SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIEBERT ALBER

vom 27. September 2001 [1]

I — Einleitung

1. Der portugiesische Supremo Tribunal Administrativo (Oberstes Verwaltungsgericht) ersucht den Gerichtshof um die Auslegung der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs (im Folgenden: Verordnung Nr. 2408/92). [2] Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft insbesondere die Frage, ob durch eine nach Artikel 4 erfolgte Ausschreibung einer Flugstrecke die Befugnisse des Mitgliedstaates aus Artikel 3 Absatz 2 eingeschränkt wurden — nämlich die Möglichkeit, Kabotagerechte zu verweigern —, und ob dies gegebenenfalls dann der Fall war, wenn eine derartige Ausschreibung infolge einer Auflage einer Portugal 1994 von der Kommission gewährten Beihilfe zu einem Zeitpunkt erfolgte — hier 1995 — zu dem sie ohne die Auflage wegen einer bis 1997 bzw. 1998 geltenden Ausnahmeregelung noch gar nicht hätte erfolgen müssen. Konkret geht es um die Flüge vom Festland Portugal nach Madeira und den Azoren.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — ABl. L 240, S. 8.

II — Rechtlicher Rahmen

1) *Verordnung Nr. 2408/92*

Artikel 1 Absatz 1:

„(1) Diese Verordnung betrifft den Zugang zu Strecken in der Gemeinschaft im Linienflug- und im Gelegenheitsflugverkehr.

...“

(Absätze 2 und 3 betreffen die Anwendung der Verordnung für Gibraltar.)

„(4) Flugplätze auf den griechischen Inseln sowie auf den atlantischen Inseln, die die autonome Region Azoren bilden, sind bis

zum 30. Juni 1993[3] von der Anwendung dieser Verordnung ausgenommen. Falls der Rat auf Vorschlag der Kommission nicht anders entscheidet, gilt diese Ausnahme für einen weiteren Zeitraum von fünf Jahren und kann danach nochmals um fünf Jahre verlängert werden."[4]

Artikel 3

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

(2) Ungeachtet des Absatzes 1 ist ein Mitgliedstaat vor dem 1. April 1997[5] nicht gehalten, Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft, denen in einem anderen Mitgliedstaat eine Betriebsgenehmigung erteilt wurde, Kabotagerechte in seinem Hoheitsgebiet einzuräumen, sofern

i) die Verkehrsrechte nicht für einen Linienflugdienst in Anspruch genommen werden, der eine Erweiterung eines Flugdienstes von oder eine Vorstufe eines Flugdienstes nach dem Registrierungsstaat des Luftfahrtunternehmens darstellt;

ii) das Luftfahrtunternehmen für den Kabotageflugdienst höchstens 50 % seiner Kapazität einsetzt, die pro Flugplanperiode für den Flugdienst, dessen Erweiterung oder Vorstufe der Kabotageflugdienst bildet, vorhanden ist.

..."

Artikel 4

„(1) a) Ein Mitgliedstaat kann, nach Konsultationen mit den anderen betroffenen Mitgliedstaaten und nach Unterrichtung der Kommission und der auf dieser Strecke tätigen Luftfahrtunternehmen, im Linienflugverkehr zu einem Flughafen, der ein Rand- oder ein Entwicklungsgebiet seines Hoheitsgebiets bedient, oder auf einer wenig frequentierten Strecke zu einem Regionalflughafen seines Hoheitsgebiets — wobei die jeweilige Strecke für die wirtschaftliche Entwicklung des Gebiets, in dem der Flughafen liegt, als unabdingbar gilt und soweit dies für die angemessene Bedienung dieser Strecke im Linienflugverkehr erforderlich ist — gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auf-

3 — Die Verordnung als solche trat gemäß Artikel 16 am 1. Januar 1993 in Kraft.

4 — Die Ausnahme galt also für die Azoren, da der Rat nicht anders entschied, bis zum 30. Juni 1998; eine an sich mögliche weitere Verlängerung wurde nicht beschlossen.

5 — Dieses Datum galt demzufolge für die Flüge von und nach Madeira.

erlegen, die in Bezug auf Kontinuität, Regelmäßigkeit, Kapazität und Preisgestaltung festen Standards genügen, die Luftfahrtunternehmen unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht einhalten würden. Die Kommission veröffentlicht gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften.

h) Ein Mitgliedstaat darf einem Luftfahrtunternehmen, das den Zuschlag... erhalten hat, einen Ausgleich für die Einhaltung der Standards der nach diesem Absatz auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung leisten; die Höhe dieser Ausgleichsleistung richtet sich nach den mit dem Flugdienst verbundenen Kosten und Einnahmen."

Artikel 5

...

d) Sofern auf einer Strecke noch kein Luftfahrtunternehmen den Linienflugverkehr entsprechend den für diese Strecke bestehenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen aufgenommen hat oder im Begriff ist aufzunehmen, kann ein Mitgliedstaat den Zugang zu dieser Strecke für die Dauer von bis zu drei Jahren einem einzigen Luftfahrtunternehmen vorbehalten; danach muss die Lage erneut geprüft werden. Das Recht zur Durchführung solcher Dienste wird im Wege der öffentlichen Ausschreibung allen Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft, die zur Durchführung solcher Verkehre berechtigt sind, für eine Strecke oder für mehrere solche Strecken angeboten.

„Auf Inlandstrecken, für die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung durch Gesetz oder Vertrag eine ausschließliche Genehmigung erteilt wurde und auf denen durch andere Verkehrsarten eine angemessene und ununterbrochene Bedienung nicht gewährleistet werden kann, darf diese Genehmigung bis zu ihrem Erlöschen, längstens jedoch für drei Jahre, weiterhin in Anspruch genommen werden."

2) *Beihilfeentscheidung 94/698/EG*

Artikel 1 Buchstaben e und f der Entscheidung 94/698/EG der Kommission vom 6. Juli 1994 über eine Kapitalerhöhung, Kreditbürgschaften und die bestehende

...

Steuerbefreiung zugunsten von TAP[6] lauten:

„Die Beihilfe, die der portugiesischen Fluggesellschaft TAP ... gewährt werden soll ... ist ... mit dem Gemeinsamen Markt ... vereinbar, sofern

...

e) Portugal seine Zusage einlöst, Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 spätestens ab 1. Januar 1996[7] auf die Atlantikinseln (Madeira und Azoren) anzuwenden, d. h., die auf den jeweiligen Strecken auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu veröffentlichen (siehe Abschnitt VIII.3);

f) Portugal seine Zusage einlöst, wonach die Liberalisierung des Bedarfsluftverkehrs zwischen allen Gemeinschaftsflughäfen und den Azoren alle in der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 genannten Flugdienste, also auch die ‚Nur-Sitzplatz-' und die ‚One-way-Charterflüge' einschließt; ..."

2. Zur Begründung heißt es im Abschnitt VIII.3 der Beihilfeentscheidung:

„... Sorgfältig zu Protokoll nimmt die Kommission auch die Zusicherungen und Zusagen Portugals bezüglich der Durchführung der Regeln für den Zugang zum gemeinsamen Luftverkehrsmarkt und zu deren Auslegung. Nach Auffassung der Kommission ist die Aufhebung von Maßnahmen, mit denen TAP vor Wettbewerb geschützt wird, ausreichend, um die Gewährung der Beihilfe zu rechtfertigen, die dem gemeinsamen Interesse gemäß Artikel 92 Absatz 3 Buchstabe c) des Vertrages bzw. Artikel 61 Absatz 3 Buchstabe c) des EWR-Abkommens dient. Portugal hat insbesondere

— bestätigt, dass die Liberalisierung des Bedarfsflugverkehrs zwischen den Gemeinschaftsflughäfen und den Azoren gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 alle Dienste umfasst, d. h.

6 — ABl. L 279, S. 29.

7 — Die Ausnahmeregelung für Madeira galt an sich bis zum 1. April 1997 — siehe Artikel 3 Absatz 2 — und die Ausnahmeregelung für die Azoren bis 30. Juni 1998, siehe Artikel 1 Absatz 4 der Verordnung Nr. 2408/92 und Fußnote 5.

auch die Nur-Sitzplatz- und die One-way-Charterflüge. Diese Dienste werden somit zulässig sein, obwohl die Azoren von der Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 noch ausgenommen sind;

— ihre Absicht und Bereitschaft bekräftigt, 1995 gemäß Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 eine öffentliche Ausschreibung für die Verbindungen zwischen dem portugiesischen Festland und Madeira bzw. den Azoren durchzuführen. Außerdem beabsichtigt Portugal, die Kommission im ersten Halbjahr 1995 über die Einzelheiten der auf diesen Strecken auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu unterrichten, damit sie im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* veröffentlicht werden können. Die Kommission möchte an dieser Stelle erneut darauf hinweisen, dass die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gemäß Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* gesondert veröffentlicht werden müssen. Sollte sich nach der Veröffentlichung kein europäisches Luftverkehrsunternehmen zur Übernahme dieser gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bereiterklären, so wird das Recht zur Bedienung einer oder mehrerer dieser Strecken im Wege einer öffentlichen Ausschreibung allen europäischen Luftverkehrsunternehmen angeboten, die zur Durchführung solcher Flugdienste berechtigt sind.

..."

3) *Ausschreibung gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d*

3. Die Ausschreibung, aufgrund der sich die TAP um die Durchführung der Linienflugdienste beworben hatte, sah u. a. Folgendes vor [8]:

„3. Teilnahme an der Ausschreibung

Die Teilnahme steht jedem Luftfahrtunternehmen offen, das im Besitz eines entsprechenden Luftverkehrsbetreiberzeugnisses und einer gültigen Betriebsgenehmigung ist, die ihm einem Mitgliedstaat gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 2407/92 des Rates vom 23. 7. 1992 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen erteilt wurde.

Da Portugal jedoch Artikel 3 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 in Anspruch nimmt, dürfen Luftfahrtunternehmen, deren Betriebsgenehmigung nicht von Portugal erteilt wurde, bis zum 1. 4. 1997 im innerportugiesischen Kabotageverkehr nicht mehr als 50 % der Kapazität nutzen, die sie während einer Flugplanperiode auf

8 — ABl. C 223 vom 29. August 1995, S. 16.

diesem Flugdienst anbieten, wobei die Kabotagestrecke zwingend die Anfangs- oder Endteilstrecke des Flugdienstes darstellen muss.

...

11. Gültigkeit der Ausschreibung

Die Gültigkeit dieser Ausschreibung unterliegt gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d) Satz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 der Bedingung, dass (bei Berücksichtigung ...) vor dem 1. 11. 1995 kein Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft, das eine Genehmigung zur Durchführung der Flugdienste erhalten könnte, einen Antrag auf eine solche Genehmigung zur Bedienung einer oder mehrerer der betreffenden Strecken ab dem 1. 1. 1996 entsprechend den auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gestellt hat, ohne eine finanzielle Ausgleichsleistung zu verlangen.

In jedem Fall bleibt die Ausschreibung für diejenigen Strecken gültig, für deren Bedienung zu den vorgenannten Bedingungen am 1. 11. 1995 kein Luftfahrtunternehmen eine Genehmigung beantragt hat.

..."

III — Sachverhalt

4. Mit der Entscheidung Nr. 94/698 der Kommission vom 6. Juli 1994 (im Folgenden: Beihilfeentscheidung) genehmigte die Kommission verschiedenartige Beihilfen zugunsten der portugiesischen staatlichen Luftfahrtgesellschaft Transportes Aéreos Portugueses SA (im Folgenden: TAP). Dies erfolgte im Rahmen eines Restrukturierungsprogramms.

5. Die Genehmigung erfolgte unter bestimmten Auflagen, die in Artikel 1 Buchstaben a bis h der Beihilfeentscheidung niedergelegt sind. Unter anderem hatte Portugal nach Buchstabe e der Entscheidung die Zusage einzulösen, Artikel 4 der Verordnung Nr. 2408/92 spätestens ab 1. Januar 1996 auf die Atlantikinseln (Madeira und Azoren) anzuwenden.

6. Am 4. August 1995 wurde im Amtsblatt gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung Nr. 2408/92 die Mitteilung der Kommission veröffentlicht, dass Portugal im Einklang mit der Beihilfeentscheidung beschlossen hatte, dem Flugverkehr auf neun Strecken zwischen dem auf dem Kontinent liegenden Teil Portugals und den Autonomen Regionen sowie zwi-

schen diesen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufzuerlegen. [9]

7. Am 29. August 1995 wurden gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung Nr. 2408/92 dieselben Strecken zur Durchführung des Luftverkehrs öffentlich ausgeschrieben. Ziel der Ausschreibung war, ein einziges Luftfahrtunternehmen auszuwählen, das für eine finanzielle Gegenleistung vom 1. Januar 1996 bis 31. Dezember 1998 die Gesamtheit der neun genannten Strecken unter Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bediente. Die Teilnahme an der Ausschreibung wurde ausdrücklich unter den Vorbehalt des Artikels 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2408/92 gestellt. Die Ausschreibung stand unter der Bedingung, dass sich vor dem 1. November 1995 kein Fluganbieter, der eine Genehmigung zur Durchführung einzelner oder der Gesamtheit der Flugdienste erhalten könnte, um die genannten Linien bewarb, ohne eine finanzielle Ausgleichsleistung zu verlangen. An der Ausschreibung beteiligte sich nur die TAP, die bereits bis Ende 1995 berechtigt war, die betroffenen Strecken ausschließlich zu bedienen.

8. Zwar beantragte am 30. Oktober 1995, also vor Ablauf der Ausschreibungsfrist, Flightline Ltd (im Folgenden: Flightline) eine im Vereinigten Königreich ansässige Fluggesellschaft britischen Rechts mit britischer Betriebsgenehmigung, die Genehmigung, acht der neun ausgeschriebenen Strecken sogar ohne finanzielle Gegenleistung zu bedienen. Dieser Antrag wurde mit Beschluss des Staatssekretärs für Verkehr und Kommunikation vom 22. Dezember 1995 abgelehnt. Begründet wurde die Ablehnung damit, dass sich das Angebot auf Kabotagedienste beziehe und daher die Voraussetzungen des Artikels 3 Absatz 2 der Verordnung nicht erfüllt seien.

9. Die gegen den ablehnenden Beschluss gerichtete Klage blieb erfolglos. Das Urteil führte aus, dass weder die Beihilfeentscheidung noch Artikel 4 der Verordnung Nr. 2408/92 der Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 entgegenstünden. Artikel 3 Absatz 2 würde sonst weitgehend seinen Sinn verlieren. Die Beihilfeentscheidung nehme allein Bezug auf Artikel 4 der Verordnung, wobei es — so das Vorabentscheidungsersuchen — bei einer autonomen Auslegung der Verordnung bleiben sollte.

IV — Das Vorabentscheidungsersuchen

10. Gegen dieses Urteil hat Fligthline Rechtsmittel beim Supremo Tribunal Administrativo Portugals eingelegt, das folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorlegt:

1. Setzt die Ausübung der in Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates vom 23. Juli 1992 vorgesehenen Rechte und Befugnisse eines Mitgliedstaats notwendig den Verzicht auf seine

9 — ABl. C 200 vom 4. August 1995, S. 3.

in Artikel 3 Absatz 2 dieser Verordnung vorgesehene Befugnis, bis zum 1. April 1997 den Wettbewerb der Kabotagedienste in seinem Hoheitsgebiet zu beschränken, voraus oder hat sie einen solchen Verzicht zur Folge?

2. Kann im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung, die 1995 gemäß Artikel 4 der Verordnung von einem Mitgliedstaat für den Zugang zur Erbringung von Linienflugdiensten auf einer Strecke im Einklang mit den für diese Strecke geltenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen veranstaltet wurde, von den Luftfahrtunternehmen, deren Betriebsgenehmigung von einem anderen Mitgliedstaat erteilt wurde, verlangt werden, dass sie sich zu den in Artikel 3 Absatz 2 dieser Verordnung vorgesehenen Bedingungen bewerben?

3. Bedeutet Artikel 1 Buchstabe e der Entscheidung 94/698/EG der Kommission, wonach die Genehmigung der dort vorgesehenen Beihilfe davon abhängig gemacht wird, dass Portugal seine Zusage einlöst, Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 spätestens ab 1. Januar 1996 auf die Autonomen Regionen anzuwenden, d. h., die auf den jeweiligen Strecken auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu veröffentlichen („siehe Abschnitt VIII.3"), dass Portugal von der Ausübung der den Mitgliedstaaten durch Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung eingeräumten Befugnis ausgeschlossen wird?

V — Vortrag der Beteiligten

1) *Flightline*

11. Flightline rügt, die Vorlagefragen entsprächen nicht den im zugrunde liegenden Verfahren zu entscheidenden Fragen. Es gehe vielmehr darum, ob Portugal das Angebot Flightlines mit der Begründung habe zurückweisen dürfen, dass sie nicht die in Artikel 3 Absatz 2 vorgesehenen Bedingungen erfülle.

12. Nach Ansicht Flightlines ist dies nicht der Fall. Die Kommission habe Restrukturierungsmaßnahmen der TAP nur unter bestimmten Bedingungen genehmigt. Dazu zähle unter anderem die Einhaltung der in Artikel 1 Buchstabe e der Beihilfeentscheidung enthaltenen Vorgabe, eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen und die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zu veröffentlichen. Die Kommission habe Portugal im Gegenzug zur Beihilfengewährung die Beseitigung der die TAP vor Konkurrenz schützenden Schranken auferlegt. Dies schlösse es aus, die Ausschreibung den Bedingungen des Artikels 3 Absatz 2 der Verordnung zu unterwerfen.

13. Zusammen gelesen würden Artikel 4 der Verordnung und Artikel 1 Buchstabe e

der Beihilfeentscheidung zeigen, dass sich Portugal verpflichtet habe, sich nicht auf Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung zu berufen. Dies folge einerseits aus der Tatsache, dass Portugal zu etwas verpflichtet werden sollte, wozu es nicht bereits aufgrund der Verordnung Nr. 2408/92 verpflichtet war, und andererseits aus der Tatsache, dass Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung nur bis zum 1. April 1997 gegolten habe. Die Ausschreibung wirke in ihren Folgen aber bis 31. Dezember 1998. Es sei nicht vorstellbar, dass, obwohl die Beihilfeentscheidung eine progressive Liberalisierung bezwecke, Portugal den Wettbewerb um ein Jahr und neun Monate über den ursprünglichen Zeitraum hinaus beschränken könne.

14. Nach Ansicht Flightlines haben Artikel 4 und Artikel 3 unterschiedliche Anwendungsbereiche. Artikel 4 beziehe sich auf die Fluglinien, für die es keinen Bewerber gebe, auf denen es also keinen Wettbewerb gebe, wohingegen Artikel 3 Absatz 2 Beschränkungen auf Strecken betreffe, für die es Wettbewerb gebe.

15. Der Ausschluss von Artikel 3 Absatz 2 auf die von Artikel 4 der Verordnung betroffenen Verbindungen berühre nicht die bis zum 1. April 1997 bestehende Möglichkeit, den Wettbewerb auf der Gesamtheit der innerstaatlich wettbewerbsfähigen Linien zu beschränken.

16. Artikel 3 Absatz 2 lege dem Mitgliedstaat auch keine Pflicht auf, sondern räume ihm lediglich ein Recht ein, eine Kabotage abzulehnen.

17. Letztlich beinhalte die Ausübung der in Artikel 3 Absatz 2 eingeräumten Befugnis eine durch Artikel 12 EG-Vertrag verbotene Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, da im Ergebnis nur nichtportugiesische Luftfahrtverkehrsanbieter ausgeschlossen würden.

2) *Transportes Aéreos Portugueses SA (TAP)*

18. TAP hält das Vorabentscheidungsersuchen zunächst einmal für unzulässig. Artikel 234 EG-Vertrag gebe dem Gerichtshof keine Kompetenz, über konkrete Fälle zu entscheiden. Das Bedürfnis für eine Vorabentscheidung sei im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut der gemeinschaftsrechtlichen Normen zweifelhaft.

19. In der Sache trägt TAP vor, es gehe im Wesentlichen um die Frage, ob Portugal aufgrund der Artikel 3 Absatz 2 und 4 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung Nr. 2408/92 sowie der im Amtsblatt verkündeten Ausschreibung verpflichtet gewesen sei, das Angebot Flightlines anzunehmen.

20. Weder aus Artikel 4 der Verordnung noch aus der Beihilfeentscheidung ergibt sich nach Meinung von TAP ein Verzicht Portugals auf die Rechte aus Artikel 3 Absatz 2. Es lasse sich aus Wortlaut und Systematik der Artikel 3 Absatz 2 und Artikel 4 keine Verbindung zwischen diesen Regelungen erkennen. Folglich sei eine Berufung auf die Rechte aus Artikel 3 im Rahmen der Anwendung des Artikels 4 nicht ausgeschlossen.

21. Daneben müsse man den schrittweisen und graduellen Liberalisierungsprozess im Luftverkehr berücksichtigen. Dieser rechtfertige Schutzmaßnahmen wie die in Artikel 3 Absatz 2 enthaltenen. Die Mitgliedstaaten, die gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt hätten, hätten die Beschränkungen der Luftverkehrsfreiheit auf den innerstaatlichen Flügen aufrechterhalten.

22. Im Übrigen habe die Kommission die Umsetzung der Beihilfeentscheidung nicht beanstandet und folglich den Inhalt der Ausschreibung akzeptiert.

3) *Die Portugiesische Republik*

23. Die portugiesische Regierung trägt vor, dass rechtlich Artikel 3 Absatz 2 nicht der Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nach Artikel 4 untergeordnet sei. Andere Mitgliedstaaten, zum Beispiel Frankreich, die derartige Verpflichtungen auferlegten, hätten ebenfalls Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung angewandt. Der Entstehungsprozess der Verordnung Nr. 2408/92 zeige, dass Artikel 3 Absatz 2 einen Ausgleich zwischen der Liberalisierung des Luftverkehrs und dem Schutz der besonderen Situation der nationalen Fluggesellschaften eines jeden Mitgliedstaates widerspiegele.

24. Außerdem habe Artikel 1 Absatz 4 der Verordnung die Autonome Region der Azoren bis 30. Juni 1998 vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen. Anlässlich der Verhandlungen über die Beihilfegewährung habe Portugal vorgeschlagen, trotz Artikel 1 Absatz 4 der Verordnung die Flugverbindungen zu den Azoren denselben Regelungen zu unterwerfen wie den auf Madeira anwendbaren, um die Transparenz der Konten der TAP und die Kontrolle der Geldflüsse seitens des Staates an die TAP sicherzustellen. Folglich beinhalte das Unterwerfen der Verbindungen zu den Azoren unter Artikel 4 der Verordnung nicht den Verzicht auf die in Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung vorgesehene Schutzklausel.

25. Ein solcher Verzicht könne zudem nur ausdrücklich erfolgen, da es sich um grundlegende nationale öffentliche Interessen handele. Keiner der Verhandlungsvertreter Portugals sei aber befugt gewesen, im Namen Portugals auf diese Rechte zu verzichten.

26. Außerdem weist Portugal auf Abschnitt VIII der Beihilfeentscheidung hin. Hierin werde ausdrücklich festgestellt, dass die Ausschreibung allen europäischen Luftverkehrsunternehmen angeboten wird, „die zur Durchführung solcher Flugdienste berechtigt sind". „Berechtigt" heiße auch unter Beachtung der Beschränkung des Artikels 3 Absatz 2.

27. Ebenso wie die TAP weist die portugiesische Regierung darauf hin, dass die Kommission die Umsetzung der Beihilfeentscheidung nicht beanstandet und folglich den Inhalt der Ausschreibung akzeptiert habe.

4) *Die Kommission*

28. Zur ersten und zweiten Frage trägt die Kommission vor, dass die Anwendung der Artikel 4 und 5 der Verordnung Nr. 2408/92 keinen vorherigen Verzicht auf die Schutzmaßnahmen des Artikels 3 Absatz 2 nach sich zieht. Selbst wenn diese Bestimmung eine Ausnahme zu dem in Absatz 1 verankerten generellen Prinzip des freien Zugangs zu den Strecken der Gemeinschaft beinhalte, folge aus den Erwägungsgründen, dass Kabotagerechte nur schrittweise eingeführt werden sollten. Die stufenweise Liberalisierung des Luftverkehrs innerhalb der Mitgliedstaaten zeige auch Artikel 5 der Verordnung.

29. Außerdem folge aus dem Wortlaut des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe d, dass in Bezug auf die innerstaatlichen Strecken, auf denen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt würden, der Zugang zu diesen Linien bis 1. April 1997 auf die Luftfahrtunternehmen beschränkt sei, „die zur Durchführung solcher Rechte berechtigt seien". Hiermit werde die Bedingung aufgestellt, dass auch die Voraussetzungen des Artikels 3 Absatz 2 erfüllt sein müssten.

30. Der gleiche Ausdruck wie in Artikel 4 („allen Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft, die zur Durchführung solcher Verkehre berechtigt sind") finde sich mit gleichem Sinn auch in Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c der Verordnung (EWG) Nr. 2343/90 des Rates vom 24. Juli 1990 über den Zugang von Luftverkehrsunternehmen zu Strecken des innergemeinschaftlichen Linienflugverkehrs über die Aufteilung der Kapazitäten für die Personenbeförderung zwischen Luftverkehrsunternehmen im Linienflugverkehr zwischen den Mitgliedstaaten.[10] Artikel 4 Absatz 1 müsse in diesem Kontext betrachtet werden, der den Zugang zu den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterworfenen Linien einem Luftfahrtunternehmen für eine Periode von maximal drei Jahren reserviert. Artikel 4 dagegen sei keiner festen zeitlichen Beschränkung unterworfen. Die einzige Verpflichtung bestehe in der periodischen Überprüfung der auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen.

31. Für die Zeit zwischen dem 1. Januar 1993 und dem 1. April 1997 beinhalte die Anwendung der Möglichkeiten des Artikels 4 durch einen Mitgliedstaat eine praktische

10 — ABl. L 217, S. 8.

Wirksamkeit, selbst wenn der Mitgliedstaat seine Rechte aus Artikel 3 Absatz 2 ausübe. Erstens erlaube eine Ausschreibung nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d die Schaffung von Wettbewerb zwischen den Luftfahrtunternehmen, die eine Betriebsgenehmigung des betroffenen Mitgliedstaates besitzen. Zweitens könnten sich sämtliche gemeinschaftlichen Luftverkehrsunternehmen bewerben, die die in Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung vorgesehenen Bedingungen erfüllen.

32. Zur dritten Frage trägt die Kommission vor, dass aus der generellen Struktur der Entscheidung sowie den Umständen, unter denen diese ergangen ist, nicht herauszulesen sei, dass die von Portugal eingegangene Verpflichtung, Artikel 4 auf die Autonomen Regionen Azoren und Madeira anzuwenden, so verstanden werde müsse, dass die Ausübung der in Artikel 3 Absatz 2 vorgesehenen Möglichkeit ausgeschlossen werde. Der sowohl in der Verordnung als auch in der Beihilfeentscheidung enthaltene Ausdruck „die zur Durchführung solcher Flugdienste berechtigt sind" müsse beide Male in derselben Weise interpretiert werden. Richtig sei die Auslegung, die die öffentliche Ausschreibung in den Punkten 3 und 11 wiedergebe.

33. Die Beihilfeentscheidung unterwerfe die Flugverbindungen zu den Autonomen Regionen der Verordnung Nr. 2408/92. Alle Luftfahrtunternehmen, die eine von Portugal ausgestellte Betriebsgenehmigung besäßen, könnten sich für diese Linien bewerben, namentlich die Potugália. In anderen Mitgliedstaaten registrierte Luftfahrtunternehmen hätten mit der TAP in Konkurrenz treten können, sofern sie die in Artikel 3 Absatz 2 aufgestellten Bedingungen erfüllt hätten. Der Wettbewerb werde somit auch bei Beibehalt der Rechte aus Artikel 3 Absatz 2 gefördert.

34. Die Bindung an die Verordnung mache die finanziellen Kompensationen, die Portugal für die auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zahle, transparenter. Insbesondere werde so vermieden, dass die Zahlungen nicht höher seien als das festgestellte Defizit auf diesen Linien.

35. Schließlich macht die Kommission darauf aufmerksam, dass sie in anderen die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt betreffenden Entscheidungen niemals von den Mitgliedstaaten gefordert habe, vorzeitig auf die Möglichkeiten aus Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung zu verzichten.

VI — Würdigung

1) *Zur Zulässigkeit*

36. Die gegen die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens geltend gemach-

ten Einwände überzeugen nicht. Die vorgelegten Fragen betreffen die Auslegung der Vorschriften der Artikel 3 und 4 der Verordnung Nr. 2408/92. Sie sind von allgemeiner Bedeutung und gehen über den Einzelfall hinaus. Das Ersuchen ist daher zulässig.

2) *Zur ersten Frage*

37. Die erste Frage betrifft das grundsätzliche Verhältnis zwischen Artikel 3 Absatz 2 und Artikel 4 der Verordnung Nr. 2408/92. Es geht um das Problem, inwieweit die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen für eine Flugstreckenbedienung und die öffentliche Ausschreibung von Flugstrecken gemäß Artikel 4 Absatz 1 zum Verzicht auf die bis zum 1. April 1997 eingeräumte Möglichkeit der Beschränkung der Kabotage führen.

a) Wortlaut der Artikel 3 und 4

38. Ausdrücklich sehen weder der Wortlaut des Artikels 3 Absatz 2 noch der des Artikels 4 Absatz 1 einen solchen Verzicht vor. Die beiden Vorschriften nehmen keinen Bezug aufeinander.

39. Die Kommission verweist darauf, dass nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d das ausgeschriebene ausschließliche Recht allen Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft anzubieten ist, „... die zur Durchführung solcher Verkehre berechtigt sind ...". Sie vertritt die Ansicht, dass „berechtigt" nur ein Luftfahrtunternehmen ist, das die Bedingungen des Artikels 3 Absatz 2 erfüllt. Sie leitet dies aus einem Vergleich mit dem Wortlaut des Vorläufers dieser Regelung ab, dem Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c der Verordnung (EWG) Nr. 2343/90 des Rates vom 24. Juli 1990 über den Zugang von Luftverkehrsunternehmen zu Strecken des innergemeinschaftlichen Linienflugverkehrs und über die Aufteilung der Kapazitäten für die Personenbeförderung zwischen Luftverkehrsunternehmen im Linienflugverkehr zwischen Mitgliedstaaten. Diese Vorschrift nahm ausdrücklich auf Artikel 8 der Verordnung Nr. 2343/90 Bezug, der eine dem Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2408/92 vergleichbare Regelung enthielt.

40. Der Vergleich der Vorschriften scheint nur bedingt geeignet, die von der Kommission vorgeschlagene Lösung zu stützen. Die Tatsache, dass Artikel 4 keinen — zumindest keinen ausdrücklichen — Verweis auf Artikel 3 enthält, könnte auch dafür sprechen, dass die Verordnung Nr. 2408/92 in der Liberalisierung des Luftverkehrs weiter gehen sollte als die Verordnung Nr. 2343/90. Wie sich aus den Erwägungsgründen drei bis sieben der Verordnung Nr. 2408/92 ergibt, stellt diese Verordnung einen weiteren Schritt auf dem Wege der Liberalisierung des Luftverkehrs dar und geht über die Verordnung Nr. 2343/90 hinaus. Insofern könnte die Formulierung des Artikels 4 der Verordnung Nr. 2408/92 den Ausschluss der Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 nahe legen.

41. Der Begriff der Berechtigung muss sich auch nicht notwendig auf die Berechtigung nach Artikel 3 Absatz 2 beziehen. Es ist ebenso möglich, ihn in Verbindung mit der Regelung in Artikel 2 Buchstabe b zu lesen,

die den Begriff „Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft" definiert als „... ein Luftfahrtunternehmen mit einer gültigen Betriebsgenehmigung, die von einem Mitgliedstaat gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 2407/92 des Rates vom 23. Juli 1992 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen [11] ausgestellt wurde". „Berechtigt" im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe d könnte mithin auch als „im Besitz einer gültigen Betriebserlaubnis im Sinne der Verordnung Nr. 2407/92" verstanden werden. In diesem Fall könnten sich an der Ausschreibung alle Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft beteiligen, ohne dass ihnen die Beschränkung des Artikels 3 Absatz 2 entgegengehalten werden kann. Diese Lösung hat den Vorteil, dass sie dem Grundgedanken der Liberalisierung Rechnung trägt, der in Artikel 3 Absatz 1 verankert ist.

42. Als Zwischenergebnis ist festzustellen, dass der Wortlaut der beiden Bestimmungen Raum für beide Auslegungen läßt. Aufgrund des Wortlauts wird man nicht zu dem Ergebnis gelangen können, dass die Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 im Rahmen des Artikels 4 ausgeschlossen war.

b) Systematischer Zusammenhang

43. Es ist daher zu untersuchen, inwiefern sich aus dem systematischen Zusammenhang eine Antwort auf die Vorlagefrage ergibt.

44. Unter dem Stichwort des systematischen Zusammenhangs verweist die Kommission auf Artikel 5. Diese Bestimmung betrifft die vorübergehende Aufrechterhaltung von ausschließlichen Verkehrsrechten. Soweit sie zur Zeit des Inkrafttretens der Verordnung, also am 1. Januar 1993 (vgl. Artikel 16 der Verordnung), bestanden, durften sie bis zu ihrem Erlöschen, jedoch längstens drei Jahre, also bis maximal 1. Januar 1996, weiterhin in Anspruch genommen werden. Wie Artikel 3 Absatz 2 so regelt auch Artikel 5 eine vorübergehende Ausnahme vom Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit im Flugverkehr, der durch Artikel 3 Absatz 1 eingeführt wurde [12]. Nach Auffassung der Kommission ist es „offensichtlich", dass die Anwendung des Artikels 5 nicht die Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 ausschließt. Folglich könne auch Artikel 4 Absatz 1 nicht zu einem Verzicht auf die Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 führen.

45. Artikel 5 trifft eine dem Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d vergleichbare Anordnung. In beiden Fällen geht es um die Anerkennung ausschließlicher Rechte und damit um eine Ausnahme zu der von Artikel 3 Absatz 1 eingeführten Dienstleistungsfreiheit im Flugverkehr. In beiden Fällen wird eine Höchstdauer von drei Jahren gesetzt.

46. Allerdings bestehen auch wesentliche Unterschiede zwischen Artikel 5 und

11 — ABl. L 240, S. 1.

12 — Urteil vom 26. Juni 2001 in der Rechtssache C-70/99 (Kommission/Portugal, Slg. 2001, I-4845, Randnrn. 21 und 22). Vgl. auch — wenn auch noch nicht so eindeutig — das Urteil vom 18. Januar 2001 in der Rechtssache C-361/98 (Kommission/Italien, Slg. 2001, I-385, Randnr. 32).

Artikel 4. Inhaltlich unterscheiden sie sich insofern, als Artikel 5 einen Bestandsschutz für vor der Liberalisierung am 1. Januar 1993 eingeräumte ausschließliche Rechte gewährt, wohingegen Artikel 4 die Schaffung neuer ausschließlicher Rechte nach diesem Datum betrifft. Es ist nicht zwangsläufig, alte ausschließliche Rechte genauso zu behandeln wie neue, nach Inkrafttreten der Verordnung eingeräumte Rechte. Außerdem ergibt sich aus dem zeitlichen Geltungsbereich der Vorschriften ein Unterschied. Zwischen Artikel 3 Absatz 2 und Artikel 5 konnte es nur wenige Kollisionsfälle geben. Denn die ausschließlichen Rechte durften nur bis 1. Januar 1996 aufrechterhalten bleiben. Zumindest so lange gab es ohnehin kein Recht auf Kabotage. Kollisionen konnten daher allenfalls in der Zeit vom 1. Januar 1996 bis 1. April 1997 auftreten. Bei Artikel 4 hingegen konnten Kollisionen während der gesamten Geltungsdauer des Artikels 3 Absatz 2 auftreten, also vom 1. Januar 1993 bis 1. April 1997. Wegen dieser Unterschiede erscheint es daher fraglich, inwieweit aus Artikel 5 ein Argument für die Auslegung des Artikels 4 hergeleitet werden kann.

47. Der systematische Zusammenhang des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe d mit Artikel 3 Absatz 1 spricht für einen Ausschluss der Anwendung des Artikels 3 Absatz 2. Wenn schon im Gegensatz zur angestrebten Liberalisierung neue Monopole — zumindest vorübergehend für maximal drei Jahre — eingeführt werden konnten, dann sollte wenigstens im Rahmen der Vergabe dieser ausschließlichen Rechte der Wettbewerb allen Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft offen stehen. Eine solche Auslegung kann sich zudem auf den Umstand stützen, dass Artikel 3 Absatz 2 eine Ausnahme vom Grundsatz des Absatzes 1 darstellt. Als Ausnahmevorschrift ist Artikel 3 Absatz 2 eng auszulegen.

48. Die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen geschieht gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a prioritär ohne jeglichen Ausgleich für das Luftfahrtunternehmen. Dementsprechend sah der Text der auf der Grundlage des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe a im Amtsblatt veröffentlichten Mitteilung der Kommission über gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Linienflugverkehr innerhalb Portugals [13] ausdrücklich vor, dass „[d]ie Luftfahrtunternehmen ... ihr Angebot für die Bedienung einer oder mehrerer Strecken bei Erfüllung der auferlegten Verpflichtungen und ohne Ausgleichsforderung vor dem 31. Oktober 1995 vorlegen [mussten]". Ein Ausgleich wurde somit ausdrücklich ausgeschlossen.

49. Das bedeutet jedoch nicht, dass für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen überhaupt kein Ausgleich gewährt werden kann. Zum einen können gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d ausschließliche Rechte gewährt werden. Eine derartige Monopolstellung garantiert

13 — ABl. C 200 vom 4. August 1995, S. 3.

dem Luftfahrtunternehmen, das die Strecken bedient, bestimmte Einnahmen. Darüber hinaus kann einem Luftfahrtunternehmen, das im Rahmen einer solchen Ausschreibung den Zuschlag erhält, gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe h ein Ausgleich gewährt werden. Er gleicht die Differenz zwischen den durch die Einhaltung der auferlegten Standards entstandenen Kosten und den bei der Durchführung des Luftverkehrs erzielten Einnahmen aus. [14] Entsprechend dieser Regelung sah die im Amtsblatt veröffentlichte Ausschreibung, die die Grundlage für die Bewerbung der TAP um die neun fraglichen Fluglinien bildete, unter Ziffer 6 ausdrücklich vor, dass ein finanzieller Ausgleich gewährt werden sollte und die Bewerber daher die Höhe ihrer Ausgleichsforderung im Angebot ausdrücklich beziffern mussten. [15]

50. Nach der Mitteilung 94/C 350/07 der Kommission über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des EG-Vertrages sowie des Artikels 61 des EWR-Abkommens auf staatliche Beihilfen im Luftverkehr [16] ist ein derartiger Ausgleich von Verlusten eine „neutrale geschäftliche Transaktion zwischen Staat und Fluggesellschaft". Derartige „... Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen [enthalten] kein Beihilfeelement, wenn das Luftverkehrsunternehmen im Zuge eines Ausschreibungsverfahrens (bei Öffnung der Strecke für ein einziges Luftfahrtunternehmen) ordnungsgemäß ausgewählt worden ist, und wenn die maximale Ausgleichsleistung nicht höher ist als das im Angebot genannte Defizit ...". [17]

51. Wie die Entscheidung 94/666/EG der Kommission vom 6. Juli 1994 [18] zeigt, ist neben dem beschriebenen Ausgleichsmechanismus nach der Verordnung Nr. 2408/92 auch noch die Gewährung einer Beihilfe an ein Luftfahrtunternehmen denkbar. In dieser Entscheidung, die Ausgleichszahlungen für die Verluste der TAP im Verkehr zu den Autonomen Regionen Azoren und Madeira betraf, also die Strecken, die auch von den Vorlagefragen betroffen sind, hat die Kommission festgestellt, dass Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, soweit sie nicht an ein Unternehmen gezahlt werden, das im Rahmen einer Ausschreibung ausgewählt worden ist, als Beihilfe anzusehen sind. [19] Unter Beachtung der nur begrenzten Verwirklichung der Liberalisierung im Luftverkehr hat die Kommission die damalige Beihilfe dennoch als Regionalbeihilfe für mit dem Vertrag vereinbar erklärt. Auch wenn damit Beihilfen für den Luftverkehr grundsätzlich von der Kommission als vertragswidrig angesehen werden, belegt diese Entscheidung, dass eine Kompensation doch grundsätzlich auch in Form von Beihilfen denkbar ist.

52. Wird die Erfüllung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen durch eine Anwendung des Artikels 4 Absatz 1 Buch-

14 — Vgl. Ziffer 16 der Mitteilung 94/C 350/07 der Kommission über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des EG-Vertrages sowie des Artikels 61 des EWR-Abkommens auf staatliche Beihilfen im Luftverkehr, ABl. C 350 vom 10. Dezember 1994, S. 5.

15 — ABl. C 223 vom 29. August 1995, S. 16.

16 — ABl. C 350 vom 10. Dezember 1994, S. 5.

17 — Ziffer 18 der Mitteilung.

18 — Entscheidung 94/666/EG der Kommission vom 6. Juli 1994 über die Ausgleichszahlungen für die Verluste von TAP im Verkehr zu den Autonomen Regionen Azoren und Madeira, ABl. L 260 vom 8. Oktober 1994, S. 27.

19 — Entscheidung 94/666, Punkt V, S. 30 (zitiert in Fußnote 18).

staben d und h kompensiert, so stellt sich die Frage, ob dann eine Einschränkung des Wettbewerbs, wie sie Artikel 3 Absatz 2 vorsieht, immer noch als rechtmäßig angesehen werden kann. Da Artikel 3 Absatz 2 als Ausnahmebestimmung vom in Absatz 1 niedergelegten Grundsatz der Liberalisierung eng auszulegen ist, könnte man daran denken, dass Artikel 3 Absatz 2 im Rahmen des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe d nicht anzuwenden ist. Dieser Frage soll im nächsten Prüfungsabschnitt nachgegangen werden.

53. Die Analyse des systematischen Zusammenhangs, in dem die Vorschriften stehen, spricht daher eher dafür, Artikel 3 Absatz 2 im Rahmen des Artikels 4 für unanwendbar zu halten. Die Frage wird aber auch aus dem systematischen Zusammenhang nicht abschließend beantwortet.

c) Sinn und Zweck der Artikel 3 und 4

54. Es ist schließlich zu untersuchen, ob sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschriften ein Ausschluß der Anwendung des Artikels 3 im Rahmen des Artikels 4 ergibt.

55. Artikel 3 Absatz 1 führt die Dienstleistungsfreiheit im Flugverkehr umfassend ein. Absatz 2 dieser Vorschrift schiebt die Anwendung dieses Grundsatzes in Bezug auf die Kabotage auf. Sie wird nicht bereits mit Inkrafttreten der Verordnung am 1. Januar 1993 (vgl. Artikel 16) umfassend zugelassen, sondern die Mitgliedstaaten können diese Freiheit bis 1. April 1997 einschränken, allerdings nur unter den in Artikel 3 Absatz 2 genannten Voraussetzungen. Ein eventuell vom Markt her möglicher Wettbewerb wird also, soweit dieses Recht aus Artikel 3 Absatz 2 in Anspruch genommen wird, beschränkt.

56. Eine ganz andere Situation regelt Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a. Diese Bestimmung räumt den Mitgliedstaaten die Befugnis ein, Mindestbedingungen aufzustellen, zu denen sich ein Flugunternehmen um die Vergabe von Flugrechten bewerben kann. Im Rahmen des nach Artikel 3 Absatz 1 eröffneten Wettbewerbs wird von den Luftfahrtunternehmen, die sich um die Genehmigung zur Bedienung einer bestimmten Strecke bewerben, verlangt, dass die von ihnen angebotene Flugdienstleistung bestimmte Bedingungen in Bezug auf die Häufigkeit, die Flugzeiten, die angebotene Kapazität und den geforderten Preis etc. erfüllt. Mit einer derartigen Regelung wird auf bestimmten Strecken ein angemessenes Maß an Flugdienstleistungen gewährleistet, das der Markt von sich aus nicht oder zumindest nicht in ausreichendem Umfang anbietet. Wegen der unterschiedlichen Zwecke, die Artikel 3 und Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a verfolgen, wird man daher grundsätzlich sagen können, dass die beiden Regelungen nebeneinander stehen, sich also weder ausschließen noch bedin-

gen. Insofern ist kein Grund ersichtlich, die in Artikel 3 Absatz 2 eingeräumte zeitlich befristete Befugnis zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht auch im Rahmen der Anwendung des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe a zuzulassen. Fraglich ist, inwieweit diese Wertung auch im Rahmen des Buchstaben d gelten kann, also für den Fall, dass die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen kompensiert wird.

57. Wie der vorliegende Fall zeigt, gibt es Situationen, in denen der Wettbewerb durch eine Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 im Rahmen des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe d beschränkt wird. Flightline hat beantragt, ihr zu gestatten auf acht der neun nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d ausgeschriebenen Strecken ohne Zahlung einer Ausgleichsleistung Linienverkehr zu betreiben. Wäre Artikel 3 Absatz 2 im Rahmen des Artikels 4 Absatz 1 anwendbar, so würde ein freier Anbieter der nicht die Bedingungen des Artikels 3 Absatz 2 erfüllt wie Flightline durch einen künftigen Monopolisten ersetzt. Dieses Ergebnis widerspricht dem Sinn und Zweck der Verordnung, die Liberalisierung des Luftverkehrs herbeizuführen und Wettbewerb zu schaffen.

58. Wie interessant die Möglichkeit einer Begrenzung des Wettbewerbs auch für den ausschreibenden Mitgliedstaat sein kann, belegen die Bekanntmachungen im Amtsblatt, die im vorliegenden Fall veröffentlicht wurden. Die Veröffentlichung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Amtsblatt nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a enthielt keinerlei Berufung auf Artikel 3 Absatz 2. Dies lässt vermuten, dass die portugiesische Regierung nicht unbedingt auf seiner Anwendung bestanden hätte, wenn die Genehmigung der Strecken unter Anwendung des Buchstabens a erfolgt wäre. Erst im Rahmen der Ausschreibung nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d wurde von der Möglichkeit, die Kabotage gemäß Artikel 3 Absatz 2 zu beschränken, Gebrauch gemacht. Dieses Verhalten verdeutlicht, wie wenig es dem Grundgedanken der Verordnung Nr. 2408/92 entspricht, auf Strecken, auf denen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt werden, um ein ausreichendes Angebot sicherzustellen, die Teilnahme an der Ausschreibung der Luftverkehrsrechte nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben d und h durch die Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 zu beschränken.

59. Die Einräumung eines ausschließlichen Rechts läuft dem Grundanliegen der Verordnung Nr. 2408/92, so wie es in Artikel 3 Absatz 1 zum Ausdruck kommt, diametral entgegen. Statt der gewünschten Liberalisierung tritt eine wenn auch nur vorübergehende neue Monopolisierung ein.

60. Es ist jedoch zu beachten, dass Artikel 3 Absatz 2 nur eine Übergangsvorschrift ist. Er ist eine bewusste Entscheidung des Ge-

setzgebers für eine Ausnahme vom Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs im Luftverkehr. Wie sich aus dem zehnten Erwägungsgrund der Verordnung ergibt, sollten Kabotagerechte schrittweise eingeführt werden, um die Entwicklung des Luftverkehrs in der Gemeinschaft zu beleben und die Leistungen für die Benutzer zu verbessern.

61. Durch Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung wird ein Ausgleich zwischen der Liberalisierung des Luftverkehrs und der besonderen Situation der nationalen Fluggesellschaften im Bereich der Kabotagerechte geschaffen. Das besondere Bedürfnis eines solchen Ausgleichs liegt darin begründet, dass das Einräumen von Kabotagerechten den höchsten Grad an Marktöffnung darstellt. Dieser Markt war bislang eine Domäne des jeweiligen Staates und seiner nationalen Fluggesellschaften. Dies belegt Artikel 7 des Übereinkommens über die internationale Zivilluftfahrt, das am 7. Dezember 1944 in Chicago unterzeichnet und von allen Mitgliedstaaten der EG ratifiziert worden ist. Diese Vorschrift räumt ausdrücklich jedem Vertragsstaat das Recht ein, den Luftfahrzeugen anderer Vertragsstaaten die Genehmigung zu verweigern, in seinem Hoheitsgebiet Fluggäste, Post und Fracht, die für einen anderen Punkt innerhalb seines Hoheitsgebietes bestimmt sind, zur entgeltlichen Beförderung aufzunehmen.

62. Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im Bereich der Kabotage den Mitgliedstaaten bewußt die Möglichkeit eingeräumt hat, die Liberalisierung vom 1. Januar 1993 bis maximal 1. April 1997 zu verzögern. Ohne triftigen Grund sollte ein derartiger gesetzgeberischer Wille nicht missachtet werden. Vielmehr sollte versucht werden, dieser Ausnahme so weit wie möglich im Rahmen der Anwendung der anderen Vorschriften der Verordnung Rechnung zu tragen. Dies gilt umso mehr, als die gemeinschaftsrechtliche Liberalisierung über den Stand des Völkerrechts hinausgeht. Diese Überlegung spricht dafür, von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Artikels 3 Absatz 2 auch im Rahmen der Ausschreibungen nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d auszugehen.

63. Legt man Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d in diesem Sinne aus, so wird sein Anwendungsbereich zwar dergestalt eingeschränkt, dass ein Wettbewerb auf die im betreffenden Mitgliedstaat zugelassenen Luftfahrtunternehmen und diejenigen Unternehmen begrenzt wird, für die der Verkehr auf den ausgeschriebenen Strecken Zubringerdienste darstellt. Solch ein beschränkter Wettbewerb stellt aber immer noch einen Fortschritt im Verhältnis zum nicht liberalisierten Markt dar.

64. Vor diesem Hintergrund ist die Ansicht Flightlines zurückzuweisen, nach der sich Artikel 3 Absatz 2 und Artikel 4 aufgrund ihres jeweiligen Anwendungsbereichs gegenseitig ausschließen. Zwar trifft es zu, dass der Anwendungsbereich des Artikels 3 Absatz 2 mehrere Anbieter voraussetzt, da die Regelung den bestehenden Wettbewerb

beschränkt. Jedoch kann dem nicht entgegengehalten werden, dass der Anwendungsbereich des Artikels 4 nur Fälle beträfe, in denen kein Anbieter die fraglichen Flugdienstleistungen anbietet. Die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen mag aus der Feststellung resultieren, dass der Markt von sich aus die entsprechende Flugdienstleistung nicht in ausreichendem Maße anbietet. Das heißt aber noch nicht, dass es gar keinen Wettbewerb gibt. Darüber hinaus verwirklicht Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d im Rahmen der sich spätestens alle drei Jahre periodisch wiederholenden Ausschreibung gerade den Wettbewerb, selbst wenn die Beschränkung des Artikels 3 Absatz 2 der Verordnung anwendbar ist. Gerade die Pflicht zur periodisch wiederkehrenden Ausschreibung gewährleistet den Wettbewerb und beschränkt die gegebenenfalls nach Buchstabe h geleistete Ausgleichszahlung auf das geringste am Markt erzielbare Defizit. Es besteht kein rechtlicher Grund, die bewußte Entscheidung des Gesetzgebers für die schrittweise Liberalisierung einschließlich der Möglichkeit zur verzögerten Einführung der Kabotage im Rahmen des Artikels 4 Absatz 1 nicht zu beachten. Folglich ist davon auszugehen, dass eine Anwendung des Artikels 4 Absatz 1 nicht zwangsläufig zum Verzicht auf das Recht nach Artikel 3 Absatz 2 führt.

65. Wie insbesondere auch die in Ziffer 11 der im Amtsblatt veröffentlichten Ausschreibung belegt, wird auch im Rahmen der Anwendung des Buchstabens d dem freien Wettbewerber der Vorrang vor dem gegebenenfalls sogar subventionierten Monopolisten eingeräumt. Hiernach erfolgte der Zuschlag nur insoweit, als bis zum 1. November 1995 kein Luftfahrtunternehmen eine Genehmigung für eine oder mehrere der ausgeschriebenen Strecken beantragt hatte. Nur die verbleibenden Strecken, um die sich kein freier Wettbewerber bemüht hatte, durften dann nach Buchstabe d vergeben werden.

66. Vom Sinn und Zweck der Vorschriften ist eine Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 im Rahmen des Artikels 4 nicht ausgeschlossen. Man wird daher im Ergebnis der bewußten Entscheidung des Gesetzgebers für eine schrittweise Liberalisierung des Luftverkehrs und für eine Liberalisierung der Kabotage erst ab dem 1. April 1997 folgen und die Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 im Rahmen des Artikels 4 zulassen müssen.

67. Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass diese Lösung auch nicht gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 12 EG verstößt. Die in den Artikeln 51 ff. EG enthaltenen Regeln über die Dienstleistungsfreiheit sind eine dem allgemeinen Diskriminierungsverbot vorgehende Spezialregelung. Gemäß Artikel 80 Absatz 2 EG gelten sie für den Luftverkehr nur insoweit, wie der Rat dies in besonderen Vorschriften festlegt. Eine solche Vorschrift ist die Verordnung Nr. 2408/92.

Wenn dort in Artikel 3 Absatz 2 bestimmt wird, dass Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, hier der Registrierung des Luftfahrtunternehmens in einem anderen Mitgliedstaat, bis 1. April 1997 zulässig waren, so ist diese Diskriminierung mithin vertragskonform. In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter Flightlines auch ausdrücklich den Vorwurf fallen lassen, die Verordnung Nr. 2408/92 oder zumindest ihr Artikel 3 Absatz 2 verstoße gegen Artikel 12 EG.

68. Es wird daher folgende Antwort auf die erste Frage vorgeschlagen:

Die Ausübung des in Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates vom 23. Juli 1992 vorgesehenen Rechts eines Mitgliedstaats setzt nicht notwendig den Verzicht auf seine in Artikel 3 Absatz 2 dieser Verordnung vorgesehene Befugnis, bis zum 1. April 1997 den Wettbewerb der Kabotagedienste in seinem Hoheitsgebiet zu beschränken, voraus und hat einen solchen Verzicht auch nicht zur Folge.

3) *Zur zweiten Frage*

69. Die Antwort auf die zweite Frage folgt im Wesentlichen aus dem Ergebnis der Überlegungen zur ersten. Da die Ausschreibung nach Artikel 4 Absatz 1 nicht zum Verzicht auf die Möglichkeit führt, die Erteilung von Kabotagerechten gemäß Artikel 3 Absatz 2 zu beschränken, verstößt es auch nicht gegen Gemeinschaftsrecht, wenn der Mitgliedstaat im Rahmen der Ausschreibung verlangt, dass sich die Luftfahrtunternehmen zu den in Artikel 3 Absatz 2 vorgesehenen Bedingungen bewerben. Vielmehr übt der Mitgliedstaat in diesem Fall gerade seine Rechte aus Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung aus.

70. Insoweit Luftfahrtunternehmen, deren Betriebsgenehmigung von einem anderen Mitgliedstaat erteilt worden ist, gehalten sind, die in Artikel 3 Absatz 2 aufgestellten Bedingungen zu erfüllen, stellt sich jedoch das Problem, dass nach der dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegenden Ausschreibung ausschließliche Rechte für die Zeit vom 1. Januar 1996 bis 31. Dezember 1998 vergeben werden sollten (vgl. Punkt 8 der Ausschreibung). Diese Laufzeit überschreitet die in Artikel 3 Absatz 2 normierte Frist, nach der die Beschränkung der Kabotage nur bis 1. April 1997 zulässig war. Damit stellt sich die Frage, inwieweit durch eine Ausschreibung, die 1995 veranstaltet wurde und Leistungen betraf, die zwischen dem 1. Januar 1996 und dem 31. Dezember 1998 erbracht werden sollten, die Beschränkung nach Artikel 3 Absatz 2 über den 1. April 1997 hinaus verlängert werden konnte.

71. Die Regelung in Artikel 3 Absatz 2 ist eine Ausnahme von dem in Artikel 3

Absatz 1 verankerten Grundsatz des freien Zugangs zu Strecken in der Gemeinschaft. Als Ausnahmevorschrift ist sie nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen eng auszulegen.

72. Flightline vertritt die Auffassung, dass die Einschränkungen jedenfalls nicht weiter gehen dürften als in der Verordnung angegeben. TAP und die portugiesische Regierung äußern sich nicht zu dieser Frage. Die Kommission verweist lediglich darauf, dass ausschließliche Rechte maximal für drei Jahre vergeben werden dürfen.

73. In der Tat dürfen die ausschließlichen Rechte nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d nur für maximal drei Jahre vergeben werden. Diese Frist stimmt mit der in Artikel 5 normierten Frist überein, die einen dreijährigen Bestandsschutz für beim Inkrafttreten der Verordnung bestehende ausschließliche Genehmigungen festsetzt. Allerdings sind die Dreijahresfristen sowohl in Artikel 4 als auch in Artikel 5 Höchstgrenzen. Es besteht keine Pflicht, sie auszuschöpfen. Die ausschließlichen Rechte können auch für kürzere Zeitspannen im Rahmen der Anwendung des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe d zum Beispiel für die Zeit vom 1. Januar 1996 bis 31. März 1997 eingeräumt werden. Dies ist ein Indiz dafür, dass die dreijährigen Fristen in den Artikeln 4 und 5 keinesfalls dazu dienen sollen, die in Artikel 3 Absatz 2 festgelegte Frist zu verlängern.

74. Die Regelung des Artikels 5 lief überdies am 1. Januar 1996 aus. Es widerspräche dem Sinn dieser Übergangsvorschrift, aus ihr ein Argument herzuleiten, wonach durch eine Ausschreibung, die Ende 1995 stattfindet, für die Zeit vom 1. Januar 1996 bis 31. Dezember 1998 neue ausschließliche Genehmigungen hätten erteilt werden können.

75. In Bezug auf Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d ist zwar festzustellen, dass sein zeitlicher Anwendungsbereich unbegrenzt ist. Jedoch ergibt sich aus dieser Vorschrift kein Hinweis darauf, dass sie dazu ermächtigt, die Anwendung anderer Vorschriften der Verordnung zu behindern oder zu verzögern. Dem Grundgedanken der Liberalisierung, wie er in Artikel 3 Absatz 1 niedergelegt ist, wird nur eine Auslegung gerecht, die die Möglichkeit zur Beschränkung der Kabotage nicht über den 1. April 1997 hinaus verlängert, auch wenn sie im Rahmen einer Ausschreibung nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d erfolgt.

76. Es wird daher folgende Antwort auf die zweite Frage vorgeschlagen:

Im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung, die 1995 gemäß Artikel 4 der Verordnung von einem Mitgliedstaat für den Zugang zur Erbringung von Linienflugdiensten auf einer Strecke im Einklang mit den für diese Strecke geltenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ver-

anstaltet wurde, konnte nur bis zum 1. April 1997 von den Luftfahrtunternehmen, deren Betriebsgenehmigung von einem anderen Mitgliedstaat erteilt wurde, verlangt werden, dass sie sich zu den in Artikel 3 Absatz 2 dieser Verordnung vorgesehenen Bedingungen bewerben. Für den Zeitraum nach diesem Datum waren und sind jene Luftfahrtunternehmen ohne Beschränkungen zuzulassen.

4) *Zur dritten Frage*

77. Mit der dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, inwieweit die Beihilfeentscheidung 94/698/EWG der Kommission, insbesondere deren Artikel 1 Buchstabe e, wonach Portugal zugesagt hat, spätestens ab 1. Januar 1996 Artikel 4 auf die Autonomen Regionen der Azoren und Madeira anzuwenden, zum Ausschluss der Befugnis Portugals führt, die Kabotage gemäß Artikel 3 Absatz 2 zu beschränken.

78. Während die Verordnung Nr. 2408/92 seit ihrem Inkrafttreten auf die Autonome Region Madeira anwendbar ist, nimmt Artikel 1 Absatz 4 die Autonome Region der Azoren bis zum 1. Juli 1993 — später verlängert bis 30. Juni 1998 — vom Anwendungsbereich der Verordnung aus.

79. Aufgrund der in Artikel 1 Buchstabe e der Beihilfeentscheidung erwähnten Zusage Portugals findet jedoch zumindest Artikel 4 bereits seit 1. Januar 1996 auf die Autonome Region der Azoren Anwendung. Dies entspricht genau dem Zeitpunkt, ab dem die von Portugal ausgeschriebenen Dienste zu erfüllen waren.

80. Da aber — wie zur ersten und zweiten Frage ausgeführt — die Anwendung des Artikels 4 nicht die Befugnis eines Mitgliedstaates aus Artikel 3 Absatz 2 ausschließt, ist nachfolgend zu untersuchen, inwiefern die Beihilfeentscheidung zu einem Verzicht auf die Ausübung der Rechte aus Artikel 3 Absatz 2 ab dem 1. Januar 1996 führt.

81. Der Wortlaut des Artikels 1 Buchstabe e der Beihilfeentscheidung enthält keinen ausdrücklichen Bezug auf Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung. Zu untersuchen ist daher, ob sich aus der Begründung der Beihilfeentscheidung ergibt, dass die Anwendung dieser Vorschrift ausgeschlossen werden sollte.

82. Flightline verweist auf die Verpflichtung Portugals, im Gegenzug zur Genehmigung der Umstrukturierungsbeihilfe allgemein die die TAP vor Konkurrenz schützenden Schranken zu beseitigen. Diese Ansicht kann sich auf Abschnitt VIII.3 der Begründung der Beihilfeentscheidung stützen. Dort wird

ausgeführt, dass nach Ansicht der Kommission die Aufhebung von Maßnahmen, mit denen die TAP vor Wettbewerb geschützt wird, ausreichend ist, um die Gewährung der Beihilfe zu rechtfertigen.

83. Die Ausübung der Möglichkeit zur Beschränkung der Kabotage im Sinne des Artikels 3 Absatz 2 stellt nach den obigen Ausführungen grundsätzlich eine den Wettbewerb beschränkende Maßnahme dar. Da TAP die einzige Bewerberin für die neun nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d ausgeschriebenen Strecken war, wirkte die Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 wie eine Maßnahme, die TAP vor dem Wettbewerb schützte. Denn Flightline erfüllte nicht die Bedingungen des Artikels 3 Absatz 2 und konnte so nicht an der Ausschreibung teilnehmen.

84. Die im Abschnitt VIII.3 der Beihilfeentscheidung exemplarisch aufgeführten Maßnahmen, die Portugal insbesondere zur Aufhebung des Wettbewerbsschutzes zu ergreifen hatte, erwähnen aber wie Artikel 1 Buchstabe e der Beihilfeentscheidung nur die Vornahme einer Ausschreibung gemäß Artikel 4. Auf Artikel 3 Absatz 2 hingegen wird nicht eingegangen (siehe Abschnitt VIII.3, zweiter Gedankenstrich der Beihilfeentscheidung). Ebenso wenig wird von einem Verzicht Portugals auf die hierin eingeräumte Befugnis gesprochen, die Kabotage zu beschränken.

85. Zwar wird in der Begründung noch darauf hingewiesen, dass nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a die von Portugal für die Autonomen Regionen der Azoren und Madeira beabsichtigten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zu veröffentlichen sind. Dabei wird erwähnt, dass eine Vergabe im Wege der Ausschreibung erfolgt, sofern sich „kein europäisches Luftfahrtunternehmen zur Übernahme dieser gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung bereiterklärt". Hieraus könnte man eventuell folgern, dass eine Einschränkung auf Unternehmen, die die Bedingungen des Artikels 3 Absatz 2 erfüllen, nicht erfolgen darf.

86. Ein Vergleich der Beihilfeentscheidung mit der entsprechenden Passage in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung unterstützt diese Ansicht. Diese Vorschrift spricht nur generell von Luftfahrtunternehmen. Die Betonung auf „europäische" Unternehmen könnte somit bewusst eine Erweiterung des möglichen Bewerberkreises beinhalten.

87. Gegen ein solches Verständnis der Beihilfeentscheidung spricht jedoch, dass es zu einem Widerspruch zwischen Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a und Buchstabe d führen würde. Einige Fluganbieter dürften zwar um eine Genehmigung von Strecken nachsuchen, für die gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt worden sind. Sie dürften aber nicht an einer anschließend nach Buchstabe d erfolgenden Ausschreibung teilnehmen, soweit sie die Bedingungen des Artikels 3 Absatz 2 nicht erfüllen. Die Beihilfeentscheidung — die

insoweit wieder wortgleich mit Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung ist — bestimmt nämlich auch, dass für den Fall, dass sich kein Fluganbieter zur Übernahme der nach Buchstabe a veröffentlichten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bereit erklärt, die Bedienung der Strecken im Wege der öffentlichen Ausschreibung nach Buchstabe d wiederum nur allen europäischen Luftverkehrsunternehmen anzubieten ist, „die zur Durchführung solcher Flugdienste berechtigt sind". Da davon ausgegangen werden kann, dass dem identischen Wortlaut der Beihilfeentscheidung und der Verordnung auch ein identischer Sinn beizumessen ist, kann aus dieser Formulierung, entsprechend den Ausführungen zur ersten Frage, kein Ausschluss der Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 der Verordnung hergeleitet werden.

88. Etwas anderes folgt auch nicht aus Artikel 1 Buchstabe f der Beihilfeentscheidung sowie Abschnitt VIII.3, erster Gedankenstrich der Begründung. Dort wird zwar ausgeführt, dass Portugal bestätigt habe, dass die Liberalisierung des Bedarfsflugverkehrs zwischen den Gemeinschaftsflughäfen und den Azoren gemäß der Verordnung „alle Dienste" umfasse und diese somit zulässig seien, obgleich die Azoren von der Anwendung der Verordnung noch ausgenommen sind. Jedoch betrifft diese Passage schon nicht den Anwendungsbereich von Artikel 4 der Verordnung. Dieser betrifft ausdrücklich den Linienluftverkehr und nicht den Bedarfsluftverkehr. Zudem bezieht sich der Begriff „alle" in diesem Zusammenhang auf die Art der Dienste, wie aus der Aufzählung von Nur-Sitzplatz- und One-way-Charterflügen folgt. Eine Bezugnahme auf die Liberalisierung der Kabotagedienste ist daher abzulehnen.

89. Im Ergebnis kann somit aus der Begründung der Beihilfeentscheidung nicht abgeleitet werden, dass sie von der Aufhebung sämtlicher die TAP schützenden Maßnahmen durch Portugal ausgeht, insbesondere von einem Verzicht auf das Recht aus Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2408/92.

90. Entgegen der Ansicht Flightlines kann die Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 auch nicht mit der Überlegung ausgeschlossen werden, dass dann die Verpflichtung zur Anwendung des Artikels 4 in der Beihilfeentscheidung keinen Sinn mehr hätte. Dem ist entgegenzuhalten, dass Portugal ohne die Beihilfeentscheidung Artikel 4 auf die autonome Region der Azoren erst nach dem 30. Juni 1998 hätte anwenden müssen. Bis zu diesem Zeitpunkt waren ohne die Beihilfeentscheidung weder Artikel 3 noch Artikel 4 auf die Azoren anwendbar. Insoweit enthält die Beihilfeentscheidung einen Regelungsgehalt, welcher den Wettbewerb fördert.

91. Im Hinblick auf die Azoren ist die Verpflichtung zur Ausschreibung insofern von Bedeutung, als namentlich die Portu-

gália mit der TAP in Konkurrenz treten konnte, wie die Kommission vorträgt. Hinzu kamen, entsprechend der zur ersten Frage entwickelten Antwort, noch die nicht in Portugal registrierten Luftfahrtunternehmen, die die in Artikel 3 Absatz 2 aufgestellten Bedingungen erfüllten.

92. Die hier vertretene Auslegung der Beihilfeentscheidung steht im Einklang mit der bisherigen Praxis der Kommission. In ihrer Stellungnahme weist sie darauf hin, dass sie auch in anderen Beihilfeentscheidungen nie von den Mitgliedstaaten gefordert habe, vorzeitig auf ihre Rechte aus Artikel 3 Absatz 2 zu verzichten. Es besteht kein Anlass, der hier fraglichen Beihilfeentscheidung etwas anderes zu entnehmen. Die Kommission hat die Rechtmäßigkeit der im Amtsblatt veröffentlichten Ausschreibung einschließlich des Verweises auf die Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 auch zu keinem Zeitpunkt bezweifelt.

93. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass sich aus Artikel 1 Buchstaben e und f der Beihilfeentscheidung nicht ergibt, dass Portugal auf seine Rechte aus Artikel 3 Absatz 2 verzichtet hat.

94. Jedoch ist auch im Rahmen der dritten Vorlagefrage wiederum zu bedenken, dass die Beschränkungen des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe d durch die Anwendung des Artikels 3 Absatz 2 nicht weiter gehen dürfen, als in dieser Vorschrift niedergelegt, also nicht über den 1. April 1997 hinaus. Es widerspräche Artikel 3 Absatz 1, wenn man eine Vergabe ausschließlicher Rechte unter Beschränkung der Kabotage über diese Daten hinaus zuließe. Unter der Bedingung, dass die Anbieter die Voraussetzungen des Artikels 3 Absatz 2 der Verordnung erfüllen, durften deshalb die Linien zu der Autonomen Region Madeira nur bis einschließlich 31. März 1997, die zur Autonomen Region der Azoren nur bis einschließlich 30. Juni 1998 ausgeschrieben werden. Für Madeira trat die Verordnung Nr. 2408/92 am 1. April 1997 und für die Azoren am 1. Juli 1998 in vollem Umfang in Kraft.

95. Infolgedessen wird vorgeschlagen, auf die dritte Vorlagefrage folgendermaßen zu antworten:

Artikel 1 Buchstaben e und f der Entscheidung 94/698/EG der Kommission, wonach die Genehmigung der dort vorgesehenen Beihilfe davon abhängig gemacht wird, dass Portugal seine Zusage einlöst, Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 spätestens ab 1. Januar 1996 auf die Autonomen Regionen anzuwenden, d. h., die auf den jeweiligen Strecken auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ab diesem Zeitpunkt zu veröffentlichen, bedeutet nicht, dass Portugal von der Ausübung der den Mitgliedstaaten durch Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung eingeräumten Befugnis, eine Kabotage zu verweigern, ausgeschlossen wurde. Allerdings durfte die Beschränkung der Kabotage auf Madeira nur bis zum 1. April 1997 und auf die Azoren nur bis zum 1. Juli 1998 angewendet werden.

VII — Ergebnis

96. Ich schlage daher vor, wie folgt auf die Vorlagefragen zu antworten:

1. Die Ausübung des in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates vom 23. Juli 1992 vorgesehenen Rechts eines Mitgliedstaats setzt nicht notwendig den Verzicht auf seine in Artikel 3 Absatz 2 dieser Verordnung vorgesehene Befugnis, bis zum 1. April 1997 den Wettbewerb der Kabotagedienste in seinem Hoheitsgebiet zu beschränken, voraus und hat einen solchen Verzicht auch nicht zur Folge.

2. Im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung, die 1995 gemäß Artikel 4 der Verordnung von einem Mitgliedstaat für den Zugang zur Erbringung von Linienflugdiensten auf einer Strecke im Einklang mit den für diese Strecke geltenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen durchgeführt wurde, konnte nur bis zum 1. April 1997 von den Luftfahrtunternehmen, deren Betriebsgenehmigung von einem anderen Mitgliedstaat erteilt wurde, verlangt werden, dass sie sich zu den in Artikel 3 Absatz 2 dieser Verordnung vorgesehenen Bedingungen bewerben. Für den Zeitraum nach diesem Datum waren und sind jene Luftfahrtunternehmen ohne Beschränkungen zuzulassen.

3. Artikel 1 Buchstaben e und f der Entscheidung 94/698/EG der Kommission, wonach die Genehmigung der dort vorgesehenen Beihilfe davon abhängig gemacht wird, dass Portugal seine Zusage einlöst, Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 spätestens ab 1. Januar 1996 auf die Autonomen Re-

gionen anzuwenden, d. h., die auf den jeweiligen Strecken auferlegten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ab diesem Zeitpunkt zu veröffentlichen, bedeutet nicht, dass Portugal von der Ausübung der den Mitgliedstaaten durch Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung eingeräumten Befugnis ausgeschlossen wurde, eine Kabotage zu verweigern. Allerdings durfte die Beschränkung der Kabotage auf Madeira nur bis zum 1. April 1997 und auf die Azoren nur bis zum 1. Juli 1998 angewendet werden.