



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PAOLO MENGOZZI
vom 17. September 2015¹

Rechtssache C-205/14

**Europäische Kommission
gegen**

Portugiesische Republik

„Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats — Luftverkehr — Verordnung (EWG) Nr. 95/93 — Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen der Gemeinschaft — Art. 4 Abs. 2 Buchst. b — Unabhängigkeit des Koordinators — Begriff der ‚interessierten Einzelpartei‘ — Leitungsorgan des Flughafens — Funktionale Trennung — Finanzierung“

1. Im vorliegenden Verfahren hat die Europäische Kommission beim Gerichtshof gemäß Art. 258 Abs. 2 AEUV Klage auf Feststellung erhoben, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 95/93 des Rates vom 18. Januar 1993 über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Gemeinschaft² verstoßen hat, dass sie die funktionale und finanzielle Unabhängigkeit des Zeitnischenkoordinators nicht sichergestellt hat.
2. Wenn ein Flughafen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats überlastet ist, d. h. wenn seine Kapazität nicht ausreicht, so dass erhebliche Verspätungen nicht vermieden werden können, hat dieser Staat nach Art. 3 Abs. 5 der Verordnung Nr. 95/93 den Flughafen für „koordiniert“ zu erklären. Gemäß Art. 2 Buchst. g der Verordnung Nr. 95/93 ist ein koordinierter Flughafen ein Flughafen, auf dem Luftfahrtunternehmen nur starten und landen können, wenn ihnen eine Zeitnische zugewiesen wurde. Die Zeitnische wird in Art. 2 Buchst. a dieser Verordnung definiert als die Erlaubnis, die erforderliche Flughafeninfrastruktur an einem bestimmten Tag und zu einer bestimmten Uhrzeit zum Starten oder Landen zu nutzen.
3. Der für den koordinierten Flughafen zuständige Mitgliedstaat bestellt eine natürliche oder juristische Person zum „Kordinator“. Nach Art. 4 Abs. 5 und 6 der Verordnung Nr. 95/93 weist der Koordinator den Luftfahrtunternehmen die Zeitnischen zu und überwacht in Zusammenarbeit mit dem Leitungsorgan des Flughafens die Übereinstimmung des Flugbetriebs der Luftfahrtunternehmen mit den ihnen zugewiesenen Zeitnischen. Gemäß Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 95/93 ist der Mitgliedstaat verpflichtet, die Unabhängigkeit des Koordinators sicherzustellen.
4. Im vorliegenden Verfahren wirft die Kommission der Portugiesischen Republik vor, dass sie die Unabhängigkeit des Koordinators nicht sichergestellt habe. Der Gerichtshof hat sich zwar bereits mit der Unabhängigkeit anderer nationaler Behörden befasst, die für die Umsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten zuständig sind, wie etwa die für den Betrieb der Eisenbahninfrastruktur zuständige

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — ABl. L 14, S. 1.

Behörde³ oder die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten zuständige Kontrollstelle⁴, er hat sich jedoch noch nicht mit der Unabhängigkeit eines Flughafenkoordinators auseinandergesetzt. Der Gerichtshof wird daher in der vorliegenden Rechtssache klarzustellen haben, unter welchen Voraussetzungen ein Flughafenkoordinator als unabhängig angesehen werden kann.

I – Rechtlicher Rahmen

A – Unionsrecht

5. Im zweiten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 95/93 heißt es, dass „[d]ie Zuweisung von Zeitnischen auf überlasteten Flughäfen ... nach neutralen, transparenten und nichtdiskriminierenden Regeln erfolgen [soll]“.

6. Im fünften Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 95/93 wird ausgeführt, dass „[d]er für den koordinierten Flughafen zuständige Mitgliedstaat ... einen Koordinator ernennen [sollte], dessen Unparteilichkeit außer Frage steht“.

7. In seiner ursprünglichen Fassung bestimmte Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 95/93, dass „[d]er Mitgliedstaat [sicherstellt], dass der Koordinator seine Pflichten gemäß dieser Verordnung unabhängig erfüllt“.

8. Die Verordnung Nr. 95/93 wurde durch die Verordnung (EG) Nr. 793/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Änderung der Verordnung Nr. 95/93⁵ geändert. Der Einfachheit halber werde ich die Verordnung Nr. 95/93, wie sie sich aus der Änderung durch die Verordnung Nr. 793/2004 ergibt, im Folgenden als „Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung“ bezeichnen.

9. Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung bestimmt, dass der für einen flugplanvermittelten oder koordinierten Flughafen zuständige Mitgliedstaat sicherstellt, dass „die Unabhängigkeit des Koordinators auf einem koordinierten Flughafen durch dessen funktionale Trennung von jeder interessierten Einzelpartei gegeben ist. Die Finanzierung der Tätigkeiten des Koordinators wird so geregelt, dass die unabhängige Stellung des Koordinators gewährleistet ist.“ Im sechsten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 793/2004 wird diese Änderung wie folgt begründet:

„Auf koordinierten Flughäfen kommt dem Koordinator eine zentrale Rolle im Koordinierungsprozess zu. Daher sollten Koordinatoren über eine vollkommen unabhängige Stellung verfügen, und ihre Zuständigkeiten sollten detailliert festgelegt sein.“

3 — Urteile Kommission/Österreich, C-555/10, EU:C:2013:115, Kommission/Deutschland, C-556/10, EU:C:2013:116, Kommission/Frankreich, C-625/10, EU:C:2013:243, Kommission/Slowenien, C-627/10, EU:C:2013:511, Kommission/Luxemburg, C-412/11, EU:C:2013:462, Kommission/Italien, C-369/11, EU:C:2013:636.

4 — Urteile Kommission/Deutschland, C-518/07, EU:C:2010:125, Kommission/Österreich, C-614/10, EU:C:2012:631, Kommission/Ungarn, C-288/12, EU:C:2014:237.

5 — ABl. L 138, S. 50.

10. In der Mitteilung der Kommission vom 30. April 2008 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Durchführung der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung⁶ (im Folgenden: Mitteilung von 2008) wird der Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung näher dargelegt. In Nr. 1 Abs. 4 und 5 der Mitteilung von 2008 heißt es:

„Die Kommission ist der Auffassung, dass funktionale Trennung unter anderem bedeutet, dass der Koordinator in seinem Handeln über Autonomie von dem Leitungsorgan des Flughafens, einem Dienstleister oder einem am Flughafen tätige[n] Luftfahrtunternehmen verfügen, keine Anweisungen von diese[n] erhalten und ih[nen] gegenüber nicht zur Rechenschaft verpflichtet sein sollte.

Die Kommission ist ferner der Auffassung, dass die Finanzierung der Tätigkeiten des Koordinators so eingerichtet werden sollte, dass der Koordinator über finanzielle Autonomie von jeder einzelnen Partei verfügt, die unmittelbar von seiner Tätigkeit betroffen ist oder ein Interesse an seiner Tätigkeit hat. Der Koordinator sollte daher über getrennte Konten und Budgets verfügen und sich zur Finanzierung seiner Tätigkeiten nicht ausschließlich auf das Leitungsorgan des Flughafens, einen Dienstleister oder ein einzelnes Luftfahrtunternehmen stützen.“

B – Portugiesisches Recht

11. In Art. 3 Abs. 1 des Decreto-Lei (gesetzesvertretende Verordnung) Nr. 109/2008 vom 26. Juni 2008⁷ werden die Flughäfen von Lissabon, Porto und Madeira (Portugal) für koordiniert erklärt. In Art. 3 Abs. 2 dieses Decreto-Lei wird der Flughafen von Faro (Portugal) für koordiniert erklärt, jedoch nur für die Zeit vom letzten Sonntag im März bis zum letzten Samstag im Oktober.

12. In Art. 1 Abs. 2 des Decreto-Lei Nr. 109/2008 wird ANA, Aeroportos de Portugal, S.A. (im Folgenden: ANA) zum nationalen Koordinator bestellt.

13. Art. 5 dieses Decreto-Lei regelt die Unabhängigkeit des Koordinators. In dieser Vorschrift heißt es:

„1. Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben als Vermittler und nationaler Koordinator für die Zuweisung von Zeitnischen trägt [ANA] dafür Sorge, dass diese Tätigkeit aufgrund einer angemessenen Trennung von ihrer Tätigkeit als Flughafenbetreiber unabhängig ist.

2. Für die Zwecke des Abs. 1 stellt [ANA] diese Unabhängigkeit mindestens durch eine funktionale Trennung sicher und führt für die Tätigkeiten, die mit der Koordinierung der Zeitnischen zusammenhängen, eine eigene Buchhaltung, die von derjenigen für ihre sonstigen Tätigkeiten strikt getrennt ist.“

14. Art. 11 des Decreto-Lei Nr. 109/2008 sieht die Einführung einer Gebühr zugunsten von ANA für die Zuweisung von Zeitnischen vor. Diese Vorschrift bestimmt:

„1. Für die Dienstleistung der Koordinierung und Zuweisung von Zeitnischen ist als Gegenleistung für ihre Inanspruchnahme eine Zuweisungsgebühr zu entrichten, die gleichzeitig mit den Lande- und Startgebühren pro Bewegung erhoben und durch Verordnung des für die Zivilluftfahrt zuständigen Ministers festgelegt wird.

2. ...

3. Die in Abs. 1 genannte Gebühr stellt eine Einnahme der [ANA] dar.“

6 – KOM(2008) 227 endg.

7 – *Diário da República*, Reihe I, Nr. 122 vom 26. Juni 2008, S. 3965.

II – Vorverfahren

15. ANA wurde im Jahr 1979 als öffentliches Unternehmen gegründet. Danach wurde sie mit dem Decreto-Lei Nr. 404/98 vom 18. Dezember 1998 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und ihr wurde für die Dauer von 40 Jahren die Konzession für die öffentlichen Flughafendienste zur Unterstützung der zivilen Luftfahrt auf den Flughäfen von Lissabon, Porto, Madeira und Fado verliehen. Mit Beschluss des Ministerrats vom 28. Dezember 2012⁸ wurde ANA privatisiert: Der Staat übertrug das gesamte Kapital von ANA auf Vinci-Concessions SAS.

16. Nach ihrer Bestellung durch das Decreto-Lei Nr. 109/2008 zum Koordinator der Flughäfen von Lissabon, Porto, Madeira und Faro wurde innerhalb von ANA eine Abteilung gebildet, die für die Koordinierung dieser Flughäfen zuständig ist: die Divisão de Coordenação Nacional de Slots (Abteilung für die nationale Koordinierung der Zeitnischen, im Folgenden: DCNS).

17. Die Kommission zweifelte daran, dass DCNS, die auf diesen vier Flughäfen die Aufgaben des Koordinators wahrnimmt, als Abteilung von ANA von diesem Unternehmen unabhängig ist, das das Leitungsorgan dieser Flughäfen ist. Sie bat daher die Portugiesische Republik am 19. Juli 2010, 4. Oktober 2010 und 14. April 2011 um Informationen zu diesem Punkt. Die Portugiesische Republik antwortete hierauf jeweils am 28. August 2010, 28. Oktober 2010 und 28. April 2011.

18. Am 30. April 2012 richtete die Kommission ein Mahnschreiben an die Portugiesische Republik, in dem sie dieser vorwarf, gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung verstoßen zu haben. Der Kommission zufolge waren DCNS und ANA nicht funktional getrennt im Sinne von Buchst. b dieser Vorschrift, da Erstgenannte eine Abteilung der Letztgenannten sei. Außerdem sei die Finanzierung von DCNS nicht geeignet, deren Unabhängigkeit zu gewährleisten. Eine solche Unabhängigkeit könne nämlich nur durch eine eigene Buchhaltung und ein eigenes Budget von DCNS sichergestellt werden. DCNS werde jedoch vollständig von ANA finanziert, da die in Art. 11 des Decreto-Lei Nr. 109/2008 vorgesehene Gebühr für die Zuweisung von Zeitnischen nie eingeführt worden sei.

19. Mit Schreiben vom 19. Juli 2012 nahm die Portugiesische Republik zu dem Mahnschreiben Stellung.

20. Am 25. Januar 2013 übersandte die Kommission der Portugiesischen Republik eine mit Gründen versehene Stellungnahme wegen Verstoßes gegen Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung. Da das bei DCNS beschäftigte Personal von ANA stamme und DCNS nicht über eigene Räumlichkeiten zu verfügen scheine, seien DCNS und ANA, so die Kommission, nicht funktional getrennt. Zur finanziellen Unabhängigkeit von DCNS wiederholte die Kommission, dass mangels einer Gebühr für die Zuweisung von Zeitnischen ANA bisher sämtliche Kosten von DCNS getragen habe.

21. Mit Schreiben vom 27. März 2013 legte die Portugiesische Republik ihre Erwiderung auf die mit Gründen versehene Stellungnahme vor.

22. Da das Vorbringen der Portugiesischen Republik die Kommission nicht überzeugte, hat sie die vorliegende Klage erhoben.

⁸ — Beschluss des Ministerrats Nr. 111-F/2012 (*Diário da República*, Reihe I, Nr. 251 vom 28. Dezember 2012).

III – Klage der Kommission

23. Die Kommission wirft der Portugiesischen Republik vor, gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung verstoßen zu haben, da sie die funktionale und finanzielle Unabhängigkeit des Koordinators nicht sichergestellt habe.

24. Nach Ansicht der Kommission ist Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung im Lichte des fünften Erwägungsgrundes der Verordnung, demzufolge die „Unparteilichkeit“ des Koordinators „außer Frage“ stehen müsse, und ihres im zweiten Erwägungsgrund der Verordnung beschriebenen Ziels, nämlich der Zuweisung von Zeitnischen nach „neutralen, transparenten und nichtdiskriminierenden Regeln“, weit auszulegen. Die Kommission stützt sich hierbei auf die Änderung des Art. 4 Abs. 2 durch die Verordnung Nr. 793/2004. Dem sechsten Erwägungsgrund dieser Verordnung zufolge lege diese Änderung den Schwerpunkt auf die „vollkommen unabhängige Stellung“ des Koordinators und habe folglich das bloße Erfordernis, dass „der Koordinator [die ihm aufgrund dieses Art. 4 obliegenden] Pflichten ... unabhängig erfüllt“, ersetzt.

25. Was die funktionale Trennung von jeder interessierten Einzelpartei anbelangt, die in Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung vorgesehen ist, macht die Kommission geltend, dass der Begriff der „interessierten Einzelpartei“ weit auszulegen sei und sowohl die Luftfahrtunternehmen als auch die Dienstleister, die Behörden der Mitgliedstaaten und das Leitungsorgan der betreffenden Flughäfen umfasse. Sie betont insbesondere, dass das Leitungsorgan des Flughafens ein wirtschaftliches Interesse daran haben könne, dass dieser Flughafen das Drehkreuz eines bestimmten Luftfahrtunternehmens werde, und es daher unerlässlich sei, dass der Koordinator von diesem Organ unabhängig sei. Im vorliegenden Fall habe DCNS dasselbe Personal und dieselben Räumlichkeiten wie ANA. Daher seien DCNS und ANA nicht funktional getrennt. Im Übrigen habe die Portugiesische Republik, indem sie in ihrer Antwort auf das Mahnschreiben erklärt habe, dass sie nach der Privatisierung von ANA eine neue Einheit einrichten werde, die für die Koordinierung der Zeitnischen zuständig sein werde, und dass mit der Einrichtung dieser Einheit die völlige Unabhängigkeit des Koordinators sichergestellt werden könne, selbst anerkannt, dass der Koordinator derzeit nicht funktional unabhängig sei.

26. Was die Finanzierung des Koordinators anbelange, so sei diese nur unabhängig, wie in Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung gefordert, wenn der Koordinator eine getrennte Buchhaltung führe, über ein eigenes Budget verfüge und nicht von einer oder mehreren interessierten Einzelparteien finanziert werde. Im vorliegenden Fall werde DCNS vollständig von ANA finanziert, die auch ihr Budget genehmige. Der Kommission zufolge ist DCNS daher nicht von ANA finanziell unabhängig.

27. Die Kommission beantragt,

- festzustellen, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung verstoßen hat, dass sie die Unabhängigkeit des Koordinators nicht sichergestellt hat, und
- der Portugiesischen Republik die Kosten aufzuerlegen.

IV – Verfahren vor dem Gerichtshof

28. In ihrer Klagebeantwortung trägt die Portugiesische Republik vor, dass DCNS die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung erfülle.

29. Die Portugiesische Republik ist der Ansicht, dass ANA nicht als interessierte Einzelpartei anzusehen sei, von der DCNS zu trennen sei. Da nämlich die Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung keine Definition der interessierten Einzelparteien enthalte, könne die Einstufung als „interessierte Einzelpartei“ nur von Fall zu Fall erfolgen. Indem die Kommission ANA allein aufgrund ihrer Eigenschaft als Leitungsorgan als interessierte Einzelpartei eingestuft habe, habe sie eine solche Prüfung versäumt. Darüber hinaus sei es im Interesse von ANA, ein Maximum an Flughafenentgelten einzunehmen. Sie habe daher ein Interesse daran, dass so viele Luftfahrtunternehmen wie möglich Zeitnischen zugeteilt bekämen, und nicht, dass ein bestimmtes Luftfahrtunternehmen von DCNS bevorzugt werde. Anders wäre es, wenn ANA am Kapital eines Luftfahrtunternehmens beteiligt wäre, was nicht der Fall sei.

30. Selbst wenn ANA als interessierte Einzelpartei anzusehen wäre, hätte die Portugiesische Republik nicht gegen Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung verstoßen. Diese Vorschrift schreibe nämlich nicht vor, dass der Koordinator eine vom Leitungsorgan des Flughafens verschiedene rechtliche Einheit sei, sondern verlange lediglich eine funktionale Trennung. DCNS und ANA seien durchaus funktional getrennt, da DCNS zum einen für die Koordinierung der Zeitnischen allein zuständig sei, ohne von ANA Weisungen zu empfangen und ohne ihre Entscheidungen vom Verwaltungsrat von ANA genehmigen lassen zu müssen, und zum anderen eine getrennte Buchhaltung führe sowie über eigenes Personal verfüge.

31. Was die Finanzierung anbelange, die nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung so geregelt werden solle, dass die unabhängige Stellung des Koordinators gewährleistet sei, so handle es sich nicht um eine Voraussetzung, deren Nichtbeachtung automatisch einen Verstoß gegen diese Vorschrift darstelle. Darin sei nur eines der Merkmale, im Übrigen von untergeordneter Bedeutung, zu sehen, die für die Feststellung herangezogen würden, ob der Koordinator unabhängig sei. Dass für die Zuweisung von Zeitnischen keine Gebühr eingeführt worden sei, lasse daher nicht den Schluss zu, dass DCNS nicht unabhängig sei.

32. Die Portugiesische Republik beantragt,

- festzustellen, dass der Koordinator die Voraussetzung der funktionalen Unabhängigkeit gemäß Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung erfüllt,
- festzustellen, dass die Portugiesische Republik ihren Verpflichtungen aus dem einschlägigen Unionsrecht nachgekommen ist,
- die Klage als unbegründet abzuweisen und
- der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

33. Die Kommission trägt in ihrer Erwiderung vor, als Leitungsorgan der Flughäfen müsse ANA als interessierte Einzelpartei im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung angesehen werden, ohne dass nachgewiesen werden müsse, dass sie im vorliegenden Fall ein Interesse daran habe, dass eher dem einen als einem anderen Luftfahrtunternehmen Zeitnischen zugewiesen würden. Das Leitungsorgan eines Flughafens könne nämlich ein Interesse daran haben, dass seinen Vertragspartnern, z. B. Mietern von Räumlichkeiten des Flughafens oder bestimmten Luftfahrtunternehmen Zeitnischen zugewiesen würden. Es sei befremdlich, dass DCNS nach der Privatisierung von ANA weiterhin die Tätigkeit des Koordinators ausübe, obwohl diese Tätigkeit ANA nicht im Rahmen der Konzession für öffentliche Dienstleistungen übertragen worden sei und ANA diese somit unentgeltlich ausübe.

34. Nach Ansicht der Kommission sind DCNS und ANA nicht funktional getrennt. Da DCNS eine Abteilung von ANA sei, würden ihr Geschäftsbericht und ihr Jahresabschluss gemäß Art. 405 und 406 des portugiesischen Gesetzes über Handelsgesellschaften vom Verwaltungsrat von ANA geprüft. Nur eine „Chinesische Mauer“ zwischen DCNS und ANA könne die Unabhängigkeit von DCNS gewährleisten.

35. Dass DCNS eine getrennte Buchhaltung führe, sei kein Nachweis für eine Finanzierung, die ihre unabhängige Stellung gewährleisten könne. Jede Abteilung einer Handelsgesellschaft könne nämlich eine eigene Buchhaltung führen, die dann in die Buchhaltung der Gesellschaft übernommen werde. Im vorliegenden Fall trage ANA die Kosten von DCNS und ziehe deren Forderungen ein, und in den Jahresabschluss von ANA werde auch der Saldo des Haushaltsjahres von DCNS übernommen.

36. Die Kommission führt schließlich aus, die Anträge der Portugiesischen Republik auf Feststellung, dass DCNS die Voraussetzung der funktionalen Unabhängigkeit erfülle und die Portugiesische Republik ihren Verpflichtungen aus dem Unionsrecht nachgekommen sei, stellten unzulässige Widerklagen dar, da insbesondere der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union keine Klage vorsehe, aufgrund deren der Gerichtshof die Übereinstimmung mit dem Unionsrecht feststelle.

37. Die Portugiesische Republik betont in ihrer Gegenerwiderung, dass die Mitteilung von 2008, insbesondere die Forderung, dass der Koordinator nicht vollständig vom Leitungsorgan des Flughafens finanziert werde, über den Wortlaut der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung hinausgehe. Die Mitteilungen der Kommission seien für die Mitgliedstaaten aber nicht verbindlich. Hinsichtlich des Begriffs der „interessierten Einzelpartei“ macht die Portugiesische Republik erneut geltend, die Kommission habe den konkreten Fall nicht geprüft und sich darauf beschränkt, nachzuweisen, dass ANA als Leitungsorgan der Flughäfen eine interessierte Einzelpartei sein könne, jedoch nicht dargetan, dass sie es tatsächlich sei. Die Zuweisung von Zeitnischen sei eine Tätigkeit technischer Natur, die nicht dem Verwaltungsrat von ANA vorgelegt werde. Die Portugiesische Republik hält die beiden Anträge, die die Kommission als unzulässig rügt, aufrecht.

V – Würdigung

38. Bevor ich auf die Begründetheit der Klage eingehe, werde ich die ersten beiden Anträge der Portugiesischen Republik prüfen, die die Kommission als unzulässig rügt.

A – Zur Zulässigkeit der ersten beiden Anträge der Portugiesischen Republik

39. Die Portugiesische Republik beantragt nicht nur, die Klage abzuweisen und der Kommission die Kosten aufzuerlegen, sondern auch, zum einen festzustellen, dass „in Portugal der derzeitige Koordinator die Voraussetzungen der funktionalen Unabhängigkeit gemäß Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung erfüllt“, und zum anderen festzustellen, dass „die Portugiesische Republik ihren Verpflichtungen aus dem einschlägigen Unionsrecht nachgekommen ist“. In ihrer Gegenerwiderung stellt die Portugiesische Republik klar, dass sie mit dem letztgenannten Antrag die Feststellung begehre, dass die Portugiesische Republik ihren Verpflichtungen aus der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung nachgekommen sei.

40. Die Kommission hält die Widerklagen für unzulässig.

41. Hierzu ist festzustellen, dass ein Mitgliedstaat nach Art. 259 AEUV beim Gerichtshof Klage auf Feststellung erheben kann, dass ein anderer Mitgliedstaat gegen seine Verpflichtungen aus dem Unionsrecht verstoßen hat. Er gestattet einem Mitgliedstaat jedoch nicht, beim Gerichtshof Klage auf Feststellung zu erheben, dass der Mitgliedstaat *selbst* nicht gegen seine Verpflichtungen verstoßen hat.

42. Außerdem ist anzumerken, dass der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union keine Bestimmung enthält, die dem Gerichtshof die Befugnis verleiht, durch eine positive Feststellung Stellung zu nehmen. Falls der Gerichtshof die vorliegende Klage abweist, erkennt er an, dass die Portugiesische Republik ihren Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung nachgekommen ist, doch kann die Portugiesische Republik keinen Antrag stellen, der auf diese Feststellung gerichtet ist.

43. Im Übrigen ist es unerheblich, dass der Antrag der Portugiesischen Republik die Vereinbarkeit des Handelns des Koordinators oder der Portugiesischen Republik mit der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung zum Gegenstand hat. Der Verstoß wird nämlich dem Mitgliedstaat zur Last gelegt, selbst wenn eines seiner Organe ihn verursacht hat⁹, sei es der nationale Gesetzgeber, ein nationales Gericht oder im vorliegenden Fall der Koordinator, dem eine Regulierungsaufgabe übertragen ist (nämlich die Zuweisung von Zeitnischen).

44. Daher sind der erste und der zweite Antrag der Portugiesischen Republik als unzulässig zurückzuweisen.

B – Zur Begründetheit

45. Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung schreibt in Bezug auf den Koordinator „dessen funktionale Trennung von jeder interessierten Einzelpartei“ vor. Für den Nachweis, dass die Portugiesische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung verstoßen hat, muss die Kommission daher zum einen dartun, dass ANA eine interessierte Einzelpartei ist, und zum anderen, dass DCNS von ANA nicht funktional getrennt ist. Ich werde diese beiden Punkte nacheinander behandeln. Bei der Prüfung der funktionalen Trennung werde ich untersuchen, ob die Voraussetzung nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. b Satz 2, dass die „Finanzierung der Tätigkeiten des Koordinators ... so geregelt [wird], dass die unabhängige Stellung des Koordinators gewährleistet ist“, als eine eigenständige Voraussetzung anzusehen ist, die von der Voraussetzung der funktionalen Trennung zu unterscheiden ist, oder ob die unabhängige Finanzierung lediglich ein Indiz für die funktionale Trennung ist.

1. Zum Begriff der „interessierten Einzelpartei“

46. Meines Erachtens lässt sich schwerlich bestreiten, dass das Leitungsorgan eines Flughafens als interessierte Einzelpartei angesehen werden kann.

47. Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung bestimmt nämlich, dass der Koordinator von „jeder“ interessierten Einzelpartei funktional getrennt sein muss. Meiner Ansicht nach können als interessierte Einzelpartei nicht nur die Einzelparteien angesehen werden, die ein unmittelbares Interesse an der Zuweisung von Zeitnischen haben, d. h. die Luftfahrtunternehmen, denen die Zeitnischen zugewiesen werden, sondern auch die Einzelparteien, die wie das Leitungsorgan eines koordinierten Flughafens ein mittelbares Interesse daran haben.

48. Art. 4 Abs. 8 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung stützt diese Auffassung. Er sieht nämlich vor, dass der Koordinator „interessierten Parteien, insbesondere den Mitgliedern des Koordinierungsausschusses“, die Informationen zu den beantragten, den zugewiesenen und den noch zur Verfügung stehenden Zeitnischen zur Verfügung stellt. Zum Koordinierungsausschuss gehört aber auch das Leitungsorgan¹⁰. Es ist daher als interessierte Einzelpartei anzusehen.

9 — Urteil Kommission/Belgien, 77/69, EU:C:1970:34, Rn. 15.

10 — Vgl. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung.

49. Im Übrigen ist anzumerken, dass die Portugiesische Republik nicht bestreitet, dass das Leitungsorgan als interessierte Einzelpartei eingestuft werden *kann*.

50. Die Schwierigkeit besteht im vorliegenden Fall in der Bestimmung der Beweislast der Kommission. Die Kommission macht geltend, dass sich die Einstufung als interessierte Einzelpartei allein aus der Eigenschaft als Leitungsorgan des Flughafens ergebe, während die Portugiesische Republik meint, dass die Einstufung als interessierte Einzelpartei nicht aus der Eigenschaft als Leitungsorgan abgeleitet werden könne und dass das Interesse des Leitungsorgans an der Zuweisung von Zeitnischen im Einzelfall nachgewiesen werden müsse.

51. Für die Feststellung, ob das Leitungsorgan als interessierte Einzelpartei gilt oder ob die Kommission nachweisen muss, dass das Leitungsorgan im konkreten Fall ein Interesse an der Zuweisung von Zeitnischen hat, werde ich zunächst untersuchen, welches wirtschaftliche Interesse ein Leitungsorgan an der Zuweisung von Zeitnischen haben kann, und danach, welche Schlussfolgerungen hieraus in Bezug auf den Nachweis eines solchen Interesses gezogen werden können.

a) Zum Interesse des Leitungsorgans an der Zuweisung von Zeitnischen

52. Erstens kann das Leitungsorgan meines Erachtens ein Interesse daran haben, dass ein bestimmtes Luftfahrtunternehmen bei der Zuweisung von Zeitnischen bevorzugt wird, weil es am Kapital dieses Unternehmens beteiligt ist.

53. Zweitens kann das Leitungsorgan ein Interesse daran haben, dass die Luftfahrtunternehmen, die die höchsten Flughafenentgelte zahlen, bei der Zuweisung von Zeitnischen bevorzugt werden. Bei den Flughafenentgelten, auf die sich die Portugiesische Republik bezieht, ohne deren Gegenstand näher zu benennen, handelt es sich nach der Definition der Richtlinie 2009/12/EG des Parlaments und des Rates vom 11. März 2009 über Flughafenentgelte¹¹ um die Entgelte, die von den Luftfahrtunternehmen dem Leitungsorgan für die Leistungen gezahlt werden, die nur das Leitungsorgan erbringen kann, nämlich die Bereitstellung der Flughafeneinrichtungen und die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang insbesondere mit der Landung und dem Start der Flugzeuge¹². Die Richtlinie 2009/12 verbietet zwar dem Leitungsorgan, diskriminierende Abgaben zu verlangen, es gestattet ihm jedoch, die Qualität und den Umfang bestimmter Flughafendienstleistungen zu variieren und die Entgelthöhe entsprechend der Qualität und dem Umfang dieser Dienstleistungen zu differenzieren¹³. Das Leitungsorgan könnte daher ein Interesse daran haben, dass das Luftfahrtunternehmen, für das es die besten Dienstleistungen erbringt, z. B. die Bereitstellung eines gesamten Abfertigungsgebäudes¹⁴, und von dem es folglich das höchste Flughafenentgelt erhält, bei der Zuweisung von Zeitnischen bevorzugt wird.

54. Das Vorbringen der Portugiesischen Republik, dass das Leitungsorgan daran interessiert sei, so vielen Luftfahrtunternehmen wie möglich Zeitnischen zuzuweisen, da es dann mehr Flughafenentgelte erhalte, überzeugt mich in diesem Zusammenhang nicht. Dieses Argument trägt nicht der vorstehend beschriebenen Differenzierung der Dienstleistungen und damit der Entgelte Rechnung.

55. Drittens kann es sein, dass das Leitungsorgan nicht nur die Flughafeninfrastruktur betreibt, sondern auch andere Tätigkeiten erbringt, z. B. auf dem nachgelagerten Markt von Bodenabfertigungsdiensten aktiv ist. Bei den Bodenabfertigungsdiensten, die von den in Nr. 53¹⁵ der vorliegenden Schlussanträge genannten Dienstleistungen, die durch die Flughafenentgelte abgegolten

11 — ABl. L 70, S. 11.

12 — Vgl. Art. 2 Nr. 4 der Richtlinie 2009/12.

13 — Vgl. Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2009/12.

14 — Art. 10 der Richtlinie 2009/12 nennt hinsichtlich der Dienstleistungen, deren Qualität und Umfang das Leitungsorgan variieren kann, u. a. die Bereitstellung von Abfertigungsgebäuden oder Teilen von Abfertigungsgebäuden.

15 — Vgl. Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2009/12.

werden, zu unterscheiden sind, handelt es sich nach der Definition der Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft¹⁶ u. a. um die Kontrolle der Flugscheine und der Pässe der Fluggäste, die Verladung und die Beförderung des Gepäcks, die Reinigung des Flugzeugs oder das Betanken mit Treibstoff¹⁷. Die Bodenabfertigungsdienste sind Dienstleistungen, die den Luftfahrtunternehmen entweder durch das Leitungsorgan oder durch unabhängige Dienstleister erbracht werden können. Ein Luftfahrtunternehmen kann solche Leistungen auch selbst erbringen. Ist das Leitungsorgan auf dem Markt für Bodenabfertigungsdienste aktiv, hat es folglich die Luftfahrtunternehmen als Kunden oder als Wettbewerber¹⁸. Es kann daher ein Interesse daran haben, dass ein Luftfahrtunternehmen, das ein wichtiger Kunde ist, bei der Zuweisung von Zeitnischen bevorzugt wird, und umgekehrt, dass ein Luftfahrtunternehmen, mit dem es für die Erbringung von Bodenabfertigungsdiensten in Wettbewerb steht, bei der Zuweisung von Zeitnischen benachteiligt wird¹⁹.

56. Viertens kann das Leitungsorgan, wenn es sich um ein öffentliches oder staatliches Unternehmen handelt, geneigt sein, das nationale Luftfahrtunternehmen bei der Zuweisung von Zeitnischen zu bevorzugen²⁰. In einem solchen Fall verfolgt das Leitungsorgan nicht ein eigenes Interesse, sondern das eines Dritten, nämlich des nationalen Luftfahrtunternehmens; dies schließt jedoch nicht aus, dass es auf den Koordinator Einfluss nehmen könnte²¹.

57. Wie oben gezeigt wurde, kann das Leitungsorgan ein Interesse an der Zuweisung von Zeitnischen haben. Ist nun zu vermuten, dass das Leitungsorgan in dieser Eigenschaft ein solches Interesse hat, oder muss die Kommission dieses Interesse im Rahmen einer Vertragsverletzungsklage nachweisen?

16 — ABl. L 272, S. 36.

17 — Vgl. den Anhang der Richtlinie 96/67.

18 — Vgl. hierzu Romain Papy, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, Rn. 646: „Seit der Liberalisierung der Bodenabfertigungsdienste [durch die Richtlinie 96/67] hat sich die Zahl der Flughafenbetreiber, die im Bereich der Bodenabfertigung tätig sind, nicht wesentlich verändert (in den im Jahr 1996 bestehenden 15 Mitgliedstaaten). Die Marktanteile der Dienstleister für die Bodenabfertigung, die Tochtergesellschaften der Flughafenbetreiber sind, haben abgenommen, sind jedoch weiterhin hoch. Dadurch können Interessenkonflikte entstehen, die nicht alle in der Richtlinie vorhergesehen sind, so dass ergänzend die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften notwendig sein kann. Die Wettbewerbsbeschränkungen betreffen sowohl den Zugang zum Markt selbst (ungerechtfertigte Weigerung, einem Dienstleister Zugang zu gewähren) als auch die Qualität der Bedingungen für die Erschließung des Marktes (Zuteilung von diskriminierenden Betriebsflächen und Örtlichkeiten) und die Kosten für den Marktzugang (diskriminierende Abgaben).“

Vgl. auch den Bericht KOM(2006) 821 endg. der Kommission vom 24. Januar 2007 über die Anwendung der Richtlinie 96/67, Rn. 16: „In mehreren Mitgliedstaaten (... Portugal ...) sind Flughafenbetreiber auf dem Abfertigungsmarkt aktiv. Sie agieren als Abfertiger und stehen somit in direktem Wettbewerb mit Bodenabfertigern und als Drittabfertigern tätigen Luftfahrtunternehmen ... Tatsache ist ..., dass auf vielen größeren Flughäfen mit einem hinreichenden Angebot durch genügend interessierte Anbieter von Bodenabfertigungsdiensten oder durch als Drittabfertiger tätige Luftfahrtunternehmen auch die Flughafenbetreiber auf dem Markt aktiv sind und als Abfertiger agieren. Sie haben auf vielen solchen Flughäfen eine starke Position, die es neuen Wettbewerbern oder Anbietern schwer macht, (zusätzliche) Marktanteile zu besetzen.“

19 — Vgl. hierzu die Entscheidung Nr. 98-D-34 des französischen Wettbewerbsrats vom 2. Juni 1998 zur Lage des Wettbewerbs auf dem Markt der Bodenabfertigungsdienste am Flughafen Orly und auf dem Markt der Räumlichkeiten und Flächen, die für die Tätigkeiten der Luftfahrtunternehmen erforderlich sind und ihnen von Aéroports de Paris am Flughafen Orly zur Verfügung gestellt werden (zitiert von Papy, R., a. a. O.). In dieser Entscheidung stellt der Wettbewerbsrat fest, dass das Leitungsorgan des Flughafens Orly, Aéroports de Paris, dadurch, dass es dem Luftfahrtunternehmen TAT die Eröffnung neuer Flugstrecken nicht vom Abfertigungsgebäude Orly West aus, sondern nur vom Abfertigungsgebäude Orly Süd aus zugestanden habe, seine beherrschende Stellung (Monopol) auf dem Markt der Flughafeninfrastruktur am Flughafen Orly missbraucht habe. Der Rat stützte sich insbesondere auf den Umstand, dass TAT am Abfertigungsgebäude Orly West die Selbstabfertigung vornahm, während dies am Abfertigungsgebäude Orly Süd nicht der Fall war, wo TAT daher gezwungen war, die vom Leitungsorgan zur Verfügung gestellten Bodenabfertigungsdienste in Anspruch zu nehmen: „Das Unternehmen TAT, das, als es das Abfertigungsgebäude Orly West nutzte, die Bodenabfertigungsdienste für seine Flüge von eigenem, besonders geschultem Personal durchführen ließ, wurde, nachdem es an das Abfertigungsgebäude Orly Süd verlegt worden war, von [Aéroports de Paris] gezwungen, bei den Fluggastbrücken ausschließlich Personal von [Aéroports de Paris] einzusetzen ... Indem [Aéroports de Paris] das Unternehmen TAT gezwungen hat, statt eigenen Personals die von [Aéroports de Paris] am Abfertigungsgebäude Orly Süd zur Verfügung gestellten Bodenabfertigungsdienste zu nutzen, hat [Aéroports de Paris] das Unternehmen TAT diskriminiert.“

20 — Das Leitungsorgan kann auch geneigt sein, den nationalen Luftfahrtunternehmen diskriminierende Rabatte auf die Landegeühren zu gewähren (vgl. Urteil Portugal/Kommission, C-163/99, EU:C:2001:189, Rn. 56: „[D]as Rabattsystem [begünstigt] bestimmte, im vorliegenden Fall faktisch die portugiesischen Luftfahrtunternehmen.“

21 — Vgl. hierzu die Entscheidung 95/364/EG der Kommission vom 28. Juni 1995 in einem Verfahren nach Artikel 90 Absatz 3 EG-Vertrag (ABl. L 216, S. 8), Rn. 17: „[I]m vorliegenden Fall [will die Régie des Voies Aériennes, das Leitungsorgan des Flughafens Brüssel-Zaventem] ihre Kunden nicht stärker an sich binden oder neue Kunden gewinnen ..., sondern bevorzugt der Staat über die [Régie des Voies Aériennes] ein bestimmtes Unternehmen, nämlich die nationale Luftverkehrsgesellschaft Sabena“.

b) Zum Nachweis des Interesses des Leitungsorgans

58. Auf die vorstehend gestellte Frage ist meiner Ansicht nach zu antworten, dass das Leitungsorgan als solches als interessierte Einzelpartei einzustufen ist, ohne dass zu prüfen wäre, ob es im konkreten Fall ein Interesse an der Zuweisung von Zeitnischen hat.

59. Der Nachweis, dass das Leitungsorgan ein Interesse an der Zuweisung von Zeitnischen hat, kann meines Erachtens nämlich schwer zu erbringen sein. Um nachzuweisen, dass das Leitungsorgan im konkreten Fall ein Interesse an der Zuweisung von Zeitnischen hat, müsste die Kommission beweisen, dass es tatsächlich am Kapital eines Luftfahrtunternehmens beteiligt ist, das den koordinierten Flughafen nutzt, dass es einem Luftfahrtunternehmen ein gesamtes Abfertigungsgebäude vermietet oder dass es auf dem Markt für Bodenabfertigungsdienste aktiv ist. Wenn das Leitungsorgan das gesamte Kapital eines Luftfahrtunternehmens hält, ist es offensichtlich, dass es als interessierte Einzelpartei anzusehen ist. Aber gilt dies auch, wenn es z. B. nur ein Fünftel am Kapital dieses Unternehmens hält? Wenn das Leitungsorgan einem Luftfahrtunternehmen ein Abfertigungsgebäude vermietet, liegt es auf der Hand, dass es als interessierte Einzelpartei anzusehen ist. Aber ist dies auch der Fall, wenn es diesem Unternehmen nur bestimmte Teile des Abfertigungsgebäudes vermietet, oder wenn es zwar auf dem Markt für Bodenabfertigungsdienste aktiv ist, aber nur einen bescheidenen Marktanteil hat? Der Nachweis, dass das Leitungsorgan ein Interesse an der Zuweisung von Zeitnischen hat, verlangt eine Untersuchung des Marktes der Flughafeninfrastruktur und der nachgelagerten Märkte.

60. Im Übrigen kann ich nicht erkennen, wie die Kommission in dem Fall, dass das Leitungsorgan selbst keinen Vorteil aus der Zuweisung von Zeitnischen hat, sondern nur ein nationales Luftfahrtunternehmen bevorzugt, mit dem es nicht verbunden ist²², nachweisen kann, dass das Leitungsorgan selbst ein Interesse an der Zuweisung von Zeitnischen hat. Es besteht daher die Gefahr, dass Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung bei einer solchen Situation nicht zur Anwendung gelangt, obwohl diese, wie gezeigt wurde, zu Missbräuchen führen kann.

61. Wird daher von der Kommission der Nachweis verlangt, dass das Leitungsorgan eine interessierte Einzelpartei ist, könnte dies dazu führen, dass Situationen, in denen das Interesse des Leitungsorgans an der Zuweisung von Zeitnischen gering (z. B. weil sein Anteil am Markt für Bodenabfertigungsdienste gering ist) oder bloß zukünftig ist (wenn es beabsichtigt, einem Luftfahrtunternehmen ein gesamtes Abfertigungsgebäude zu vermieten), der Prüfung der funktionalen Trennung vom Koordinator entzogen wären. Nur eine systematische Prüfung der funktionalen Trennung zwischen dem Koordinator und dem Leitungsorgan kann meines Erachtens dem Ziel der Verordnung Nr. 95/93 genügen, dass nämlich die Zuweisung von Zeitnischen nach „neutralen, transparenten und nichtdiskriminierenden Regeln“²³ erfolgt, was bedeutet, dass die „Unparteilichkeit [des Koordinators] außer Frage“²⁴ stehen muss, und erst recht kann nur eine systematische Prüfung dem Ziel der Verordnung Nr. 793/2004 gerecht werden, die Unabhängigkeit des Koordinators zu stärken, indem ihm eine „vollkommen unabhängige Stellung“²⁵ eingeräumt wird.

62. In diesem Zusammenhang möchte ich das Urteil Kommission/Deutschland²⁶ erwähnen, das ich für hier maßgeblich halte, obwohl es in einem anderen Bereich – der Verarbeitung personenbezogener Daten – ergangen ist. In Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung

22 – Vgl. Nr. 56 dieser Schlussanträge.

23 – Vgl. den zweiten Erwägungsgrund und Art. 4 Abs. 2 Buchst. c der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung.

24 – Vgl. den fünften Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung.

25 – Vgl. den sechsten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 793/2004.

26 – Urteil Kommission/Deutschland, C-518/07, EU:C:2010:125.

personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr²⁷ wird bestimmt, dass die Mitgliedstaaten Stellen einrichten, die damit beauftragt sind, die Anwendung der Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie in ihrem Hoheitsgebiet zu überwachen, und dass diese Stellen „die ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahrnehmen“. In dem Urteil Kommission/Deutschland hat sich der Gerichtshof zu den deutschen Vorschriften geäußert, nach denen die Kontrollstellen staatlicher Aufsicht unterstellt waren, und zwar der des betroffenen Bundeslandes. Nach Ansicht des Gerichtshofs hat dessen Regierung „*möglicherweise* ein Interesse an der Nichteinhaltung der Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“, sei es, weil sie selbst solche Daten verarbeitet, sei es, weil sie insbesondere zu Zwecken der Finanzverwaltung oder der Strafverfolgung ein Interesse am Zugang zu den bei Dritten gespeicherten personenbezogenen Daten hat, oder sei es, weil sie ein Interesse daran hat, dass Unternehmen, die für das Bundesland wirtschaftlich von Bedeutung sind, nicht von den Kontrollstellen behelligt werden²⁸. Der Gerichtshof kommt zu dem Ergebnis, dass die Kontrollstellen wegen der Aufsicht durch das Bundesland ihre Aufgaben nicht „in völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen, wie Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 95/46 dies fordert²⁹.

63. Mit anderen Worten: In einer Situation, die der hier vorliegenden ähnelt – in der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung werden die interessierten Einzelparteien nicht definiert und in der Richtlinie 95/46 wird nicht erläutert, von welchen Parteien die Kontrollstellen unabhängig sein müssen –, ist der Gerichtshof der Ansicht gewesen, dass die Unabhängigkeit der Kontrollstelle nicht erst beeinträchtigt ist, wenn das Bundesland ein Interesse daran hat, auf diese Behörde Einfluss zu nehmen, sondern schon dann, wenn es ein solches Interesse haben kann. Diese Lösung ist umso bemerkenswerter, als Generalanwalt Mazák zum gegenteiligen Ergebnis gekommen war: Er war der Ansicht, dass die Kommission das Versagen des Aufsichtssystems oder eine ständige Praxis des Bundeslandes, die dazu führt, dass die Kontrollstelle ihre Aufgabe nicht unabhängig wahrnehmen kann, hätte nachweisen müssen³⁰.

64. Ich schlage vor, in der vorliegenden Rechtssache ähnlich zu argumentieren wie der Gerichtshof im Urteil Kommission/Deutschland. Es genügt, dass eine Einzelpartei ein Interesse an der Zuweisung von Zeitnischen haben kann, damit der betreffende Mitgliedstaat sicherstellen muss, dass sie vom Koordinator funktional getrennt ist. Das Leitungsorgan kann, wie ich oben dargelegt habe, aus verschiedenen Gründen ein Interesse an der Zuweisung von Zeitnischen haben. Diese Interessen ergeben sich aus seiner Eigenschaft als Leitungsorgan, wie sich die vom Gerichtshof im Urteil Kommission/Deutschland aufgeführten Interessen des Bundeslandes aus seiner Eigenschaft als Wirtschaftsteilnehmer und für die Finanzverwaltung und Strafverfolgung zuständige Instanz ergeben³¹.

65. Die Einstufung als interessierte Einzelpartei muss meines Erachtens daher aus der bloßen Eigenschaft als Leitungsorgan des koordinierten Flughafens abgeleitet werden.

27 — ABl. L 281, S. 31.

28 — Hervorhebung nur hier. Urteil Kommission/Deutschland, C-518/07, EU:C:2010:125, Rn. 35: „Die Regierung des betroffenen Landes hat ... *möglicherweise* ein Interesse an der Nichteinhaltung der Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn es um die Verarbeitung solcher Daten im nichtöffentlichen Bereich geht. Sie kann selbst involvierte Partei dieser Verarbeitung sein, wenn sie davon betroffen ist oder sein könnte, z. B. im Fall einer Kooperation von öffentlichen und privaten Stellen oder im Rahmen öffentlicher Aufträge an den privaten Bereich. Außerdem könnte sie ein besonderes Interesse haben, wenn sie für bestimmte ihrer Aufgaben, insbesondere zu Zwecken der Finanzverwaltung oder der Strafverfolgung, Zugang zu Datenbanken benötigt oder ein solcher Zugang einfach nur sachdienlich ist. Im Übrigen könnte diese Regierung auch geneigt sein, wirtschaftlichen Interessen den Vorrang zu geben, wenn es um die Anwendung der genannten Vorschriften durch bestimmte Unternehmen geht, die für das Land oder die Region wirtschaftlich von Bedeutung sind.“

29 — Urteil Kommission/Deutschland, C-518/07, EU:C:2010:125, Rn. 36: „[B]ereits die bloße Gefahr einer politischen Einflussnahme der Aufsichtsbehörden auf die Entscheidungen der Kontrollstellen [reicht aus], um deren unabhängige Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu beeinträchtigen.“

30 — Schlussanträge des Generalanwalts Mazák in der Rechtssache Kommission/Deutschland, C-518/07, EU:C:2009:694, Nr. 34: „Meines Erachtens hat die Kommission ihrer Beweislast nicht genügt. Sie hat weder das Versagen des Aufsichtssystems noch eine ständige Praxis der Aufsichtsbehörden nachgewiesen, die einen Missbrauch ihrer Befugnisse darstellt und dazu führt, dass die Datenschutz-Kontrollstellen die ihnen zugewiesenen Aufgaben nicht in völliger Unabhängigkeit wahrnehmen.“

31 — Urteil Kommission/Deutschland, C-518/07, EU:C:2010:125.

66. Im vorliegenden Fall wird in Art. 5 Abs. 1 des Decreto-Lei Nr. 109/2008 ANA als Leitungsorgan der vier in Rede stehenden koordinierten Flughäfen genannt. Daher spielt es keine Rolle, dass sich die Ausführungen der Kommission auf die Einstufung des Leitungsorgans als interessierte Einzelpartei im Allgemeinen beziehen und nicht auf die Einstufung des in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehenden Leitungsorgans, nämlich von ANA, als interessierte Einzelpartei³². Diese ist aufgrund ihrer bloßen Eigenschaft als Leitungsorgan als interessierte Einzelpartei im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung anzusehen.

67. Um festzustellen, dass die Portugiesische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung verstoßen hat, muss die Kommission daher nachweisen, dass dieser Mitgliedstaat nicht sichergestellt hat, dass DCNS und ANA funktional getrennt sind.

2. Zur funktionalen Trennung der Tätigkeiten des Koordinators

68. Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung verlangt, wie ausgeführt, dass der für einen koordinierten Flughafen zuständige Mitgliedstaat sicherstellt, dass die Unabhängigkeit des Koordinators durch dessen funktionale Trennung von jeder interessierten Einzelpartei gegeben ist und die Finanzierung der Tätigkeiten des Koordinators so geregelt wird, dass die unabhängige Stellung des Koordinators gewährleistet ist.

69. Unter der funktionalen Trennung des Koordinators und der interessierten Einzelparteien, die in Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung vorgesehen ist, ist meines Erachtens die Trennung der Funktionen zu verstehen, d. h. der Tätigkeiten. Art. 4 Abs. 2 Buchst. b Satz 2 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung nimmt im Übrigen ausdrücklich auf die „Tätigkeiten“ des Koordinators Bezug, da dort gefordert wird, dass die Finanzierung der „Tätigkeiten des Koordinators“ so geregelt wird, dass dessen unabhängige Stellung gewährleistet ist. Ebenso wurde in Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 95/93 vor seiner Änderung durch die Verordnung Nr. 793/2004 auf die „Pflichten“ des Koordinators Bezug genommen: Die Bestimmung sah vor, dass der Koordinator „seine Pflichten gemäß dieser Verordnung unabhängig erfüllt“. Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung verpflichtet daher die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass die Tätigkeiten des Koordinators, wie sie in dieser Verordnung festgelegt sind, d. h. insbesondere die Zuweisung von Zeitnischen an die Luftfahrtunternehmen und die Kontrolle der Einhaltung dieser Zeitnischen durch die Luftfahrtunternehmen³³, von den Tätigkeiten der interessierten Dritten getrennt werden. Insbesondere müssen die Tätigkeiten des Koordinators von denen des Leitungsorgans des koordinierten Flughafens getrennt sein, ob es sich nun um den Betrieb der Flughafeninfrastruktur handelt oder um andere Aufgaben, die das Organ verrichten kann, wie z. B. die Erbringung von Bodenabfertigungsdiensten.

70. Die Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung enthält keinerlei Hinweis zu den Kriterien für die funktionale Trennung.

71. Die Kommission ist der Ansicht, dass Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung zwar nicht verlange, dass der Koordinator eine von den interessierten Einzelparteien verschiedene rechtliche Einheit sei, doch sei, wenn der betreffende Mitgliedstaat eine solche Einheit eingerichtet habe, dies bei der Beurteilung der funktionalen Trennung zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall sei DCNS eine Abteilung von ANA und das Personal und die

32 — Mit Ausnahme des in Nr. 33 dieser Schlussanträge genannten Arguments zur Privatisierung von ANA, das jedoch keine Erklärung dafür bietet, weshalb ANA nach ihrer Privatisierung weiterhin die Koordinierung durchführt.

33 — Vgl. Art. 4 Abs. 5 bis 8 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung.

Räumlichkeiten von DCNS stammten von ANA. Da ANA eine Aktiengesellschaft sei, führe außerdem gemäß Art. 405 und 406 des portugiesischen Gesetzes über Handelsgesellschaften ihr Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft, einschließlich derjenigen von DCNS. Daher seien, so die Kommission, DCNS und ANA nicht funktional getrennt.

72. Da die Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung nur eine Trennung der Tätigkeiten verlangt, setzt sie meines Erachtens keine rechtliche Trennung voraus, d. h. sie überlässt den Mitgliedstaaten die Entscheidung, ob sie für die Aufgaben des Koordinators eine eigene rechtliche Einheit einrichten möchten. Ich werde nachstehend kurz auf diesen Punkt eingehen, bevor ich in analoger Anwendung der Rechtsprechung des Gerichtshofs in anderen Bereichen Kriterien für die Beurteilung der funktionalen Trennung vorschlagen werde. Danach werde ich die unabhängige Finanzierung untersuchen, die in Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung ausdrücklich vorgesehen ist, um festzustellen, ob sie als ein Kriterium der funktionalen Trennung oder als eine eigenständige Voraussetzung anzusehen ist.

a) Zur Einrichtung einer eigenen rechtlichen Einheit

73. Es scheint mir unbestreitbar, dass Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung den Mitgliedstaaten nicht auferlegt, eine eigene rechtliche Einheit für die Zuweisung von Zeitnischen einzurichten.

74. Hätte der Unionsgesetzgeber die Absicht gehabt, die Einrichtung einer eigenen rechtlichen Einheit vorzuschreiben, hätte er dies nämlich ausdrücklich erklärt, wie er dies in anderen Bereichen getan hat³⁴. Außerdem wurde der von der Kommission im Rahmen der Vorarbeiten zur Verordnung Nr. 793/2004 vorgelegte Vorschlag einer „institutionellen Trennung“ zwischen dem Koordinator und den interessierten Einzelparteien³⁵ nicht berücksichtigt.

75. Im Übrigen macht die Kommission, wie gezeigt wurde, nicht geltend, dass der Koordinator eine eigene rechtliche Einheit sein müsse. Dies ist auch ihr Standpunkt in ihrer Mitteilung von 2008³⁶.

34 — Vgl. insbesondere Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung (ABl. L 75, S. 29), nach deren Art. 14 Abs. 2 der Betreiber der Infrastruktur „*rechtlich*, organisatorisch und in [seinen] Entscheidungen von Eisenbahnunternehmen unabhängig“ sein muss (Hervorhebung nur hier). In einer Rechtssache, die die Unabhängigkeit der für die Trassenzuteilung zuständigen Stelle, der Direction des circulations ferroviaires, zum Gegenstand hatte, hat der Gerichtshof entschieden, dass die französische Regelung die rechtliche Unabhängigkeit dieser Stelle nicht gewährleistete, da es sich um eine Abteilung eines Eisenbahnunternehmens, der Société nationale des chemins de fer français, handelte. Er hat insbesondere festgestellt, dass diese Stelle „nicht über eine von der [Société nationale des chemins de fer français] getrennte Rechtspersönlichkeit verfügt“ (Urteil Kommission/Frankreich, C-625/10, EU:C:2013:243, Rn. 52).

Vgl. auch Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. L 108, S. 33), deren Art. 3 Abs. 2 bestimmt: „Die Mitgliedstaaten gewährleisten die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden, indem sie dafür sorgen, dass sie *rechtlich* und funktional von allen Unternehmen unabhängig sind, die elektronische Kommunikationsnetze, -geräte oder -dienste anbieten“ (Hervorhebung nur hier).

Vgl. auch Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG (ABl. L 176, S. 37), deren Art. 10 Abs. 1 vorsieht: „Gehört der Übertragungsnetzbetreiber zu einem vertikal integrierten Unternehmen, so muss er zumindest *hinsichtlich seiner Rechtsform*, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen sein, die nicht mit der Übertragung zusammenhängen“ (Hervorhebung nur hier).

35 — Vorschlag KOM(2001) 335 endg. für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2001 zur Änderung der Verordnung 95/93, vorgelegt von der Kommission am 22. Juni 2001 (ABl. C 270, S. 131). Vgl. Art. 4 Abs. 2 Buchst. b dieses Vorschlags, demzufolge der Mitgliedstaat sicherstellt, dass „auf einem koordinierten Flughafen die faktische Unabhängigkeit des Koordinators zusätzlich durch dessen *institutionelle* und finanzielle Trennung von jeder interessierten Einzelpartei gewährleistet wird“ (Hervorhebung nur hier).

36 — Vgl. Nr. 10 der vorliegenden Schlussanträge. In der Mitteilung von 2008 wird die funktionale Trennung so definiert, dass sie „unter anderem“ bedeute, dass der Koordinator in seinem Handeln „über Autonomie“ von dem Leitungsorgan, einem am betreffenden Flughafen tätigen Luftfahrtunternehmen oder Dienstleister „verfügen und keine Anweisungen von diese[n] erhalten und ih[nen] gegenüber nicht zur Rechenschaft verpflichtet sein sollte“, aber von der Einrichtung einer eigenen rechtlichen Einheit ist nicht die Rede.

76. Für die Feststellung, ob die Portugiesische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung verstoßen hat, ist es daher unerheblich, dass sie DCNS nicht mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet hat³⁷.

b) Zu den Kriterien der funktionalen Trennung

77. Für die Festlegung der Kriterien der funktionalen Trennung kann meines Erachtens die Rechtsprechung zu Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 95/46³⁸ nützliche Hinweise für die vorliegende Rechtssache liefern. Zu den Kriterien, die der Gerichtshof für die Feststellung berücksichtigt hat, ob die nationale Kontrollbehörde in völliger Unabhängigkeit im Sinne von Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 95/46 tätig ist, gehören Weisungen eines Dritten (des Staates), an die die nationale Kontrollbehörde gebunden ist³⁹, das hierarchische Verhältnis zwischen dem Personal der Kontrollstelle und dem Staat, das es dem Staat erlaubt, die Tätigkeiten dieses Personals zu überwachen und gegebenenfalls dessen dienstliches Fortkommen zu hemmen⁴⁰, der Umstand, dass das Personal der nationalen Kontrollstelle vollständig aus Bundesbediensteten besteht, d. h. dass die Kontrollstelle eng mit der Bundesverwaltung verknüpft ist⁴¹, und die Möglichkeit, das Mandat der nationalen Kontrollstelle vorzeitig zu beenden⁴².

78. Ähnliche Kriterien hat der Gerichtshof für die Beurteilung angewandt, ob die für die Zulassung von Telekommunikations-Endgeräten zuständige Stelle, wie von Art. 6 der Richtlinie 88/301 gefordert, „unabhängig“ ist⁴³ (Personal, das aus Mitarbeitern der interessierten Einzelpartei besteht)⁴⁴ oder ob die Behörde, die zu den Umweltauswirkungen eines Plans eine Stellungnahme abgibt, das Kriterium der „funktionalen Trennung“ erfüllt (eigene Verwaltungsressourcen und eigenes Personal der Behörde)⁴⁵.

37 — Der Gerichtshof hat zwar Art. 6 der Richtlinie 88/301/EWG der Kommission vom 16. Mai 1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte (ABl. L 131 S. 73), wonach die Zulassung von Telekommunikations-Endgeräten von einer Stelle vorgenommen wird, die von den im Bereich der Telekommunikation Waren oder Dienstleistungen anbietenden öffentlichen oder privaten Unternehmen „unabhängig“ ist, dahin ausgelegt, dass er verbietet, dass die Erteilung einer solchen Zulassung einer Direktion des Ministeriums für das Post- und Fernmeldewesen überlassen wird, da dieses insbesondere auch mit dem Betrieb des öffentlichen Netzes betraut ist (Urteil Taillandier, C-92/91, EU:C:1993:854, Rn. 15). Abgesehen davon, dass diese Vorschrift dort auf eine unabhängige „Stelle“ Bezug nimmt, wo Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung lediglich die „Unabhängigkeit“ des Koordinators fordert, liefe eine solche Auslegung aber den in Nr. 74 dieser Schlussanträge genannten Vorarbeiten zur Verordnung Nr. 793/2004 zuwider.

38 — Vgl. Nr. 62 dieser Schlussanträge. Im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung fordert diese Bestimmung zwar nicht die funktionale Trennung der für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten zuständigen Kontrollstellen. Sie verweist jedoch darauf, dass diese Stellen ihre Aufgaben „in völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen und ist daher mit Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung vergleichbar, dem zufolge die funktionale Trennung des Koordinators nur ein Mittel ist, um dessen Unabhängigkeit zu gewährleisten. Der Mitgliedstaat hat nämlich sicherzustellen, dass „die Unabhängigkeit des Koordinators ... durch dessen funktionale Trennung von jeder interessierten Einzelpartei gegeben ist“ (Hervorhebung nur hier).

39 — Urteile Kommission/Österreich, C-614/10, EU:C:2012:631, Rn. 42, und Kommission/Ungarn, C-288/12, EU:C:2014:237, Rn. 52.

40 — Urteil Kommission/Österreich, C-614/10, EU:C:2012:631, Rn. 48 bis 51.

41 — Urteil Kommission/Österreich, C-614/10, EU:C:2012:631, Rn. 61.

42 — Urteil Kommission/Ungarn, C-288/12, EU:C:2014:237, Rn. 55.

43 — Vgl. Fn. 37 der vorliegenden Schlussanträge.

44 — Urteil Tranchant, C-91/94, EU:C:1995:374, Rn. 21: Der Direktor des Labors, das die Tests durchführte, die der Zulassung der Telekommunikations-Endgeräte vorausgingen, war ein Bediensteter von France Télécom, dem Betreiber des Telekommunikationsnetzes.

45 — Die Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (ABl. L 197, S. 30) sieht in ihrem Art. 6 Abs. 3 vor, dass die Mitgliedstaaten die Behörden bestimmen, die hinsichtlich der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne oder Programme konsultiert werden. Obwohl diese Vorschrift weder fordert, dass diese Behörden unabhängig sind, noch, dass sie von den interessierten Einzelparteien, die diese Pläne ausarbeiten, funktional getrennt sein müssen, hat der Gerichtshof ein solches Erfordernis eingeführt. Er hat entschieden, dass, wenn nach den Vorschriften eines Mitgliedstaats dieselbe Behörde sowohl damit beauftragt ist, einen Plan auszuarbeiten, als auch, eine Stellungnahme zu dessen Umweltauswirkungen abzugeben, innerhalb dieser Behörde eine „funktionale Trennung“ erfolgen muss. Der Gerichtshof hat diese funktionale Trennung dahin definiert, dass dazu u. a. gehört, dass „[die betreffende Behörde] über eigene Verwaltungsressourcen und eigenes Personal verfügt“ (Urteil Seaport [NI] u. a., C-474/10, EU:C:2011:681, Rn. 42).

79. Die in den Nrn. 77 und 78 der vorliegenden Schlussanträge genannten Kriterien lassen sich meiner Ansicht nach auf die funktionale Trennung des Koordinators gemäß Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung übertragen. Ich kann mir nämlich nicht vorstellen, wie der Koordinator unabhängig sein soll, wenn er von einer interessierten Einzelpartei Weisungen erhält, an die er gebunden ist, wenn er nicht über eigenes Personal verfügt oder wenn zwischen diesem Personal und der interessierten Einzelpartei ein hierarchisches Verhältnis besteht. Es sollten auch weitere Kriterien berücksichtigt werden, gegebenenfalls insbesondere der Umstand, ob der Koordinator Rechtspersönlichkeit besitzt. Wie die Kommission ausgeführt hat, ist die Einrichtung einer eigenen rechtlichen Einheit, auch wenn sie in der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung nicht vorgeschrieben ist, für die Beurteilung der Unabhängigkeit des Koordinators dennoch erheblich.

c) Zur unabhängigen Finanzierung

80. Hinsichtlich der unabhängigen Finanzierung, die in Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung ausdrücklich vorgesehen ist, stellt sich die Frage, ob es sich um ein Kriterium für die Beurteilung der funktionalen Trennung des Koordinators handelt oder um eine eigenständige Voraussetzung, die zur funktionalen Trennung hinzukommt.

81. Wäre die unabhängige Finanzierung als eine eigenständige Voraussetzung anzusehen, läge ein Verstoß gegen Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung vor, wenn der Koordinator nicht finanziell unabhängig ist, selbst wenn er das Erfordernis der funktionalen Trennung von den interessierten Einzelparteien, wie sie anhand der in den Nrn. 77 bis 79 dieser Schlussanträge genannten Kriterien definiert worden ist, erfüllt. Ist die unabhängige Finanzierung dagegen nur eines der Kriterien für die funktionale Trennung, könnte ein Verstoß gegen Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung nicht allein mit der Begründung nachgewiesen werden, dass der Koordinator nicht finanziell unabhängig ist.

82. Meiner Ansicht nach ist das Vorliegen einer unabhängigen Finanzierung nur als ein Kriterium für die funktionale Trennung des Koordinators anzusehen.

83. Die beiden Sätze von Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung sind nämlich nicht durch eine beordnende Konjunktion miteinander verbunden. Der Wortlaut dieser Vorschrift legt daher in keiner Weise nahe, dass der zweite Satz, in dem das Erfordernis einer unabhängigen Finanzierung aufgestellt wird, zum ersten Satz hinzutritt, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, sicherzustellen, dass der Koordinator und die interessierten Einzelparteien funktional getrennt sind.

84. Ferner möchte ich darauf hinweisen, dass die Kommission im Rahmen der Vorarbeiten zur Verordnung Nr. 793/2004 vorgeschlagen hatte, Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 95/93 dahin zu ändern, dass dieser vorsieht, dass „die faktische Unabhängigkeit des Koordinators zusätzlich durch dessen institutionelle *und finanzielle* Trennung von jeder interessierten Einzelpartei gewährleistet wird“ und dass der Mitgliedstaat sicherstellt, dass „ausreichende Mittel so zur Verfügung gestellt werden, dass die Finanzierung der Koordinierungstätigkeit seine Unabhängigkeit nicht beeinträchtigen kann“⁴⁶. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss hat seinerseits betont, dass „[d]ie Mitgliedstaaten ... den Koordinatoren eine Aufwandsentschädigung gewähren [müssen], damit diese ungehindert und prinzipientreu ihren Auftrag erfüllen können“⁴⁷. Diese Vorschläge wurden jedoch nicht berücksichtigt.

46 — Vgl. Fn. 35 dieser Schlussanträge (Hervorhebung nur hier).

47 — Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 20. März 2002 zu dem „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung Nr.95/93“ (ABl. C 125, S. 8), Rn. 4.5.2.1 und 5.2.

Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung sieht nämlich nicht vor, dass dem Koordinator seine Kosten ersetzt werden (dass ihm mit den Worten des Wirtschafts- und Sozialausschusses eine „Aufwandsentschädigung“ gewährt wird), und erst recht nicht, dass er über ein eigenes Budget verfügt.

85. Aus den Vorarbeiten folgt daher, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, dem Koordinator ausreichende Mittel zur Verfügung zu stellen, um die Kosten seiner Tätigkeit zu decken. Sie sind meines Erachtens auch nicht verpflichtet, ihn mit einem *eigenen* Budget auszustatten, da der Unionsgesetzgeber es abgelehnt hat, die finanzielle *Trennung* des Koordinators zu verlangen. Unter diesen Umständen wäre nach meiner Meinung die Annahme, dass die unabhängige Finanzierung eine eigenständige Voraussetzung ist, nicht schlüssig, da den Mitgliedstaaten ein beachtlicher Ermessensspielraum verbleibt, mit welchen Mitteln sie eine solche Finanzierung sicherstellen wollen. Dieser Ermessensspielraum geht so weit, dass sie berechtigt sind, den Koordinator nicht mit ausreichenden Mitteln auszustatten, um die Kosten seiner Tätigkeit zu decken, was jedoch für seine finanzielle Unabhängigkeit ganz offensichtlich unabdingbar ist.

86. Ich möchte in diesem Zusammenhang betonen, dass die Mitteilung von 2008, die auf eine getrennte Buchhaltung des Koordinators sowie auf ein eigenes Budget und eine Diversifizierung seiner Finanzierungsquellen verweist⁴⁸, keinesfalls so verstanden werden kann, dass sie den Mitgliedstaaten solche Verpflichtungen auferlegt. Rechtsgrundlage der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung ist nämlich Art. 84 Abs. 2 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, der dem Rat die Zuständigkeit zuwies, mit qualifizierter Mehrheit Vorschriften im Bereich der Luftfahrt zu erlassen. Nur der Rat – und nicht die Kommission im Wege einer Mitteilung – war daher befugt, den Mitgliedstaaten Verpflichtungen aufzuerlegen, die in der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung nicht vorgesehen sind.

87. Im Übrigen war dies offensichtlich auch nicht die Absicht der Kommission. In der Einleitung der Mitteilung von 2008 heißt es nämlich, dass deren Zweck nur darin bestehe, „die Ansichten der Kommission ... darzulegen“⁴⁹. Darüber hinaus formuliert die Kommission den Hinweis auf die getrennte Buchhaltung des Koordinators sowie auf ein eigenes Budget und die Finanzierung durch verschiedene Parteien im Konditional⁵⁰.

88. Schließlich ist zu beachten, dass die Mitteilung von 2008 nicht im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht wurde, dass sie vier Jahre nach der Verordnung Nr. 793/2004 angenommen wurde und dass sie, obwohl die Kommission am 1. Dezember 2011 einen Vorschlag vorgelegt hat, der den Inhalt der Mitteilung von 2008 zum Teil übernommen hat, bis jetzt nicht zu einer Änderung der Verordnung Nr. 95/93 geführt hat⁵¹.

48 — Vgl. Nr. 10 der vorliegenden Schlussanträge.

49 — Vgl. die Einleitung der Mitteilung von 2008, S. 3. Vgl. auch die Schlussfolgerungen der Mitteilung von 2008, S. 8: „Im Lichte dieser Beobachtung wird die Kommission erwägen, ob es erforderlich ist, eine Änderung der Verordnung vorzuschlagen.“

50 — Vgl. die Mitteilung von 2008, Nr. 1, S. 4: „Il *conviendrait* donc que le coordonnateur tienne des comptabilités séparées et gère des budgets distincts, et que le financement de ses activités ne dépende pas uniquement du gestionnaire de l'aéroport, d'un prestataire de service ou d'un seul transporteur aérien“ [„Der Koordinator *sollte* daher über getrennte Konten und Budgets verfügen und sich zur Finanzierung seiner Tätigkeiten nicht ausschließlich auf das Leitungsorgan des Flughafens, einen Dienstleister oder ein einzelnes Luftfahrtunternehmen stützen“] (Hervorhebung nur hier).

51 — Vorschlag für [eine] Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Europäischen Union (Neufassung) (KOM[2011] 827 endg.) vom 1. Dezember 2011. Der Vorschlag der Kommission sieht für Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung (nach der Änderung Art. 5 Abs. 3 Buchst. c) einen neuen Absatz vor:

„Die in Buchstabe c vorgesehene Finanzierung wird durch die Luftfahrtunternehmen, die auf den koordinierten Flughäfen tätig sind, sowie durch die Flughäfen auf eine Weise gewährleistet, dass eine gerechte Verteilung der Finanzlasten zwischen den interessierten Parteien sichergestellt ist und eine hauptsächlich zu Lasten einer Partei gehende Finanzierung vermieden wird. Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass der Koordinator stets über die erforderlichen Mittel sowohl finanzieller, personeller, technischer und materieller Art sowie über den erforderlichen Sachverstand zur Ausübung seiner Tätigkeit verfügt“.

89. Die Kommission kann sich daher nicht mit Erfolg auf die Mitteilung von 2008 stützen, um nachzuweisen, dass die Portugiesische Republik gegen ihre Verpflichtungen verstoßen hat⁵².

d) Anwendung auf den vorliegenden Fall

90. Meines Erachtens hat die Kommission nicht nachgewiesen, dass DCNS von ANA nicht funktional getrennt ist.

91. Zwar spricht es nicht für die Unabhängigkeit von DCNS, dass sie eine Abteilung von ANA ist und keine eigene Einheit mit Rechtspersönlichkeit. Dies gilt auch für den Umstand, dass DCNS in vollem Umfang von ANA finanziert wird, da die in Art. 11 des Decreto-Lei Nr. 109/2008 vorgesehene Gebühr für die Zuweisung von Zeitnischen nie eingeführt wurde und das Budget von DCNS von ANA genehmigt wird.

92. Diese beiden Punkte müssen jedoch gegen den Umstand abgewogen werden, dass DCNS über eigenes Personal verfügt und die Kommission nicht nachgewiesen hat, dass ANA die Möglichkeit hat, auf die Zuweisung von Zeitnischen Einfluss zu nehmen.

93. Erstens bestreitet die Kommission nicht, dass DCNS über eigenes Personal verfügt, das ausschließlich mit den Tätigkeiten der Zuweisung von Zeitnischen befasst ist. Sie führt nichts an, was zum Beweis dafür dienen könnte, dass zwischen dem Personal von DCNS und dem von ANA ein hierarchisches Verhältnis bestünde, dass z. B. die Geschäftsführung von ANA über das dienstliche Fortkommen des Personals von DCNS entscheidet oder ihm Sanktionen auferlegen könnte. Das einzige Argument, das die Kommission diesbezüglich vorbringt, bezieht sich auf das Fehlen einer „Chinesischen Mauer“ zwischen DCNS und ANA, d. h. einer Organisationsstruktur innerhalb von ANA, die verhindert, dass zwischen DCNS und den anderen Abteilungen von ANA vertrauliche Informationen zirkulieren. Dieses Argument überzeugt nicht, denn ich kann nicht erkennen, wie das Erfordernis einer „Chinesischen Mauer“ aus Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung abgeleitet werden könnte, in dem in keiner Weise auf das Personal des Koordinators Bezug genommen wird.

94. Zweitens hat die Kommission nicht nachgewiesen, dass ANA DCNS Weisungen erteilen kann. Sie kann sich hierzu nicht auf allgemeine Ausführungen zum portugiesischen Gesellschaftsrecht beschränken, wonach der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft wie von ANA die Geschäfte der Gesellschaft einschließlich ihrer Abteilungen führt und den Geschäftsbericht und den Jahresabschluss der Gesellschaft prüft, einschließlich der getrennten Buchhaltung von DCNS. Die Annahme, dass DCNS und ANA nicht funktional getrennt seien, da der Verwaltungsrat von ANA die Geschäfte der Gesellschaft führt, kommt meines Erachtens nämlich in Wirklichkeit der Schlussfolgerung gleich, dass keine funktionale Trennung gegeben sei, weil DCNS eine Abteilung der Aktiengesellschaft ANA ist. Da Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung die Mitgliedstaaten jedoch nicht dazu verpflichtet, für eine rechtliche Trennung zwischen dem Koordinator und den interessierten Einzelparteien Sorge zu tragen, sondern nur für eine funktionale Trennung, kann diese Argumentation der Kommission keinen Erfolg haben⁵³.

95. In diesem Zusammenhang gebe ich zu bedenken, dass die Kommission den Entscheidungsprozess von DCNS außer Acht gelassen hat, dass sie nicht geprüft hat, ob die Leitungsgremien dieser Abteilung die Leitungsgremien von ANA informieren und konsultieren, bevor sie eine Entscheidung treffen, und ob sie von ANA Weisungen zu Einzelfällen, nur allgemeine Richtlinien oder von ihr

52 — Vgl. hierzu Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen in der Rechtssache Kommission/Deutschland, C-556/10, EU:C:2012:528, Nr. 60, und Urteil Kommission/Deutschland, C-556/10, EU:C:2013:116, Rn. 62.

53 — Vgl. hierzu Urteil Kommission/Frankreich, C-625/10, EU:C:2013:243, Rn. 67.

überhaupt keine Vorgaben erhalten. Eine solche Untersuchung wäre umso notwendiger gewesen, als die Portugiesische Republik in ihrer Klagebeantwortung und ihrer Gegenerwiderung vorträgt, dass die Entscheidungen von DCNS weder der Prüfung noch der Genehmigung des Verwaltungsrats von ANA unterlägen.

96. Drittens ist unstreitig, dass DCNS eine getrennte Buchhaltung führt. Art. 5 Abs. 2 des Decreto-Lei Nr. 109/2008 sieht dies ausdrücklich vor⁵⁴.

97. Zu der Ankündigung der Portugiesischen Republik bei der Privatisierung von ANA, dass eine unabhängige Einheit eingerichtet werde, der die Zuweisung von Zeitnischen übertragen werde, möchte ich zum einen anmerken, dass die Entscheidung, ANA zu privatisieren, nur einen Monat vor der mit Gründen versehenen Stellungnahme getroffen wurde⁵⁵ und die Privatisierung wohl einen Monat nach dieser Stellungnahme durchgeführt war⁵⁶, und zum anderen, dass der portugiesische Staat, wenn er die Tätigkeit der Koordinierung nicht einem privaten Unternehmen übertragen möchte, was die Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung ihm nicht verbietet, genötigt ist, hierfür eine neue Einheit zu bilden, wenn er das Leitungsorgan privatisiert, von dem der Koordinator eine Abteilung ist.

98. Zuletzt konnte die Portugiesische Republik auf Befragen in der mündlichen Verhandlung zwar nicht näher darlegen, nach welchem Verfahren und wie der Koordinator bestimmt wird, doch möchte ich – abgesehen davon, dass die Kommission diesen Punkt weder in der Klage noch in ihrer Erwiderung angesprochen hat – hervorheben, dass diese Umstände eher unter Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, für die Bestellung einer qualifizierten Person zum Koordinator zu sorgen, und nicht unter Art. 4 Abs. 2 dieser Verordnung fallen. Die Kommission wirft der Portugiesischen Republik jedoch nur vor, gegen ihre Verpflichtungen aus Abs. 2 verstoßen zu haben, denn an keiner Stelle erwähnt sie Abs. 1.

99. Folglich hat die Kommission nicht nachgewiesen, dass die Portugiesische Republik gegen ihre Verpflichtung aus Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 in ihrer geänderten Fassung verstoßen hat, wonach sie sicherzustellen hat, dass der Koordinator vom Leitungsorgan der koordinierten Flughäfen unabhängig ist.

VI – Ergebnis

100. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. die Anträge der Portugiesischen Republik auf Feststellung, dass der derzeitige Koordinator die Anforderungen bezüglich der funktionalen Unabhängigkeit gemäß Art. 4 Abs. 2 Buchst. b der Verordnung Nr. 95/93 des Rates vom 18. Januar 1993 über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Gemeinschaft in der durch die Verordnung (EG) Nr. 793/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 geänderten Fassung erfüllt und dass die Portugiesische Republik ihren Verpflichtungen aus dem Unionsrecht nachgekommen ist, als unzulässig zurückzuweisen,
2. die Klage abzuweisen und
3. der Europäischen Kommission die Kosten aufzuerlegen.

54 — Vgl. Nr. 13 dieser Schlussanträge.

55 — Die Entscheidung, ANA zu privatisieren, wurde am 28. Dezember 2012 getroffen, und die mit Gründen versehene Stellungnahme wurde am 25. Januar 2013 erlassen. Vgl. die Nrn. 15 und 20 dieser Schlussanträge.

56 — Der Kommission zufolge erfolgte die Übertragung am 21. Februar 2013.