in Artikel 155 des Vertrages festgelegten Grundsatz strikter Rechtmäßigkeit der Entscheidungsbefugnis der Kommission. Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2408/92 müsse, da er eine Ausnahme von Artikel 169 des Vertrages darstelle, eng ausgelegt werden. Es dürfe ihm daher nicht die Bedeutung gegeben werden, dass die Kommission ihre Entscheidungsbefugnis gebrauchen könne, um Feststellungen zu treffen und verbindliche Entscheidungen zu fällen, die nicht in engem Zusammenhang mit der Anwendung des Absatzes 1 dieses Artikels stünden. Diese Vorschrift spreche das Verbot von Diskriminierungen aus, dessen Durchsetzung keine Ermessensausübung notwendig mache.

tikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 nicht dahin ausgelegt werden, dass er einem Mitgliedstaat gestatte, andere geltende Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts wie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu verletzen [11].

ab) Verstoß gegen die Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 und die Artikel 59, 61 Absatz 1 und 84 Absätze 1 und 2 des Vertrages sowie gegen die Grundsätze der Rechtsprechung zum freien Dienstleistungsverkehr (zweiter Nichtigkeitsgrund)

24. Mit ihrem zweiten, hilfsweise vorgebrachten Nichtigkeitsgrund bezweifelt die Klägerin die rechtliche Begründetheit der angefochtenen Entscheidung, soweit nach ihr die streitigen italienischen Dekrete wegen Nichteinhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen sollen. Mit dem ersten Teil dieses Klagegrundes tritt die Klägerin der Argumentation entgegen, auf deren Grundlage die angefochtene Entscheidung feststellt, dass die nationalen Regeln der Verkehrsaufteilung als Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht zu betrachten seien, wenn sie einen Grundsatz der Verhältnis-

11 — Die Kommission weist insbesondere zum einen darauf hin, dass Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 die Mitgliedstaaten nicht ermächtige, den Luftverkehr unter Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht aufzuteilen, und zum anderen darauf, dass Absatz 3 dieses Artikels die Befugnisse der Kommission nicht auf die Kontrolle der Übereinstimmung der nationalen Maßnahme mit den Bestimmungen des Absatzes 1 begrenze. Absatz 3 fordere im Gegenteil, dass die Kommission zu prüfen habe, ob der Mitgliedstaat die Maßnahme weiterhin anwenden dürfe. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei ein allgemeiner Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der von den Mitgliedstaaten stets dann eingehalten werden müsse, wenn eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts ihnen die Ausübung festumrissener Befugnisse vorbehalte. Außerdem habe die Kommission nach Artikel 155 des Vertrages „für die Anwendung dieses Vertrages sowie der von den Organen auf Grund dieses Vertrages getroffenen Bestimmungen Sorge zu tragen". Dann aber sei sie der Meinung, dass Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2408/92 nicht dahin ausgelegt werden könne, dass er der Kommission untersage, Entscheidungen zu erlassen, die jede schwere Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit außer Acht ließen, obwohl die Kommission selbst wegen Verletzung eben dieses Grundsatzes gemäß Artikel 173 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 230 EG) verklagt werden könne, falls sie die Prüfung der Sache nicht im Licht aller allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts vornehme. Dass Artikel 9 Absätze 4 und 5 der Verordnung Nr. 2408/92 ausdrücklich eine allgemeine Kontrolle der Rechtmäßigkeit nationaler Maßnahmen vorsehe, schließe nicht aus, dass die gleiche Sichtweise auch für den Fall des Artikels 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 gelte. Zu diesem Punkt verweist die Kommission zur Stützung ihrer Auffassung darauf, dass das Gericht in seinem Urteil vom 19. Juni 1997 in der Rechtssache T-260/94 (Air Inter/Kommission, Slg. 1997, II-997) die Behauptung der Klägerin geprüft habe, dass eine Entscheidung der Kommission wegen Verstoßes gegen Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG) fehlerhaft sei, obwohl dieser Artikel in Artikel 8 der Verordnung Nr. 2408/92 nicht erwähnt sei.
Außerdem verstoße ein so enges Verständnis ihrer Entscheidungsbefugnis gegen den Grundsatz ordnungsgemäßer Verwaltung, weil sie die Kommission zwinge, eine Maßnahme auf der Grundlage des Artikels 8 Absätze 1 und 3 der Verordnung Nr. 2408/92 zu billigen, um alsdann das Verfahren nach Artikel 169 des Vertrages einzuleiten. Ein solches Verfahren, das sich aus zwei Abschnitten zusammensetze, einer Kontrollphase nach Artikel 8 Absätze 1 und 3 der Verordnung Nr. 2408/92 und einer Kontrollphase nach Artikel 169 des Vertrages, sei weder mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit noch mit den Erfordernissen einer raschen Lösung von Streitigkeiten über die Rechtmäßigkeit nationaler Maßnahmen vereinbar, wie sie die Erfordernisse des Luftverkehrsmarktes erforderlich machten.

mäßigkeit nicht beachteten [12]. Mit dem zweiten Teil desselben Klagegrundes wendet sich die Klägerin dagegen, dass die angefochtene Entscheidung unter dem Blickwinkel der Verhältnismäßigkeit zu dem Ergebnis gelange, dass die Würdigung der nationalen Dekrete zum Flughafensystem von Mailand eine Verbotsmaßnahme ihr gegenüber rechtfertige. Insbesondere habe die Kommission zu Unrecht in Randnummer 49 ihrer Entscheidung die Übereinstimmung der italienischen Dekrete mit den Gemeinschaftsvorschriften unter Zugrundelegung eines wirtschaftlichen Interesses wie der Lebensfähigkeit eines Flughafensystems als Kriterium geprüft [13].

25. Zum ersten Teil des zweiten Nichtigkeitsgrundes wendet die Kommission ein, dass der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs im Luftverkehr innerhalb der Gemeinschaft in Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 verankert sei. Die nationalen Maßnahmen, die diesen Grundsatz einschränkten, müssten den für den freien Dienstleistungsverkehr geltenden allgemeinen Grundsätzen auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofes gehorchen. Die genannten allgemeinen Grundsätze, auf die in allen Fällen bei der Auslegung der Verordnung Nr. 2408/92

12 — Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Kommission, selbst wenn davon auszugehen wäre, dass bei der Auslegung von Vorschriften des Dekrets die in Artikel 59 des Vertrages verankerten Grundsätze anzuwenden wären, diese nicht herangezogen habe, um Artikel 8 der Verordnung auszulegen, sondern um diesen zu ergänzen und ihm damit eine Bedeutung und Tragweite zu geben, die über den klaren Inhalt dieser Vorschrift hinausgingen. Außerdem könne sich die Kommission nicht auf Artikel 59 und die Rechtsprechung zu dieser grundlegenden Vorschrift des Vertrages berufen. Die Bestimmungen des Titels IV des Vertrages gälten nicht für den See- und Luftverkehr (Artikel 84 Absatz 1). Es sei Sache des Rates, den Luftverkehr zu regeln (Artikel 84 Absatz 2). Gerade die Verordnung Nr. 2408/92 sei auf dieser Rechtsgrundlage erlassen worden und stelle daher die einzige Rechtsquelle für den Bereich dar, um den es in der angefochtenen Entscheidung gehe.
Die Kommission habe die Grundsätze der Rechtsprechung zu den Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs nicht angemessen angewandt. Diese könnten für den Sektor des Luftverkehrs nicht gelten, da die Verordnung Nr. 2408/92 die Voraussetzungen des Zugangs zu den innergemeinschaftlichen Luftverkehrslinien harmonisiert habe. Überdies seien, wie die Klägerin in ihrer Erwiderung ausführt, Artikel 8 Absatz 1, der den Mitgliedstaaten gestatte, die Aufteilung des Luftverkehrs zu regeln, falls dabei der Grundsatz der Nichtdiskriminierung eingehalten werde, wie auch andere Artikel der Verordnung, insbesondere Artikel 9, der ausdrücklich in Absatz 2 letzter Gedankenstrich die Notwendigkeit erwähne, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einzuhalten, wenn man Einschränkungen bei der Ausübung ihrer Rechte durch die Verkehrsunternehmen vornehme, im Rahmen eines Beurteilungsspielraums zu sehen, der dem Rat nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes (die Klägerin verweist auf das Urteil vom 22. Mai 1985 in der Rechtssache 13/83, Parlament/Rat, Slg. 1985, 1513, Randnr. 65) bei der Schaffung des freien Dienstleistungsverkehrs im Bereich des Luftverkehrs zustehe. Im vorliegenden Fall seien daher die streitigen italienischen Dekrete einer Kontrolle nur auf der Grundlage von Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92, nicht aber auf der Grundlage der genannten Rechtsprechungsgrundsätze unterworfen.

13 — Die Klägerin beruft sich darauf, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Anwendung finde, wenn es um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Beschränkungen nach Maßgabe zwingender Erfordernisse des Allgemeininteresses gehe. Folglich sei, wenn eine Beschränkung nicht auf ein zwingendes Erfordernis gestützt sei, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht anzuwenden. Für den Fall, dass Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 die betreffenden Maßnahmen aufgrund von wirtschaftlich gültigen Erfordernissen (und vorbehaltlich des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung) zulasse, erscheine es willkürlich, auf allgemeine Grundsätze zurückzugreifen, um diese Maßnahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle zu unterwerfen.
Außerdem könne die Kommission dem Fehlen eines Hinweises auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 nicht dadurch begegnen, dass sie selbst einen neuen Begriff des Allgemeininteresses schaffe, zu dem Erfordernisse rein wirtschaftlicher Art gehörten wie die, die der Schaffung eines wirksamen Flughafensystems zugrunde lägen. Ebenso wenig könne die Kommission mit dem Begriff eines zwingenden Erfordernisses des Allgemeininteresses „spielen", indem sie unerhebliche Vorschriften wie Artikel 129b EG-Vertrag (jetzt Artikel 154 EG) anführe.
Schließlich macht die Klägerin geltend, das Arbeitsprogramm zur Verbesserung der Verbindung mit dem Flughafen Malpensa, das die Kommission berücksichtigt habe, sei für die Anwendung der Verordnung Nr. 2408/92 unerheblich, weil nicht zu sehen sei, wie es Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der Dekrete zur Aufteilung des Verkehrs auf die Flughäfen Malpensa und Linate nach Gemeinschaftsrecht nehmen könne, selbst wenn man es im Licht der ohnehin streitigen Rechtsauffassungen betrachte, auf die sich die angefochtene Entscheidung stütze.

zurückzugreifen sei, beschränkten sich nicht darauf, einfach Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu untersagen, sondern schlössen ebenfalls Maßnahmen aus, die diese Freiheit beschränkten, auch wenn sie für die Erbringer von Dienstleistungen ohne Rücksicht auf deren Staatsangehörigkeit gälten, falls nicht diese Maßnahmen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt seien oder das gleiche Ergebnis durch weniger einschränkende Regeln erreicht werden könne.

26. Zum zweiten Teil des zweiten Nichtigkeitsgrundes, der auf das angebliche Fehlen zwingender Gründe des Allgemeininteresses gestützt wird, verweist die Kommission darauf, dass Erfordernisse dieser Art nicht erschöpfend aufgezählt werden könnten. Das Ziel, ein funktionierendes und lebensfähiges Drehkreuz zu schaffen, das man ebenfalls mit Wendungen wie „wirksamer Verkehrsbetrieb" oder „Notwendigkeit geeigneter Neuplanung des Staatsgebietes" beschreiben könne, müsse als zwingender Grund des Allgemeininteresses betrachtet werden [14].

14 — Die Kommission ist der Auffassung, dass Erwägungen bezüglich der Infrastrukturen des Verkehrs zum Begriff des Allgemeininteresses gehörten, wie die Artikel 8 Absatz 1 und 9 der Verordnung Nr. 2408/92 belegten. Auch wenn die Zielsetzung der Schaffung eines funktionierenden und lebensfähigen Drehkreuzes volkswirtschaftliche Folgen einbeziehen sollte, betreffe sie keineswegs betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte, deren Verwendung als Rechtfertigung für Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs der Gerichtshof als unzulässig angesehen habe. Die Rechtsprechung habe jedenfalls zugestanden, dass die parallele Verfolgung wirtschaftlicher Interessen durch nationale Maßnahmen kein Hindernis sei, sie als legitim zu betrachten, soweit sie zugleich zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses folgten, was durch Artikel 129c EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 155 EG) bekräftigt werde.

b) Mein Standpunkt

27. Mit ihren beiden ersten Nichtigkeitsgründen bekämpft die Klägerin die Gültigkeit der angefochtenen Entscheidung im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Kommission die streitigen italienischen Dekrete nicht nur unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, sondern auch unter dem des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geprüft habe.

28. Diese Rüge ist nicht überzeugend und kann auch nicht zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung führen. Vom Ergebnis her betrachtet hat die Kommission meines Erachtens zu Recht die Kontrolle der italienischen Regeln auf die beiden genannten allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts gestützt. Zu diesem Schluss gelange ich indessen aus Gründen, die sich teilweise nicht nur von der Begründung der angefochtenen Entscheidung, sondern auch vom Vorbringen der Kommission vor dem Gerichtshof unterscheiden.

29. Sowohl die Klägerin als auch die Kommission stützen ihre Argumentation auf den Gedanken, dass die Wahl des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als Rechtsgrundlage der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der streitigen italienischen Dekrete nach Gemeinschaftsrecht entweder die unmittelbare Anwendung der allgemeinen Grundsätze, die die Rechtsprechung des Gerichtshofes bei der Kontrolle von Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs dem Artikel 59 des Vertrages entnimmt, oder die Auslegung des Artikels 8 Absätze 1 und 3 der Verordnung Nr. 2408/92 im Licht der genannten Grundsätze voraussetzt. Bevor man indessen prüft, ob diese beiden al-

ternativen Voraussetzungen erfüllt sein können, und damit die vorgreifliche Frage aufwirft, ob und in welchem Umfang die Verordnung Nr. 2408/92 dem Grundprinzip des freien Dienstleistungsverkehrs im Sektor Luftverkehr Raum gibt, ist zu prüfen, ob sich die Notwendigkeit, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden, zunächst schon aus dem Verbot von Diskriminierungen selbst ergibt, wie es in Artikel 8 Absatz 1 der genannten Verordnung Ausdruck gefunden hat. Wenn dies zutrifft, ist sodann zu prüfen, ob die Prämissen, die dem dann anzuwendenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu Grunde liegen, mit denen übereinstimmen, auf denen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufbaut, wie ihn die Kommission in der angefochtenen Entscheidung angewandt hat. Für diesen Fall nämlich sind dann die beiden ersten Nichtigkeitsgründe auf jeden Fall unabhängig von dem Ergebnis als unbegründet zurückzuweisen, zu dem die Prüfung der Möglichkeit führen könnte, die aus Artikel 59 abgeleiteten Grundsätze der Rechtsprechung anzuwenden oder zu berücksichtigen.

30. Ich bin zunächst der Auffassung, dass die Notwendigkeit einer Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sich bereits aus dem Verbot von Diskriminierungen ergibt, dessen Beachtung in Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 ausdrücklich vorgeschrieben ist.

31. Es kann nicht bezweifelt werden, dass das in Artikel 8 Absatz 1 ausgesprochene Verbot von Diskriminierungen im Licht sowohl der allgemeinen Lehre vom Gemeinschaftsrecht als auch der Rechtsprechung des Gerichtshofes untersucht werden muss, denen zufolge der allgemeine Grundsatz der Nichtdiskriminierung sowohl die unmittelbaren als auch die mittelbaren Diskriminierungen betrifft [15]. Daher führt die angefochtenen Entscheidung zu Recht aus, dass „der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemäß Artikel 8 Absatz 1 allen Maßnahmen entgegen [steht], die auch ohne ausdrücklichen Bezug auf die Nationalität oder Identität des Luftfahrtunternehmens diskriminierende Effekte, wenn auch indirekt, hervorrufen" [16].

32. Zu diesem Punkt ist darauf hinzuweisen, dass bei unmittelbaren Diskriminierungen das Vorliegen der Diskriminierung definitionsgemäß offensichtlich ist: Sowohl eine unterschiedliche Behandlung gleicher Sachverhalte und die Gleichbehandlung abweichender Sachverhalte (Diskriminierung in der Praxis) als auch die Rechtswidrigkeit dieser Behandlung (Diskriminierung durch das Gesetz) ergeben sich unmittelbar daraus, dass die streitigen Maßnahmen ein verbotenes Kriterium verwenden. Um demgegenüber eine mittelbare Diskriminierung feststellen zu können, bedarf es einer komplexen Argumentation, die sich erstens auf eine vertiefte Untersuchung des konkreten Sachverhalts, den die streitige Maßnahme regelt, und eine Prüfung der Frage stützt, ob nicht auf dem Hintergrund dieses Sachverhalts das verwandte, vordergründig neutrale Kriterium nicht letztlich in der

15 — Zur Lehre vgl. Lenaerts, K., „L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples", *Cahiers de droit européen*, 1991, S. 3.
Zur Rechtsprechung vgl. statt vieler Urteil vom 12. Februar 1974 in der Rechtssache 152/73 (Sotgiu, Slg. 1974, 153, Randnr. 11), das die Grundlagen der Rechtsprechung zum Verbot mittelbarer Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit geschaffen hat. Zum freien Dienstleistungsverkehr vgl. z. B. von den jüngeren Urteilen Urteil vom 29. April 1999 in der Rechtssache C-224/97 (Ciola, Slg. 1999, I-2517, Randnrn. 13 ff.).

16 — Vgl. Randnr. 30 der angefochtenen Entscheidung.

Praxis eine Diskriminierung bewirkt, sowie zweitens auf die Feststellung des diskriminierenden Charakters der getroffenen Unterscheidung in den Augen des Gesetzes, d. h. der mittelbaren, aber engen Verbindung zwischen dieser und einem verbotenen Kriterium. Im Rahmen der vorgenannten Argumentation ist es mit anderen Worten wesentlich, zunächst zu prüfen, ob die in der Praxis vorkommende Diskriminierung allgemein die notwendige Folge des verwendeten Kriteriums ist, oder ob sie ein zufälliges Ergebnis darstellt, das nicht auf die streitige Regelung zurückzuführen ist. Diese Prüfung ist zugegebenermaßen nicht immer einfach und kann auf jeden Fall nicht dem Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Gesetzes [17] vorgreifen, ob man nun auf die Lehren der allgemeinen Erfahrung oder auf statistische Erhebungen abstellt. Aus diesem Grund ist sodann noch eine Untersuchung in umgekehrter Richtung anzustellen, d. h., es ist zu prüfen, ob die Regelung objektiver Natur ist. Diese objektive Natur ist vernünftigerweise durch Ausarbeitung einer Argumentation zu würdigen, mit der geprüft werden soll, ob die betreffende Regelung im Verhältnis zu ihrer Zielsetzung steht, d. h. notwendig, angemessen und nicht übermäßig abträglich ist. Diese Zielsetzung muss einem zwingenden Erfordernis des Allgemeininteresses entsprechen, das seinerseits in jedem Fall im Wege der Auslegung zu konkretisieren ist. Diese Zielsetzung kann sicherlich ganz allgemein durch eine Rechtsvorschrift festgelegt sein, wie dies für Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 zutrifft, der bestimmt, dass das Ziel der streitigen Maßnahmen sich in den Rahmen der Aufteilung des Verkehrs auf Flughäfen ein und desselben Flughafensystems eingliedern muss. Entspricht die streitige Regelung ihrem Ziel, so ist sie als gültig anzusehen, selbst wenn sie in der Praxis zu einer Diskriminierung führt, weil sich klar zeigt, dass diese Diskriminierung nicht auf die streitige Regelung zurückzuführen ist, weil sie entweder auf Zufall beruht oder auf die legitimen Ziele des Gesetzes selbst zurückgeht, die in der streitigen Regelung ihre optimale Konkretisierung gefunden haben. Aus dem Gesagten folgt, dass bei jeder Prüfung des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung untersucht werden muss, ob die streitige Regelung im Verhältnis zur legitimen Zielsetzung steht, zu deren Verwirklichung sie getroffen worden ist. Diese Untersuchung darf nicht ausschließlich als Teil einer etwaigen Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung betrachtet werden, sondern sollte weiterhin als tragendes Element der Argumentation verstanden werden, die zur Feststellung dieser Diskriminierung führt [18], was die Logik der

17 — Der absolute Beweis für das Vorliegen einer Diskriminierung lässt sich nur bei unmittelbaren Diskriminierungen erbringen. Der unmittelbare Beweis für mittelbare Diskriminierungen besteht wie bei anderen Fällen rechtlicher Beweisführung darin, deren Wahrscheinlichkeit darzutun, oder genauer gesagt, eine richterliche Überzeugung in dieser Richtung zu schaffen.

18 — Vgl. z. B. Urteile vom 23. Mai 1996 in der Rechtssache C-237/94 (O'Flynn, Slg. 1996, I-2617, Randnr. 20: „[E]ine Vorschrift des nationalen Rechts [ist], sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht, als mittelbar diskriminierend anzusehen, wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt") und vom 30. Januar 1997 in den Rechtssachen C-4/95 und C-5/95 (Stöber und Piosa Perreira, Slg. 1997, I-511, Randnrn. 37 ff.).
Ferner ist die Besonderheit mittelbarer Diskriminierungen bereits im Rahmen der Rechtsprechung zu den legitimen Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs sichtbar geworden (vgl. Nr. 51 dieser Schlussanträge), weil nicht klar zu sehen ist, ob die mittelbaren Diskriminierungen auf restriktive Vorschriften zurückzuführen sind, die eine diskriminierende Anwendung erfahren, oder auf unterschiedslos angewandte Vorschriften (vgl. hierzu die Nrn. 44 ff., insbesondere Nr. 50, der Schlussanträge von Generalanwalt Tesauro in den Rechtssachen Decker, Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-120/95, Slg. 1998, I-1831, und Kohll, Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-158/96, Slg. 1998, I-1931), was sich sowohl auf die Wahl der Gründe auswirkt, die zu einer legitimen Rechtfertigung dieser Unterscheidungen führen können, wie auch auf die Feststellung des Beitrags dieser Rechtfertigung zur Ermittlung der betreffenden Diskriminierungen (vgl. hierzu Whelan, A., und Schouten, A., „Anmerkungen zu den Urteilen Decker und Kohll", *Revue des affaires européennes — Law and European Affairs*, 1999, S. 90 ff.).

mittelbaren Diskriminierung von der der unmittelbaren Diskriminierung unterscheidet [19].

33. Im vorliegenden Fall ist die Kommission zu Recht davon ausgegangen, dass zum einen die streitigen italienischen Dekrete auf Grund ihres Zwecks und ihres Gegenstands unter Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 fallen müssten, der die Regeln für die Aufteilung des Verkehrs auf die Flughäfen ein und desselben Flughafensystems betrifft, und dass zum anderen nach dieser Vorschrift zu prüfen sei, ob diese Dekrete eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit oder der Identität des Luftfahrtunternehmens erkennen lassen. Folglich hatte die Kommission bei Berücksichtigung des zuvor Gesagten erstens die Ergebnisse der Anwendung der streitigen Dekrete zu untersuchen und zu prüfen, ob diese Anwendung zu einer unterschiedlichen Behandlung der betroffenen Luftfahrtunternehmen aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihrer Identität führte; zweitens hatte sie zu untersuchen, ob diese Dekrete einem zwingenden Erfordernis des Allgemeininteresses dienen sollten, das einem der verschiedenen legitimen Zwecke des Allgemeininteresses, auf deren Verwirklichung sich eine Maßnahme zur Aufteilung des Verkehrs auf die Flughäfen ein und desselben Flughafensystems richten kann, entsprach; drittens hatte sie zu prüfen, ob die Vorschriften dieser Dekrete im Verhältnis zu dem zwingenden Erfordernis des Allgemeininteresses standen.

34. Zu diesem Punkt ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission, unabhängig von der herangezogenen Rechtsgrundlage und etwaiger Lücken der Auslegung oder der Anwendung des Verbots mittelbarer Diskriminierungen alle genannten Schritte vorgenommen hat.

35. Sie hat genauer gesagt in den Randnummern 31 ff. der angefochtenen Entscheidung bei der Prüfung, ob die mit dem Dekret Nr. 46-T aufgestellten Kriterien in der Praxis zu diskriminierenden Wirkungen führen, die Auswirkungen geprüft, die sich aus deren Anwendung ab dem 25. Oktober 1998, wie im Dekret Nr. 57-T vorgesehen, ergeben könnten.

36. Aus den Randnummern 27, 27.1, 27.2 und 53 der angefochtenen Entscheidung ergibt sich insgesamt, dass die Kommission in der Begründung und im verfügenden Teil der Entscheidung davon ausgegangen ist,

19 — Zur Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Bereich der Theorie mittelbarer Diskriminierungen vgl. Giannakopoulos, K., Στατιστικά δεδομένα και απόδειξη δυσμενών λόγω φύλου διακρίσεων στο κοινοτικό δίκαιο (Statistische Daten und Nachweis von Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts im Gemeinschaftsrecht), Verlag N. Sakkoula, Athen-Komotini, S. 144: „Die vorgenannte Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit spielt eine wichtige Rolle bei der Prüfung des Vorliegens mittelbarer Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts. Zum einen verleiht er in Wirklichkeit der Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung die erforderliche Objektivität, die sowohl der objektiven Natur der mittelbaren Diskriminierungen als auch der objektiven Natur der statistischen Daten entspricht, die auf das Vorliegen solcher Diskriminierungen hindeuten. So gründet sich diese Rechtfertigung nicht auf die subjektiven Zwecke, denen die streitige Regelung möglicherweise dient, sondern auf die objektive Möglichkeit, dass die in dieser Regelung vorgesehenen Mittel die Verwirklichung des allgemein als legitim angesehenen Zwecks ermöglichen, dessentwegen sie getroffen worden ist. Zweitens ist die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Kontrollmechanismus, der der Uniformisierung (Zusammenfassung von Fällen in einer formellen Kategorie) und Schematisierung (allgemeine und abstrakte Regelung) der Werturteile entspricht, die die Strukturierung der mittelbaren Diskriminierungen notwendig macht. Drittens verleiht, auch wenn sie der Ermittlung dieser kennzeichnenden Unterschiede, die die unterschiedliche Behandlung der verglichenen Kategorien rechtfertigen, dienen soll, d. h. der Prüfung, ob zwischen der unterschiedlichen Regelung und dem sie tragenden Grund eine Verhältnismäßigkeit besteht, diese Kontrolle der Verhältnismäßigkeit der Kriterien der objektiven Rechtfertigung einer offenbaren Diskriminierung in Wirklichkeit der arithmetischen Gleichheit — oder vielmehr Ungleichheit —, die die statistischen Daten zeigen, die das Vorliegen dieser Diskriminierung vermuten lassen, die erforderliche Dimension der Verhältnismäßigkeit ...“.

dass die Vorschriften der streitigen italienischen Dekrete sowohl dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung als auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssten.

37. In Randnummer 47 der angefochtenen Entscheidung hat die Kommission das Ziel der streitigen Maßnahmen ermittelt und seine Übereinstimmung mit den Zwecken des Artikels 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 überprüft. Sie hat hierbei insbesondere ausgeführt: „Das Vorhaben Malpensa 2000 zielt durch die Erweiterung und den Ausbau der am Flughafen Malpensa vorhandenen Einrichtungen darauf ab, ein funktionsfähiges Drehkreuz an diesem Flughafen zu errichten. Die italienischen Regeln tragen zur Erreichung dieses Ziels bei, indem sie die Verlagerung eines ausreichenden Verkehrsaufkommens von Linate nach Malpensa gewährleisten, so dass die Lebensfähigkeit des Drehkreuzes sichergestellt wird. Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 erkennt ausdrücklich die Zulässigkeit einer aktiven Flughafenplanungspolitik an."

38. Sodann hat die Kommission in Randnummern 47 ff. der angefochtenen Entscheidung geprüft, ob die in den streitigen italienischen Dekreten getroffenen Maßnahmen zu dem mit ihnen angestrebten Ziel in Verhältnis standen, d. h., ob sie für die Schaffung eines funktionsfähigen und wirtschaftlich lebensfähigen Drehkreuzes und für den Erfolg des Vorhabens transeuropäischer Netze erforderlich waren, und ob das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreichbar war.

39. Dem Gesagten ist zu entnehmen, dass die Kommission, zumindest wenn man vom Ergebnis ausgeht, ihre Argumentation auf angemessene Prämissen gestützt hat. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Prämissen des von ihr angewandten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, die die Feststellung des zwingenden Erfordernisses des Allgemeininteresses und die Untersuchung des Arbeitsprogramms für die Verbindung mit dem Flughafen Malpensa betreffen.

40. Zu diesem Punkt ist darauf hinzuweisen, dass die in Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 selbst vorgenommene Definition des allgemeinen Ziels nationaler Maßnahmen nicht nur nicht verbietet, sondern im Gegenteil vorschreibt, dass das besondere Ziel der Regelung, soweit diese streitig ist, festzulegen und die Übereinstimmung dieses besonderen Ziels mit dem allgemeineren Ziel der betreffenden Vorschrift zu prüfen ist. Folglich hat die Kommission zu Recht, indem sie auf die Schaffung eines funktionierenden und wirtschaftlich lebensfähigen Drehkreuzes abgestellt hat, dieses besondere Ziel ermittelt und abgegrenzt. Sie hat ferner zu Recht die Auffassung vertreten, dass dieses Ziel eine legitime Konkretisierung des allgemeinen Ziels des Artikels 8 Absatz 1 war. Es ist, wie übrigens die Klägerin selbst anerkennt [20], nicht zweifelhaft, dass die Anforderungen der funktionalen und wirtschaftlichen Organisation und der Betrieb eines Flughafenkomplexes legitime Gründe darstellen, die den Erlass von Maßnahmen zur Aufteilung des Verkehrs innerhalb eines

20 — Vgl. Nr. 15 der Klageschrift.

Flughafensystems, wie dies Artikel 8 Absatz 1 vorsieht, rechtfertigen.

41. Ich bin in diesem Punkt der Ansicht, dass die Rügen der Klägerin, die Kommission habe einen Fehler begangen, als sie ein zwingendes Erfordernis wirtschaftlicher Art herangezogen habe, nicht begründet sind.

42. Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach sich „innerstaatliche Vorschriften, die nicht unterschiedslos auf alle Dienstleistungen ohne Rücksicht auf deren Ursprung anwendbar sind, mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbaren [lassen], wenn sie unter eine ausdrücklich abweichende Bestimmung, wie zum Beispiel Artikel 56 EWG-Vertrag, fallen [und] wirtschaftliche Ziele keine Gründe der öffentlichem Ordnung im Sinne dieses Artikels sein können“ [21], nicht anzuwenden ist.

Erstens setzt der Rückgriff auf die angeführte Rechtsprechung voraus, dass für die Frage, ob die allgemeinen Grundsätze der Artikel 59 ff. für die Verordnung Nr. 2408/92 gelten [22], eine Antwort gefunden ist, die jedoch für die Untersuchung des in Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 ausdrücklich ausgesprochenen Verbots von Diskriminierungen keine Vorbedingung ist.

Zweitens ist es keineswegs offensichtlich, dass die genannten unmittelbaren Ziele der streitigen italienischen Dekrete in Zusammenhang mit der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit oder der Volksgesundheit stehen.

Drittens liegt auf jeden Fall, worauf die Kommission mit Recht hinweist, auf der Hand, dass die zwingenden Erfordernisse der streitigen italienischen Dekrete, von denen die angefochtene Entscheidung spricht, volkswirtschaftliche Folgen organisatorischer und funktionaler Art mit sich bringen, die die eigentliche Existenz eines Flughafensystems betreffen und keineswegs, jedenfalls nicht in erster Linie, bezwecken, betriebswirtschaftliche Wirkungen hervorzubringen. Folglich kann man auf der Grundlage der angeführten Rechtsprechung die Gründe, die den Erlass der streitigen Maßnahmen rechtfertigten, nicht als illegitim betrachten, da der Gerichtshof in seinem Urteil Campus Oil Limited vom 10. Juli 1984 entschieden hat, dass „die Tatsache, dass die Regelung geeignet ist, die Erreichung nicht nur von Zielen der öffentlichen Sicherheit, sondern auch anderer, von dem Mitgliedstaat etwa verfolgter Ziele wirtschaftlicher Art zu ermöglichen, die Anwendung von Artikel 36 nicht aus[schließt]“ [23].

21 — Vgl. Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-288/89 (Collectieve Antennevoorziening Gouda, Slg. 1991, I-4007, Randnr. 11).

22 — Vgl. Nrn. 47 ff. dieser Schlussanträge.

23 — Rechtssache 72/83 (Slg. 1984, 2727, Randnr. 36).

Viertens bin ich der Ansicht, dass dem Geist des Urteils Campus Oil Limited zu folgen ist, selbst wenn davon auszugehen wäre, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ganz allgemein und nicht nur im Rahmen diskriminierender Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit oder der Volksgesundheit erfolgen, Gründe rein wirtschaftlicher Art objektiv keine Diskriminierung rechtfertigen könnten [24]. Es ist mit anderen Worten einzuräumen, dass das Vorliegen zweitrangiger Ziele wirtschaftlicher Art kein Hindernis für die Annahme ist, dass ein Ziel einem zwingenden Erfordernis des Allgemeininteresses entspricht.

43. Zum anderen muss unbedingt darauf hingewiesen werden, dass die Rechtmäßigkeit der von den streitigen italienischen Dekreten verfolgten Ziele, da im vorliegenden Fall das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung im Rahmen des Artikels 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 geprüft wird, nicht allgemein und abstrakt auf der Grundlage von Grundsätzen der Rechtsprechung zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses gewürdigt wird, die den Erlass der nationalen Maßnahmen rechtfertigen könnten, sondern auf der Grundlage der Ermittlung des spezifischen Zwecks der streitigen italienischen Dekrete und der Überprüfung ihrer Übereinstimmung mit dem in dieser Vorschrift definierten allgemeinen Ziel. Genauer gesagt muss, da die Ziele der streitigen italienischen Dekrete legitime Gründe darstellen, die den Erlass von Maßnahmen zur Aufteilung des Verkehrs innerhalb eines Flughafensystems rechtfertigen und daher mit den Bestimmungen des Artikels 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 übereinstimmen, jede weitere Untersuchung oder jede gegen ihren Inhalt gerichtete Rüge auf diese Vorschrift und nicht auf die zu ihrer Durchführung erlassenen nationalen Maßnahmen abstellen. Insoweit scheint niemand zu bestreiten, dass die Regelung zur Aufteilung des Verkehrs innerhalb eines Flughafensystems einen legitimen Grund des Allgemeininteresses darstellt, der auf den besonderen Merkmalen und den Bedürfnissen des Luftverkehrs beruht und daher den Erlass von Maßnahmen durch den Rat die Anwendung etwaiger Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs in diesem Sektor rechtfertigen könnte [25].

44. Demnach hat die Kommission zu Recht das zwingende Erfordernis des Allgemeininteresses bestimmt, anhand dessen sie die Verhältnismäßigkeit der Bestimmungen und Kriterien der italienischen Dekrete zu beurteilen hatte.

45. Unbegründet ist ferner das Vorbringen der Klägerin, das Arbeitsprogramm für die Anbindung des Flughafens Malpensa, das die Kommission berücksichtigt habe, sei ohne Bedeutung für die Anwendung der Verordnung Nr. 2408/92. Da mittelbare Diskriminierungen definitionsgemäß von den wirklichen Auswirkungen der streitigen

24 — Vgl. z. B. für Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts Urteil des Gerichtshofes vom 24. Februar 1994 in der Rechtssache C-343/92 (Roks u. a., Slg. 1994, I-571), in dem der Gerichtshof entschieden hat, dass Haushaltserwägungen eine Diskriminierung eines der Geschlechter nicht rechtfertigen können (Randnr. 35).

25 — Vgl. zum Ermessensspielraum des Rates Nr. 50 dieser Schlussanträge.

Maßnahmen abhängig sind, weisen sie eine Dynamik auf und entwickeln sich in der Zeit, was es erforderlich macht, die Entwicklung des wirklichen Sachverhalts, den die betreffenden Maßnahmen beeinflussen, vorauszusehen und zu verfolgen. Folglich musste die Kommission, wenn sie die Wirkungen der Anwendung der streitigen italienischen Dekrete in der Praxis prüfen und ihre Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf das von ihnen verfolgte Ziel untersuchen wollte, unbestreitbar die Situation (Zugang, Infrastrukturen usw.), wie sie auf dem Flughafen Malpensa bestand, und die Entwicklungsperspektiven dieser Situation im zeitlichen Rahmen der Anwendung der betreffenden Dekrete berücksichtigen. Die Situation des Flughafens Malpensa musste nämlich im Vergleich mit der des Flughafens Linate und nicht im Vergleich mit etwaigen europäischen Modellen der Flughafenorganisation untersucht werden. Genau auf den Vergleich dieser beiden Flughäfen stützt sich im vorliegenden Fall die Feststellung der mittelbaren Diskriminierung und der damit verbundenen Unverhältnismäßigkeit, die zwischen diesen Maßnahmen und ihrem Ziel besteht. Müsste man insoweit von vornherein annehmen, dass sogar die vollständige Verwirklichung der Infrastrukturarbeiten auf dem Flughafen Malpensa seine Unzulänglichkeiten im Vergleich zum Flughafen Linate nicht hätte ausgleichen können, so würde dies die Argumentation der Kommission nur stützen und die Überzeugung noch verstärken, dass eine mittelbare Diskriminierung vorliegt.

46. Demnach bin ich der Meinung, dass die Prüfung der Frage, ob die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelten Grundsätze zum freien Dienstleistungsverkehr anzuwenden sind, und die damit verbundene Lösung der Frage, ob die Verordnung Nr. 2408/92 den in Artikel 59 verankerten freien Dienstleistungsverkehr auf den Sektor des Luftverkehrs übertragen hat, nicht so viel Gewicht haben, wie dies die Äußerungen der Parteien zu den beiden ersten Nichtigkeitsgründen annehmen lassen. Sie scheinen im Gegenteil untunlich zu sein, weil die Pflicht der Kommission, die streitigen italienischen Dekrete im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, unmittelbar auf dem Verbot der Diskriminierungen beruht und eine Berufung auf die zu den Artikeln 59 ff. des Vertrages entwickelte Rechtsprechung nicht erforderlich macht.

47. Da es jedoch sinnvoll ist, die genannten Fragen zu prüfen, um die Analyse der Rechtsgrundlage der angefochtenen Entscheidung vollständig zu machen, bin ich der Meinung, dass die Kommission zu Recht auf diese Rechtsprechung abgestellt hat.

48. Zunächst ist unbestreitbar, dass die Verordnung Nr. 2408/92 tatsächlich den freien Dienstleistungsverkehr in den Sektor des Luftverkehrs eingeführt hat [26]. Das ergibt sich eindeutig erstens aus den beiden ersten Begründungserwägungen der Ver-

26 — Das ist übrigens im Urteil Air Inter/Kommission (zitiert in Fußnote 11, Randnrn. 1 und 2) festgehalten: „Zur fortschreitenden Einführung des Binnenmarktes im Bereich des Flugverkehrs hat der Gemeinschaftsgesetzgeber in den Jahren 1987, 1990 und 1992 drei Reihen von Maßnahmen erlassen, die als ‚Pakete' bezeichnet werden, weil sie viele Rechtsvorschriften umfassen. Das dritte, am 23. Juli 1992 erlassene Paket besteht aus fünf Verordnungen, die zum einen die Dienstleistungsfreiheit im Bereich des Flugverkehrs und zum anderen die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft in diesem Bereich gewährleisten sollen. Eine dieser fünf Verordnungen ist die Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 ..."

ordnung, nach denen „[e]s... von Bedeutung [ist], gemäß Artikel 8a des Vertrages bis zum 31. Dezember 1992 eine Luftverkehrspolitik für den Binnenmarkt festzulegen" und „[d]er Binnenmarkt... einen Raum ohne Binnengrenzen [umfasst], in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist", zweitens aus der neunzehnten Begründungserwägung, nach der „[a]lle Fragen des Marktzugangs... in ein und derselben Verordnung des Rates behandelt werden [sollen]", sowie drittens aus Artikel 3 der Verordnung, der bestimmt: „Vorbehaltlich dieser Verordnung wird Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft von den betroffenen Mitgliedstaaten die Genehmigung erteilt, Verkehrsrechte auf Strecken in der Gemeinschaft auszuüben."

49. Wie die Klägerin zu Recht aufgezeigt hat, gelten die Artikel 59 ff. des Vertrages, die dem freien Dienstleistungsverkehr gewidmet sind, gemäß Artikel 61 Absatz 1 des Vertrages in Verbindung mit Artikel 84 Absatz 2 im Verkehrsbereich nicht unmittelbar. Diese Artikel können für den Rat nur als Bezugspunkt dienen, wenn er den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs zur Geltung zu bringen hat[27]. Die Artikel 59 ff. stellen mit anderen Worten so, wie sie der Gerichtshof ausgelegt hat, den Auslegungsrahmen für die besonderen Vorschriften dar, die der Rat mit der Verordnung Nr. 2408/92 erlassen hat.

50. Die Frage, die sich im vorliegenden Fall stellt, ist die, ob und inwieweit der Rat, wenn er den freien Dienstleistungsverkehr im Sektor des Flugverkehrs zur Anwendung bringt, über ein Ermessen verfügt, das ihm erlaubt, Ausnahmen von dem mit den Artikeln 59 ff. verfolgten Ziel vorzusehen. Im Urteil Parlament/Rat hat der Gerichtshof diese Frage so beantwortet, dass „der Rat insoweit nicht über den Ermessensspielraum verfügt, auf den er sich in anderen Bereichen der gemeinsamen Verkehrspolitik berufen kann, [und dass], [d]a das zu erreichende Ergebnis aufgrund der Artikel 59, 60 und 61 in Verbindung mit Artikel 75 Absatz 1 Buchstaben a und b feststeht,... nur hinsichtlich der näheren Einzelheiten, die zur Herbeiführung dieses Ergebnisses unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Verkehrs gemäß Artikel 75 in Betracht zu ziehen sind, ein gewisses Ermessen ausgeübt werden [kann]"[28]. Diesem Urteil ist zu entnehmen, dass das Ermessen, über das der Rat verfügt, ausschließlich technischer Art ist und sich darauf beschränkt, die Vorschriften der Artikel 59 ff. und die einschlägigen allgemeinen Grundsätze, wie sie in der Rechtsprechung des Gerichtshofes erarbeitet worden sind, dem Verkehrsbereich anzupassen. Insoweit müsste der Rat, wenn er von den Schlussfolgerungen der Rechtsprechung des Gerichtshofes abweichen wollte, dies in der von ihm erlassenen Regelung ausdrücklich angeben und diese Abweichung anhand der besonderen Ei-

27 — Vgl. hierzu Nrn. 14 und 23 der Schlussanträge von Generalanwalt Van Gerven in der Rechtssache Corsica Ferries (Urteil vom 17. Mai 1994 in der Rechtssache C-18/93, Slg. 1994, I-1783).

28 — Urteil Parlament/Rat (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 65).

genarten des Verkehrsbereichs in besonderer und hinreichender Weise rechtfertigen.

51. Bekanntlich besteht die Rechtsprechung des Gerichtshofes darauf, dass Artikel 59, der seit Ende der Übergangszeit unmittelbar anzuwenden ist [29], nicht nur die Beseitigung jeder unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung [30] des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit verlangt, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen, selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische wie für Dienstleistungserbringer anderer Mitgliedstaaten gelten, wenn sie nur geeignet ist, die Tätigkeit des Dienstleistungserbringer, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen [31]. Außerdem darf nach ständiger Rechtsprechung „der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des EWG-Vertrags nur durch Regelungen, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und die für alle im Hoheitsgebiet des Bestimmungsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten, und nur insoweit beschränkt werden, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Dienstleistende in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist" [32]. Schließlich müssen die genannten einschränkenden Regelungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten. „[D]ie Anwendung von innerstaatlichen Vorschriften auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Erbringer von Dienstleistungen [muss] nach ständiger Rechtsprechung geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen angestrebten Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das zur Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinausgehen; das gleiche Ergebnis darf mit anderen Worten nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreichbar sein" [33].

52. Die Regelungen über den freien Dienstleistungsverkehr im Luftverkehr müssen demgemäß grundsätzlich sowohl den Grundsatz der Nichtdiskriminierung als auch die allgemeinen Grundsätze beachten, die für Maßnahmen gelten, die diese Freiheit beschränken und unterschiedslos anzuwenden sind. Das kann nicht für Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 gelten. Bei Diskriminierungen stellt sich das Problem nicht, weil diese in der Vorschrift ausdrücklich verboten werden. Was indessen unterschiedslos geltende Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Luftverkehr betrifft, ist einzuräumen, dass die Ergebnisse der Rechtsprechung des Ge-

29 — Vgl. z. B. Urteil vom 4. Dezember 1986 in der Rechtssache 205/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755, Randnr. 25).

30 — Vgl. z. B. Urteil vom 3. Juni 1992 in der Rechtssache C-360/89 (Kommission/Italien, Slg. 1992, I-3401, Randnr. 11).

31 — Vgl. nur Urteile Collectieve Antennevoorziening Gouda (zitiert in Fußnote 21, Randnrn. 12 ff.) und vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache C-3/95 (Reisebüro Broede, Slg. 1996, I-6511, Randnr. 25).

32 — Vgl. Urteil vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-43/93 (Van der Elst, Slg. 1994, I-3803, Randnr. 16). Es ist darauf hinzuweisen, dass es im vorliegenden Fall anders als bei Beschränkungen, die nicht unterschiedslos angewandt werden (vgl. Nr. 42 dieser Schlussanträge), nicht erforderlich ist, die Rechtfertigung von Maßnahmen ausschließlich auf eine ausdrückliche Ausnahmevorschrift wie Artikel 56 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 46 EG) zu stützen.

33 — Vgl. Urteil Collectieve Antennenvoorziening Gouda (zitiert in Fußnote 21, Randnr. 15).

richtshofes eine Auslegung des Artikels 8 Absatz 1 dahin gehend erzwingen, dass Maßnahmen zur Aufteilung des Verkehrs innerhalb eines Flughafensystems, da sie Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne dieser Rechtsprechung darstellen [34], dem Ziel dieser Regelung angepasst sein müssen, das in der Vorschrift selbst angegeben ist und grundsätzlich diese Beschränkungen rechtfertigen kann [35]. Eine etwaige Ausnahme von dieser Pflicht müsste in der Verordnung ausdrücklich vorgesehen und durch die Besonderheiten des Luftverkehrs gerechtfertigt sein. Eine Ausnahme ist indessen nicht vorgesehen und dies wäre auch unlogisch, weil nicht zu sehen ist, aus welchem Grund eine Maßnahme, die die Regelung des Luftverkehrs betrifft, nicht dem Ziel angepasst sein müsste, zu dessen Erreichung sie erlassen wurde.

53. Folglich hat die Kommission zu Recht unter Hinweis auf Artikel 8 Absätze 1 und 3 die Rechtmäßigkeit der streitigen italienischen Dekrete nach Gemeinschaftsrecht im Hinblick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs untersucht [36] und insbesondere geprüft, ob zum einen die erlassenen Maßnahmen unterschiedslos geltende Beschränkungen im Sinne dieser Rechtsprechung vorschreiben, und ob zum anderen diese Beschränkungen zur Verwirklichung des von ihnen angestrebten Ziels geeignet sind, ohne über das hierfür Erforderliche hinauszugehen [37].

54. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich somit, dass die Kommission in der angefochtenen Entscheidung zu Recht die streitigen italienischen Dekrete einer Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit nach Gemeinschaftsrecht im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterzogen hat. Parallel hierzu hat sie zu Recht die Prämissen dieser Prüfung und insbesondere das zwingende Erfordernis des Allgemeininteresses ermittelt, nach dessen Maßgabe sie die Verhältnismäßigkeit der Vorschriften und Kriterien der betreffenden Dekrete zu untersuchen hatte. Folglich ist das Vorbringen der Klägerin zur Stützung des ersten und des zweiten Nichtigkeitsgrundes, ob man nun die Rechtsauffassung der Kommission bezüglich der Rechtsgrundlage der angefochtenen Entscheidung teilt oder es für sinnvoll hält, sie, wie ich dies vorstehend dargelegt habe, durch eine teilweise abweichende Auslegung zu ersetzen, als unbegründet zurückzuweisen.

34 — Insoweit halte ich es nicht für zweifelhaft, dass die streitigen Vorschriften tatsächlich Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehr darstellen. Zu Recht hat die Kommission in Randnr. 48 der angefochtenen Entscheidung festgestellt: „Nach den italienischen Regeln ist es den Luftfahrtunternehmen fortan verwehrt, Linate zu nutzen, wenn sie Strecken bedienen wollen, die die festgelegten Schwellenwerte unterschreiten. Praktisch trifft dies auf alle Strecken außer Mailand—Rom zu. Folglich beschränken die Regeln den freien Dienstleistungsverkehr im Luftverkehr innerhalb der Gemeinschaft von und nach Mailand."

35 — Vgl. Nr. 43 dieser Schlussanträge.

36 — Vgl. Randnr. 27.2 der angefochtenen Entscheidung.

37 — Vgl. Randnr. 48 der angefochtenen Entscheidung.

B — *Verletzung oder fehlerhafte Auslegung von Artikel 8 Absätze 1 und 3 der Verordnung Nr. 2408/92 infolge verfehlter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (dritter Nichtigkeitsgrund)*

55. Mit ihrem dritten Nichtigkeitsgrund, den sie hilfsweise für den Fall geltend macht, dass sich der Gerichtshof ihren mit den vorstehenden Nichtigkeitsgründen erhobenen Rügen nicht anschließen sollte, stellt die Klägerin die gültige Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Frage, wie sie im vorliegenden Fall erfolgt ist. Insbesondere weist die italienische Regierung entschieden die Behauptung zurück, die streitigen italienischen Dekrete, die die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs eingeführt haben, verstießen gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den die Kommission als auf das anstehende Problem grundsätzlich anwendbar betrachtet. Die Klägerin bezweifelt im Wesentlichen die besonderen Prämissen, auf denen dieser Grundsatz aufbaut, d. h. die Struktur der Formulierung der einzelnen Kriterien der Verhältnismäßigkeit. Zugleich widerspricht sie der Richtigkeit der Würdigung bestimmter Tatsachen im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien.

56. Meines Erachtens sind die Rügen der Klägerin nicht begründet, was sich anhand der Prüfung der einzelnen Stufen der Argumentation feststellen lässt, die in den Gründen der angefochtenen Entscheidung vorgetragen wird.

57. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Definition des Zieles, das die mit den streitigen italienischen Dekrete eingeführten Vorschriften verfolgen, außer Streit steht. Wie die Kommission nämlich in Randnummer 47 der angefochtenen Entscheidung zu Recht feststellt, tragen die italienischen Dekrete zur Durchführung des Vorhabens „Malpensa 2000" bei, indem sie festlegen, dass ein ausreichendes Verkehrsaufkommen vom Flughafen Linate auf den Flughafen Malpensa übertragen wird, um so zu bewirken, dass dieser ein funktionierendes und wirtschaftlich lebensfähiges Drehkreuz wird.

58. Folglich war auf der Grundlage der allgemein anerkannten Kriterien für die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im vorliegenden Fall zu prüfen: erstens, ob die streitigen Vorschriften *notwendig* waren, d. h., ob sie durch das verfolgte Ziel gerechtfertigt waren; zweitens, ob sie *geeignet* waren, d. h., ob sie die Verwirklichung dieses Ziels sicherstellen konnten, und drittens, ob sie *angemessen* (*verhältnismäßig* im strengen Sinn) waren, d. h., ob sie eine unterschiedliche Behandlung vorschrieben (hier wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angewandt, um das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung festzustellen) oder den freien Dienstleistungsverkehr beschränkten (hier wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Artikeln 59 ff angewandt), soweit dies für die Verwirklichung des genannten Ziels wirklich notwendig war und die sich ergebenden Vorteile größer sind als die Nachteile oder diesen zumindest gleichstehen.

59. Angesichts dieser allgemeinen Definition der einzelnen Kriterien der Ver-

hältnismäßigkeit ist davon auszugehen, dass die Kommission in Nr. 48 der angefochtenen Entscheidung zu Recht darauf hingewiesen hat, dass zu prüfen sei, ob die mit den streitigen italienischen Dekreten eingeführten Maßnahmen dem verfolgten Ziel angemessen waren, d. h., ob sie für die Schaffung eines funktionierenden und wirtschaftlich lebensfähigen Drehkreuzes und den Erfolg des Vorhabens europäischer Netze notwendig waren und ob das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreichbar gewesen wäre.

60. Zu diesem Punkt ist darauf hinzuweisen, dass die genannte Anwendung der Kriterien der Verhältnismäßigkeit nicht theoretischer Art ist und auch nicht ausschließlich auf abstrakte teleologische Erwägungen gestützt werden kann. Wie bei jeder juristischen Argumentation muss im Rahmen der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit nicht nur der Obersatz, sondern auch der Untersatz angemessen formuliert werden. Hierzu macht es die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit zum einen erforderlich, dass die Besonderheiten der betreffenden praktischen Situation Berücksichtigung finden, für die man untersucht, ob die streitigen Maßnahmen notwendig, geeignet und dem verfolgten Ziel angemessen sind. Zum anderen muss die Zielrichtung eben dieser Überprüfung durch die weitere juristische Argumentation bestimmt werden, zu der sie gehört. Im vorliegenden Fall dürfen daher die einzelnen Kriterien der Verhältnismäßigkeit nicht neutral angewandt werden, sondern stets in Abhängigkeit vom logischen Prozess, mit dem das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung belegt werden soll, oder der Vorschriften, die die Grenzen unterschiedslos anwendbarer Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehr im Sektor des Luftverkehrs festlegen.

61. Als die Klägerin die Kriterien der Verhältnismäßigkeit festgelegt hat, hat sie gerade bei der Formulierung des Untersatzes ihrer Argumentation Fehler begangen. Das liegt bei sämtlichen Rügen auf der Hand, die im Rahmen des dritten Nichtigkeitsgrundes gegen die Gründe der angefochtenen Entscheidung erhoben werden.

62. Was zunächst die allgemeine Konzeption der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit in der vorliegenden Rechtssache angeht, so kann nicht davon ausgegangen werden, dass die hier maßgebende Argumentation sich präzise in dem Vorbringen der Klägerin widerspiegelt, wonach die angefochtene Entscheidung die Verhältnismäßigkeit im Wesentlichen anhand der Prüfung zu würdigen hatte, ob die Konzentration des Verkehrs auf dem Flughafen Malpensa, wie er durch die streitigen italienischen Dekrete vorgeschrieben wurde, über das von der italienischen Regierung verfolgte Ziel hinausging, das neue Flughafenzentrum zu einem wirtschaftlich lebensfähigen Drehkreuz zu machen [38]. Zum einen ist im vorliegenden Fall nicht die Konzentration des Verkehrs auf dem Flughafen Malpensa für sich genommen entscheidend, sondern in welchem Umfang die Verlagerung des Verkehrs vom Flughafen

38 — Die italienische Regierung weist darauf hin, dass die Kommission einräume, dass die von den italienischen Behörden erlassenen Verkehrsaufteilungsregeln dem Ziel entsprächen, einen Teil des Verkehrs zu verlagern, der die Rentabilität der Investition sicherstellen könne, und dass dieses Ziel dem Gemeinschaftsrecht entspreche. Sie vertritt hierzu die Meinung, dass die Konzentration eines Verkehrsaufkommens, das Anschlussflüge für Flüge von anderen regionalen Flughäfen und für Langstreckenflüge ermögliche, für die Schaffung eines Flughafenzentrums entscheidend sei. Die Anregung der Kommission, den Verkehr zu 45 % auf Linate und zu 55 % auf Malpensa aufzuteilen, würde das Funktionieren zweier regionaler Flughäfen, nicht aber das eines Flughafens sicherstellen, der als Drehkreuz benutzt werden solle. Sie widerspreche daher dem erklärten Ziel des Vorhabens.

Linate zum Flughafen Malpensa eine unterschiedliche Behandlung oder eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs bedeutet. Zum anderen kann der andere Vergleichspunkt nicht allgemein und abstrakt das von der italienischen Regierung verfolgte Ziel sein, ein wirtschaftlich lebensfähiges Drehkreuz zu schaffen. Man kann mit anderen Worten nicht lediglich das Vorhaben des Drehkreuzes berücksichtigen, so wie es letztlich verwirklicht werden wird. Da die Durchführung eines solch ambitionierten Vorhabens unbestreitbar beträchtliche Zeit in Anspruch nimmt, steht außer Zweifel, dass die Verhältnismäßigkeit der streitigen Vorschriften im Hinblick auf die wirklich bestehende Situation nach Maßgabe der allgemeinen Zeitplanung und des Fortschritts der erforderlichen Arbeiten gewürdigt werden muss. Die Merkmale der wirklichen Situation beeinflussen in erster Linie die Prüfung der Angemessenheit der streitigen Vorschriften, die die Klägerin nicht besonders berücksichtigt. Genauer gesagt ist, wie ich bereits angedeutet habe, auf der Grundlage einer Bewertung der Vor- und der Nachteile der streitigen Vorschriften zu entscheiden, ob das gleiche Ergebnis durch weniger einschneidende Maßnahmen erzielt werden kann. Dafür reicht allerdings nicht aus, dass man die streitigen Maßnahmen ganz allgemein im Hinblick auf die Endziele des Vorhabens rechtfertigt, vielmehr sind offensichtlich die wirklichen Gegebenheiten zu untersuchen, wie sie zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Maßnahmen vorlagen.

63. Die Fehler, die für die allgemeine Konzeption der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der vorliegenden Sache kennzeichnend sind, werden auch in den verschiedenen besonderen Rügen sichtbar, die die Klägerin gegen die Argumente in der Begründung der angefochtenen Entscheidung erhebt.

64. Erstens wird von der Klägerin, wenn sie rügt, das erste Argument der Kommission, das verlagerte Verkehrsaufkommen sei mit den aktuellen Bedingungen der Infrastrukturen des Zugangs zum Flughafen Malpensa nicht vereinbar, weise keinen Zusammenhang mit dem einzig erheblichen Kriterium der Verhältnismäßigkeit auf, d. h. der Übereinstimmung der Konzentration der Flüge in Malpensa mit dem Ziel der italienischen Regierung, hierbei nicht berücksichtigt, dass die Verhältnismäßigkeit der streitigen Vorschriften parallel anhand der wirklich bestehenden Situation, des allgemeinen Zeitplans und des Fortschritts der erforderlichen Arbeiten zu würdigen ist. Insbesondere berücksichtigt die Klägerin, die einer allgemeinen teleologischen Behandlung der Frage der Verhältnismäßigkeit der streitigen Vorschriften treu bleibt, nicht den Umstand, dass die einzelnen Kriterien der Proportionalität (Notwendigkeit, Eignung, Angemessenheit) anhand der konkreten Anforderungen des Vorhabens „Malpensa 2000", wie sie sich zum Zeitpunkt der Anwendung dieser Vorschriften darstellten, angewandt werden müssen.

65. Demgegenüber hat die Kommission in den Randnummern 49, 49.1 und 49.2 der

angefochtenen Entscheidung zu Recht darauf hingewiesen, dass Notwendigkeit [39] und Angemessenheit [40] der streitigen Vorschriften anhand des Standes der Arbeiten für die Anbindung des Flughafens Malpensa und dessen Infrastrukturen zu prüfen seien. Dieser Hinweis stimmt vollkommen damit überein, dass die Kommission bei der Feststellung der zugunsten der Alitalia wirkenden Diskriminierung, die im vorliegenden Fall die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit teleologisch abgrenzt, auch den Stand der Infrastrukturen der Anbindung des Flughafens Malpensa berücksichtigt hat [41].

66. Zu diesem Punkt ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die von der Klägerin erhobene Rüge, die nationalen Behörden hätten auf jeden Fall die Vereinbarkeit der Infrastrukturen der Anbindung mit dem zu verlagernden Aufkommen nachgewiesen, nicht als begründet gelten kann. Wie sich aus Randnummer 49.1 in Verbindung mit den Randnummern 39 bis 43 der angefochtenen Entscheidung ergibt, ohne dass hierbei Gesichtspunkte zu berücksichtigen wären, die erst nach Erlass dieser Entscheidung aufgetreten sind [42], sind die Lücken der Infrastrukturen zur Anbindung des Flughafens Malpensa, anhand deren die Kommission sowohl das Vorliegen einer Diskriminierung in der Praxis als auch die Unverhältnismäßigkeit des auf den Flughafen Malpensa verlagerten Verkehrsaufkommens gewürdigt hat, auf der Grundlage der Informationen festgestellt worden, die der Kommission zur Verfügung standen [43] und die die Klägerin nicht mit genauen und schlüssigen Angaben bestritten hat. Um nachzuweisen, dass der Zugang zum Flughafen Malpensa kein großes Problem bereite, verweist die Klägerin lediglich auf Gutachten, nach deren Aussage Verkehrsprobleme auf der Autobahn zum Flughafen Malpensa nur während der Spitzenzeiten, an bestimmten Feiertagen und während etwa 5 % der gesamten Nutzungszeit dieser Autobahn bestehen [44]. Diese Tatsachenfeststellungen, die übrigens von der Kommission nicht bestritten werden [45], sprechen indessen für die Richtigkeit der

39 — Vgl. Randnrn. 49 bis 49.2 der angefochtenen Entscheidung: „Die Kommission merkt in diesem Zusammenhang an, dass nicht nachgewiesen wurde, dass die Schaffung eines lebensfähigen Drehkreuzes und der Erfolg des Projekts im Rahmen der transeuropäischen Netze solche einschränkenden Maßnahmen erforderlich macht.... Die betriebliche Lebensfähigkeit des Drehkreuzes Malpensa erfordert die Verlagerung eines Verkehrsaufkommens, das mit dem Niveau der Flughafeneinrichtungen und der Infrastruktur für die Verkehrsanbindung vereinbar ist, anderenfalls könnte die Entwicklung und künftige Position von Malpensa als erfolgreiches Drehkreuz in der Gemeinschaft gefährdet sein."

40 — Vgl. Randnr. 50 der angefochtenen Entscheidung: „Angesichts dessen ist die Kommission der Auffassung, dass die Schaffung eines voll funktionsfähigen Drehkreuzes nicht die notwendige Verlagerung eines Aufkommens von 11,7 Mio. Fluggästen voraussetzt. Eine Verschiebung der Verkehrsverlagerung oder eine schrittweise Verlagerung dieses Aufkommens ab dem 25. Oktober 1998 wäre dem Ziel eher angemessen. Dies würde den freien Dienstleistungsverkehr im Luftverkehr von und nach Mailand zudem weniger stark beeinträchtigen. Die italienischen Regeln sind somit keine unabdingbare Voraussetzung zur Erreichung des Ziels, das von den italienischen Behörden angestrebt wird und das mit Regeln erreicht werden könnte, die den freien Dienstleistungsverkehr im Luftverkehr weniger stark einschränken."

41 — Vgl. Randnrn. 45 und 46 der angefochtenen Entscheidung.

42 — Die Kommission weist darauf hin, dass trotz der reduzierten Verlagerung des Flugverkehrsaufkommens, wie sie das italienische Dekret vom 9. Oktober 1998 verfügt hat, zahlreiche Betriebsprobleme in Malpensa aufgetreten sind. Diese Probleme sowie der Umstand, dass die Bedingungen der Anbindung an das Drehkreuz von Malpensa nicht geändert wurden, stellen weitere Indizien dar, die die Rechtmäßigkeit der von der Kommission in der angefochtenen Entscheidung durchgeführten Untersuchung bestätigen.

43 — Die angefochtene Entscheidung enthält einen genauen Abriss der Einzelheiten der Infrastrukturen, die in einer Sitzung der mit der Weiterverfolgung des Vorhabens „Malpensa 2000" betrauten Christophersen-Gruppe vom 27. Oktober 1997 festgehalten wurden (Randnr. 40 der angefochtenen Entscheidung). Weiter führt die Kommission in ihrer Klagebeantwortung (Randnr. 44) aus, dass das Schreiben von Minister Burlando vom 15. Juli 1998 die Monate Mai und Juli 1999 als Zeitpunkte für die Inbetriebnahme der Eisenbahnstrecke zur Anbindung an den Flughafen Malpensa nenne. Schließlich verweist die Kommission in ihrer Gegenerwiderung (Randnr. 15) auf Informationen, die ihr von den italienischen Behörden am 1. April 1998 übermittelt wurden. Diese Informationen seien in der Sitzung des Sonderausschusses der Mitgliedstaaten vom 17. August 1998 bestätigt worden und beträfen Tatsachen, die bei den Arbeiten der Christophersen-Gruppe festgestellt worden seien.

44 — Vgl. Randnr. 24 der Klageschrift.

45 — Vgl. Randnr. 44 der Klagebeantwortung.

Gründe der angefochtenen Entscheidung. Es kommt im vorliegenden Fall nicht darauf an, ob allgemein die bestehenden Infrastrukturen der Anbindung die Verwirklichung der von der italienischen Regierung verfolgten Ziele verhindern oder ob der größte Teil der ursprünglich geplanten Arbeiten für die Anbindung des Flughafens Malpensa bereits durchgeführt worden ist. Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der streitigen italienischen Dekrete kommt es vielmehr vor allem darauf an, ob die Zugangsbedingungen für diesen Flughafen diesen auch so zugänglich machen wie den Flughafen Linate und das am 25. Oktober 1998 verlagerte Verkehrsaufkommen uneingeschränkt rechtfertigen, so dass zu diesem Zeitpunkt keine ungerechtfertigte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und/oder der Identität des Luftfahrtunternehmens oder unverhältnismäßige Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Luftverkehrsbereich vorlag. Da mit anderen Worten nicht bestritten ist, dass tatsächlich vor allem in den Spitzenzeiten Verkehrsprobleme und allgemein Probleme aufgrund der Infrastrukturen für die Anbindung bestehen, die Reisende daran hindern könnten, den Flughafen Malpensa zu erreichen, Verzögerungen beim Abflug herbeiführen und schließlich Reisende bewegen könnten, den Flughafen Linate dem von Malpensa vorzuziehen, ist die Feststellung, dass bestimmte Infrastrukturarbeiten nach einem ursprünglich festgelegten allgemeinen Plan fertiggestellt sein werden oder bereits fertiggestellt sind, nicht von Bedeutung.

67. Zweitens ist das Vorbringen der Klägerin, wonach die Finanzplanung, auf der das Vorhaben „Malpensa 2000" aufbaue, eine Verlagerung des Verkehrs vor dem 31. Dezember 2000 nicht erforderlich gemacht habe, aus ähnlichen Gründen wie denen, die bei der Prüfung der vorangegangenen Rüge dargelegt wurden, unbegründet. Dieser Umstand, der im Wesentlichen von der Klägerin nicht bestritten wird, stellt ein klares Indiz dafür dar, dass es nicht erforderlich war, am 25. Oktober 1998 das gesamte Verkehrsaufkommen zu verlagern. Da, wie bereits ausgeführt, die Feststellungen zu den Lücken der Infrastrukturen der Anbindung des Flughafens Malpensa nicht bestritten werden und die Klägerin nicht beweist, dass es erforderlich war, den gesamten Verkehr vor dem 31. Dezember 2000 zu verlagern, ergibt sich hieraus offensichtlich, dass die erlassenen Vorschriften unverhältnismäßig sind, ohne dass Erwägungen zur Befugnis eines Mitgliedstaats, seine Flughafenpolitik eigenständig zu bestimmen, Bedeutung beizumessen wäre. Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass es im vorliegenden Fall nicht nur auf die Feststellung der allgemeinen Vereinbarkeit der getroffenen Maßnahmen mit dem Vorhaben „Malpensa 2000" ankommt, sondern auf die besondere und konkrete Prüfung der Notwendigkeit, Eignung und Angemessenheit dieser Maßnahmen im Hinblick auf die wirkliche Situation, wie sie zum Zeitpunkt der Vornahme dieser Maßnahmen bestand.

68. Drittens dürfte der Umstand, dass dem Argument der Kommission betreffend die Folgen des verlagerten Verkehrsaufkommens für das Funktionieren des Flughafens Linate [46] widersprochen wird, keine

46 — Der Klägerin zufolge stimmt das dritte Argument der Kommission, die Entscheidung, den Verkehr von Linate nach Malpensa zu verlagern, entspreche nicht dem im Dekret Nr. 46-T ausgedrückten Willen, Linate auf jeden Fall funktionsbereit zu halten, nicht mit der Wirklichkeit überein. Der Flughafen von Linate bleibe in Betrieb, auch wenn seine Benutzung beschränkt werde.

Bedeutung für die Richtigkeit der Gründe der angefochtenen Entscheidung haben; auf jeden Fall überzeugt der Versuch seiner Widerlegung nicht. Zum einen handelt es sich um ein Hilfsargument, dessen Widerlegung das Zutreffen der früheren Beurteilungen der Kommission bezüglich der Verhältnis- oder Unverhältnismäßigkeit der streitigen Vorschriften nicht berührt. Zum anderen ist, wie sich klar aus Randnummer 51 der angefochtenen Entscheidung ergibt, nicht entscheidend, ob der Flughafen Linate nach der Verkehrsverlagerung weiter funktioniert, entscheidend ist vielmehr gerade, welche Tätigkeiten dort beibehalten werden, welchen Umfang sie haben und welchen Luftverkehrsunternehmen er zugänglich sein wird. Außerdem kann, wie in der gleichen Randnummer der angefochtenen Entscheidung ausgeführt wird, nicht davon ausgegangen werden, dass das verlagerte Verkehrsaufkommen geeignet ist, die Verwirklichung des Zieles der Aufrechterhaltung der Punkt-zu-Punkt-Verbindungen möglich zu machen, das in den Begründungserwägungen der streitigen italienischen Dekrete genannt wird.

69. Viertens bin ich, was das abschließende Vorbringen der Klägerin betrifft, die Kommission habe die Grenzen ihrer Zuständigkeit nach Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2408/92 überschritten, weil sie ihre Beurteilung nicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, sondern auf eine unumschränkte Würdigung der Zweckmäßigkeit der von der italienischen Regierung für Malpensa beschlossenen Maßnahme gestützt habe, auch hier der Auffassung, dass diese Rüge auf einer fehlerhafte Definition der Modalitäten der Anwendung der einzelnen Kriterien der Verhältnismäßigkeit aufbaut. Genauer gesagt zwingt, wie bereits ausgeführt, die Anwendung des dritten Kriteriums, d. h. der Angemessenheit der streitigen Vorschriften, zu der Prüfung, ob diese Vorschriften wirklich erforderlich sind. Bei dieser Prüfung ist zu untersuchen, ob die mit diesen Vorschriften verbundenen Vorteile deren Nachteile übertreffen oder ihnen zumindest gleichgeordnet sind. Stellt man fest, dass die betreffenden Ziele auch mit anderen weniger ungünstigen oder einschneidenden Maßnahmen zu erreichen gewesen wären, so sind die streitigen Vorschriften als stricto sensu unverhältnismäßig zum angestrebten Ziel anzusehen. Mithin liegt auf der Hand, dass die Würdigung der Angemessenheit dieser Maßnahmen unter anderem die Prüfung voraussetzt, ob sie zweckmäßig waren. Diese Prüfung ist indessen nicht willkürlich, sondern muss sich in den passenden hermeneutischen und teleologischen Rahmen der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einfügen.

Bei Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen ergibt sich aus Randnummer 50 der angefochtenen Entscheidung, dass die Kommission die Grundsätze für die Bewertung der Angemessenheit der streitigen nationalen Vorschriften ordnungsgemäß angewandt hat. Da die Kommission nämlich entschieden hat, dass „[e]ine Verschiebung der Verkehrsverlagerung oder eine schrittweise Verlagerung dieses Aufkommens ab dem 25. Oktober 1998... dem Ziel eher angemessen wäre [und]... den freien Dienstleistungsverkehr im Luftverkehr von und nach Mailand zudem weniger stark beeinträchtigen [würde]„ hat sie daraus mit Recht den Schluss gezogen, dass „[d]ie italienischen Regeln... somit keine unabdingbare Voraussetzung zur Erreichung des Zieles [sind], das von den italienischen Behörden angestrebt wird und das mit Regeln erreicht werden könnte, die den freien Dienstleistungsverkehr im Luftverkehr weniger stark einschränken". Dieser Schluss stellt keine willkürliche Würdi-

gung der Zweckmäßigkeit der von der italienischen Regierung beschlossenen Maßnahme, sondern eine ordnungsgemäße Anwendung des Kriteriums der Angemessenheit der streitigen Vorschriften dar, die die Grenzen der Zuständigkeit der Kommission nicht überschreitet. Die gegenteiligen Behauptungen der Klägerin sind daher als unbegründet zurückzuweisen.

70. Unbegründet ist aber auch das Vorbringen in der Erwiderung, die Kommission habe über eine Gemeinschaftsdefinition der Standardbedingungen für die Anlage von Flughäfen mit inner- und außergemeinschaftlichem Flugverkehr und Städteverbindungen verfügen müssen. Im vorliegenden Fall kommt es nicht darauf an, dass der Zugang zum Flughafen Malpensa aufgrund der Gemeinschaftsvorschriften oder im Vergleich mit den Zugangsbedingungen anderer Flughäfen der Europäischen Union mehr oder weniger schwierig ist. Es kommt vielmehr auf die Prüfung an, ob das Niveau der Infrastrukturen der Anbindung des Flughafens Malpensa die Unzuträglichkeiten der geographischen Lage dieses Flughafens im Vergleich mit dem Flughafen Linate auszugleichen vermag. Das bedeutet, dass sowohl die auf dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung beruhende Prüfung als auch die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen auf dem Vergleich der Lage des Flughafens Malpensa mit der des Flughafens Linate beruhen und nicht ausschließlich auf der objektiven Feststellung der Lage des erstgenannten Flughafens. Folglich beeinträchtigt das Fehlen einer Gemeinschaftsdefinition der Standardbedingungen für die Anlage von Flughäfen die Grundlage der Begründung der angefochtenen Entscheidung nicht.

71. Demgemäß bin ich somit der Auffassung, dass das Vorbringen der Klägerin im Rahmen ihres dritten Nichtigkeitsgrundes insgesamt als unbegründet zurückzuweisen ist.

C — *Zum Verstoß gegen Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 im Hinblick auf die Regeln über mittelbare Diskriminierungen und die offensichtlich unzutreffende Würdigung des Sachverhalts (vierter Nichtigkeitsgrund)*

72. Mit ihrem vierten Nichtigkeitsgrund rügt die Klägerin drei Fehler in den Randnummern 29 bis 46 der Entscheidung, in denen die Kommission die streitigen italienischen Dekrete unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung untersucht; sie sollen die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung beeinträchtigen.

73. Vor Prüfung der einzelnen Rügen darf daran erinnert werden, dass es sich in den genannten Randnummern der angefochtenen Entscheidung um das Verfahren handelt, mit dem das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung festgestellt werden soll, was zum einen voraussetzt, dass sich das Vorliegen einer Diskriminierung in der Praxis feststellen lässt, die die notwendige Folge der Verwendung eines vordergründig neutralen Kriteriums ist, und zum anderen, dass man prüft, ob die strei-

tige Regelung objektiv ist, was wiederum parallel hierzu die Untersuchung erfordert, ob diese Regelung dem mit ihr verfolgten legitimen Zweck angemessen ist [47].

74. Sodann ist zu bedenken, dass die erste Rüge der Klägerin, im vorliegenden Fall liege keine mittelbare Diskriminierung vor, weil die mit den streitigen italienischen Dekreten getroffenen Maßnahmen objektiv gerechtfertigt gewesen seien, da sie darauf abgezielt hätten, den Flughafen Linate einer neuen, auf die geeignetsten Flüge beschränkten Verwendung zuzuführen, parallel hierzu Geschäftsreisen zu erleichtern und die Wettbewerbsfähigkeit der Flugverbindung im Vergleich zur Eisenbahnstrecke Mailand—Rom sicherzustellen [48], lediglich den zweiten Abschnitt des Verfahrens betrifft, mit dem das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung festgestellt werden soll, den Abschnitt also, der die Prüfung der Objektivität der streitigen Regelung betrifft.

75. In diesen zweiten Abschnitt gehört jedoch, wie ich bereits ausgeführt habe [49], die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der streitigen Vorschriften, die gezeigt hat, dass diese Vorschriften nicht wirklich erforderlich waren, um das von ihnen verfolgte Ziel zu verwirklichen, nämlich die Schaffung eines funktionierenden und lebensfähigen Drehkreuzes auf dem Flughafen Malpensa. Folglich muss meines Erachtens der Versuch der Klägerin scheitern, die streitigen Bestimmungen objektiv auf der Grundlage des mit ihnen verfolgten Zieles, nämlich der Neustrukturierung der Funktionsweise des Flughafens Linate, die ihrerseits die Schaffung des Drehkreuzes Malpensa bedingt, zu rechtfertigen. Dies zunächst, weil es insbesondere unter den Bedingungen, die am 25. Oktober 1998 herrschten, nicht unerlässlich war, den gesamten Verkehr auf den Flughafen Malpensa zu verlagern, und weil es zugleich nicht unerlässlich war, die Flüge, für die der Flughafen Linate genutzt wurde, in dem Umfang zu beschränken, in dem die streitigen Dekrete dies getan haben. Schließt man sich hingegen dem Standpunkt an, dass die mit dem Dekret Nr. 46-T eingeführte Regelung die Verwendung des Flughafens Linate auf die Bedienung der Flugstrecke Mailand—Rom begrenzen sollte, so spricht dies für die Untersuchung, die die Kommission in der angefochtenen Entscheidung bezüglich der praktischen Auswirkungen der betreffenden Regelung durchgeführt hat. Im Übrigen geht, wie die Kommission bemerkt hat, die Behauptung der Klägerin, die Regelung habe bezweckt,

47 — Vgl. Nr. 32 dieser Schlussanträge.

48 — Die italienische Regierung weist darauf hin, dass die Kommission davon ausgegangen sei, Linate sei der Flughafen, bei dem vor der neuen Aufteilung der Verkehr von und nach den gemeinschaftlichen Drehkreuzen konzentriert war, und habe nach Erlass des streitigen Dekrets die Verbindungen nach einem einzigen Flughafenzentrum, Rom-Fiumicino, bedienen sollen, während die Verbindungen nach den anderen europäischen Drehkreuzen (Frankfurt, Paris usw.) nach dem weniger bequemen Flughafen von Malpensa verlagert werden sollten; das bedeute einen Wettbewerbsvorteil von Alitalia und einen Nachteil für die übrigen Fluggesellschaften, die andere Drehkreuze als Fiumicino benutzten; insbesondere diejenigen, die nach außerhalb der Union oder Europas verreisen möchten, würden Linate vorziehen und über das Drehkreuz Rom fliegen, statt von Malpensa aus über andere Drehkreuze zu reisen. Die Klägerin bekämpft aber diese Schlussfolgerung mit dem Hinweis, dass die streitigen italienischen Dekrete objektiv gerechtfertigt seien, weil sie Linate einer neuen Bestimmung zuführen wollten, die auf eine einzige Flugstrecke beschränkt sei, die Mailand mit Rom verbinde. Die Strecke Mailand—Rom sei vornehmlich durch Geschäftsreisen mit in der Mehrzahl Pendelflügen an einem Tag belegt. Sie bestehe daher darauf, dass diese Verbindung die geeignetste sei, um vom Flughafen Linate aus bedient zu werden, und es parallel hierzu der Flugverbindung ermögliche, im Vergleich zur Bahnverbindung wettbewerbsfähig zu bleiben. Wenn die Kommission diese Gesichtspunkte berücksichtigt hätte, hätte sie das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung nicht bejaht.

49 — Vgl. Nr. 32 dieser Schlussanträge.

die ununterbrochene Bedienung der Strecke Mailand—Rom sicherzustellen und nicht den Transfer der Fluggäste zum Flughafen Rom, fehl, weil das erste dieser Ziele das zweite nicht ausschließt, zumal keiner der Gesichtspunkte, die die Klägerin vorgetragen hat, erkennen lässt, dass die Bedienung des Drehkreuzes von Rom unmöglich oder untersagt gewesen wäre. Ganz im Gegenteil ergibt sich aus den Akten, insbesondere aus den Statistiken der 1997 beförderten Fluggäste [50] sowie aus den von den italienischen Behörden vorgeschlagenen Maßnahmen für eine etwaige Beschränkung der Transitmöglichkeiten zum Flughafen Rom-Fiumicino [51], dass diese Bedienung zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung den Tatsachen entsprach und jedenfalls möglich blieb. Folglich ist die erste Rüge der Klägerin als unbegründet zurückzuweisen.

76. Mit der zweiten der Rügen, die den Randnummern 29 bis 46 der angefochtenen Entscheidung gelten, macht die Klägerin geltend, die Kommission habe den Fehler begangen, die Folgen der Verkehrsverlagerung nach Malpensa anhand der gegenwärtigen statt der zukünftigen Situation zu beurteilen. In der neuen Situation, die mit der vollständigen Indienststellung von Malpensa für Interkontinentalflüge beginne, werde die Verbindung von Linate aus zum Drehkreuz Fiumicino in der Praxis keinen Wettbewerbsvorteil für Alitalia bringen. Eine Vorschrift könne nur dann als mittelbare Diskriminierung behandelt werden, wenn ihre Eignung, eine Person zu begünstigen oder zu benachteiligen, in vollem Umfang schlüssig dargelegt sei.

77. Diese zweite Rüge betrifft den ersten Abschnitt des Verfahrens, mit dem das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung festgestellt werden soll, d. h. die Prüfung der Frage, ob sich das Vorliegen einer Diskriminierung in der Praxis feststellen lässt und diese die notwendige Folge der streitigen Regelung oder bloßer Zufall ist.

78. Ich bin zunächst der Meinung, dass die Behauptung der Klägerin, die Kommission habe irrtümlich die Folgen der Verkehrsverlagerung nach Malpensa anhand der gegenwärtigen und nicht der zukünftigen Situation beurteilt, der Begründung entbehrt.

79. Zum einen unterliegt es keinem Zweifel, dass die mittelbare Diskriminierung dynamisch und wandelbar ist, was darauf zurückzuführen ist, dass sich die Wirkungen der streitigen Vorschriften wegen der Veränderbarkeit ihrer Tatbestandsmerkmale in der Praxis wandeln können (eine bisher nicht vorhandene Diskriminierung entsteht oder eine bestehende verschwindet). Das macht es nicht nur erforderlich, wie ich bereits ausgeführt habe, die Wirkungen der streitigen Vorschriften zu einem gegebenen Zeitpunkt in Rechnung zu stellen (momentane Prüfung der Diskriminierung), man muss vielmehr auch die Entwicklungsperspektiven und die Stabilität

50 — Es muss darauf hingewiesen werden, dass die Klägerin in Randnr. 20 ihrer Erwiderung einräumt, dass 85 % der Fluggäste, die in Fiumicino einen Anschlussflug genommen hatten, Passagiere internationaler Flüge waren.

51 — Vgl. Schreiben des Ministers Burlando vom 15. Juli 1998 (Anlage 5 der Klageschrift).

dieser Wirkungen prüfen, damit das etwaige Auftreten zufälliger Gesichtspunkte, die in Wahrheit nichts mit diesen Vorschriften zu tun haben, unberücksichtigt gelassen werden kann [52]. Diese Untersuchung der Entwicklungsperspektiven und die Stabilität der praktischen Wirkungen der streitigen Vorschriften kann indessen nicht dazu führen, dass eine zukünftige, sehr wenig wahrscheinliche, nur erwartete Situation Berücksichtigung findet, die nicht unmittelbar und sicher in der Wirklichkeit des Zeitpunkts verankert ist, zu dem man das Vorliegen der mittelbaren Diskriminierung prüft. Eine solche Vorgehensweise würde gegen den Grundsatz verstoßen, dass die Rechtmäßigkeit eines Rechtsaktes grundsätzlich anhand der tatsächlichen und rechtlichen Elemente zum Zeitpunkt des Erlasses des Aktes zu prüfen ist [53].

80. Zum anderen zeigt eine aufmerksame Durchsicht der Begründung der angefochtenen Entscheidung, dass die Kommission bezüglich sowohl des Vorliegens zweier Drehkreuze von Alitalia als auch des Vergleichs der Zugangsmöglichkeiten zu den Flughäfen Linate und Malpensa mit Recht ihre Untersuchung aufgrund der bestehenden Situation begonnen und sodann die Perspektiven und die aussichtsreichen Möglichkeiten einer Veränderung dieser Situation geprüft hat [54]. Sie hat diese schwierige Bewertung durchgeführt und letztlich festgestellt, dass das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung nur für einen besonderen Zeitraum bejaht werden könne [55], was für den vorliegenden Fall einer angemessenen Behandlung und Auslegung der Dynamik dieser Art von Diskriminierung entspricht.

81. Die Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung war insoweit nicht auf bloße Konjekturen oder geringe Wahrscheinlichkeiten gestützt, sondern auf den Grad von Wahrscheinlichkeit, dass diese Dis-

52 — Vgl. Nr. 45 dieser Schlussanträge.

53 — Vgl. z. B. Urteil vom 7. Februar 1979 in den Rechtssachen 15/76 und 16/76 (Frankreich/Kommission, Slg. 1979, 321, Randnr. 7).

54 — Vgl. Randnr. 35 der angefochtenen Entscheidung: „Es stimmt zwar, dass ein erhöhtes Angebot an Direktflügen von Malpensa für Fluggäste weniger Anreize für Umsteigeverbindungen bietet ... Alles weist jedoch darauf hin, dass die Alitalia-Dienste dann und in Zukunft von zwei Drehkreuzen aus durchgeführt werden: Rom-Fiumicino und Mailand-Malpensa. Dies war eines der wesentlichen Elemente des Umstrukturierungsplans von Alitalia, den die italienischen Behörden der Kommission nach den Regeln für staatliche Beihilfen vorgelegt haben ..."
Vgl. auch Randnr. 44 der angefochtenen Entscheidung: „Angesichts der Unterschiede bei der Erreichbarkeit von Linate und Malpensa vertritt die Kommission die Auffassung, dass diese Flughäfen so lange nicht gleich attraktiv sein werden, bis die Infrastrukturen für die Verkehrsanbindung von Malpensa die geographisch nachteilige Lage dieses Flughafens im Vergleich zu Linate ausgleichen."

55 — Vgl. Randnr. 45 der angefochtenen Entscheidung: „Angesichts dessen und unter Berücksichtigung des Wettbewerbs zwischen Alitalia und den anderen Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft führen die Kriterien des Dekrets Nr. 46-T, die es nur Alitalia erlauben, sein Drehkreuz Rom-Fiumicino von Linate aus zu bedienen, während andere Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft ihre jeweiligen Drehkreuze von Malpensa aus bedienen müssen, zu einem Wettbewerbsvorteil zugunsten von Alitalia. *Dieser Wettbewerbsvorteil wird so lange wirken, wie der Flughafen Malpensa nicht über eine Verkehrsanbindung verfügt, die zu einer größeren Akzeptanz von Malpensa durch die Flugreisenden führt*" (Hervorhebung von mir).

kriminierung aufgrund der Informationen, die der Kommission zu Gebot standen, eintreten werde.

82. Zum einen dürfte keiner der angeblichen Irrtümer bei der Tatsachenwürdigung [56], die in der Erwiderung genannt werden, Gesichtspunkte betreffen, die für die Feststellung der Diskriminierung entscheidend waren. Im Einzelnen lässt sich keinem der von der Klägerin angeführten Gesichtspunkte entnehmen, dass Alitalia Fiumicino nicht zumindest ergänzend als zweites Drehkreuz verwenden werde. Insbesondere behauptet die Klägerin, obwohl sie von einem radikalen Abbau der ausschließlich vom Drehkreuz Rom-Fiumicino abgehenden Interkontinentalflüge spricht, nirgendwo in ihren Darlegungen bei Vorstellung der geplanten Abflugzeiten der streitigen Flüge, dass diese Flüge weggefallen seien. Bestimmten Bestandteilen der Akten, zum Beispiel dem Umstrukturierungsplan [57] und den Werbemitteilungen von Alitalia [58], lässt sich entnehmen, ohne dass auf Gesichtspunkte zurückgegriffen werden müsste, die zeitlich nach der angefochtenen Entscheidung liegen [59], dass dieses Drehkreuz beibehalten wurde und vom Flughafen Malpensa bedient werden kann. Ferner sind, wie die Kommission zu Recht in ihrer Gegenerwiderung ausgeführt hat, die Anzahl der bedienten Verbindungen und die relative Bedeutung eines Drehkreuzes im Vergleich mit einem anderen für sich genommen bedeutungslos. Das bloße Vorhandensein eines zusätzlichen Drehkreuzes in Fiumicino führt zu der Feststellung, dass eine mittelbare Diskriminierung vorliegt. Schließlich hat der Umfang der Auswirkungen dieser Diskriminierung keine wirkliche Bedeutung. Auch Diskriminierungen von geringerer Bedeutung sind im Gemeinschaftsrecht untersagt [60].

83. Zum anderen kann auf jeden Fall nicht die Meinung vertreten werden, dass das Vorliegen der mittelbaren Diskriminierung bereits im ersten Abschnitt des gedanklichen Ablaufs, der dieses Vorliegen erweisen soll, voll nachgewiesen sein muss. Wie bereits ausgeführt, ist die sofortige Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung nicht immer leicht, und dieser erste Abschnitt erlaubt es jedenfalls nicht, absolut auf das Vorliegen einer Diskriminierung auf rechtlicher Ebene zu schließen, ob man nun

56 — In ihrer Erwiderung meint die Klägerin, die Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung setze keinen „offenbaren Irrtum" voraus; es genüge der Nachweis, dass die Kommission den Sachverhalt falsch gewürdigt habe. Sie geht daher davon aus, dass das Vorbringen der Kommission in ihrer Klagebeantwortung solche Irrtümer enthalte, insbesondere was das Vorhandensein von Zwillingsdrehkreuzen der Alitalia angeht.

57 — Vgl. Entscheidung 97/789/EG der Kommission vom 15. Juli 1997 über eine Kapitalerhöhung zugunsten des Unternehmens Alitalia (ABl. L 322, S. 44; Anlage 2 der Klagebeantwortung).

58 — Vgl. Anlage 3 der Klagebeantwortung.

59 — Die Kommission bringt vor, dass spätere Angaben, obwohl sie formell keinen Einfluss auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung gehabt hätten, bestätigten, dass Alitalia weiterhin ein doppeltes Drehkreuz benutze.

60 — Vgl. Urteile vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 270/83 (Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 273, Randnr. 21) und vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache C-49/89 (Corsica Ferries France, Slg. 1989, 4441, Randnr. 8).

auf die Lehren allgemeiner Erfahrung oder gar auf statistische Untersuchungen zurückgreift. Aus diesem Grund ist in einem zweiten Abschnitt, der das Verfahren zur Feststellung des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung abschließt, die Objektivität der streitigen Regelung zu untersuchen, was die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bedingt [61].

84. Ich bin demgemäß der Auffassung, dass die zweite, im Rahmen des vierten Nichtigkeitsgrundes erhobene Rüge ebenfalls als unbegründet zurückzuweisen ist.

85. Zu der dritten Rüge der Klägerin, dass die angefochtene Entscheidung bezüglich der angeordneten Verbote nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspreche [62], weist die Kommission zu Recht darauf hin, dass Artikel 8 Absatz 3 der Verordnung Nr. 2408/92 sie nicht verpflichte, sich gegenüber den betroffenen nationalen Behörden für weniger einschneidende Maßnahmen zu entscheiden. Wie sich aus den Akten ergibt und ohne dass dem mit konkretem Vorbringen widersprochen worden wäre [63], hat die Kommission zunächst die italienischen Behörden über die durch die streitigen Dekrete verursachten Probleme informiert, sich dann mit dem zuständigen Beratenden Ausschuss abgestimmt und allgemein alle Maßnahmen ergriffen (Briefwechsel, Sitzungen usw.), die die Klärung der Angelegenheit und die Ausübung der Verteidigungsrechte ermöglichten; die einzige Befugnis, die ihr danach zustand, war die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der streitigen Dekrete und die Entscheidung, ob „der Mitgliedstaat die Maßnahme weiterhin anwenden darf" [64]. Folglich war sie nicht befugt, die nationalen Maßnahmen zu ändern und sich damit an die Stelle der nationalen Behörden zu setzen. Vielmehr war es deren Sache, von sich aus die Maßnahmen zu erlassen, die unerlässlich waren, um sich der angefochtenen Entscheidung anzupassen, was sie dann mit dem Erlass des Dekrets vom 9. Oktober 1998 getan haben [65]. Darüber hinaus wäre es nicht annehmbar, wenn die Pflicht zu vertrauensvoller Zusammenarbeit zwischen Kommission und Mitgliedstaaten, wie sie Artikel 5 des EG-Vertrages (jetzt Artikel 10 EG) vorschreibt, die soeben beschriebene Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission ändern und letzterer die Initiative und die Verantwortung für angemessene Maßnahmen zuweisen könnte.

86. Nach alledem ist der vierte Nichtigkeitsgrund als unbegründet zurückzuweisen.

61 — Vgl. Nr. 32 dieser Schlussanträge.

62 — Die Klägerin bringt insbesondere vor, dass die Kommission, wenn sie Zweifel gehabt und nicht sicher gewesen sei, dass die Aufrechterhaltung des Flugs nach Rom in Linate Alitalia einen Wettbewerbsvorteil verschaffe, dies den italienischen Behörden hätte mitteilen und sich jedenfalls für weniger drakonische Maßnahmen gegenüber der italienischen Regierung bezüglich der Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, wie ihn Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92 hervorhebe, hätte entscheiden müssen.

63 — Vgl. Randnrn. 16 ff. der angefochtenen Entscheidung und Nr. 14 dieser Schlussanträge.

64 — Vgl. Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2408/92.

65 — Anlage 5 der Klagebeantwortung.

V — Ergebnis

87. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor,

1. die Klage der italienischen Republik als unbegründet abzuweisen,

2. der italienischen Republik die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.