



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Fluggastrechte und -pflichten in der Europäischen Union
und im österreichischen Verkehrsrecht

Verfasser

Mag. iur. Nikolaus Authried

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2014

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

Ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Muzak

Vorwort

Die Idee und der Wunsch zum Verfassen dieser Arbeit entstanden im Zuge eines Verwaltungs- bzw. Europarechtsseminars bei *Ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Muzak*, der auch deren Betreuung übernommen hat. Ich möchte ihm an dieser Stelle herzlich dafür danken, ebenso wie für seine hilfreichen Ratschläge. Besonders hervorzuheben ist dabei sein Engagement bei der Durchsicht einzelner Teile dieser Arbeit und bei der Vereinbarung (auch kurzfristiger) Termine.

Mein Dank gilt zudem *Ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Christian Piska* für die Übernahme der Zweitbegutachtung.

Ein herzliches Dankeschön gilt auch den kompetenten und stets freundlichen MitarbeiterInnen der Parlamentsbibliothek, die sich immer sehr bemüht den einzelnen Anliegen von mir angenommen haben. Sie waren mit ein Grund dafür, dass ich unzählige Stunden in der Bibliothek des Parlaments in angenehmer Arbeitsatmosphäre verbracht habe.

Zuletzt möchte ich besonders meinen Eltern, Mag. Eva und Kurt Authried danken. Ohne ihre vielfältige Unterstützung hätte ich mich den Herausforderungen, die das Verfassen einer Dissertation mit sich bringt, weder gestellt, noch hätte ich diese Arbeit vollenden können. Besonderer Dank gilt dabei meiner Mutter für das Korrekturlesen dieser Arbeit. Auch meinem Bruder Alexander Authried möchte ich für seine Unterstützung bei diversen Softwareproblemen herzlich danken.

Mag. Nikolaus Authried

Gerasdorf, im April 2014

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	i
Inhaltsverzeichnis.....	iii
Abkürzungsverzeichnis.....	viii
Einleitung.....	1
I. Kompetenzverteilung im Verkehrsbereich	4
1. Europarecht.....	4
1.1 Der unklare Begriff der Beförderung in Art 100 Abs 1 AEUV	5
1.2 Besonderheiten des Titels VI AEUV, Der Verkehr, im Hinblick auf die Luftfahrt.....	7
2. Österreichisches Recht	12
2.1 Das Bundes-Verfassungsgesetz	12
2.2 Zur Interpretationsmethode der Versteinerungstheorie	13
2.3 Der Begriff des „Verkehrswesens“ nach Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG im Hinblick auf die Luftfahrt.....	18
2.4 Zum Begriff „Zivilrechtswesen“ des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG im Hinblick auf die Luftfahrt	24
2.5 Kompetenzrechtliche Einordnung nach 1920 hinzugetretener Regelungen im Hinblick auf die Luftfahrt.....	31
2.6 Ergebnis der kompetenzrechtlichen Zuordnung.....	32
II. Völkerrecht – Unionsrecht – nationales Recht.....	33
1. Unionsrecht – Nationales Recht	33
2. Völkerrecht – Nationales Recht.....	38
3. Unionsrecht – Völkerrecht	41
4. Verstöße gegen Unionsrecht.....	43
III. Völkerrechtliche Verträge	49
1. Warschauer Abkommen	49
1.1 Allgemeines	49
1.2 Anwendungsbereich	50
1.3 Verletzung oder Tötung von Reisenden und Zerstörung, Beschädigung sowie Verlust von Gepäck	52
1.4 Verspätungsschäden	55
1.5 Haftung des Luftfrachtführers	56
1.6 Haftungs(ober)grenzen	57

1.7 Die Problematik der Anzeigeverpflichtung beim Verlust und der Zerstörung von Gepäck	59
1.8 Formale Voraussetzungen für die Geltendmachung von Ansprüchen.....	66
1.9 Der Sonderfall der Sukzessivbeförderung	67
1.10 Begrenzung der Vertragsfreiheit.....	69
2. Zusatzabkommen von Guadalajara.....	69
3. Übereinkommen von Montreal	71
3.1 Allgemeines	71
3.2 Anwendungsbereich.....	73
3.3 Verletzung oder Tötung von Reisenden und Zerstörung, Beschädigung sowie Verlust von Gepäck.....	75
3.4 Verspätungsschäden.....	78
3.5 Haftung des Luftfrachtführers.....	79
3.6 Haftungs(ober)grenzen.....	80
3.7 Vorauszahlungsverpflichtung des Luftfrachtführers	82
3.8 Formale Voraussetzungen für die Geltendmachung von Ansprüchen.....	83
3.9 Sukzessivbeförderung und gemischte Beförderung.....	84
3.10 Sonstiges	85
IV. Unionsrechtliche Regelungen.....	87
1. Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen vor dem Übereinkommen von Montreal	87
1.1 Haftungs(ober)grenzen.....	88
1.2 Vorschuss- und Informationspflicht.....	89
1.3 Anwendungsbereich.....	90
2. Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen nach dem Übereinkommen von Montreal	92
2.1 Versicherungspflicht	92
2.2 Haftungs(ober)grenzen und Vorschusspflicht	93
2.3 Informationspflichten.....	93
2.4 Sonstiges	94
3. Die Fluggastverordnung.....	95
3.1 Anwendungsbereich.....	97
3.2 Die Problematik von Zwischenlandungen	103
3.3 Berechtigte und Verpflichtete aus der Verordnung	108

3.4 Die Nichtbeförderung des Fluggastes.....	111
3.5 Exkurs: Die Kontrolle von Reiseunterlagen durch Private nach dem Fremdenpolizeigesetz 2005	113
3.5.1 Auslagerung von hoheitlichen Aufgaben an Private.....	116
3.5.2 Die verfassungsrechtliche Problematik der Übertragung von Aufgaben an Beförderungsunternehmen nach dem Fremdenpolizeigesetz.....	119
3.5.3 Die Judikatur des VfGH zur Auslagerung an Beförderungsunternehmen nach dem Fremdenpolizeigesetz	122
3.5.4 Die mangelnde Differenzierung zwischen Staaten des „Schengen- Raums“ und Drittstaaten	126
3.5.5 Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eingriffen in die Erwerbs- und Eigentumsfreiheit	128
3.5.6 Die §§ 111 und 112 FPG vor dem Hintergrund der Grundrechtecharta der Europäischen Union	133
3.5.7 Ausgliederung von Grenzkontrollaufgaben an Private	142
3.5.8 Conclusio zur Ausgestaltung der Kontrolle von Reiseunterlagen durch Beförderungsunternehmen	152
Ad 3.4 Die Nichtbeförderung des Fluggastes.....	153
3.4.1 Die Problematik der Nichtbeförderung im Zusammenhang mit Anschlussflügen	158
3.4.2 Nichtbeförderung durch Umbuchung?.....	160
3.6 Annullierung	163
3.7 Verspätung	175
3.8 Was steht den Passagieren bei Verspätungen zu?	183
3.9 Abgrenzung der Verspätung von der Annullierung	192
3.10 Ausgleichsanspruch nach Art 7	195
3.11 Anspruch auf Erstattung oder anderweitige Beförderung	199
3.12 Anspruch auf Betreuungsleistungen	202
3.13 Höher- und Herabstufung	206
3.14 Vorrang von Personen mit besonderen Bedürfnissen.....	207
3.15 Weiter gehender Schadenersatz.....	208
3.16 Information der Fluggäste	210
3.17 Regressansprüche und Ausschluss der Rechtsbeschränkung	212
3.18 Verstöße und Bericht	213
4. Die Verordnung über die Rechte von behinderten Flugreisenden und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität.....	217

4.1 Allgemeines	217
4.2 Anwendungsbereich	218
4.3 Beförderungspflicht mit Ausnahmen	220
4.4 Unterstützung von behinderten Passagieren und Passagieren mit eingeschränkter Mobilität	222
4.5 Verpflichtete	226
4.6 Entschädigung und Wahrung der Rechte	227
5. Die VO über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten	230
5.1 Gültigkeit der Bestimmungen über die Preisfestsetzung auch für die Bewerbung von Flugreisen	231
5.2 Die Judikatur des EuGH	233
5.3 Anwendbarkeit auf Computerreservierungssysteme	236
V. Österreichisches Recht	237
1. Luftfahrtgesetz (LFG)	237
1.1 Allgemeines	237
1.2 Passagierrechte im LFG?	239
1.3 Haftung des Beförderers	241
1.4 Haftungsbeschränkungen	243
1.5 Vorschussverpflichtung des Beförderers	245
1.6 Unterlassungsanspruch und Streitbeilegungsverfahren	250
2. Das Streitbeilegungsverfahren nach § 139a LFG	251
2.1 Die innerstaatliche(n) Durchsetzungsstelle(n) zur Wahrung der Fluggastrechte	255
2.2 Behörde des Streitbeilegungsverfahrens nach § 139a LFG	271
3. Die Richtlinien des Streitbeilegungsverfahrens	273
3.1 Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung	275
3.1.1 Die Begriffe in Judikatur und Literatur	275
3.1.2 Abgrenzung mit Hilfe der Zweifelsregelung und die Rechtsschutzproblematik	278
3.2 Die Verordnung	284
3.2.1 Die Verordnung in der Privatwirtschaftsverwaltung	289
3.2.2 Ob und Wann der Verordnungserlassung	292
3.3 Der unbestimmte Gesetzesbegriff der Richtlinien	298

3.4 Conclusio zu der Rechtsnatur des Verfahrens und den Richtlinien nach § 139a LFG	302
3.4.1 Die Richtlinien	302
3.4.2 Das Verfahren	303
3.4.3 Die (Nicht-) Veröffentlichung der Richtlinien für das Streitbeilegungsverfahren	304
3.4.4 Die Unterschiede in den Richtlinien nach § 122 TKG 2003 und § 139a LFG	307
VI. Conclusio	310
Literaturverzeichnis.....	317
Zusammenfassung.....	I
Abstract	III
Lebenslauf	V

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHG	Amtshaftungsgesetz
Anm	Anmerkung
arg	argumento
Art	Artikel
AuvBZ	Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BlgKNV	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen der Konstituierenden Nationalversammlung (1919-1920)
BlgNR	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BM	Bundesminister
BMVIT	Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie
BVA	Bundesvergabeamt
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
COD	Ordinary legislative procedure (ex-codecision procedure)
DAR	Deutsches Autorecht
ders	derselbe(n)
dh	das heißt
dRGBI	deutsches Reichsgesetzblatt

ds	das sind
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
endg	endgültig
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Schriften zum Europäischen Recht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
euvr	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung
f	und der (die) folgende
ff	und die folgenden
FJ	Finanzjournal
FN	Fußnote
FPG	Fremdenpolizeigesetz
FrG	Fremdengesetz
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
gem	gemäß
GBLÖ	Gesetzblatt für das Land Österreich (1938 – 1940)
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
Hrsg	Herausgeber
IA	Initiativantrag

idf	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
INI	Initiativverfahren (EU-Parlament)
inkl	inklusive
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
iW	im Wesentlichen
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBL	Juristische Blätter
JGS	Justizgesetzsammlung, Gesetze und Verordnungen im Justizfach (1780 – 1848)
JRP	Journal für Rechtspolitik
Jud	Judikatur
Kap	Kapitel
KOG	KommAustria-Gesetz
KOM	Dokumente der Europäischen Kommission
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
Lfg	Lieferung
LFG	Luftfahrtgesetz
LGBI	Landesgesetzblatt
LMK	Lindenmaier-Möhring (kommentierte BGH Rechtsprechung)
LuftVG	(deutsches) Luftverkehrsgesetz
max	maximal
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
mE	meines Erachtens
mHa	mit Hinweis auf
migraLex	Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht
mind	mindestens
MR	Medien und Recht
MÜ	Übereinkommen von Montreal
mwN	mit weiteren Nachweisen

nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr	Nummer
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
OGH	Oberster Gerichtshof
OGZ	Österreichische Gemeinde-Zeitung
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖLMB	Österreichisches Lebensmittelbuch
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PHG	Produkthaftungsgesetz
RdM	Recht der Medizin
RGBI	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
RRa	Reise-Recht aktuell
Rsp	Rechtsprechung
Rs	Rechtssache
RTR-GmbH	Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung
S	Seite(n)
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
Slg	Sammlung
sog	sogenannte(n)
Sten Prot	Stenographisches Protokoll
StF	Stammfassung
StGBI	Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger
StGGRV	Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt
SWD	Arbeitsdokumente und gemeinsame Arbeitsdokumente der

	Dienststellen der Europäischen Kommission
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
SZR	Sonderziehungsrechte
TKG	Telekommunikationsgesetz
TranspR	Zeitschrift für das gesamte Recht der Güterbeförderung, der Spedition, der Versicherungen des Transports, der Personenbeförderung, der Reiseveranstaltung
tw	teilweise
ua	unter anderem
udgl	und dergleichen
uU	unter Umständen
v	vom
V	Verordnung (innerstaatlich)
va	vor allem
verb	verbunden(e)
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
VKI	Verein für Konsumenteninformation
VO	Verordnung (EU)
vgl	vergleiche
Vorb	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
VR	Die Versicherungsrundschau, Zeitschrift für Sozial- und Vertragsversicherung
WA	Warschauer Abkommen
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
wrp	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	Welthandelsorganisation

Zak	Zivilrecht aktuell
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZGA	Zusatzabkommen von Guadalajara zum WA
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (bis 1974 Zeit- schrift für Luftfahrt und Weltraumrechtsfragen)
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPMRK	Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Men- schenrechte und Grundfreiheiten
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Einleitung

Eine Vielzahl an nationalen wie internationalen Rechtsgrundlagen regelt heute die Rechte und Pflichten von Fluggästen, wobei die in diesem Bereich bedeutendsten Regelwerke recht jung sind, wenngleich ihre ersten Vorläufer – begründet durch die aufstrebende Luftfahrtindustrie¹ – aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts stammen. Sämtliche völker- und europarechtliche, sowie nationale Vorgaben sind in einem Kontext zu sehen, und bei der Frage nach dem auf den Einzelfall anwendbaren Recht zu berücksichtigen. Am Anfang stand das sog „Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr“ aus 1929, auch „Warschauer Abkommen“ genannt, welches jedoch aufgrund inhaltlicher Mängel, auf die später noch einzugehen sein wird, bald durch das „Zusatzabkommen von Guadalajara“ ergänzt wurde. Vor allem sollte dadurch der bislang (auf Vertragsverhältnisse) stark eingeschränkte Anwendungsbereich des WA erweitert werden. Da jedoch auch in weiterer Folge mitunter eine tiefe Unzufriedenheit mit den vorhandenen Regelungen auf dem Gebiet des Ersatzes bei Schädigungen von Personen und/oder Gütern bei der Beförderung in der Luft bestand, sollte mit dem „Übereinkommen von Montreal“ ein Neustart auf diesem Gebiet versucht werden.

Zusätzlich zu diesen völkerrechtlichen Übereinkommen war auch der Gemeinschaftsgesetzgeber, mittlerweile Unionsgesetzgeber, nicht untätig, als bereits vor dem Übereinkommen von Montreal mit der „Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen“² eine Verbesserung für die Passagiere erreicht werden sollte. Schließlich wurde 2004 ein Meilenstein mit der sog Fluggastverordnung³ der Union geschaffen, die Entschädigungen insb bei dem bei Fluglinien so beliebten Überbuchen von Flügen vorsieht. Später wurde diese noch ergänzt durch eine weitere Verordnung über die Rechte von behinderten Flugreisenden und Flugreisenden mit eingeschränkter Mo-

¹ Giemulla in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 20. Lfg 2001) Einleitung Rz 1.

² Verordnung (EG) Nr 2027/97 des Rates v 9. Oktober 1997 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, ABI L 1997/285, 1 idgF.

³ Verordnung (EG) Nr 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr 295/91, ABI L 2004/46, 1 idgF.

bilität⁴, um bestehende Probleme bei diesen Personengruppen auf Flughäfen und an Bord von Flugzeugen zu minimieren.

Zusätzlich existiert eine eigene Verordnung der Union, welche ua den dem Flug vorgelagerten Bereich, nämlich dessen Buchung, zum Gegenstand hat, und Regelungen zum Schutz der Konsumenten vorsieht.⁵

Es soll im Zuge dieser Arbeit auch eine Darstellung der älteren Regelungswerke erfolgen, da diese maßgeblichen Einfluss auf die späteren in diesem Bereich erlassenen Bestimmungen hatten und immer noch haben. Unberücksichtigt bleibt dabei das IATA⁶ Intercarrier Agreement vom 31.10.1995, da es sich im Gegensatz zu den zuvor angeführten völkerrechtlichen Akten um eine bloß (freiwillige) privatrechtliche Vereinbarung der Luftfahrtunternehmen mit den Fluggästen handelt, welche für erstere eine Haftungsverschärfung gegenüber der Regelung des WA vorsieht, und nur dadurch verbindlich ist.⁷ Es handelt sich dabei um eine „(...) *Textvorlage für die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der einzelnen, der IATA als Mitglieder angehörenden Luftfahrtunternehmen* (...)“.⁸

Zusätzlich finden sich einige Bestimmungen im österreichischen Luftfahrtgesetz⁹, welche zum Teil aufgrund der vorgenannten Regelungswerke ergangen sind, wie zB die Möglichkeit einer Streitschlichtung zwischen Luftfahrtunternehmen und Passagieren bei entsprechenden nationalen Stellen, welche von den Mitgliedstaaten der EU aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben vorzusehen war. Dadurch ist die Materie stark völker- bzw unionsrechtlich dominiert. Dem nationalen Recht kommt hier primär die Rolle der Umsetzung bzw Ergänzung zu.

⁴ Verordnung (EG) Nr 1107/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v 5. Juli 2006 über die Rechte von behinderten Fluggreisenden und Fluggreisenden mit eingeschränkter Mobilität, ABi L 2006/204, 1 idgF.

⁵ Verordnung (EG) Nr 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft, ABi L 2008/293, 3 idgF.

⁶ Bei der International Air Transport Association (IATA) handelt es sich um einen Zusammenschluss von Fluggesellschaften aus Staaten, die Mitglied der ICAO, der International Civil Aviation Organisation, gegründet durch die Chicagoer Konvention (Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt, BGBl 1949/ 97) sind; vgl *Kehrberger*, IATA und IATA-Agentur, TranspR 1996, 131 (131).

⁷ ZB *Müller-Rostin*, Auf dem Wege zu einem neuen WA? TranspR 1998, 229 (232 f).

⁸ *Ruhwedel*, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) Rz 32.

⁹ Luftfahrtgesetz BGBl 1957/253 idgF.

Neben einer inhaltlichen Darstellung der einzelnen Rechtsquellen, soll der Fokus auf strittigen Punkten liegen, welche anhand der Judikatur und Lehrmeinungen beleuchtet werden. Gleichsam werden auch bis dato – soweit ersichtlich – nicht aufgegriffene Probleme thematisiert. Ziel ist es dabei, Lösungsmöglichkeiten und gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufzuzeigen.

Vor der inhaltlichen Auseinandersetzung mit den zur Anwendung gelangenden Regelungswerken soll ein Überblick über die Kompetenzverteilung im Verkehrsrecht erfolgen. Was darf die Europäische Union regeln, was obliegt den Mitgliedstaaten und welche hier bedeutsamen kompetenzrechtlichen Bestimmungen enthält das B-VG? Aufgrund der Vielzahl der hier behandelten rechtlichen Bestimmungen soll auch auf das Verhältnis des Unionsrechts zum nationalen Recht, sowie auf die Hierarchie der Rechtsgebiete eingegangen werden, da diese auch in weiterer Folge von Relevanz ist.

I. Kompetenzverteilung im Verkehrsbereich

1. Europarecht

Der Union kommen nur jene Kompetenzen zu, die ihr von den Mitgliedstaaten („Herren der Verträge“)¹⁰ übertragen werden (Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung)¹¹. Zudem hängen „*Fortbestand, Fortentwicklung und Funktionieren der EU vom Zusammenwirken der Mitgliedstaaten in dieser und mit dieser ab*“.¹² Grundsätzlich werden vier Arten von Kompetenzen unterschieden: ausschließliche Unionszuständigkeiten (Art 3 AEUV¹³), geteilte Unionszuständigkeiten (Art 4 Abs 1 und 2 AEUV), parallele Zuständigkeiten der Union und der Mitgliedstaaten (Art 4 Abs 3 und 4 AEUV), und schließlich die Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen (Art 6 AEUV).¹⁴ Bei den angeführten Arten und Bereichen der Zuständigkeiten in den Art 2 ff AEUV handelt es sich nur um die Grundsätze der Kompetenzverteilung. Der konkrete kompetenzrechtliche Umfang sowie die Einzelheiten zur Ausübung werden an anderer Stelle geregelt (dazu sogleich). Hinzu kommen die implizierten Befugnisse der Union, also jene die zum Erreichen der in den Verträgen festgelegten Ziele erforderlich, jedoch nicht explizit vorgesehen sind (Art 352 Abs 1 AEUV).¹⁵

Im Zusammenhang mit der Thematik dieser Arbeit von Relevanz ist insb der heutige Titel VI. des AEUV betreffend das Sachgebiet „Verkehr“ (Art 90 ff AEUV). Bereits im römischen Vertrag¹⁶ war die gemeinsame Verkehrspolitik vorgesehen. Der zuständige Ministerrat hat jedoch knapp 30 Jahre lang keine diesbezüglichen Vorschläge der Kommission umgesetzt, bis schließlich 1985¹⁷ der Gerichtshof festgestellt hat, dass die Untätigkeit des Rates, „(...) *die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet des internationalen Verkehrs sicherzustellen und die Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Verkehr innerhalb eines Mitgliedstaates, in dem sie nicht an-*

¹⁰ Cremer in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁴ (2011) Art 48 EUV Rz 19 ff mwN.

¹¹ Streinz in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 5 EUV Rz 8 ff.

¹² Streinz, Europarecht⁹ (2012) Rz 146.

¹³ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ABl C 2010/83, 47.

¹⁴ Streinz, Europarecht⁹ (2012) Rz 152 ff.

¹⁵ Streinz in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 2 AEUV Rz 17 ff.

¹⁶ Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft durch Frankreich, Deutschland, Niederlande, Belgien, Luxemburg und Italien am 25.03.1957; Marx, Römische Verträge, in Lachmayer/Bauer (Hrsg), Praxiswörterbuch Europarecht (2008) 781.

¹⁷ EuGH 22.05.1985, C-13/83, *Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Gemeinschaften*, Slg 1985, 01513.

sässig sind, festzulegen“,¹⁸ eine Verletzung des Vertrages darstellt. Erst im Anschluss an dieses Urteil ließen die Mitgliedstaaten zu, dass die Gemeinschaft in diesem Bereich rechtsetzend tätig wird.¹⁹

Nach der Rsp des EuGH kommt sämtlichen Verkehrsträgern insofern eine europarechtliche Sonderstellung zu, da diese – obwohl sie dem 3. Kapitel des AEUV über Dienstleistungen unterfallen würden – aufgrund Art 58 Abs 1 AEUV dem Titel über den Verkehr unterliegen; der EuGH²⁰ geht jedoch trotz dieser Bestimmung von einer Geltung der Dienstleistungsfreiheit im Verkehrsbereich – expressis verbis auch im Bereich der Luftfahrt – aus,²¹ wobei es sich gemäß Art 4 Abs 2 lit g AEUV um eine zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit handelt. Für den Bereich des Verkehrs und somit auch für die Luftfahrt, gelangen die allgemeinen Vertragsbestimmungen unmittelbar zur Anwendung.²²

Im Gegensatz zu den Kompetenzartikeln des B-VG ist die Auslegung des Begriffs „Verkehr“ iS von Art 90 AEUV mit dem diesen abgrenzenden Art 100 AEUV zwecks Bestimmung des Umfangs der unionsrechtlichen Kompetenzen auf dem Gebiet, vorzunehmen.

1.1 Der unklare Begriff der Beförderung in Art 100 Abs 1 AEUV

Da Art 100 Abs 1 AEUV, welcher den Umfang der Kompetenzen der Union auf dem Gebiet „Verkehr“ eingrenzt, auf eine „**Beförderung**“ abstellt, ist zu dessen Anwendbarkeit erforderlich, dass eine Beförderung vorliegt. Vom Anwendungsbereich erfasst sind primär nur Beförderungen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr, Art 100 Abs 1 AEUV. Jedoch ermöglicht Abs 2 leg cit das Erlassen von Vorschriften auch für die Luftfahrt (und Seeschifffahrt). „*Insgesamt wird damit das gesam-*

¹⁸ EuGH 22.05.1985, C-13/83, Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Gemeinschaften, Slg 1985, 01513 Rz 70.

¹⁹ Weißbuch: Die europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellungen für die Zukunft 2001, 10.

²⁰ EuGH 06.02.2003, C-92/01, Stylianakis, Slg 2003, I-1291 Rz 23 ff; vgl Schäfer in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Rz 3.

²¹ Stadlmeier, Randunschärfen des Luftverkehrs-Binnenmarkts: Anmerkungen zur Rechtssache Neukirchinger, ZVR 2011/205 (351).

²² Muzak in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 133. Lfg 2012) Art 90 AEUV Rz 17; Boeing/Maxian Rusche in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union II (Loseblattsammlung, 46. Lfg 2011) Art 100 AEUV Rz 46; zB EuGH 12.10.1978, C-156/77, Kommission/Belgien, Slg 1978, 1881; ders 04.04.1974, 167/73, Kommission/Frankreich, Slg 1974, 359.

te Spektrum der traditionellen Verkehrsarten erfasst“, so Muzak.²³ Konkret umfasst „die Luftfahrt“ iS von Art 100 Abs 2 leg cit die zivile Luftfahrt, so diese eine Transportfunktion erfüllt, nicht daher jedoch die militärische Luftfahrt, da dort zumeist keine Beförderungsabsicht bestehen wird.²⁴ Schäfer geht davon aus, dass unter „Verkehr“ iS der Art 90 bis 100 AEUV „(...) die gewerbsmäßige Beförderung von Personen und Gütern von Ort A nach Ort B (...)“ zu verstehen ist. Das Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit würde sich daraus ergeben, dass in Titel VI mehrfach von „Verkehrsunternehmen“, nicht aber von „Verkehrsteilnehmern“ die Rede ist. Eine Ausnahme vom Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit bestehe nur gemäß Art 91 Abs 1 lit c AEUV, wonach das Parlament und der Rat „Maßnahmen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit“ erlassen können.²⁵ So gehen Voigt und sich ihm anschließend Erdmenger²⁶ zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon davon aus, dass unter „Verkehrswirtschaft“, welche heute Gegenstand der Europäischen Integration sei, „(...) die Gesamtheit der Einrichtungen und Maßnahmen zur planvollen Deckung des „Bedarfs“ nach Raumüberwindung von Personen, Gütern und Nachrichten“ zu verstehen ist.²⁷ Ebenso definiert Voigt „Verkehr“ wenn er schreibt: „Verkehr ist die Überwindung von Raum durch Personen, Güter und Nachrichten“.²⁸ Zeleny²⁹ hingegen versteht den Begriff des Verkehrs weiter, als dieser seiner Meinung nach nicht den Zweck einer Ortsveränderung erfüllen muss (so sollen zB auch Fahrten zum bloßen Vergnügen unter diesen Begriff fallen). AA ist Muzak, der vom Erfordernis einer Transportfunktion ausgeht, da Art 100 AEUV ausdrücklich von „Beförderung“ spricht, welcher der Zweck einer Ortsveränderung innewohne.³⁰ Gleicher Ansicht dürfte Schäfer sein wenn er schreibt: „Der Begriff „Verkehr“ im Sinne der Art 90 – 100 AEUV (...) meint (...) die Beförderung von Gütern und Personen mit beweglichen Verkehrsmitteln vom Ausgangs- zum Bestimmungsort“.³¹ Da er zwischen **Ausgangs- und Bestimmungsort** differenziert ist davon auszugehen, dass

²³ Muzak in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 133. Lfg 2012) Art 90 AEUV Rz 4 und 8.

²⁴ Muzak in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 133. Lfg 2012) Art 100 AEUV Rz 7.

²⁵ Schäfer in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 90 AEUV Rz 12 und 14.

²⁶ Erdmenger in Groeben/Schwarze (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ I (2003) Art 70 EGV Rz 1 und 80 EGV Rz 7 ff.

²⁷ Voigt, Die Theorie der Verkehrswissenschaft I/1 (1973) 35.

²⁸ Voigt, Die Theorie der Verkehrswissenschaft I/1 (1973) 34.

²⁹ Zeleny in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 100. Lfg 2010) Art 170 AEUV Rz 12.

³⁰ Muzak in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 133. Lfg 2012) Art 90 AEUV Rz 4.

³¹ Schäfer, Verkehrspolitik, gemeinsame in Bergmann (Hrsg), Handlexikon der Europäischen Union⁴ (2012) 938.

er damit auf eine Ortsveränderung anspielt. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass dem Verkehr mit den §§ 90 ff ein eigener (spezieller) Titel im AEUV gewidmet ist. Ist etwas nicht darunter zu subsumieren, so fällt dies keineswegs aus der Zuständigkeit der Union heraus, sondern es gelangen „(...) *die allgemeinen Bestimmungen des AEUV wie etwa die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit* (...)“ zur Anwendung.³²

Eine Wortinterpretation des Begriffs „Beförderung“ zeigt, dass der Auslegung von *Muzak* zu folgen ist. Gemäß Duden ist der Begriff gleichzusetzen mit „Expedierung, Expedition, Transport, Überführung“.³³ Diesen Begriffen immanent ist die Ortsveränderung; nach *Köbler/Pohl* ist unter Beförderung „*allgemein die örtliche Veränderung*“³⁴ zu verstehen. Zusätzlich gestützt wird diese Auslegung durch Interpretation der ebenfalls verbindlichen englischen Fassung (Art 55 Abs 1 EUV³⁵) des AEUV, welcher in Art 100 von „transport“ spricht. Gemäß Oxford English Dictionary ist darunter im Verkehrsbereich „*move or carry from one place or person to another*“³⁶ zu verstehen, bzw „*take or carry from one place to another by means of a vehicle, aircraft or ship*“³⁷; hier wird jeweils explizit die Ortsveränderung als wesentliches Kriterium des Begriffs angeführt. Es ist somit davon auszugehen, dass Verkehr iS der Art 90 ff AEUV dann nicht vorliegt, wenn sich Abgangs- und Bestimmungsort nicht unterscheiden.

1.2 Besonderheiten des Titels VI AEUV, Der Verkehr, im Hinblick auf die Luftfahrt

Hinzuzufügen ist, dass die gemeinsame Verkehrspolitik der Union sich nicht auf die Beförderungsleistung selbst beschränkt, sondern darüber hinausgehend „(...) *sämtliche Rahmenbedingungen für Beförderungsleistungen durch Binnenverkehrsträger und – bei entsprechender Ausweitung (...) – durch Luftverkehrsträger einschließlich staatlicher Regulierungsmaßnahmen*“ erfasst. Somit unterfallen der gemeinsamen Verkehrspolitik iS der Art 90 ff AEUV insb auch „(...) *die Verkehrsinfrastruktur, die Finanzierung von Verkehrswegen, gemeinsame Regelungen zum Umweltschutz* (...)“. Da auch

³² *Muzak* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 133. Lfg 2012) Art 90 AEUV Rz 1 und 6; siehe auch Schäfer in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 90 AEUV Rz 8, wonach die allgemeinen Vertragsbestimmungen jedoch auch auf den Verkehr Anwendung finden, soweit in diesem Titel nichts Spezielleres geregelt ist; *Boeing/Maxian Rusche* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union II (Loseblattsammlung, 46. Lfg Oktober 2011) Art 100 AEUV Rz 4 mwN.

³³ Müller (Hrsg), Beförderung in Duden - Bedeutungswörterbuch² (1985) 120.

³⁴ Köbler/Pohl (Hrsg), Beförderung, in Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuch (1991) 61.

³⁵ Vertrag über die Europäische Union ABl C 2010/83, 1 idgF.

³⁶ Shorter Oxford English Dictionary⁵ (2002), Transport, 3331.

³⁷ The Concise Oxford Dictionary (1999), Transport, 1524.

die VO 261/2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen – die zentraler Bestandteil dieser Arbeit ist³⁸ – auf dem heutigen Art 100 Abs 2 AEUV (vormals Art 80 Abs 2 EGV) fußt, ist *Saria* der Ansicht, dass der Anwendungsbereich der Art 90 ff AEUV auch Passagiere und deren Rechte umfasse,³⁹ worin ihm zuzustimmen ist, da eben der Begriff des Verkehrs iS der Art 90 ff AEUV weit zu verstehen ist, allerdings unter der Prämisse der Regelung einer Beförderungstätigkeit, welche eine Ortsveränderung zum Ziel hat.

Die im Bereich des Passagierschutzes geschaffenen unionsrechtlichen Regelungen der Luftfahrt, auf die im Rahmen dieser Arbeit noch ausführlich eingegangen wird, fußen nahezu alle vorrangig auf diesem Sachgebiet. Dies gilt sowohl für die VO 2027/97⁴⁰, als eben auch für die VO 261/2004⁴¹, sowie für die VO 1107/2006⁴². Für die geteilten Zuständigkeiten (darunter „Verkehr“, Art 4 Abs 2 lit g AEUV) gilt der Grundsatz der Subsidiarität, Art 5 Abs 3 erster Satz EUV. Demnach darf die Union nur insofern tätig werden, „(...) sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfanges oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“. Dieser Grundsatz ist in seiner jetzigen Form expressis verbis erst seit dem Vertrag von Maastricht⁴³ Bestandteil der Verträge.⁴⁴ So war dieser Grundsatz, wie aus den Erwägungsgründen der im Zuge dieser Arbeit behandelten einschlägigen Verordnungen hervorgeht, bei all diesen Regelungswerken zu berücksichtigen.⁴⁵ Dieser wird ergänzt durch den (die mitgliedstaatliche Autonomie schützenden)⁴⁶ Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Art 5 Abs 1 EUV, wonach die von der Union gesetzten Maßnahmen nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderlich ist, Abs 4

³⁸ Siehe S 95 ff.

³⁹ *Saria*, Legistische Spielräume für ein Europäisches Reiserecht, in *Saria* (Hrsg), Reise ins Ungewisse (2005) 54; *Schäfer* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 90 AEUV Rz 11 und 13; *Muzak* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 90 AEUV (Loseblattsammlung, 133. Lfg 2012) Rz 9.

⁴⁰ Art 84 Abs 2 EGV idF ABI C 1992/224, 1 (28).

⁴¹ Art 80 Abs 2 EGV idF ABI C 2002/325, 33 (64).

⁴² Art 80 Abs 2 EGV idF ABI C 2002/325, 33 (64).

⁴³ ABI C 1992/191, 1.

⁴⁴ *Schambeck*, Europäische Integration und Föderalismus, ÖJZ 1996, 521 (526 f); zur geschichtlichen Entwicklung siehe *Hummer*, Subsidiarität und Föderalismus als Strukturprinzipien der Europäischen Gemeinschaften? ZfRV 1992, 81 (insb 83 ff).

⁴⁵ Siehe auch *Jung* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 90 AEUV Rz 4 ff.

⁴⁶ *Bast/von Bogdandy* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Loseblattsammlung, 41. Lfg 2010) Art 5 EUV Rz 66.

leg cit. Erlassen wurden die Verordnungen alle auf dem bis zum Inkrafttreten des Vertrags in der Fassung von Lissabon als „Mitentscheidungsverfahren“ bezeichneten Rechtssetzungsverfahren, welches seither in modifizierter Form als „ordentliches Gesetzgebungsverfahren“ (Art 289 Abs 1 und Art 294 AEUV) Teil der Unionsrechtsordnung ist.⁴⁷ Im Wege dieses Verfahrens können seit Lissabon nach Art 100 Abs 2 AEUV vom Europäischen Parlament und dem Rat „geeignete Vorschriften“ für die Luftfahrt erlassen werden.⁴⁸ Vorgängerbestimmung zu Art 100 Abs 2 AEUV war – mit einigen Änderungen – Art 80 Abs 2 EGV.⁴⁹ Dieser ermächtigte den Rat „(...) darüber zu entscheiden, ob, inwieweit und nach welchen Verfahren geeignete Vorschriften für die (Seeschifffahrt und) Luftfahrt zu erlassen sind“.⁵⁰ Beschäftigt man sich mit der luftverkehrsrechtlichen Situation auf europarechtlicher Ebene vor dem Vertrag von Lissabon und sucht man nach einem solchen Beschluss des Rates, so endet diese Suche vergeblich. *Muzak* ist der Ansicht, das Fehlen eines entsprechenden Beschlusses des Rates bei der Regelung der Luftfahrt aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Bestimmung wäre primärrechtswidrig. Bei Art 80 Abs 2 EGV handelte es sich um Primärrecht im materiellen Sinn, das der Erzeugung von Vorschriften für entsprechende Sekundärrechtsakte diene.⁵¹ Gleicher Ansicht – zumindest im Ergebnis – ist *Rumersdorfer*.⁵² *Tonner* hingegen befand Art 80 Abs 2 EGV als (unmittelbare) Ermächtigungsgrundlage (es ging um die VO 261/2004) als ausreichend, ohne allerdings plausible Gründe dafür darzulegen,⁵³ ebenso *Saria*.⁵⁴ Auch der Jud des EuGH⁵⁵ ist zu entnehmen, dass dieser unmittelbar auf

⁴⁷ Streinz, Europarecht⁹ (2012) Rz 547.

⁴⁸ *Muzak* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 133. Lfg 2012) Art 100 AEUV Rz 11.

⁴⁹ *Boeing/Maxian Rusche* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union II (Loseblattsammlung, 46. Lfg 2011) Art 100 AEUV Rz 8.

⁵⁰ Diese Trennung auf dem Gebiet des Verkehrsrechts hat historische, in der Entstehungsgeschichte des EWG-Vertrags gelegene Gründe; siehe dazu zB *Jung* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 100 AEUV Rz 3; *Schäfer* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 100 AEUV Rz 4; für Regelungen hinsichtlich Beförderungen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr existierte im Gegensatz dazu in Abs 1 leg cit bereits damals eine unmittelbare Ermächtigungsgrundlage.

⁵¹ *Muzak* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 100 AEUV (Loseblattsammlung, 133. Lfg 2012) Rz 13 f.

⁵² *Rumersdorfer*, Rechtsgrundlagen im Gemeinschaftsrecht zur Overbooking-Compensation (2004) 34 ff; aufgrund des Ziels der Vorläuferbestimmung der Fluggastverordnung, tritt sie für Art 153 EGV (Verbraucherschutz) als die korrekte kompetenzrechtliche Grundlage ein.

⁵³ *Tonner*, Die EG-Verordnung über Ausgleichsleistungen bei Nichterfüllung, Annullierung oder großer Verspätung – ein wichtiger Beitrag des Rechts zur Qualitätssicherung im Luftverkehr, RRa 2/2004 (60)

⁵⁴ *Saria*, Legistische Spielräume für ein Europäisches Reiserecht, in *Saria* (Hrsg), Reise ins Ungewisse (2005) 54.

⁵⁵ EuGH 13.07.2000, C-160/99, *Kommission/Frankreich*, Slg 2002, I-6137 und ders 19.09.2002, C-336/00, *Huber*, Slg 2002, I-7699.

Art 80 Abs 2 EGV (bzw der Vorgängerbestimmung, Art 84 Abs 2 EWG⁵⁶) fußende Regelungen als für zulässig erachtete, zumindest schien er keine Bedenken dagegen zu haben, als er sich mit auf der Bestimmung beruhenden Verordnungen zu befassen hatte.⁵⁷ Durch die Einheitliche Europäische Akte (EEA)⁵⁸ wurde Art 84 EWG über die Regelung des Verfahrens zum Erlass geeigneter Vorschriften über die Luftfahrt (und Seeschifffahrt) sodann insofern abgeändert, als die Beschlussquoren geändert wurden. An Stelle eines zwingend einstimmigen Beschlusses des Rates trat ein mit qualifizierender Mehrheit zu fällender. Zusätzlich dazu wurde das Verfahren der Zusammenarbeit via Art 75 Abs 1 und 3 EWG auch für Art 84 Abs 2 EWG festgelegt – es kam in diesem Bereich somit zu einer Angleichung an die für den Landverkehr (und Binnenschiffsverkehr, Anm) geltenden Verfahrensbestimmungen.⁵⁹ Gerade diese Änderung führte zu der Rechtsansicht, die der Bestimmung zuvor innewohnende Unterscheidung zwischen den Verkehrsträgern Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr einerseits („gemeinsame Verkehrspolitik“)⁶⁰, und der Seeschiff- und Luftfahrt andererseits, wäre damit entfallen.⁶¹

Der hL ist insoweit zuzustimmen, dass durch die Änderung der kompetenzrechtlichen Bestimmung des Art 84 Abs 2 EWG durch die EEA – die durch sie geschaffene neue Rechtslage sorgte zumindest in der Literatur für Unsicherheiten was ihre nunmehrige Anwendbarkeit anbelangte⁶² – eine gewisse Harmonisierung der Luft- und Seeschifffahrt mit anderen Verkehrsträgern erfolgte, da die Verfahrensvorschriften des Art 71 EGV durch die EEA auch auf die Bereiche Seeschifffahrt und Luftfahrt Anwendung fanden. In der Tat wäre es, wie *Erdmenger* ausführt, einfacher gewesen „(...) Art 80 zu

⁵⁶ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG).

⁵⁷ *Muzak* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 100 AEUV Rz 14 (Loseblattsammlung, 133. Lfg 2012).

⁵⁸ AB1 L 1987/169, 1.

⁵⁹ *Fritzsche*, Das europäische Luftverkehrsrecht und die Liberalisierung des transatlantischen Luftverkehrsmarktes (2007), 72; *Boeing* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Loseblattsammlung, 28. Lfg 2005) Art 80 EGV Rz 12.

⁶⁰ *Boeing/Maxian Rusche* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union II (Loseblattsammlung, 46. Lfg 2011) Art 100 AEUV Rz 1.

⁶¹ *ZB Boeing/Maxian Rusche* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union II (Loseblattsammlung, 46. Lfg 2011) Art 100 AEUV Rz 8 ff; wohl auch *Schäfer* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 100 AEUV Rz 5 und *Stadler* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar² (2009) Art 80 EGV Rz 1; *Erdmenger* in *Schwarze* (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ I (2003) Vorb zu den Art 70 bis 80 EGV Rz 13 und 27 und Art 80 Rz 35.

⁶² *Erdmenger* in *Schwarze* (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ I (2003) Vorb zu den Art 70 bis 80 EGV Rz 13; *Boeing* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Loseblattsammlung, 28. Lfg 2005) Art 80 EGV Rz 2 und 14.

streichen und damit Seeschifffahrt und Luftfahrt mit den anderen Verkehrsarten in Art 70 und 71 zu vereinen“,⁶³ allerdings (nur) unter der Prämisse, dass der europäische Gesetzgeber die bestehende primärrechtliche Unterscheidung zwischen diesen beiden Gruppen von Verkehrsträgern gewollt hätte. Dass dies aber nicht intendiert war, zeigt der insofern unveränderte Art 80 Abs 2 erster Satz leg cit. Nach wie vor ist vorgesehen, dass vor dem Erlassen einschlägiger Regelungen in diesem Bereich der Rat einen entsprechenden Schluss zu fassen hat. Somit ist mit *Muzak* in Abweichung von der hL und Rsp des EuGH von einer Primärrechtswidrigkeit aller auf Art 80 Abs 2 (bzw Art 84 Abs 2 EWG) basierenden Regelungen auszugehen. Eine vertiefende Auseinandersetzung mit dieser Problematik kann an dieser Stelle unterbleiben, da durch den Vertrag von Lissabon gegenständliche Bestimmung grundlegend überarbeitet und vereinfacht wurde. Demnach können nunmehr Rat und Parlament im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens⁶⁴ geeignete Vorschriften erlassen, ohne dass es zuvor eines Beschlusses des Rates über das hierauf anzuwendende Verfahren bedürfte. *Jung* spricht von einer „(...) vollständigen Angleichung von Regeln für Binnenverkehrsträger und für den Luft- und Seeverkehr (...)“.⁶⁵ Unverständlich ist daher die Ansicht von *Jung*, welcher sich auf *Erdmengers* Anmerkungen zu Art 80 EGV stützt, wonach nach wie vor „die Umsetzung dieser Gemeinschaftspolitiken durch sekundäres Europarecht (...) weitestgehend im Ermessen des Rates“ liegen soll.⁶⁶ Durch die nun geänderte Bestimmung zu den Verkehrsträgern Luft- und Schifffahrt, sind die vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in primärrechtswidriger Weise auf Art 80 Abs 2 EGV erlassenen Regelwerke nachträglich konvalidiert.⁶⁷ *Boeing/Maxian Rusche* ist darin zuzustimmen, dass eine rechtliche Gleichbehandlung sämtlicher Verkehrsträger wünschenswert gewesen wäre.⁶⁸ Selbst durch die weitestgehende Angleichung können Regelungen betreffend die Luftfahrt (das gilt auch für die Seeschifffahrt) nach wie vor nicht auf Art 91 AEUV gestützt werden.⁶⁹

⁶³ *Erdmenger* in *Schwarze* (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ I (2003) Art 80 EGV Rz 35.

⁶⁴ Art 294 AEUV, *Jung* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 100 Rz 9; *Schäfer* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 100 AEUV Rz 4.

⁶⁵ *Jung* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 100 AEUV Rz 1.

⁶⁶ *Jung* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 100 AEUV Rz 9.

⁶⁷ *Muzak* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 133. Lfg 2012) Art 100 AEUV Rz 15.

⁶⁸ *Boeing/Maxian Rusche* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union II (Loseblattsammlung, 46. Lfg 2011) Art 100 AEUV Rz 8.

⁶⁹ *Frenz*, Die europäische Verkehrspolitik nach dem AEUV, TranspR 2010, 419 (419 f).

Inwieweit Art 100 AEUV die Union zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge im Bereich der Luftfahrt ermächtigt, ist nicht vollständig geklärt. Geht man noch dazu davon aus, dass die Kompetenzen des Unionsgesetzgebers durch die allgemeine Formulierung „geeignete Vorschriften“ in Art 100 Abs 2 AEUV, welche eine inhaltliche Bestimmung kaum ermöglichen wird,⁷⁰ im Bereich der Luft- und Seeschifffahrt gegenüber den restlichen Verkehrsträgern erweitert wurden,⁷¹ so ist davon auszugehen, dass sich dies auch auf den Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen bezieht. Der EuGH⁷² hat judiziert, dass eine ausschließliche Zuständigkeit der Union zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge in jenen luftfahrtrechtlichen Bereichen existiere, die bereits harmonisiert wären. Dadurch hat, wie die Kommission 2005 mitgeteilt hat,⁷³ die Union in der Luftfahrtaußenpolitik einen weiten Spielraum für eigene Maßnahmen.⁷⁴

2. Österreichisches Recht

2.1 Das Bundes-Verfassungsgesetz

In den allgemeinen Bestimmungen des B-VG⁷⁵, Art 10 ff, findet sich die Kompetenzverteilung zur Gesetzgebung und Vollziehung zwischen dem Bund und den Ländern. Art 10 B-VG enthält jene Materien, bei denen dem Bund sowohl die Kompetenz zur Gesetzgebung als auch zur Vollziehung zukommt. In Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG ist die Zuständigkeit des Bundes im Verkehrswesen verankert und zwar bezüglich der Eisenbahnen, der Luftfahrt, der Schifffahrt und des Kraftfahrwesens. Von der Schifffahrt ist eine Ausnahme für die reine Binnenschifffahrt vorgesehenen, von der allerdings einige Gewässer wiederum ausgenommen sind, wonach nur die Gesetzgebung Bundessache, die Vollziehung jedoch Landessache ist.

Nach einem Erkenntnis des VfGH⁷⁶ aus dem Jahr 1955, in dem es um die Auslegung des Begriffs „**Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen**“ ging, der VfGH diese aber auch für das „**Verkehrswesen bezüglich der Luftfahrt**“ vornahm, bedeutet

⁷⁰ Vgl Muzak in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 133 Lfg 2012) Art 100 AEUV Rz 15.

⁷¹ So Khan in Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg), EUV/AEUV⁵ (2010) Art 100 AEUV Rz 4 und sich diesem anschließend Muzak in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 133. Lfg 2012) Art 100 AEUV Rz 15.

⁷² EuGH 2002, verb Rs C-466-469, 471, 472, 475, 476/98, *Open Skies Abkommen*, Slg 2002, I-9855.

⁷³ KOM (2005), 79 endg.

⁷⁴ Vgl Khan in Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg), EUV/AEUV⁵ (2010) Art 100 AEUV Rz 7.

⁷⁵ Bundes – Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1 idgF.

⁷⁶ VfSlg 2905/1955.

der Wortlaut des Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG⁷⁷ „Verkehrswesen bezüglich der (...) Eisenbahn (...)“ nicht, dass nur ein bestimmter Teil des Eisenbahnwesens, nämlich das Verkehrswesen, unter diese Bestimmung zu subsumieren sei, sondern vielmehr das gesamte Eisenbahnwesen als Teil des Verkehrswesens davon umfasst ist. Selbiges gelte ua auch für die Luftfahrt. In der selben Entscheidung führte der VfGH auch eine Interpretation des Begriffes „Wesen“ durch und kam zu dem Erkenntnis, dass mit Verwendung dieses Begriffes „(...) *das gesamte betreffende Verwaltungsgebiet aus der Länderkompetenz herausgehoben wird, in Zweifelsfällen daher ein Kompetenztatbestand, der vom B-VG auf diese Art bezeichnet wird, umfassend auszulegen ist* (...)“. Gesetzgebungs- und Vollziehungssache im Verkehrswesen (auch) bezüglich der Luftfahrt kommt daher umfassend dem Bund zu. Fraglich bleibt jedoch der Umfang der genannten Bestimmung. Können auf ihrer Grundlage, wie dies etwa der Wortlaut des VfGH „(...) *das gesamte betreffende Verwaltungsgebiet* (...)“ vermuten lassen könnte, nur verwaltungsrechtliche Regelungen, oder auch solche zivilrechtlicher Natur erlassen werden? Dies ist hier insbesondere deswegen von Relevanz, als es sich bei den die Passagierrechte betreffenden unionsrechtlichen Regelungen und Vorgaben größtenteils (materiellrechtlich) um zivilrechtliche Regelungen handelt.

2.2 Zur Interpretationsmethode der Versteinerungstheorie

Hierzu ist die **Versteinerungstheorie** zur Auslegung heranzuziehen, welche mittlerweile gemäß der Rsp des VfGH⁷⁸ – die auch die im gegenständlichen Fall angewandte – „Wesenstheorie“ aufgrund des expansiven Ansatzes letzterer, abgelöst hat.⁷⁹ Nach ihr sind nicht näher umschriebene verfassungsrechtliche Begriffe „*in dem Sinn zu verstehen, der ihnen nach dem Stand und der Systematik der Rechtsordnung zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der die entsprechenden Begriffe enthaltenden Verfassungsnormen zugekommen ist*“.⁸⁰ Sie dient der „(...) *Fiktion eines gesetzgeberischen Willens, Verfassungsbegriffe in dem zu einem bestimmten Zeitpunkt üblichen allgemeinen Sprachgebrauch verwendet zu haben* (...)“.⁸¹ „Versteinert“ wird dabei der Inhalt der im

⁷⁷ Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929 BGBl 1930/1 idF BGBl 1955/8.

⁷⁸ VfSlg 4206/1962.

⁷⁹ Funk, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrspr in Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung Band 17 (1989) 83; Zeleny, Eisenbahnplanungs- und -Baurecht (1994) 82 f.

⁸⁰ Morscher, Zu den Grenzen der Bundeskompetenzen „Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen und der Luftfahrt“ in Festschrift Herbert Schambeck (1994) 529.

⁸¹ Muzak, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht (2004) 14.

betreffenden Zeitpunkt bestehenden einfachgesetzlichen Regelungen.⁸² Es kommt dabei aber nicht auf die Details der Rechtslage, sondern die „typischen Rechtsgehalte“ dieser an, weswegen „(...) *auch neue Regelungen unter einen „versteinerten“ Kompetenztatbestand fallen (können), wenn es sich um eine systematische Fortentwicklung eines vorgegebenen Regelungsansatzes handelt*“ (Prinzip der intrasystematischen Fortentwicklung).⁸³

Hat der VfGH 1955 mittels der **Wesenstheorie**⁸⁴ die Bestimmung des Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG sehr weit verstanden, so schränkte er sie 1999 insofern ein, als dieser einräumte: „*Diese weitreichende, alle Aspekte des Eisenbahnwesens umfassende Bundeskompetenz schließt aber dennoch Regelungen der Länder, zu welchen diese gem Art 15 Abs 1 B-VG berufen sind und die auch Eisenbahnen betreffen, nicht von vornherein aus.*“ Die Versteinerungstheorie gebiete, dass – zur Abgrenzung der als Generalklausel formulierten Länderkompetenzen nach Art 15 B-VG – „(...) *nur für den Fall, dass ein bestimmter Gesichtspunkt eine ausdrückliche Regelung im Versteinerungsmaterial gefunden hat, auch insoweit eine Bundeskompetenz anzunehmen*“ ist.⁸⁵

Maßgeblicher Zeitpunkt für die (historisch-wörtliche)⁸⁶ Interpretation mittels der Versteinerungstheorie ist gemäß der hM der 01.10.1925⁸⁷ (Inkrafttreten einiger Kompetenzbestimmungen, auch hinsichtlich Eisenbahn und Luftfahrt)⁸⁸, da es bis heute durch die seither ergangenen verfassungsgesetzlichen Änderungen im Hinblick auf die hier interessierende Bestimmung des Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG zu keinen inhaltlichen Änderungen des Kompetenztatbestandes gekommen ist.⁸⁹ Eine Mindermeinung ist der Ansicht, Versteinerungszeitpunkt wäre nicht der 01.10.1925, der Zeitpunkt des Inkrafttre-

⁸² Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 296.

⁸³ Berka, Verfassungsrecht⁴ (2012) Rz 433.

⁸⁴ Nach dieser bedeutet der in einer Kompetenzbestimmung verwendete Begriff „-wesen“, dass das gesamte damit bezeichnete Verwaltungsgebiet aus der Länderkompetenz herausgenommen ist; vgl Zeleny, *Wesenstheorie*, in Mayer (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) 548.

⁸⁵ VfSlg 15552/1999.

⁸⁶ Wiederin, Anmerkungen zur Versteinerungstheorie in *Festschrift Winkler* (1997) 1231 ff; Muzak, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht (2004) 12 ff (insb 14).

⁸⁷ Es kam zu einer ersten großen Novellierung des B-VG, mit welcher dessen Kompetenzbestimmungen in Kraft gesetzt wurden (BGBl 1925/268); Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 44.

⁸⁸ Bundesverfassungsgesetz v 30. Juli 1925, betreffend einige Abänderungen des Bundes-Verfassungsgesetzes v 1. Oktober 1920 (RGBl Nr 2, betreffend den Übergang zur bundesstaatlichen Verfassung (Übergangsgesetz), abgeändert werden (Übergangsnovelle) BGBl 1925/269.

⁸⁹ Wallnöfer in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 9. Lfg 2012) Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG Rz 9 und 18 mwN; aA Wiederin in *Festschrift Günther Winkler* (1997) 1237, wonach nicht auf das Inkrafttreten der Kompetenzbestimmungen, sondern den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem diese beschlossen worden sind.

tens der hier maßgeblichen (Kompetenz-) Bestimmung, sondern der 01.10.1920, Zeitpunkt in dem der Kompetenzartikel vom Verfassungsgesetzgeber beschlossen worden ist.⁹⁰ So weichen *Brande*⁹¹, *Wiederin*⁹² und *Muzak*⁹³ (in dieser Reihenfolge) unter Bezugnahme auf das Wesen der Versteinerungstheorie von der hM ab. Stützung findet diese Ansicht zum Teil in der (frühen) Jud des VfGH, wonach die Bedeutung der Kompetenztatbestände relevant ist, die „(...) zur Zeit der Schaffung des Bundes-Verfassungsgesetzes mit dem betreffenden Ausdruck verbunden war“.⁹⁴ Bereits 1953 führte der VfGH jedoch hinsichtlich des Umfanges eines Kompetenztatbestandes aus, dies könne nur jener sein, „der (ihm) im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kompetenzverteilung der Bundesverfassung (...) zugekommen ist“.⁹⁵

Im sog *Rundfunckerkenntnis*⁹⁶ bekräftigte er seine diesbezügliche Rechtsansicht vom Versteinerungszeitpunkt des 01.10.1925,⁹⁷ nachdem die Verfahrensparteien den jeweils für ihre Belange günstigeren Stichtag unter Bezugnahme auf die ältere Jud des Höchstgerichts argumentierten. Als hätte der Gerichtshof in ständiger Rsp auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens als maßgeblichen Moment abgestellt, untermauerte er seine Rechtsansicht so: „Der vom VfGH in Wahrheit bezogene einheitliche Standpunkt folgt schon aus der Erwägung, dass in allen in den verschiedenen Erkenntnissen behandelten Rechtsfällen die nämliche Rechtsfrage zur Beantwortung stand und für die Beantwortung nur eine einzige Lösung in Betracht kommen konnte. Dass hierfür nur die Rechtslage am 1. Oktober 1925 ernstlich in Frage kommen konnte, ergibt zwingend die Tatsache, dass die Frage nach dem materiellen Inhalt des in Rede stehenden Kompetenzbegriffes erst mit dem Wirksamkeitsbeginn der Kompetenzverteilung am 1. Oktober 1925 unmittelbar rechtliche Bedeutung gewonnen hat, wogegen die Kompetenzartikel für die dem besagten Termin vorausgegangene Zeit mangels Geltung eine rechtliche Wirksamkeit nicht äußern konnten“. Darüber hinaus führt der VfGH noch die verfassungsgesetzlichen Änderungen mit der Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1925 ins Treffen, auch im Bereich der Kompetenzverteilung, welche zahlreiche (Kompetenz-) Bestimmungen ge-

⁹⁰ Gesetz, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), StGBI 1920/450 = BGBl 1920/1.

⁹¹ *Brande*, Wirtschaftslenkung und Kompetenzverteilung (1978) 1c ff.

⁹² *Wiederin*, Anmerkungen zur Versteinerungstheorie in Festschrift *Winkler* (1997) 1236 ff.

⁹³ *Muzak*, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschifffahrtsrecht (2004) 12 ff.

⁹⁴ VfSlg 2217/1951, 2005/1950.

⁹⁵ VfSlg 2500/1953.

⁹⁶ VfSlg 2721/1954.

⁹⁷ *Brande*, Wirtschaftslenkung und Kompetenzverteilung (1978) 2.

ändert habe, von denen eine für den konkret vom VfGH zu beurteilenden Fall relevant war.

Es ist soweit ersichtlich unstrittig, dass in jenen Fällen, in denen es zwischen Beschluss und Inkrafttreten einer Kompetenzbestimmung zu Änderungen dieser kommt, nicht auf den Zeitpunkt des ursprünglichen Beschlusses abgestellt werden kann. Dies ist auch der Grund dafür, warum in der Literatur bei der Frage nach der Auslegung von Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG immer betont wird, dass es durch die Bundes-Verfassungsnovelle 1925 zu keinen Änderungen hinsichtlich der im konkreten Fall interessierenden Begriffe dieser Bestimmung kam.⁹⁸ Klar ist, dass wenn es zu einer inhaltlichen Änderung kompetenzrechtlicher Bestimmungen kommt, hinsichtlich dieser ein neuer Gesetzesbeschluss vorliegt und für die Interpretationsmethode der Versteinerung sodann auf diesen Zeitpunkt abzustellen ist,⁹⁹ was das Wesen der Versteinerungstheorie als historisch-wörtliche Auslegungsmethode, bei der es auf den Stand und die Systematik¹⁰⁰ der Rechtsordnung zu einem bestimmten (dem hier behandelten) Zeitpunkt ankommt, zwingend erfordert.¹⁰¹

Zuzustimmen ist auch dem VfGH im sog *Rundfunckerkenntnis*, wonach bei einer Legisvakanz bis zum Inkrafttreten eine Bestimmung keine rechtliche Wirksamkeit entfalten kann. Dies ist allerdings von jener Frage getrennt zu beurteilen, wie der Verfassungsgesetzgeber einen bestimmten Begriff verstanden haben wollte, genau diesen subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers¹⁰² gilt es zu eruieren.¹⁰³ Wie *Wiederin* zutreffend feststellt, entbehrt es daher jeglicher Plausibilität, wenn mit dem Abstellen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenzbestimmungen den Schöpfern der

⁹⁸ ZB Wallnöfer in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 9. Lfg 2012) Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG Rz 9;

⁹⁹ Muzak, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffrechts (2004) 15.

¹⁰⁰ Ua mit dem VfGH, der immer wieder auch auf die Systematik der Bestimmungen zum Versteinerungszeitpunkt abstellt, ist die Versteinerungstheorie aufgrund der Bedeutung der konkreten Bestimmung im System der Rechtsordnung nicht ausschließlich als historisch-wörtliche, sondern auch als systematische Auslegungsmethode zu qualifizieren; idS Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 133 und 296.

¹⁰¹ Morscher, Zu den Grenzen der Bundeskompetenzen „Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen und der Luftfahrt“ in Festschrift Herbert Schambeck (1994) 530; Zeleny, Versteinerungstheorie, in Mayer (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) 510; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 133.

¹⁰² Zeleny, Versteinerungstheorie, in Mayer (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) 510.

¹⁰³ Wie *Wiederin* zutreffend anmerkt, würde die Argumentation des VfGH im Rundfunckerkenntnis nur dann Sinn machen, wenn es sich bei der Versteinerungstheorie um eine Form der systematischen Interpretation handeln würde; *Wiederin*, Anmerkungen zur Versteinerungstheorie in Festschrift Winkler (1997) 1237 FN 32.

Verfassung unterstellt wird, sie hätten die Ausdrücke in jener Bedeutung verstanden haben wollen, die der einfache Gesetzgeber in der Zukunft mit ihnen verbinden wird. Dies würde implizieren, der Gesetzgeber hätte im Zeitpunkt der Beschlussfassung weder gewusst was er beschließe, noch was er wollte. Stattdessen, so *Wiederin*, sei mit *Brande* davon auszugehen, dass der Verfassungsgesetzgeber die Begriffe in dem Sinne verstanden haben wollte, der ihnen im Zeitpunkt der Beschlussfassung der Kompetenzbestimmungen zugekommen ist.¹⁰⁴ *Brande* hat mit den Materialien der B-VG Novelle 1925 überzeugend dargelegt, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber die „*Kompetenzartikel grundsätzlich in der Bedeutung in Kraft setzen wollte, in der sie der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1920 verstanden hat*“.¹⁰⁵ Anderes würde nur dann gelten, wenn die Kompetenzbestimmungen 1925 neu verhandelt bzw überdacht worden wären, sodass ihr Sinngehalt verändert worden wäre, was jedoch nicht geschehen ist.¹⁰⁶

Als Argument gegen ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens wurde von *Brande* zudem die Manipulationsgefahr durch den einfachen Gesetzgeber ins Treffen geführt. So wäre es diesem möglich, in der Zeit der Legisvakanz durch aufschiebend bedingte einfachgesetzliche Regelungen, welche gleichzeitig mit der Verfassungsbestimmung in Krafttreten sollen, die Verfassungsbestimmung mittels dieser „Interpretation“ in einer dem Willen des historischen Gesetzgebers nicht entsprechenden Weise (neu) auszulegen.¹⁰⁷ Dadurch könnte die Bestimmung des Art 44 B-VG, welche für den Erlass oder Änderungen von Verfassungsbestimmungen ein erhöhtes Präsenz- und Konsensquorum vorsieht, umgangen werden. Aus den genannten Gründen ist daher für die Interpretation zumindest des Kompetenztatbestandes „Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen und der Luftfahrt“ für die Versteinerung auf den Zeitpunkt 01.10.1920 („*Zeitpunkt der Willensbildung des Nationalrates*“)¹⁰⁸ abzustellen. Für andere (1925 abgeänderte) Kompetenzbestimmungen mag indes anderes gelten.

¹⁰⁴ *Wiederin*, Anmerkungen zur Versteinerungstheorie in Festschrift *Winkler* (1997) 1237.

¹⁰⁵ *Brande*, Wirtschaftslenkung und Kompetenzverteilung (1978) 7.

¹⁰⁶ *Brande*, Wirtschaftslenkung und Kompetenzverteilung (1978) FN 18 und *Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht (1995) 189.

¹⁰⁷ *Brande*, Wirtschaftslenkung und Kompetenzverteilung (1978) 2.

¹⁰⁸ *Muzak*, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht (2004) 17.

2.3 Der Begriff des „Verkehrswesens“ nach Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG im Hinblick auf die Luftfahrt

Gemäß der höchstgerichtlichen Rsp¹⁰⁹ und der wohl hM¹¹⁰ ist der Begriff des Verkehrswesens gemäß Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG weit zu verstehen. Dieser umfasst das gesamte Verkehrswesen hinsichtlich der in der Bestimmung genannten Verkehrsträger.¹¹¹ Gemäß *Morscher*¹¹² und diesem sich anschließend *Wallnöfer*¹¹³, ist die Jud des VfGH allerdings insofern einschränkend zu betrachten, als mit der genannten verfassungsgesetzlichen Bestimmung nicht die dort beschriebenen Verkehrsgebiete vollumfänglich erfasst werden, als alles was damit zusammenhängt, darunter fällt. So auch der VfGH in seinem Erkenntnis aus 1999. Andererseits erscheint klar, dass nicht nur das Verkehrswesen in einem engeren Sinne darunter subsumiert wird, sondern zB auch damit zusammenhängende (bestimmte) Bauangelegenheiten.¹¹⁴ Es stellt sich somit bis heute die Frage, wie weitreichend die Formulierung des Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG tatsächlich ist. Zwecks Auslegung der Bedeutung der Bestimmung **„Verkehrswesen bezüglich der Luftfahrt“** ist somit die im Versteinerungszeitpunkt (01.10.1920) bestehende einfachgesetzliche Rechtslage heranzuziehen (**„Versteinerungsmaterial“**).¹¹⁵ Dazu ist mit *Wallnöfer* zunächst auszuführen, dass es sich zum Versteinerungszeitpunkt (für *Wallnöfer* ist dieser der 01.10.1925, umso mehr gilt das Gesagte freilich für den 01.10.1920) bei der Luftfahrttechnologie noch um eine junge Materie handelte und entsprechende Regelungen nur grundlegender Natur waren.¹¹⁶ So existierte primär das Luftfahrtgesetz 1919 (LFG 1919)¹¹⁷, welches, wie bereits *Stefula* angemerkt hat,¹¹⁸ in erster Linie verwaltungsrechtliche Vorschriften enthielt. Zivilrechtliche Regelungen fanden sich einerseits in § 2 leg cit, zB Abs 2 betreffend Schadenersatzansprüche im

¹⁰⁹ VfSlg 2905/1955, 3504/1959, 5019/1965, 5578/1967.

¹¹⁰ ZB *Klecatsky*, Staat und Verkehr (1968) 54 f; *Gogl* in *Bauer* (Hrsg), Handbuch Verkehrsrecht (2009) 433.

¹¹¹ *Wallnöfer* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 9. Lfg 2012) Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG Rz 15.

¹¹² *Morscher*, Raumordnungskompetenz im Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen und der Luftfahrt, ZfV 1998, 785 (759 f).

¹¹³ *Wallnöfer* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 9. Lfg 2012) Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG FN 42.

¹¹⁴ *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) Art 10 B-VG I.9.

¹¹⁵ *Mayer*, Die Kompetenzen des Bundes zur Regelung des Eisenbahnwesens, ÖJZ 1996, 292 (292); *Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht (1995) 188;

¹¹⁶ *Wallnöfer* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 9. Lfg 2012) Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG Rz 24.

¹¹⁷ Gesetz v 10. Dezember 1919, betreffend die vorläufige Regelung der Luftfahrt StGBI 1919/578.

¹¹⁸ *Stefula*, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001) 34.

Zusammenhang mit der Duldungsverpflichtung Privater, behördliche der Orientierung im Luftverkehr dienende Zeichen, auf ihren Immobilien zuzulassen. Andererseits fand sich eine (vorläufige) Regelung, mit welcher die haftungsrechtlichen Bestimmungen des Kraftfahrzeuggesetzes¹¹⁹ auch für Motorluftfahrzeuge für anwendbar erklärt wurden, § 16 LFG 1919. Diese Haftungsbestimmung war jedoch nur vorübergehender Natur, als bereits im ersten Satz der genannten Bestimmung klargestellt wurde, dass diese Regelung lediglich temporäre Gültigkeit besitzt (arg „bis zur anderweitigen gesetzlichen Regelung“). Einschlägige landesgesetzliche Regelungen existierten nicht.

Abseits dieses Gesetzes existierten noch eine V die in erster Linie Luftraumbeschränkungen („Verbotzonen“)¹²⁰ beinhaltete, sowie eine darauf fußende, die Luftraumbeschränkungen einführende Kundmachung¹²¹. Der V die basierend auf der Gewerbeordnung¹²² eine Konzessionspflicht für die gewerbliche Ausübung der Luftschiffahrt vorsah,¹²³ wurde durch das LFG 1919 materiellrechtlich derogiert, als letztere in ihrem Art 10 Abs 3 die Verpflichtung zum Erwerb einer Konzession ausdrücklich ausschloss.

Sie enthielten allesamt ausschließlich verwaltungsrechtliche Vorschriften. Unberücksichtigt hat hingegen die V über die Hintanhaltung des Missbrauchs von Luftfahrzeugen¹²⁴ zu bleiben, da diese auf dem Gesetz betreffend die Kriegsleistungen¹²⁵ beruhte und somit aufgrund der lex specialis Regel kompetenzrechtlich unter Art 10 Abs 1 Z 15 der Bundesverfassung zu subsumieren ist. Diese sachliche Trennung kann auch einer Vollzugsanweisung im Bereich des Luftfahrtwesens,¹²⁶ mit welcher die Zuständigkeit zu den Angelegenheiten des Luftfahrtwesens festgesetzt wurde, entnommen werden. All

¹¹⁹ Gesetz über die Haftung für Schäden aus dem Betriebe von Kraftfahrzeugen, RGBI 1908/162.

¹²⁰ Verordnung des Ministeriums des Inneren, betreffend polizeiliche Maßnahmen gegen die Gefährdung der staatlichen und persönlichen Sicherheit durch Luftfahrzeuge, RGBI 1912/240.

¹²¹ Kundmachung des Ministeriums des Inneren, betreffend die Feststellung der Verbotzonen für Luftfahrzeuge, RGBI 1913/11 idF RGBI 1914/91.

¹²² Kaiserliches Patent, womit eine Gewerbe-Ordnung für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme des venetianischen Verwaltungsgebietes und der Militärgränze, erlassen, und v 1. Mai 1860 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird, RGBI 1859/227 idF RGBI 1907/26.

¹²³ Verordnung des Handelsministers im Einvernehmen mit dem Minister des Inneren v 22. Oktober 1912, mit welcher die gewerbsmäßige Ausübung der Luftschiffahrt an eine Konzession gebunden wird RGBI 1912/207.

¹²⁴ Verordnung des Ministeriums für Landesverteidigung im Einverständnisse mit dem Kriegsministerium und den übrigen beteiligten Ministerien zur Hintanhaltung des Mißbrauches von Luftfahrzeugen, RGBI 1914/191.

¹²⁵ Gesetz betreffend die Kriegsleistungen RGBI 1912/236.

¹²⁶ Vollzugsanweisung der Staatsregierung, betreffend Festsetzung der Zuständigkeit hinsichtlich der staatshoheitlichen und staatsaufsichtsrechtlichen Angelegenheiten des Luftfahrtwesens, StGBI 1919/239.

jene „(...) *Angelegenheiten der künftigen Gestaltung des militärischen Luftfahrtwesens* (...)“ wurden dabei jedoch einer besonderen Regelung unterzogen.

Aus der im Versteinerungszeitpunkt 01.10.1920 **einfachgesetzlichen Rechtslage** geht deutlich hervor, dass die einschlägigen Bestimmungen nahezu alle rein öffentlich-rechtlicher Natur waren, und den wenigen, inhaltlich stark begrenzten zivilrechtlichen Regelungen Ausnahmecharakter zukommt. So handelte es sich bei der Bestimmung des § 16 LFG 1919 um eine vom bürgerlich-rechtlichen Grundsatz der Verschuldenshaftung abweichende (zwingende)¹²⁷ Gefährdungshaftung des Eigentümers und der gesamten Besatzung des Motorflugzeuges,¹²⁸ die jedoch – anders als beim sinngemäß zur Anwendung gelangenden Kraftfahrzeuggesetz – nur gegenüber unbeteiligten Dritten anwendbar war.¹²⁹ Das LFG 1919 wollte diese Haftungsregeln des Kraftfahrzeuggesetzes jedoch nur vorläufig übernehmen (arg „*bis zur anderweitigen gesetzlichen Regelung*“). Fraglich ist, was der Gesetzgeber damit ausdrücken wollte. Sollte ein eigenes Gesetz abseits des Luftfahrtgesetzes 1919 erlassen werden, und wurden die speziellen (kraftfahrergesetzlichen) Haftungsregelungen aus Zeitgründen nur vorübergehend an dieser Stelle „geparkt“, oder sollten entsprechende, an die Materie Luftfahrt angepasste Bestimmungen im LFG 1919 erst später folgen? Dem allgemeinen Teil der Erläuternden Bemerkungen kann entnommen werden, dass der Gesetzgeber nur eine vorläufige Regelung wollte, da er davon ausging, dass „(...) *der Motorluftverkehr vornehmlich ein zwischenstaatlicher Verkehr sein wird und dass daher eine möglichst gleichartige Gestaltung der Gesetzgebung in den einzelnen Staaten auch hinsichtlich der besonderen Luftfahrerhaftpflicht anzustreben und demnach zunächst nur eine vorläufige Regelung auf diesem Gebiete ins Auge zu fassen sei*“. Aus den Erläuterungen zu § 14 leg cit (die Bestimmung wurde erst im Zuge des Berichtes des Ausschusses für Verkehrswesen, der weitere Bestimmungen aufnahm zu § 16)¹³⁰ ergibt sich weiters, dass sich der Gesetzgeber selbst unsicher war, ob aufgrund der „(...) *eigenartigen Betriebsgefahren der Luftfahrt* (...)“ das Haftungsregime „*auch für die spätere Zeit, wenn sich einmal ein lebhaft-*

¹²⁷ Eine Befreiung war nur möglich, wenn der Haftende beweisen konnte, dass das schädigende Ereignis durch Verschulden eines Dritten oder des Geschädigten selbst verursacht wurde bzw trotz vorschrifts- und sachgemäßer Vorsicht nicht abgewendet werden konnte und dieses auch nicht auf die Beschaffenheit des Geräts oder dessen Eigenart, das Versagen oder die Mängel seiner Funktion zurückzuführen war, § 2 erster Satz Kraftfahrzeuggesetz. Im Vorfeld abgeschlossene anderslautende Vereinbarungen waren nach § 13 nichtig.

¹²⁸ Siehe *Stefula*, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001) 34 f.

¹²⁹ *Raft-Marwil*, Das österreichische Luftrecht, ZVR 1956, 177 (177).

¹³⁰ AB 520 BlgKNV zu StGBI 1919/578.

ter Luftverkehr entwickelt haben wird, als entsprechend anzusehen ist (...)“. Dies „ (...) lässt sich dermaßen mit Sicherheit nicht beurteilen“. „Zum damaligen Zeitpunkte vermeint die Staatsregierung gleichwohl von einer von der besprochenen abweichenden Regelung der Haftpflicht der Luftführer um so eher absehen zu können, als die vorgeschlagene Regelung (...) nur als eine vorläufige gedacht ist und aus den gleichfalls dort angeführten Gründen zweckmäßigerweise, und zwar insb hinsichtlich der materiellen Haftpflichtbestimmungen, sobald als möglich, durch eine gesetzliche Regelung zu ersetzen wäre, die der Forderung nach tunlichst gleichartiger Gestaltung der heimischen und fremdstaatlichen Gesetzgebung auch auf diesem Gebiete Rechnung trägt“.¹³¹ Zu dieser Frage ist damit festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung „bis zur anderweitigen gesetzlichen Regelung“ Bedacht auf künftige (internationale) Regelungen nehmen wollte und die in § 16 normierte verschärfte Haftpflicht nicht zwingend Bestandteil des Luftfahrtrechts sein sollte. Somit ist für die Auslegung mittels der Versteinerungstheorie nicht der konkrete Umfang der im LFG 1919 angeführten haftungsrechtlichen Bestimmungen relevant. Dies gilt ebenso für eine Auslegung der Bestimmungen des Kraftfahrzeuggesetzes. Dieser kann keine Bedeutung für die Frage der für den Bereich der Luftfahrt vorgesehenen Haftungsbestimmungen zukommen, als aus den Materialien hervorgeht, dass der Gesetzgeber ausdrücklich zukünftige Entwicklungen im Bereich der Luftfahrt mit umfasst haben wollte. Fest steht an dieser Stelle nur, dass er (fürs Erste) haftungsrechtliche Regelungen für Dritte im LFG vorgesehen hat.

Darüber hinaus bestanden Duldungspflichten, einerseits für die Anbringung bestimmter Zeichen auf privatem Grund nach § 2 LFG 1919, andererseits jene mit welcher das Überfliegen von Grundstücken gestattet wurde, womit von dem grundsätzlichen Verbot gemäß § 297 ABGB abgegangen wurde, § 1 leg cit.¹³² Behörde iS des LFG 1919 war das Staatsamt für Verkehrswesen, das gemäß § 9 leg cit einige Verordnungen zwecks Konkretisierung der sehr allgemein gehaltenen Bestimmungen des LFG 1919 zu erlassen hatte (siehe sogleich). Darüber hinaus kam dieser Behörde auch die Befugnis zu, einige Bestimmungen des LFG 1919 auch für andere, sonst nicht vom Anwendungsbereich des LFG 1919 erfasste Luftfahrzeuge und luftfahrzeugähnliche Geräte zu erlassen, § 12. Schließlich kam dem Staatsamt für Verkehrswesen noch die Befugnis zu, bis zum Erlass der in § 9 Z 1 bis 4 vorgesehenen Verordnungen, „(...) nach freiem Er-

¹³¹ 377 BlgKNV zu StGBI 1919/578, 12.

¹³² 377 BlgKNV zu StGBI 1919/578, 7; Sitzung der Konstituierenden Nationalversammlung für Deutschösterreich. 10.12. 1919, S 1255; Raft-Warwil, Das österreichische Luftrecht, ZVR 1956, 177 (177).

messen im Einzelfalle Luftfahrt und Veranstaltungen mit luftfahrzeugähnlichen Geräten zuzulassen“, § 15. Aus dem ergibt sich, dass im Versteinerungszeitpunkt der Begriff „Verkehrswesen bezüglich der Luftfahrt“ primär öffentlich-rechtlich zu verstehen ist. Darunter fallen insbesondere Bestimmungen über die Einrichtung und den Betrieb von Flugplätzen und der sonstigen dem Luftverkehr dienenden Anlagen (§§ 6 und 9 Z 3 LFG 1919), Flugverbotszonen und Grenzüberflüge (§ 9 Z 4 LFG 1919 und die V betreffend polizeiliche Maßnahmen gegen die Gefährdung der staatlichen und persönlichen Sicherheit durch Luftfahrzeuge¹³³ sowie die darauf beruhende Kundmachung betreffend die Feststellung der Verbotszonen für Luftfahrzeuge 1913¹³⁴), die Zulassung von Flugzeugen (§ 3 und 9 Z 5 LFG 1919) und Luftfahrtunternehmen (§ 10 LFG 1919), Beförderungsbewilligungen von Flugzeugen (§ 7 LFG 1919), die Ausbildung und Prüfung von Piloten und sonstigem Luftfahrtpersonal (§ 9 Z 1 LFG) und schließlich der Erlass einschlägiger luftfahrtrechtlicher Bestimmungen über den Verkehr mit Luftfahrzeugen (§ 9 Z 2 LFG 1919). Expressis verbis schränkt das LFG 1919 in Art 10 Abs 2 und 3 die Anwendbarkeit der Bauordnungen auf die dem Luftverkehr dienenden Grundstücke und Anlagen entweder stark ein, oder nimmt diese gänzlich davon aus. Dies ist vor allem im Hinblick auf die Länderkompetenzen nach Art 15 Abs 1 B-VG relevant.¹³⁵

Zu diesen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen ist anzumerken, dass sie größtenteils sehr allgemein/weit gefasst sind, was für einen umfassenden Anwendungsbereich des Wortlautes „Verkehrswesen bezüglich der Luftfahrt“ iS von Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG spricht. Der Kompetenztatbestand erfasst hingegen zivilrechtliche Regeln nur insoweit, als es sich um mit dem Flugverkehr im Zusammenhang stehende Duldungspflichten handelt.

Auch nach dem Stichtag 01.10.1920 gab es auf einfachgesetzlicher Ebene im Luftfahrtbereich keine inhaltlichen Veränderungen. So brachte das Verwaltungsentlas-

¹³³ Verordnung des Ministeriums des Inneren, betreffend polizeiliche Maßnahmen gegen die Gefährdung der staatlichen und persönlichen Sicherheit durch Luftfahrzeuge RGBI 1912/240.

¹³⁴ Kundmachung des Ministeriums des Inneren, betreffend die Feststellung der Verbotszonen für Luftfahrzeuge RGBI 1913/11 idF RGBI 1914/91.

¹³⁵ Insb im Zusammenhang mit den Kompetenzen des Bundes im Bereich des Verkehrswesens der Eisenbahnen taucht die Frage dieser Abgrenzung immer wieder auf; zB VfSlg 2685/1954, 5019/1965, 5578/1967, 17424/2004, VwGH 17.01.1966, 2175/64 (Eisenbahn), VwSlg 14265 A/1995 (Luftfahrt); Mayer, Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) Art 10 B-VG I.9.; Hofmann, Die Rechtsstellung der Hochbauten nach dem Eisenbahngesetz, ZVR 1983, 65; Zeleny, Eisenbahnplanungs- und Baurecht (1994) 84.

tungsgesetz aus 1925¹³⁶, welches von Mayer im Zuge der Versteinerung des Begriffs „Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahn“ herangezogen wurde,¹³⁷ im Luftfahrtbereich (Art 58 und 59 leg cit) keine bedeutenden Änderungen. Somit kann daraus geschlossen werden, dass die Frage des Versteinerungszeitpunktes für die Auslegung des „Verkehrswesens bezüglich der Luftfahrt“ keine Relevanz hat. Es kann daher Wallnöfer zugestimmt werden, wenn er – unter der Prämisse des Versteinerungszeitpunktes 01.10.1925 – zum Wortlaut „Verkehrswesen bezüglich der Luftfahrt“ ausführt: „(...) *Auf Grund des umfassenden Begriffsverständnisses bezüglich des Verkehrswesens und (...) des infolge der internationalen Vernetzung (...) verständlichen Bestrebens nach einer einheitlichen nationalen Zuständigkeit und einem einheitlichen Verfahren, unterliegen dem Kompetenztatbestand (...) alle Regelungen betreffend die notwendigen bodgebundenen Anlagen, die Zulassung von Flugzeugen, Piloten und Luftfahrtunternehmen sowie die Regelung des Luftverkehrs im engeren Sinn (...)*“. Hinzu tritt die „*ausschließliche Fachplanung luftfahrtbezogener Einrichtungen*“.¹³⁸ Dies freilich unter Rücksichtnahme auf die Raumplanungen der betroffenen Länder und – vice versa – unter Bedachtnahme der Länder auf das bundesstaatliche Rücksichtnahmegebot (gegenseitige „Rücksichtnahmepflicht“/„Berücksichtigungsprinzip“).¹³⁹

Klar ist somit, dass der Bereich der Passagierrechte keinesfalls unter den Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG subsumiert werden kann. Ganz im Gegenteil, kann man doch gerade der Bestimmung des Art 16 LFG 1919 entnehmen, dass diese insofern nicht das Wohl der Passagiere vor Augen hatte, als die in der genannten Bestimmung geregelte erleichterte Beweisführung nur Dritten zustand. Auch die Erläuternden Bemerkungen führen ausdrücklich an, dass „(...) *die auf einem Motorflugzeuge beförderten Reisenden (...) im Falle eines durch den Betrieb des Fahrzeuges erlittenen Schadens (...) nicht den aus der vorgeschlagenen verschärften Luftfahrerhaftpflicht sich ergebenden, mit der erleichterten Beweisführung verbundenen Ersatzanspruch geltend machen können; ihre Ersatzansprüche werden sich vielmehr nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte regeln*“. Begründet wurde dies damit, dass diese (ebenso wie Bedienstete) die mit der Luftfahrt verbundenen Gefahren „bewusst und freiwillig“ auf sich

¹³⁶ Bundesgesetz v 21. Juli 1925 über die Vereinfachung der Verwaltungsgesetze und sonstige Maßnahmen zur Entlastung der Verwaltungsbehörden (Verwaltungsentlastungsgesetz - VEG) BGBl 1925/277.

¹³⁷ Mayer, Die Kompetenzen des Bundes zur Regelung des Eisenbahnwesens, ÖJZ 1996, 292 (294).

¹³⁸ Wallnöfer in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 9. Lfg 2012) Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG Rz 24 ff.

¹³⁹ ZB VfSlg 2447/1952, 3163/1957, 4486/1963, 8831/1980, 10292/1984.

nähmen.¹⁴⁰ Dies lag freilich auch daran, dass – wie aus den Materialien hervorgeht – zu diesem Zeitpunkt die (zivile) Luftfahrt insb in Österreich erst an ihrem Beginn stand und Passagierrechte zu diesem Zeitpunkt noch kein Thema waren. So heißt es im allgemeinen Teil der erläuternden Bemerkungen zum LFG 1919: *„Die durch die Verwendung der Luftfahrzeuge im Kriege herbeigeführte Entwicklung des Motorluftfahrzeugbaues und die insbesondere in jüngster Zeit erzielten bedeutenden Erfolge mit Luftfahrzeugen haben gleichwie in anderen Kulturstaaen auch in Deutschösterreich das Bestreben wachgerufen, das Luftfahrzeug nunmehr auch dem zivilen Verkehr in weitgehendem Maße nutzbar zu machen“*.¹⁴¹

2.4 Zum Begriff „Zivilrechtswesen“ des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG im Hinblick auf die Luftfahrt

Zwecks **Abgrenzung des „Verkehrswesens bezüglich der Luftfahrt“ vom „Zivilrechtswesen“**, Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG, ist auch letzteres mittels der Versteinerungstheorie auszulegen. Auch hier wird aus den zuvor genannten Gründen abweichend von der hM vom Versteinerungszeitpunkt 01.10.1920 ausgegangen. Gemäß VfGH sind unter den Begriff „Zivilrechtswesen“ *„nur jene Materien zu subsumieren, die nach der Systematik der Rechtsordnung, wie sie zur Zeit des Wirksamkeitsbeginns der Kompetenzverteilung der Bundesverfassung bestanden hat, als Angelegenheit des Zivilrechts, des Prozessrechts und des Exekutionsrechts anzusehen waren“*. Dies vor dem Hintergrund, dass auch neue Regelungen davon erfasst sein können, *„sofern sie nach ihrem inhaltlichen Gehalt systematisch dem Zivil-, Prozess oder Exekutionsrecht angehören“* (intrasystematische Fortentwicklung)^{142 143}.

Der VfGH, der sich bereits mehrmals mit der Abgrenzung dieses Kompetenztatbestandes auseinanderzusetzen hatte, orientiert sich also daran, *„(...) ob eine Angelegenheit nach der einfachgesetzlichen Rechtslage im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Kompetenztatbestände des B-VG dem „Zivilrechtswesen“ gemäß Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG oder ob eine derartige Regelung „bürgerlicher Rechtssachen“ (§ 1 JN) einem an-*

¹⁴⁰ 377 BlgKNV zu StGBI 1919/578.

¹⁴¹ 377 BlgKNV zu StGBI 1919/578.

¹⁴² ZB Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 277; Adamovich/Funk, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985) 191.

¹⁴³ ZB VfSlg 2658/1954, 3121/1956, 4615/1963, 552/1967, 5666/1968, 12470/1990.

deren Kompetenztatbestand (...) zuzuordnen war“.¹⁴⁴ Der Begriff des Zivilrechtswesens nach Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG ist somit ein historisch-materieller,¹⁴⁵ welcher im Folgenden einer Betrachtung zu unterziehen ist.¹⁴⁶

In seinem ersten diesbezüglichen Erkenntnis führte er beispielshalber aus, es könne „die Tatsache, dass das Schadenersatzrecht am 01. Oktober 1925 zweifellos dem bürgerlichen Recht zugehört hat, nicht behindern, dass in der Folge Sonderregelungen bezüglich des Schadenersatzes auf den verschiedensten Gebieten des Rechtslebens getroffen werden können, die dann wegen ihrer systematischen Zugehörigkeit vom Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ miterfasst werden“.¹⁴⁷

Später musste sich der VfGH auch mit jenem Fall befassen, dass eine solche Sonderregel bereits im Versteinerungszeitpunkt bestand. Konkret ging es ua um die Frage der kompetenzrechtlichen Einordnung der Regelung von Pflegegebührensätzen durch Krankenversicherungsträger. Fraglich war die Subsumtion unter Art 10 Abs 1 Z 6 (Zivilrechtswesen) oder Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG (Heil- und Pflegeanstalten). Da sich im Zeitpunkt des Inkrafttretens im entsprechenden Materiengesetz, dem Krankenanstaltengesetz¹⁴⁸, (vergleichbare) Regelungen über Einnahmen, welche zum Erhalt und Betrieb öffentlicher Heil- und Pflegeanstalten dienten befanden, umfasse Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG auch die Ermächtigung zur Regelung von Pflegegebührensätzen durch Krankenanstaltenträger, so das Höchstgericht.¹⁴⁹

Aufgrund des **systematischen Zusammenhangs** hat der VfGH in einigen Erkenntnissen gesetzliche Regelungen dem öffentlichen Recht zugeordnet.¹⁵⁰ So ging dieser davon aus, bei der Maßnahme der Liquidierung von Vermögen ehemaliger Landkreise handle es sich nicht um eine Angelegenheit des Zivilrechtswesens, welches seinem Gehalt nach aus Zivil-, Prozess und Exekutionsrecht bestehe, da diese in unmittelbarem Zusammenhang mit der Institution der Landkreise stünde, welche von dem Gesetzgeber zu regeln sei, der zur Regelung der Institution selbst befugt sei (Art 12 Abs 1

¹⁴⁴ VfSlg 12470/1990.

¹⁴⁵ VfSlg 3121/1956.

¹⁴⁶ Zu den vier folgenden Absätzen vgl. Thienel, Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609 (616 ff).

¹⁴⁷ VfSlg 2658/1954.

¹⁴⁸ Gesetz über die Errichtung, die Erhaltung und den Betrieb öffentlicher Heil- und Pflegeanstalten (Krankenanstaltengesetz) StGBI 1920/327.

¹⁴⁹ VfSlg 12470/1990.

¹⁵⁰ Thienel, Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609 (FN 73).

Z 1 B-VG). „Eine Norm, die Vermögen, das ehemals öffentlich-rechtlichen Zwecken dienstbar war, einem öffentlich-rechtlichen Verband zuweist, kann dem Begriffe des Zivilrechtswesens in diesem Sinne nicht unterstellt werden.“¹⁵¹ In einem weiteren Erkenntnis, wo es um freiwillige Versteigerungen ging, war die kompetenzrechtliche Einnordnung strittig. Ua fraglich war die Zuordnung zu Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG. Der VfGH¹⁵² erwog, „ob eine Versteigerung (mit behördlicher Bewilligung) außergerichtlich zulässig ist oder nur gerichtlich stattfinden darf und wie das gerichtliche Versteigerungsverfahren aussieht, ist eine durch zivilrechtliche Vorschriften zu regelnde Frage“. Bei den im konkreten Fall bedeutsamen Bestimmungen der §§ 1 (Bewilligungspflicht) und 6 (Entsendung eines obrigkeitlichen Kommissärs) der Ordnung für die öffentlichen Versteigerungen 1786¹⁵³ handle es sich um Maßnahmen der Verwaltungspolizei „(...) die den ordnungsgemäßen Ablauf der Versteigerung als einer öffentlichen Veranstaltung besonderer Art gewährleisten sollen“. Daher seien diese Bestimmungen nicht dem Kompetenztatbestand des Zivilrechtswesens zuzuordnen, auch wenn das Zivilrecht für Verstöße dagegen die Nichtigkeit des Aktes vorsähe. „Zivilrechtlicher Natur sind vielmehr nur die an deren Nichterfüllung anknüpfenden Folgen selbst.“ Dies gilt nach dem VfGH auch umgekehrt, wodurch (sinngemäß) zivilrechtliche Bestimmungen nicht zu öffentlich-rechtlichen werden, nur weil im Falle eines Verstoßes dagegen das öffentliche Recht Konsequenzen daran knüpft.

In anderen Erkenntnissen ordnete der VfGH Regelungen¹⁵⁴, welche er grundsätzlich als zivilrechtlich klassifizierte, aufgrund der konkreten Zusammenhänge dennoch nicht dem Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG zu. So erkannte er zB 1977, dass sich der Kompetenztatbestand „Bodenreform, insbesondere agrarische Operationen und Wiederbesiedlung“ gemäß Art 12 Abs 1 Z 3 B-VG (vor der Novelle durch BGBl 1974/444: Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG) aufgrund seines historischen Inhalts auch auf bestimmte zivilrechtliche Fragen erstreckt, nämlich jene im Zusammenhang mit der Bodenreform. Diese Angelegenheiten gehören demnach nicht dem Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ iS von Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG an.¹⁵⁵ In vergleichbarer Weise subsumierte der VfGH die Amtshaftung als „besondere Art des Schadenersatzrechtes“ nicht unter den Kompetenztatbestand des „Zivilrechtswesens“, sondern unter Art 23

¹⁵¹ VfSlG 4615/1963.

¹⁵² VfSlg 12408/1990.

¹⁵³ Ordnung für die öffentlichen Versteigerungen v 15.07.1786, JGS 1786/565

¹⁵⁴ Thienel, Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609 (FN 73).

¹⁵⁵ VfSlg 8151/1977.

Abs 4 B-VG, der den (einfachen) Gesetzgeber (allerdings erst mit der Novelle BGBl 1949/19) zur Erlassung näherer Bestimmungen zur Haftung der Gebietskörperschaften ermächtigte.¹⁵⁶ Nicht von Bedeutung für die Abgrenzung ist die Behördenzuständigkeit. So hat der VfGH¹⁵⁷ bereits mehrfach judiziert, dass auch Verwaltungsbehörden Angelegenheiten des Zivilrechtswesens zur Vollziehung übertragen sein können.¹⁵⁸ Genauso wenig kommt es auf das Vorhandensein von Strafsanktionen an. Vielmehr sei auf das jeweilige Gesetz in seiner Gesamtheit abzustellen.¹⁵⁹

Von besonderer Relevanz, und daher an dieser Stelle nochmals hervorzuheben, ist die Jud des VfGH¹⁶⁰ in welcher er darauf hinweist, dass gemäß § 364 ABGB auch Verwaltungsvorschriften Eigentumsbeschränkungen verfügen könnten, *„wodurch aber derartige Einschränkungen aus dem Begriff des Zivilrechtswesens des Art 10 Abs 1 Z 6 ausgeschieden erscheinen und daher auch zur Zeit der Schaffung der Bundesverfassung nicht unter den Kompetenztatbestand der „Zivilrechtswesens“ (...) gefallen sind“*.¹⁶¹ Herauszustreichen ist, dass es dabei darauf ankommt, dass die öffentlich-rechtliche Bestimmung bereits im Versteinerungszeitpunkt existiert hat. In einem weiteren Erkenntnis stellte der VfGH darauf aufbauend klar, dass für alle in private Rechte eingreifende öffentlich-rechtliche Maßnahmen gelte, dass dadurch öffentlich-rechtliche Regelungen, und keine solchen iS von Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG geschaffen würden.¹⁶² Zum Schadenersatzrecht hat der VfGH erkannt, dass dieses zum Versteinerungszeitpunkt offenkundig dem Zivilrecht und somit Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG, dem Zivilrechtswesen zuzuordnen war. Sollten solche erst im Nachhinein erlassen werden, würden die Bestimmungen dem Kompetenztatbestand Zivilrechtswesen unterfallen, *„sofern sie nur nach ihrem inhaltlichen Gehalt systematisch dem Zivil-, Prozess oder Exekutionsrecht angehören“*. Somit wird *„(...) der Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ keineswegs durch die Summe der im Zeitpunkt der Schaffung der Bundesverfassung bestehenden Bestimmungen zivil-, prozess- oder exekutionsrechtlichen Inhalts erschöpft (...)“*.¹⁶³ Deutlicher wurde der VfGH noch 1967 wo er wiederholt ausführte, dass Eigentumsbeschränkungen auch

¹⁵⁶ VfSlg 8202/1977.

¹⁵⁷ ZB VfSlg 2658/1954, 2794/1955, 3121/1956, 4455/1963, VfSlg 9580/1982; 1953 hatte der VfGH eine Abgrenzung noch über die Betrauung mit dem Vollzug versucht, VfSlg 2546/1953; siehe auch VfSlg 9580/1982.

¹⁵⁸ Thienel, Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609 (617).

¹⁵⁹ VfSlg 10392/1985.

¹⁶⁰ ZB VfSlg 2658/1954, 3121/1956, 4615/1963, 5522/1967, 5666/1968, 12470/1990.

¹⁶¹ ZB VfSlg 2658/1954.

¹⁶² VfSlg 4605/1963.

¹⁶³ VfSlg 2658/1954, 4204/1962.

durch Verwaltungsvorschriften statuiert werden könnten, aber es aber verfehlt wäre, „hierauf folgern zu wollen, es genüge die Erlassung irgendeiner die Ausübung des Eigentums beschränkenden Verwaltungsvorschrift, um die dann gegebene Regelung aus dem Kompetenzbegriff des Zivilrechtswesens zu lösen. (...) Wollte man dies zulassen, so wäre es möglich, diesem Kompetenzbegriff jeglichen Inhalt zu nehmen“.¹⁶⁴

Wie Thienel zur einschlägigen Jud des VfGH zusammenfassend ausführt, kommt es für „(...) die **Zuordnung zum „Zivilrecht“** (...) nicht allein auf die rechtstechnische Struktur der Regelung (...), sondern auch auf die damit verfolgten **Zielsetzungen** (an)“. Damit einher gehe die Frage nach der Abgrenzung des Zivilrechts vom öffentlichen Recht. Dass diese keine leichte ist, zeige sich bereits an der Rsp des VfGH, in der er sich (wahlweise) der unterschiedlichen Theorien (**Subjekts-**¹⁶⁵, **Subjektions-**¹⁶⁶ **und Interessentheorie**¹⁶⁷)¹⁶⁸ bedient, woraus sich auch die Schwierigkeiten für die Versteinerung ergäben, so Thienel.¹⁶⁹ „Entscheidend ist, ob bestimmte Rechtsverhältnisse zum damaligen Zeitpunkt (Versteinerungszeitpunkt, Anm) Gegenstand von als zivilrechtlich angesehenen Regelungen waren oder aber im „öffentlichen Recht“ geregelt wurden. Keinesfalls kann die Abgrenzung durch Rückgriff auf einzelne der traditionellen Theorien erfolgen; daher dürfen insb auch nicht einzelne Erkenntnisse des VfGH – in denen dieser einmal auf die eine, einmal auf die andere Theorie zurückgreift – unkritisch verallgemeinert werden. Vielmehr muss durch historische Betrachtung der typische Kernbereich des Zivilrechts ermittelt und sodann durch typisierende Betrachtungsweise die Zuordnung problematischer Regelungen vorgenommen werden; dabei können die traditionellen Abgrenzungstheorien freilich durchaus hilfreich sein, weil sie verschiedene Indizien für die Typisierung liefern.“¹⁷⁰ Auch Moritz¹⁷¹ und Mayer¹⁷² gehen von einem Vorrang der **Versteinerungstheorie** aus. Bydlinski argumentiert für eine vorrangige Heranziehung der Subjekts- und Subjektionstheorie (diese sind in § 1 ABGB

¹⁶⁴ VfSlg 5534/1967.

¹⁶⁵ Alleine auf eine öffentliche Interessenwertung könne es nicht ankommen; entscheidend sei (ua) vielmehr, dass eine Bestimmung das Verhältnis zwischen den Beteiligten (mittels Rechtsgeschäft) selbst regle, sodann liege eine dem Zivilrecht zuzuordnende Regelung vor, VfSlg 9580/1982.

¹⁶⁶ Es sind jene Rechtsverhältnisse und –ansprüche dem Zivilrecht zuzuordnen, die zwischen den Bürgern untereinander bestehen, zB VfSlg 11760/1988.

¹⁶⁷ Da die im konkreten Gesetz vorgesehenen Konsequenzen maßgeblich durch auf privaten Interessen beruhenden Dispositionen bedingt wären, liege eine zivilrechtliche Regelung vor, VfSlg 10392/1985.

¹⁶⁸ Für die Abgrenzung der unterschiedlichen Theorien siehe Pernthaler, Zivilrechtswesen und Landeskompetenz (1987) 11 ff; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ (2006) 6 f.

¹⁶⁹ IdS auch VfSlg 9580/1982.

¹⁷⁰ Vgl Thienel, Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609 (616 ff).

¹⁷¹ Moritz, Zur kompetenzrechtlichen Bedeutung des Art 15 Abs 9 B-VG, JBl 1989, 72 (76).

¹⁷² Mayer, Die Kompetenzen des Bundes zur Regelung des Eisenbahnwesens, ÖJZ 1996, 292 (292).

grundgelegt, Anm), erst subsidiär sollte die ungenauere Interessentheorie zur Anwendung gelangen. Auch er plädiert für eine Unterscheidung anhand der historischen Entwicklung.¹⁷³ Allerdings wird mit der Versteinerungsmethode allein kein Auslangen zu finden sein. So führt *Egger* aus, dass seit einiger Zeit für die Zwecke der kompetenzrechtlichen Abgrenzung sowohl in der Lehre als auch der Rsp vermehrt auf die Subjektions- und Subjektstheorie abgestellt wird.¹⁷⁴ Die unterschiedliche Gewichtung der Auslegungsmethoden – Versteinerungstheorie auf der einen, Subjektions-, Subjekts- und Interessentheorie auf der anderen Seite – ist in der Eigenart der jeweiligen Materie – Zivilrecht/Öffentliches Recht – begründet. So ist erklärbar, dass – wie dargelegt – namhafte Autoren auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts für einen Vorrang der Versteinerungstheorie eintreten, während jene auf dem Gebiet des Zivilrechts primär auf Subjektions- und Subjektstheorie abstellen, wie dies auch der OGH¹⁷⁵ praktiziert. Mit der wohl hM und der Jud des VfGH ist der Versteinerungstheorie bei der Auslegung der Kompetenztatbestände der Vorzug zu geben. So zeigt schon die gewillkürt wirkende Handhabung der Subjektions-, Subjekts- und Interessentheorie durch den VfGH die bestehenden Abgrenzungsprobleme zwischen dem Zivil- und dem Öffentlichen Recht, und somit auch die begrenzte Tauglichkeit dieser drei Theorien zur Interpretation kompetenzrechtlicher Bestimmungen.

Für die im **LFG 1919** normierten **Duldungsverpflichtungen** nach den §§ 1 und 2 ergibt sich, dass diese nicht dem Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 6, „Zivilrechtswesen“, sondern Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG zuzuordnen sind. Im Versteinerungszeitpunkt waren diese nämlich bereits im LFG 1919 selbst in Abweichung zu dem zivilrechtlichen Reglement des ABGB vorgesehen. Dies entspricht der in § 364 ABGB¹⁷⁶ vorgesehenen Möglichkeit, die Ausübung des Eigentumsrechts zwecks des „allgemeinen Wohles“ mittels Verwaltungsvorschriften zu begrenzen. Schon die Erläuternden Bemerkungen zum LFG 1919 führen aus: *„Der Gesetzesentwurf enthält ferner (...) eine den berechtigten Interessen des Grundeigentümers und den Bedürfnissen der Luftfahrt entsprechende Abgrenzung der aus dem Grundeigentume sich ergebenden Befugnisse. Gemäß (...) dem (...) Privatrecht ist ein Überfliegen fremden Grundes ohne Zustimmung des Eigentümers des überflogenen Grundstückes nicht zulässig. Da dieser Rechts-*

¹⁷³ Bydlinski in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ (2000) § 1 Rz 7.

¹⁷⁴ *Egger* in *Schwimann*, ABGB-Taschenkommentar (2010) § 1 Rz 2.

¹⁷⁵ ZB OGH 05.11.2008, 7 Ob 110/08i; OGH 12.06.2006, 2 Ob 80/06p.

¹⁷⁶ ABGB JGS 1811/946 idF StGBI 1919/96.

*zustand der Entwicklung des Luftverkehrs unter Umständen große Schwierigkeiten bereiten würde, sind seine Beseitigung und die entsprechende Regelung des Verhältnisses zwischen Grundeigentümer und Luftfahrer unerlässlich. Ebenso wäre nach Ansicht der Staatsregierung bereits jetzt Vorsorge zu treffen, dass die für die Orientierung der Luftfahrer notwendigen Zeichen auf der Erdoberfläche an geeigneter Stelle errichtet werden können. Da dies nicht nur im Interesse der Sicherheit der Luftfahrt, sondern auch im allgemeinen Sicherheitsinteresse gelegen ist, so ist eine gesetzliche Festsetzung einer entsprechenden Duldungspflicht des Grundeigentümers hinsichtlich dieser Zeichenanbringung gleichfalls notwendig und unaufschiebbar“.*¹⁷⁷ Gemäß der Jud des VfGH bewirkt eine solche Regelung, dass „(...) derartige Einschränkungen aus dem Begriff des Zivilrechtswesens des Art 10 Abs 1 Z 6 ausgeschieden erscheinen und daher auch zur Zeit der Schaffung der Bundesverfassung nicht unter den Kompetenztatbestand der „Zivilrechtswesens“ (...) gefallen sind“.¹⁷⁸

Zu einem anderen Ergebnis kommt man hinsichtlich der **im LFG enthaltenen Haftpflichtbestimmungen**. Diese sind dem Kompetenztatbestand „Zivilrechtswesen“ des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG und nicht dem „Verkehrswesen hinsichtlich der Luftfahrt“ nach Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG zuzuordnen. Aus dem LFG 1919 geht klar hervor, dass die dort geregelten haftungsrechtlichen Grundsätze nur übergangsmäßig (in diesem Materiengesetz) bestehen sollten. ME kann aus dem Wortlaut der Bestimmung und den Materialien im Zuge der Versteinerungstheorie nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber wollte die Haftung für Dritte als einen Teil des „Verkehrswesens hinsichtlich der Luftfahrt“ angesehen haben. Zum Versteinerungszeitpunkt existierten nämlich bereits umfassende haftungsrechtliche Regelungen im ABGB (§§ 1293 ff leg cit), auf welche auch das sinngemäß zur Anwendung gelangende Kraftfahrzeuggesetz verwiesen hat (§ 1 erster Absatz leg cit). Die Materialien geben zu erkennen, dass es sich bei diesen haftungsrechtlichen Regelungen um von jenen des ABGB abweichende handelt, was aufgrund der Eigenart des Motorluftfahrbetriebes notwendig wäre.¹⁷⁹ Dies zeigt schon, dass der Rechtsnatur nach eine systematisch dem Zivilrecht zuzuordnende Regelung vorliegt. Dies wird erhärtet durch die Jud des VfGH, wonach auch auf den systematischen Zusammenhang einzelner Regelungen abzustellen ist. Sowohl das LFG 1919 als auch die dazugehörigen Materialien lassen keinen Zweifel daran aufkommen, dass mit § 16 LFG

¹⁷⁷ 377 BlgKNV zu StGBI 1919/578.

¹⁷⁸ ZB VfSlg 2658/1954.

¹⁷⁹ 377 BlgKNV zu StGBI 1919/578.

1919 von den (allgemeinen) Haftungsregeln des ABGB abgewichen, und damit eigene, der speziellen Materie entsprechende geschaffen werden sollten.

2.5 Kompetenzrechtliche Einordnung nach 1920 hinzugetretener Regelungen im Hinblick auf die Luftfahrt

Schließlich gilt es noch sämtliche die Passagierrechte betreffende Regelungen, wie sie zB durch BGBl I 2006/88 etwa über die Haftung des Luftbeförderers in das LFG eingefügt wurden, einem Kompetenztatbestand zuzuordnen. Im Gegensatz zu den Duldungspflichten und Haftungsbestimmungen des LFG 1919, waren solche einschlägigen Regelungen im Versteinerungszeitpunkt – wie dargelegt – noch nicht Gegenstand einfachgesetzlicher Regelungen, sondern wurden solche erst sukzessive in die Rechtsordnung aufgenommen. Eine kompetenzrechtliche Zuordnung hat somit mittels dem **„Grundsatz der intrasystematischen Fortentwicklung“** zu erfolgen. Nach ihm „(...) können auch neue Regelungen unter einen „versteinerten“ Kompetenztatbestand fallen, wenn es sich um eine systematische Fortentwicklung eines vorgegebenen Regelungsansatzes handelt“¹⁸⁰. Dies ist dadurch bedingt, dass durch die Versteinerungstheorie (lediglich) das Regelungssystem der Kompetenzbestimmungen ermittelt werden soll, es aber nicht zu einer Verfestigung bzw Reduktion der/auf die im maßgeblichen Zeitpunkt einfachgesetzlichen Regelungen kommt.¹⁸¹ Aufgrund der bisherigen Ausführungen zum Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG kann unschwer festgestellt werden, dass derartige die Passagiere betreffenden Regelungen im Versteinerungszeitpunkt jedenfalls nicht unter das Verkehrswesen bezüglich der Luftfahrt gefallen sind.

Das ABGB enthielt im Versteinerungszeitpunkt einerseits allgemeine haftungsrechtliche Bestimmungen (§§ 1293 ff), als auch auf Vertragsverhältnisse anwendbare Regelungen (§§ 859 ff). Es besteht somit kein Zweifel, dass es sich dabei um (im Hinblick auf die Rechtslage im Versteinerungszeitpunkt) neue Regelungen handelt, die „(...) nach ihrem inhaltlichen Gehalt systematisch dem Zivil-, Prozess oder Exekutionsrecht angehören“, und somit eine Angelegenheit des Zivilrechtswesens iS von Art 10

¹⁸⁰ Berka, Verfassungsrecht⁴ (2012) Rz 433; idS auch Mayer, Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) Art 10 B-VG Rz I.6.; ebenso VfSlg 2658/1954, 3121/1956, 4615/1963, 5521/1967, 5666/1968, 12470/1990.

¹⁸¹ Vgl Adamovich/Funk, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985) 45; ebenso zB Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 276; Morscher, Zu den Grenzen der Bundeskompetenzen „Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen und der Luftfahrt“ (Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG) in Festschrift Schambeck (1994) 530 f.

Abs 1 Z 6 B-VG darstellen.¹⁸² So spricht zB auch *Aufner*¹⁸³ im Zusammenhang mit BGBl I 88/2006 zur Änderung des LFG vom „zivilrechtlichen Luftfahrtpaket“. Aus diesem Grund stützt sich die in Rede stehende Novelle gemäß der Regierungsvorlage neben Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG (ua aufgrund einer Regelung über die Befugnis zur Verwendung ausländischer Luftfahrzeuge) ua auch auf Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG.¹⁸⁴ Dass die in Rede stehende Novelle auch auf Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG gestützt wurde war notwendig, enthielt diese doch zahlreiche vertragsversicherungsrechtliche Bestimmungen. Diese Angelegenheit unterfiel bereits zum Versteinerungszeitpunkt 1920 dem Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG, „Vertragsversicherungswesen“, weshalb eine kompetenzrechtliche Zuordnung unproblematisch ist.

2.6 Ergebnis der kompetenzrechtlichen Zuordnung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Kompetenznorm des Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG hinsichtlich der Luftfahrt zivilrechtliche Regelungen nur insoweit unterfallen, als es sich um mit dem Flugverkehr im Zusammenhang stehende spezielle Duldungspflichten handelt. Alle übrigen im LFG enthaltenen zivilrechtlichen Regelungen unterfallen der Kompetenznorm des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG, insbesondere was die im Rahmen dieser Arbeit interessierenden, mit den Passagierrechten im Zusammenhang stehenden Normen anbelangt.

¹⁸² VfSlg 4615/1963.

¹⁸³ *Aufner*, Das österreichische Luftfahrt-Haftpflichtrecht auf neuem Kurs, ZVR 2006/120, 358.

¹⁸⁴ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 88/2006 22. GP 1.

II. Völkerrecht – Unionsrecht¹⁸⁵ – nationales Recht

Wie bereits aus der Einleitung ersichtlich, treffen im Bereich der Fluggastrechte völker-, unionsrechtliche und innerstaatliche Regelungen aufeinander. Dies macht es erforderlich, das Verhältnis dieser Rechtsquellen anhand der hier interessierenden völkerrechtlichen Verträge zueinander näher zu erläutern.

1. Unionsrecht – Nationales Recht

Gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten genießt das **Unionsrecht** unmittelbaren **Anwendungsvorrang**¹⁸⁶. Dieses bereits vor dem sog Vertrag von Lissabon bestehende Prinzip wurde vom EuGH in der Rs *Costa/ENEL*¹⁸⁷ begründet, wonach durch den Beitritt zur Gemeinschaft (heute Union) eine eigene Rechtsordnung geschaffen worden sei, die Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten habe, auch nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon.¹⁸⁸ Dies gilt nach der Rsp des EuGH iS *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁸⁹ sowohl für das einfachgesetzliche nationale Recht, als auch für das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten,¹⁹⁰ was von der in Österreich vorherrschenden Meinung insofern einschränkend interpretiert wird, als die Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung als „**Integrationsschranken**“ wirken,¹⁹¹ woran sich auch durch das Inkrafttreten des sog Vertrags von Lissabon nichts geändert hat.¹⁹² Sollte es durch einen primär- oder sekundärrechtlichen Unionsakt zu einer Ge-

¹⁸⁵ Nach der Ansicht von Teilen der Lehre handelt es sich beim Unionsrecht um einen Teil des Völkerrechts. Auf die Problematik zur Rechtsnatur des Unionsrechts kann hier jedoch nicht näher eingegangen werden. Siehe dazu zB *Streinz*, *Europarecht*⁹ (2012) Rz 121 ff; *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, *Europarecht* (2007) Rz 233 ff; *Fischer*, Die EU – Eine autonome Rechtsgemeinschaft? in *Hummer* (Hrsg), *Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende* (2004) 3 (16 ff).

¹⁸⁶ Daneben existiert die Mindermeinung, es handle sich um einen Geltungsvorrang des Unionsrechts, welches die Nichtigkeit nationalen Rechts zur Folge hätte; siehe zB *Streinz*, *Europarecht*⁹ (2012) Rz 220; *Geiger* in *Geiger/Khan/Kotzur*, *EUV/AEUV*⁵ (2010) Art 4 EUV Rz 23 ff.

¹⁸⁷ EuGH 15.06.1964, C-6/64, *Costa/ENEL*, Slg 1964, 1251 (1269 ff).

¹⁸⁸ IdS zB *Obwexer*, Der Vertrag von Lissabon und die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, *ÖJZ* 2010/110 (1045).

¹⁸⁹ EuGH 17.12.1970, Rs C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125 Rz 3 f.

¹⁹⁰ Vgl *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*⁷ (2010) Rz 182.

¹⁹¹ *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*⁹ (2012) Rz 158; ebenso zB *Rill/Schäffer* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 44 B-VG Rz 52; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*¹⁰ (2007) Rz 246/10; *Bußjäger/Heißl*, Nationaler Souveränitätsanspruch versus autonome Rechtsordnung? *ÖJZ* 2008/34 (314).

¹⁹² *Bußjäger*, Folgerungen aus dem Lissabonurteil des Bundesverfassungsgerichts, *JBl* 2010, 273 (279 f); *Obwexer*, Der Vertrag von Lissabon und die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, *ÖJZ* 2010/110 (1054); *Kröll*, Der EuGH als „Hüter“ des republikanischen Grundprinzips der österreichischen Bundesverfassung? *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2011, 313 (331).

samtänderung der Bundesverfassung kommen, ohne dass das in Art 44 Abs 3 B-VG vorgesehene Verfahren (Volksabstimmung) eingehalten würde, so wäre diese absolut nichtig und von österreichischen Organen unangewendet zu lassen.¹⁹³ Dem Unionsrecht entgegenstehendes nationales Recht muss, so dieses nicht unionsrechtskonform ausgelegt werden kann, unangewendet bleiben. Zudem kann nach dem EuGH auch eine **Verpflichtung** des nationalen Gesetzgebers **zu einer Gesetzesänderung** bestehen, sofern durch das innerstaatliche (unionsrechtswidrige) Recht „(...) *Unklarheiten tatsächlicher Art bestehen, weil die betroffenen Normadressaten bezüglich der ihnen eröffneten Möglichkeiten, sich auf das Gemeinschaftsrecht (heute Unionsrecht, Anm) zu berufen, in einem Zustand der Ungewissheit gelassen werden (...)*“¹⁹⁴.¹⁹⁵ Unionsrechtliche Verordnungen, wie sie in dieser Arbeit mehrfach vorkommen, sind nach Art 288 Abs 2 AEUV in allen ihren Teilen verbindlich und gelten unmittelbar in den Mitgliedstaaten, während Richtlinien lediglich hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind, die Wahl der Form und der Mittel jedoch den Mitgliedstaaten anheimgestellt bleibt. Wird eine RL nicht oder nicht korrekt umgesetzt, so können einzelne Vorschriften¹⁹⁶ dieser gemäß der Jud des EuGH unter bestimmten Voraussetzungen¹⁹⁷ unmittelbare Wirkung haben, was das Verhältnis Einzelner gegenüber staatlichen Stellen betrifft, und zwar – wie der EuGH¹⁹⁸ judiziert hat – nur in diesem Fall.¹⁹⁹ Verstößt ein Mitgliedstaat gegen diesen Vorrang des Unionsrechts, so kann dies haftungsrechtliche Folgen nach sich ziehen, obgleich dies im Primärrecht nach wie vor nicht vorgesehen ist. Begründet wurde dies vom EuGH in der Rechtssache *Frankovich*²⁰⁰, wo er erstmals anhand der unterbliebenen Umsetzung einer Richtlinie durch einen Mitgliedstaat judizierte, dass es diesfalls zu einer **Staatshaftung** gegenüber dem Geschädigten kommen kann, wobei es sich um einen der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts handelt.²⁰¹ Das Besondere daran ist, dass es sich um einen Anspruch auf Entschädigung handelt, der „*unmittelbar im Gemein-*

¹⁹³ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 158.

¹⁹⁴ ZB EuGH 15.10.1986, C-168/85, *Kommission/Italien*, Slg 1986, 2945 Rz 11; EuGH 29.10.1998, C-185/96, *Kommission/Griechenland*, Slg 1998, 6601 Rz 32.

¹⁹⁵ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht⁷ (2010) Rz 187.

¹⁹⁶ Schroeder in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 288 AEUV Rz 106 mwN.

¹⁹⁷ Siehe dazu beispielsweise Schroeder in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 288 AEUV Rz 107 ff mwN.

¹⁹⁸ EuGH 26.02.1986, C-152/84, *Marshall*, Slg 1926, 723 Rz 48 und EuGH 08.10.1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Slg 1987, 3969 Rz 9 f und EuGH 12.05.1987, C-372 bis 374/85, *Oscar Traen*, Slg 1987, 2141 Rz 24.

¹⁹⁹ Streinz, Europarecht⁹ (2012) Rz 488 mwN; Vclouch in Mayer/Stöger (Hrsg) EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 103. Lfg 2010) Art 288 AEUV Rz 71 ff.

²⁰⁰ EuGH 19.11.1991, C-6/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357.

²⁰¹ Streinz, Europarecht⁹ (2012) Rz 458.

schaftsrecht (heute Unionsrecht, Anm) begründet ist^{202, 203}. Der EuGH hat im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung²⁰⁴ dieses Prinzip der Haftung der Mitgliedstaaten entwickelt (eine solche staatsrechtliche Haftung würde sich „aus dem Wesen der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung“ ergeben;²⁰⁵ der Anwendungsvorrang alleine würde nicht ausreichen um „(...) dem einzelnen die Inanspruchnahme der Rechte zu sichern, die ihm das Gemeinschaftsrecht [heute Unionsrecht, Anm] verleiht (...)^{206, 207} und dieses ist seit damals, auch wenn das Schrifttum dieser Entwicklung mitunter sehr kritisch gegenüberstand, Teil seiner ständigen Rsp. Obgleich diese Rechtsansicht des EuGH zur Staatshaftung ihren Anfang im Zusammenhang mit der Nichtumsetzung von RL nahm, so beschränkt sich diese nicht darauf, sondern gilt für jeden Verstoß eines Mitgliedstaates gegen Unionsrecht.²⁰⁸ Wie *Ruffert* anmerkt, ist spätestens mit dem Vertrag von Lissabon, der diesbezüglich keine Änderungen der (primärrechtlichen) Rechtslage mit sich gebracht hat (dem EuGH hätten diesbezüglich Schranken auferlegt werden können), dieser Grundsatz nur mehr schwer bestreitbar.²⁰⁹

Liegen die vom EuGH entwickelten Anforderungen (mitgliedstaatlicher, hinreichend qualifizierter Verstoß gegen Unionsrecht, Bezwecken der Verleihung subjektiver Rechte durch die verletzte unionsrechtliche Norm, Kausalität zwischen dem Pflichtverstoß und dem eingetretenen Schaden, Schadenseintritt) vor, so kann es zu einer Haftung und Verpflichtung zur Leistung von (insb angemessenem) Schadenersatz des jeweiligen Mitgliedstaates gegenüber dem Unionsbürger kommen.²¹⁰ Die haftungsrechtlichen Folgen sind hingegen nicht Teil des Unionsrechts, sondern richten sich nach nationalem Recht, welches allerdings nicht ungünstiger sein darf als bei gleichgelagerten innerstaat-

²⁰² EuGH 19.11.1991, C-6/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357 Rz 41.

²⁰³ *Gellermann in Streinz* (Hrsg), EUV/AEU² (2012) Art 340 AEUV Rz 38 mwN.

²⁰⁴ Anleihen nahm die EuGH bei der inhaltlichen Ausgestaltung an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts (heute Unionsrecht) sowie an den Grundsätzen der Amtshaftung, heute Art 340 AEUV; vgl *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007) Rz 938.

²⁰⁵ EuGH 19.11.1991, C-6/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357 Rz 35; EuGH 05.03.1996, verb Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* und *Factortame*, Slg 1996, I-1029 Rz 31.

²⁰⁶ EuGH 05.03.1996, verb Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* und *Factortame*, Slg 1996, I-1029 Rz 20.

²⁰⁷ *Kucsko-Stadlmayer in Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 1. Lfg 1999) Art 23 Rz 44.

²⁰⁸ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007) Rz 936; *Potacs*, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts – Gutachten, 14. ÖJT I/1 (2000) 45 f.

²⁰⁹ *Ruffert in Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEU⁴ (2011) Art 340 AEUV Rz 36 ff; im Ergebnis auch *Gellermann in Streinz* (Hrsg), EUV/AEU² (2012) Art 340 AEUV Rz 38.

²¹⁰ *Gellermann in Streinz* (Hrsg), EUV/AEU² (2012) Art 340 AEUV Rz 42 ff mwN; *Ruffert in Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEU⁴ (2011) Art 340 AEUV Rz 54 ff mwN; *Streinz*, Europarecht⁹ (2012) Rz 458 ff; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht⁷ (2010) Rz 619 ff.

lichen Haftungsansprüchen (Äquivalenzgrundsatz), so der EuGH erstmals in der Rs *Frankovich*²¹¹. Dort hat er zudem ausgesprochen, dass die innerstaatlichen Vorschriften nicht so konzipiert sein dürfen, dass durch sie die Erlangung der Entschädigung praktisch unmöglich gemacht, oder übermäßig erschwert würde (Effizienzgrundsatz).²¹²

Zum **Verhältnis dieser im Unionsrecht wurzelnden Staatshaftung zu nationalen Staatshaftungsbestimmungen**, insb dem österreichischen AHG²¹³ ist auszuführen, dass gemäß dem EuGH²¹⁴ die soeben geschilderte unionsrechtliche Staatshaftung einer Haftung nach den nationalen Amtshaftungsgesetzen vorgeht. So darf zB nach der Jud des EuGH ein allfälliger Ersatzanspruch von Unionsbürgern **nicht vom Verschulden** eines Amtsträgers **abhängig** gemacht werden.²¹⁵ Genau dies ist jedoch eine Voraussetzung für eine Amtshaftung gemäß § 1 Abs 1 AHG.²¹⁶ Das führt dazu, dass österreichische Gerichte gemäß Art 4 Abs 3 EUV die nationalen Bestimmungen, insoweit diese nicht mit dem Unionsrecht durch Auslegung in Einklang zu bringen sind (zB Verschuldensprinzip), unangewendet lassen, und stattdessen das unionsrechtliche Haftungsregime in Fällen mit Unionsrechtsbezug dem jeweiligen Fall zugrunde legen müssen, da diese innerstaatlichen Regelungen durch die **unmittelbare Wirkung des unionsrechtlichen Staatshaftungsgrundsatzes** verdrängt werden.²¹⁷ In diesem Sinne hat auch der

²¹¹ EuGH 19.11.1991, C-6/90, *Frankovich*, Slg 1991, I-5357 Rz 43 ff.

²¹² *Ruffert in Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 340 AEUV Rz 71 mwN.

²¹³ Bundesgesetz über die Haftung der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für in Vollziehung der Gesetze zugefügte Schäden (Amtshaftungsgesetz – AHG) StF BGBl 1949/20 idGF.

²¹⁴ EuGH 05.03.1996, verb Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur* und *Factortame*, Slg 1996, I-1029 Rz 66.

²¹⁵ *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) Art 23 B-VG, 175 mwN.

²¹⁶ So *Ziehensack*, AHG-Praxiskommentar (2011) § 1 Rz 1331, welcher von einem „klassischen Verschuldensbegriff“ ausgeht; *Schragel*, AHG³ (2003) § 1 Rz 156; *Meier*, Prozesskosten und Amtshaftung, JBl 1979, 617 (625 ff); *Langheinrich/Ryda*, Die Staatshaftung, die Amtshaftung und die Organhaftung im Steuerrecht Teil I, FJ 2003, 317 (318 f); AA *Binder*, wonach es sich trotz des Wortlautes der Bestimmung um eine Erfolgshaftung handelt; *Binder*, Der Haftenschadigungsanspruch, Entschädigung durch Amtshaftung? ZfV 1977, 124 (132 f); *Koziol* ist der Ansicht, es müsse dem jeweiligen Organ nur objektiv ein Fehlverhalten vorwerfbar sein, *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht² II (1984) 380 f (siehe *Ziehensack*, AHG-Praxiskommentar (2011) § 1 Rz 1331. ME ist der Wortlaut „schuldhaft“ in § 1 Abs eindeutig; insb der Hinweis auf das ABGB lässt keine Zweifel daran, dass damit ein Verschulden iS einer Vorwerfbarkeit gemeint ist. Dagegen ist § 2 Abs 1 leg cit lediglich so zu verstehen, dass es für die verfahrensmäßige Geltendmachung des Anspruches seitens des Geschädigten keines Verschuldensnachweises bedarf. Ein solches ist erst im Verfahrensverlauf amtswegig zu prüfen. So ist § 1 Abs 1 AHG als materiell- und § 2 Abs 1 AHG als formalrechtliche Regelung zu erblicken, wofür auch die Materialien sprechen; diesen ist zu entnehmen, dass eine Haftung dann eintritt, „(...) wenn ein Organ eine Rechtsverletzung schuldhaft begeht und hiedurch einem Dritten einen Schaden zufügt“; weiters heißt es dort: „Bei Geltendmachung des Schadens ist es aber nicht notwendig, das Organ namentlich zu bezeichnen. Dadurch soll dem Kläger in dieser Hinsicht der Beweis erleichtert werden“ (AB 515 BlgNR zu BGBl 1949/20 5. GP 2); idS auch *Ziehensack*, AHG-Praxiskommentar (2011) § 1 Rz 1 ff.

²¹⁷ *Obwexer*, Die Grundsätze der Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht, wbl 1996, 183 (190); *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007) Rz 955.

OGH 2004 geurteilt, dass seit dem Urteil des EuGH iS *Frankovich*, „(...) die Staatshaftung der Mitgliedstaaten bei Verletzung des Gemeinschaftsrechts (heute Unionsrecht, Anm) zu dessen fixem Bestand (zählt). Eine der wesentlichen Neuerungen ist die Haftung für legislatives Unrecht, somit für gemeinschaftswidrige Handlungen der Legislative, die bei Vorliegen der übrigen vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Voraussetzungen einen Schadenersatzanspruch des einzelnen Unionsbürgers begründen können.“²¹⁸

Zu den innerstaatlichen Zuständigkeiten zwecks Verfolgung von Staatshaftungen sei kurz angemerkt, dass mangels spezieller unionsrechtlicher Regelung die nationalen Bestimmungen zur Anwendung gelangen, worauf später an anderer Stelle²¹⁹ noch näher eingegangen wird. Hier ist lediglich festzuhalten, dass gemäß der Jud des VfGH²²⁰ grundsätzlich die **ordentlichen Gerichte als Amtshaftungsgerichte** zuständig sind, wenn aufgrund eines „hinreichend qualifizierten“²²¹ Verstoßes der Vollziehung gegen Unionsrecht Staatshaftungsansprüche geltend gemacht werden. Anders ist die Rechtslage dann, wenn die haftungsbegründenden Handlungen/Unterlassungen unmittelbar dem Gesetzgeber (legislatives Unrecht), und zwar nur diesem,²²² oder einem Höchstgericht zuzurechnen sind (bei auf Unionsrecht fußenden Staatshaftungsansprüchen handelt es sich nicht um privatrechtliche Ansprüche)²²³. Diesfalls besteht gemäß Art 137 B-VG eine **Zuständigkeit des VfGH**.²²⁴ Diese lange Zeit zwischen VfGH und OGH strittige Rechtsfrage²²⁵ musste verfassungsrechtlich jedoch eindeutig vom VfGH gelöst werden, da dieser gemäß Art 138 Abs 1 Z 2 B-VG zur Lösung derartige Kompetenzkonflikte (alleinig) zuständig ist. So hat sich mittlerweile der OGH der Jud des VfGH angeschlossen.²²⁶ Derartige unmittelbar auf Unionsrecht gestützte Ansprüche

²¹⁸ OGH 12.08.2004, 1 Ob 231/03g mwN.

²¹⁹ Siehe S 256 f.

²²⁰ VfSlg 16107/2001.

²²¹ Potacs, Entwicklungstendenzen beim indirekten Vollzug von Gemeinschaftsrecht, in Hummer (Hrsg), Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende (2004) 269 (286).

²²² Frank in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 5. Lfg 2007) Art 137 B-VG Rz 28.

²²³ Siehe Zellenberg in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 1. Lfg 1999) Art 137 B-VG Rz 41 f.

²²⁴ Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (2007) Rz 955 f; Mayer, Bundesverfassungsrecht⁴ (2007) Art 23 B-VG Vorb 2. mwN; Potacs, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts – Gutachten, 14. ÖJT I/1 (2000) 68; VfSlg 17019/2003.

²²⁵ Vgl Schragel, AHG³ (2003) § 1 Rz 2.

²²⁶ OGH 15.10.2004, 1 Ob 205/04k.

können nur gegen den Staat, nicht aber gegen ein Bundesland vorgebracht werden, da nach der Jud des EuGH²²⁷ dieser alleinig zuständig ist.²²⁸

2. Völkerrecht – Nationales Recht

Gemäß Art 9 Abs 1 B-VG gelten die „allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts“, somit das Völkergewohnheitsrecht und wohl auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze²²⁹, als Bestandteile des Bundesrechts, womit gemäß B-VG das Völkerrecht in seiner jeweiligen Fassung (kontinuierliche Rezeption)²³⁰ wie innerstaatliches Recht anzuwenden ist.²³¹ Diese **Bindung Österreichs** (und grundsätzlich aller anderen Staaten)²³² gilt ebenso für die Europäische Union, auch was die allgemeinen Rechtsgrundsätze anbelangt.²³³ Für das vertragliche Völkerrecht besteht eine Kodifikation der auf dieses anwendbaren Normen durch das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtsübereinkommen, WVK²³⁴). Für völkerrechtliche Übereinkommen bestehen bestimmte Grundsätze, zu deren Einhaltung die Vertragsparteien verpflichtet sind, darunter ua jene, die völkerrechtlichen Übereinkommen nach Treu und Glauben zu erfüllen, also ihre innerstaatliche Anwendbarkeit und wirksame Durchführung zu sichern. Dies beinhaltet auch, damit unvereinbares innerstaatliches Recht entsprechend zu adaptieren, da dieses keinen Rechtfertigungsgrund für die Nichterfüllung völkerrechtlicher Übereinkommen darstellt.²³⁵ **Staatsverträge**, wie etwa das WA oder das MÜ, auf die später noch näher eingegangen wird,²³⁶ müssen für ihre innerstaat-

²²⁷ ZB EuGH 19.11.1991, C-6/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357 insb Rz 36 f.

²²⁸ *Schärf*, Staatshaftung und Föderalismus, *ecolex* 1997, 547; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 675 f; idS auch *Ziehensack*, AHG Praxiskommentar (2011) § 2 Rz 123.

²²⁹ Bejahend *Ermacora/Hummer*, Völkerrecht, das Recht der Europäischen Union und Landesrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I (2004) Rz 584 f; *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 5. Lfg 2002) Art 9/1 B-VG Rz 6; *Fischer/Köck*, Völkerrecht⁶ (2004) Rz 51, zweifelnd *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 217.

²³⁰ *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 5. Lfg 2002) Art 9/1 B-VG Rz 18.

²³¹ *Ermacora/Hummer*, Völkerrecht, Recht der Europäischen Union und Landesrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I (2004) Rz 584 f; *Fischer/Köck*, Völkerrecht⁶ (2004) Rz 50.

²³² Siehe dazu *Simma*, Das Völkergewohnheitsrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I (2004) Rz 181 ff; *Fischer/Köck*, Völkerrecht⁶ (2002) Rz 162.

²³³ EuGH 24.11.1992, *Poulsen und Diva Navigation*, C-286/90, Slg 1992, I-6019 Rz 9; EuGH 16.06.1998, *Racke/Hauptzollamt Mainz*, C-162/96, Slg 1998, I-03655 Rz 45 f; *Kokott* in *Streinz* (Hrsg) EUV/AEUV² (2012) Art 47 EUV Rz 11 ff; *Dörr* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg) Das Recht der Europäischen Union I (Loseblattsammlung, 44. Lfg 2011) Art 47 EUV Rz 40 ff.

²³⁴ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge StF BGBl 1980/40 idgF.

²³⁵ *Zemanek*, Das Völkervertragsrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I (2004) Rz 240 ff und 310 ff; *Fischer/Köck*, Völkerrecht⁶ (2002) Rz 241.

²³⁶ S 49 ff.

liche Anwendbarkeit – und diese muss jede Vertragspartei gewährleisten – grundsätzlich vom Bundespräsidenten ratifiziert werden, Art 65 Abs 1 B-VG. Gemäß Art 50 Abs 1 B-VG²³⁷ muss (im Falle einer Angelegenheit, die nicht in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fällt) sodann der Nationalrat diese Ratifikation genehmigen.²³⁸ So hat der Bundespräsident auch im Falle des WA dieses mit der Genehmigung des Nationalrates (Art 50 Abs 1 B-VG) – diese war einzuholen, da der Staatsvertrag einen gesetzesändernden bzw gesetzesergänzenden Inhalt hatte (insb betreffend die §§ 29a bis 30 LuftVG²³⁹ und § 151 LFG²⁴⁰)²⁴¹ – unter Gegenzeichnung des Bundeskanzlers (Art 67 Abs 2 B-VG) abgeschlossen. Auffällig ist, dass das für die Fluggastrechte relevante WA (siehe dazu später)²⁴² neben dem Bundeskanzler auch von den zuständigen Bundesministern unterfertigt wurde, obwohl das B-VG dies nicht (kumulativ sondern alternativ) verlangt.²⁴³ Strittig ist, was unter dem Wortlaut „zuständig“ iS von Art 67 Abs 2 B-VG zu verstehen ist. Während *Berchtold*²⁴⁴, *Welan/Neisser*²⁴⁵ und *Frank*²⁴⁶ auf eine Zuständigkeit im Sinne von Art 77 Abs 2 B-VG abstellen, plädieren *Walter*²⁴⁷ und *Raschauer*²⁴⁸ für ein weiteres Verständnis, wonach auch ein nach Art 67 Abs 1 ermächtigter Bundesminister „zuständiger“ Bundesminister iS von Art 67 Abs 2 B-VG sein kann.²⁴⁹ ME ist der Ansicht von *Walter* und *Raschauer* zu folgen. Insbesondere überzeugt das Argument, wonach Art 67 Abs 1 B-VG nur auf einen (arg „des“) Bundesminister abstellt.²⁵⁰ Zudem erscheint es nicht nachvollziehbar, warum die Bundesregierung nach Art 67 Abs 1 B-VG einen Bundesminister als vorschlagsberechtigt gegenüber dem Bundespräsidenten ermächtigen können soll, dieser sodann aber nicht berechtigt wäre, den entsprechenden Akt des Bundespräsidenten gegenzuzeichnen. Zu der Frage, ob die

²³⁷ Der gebrauchte Begriff „Staatsvertrag“ ist weit zu verstehen und umfasst alle völkerrechtlichen Verträge, die von der Republik Österreich mit anderen Völkerrechtssubjekten abgeschlossen werden; *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) Art 50 B-VG Rz I.1.

²³⁸ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 116 ff.

²³⁹ dRGBI I S 653, 21. August 1936 idF GBlÖ 1938/62.

²⁴⁰ Bundesgesetz v 2. Dezember 1957 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz) BGBl 1957/253.

²⁴¹ AB 455 BlgNR zu BGBl 1961/286 9. GP 1.

²⁴² S 49 ff.

²⁴³ Siehe BGBl 1961/286 aE.

²⁴⁴ *Berchtold*, Der Bundespräsident (1969) 154.

²⁴⁵ *Welan/Neisser*, Der Bundeskanzler im österreichischen Verfassungsgefüge (1971) 112 f.

²⁴⁶ *Frank* in *Kneih/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 8. Lfg 2011) Art 67 B-VG Rz 7 (FN 50).

²⁴⁷ *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, System (1972) 467 FN 187.

²⁴⁸ *Raschauer* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung 8. Lfg 2007) Art 67 B-VG Rz 12.

²⁴⁹ Vgl *Frank* in *Kneih/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 8. Lfg 2011) Art 67 B-VG Rz 7 (FN 50).

²⁵⁰ Vgl *Raschauer* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 8. Lfg 2007) Art 67 B-VG Rz 12.

durch das B-VG vorgeschriebene **Gegenzeichnung** durch den **Bundeskanzler** oder den zuständigen **Bundesminister** auch eine Gegenzeichnung durch den **Bundeskanzler und** den zuständigen **Bundesminister** gestattet, findet sich in der einschlägigen fachlichen Literatur (soweit ersichtlich) keine eindeutige Antwort. Vor dem Hintergrund des (strittigen)²⁵¹ **Zwecks der Bestimmung**, worin entweder eine Mitverantwortung des gegenzeichnenden Organs im Hinblick auf den jeweiligen Akt, oder aber (und dies ist die wohl hM) eine (bloße) Bekundung des verfassungsmäßigen Zustandekommens gesehen wird, kann es für das gültige Zustandekommen nicht schädlich sein, wenn beide (alternativ) zur Gegenzeichnung befugten Organe dies bekunden, da dadurch eine größere Absicherung erzielt werden kann.

Sodann musste das Abkommen gemäß Art 49 Abs 2 B-VG vom Bundeskanzler im Bundesgesetzblatt kundgemacht werden. Zeitpunkt des Inkrafttretens war dabei aber nicht der Tag nach der Kundmachung im BGBl, sondern gemäß Art 37 Abs 2 WA der 27.12.1961. Hingegen wurde das MÜ nach der Ermächtigung durch den Nationalrat ebenfalls vom Bundespräsidenten unterzeichnet, jedoch nur vom Bundeskanzler gegenzeichnet.²⁵²

Auch die Adoption²⁵³ in österreichisches Recht ändert nichts an der Eigenschaft von Abkommen bzw Übereinkommen als Staatsverträge – die innerstaatliche Geltung ist abhängig von ihrer völkerrechtlichen.²⁵⁴ Verstößt ein Vertragspartner eines völkerrechtlichen Vertrages gegen diesen, so tritt **Staatenverantwortlichkeit** ein, durch welche der verletzende Staat zur Wiedergutmachung von verursachtem Unrecht sowie zur Behebung daraus resultierender Folgen verpflichtet sein kann.²⁵⁵ Ein solcher Fall könnte zB eintreten, wenn von einer Vertragspartei des MÜ – entgegen der Ansicht des EuGH²⁵⁶ – geltend gemacht wird, die VO 261/2004 verstoße gegen das MÜ. Da wie eingangs erwähnt, Österreich Vertragspartei des Übereinkommens ist (sowohl durch

²⁵¹ Siehe dazu *Frank* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 8. Lfg 2011) Art 67 B-VG Rz 13; *Raschauer* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 1. Lfg 1999) Art 67 B-VG Rz 27 ff.

²⁵² Siehe BGBl 2004/131 am Anfang; siehe zu dem Übereinkommen S 71 ff.

²⁵³ Die Methode der „generellen Transformation“ ist abzugrenzen von jener der „Adoption“, wobei die Begriffe vielfach synonym verwendet werden; siehe *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 5. Lfg 2002) Art 9/1 B-VG Rz 14.

²⁵⁴ *Zemanek*, Das Völkervertragsrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I (2004) Rz 320.

²⁵⁵ *Zemanek/Hafner/Wittich*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit und die Sanktionen des Völkerrechts, in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts (2004) Rz 2737 ff.

²⁵⁶ Siehe S 182.

Ratifizierung des Staatsvertrages, als auch durch die Bindung der Mitgliedstaaten an Übereinkünfte der Union, Art 216 Abs 2 AEUV) ist, muss es auch für dessen Erfüllung Sorge tragen.

3. Unionsrecht – Völkerrecht

Ebenfalls differenziert zu sehen ist das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Unionsrecht.²⁵⁷ Das Primärrecht sieht an mehreren Stellen Regelungen im Zusammenhang mit dem Völkerrecht vor. Selbstverständlich ist die Union jedoch selbst Völkerrechtssubjekt und unterliegt als solches dem Völkerrecht (insb Völkergewohnheitsrecht),²⁵⁸ was ihre Außenbeziehungen mit Drittstaaten anbelangt, Art 216 Abs 2 AEUV.²⁵⁹ Das Primat des Primärrechts gegenüber völkerrechtlichen Verträgen ist somit rein (unions-) interner Natur.²⁶⁰ Wie der EuGH judiziert hat, muss die Union ihre Befugnisse „(...) unter Beachtung des Völkerrechts“ ausüben, wozu auch das Völkergewohnheitsrecht zählt. Das **Völkerrecht** ist somit **Teil der Unionsrechtsordnung**.²⁶¹ Keinen Vorrang genießt das Unionsrecht gegenüber Völkerrecht dort, wo letzteres zwingender Natur ist (ius cogens). In diesem Fall geht das Völkerrecht sowohl dem Primär- als auch dem Sekundärrecht vor.²⁶² Hingegen genießt das primäre Unionsrecht Anwendungsvorrang gegenüber dem Völkergewohnheitsrecht, soweit dieses vertraglich abdingbar ist.²⁶³ Stets Vorrang genießt das Völkerrecht hingegen im Falle der Kollision mit sekundärem Unionsrecht, wie aus Art 216 Abs 2 AEUV geschlossen werden kann.²⁶⁴ Gemäß Art 216 Abs 2 AEUV binden die von der Union geschlossenen Übereinkünfte sowohl die Organe der Union als auch deren Mitgliedstaaten. Diese Bestimmung entspricht inhaltlich der Vorgängerbestimmung des Art 300 Abs 7 EGV.²⁶⁵

Hinsichtlich ihrer Eigenschaft als Völkerrechtssubjekt besteht aufgrund Art 26 WVK eine völkerrechtliche **Bindung der Union an von ihr ratifizierte internationale**

²⁵⁷ Nach der Ansicht von Teilen der Lehre handelt es sich beim Unionsrecht um einen Teil des Völkerrechts. Auf Problematik zur Rechtsnatur des Unionsrechts kann hier jedoch nicht näher eingegangen werden. Sieh dazu zB *Streinz*, *Europarecht*⁹ (2012) Rz 121 ff.

²⁵⁸ ZB EuGH 24.11.1992, C-286/90, *Poulsen und Diva*, Slg I-1992, 6019 Rz 9-11; EuGH 16.06.1998, C-162/96, *Racke*, Slg 1998, I-3655 Rz 45 f; *Fischer*, *Die EU – Eine autonome Rechtsgemeinschaft?* in *Hummer* (Hrsg), *Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende* (2004) 3 (19 f).

²⁵⁹ *Kokott* in *Streinz* (Hrsg), *EUV/AEUV*² (2012) Art 47 EUV Rz 11 ff.

²⁶⁰ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*⁷ (2010) Rz 448.

²⁶¹ EuGH 16.06.1998, C-162/96, *Racke*, Slg 1998, I-3655 Rz 45 ff.

²⁶² *Schmalenbach* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), *EUV/AEUV*⁴ (2011) Art 216 AEUV Rz 50.

²⁶³ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*⁷ (2010) Rz 439.

²⁶⁴ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*⁷ (2010) Rz 439.

²⁶⁵ In diesem Sinne *Mögele* in *Streinz* (Hrsg), *EUV/AEUV*² (2012) Art 216 AEUV Rz 45.

Übereinkommen (sog Unionsabkommen). Somit sind die Organe der Union (als auch die Mitgliedstaaten) zur Einhaltung dieser Abkommen verpflichtet. Der EuGH²⁶⁶ erachtet Völkervertragsrecht als integrierenden Bestandteil des Unionsrechts. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Rechtsfolgen ist das Inkrafttreten des jeweiligen Abkommens.²⁶⁷ Anders ist die Jud des EuGH allerdings im Bereich des Welthandelsrechts, **GATT 1947**²⁶⁸ und **WTO-Abkommen**²⁶⁹. Das Höchstgericht hat in diesen Fällen eine **unmittelbare Geltung bzw Wirkung der Abkommen aufgrund ihrer Natur und Struktur verneint**.²⁷⁰ In der Rs *Portugal/Rat* wiederholte der EuGH seine dahingehende Sichtweise als er aussprach, dass „*nur wenn die Gemeinschaft eine bestimmte, im Rahmen der WTO übernommene Verpflichtung umsetzt oder wenn die Gemeinschaftshandlung ausdrücklich auf spezielle Bestimmungen der WTO-Übereinkünfte verweist, ist es Sache des Gerichtshofes, die Rechtmäßigkeit der fraglichen Gemeinschaftshandlung anhand der Vorschriften der WTO zu prüfen*“.²⁷¹ Somit besteht nur in diesen Fällen die Möglichkeit Sekundärrechtsakte der Union auf ihre Vereinbarkeit mit WTO-Abkommen überprüfen zu lassen.²⁷² Die Rsp des EuGH zum Verhältnis des Völker- zum Gemeinschafts- bzw Unionsrecht wurde in der Literatur mitunter vehement kritisiert.²⁷³ Während *Mögele*²⁷⁴ schließlich dem EuGH zustimmt, streicht *Schmalenbach* heraus, dass das Abstellen auf „Natur und Struktur“ im Zusammenhang mit der WTO-Rsp durchaus zu Problemen führen kann, da dadurch „(...) die Möglichkeit des Divergierens von völkerrechtlichen und unionsrechtlichen Verpflichtungen, die der Ratio des Abs 2 (Art 216 AEUV, Anm) widerspricht“ eröffnet würde. Zudem differenzierte der EuGH bei der Beurteilung WTO-widriger Unionsrechtsakte nicht hinreichend zwischen der unmittelbaren Geltung von Völkerrechtsnormen gegenüber Mitgliedstaaten und der unmittelbaren Wirkung dieser gegenüber Einzelnen. Völkerrechtliche Abkommen die neben Drittstaaten und der Union auch noch von deren Mitgliedstaaten abgeschlossen werden (sog gemischte Verträge), bewirken zudem eine unmittelbare **völkerrechtliche Verpflichtung**.

²⁶⁶ Erstmals EuGH 30.04.1974, C-181/73, *Haegeman*, Slg 1974, 449 Rz 2/6; ders 26.10.1982, C-104/81, *Kupferberg*, Slg 1982, 3641, Rz 13; jüngst EuGH 21.12.2011, C-366/10, *Air Transport Association of America* Rz 73 und 79; ders 15.03.2012, C-135/10, *SCF* Rz 39.

²⁶⁷ Vgl *Schmalenbach* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 216 AEUV Rz 25 ff.

²⁶⁸ EuGH 05.10.1994, C-280/93, *Bundesrepublik Deutschland/Rat*, Slg 1994, I-4973 Rz 103 ff.

²⁶⁹ ZB EuGH 23.11.1999, C-149/96, *Portugal/Rat*, Slg 1999, I-8395 Rz 42 ff.

²⁷⁰ *Mögele* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 216 AEUV Rz 58 ff.

²⁷¹ EuGH 23.11.1999, C-149/1996, *Portugal/Rat*, Slg 1999, I-8395 Rz 49.

²⁷² IdS *Mögele* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 216 Rz 61.

²⁷³ Siehe dazu *Mögele* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 216 Rz 62 mwN; *Rehulka* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 128. Lfg 2012) Art 216 Rz 21 mwN.

²⁷⁴ *Mögele* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 216 Rz 62.

tung der Mitgliedstaaten. Können die Mitgliedstaaten ihren diesbezüglichen Verpflichtungen aufgrund der Völkerrechtswidrigkeit des Unionsrechts nicht nachkommen, könne dies als Verstoß gegen den Grundsatz der Unionstreue nach Art 4 Abs 3 EUV angesehen werden.²⁷⁵ *Schmalenbach* steht somit dem Abstellen des EuGH auf „Natur und Struktur“ völkerrechtlicher Übereinkommen im Hinblick auf die sich daraus möglicherweise ergebenden Folgen kritisch gegenüber. *Rehulka* unternimmt den Versuch einer die aufgezeigten Probleme abschwächenden Lösung dadurch, dass „den Bestimmungen dieser Abkommen (GATT und WTO, Anm) durch eine „abkommenskonforme Auslegung“ zu ihrer Wirkung verholfen werden kann, sofern der Wortlaut eines Sekundärrechtsaktes dies zulässt“.²⁷⁶ Mit *Schmalenbach* schafft die von der Grundsatzrsp des EuGH abweichende Jud zu GATT 1947 und WTO-Abkommen mE zahlreiche potentielle Probleme, die in einen Verstoß gegen die Unionstreue nach Art 4 Abs 3 EUV münden können. Daran ändert auch nichts, dass der EuGH sachliche Gründe für diese unterschiedliche Behandlung vorzubringen vermag (die allerdings in der Literatur zum Teil bestritten werden²⁷⁷) bzw die (theoretische) Möglichkeit einer völkerrechtskonformen Auslegung unionsrechtlicher Sekundärrechtsakte besteht. Kommt es nämlich zum Verstoß gegen das Völkerrecht durch von den Mitgliedstaaten (nach Meinung des EuGH) unbedingt anzuwendendes Unionsrecht, sind es die Mitgliedstaaten die der **Gefahr einer Völkerrechtsverletzung** ausgesetzt sind und allfällige Konsequenzen zu tragen haben.²⁷⁸ Abschließend ist hinzuzufügen, dass die Rsp des EuGH, mag seine Anwendung des Unionsrechts auch problematisch erscheinen, dennoch verbindlich ist.²⁷⁹

4. Verstöße gegen Unionsrecht

Verstöße gegen Unionsrecht (Primärrecht und Sekundärrecht) können einerseits zu einer **Aufsichtsklage** (Vertragsverletzungsklage) der Kommission gegen den betreffenden Mitgliedstaat führen. Das dafür vorgesehene Verfahren ist in Art 258 AEUV geregelt. Bevor die Kommission jedoch den EuGH anrufen kann, hat diese das in Abs 1 leg

²⁷⁵ *Schmalenbach* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 216 AEUV Rz 32 mwN.

²⁷⁶ *Rehulka* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 128. Lfg 2012) Art 216 Rz 21 mwN.

²⁷⁷ *ZB Stein*, „Bananen-Split“? EuZW 1998, 261 (263); *Petersmann*, GATT/WTO-Recht: Duplik, EuZW 1997, 651 (653).

²⁷⁸ In Ergebnis *Petersmann*, GATT/WTO-Recht: Duplik, EuZW 1997, 651 (653).

²⁷⁹ *Potacs*, Das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Lichte traditioneller Modelle, ZÖR 2010, 117 (132); *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht (1994) 290 ff.

cit geregelte (dreistufige) **Vorverfahren** durchzuführen. Ist die Kommission demnach der Ansicht, dass ein Mitgliedstaat gegen eine im Unionsrecht begründete vertragliche Verpflichtung verstoßen hat, muss diese den betreffenden Staat mittels Mahnschreiben darüber informieren, auf welches der Mitgliedstaat innerhalb der von der Kommission eingeräumten (angemessenen) Frist mittels Gegendarstellung replizieren kann. Hat sich durch das bisherige Verfahren nichts an der Rechtsansicht der Kommission geändert, so verfasst diese nunmehr eine begründete Stellungnahme, welche an den jeweiligen Staat zu richten ist. Kommt der Staat dieser innerhalb der gesetzten (angemessenen) Frist nicht nach und ist die Kommission von einem Verstoß gegen das Unionsrecht überzeugt, dann sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Klage an den EuGH erfüllt.²⁸⁰ Dies Situation war im gegebenen Zusammenhang beispielsweise im Fall *Kommission/Österreich* gegeben, wo Österreich einer Umsetzungsverpflichtung aus der sog Fluggastverordnung nicht nachgekommen war.²⁸¹ Darüber hinaus sind aber auch Mitgliedstaaten berechtigt den EuGH anzurufen, wenn ihrer Meinung nach ein anderer Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat, Art 259 AEUV. In Art 340 AEUV ist die vertragliche (Abs 1) und außervertragliche (Abs 2) Haftung der Union geregelt. Wie erwähnt dienten ua diese Bestimmungen dem EuGH dazu, im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung aus den die Union treffenden Haftungsregelungen, eine entsprechende Haftung der Mitgliedstaaten abzuleiten.²⁸²

Art 340 Abs 1 AEUV sieht die vertragliche **Haftung der Union** vor, die in ihrer Bedeutung – im Gegensatz zur außervertraglichen Haftung, der in der Praxis eine große Bedeutung zukommt²⁸³ – gering ist.²⁸⁴ Die haftungsrechtlichen Regelungen richten sich dabei „nach dem Recht, das auf den betreffenden Vertrag anzuwenden ist“. Der Begriff „vertragliche Haftung“ ist indes weit auszulegen.²⁸⁵ Welches Recht auf den konkreten Vertrag anzuwenden ist, bestimmt sich nach den Regeln des internationalen Privatrechts.²⁸⁶ „Die Bestimmung legt (...) nur fest, dass die EU schadenersatzpflichtig wird, wenn sie ihren Verpflichtungen aus den mit ihr geschlossenen Verträgen nicht nach-

²⁸⁰ Ehrliche in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 258 AEUV Rz 13 ff; Cremer in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 258 AEUV Rz 5 ff.

²⁸¹ Siehe S 254.

²⁸² Ruffert in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 340 AEUV Rz 1 und 2 mwN; siehe S 34.

²⁸³ Steiner, Die vertragliche und außervertragliche Haftung der Union nach Art 340 Abs 1 und 2 AEUV, ÖJZ 2012/80, (747).

²⁸⁴ Ruffert in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 340 AEUV Rz 4.

²⁸⁵ Gellermann in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 340 AEUV Rz 4 mwN.

²⁸⁶ Ruffert in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 340 AEUV Rz 4 mwN.

kommt.²⁸⁷ Von dieser Haftung strikt zu trennen ist die außervertragliche Haftung nach Abs 2 leg cit wegen der umfassenden Zuständigkeit der Gerichte der Union nur für diesen Bereich.²⁸⁸

Kommt es durch ein **rechtswidriges Handeln/Unterlassen der Organe der Union** zu einem Schaden eines Rechtssubjekts (der Kreis der Aktivlegitimierten ist dabei sehr weit und umfasst neben Unionsbürgern auch Mitgliedstaaten, juristische Personen, etc, ja sogar Drittstaatsangehörige)²⁸⁹, so ist dieses unter bestimmten Umständen befugt, **Schadenersatz** gegenüber der Union aufgrund Art 340 Abs 2 AEUV geltend zum machen (außervertragliche Haftung).²⁹⁰ Zuständig für derartige Klagen ist gemäß Art 268 AEUV ausschließlich der EuGH. Voraussetzung hierfür wäre, „(...) dass ein Tatbestand erfüllt ist, dessen Merkmale das Vorliegen eines Schadens, das Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem geltendgemachten Schaden und dem den Organen zur Last gelegten Verhalten und die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens sind“, so der EuGH in ständiger Rsp.²⁹¹ Kurz dargelegt bedarf es zuallererst eines rechtswidrigen Handelns eines Organs der Union im Zuge der Ausübung einer Amtstätigkeit (inkl Unterlassen, falls eine Rechtspflicht zum Handeln besteht), wodurch es zu einem Schadenseintritt kommt, für den die Rechtsverletzung kausal war.²⁹² Das Verschulden spielt im Zusammenhang mit der Frage des Rechtsverstoßes eine mitunter gewichtige Rolle,²⁹³ stellt aber zumindest heute „kein selbständiges Merkmal des Haftungstatbestandes“ (mehr) dar.²⁹⁴ Bei Vorliegen der Voraussetzungen hat der Geschädigte Anspruch auf Schadenersatz durch Geld oder Naturalrestitution.²⁹⁵

²⁸⁷ Steiner, Die vertragliche und außervertragliche Haftung der Union nach Art 340 Abs 1 und 2 AEUV, ÖJZ 2012/80, (745).

²⁸⁸ Gellermann in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 340 AEUV Rz 6.

²⁸⁹ Gellermann in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 340 AEUV Rz 9.

²⁹⁰ Streinz, Europarecht⁹ (2012) Rz 673 ff.

²⁹¹ Erstmals EuGH 28.04.1971, C-4/69, Lütticke, Slg 1971, 325 Rz 10; weiters zB EuGH 17.12.1981, verb Rs 197 bis 200, 243, 245 und 247/80, Ludwigshafener Walzmühle, Slg 1981, 3211 Rz 18; jüngst das Gericht der Europäischen Union (EuG) 09.09.2010, T-300/07, Evropaiki Dynamiki, Slg 2010, II-4521 Rz 137.

²⁹² Eine detaillierte Darstellung findet sich zB in Ruffert in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 340 AEUV Rz 7 ff mwN; Gellermann in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 340 AEUV Rz 7 ff mwN; Bogdandy/Jacob in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Loseblattsammlung, 45. Lfg 2011) Art 340 AEUV Rz 69 ff.

²⁹³ Ruffert in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 340 AEUV Rz 28 und 16 ff mwN; Steiner, Die vertragliche und außervertragliche Haftung der Union nach Art 340 Abs 1 und 2 AEUV, ÖJZ 2012/80, (749) mwN.

²⁹⁴ Bogdandy/Jacob in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Loseblattsammlung, 45. Lfg 2011) Art 340 AEUV Rz 130 mwN.

²⁹⁵ Steiner, Die vertragliche und außervertragliche Haftung der Union nach Art 340 Abs 1 und 2 AEUV, ÖJZ 2012/80.

Zusätzlich dazu regelt das Primärrecht den Fall, dass **Mitgliedstaaten** vor ihrem Beitritt völkerrechtliche **Vereinbarungen mit anderen (Mitglied-) Staaten** abgeschlossen haben. Gemäß Art 351 Abs 1 AEUV bleiben derartige Verträge unberührt. Dies stellt jedoch nur eine Wiederholung des völkerrechtlichen Grundsatzes „pacta sunt servanda“ dar, da die Staaten bereits nach den Art 26 und 30 Abs 4 lit b WVK an ihre Vereinbarungen gebunden sind.²⁹⁶ Damit soll die Rechtsposition der betroffenen Drittstaaten gewahrt werden. Hingegen geht für Rechtsbeziehungen der Mitgliedstaaten der Union untereinander im Kollisionsfall das Unions- dem allgemeinem Völkerrecht vor. Diese Verpflichtung ist jedoch subsidiärer Natur. Gemäß Art 351 Abs 2 AEUV trifft die Mitgliedstaaten nämlich die **Verpflichtung, Unvereinbarkeiten der in Abs 1 leg cit genannten Abkommen mit den Verträgen der Union zu beseitigen**.²⁹⁷ So entschied der EuGH²⁹⁸ bereits 1962, dass die Mitgliedstaaten auf Ausübung ihrer Rechte aus älteren völkerrechtlichen Verträgen verzichten müssen, soweit dies zur Einhaltung der neuen (europarechtlichen) Verträge nötig ist.²⁹⁹ Dies gilt insb für das MÜ, welchem die Union beigetreten ist und somit (integrierender) Bestandteil der Unionsrechtsordnung³⁰⁰ wurde (Art 216 Abs 2 AEUV). Da jedoch auch alle Mitgliedstaaten der EU diesem beigetreten sind,³⁰¹ bestand die Problematik allerdings insofern nicht, als die Mitgliedstaaten jeweils durch ihre direkte Ratifikation des MÜ (im Gegensatz zu der bloß unionsinternen Wirkung der von der Union abgeschlossenen Übereinkünfte)³⁰² völkerrechtlich an dieses gebunden waren.

Die **Kompetenz zum Abschluss internationaler Übereinkünfte** gemäß Art 216 AEUV ist umfassend. Gemäß der Rsp des EuGH in der Rechtssache *AETR*³⁰³ besteht bedingt durch ihre Rechtspersönlichkeit die Fähigkeit der Union, in dem Umfang

²⁹⁶ Schmalenbach in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 351 AEUV Rz 1 mwN.

²⁹⁷ Streinz, Europarecht⁹ (2012) Rz 1189; Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (2007) Rz 1033 ff; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht⁷ (2010) 453; Stöger in Mayer/Stöger (Hrsg) EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 130. Lfg 2012) Art 351 AEUV Rz 3 ff mwN.

²⁹⁸ EuGH 27.02.1962, 10/61, Slg 1962, 22.

²⁹⁹ Boeing/Maxian Rusche/Kotthaus in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union II (Loseblattsammlung, 46. Lfg, 2011) Art 90 AEUV Rz 61 mwN.

³⁰⁰ EuGH 30.04.1971, C-181/73, *Haegemann*, Slg 1974, 449 Rz 2/6; EuGH 14.11.1989, C-30/88, *Griechenland /Kommission*, Slg 1989, 3711 Rz 13 (Entscheidungsgründe); EuGH 03.06.2008, C-308/06, *Interkanto*, Slg 2008, I-4057 Rz 53; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht⁷ (2010) 446; Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (2007) Rz 1006 ff.

³⁰¹ Eine Übersicht über die Vertragsstaaten des MÜ findet sich unter http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf (16.02.2014).

³⁰² Mögele in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 216 AEUV Rz 46; Rehulka in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 128. Lfg 2012) Art 216 AEUV Rz 6 f mwN; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht⁷ (2010) Rz 446.

³⁰³ ZB EuGH 31.03.1971, C-22/70, *AETR*, Slg 1971, 263 Rz 15/19 (Entscheidungsgründe).

völkerrechtliche Übereinkommen abzuschließen, der durch ihre vertraglichen Ziele vorgegeben wird (Grundsatz des *effet utile*)³⁰⁴.³⁰⁵ Die solcherart zustande gekommenen Abkommen sind „*integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung*“, so der EuGH³⁰⁶.³⁰⁷ „*Insbesondere sind in den Bereichen, in denen die Gemeinschaft (heute Union, Anm) zur Verwirklichung einer vom Vertrag vorgesehenen gemeinsamen Politik Vorschriften erlassen hat, die in irgendeiner Form gemeinsame Rechtsnormen vorsehen, die Mitgliedstaaten weder einzeln noch selbst gemeinsam handelnd berechtigt, mit dritten Staaten Verpflichtungen einzugehen, die diese Normen beeinträchtigen.*“³⁰⁸

Im Zusammenhang mit der Thematik dieser Arbeit ist zunächst festzustellen, dass die **Union** im Gegensatz zu all ihren Mitgliedstaaten **nicht Vertragspartei des WA** war. Dies wäre auch rechtlich unmöglich gewesen, Art 38 Abs 1 *leg cit*, wonach der Beitritt zum WA ausschließlich Staaten möglich ist, während das MÜ in Art 53 Abs 2 auch von „*Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration*“ ratifiziert werden konnte. Mit dieser Möglichkeit wurde den Wünschen der Union entsprochen, die dem Übereinkommen auch beigetreten ist.³⁰⁹ Problematisch war die Situation betreffend das WA (vor Inkrafttreten des MÜ) insofern, als die Mitgliedstaaten völkerrechtlich an dieses (gegenüber Drittstaaten) gebunden waren, die Union jedoch nicht. Alsbald hat die Union jedoch damit begonnen, in einem Bereich der Luftfahrt Regelungen zu treffen, welcher auch vom WA erfasst wird. Die Bestimmung des Art 234 Abs 1 EWG-Vertrag, nunmehr Art 351 AEUV, hätte es den Mitgliedstaaten ermöglicht gegenüber Drittstaaten weiterhin die mit diesen geschlossenen, vom Unionsrecht abweichenden Vereinbarungen zu vollziehen, wozu diese auch völkerrechtlich verpflichtet gewesen wären. Konkret geht es dabei um die VO 2027/97³¹⁰ über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, auf die später noch näher eingegangen wird.³¹¹ Ab Inkrafttreten des MÜ war dies insofern weniger problematisch, da nunmehr für die EU und ihre Mitgliedstaaten, die allesamt dem MÜ beigetreten sind,³¹² die gleichen internationalen Verpflichtungen bestanden. Ausnahmen bestehen nach wie vor freilich dort, wo Drittstaaten

³⁰⁴ Schmalenbach in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 216 AEUV Rz 1.

³⁰⁵ Mögele in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 216 AEUV Rz 1 ff mwN.

³⁰⁶ EuGH 30.04.1974, C-181/73, *Haegeman*, Slg 1974, 449 Rz 2/6 (Entscheidungsgründe); EuGH 26.10.1982, C-104/81, *Kupferberg*, Slg 1982, 3641 Rz 13.

³⁰⁷ Streinz, *Europarecht*⁹ (2012) Rz 1192.

³⁰⁸ EuGH 31.03.1971, C-22/70, *AETR*, Slg 1971, 263, Rz 15/19 (Entscheidungsgründe).

³⁰⁹ Schmied in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 26. Lfg 2005) Art 53 Rz 6.

³¹⁰ AB L 1997/285, 1.

³¹¹ Siehe S 87.

³¹² http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf (16.02.2014).

nicht dem MÜ, aber dem WA beigetreten sind. Diesen gegenüber gelten gemäß Art 26, 30 Abs 4 lit b WVK die Bestimmungen des WA.³¹³ Hinzuzufügen ist, dass für den Mitgliedstaat der Union gemäß Art 351 Abs 2 AEUV in Fällen der Unvereinbarkeit die Verpflichtung besteht, alle geeigneten (und rechtlich möglichen) Mittel anzuwenden um diese zu beheben. Diese „geeigneten Mittel“ reichen von der unionsrechtskonformen Interpretation bis zur Kündigung bzw dem Rücktritt vom Vertrag.³¹⁴

Auch musste sich der EuGH bereits mit dem Vorwurf befassen, eine Bestimmung der sog Fluggastverordnung, auf welche später detailliert eingegangen wird,³¹⁵ würde gegen das MÜ verstoßen. Diese Problematik war Ausfluss des zuvor erwähnten Beitritts der Union zum MÜ. Ein sekundärrechtlicher Verstoß gegen Völkerrecht hätte die Ungültigkeit der jeweiligen Bestimmung oder sogar des gesamten Abkommens zur Folge (gemäß EuGH nur bei unmittelbarer Wirkung der völkerrechtlichen Vereinbarung³¹⁶),³¹⁷ da von der Union ratifizierte völkerrechtliche Verträge dem sekundären Unionsrecht vorgehen, Art 216 Abs 2 AEUV.³¹⁸ Zudem hätte, da auch sämtliche Mitgliedstaaten der Union das MÜ ratifiziert haben, eine Befolgung des völkerrechtswidrigen Sekundärrechtsaktes durch die Mitgliedstaaten einen Verstoß dieser gegen einen völkerrechtlichen Vertrag bedeutet.

³¹³ Siehe S 72.

³¹⁴ Stöger in Mayer/Stöger (Hrsg) EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 130. Lfg 2012) Art 351 AEUV Rz 34 ff mwN.

³¹⁵ Siehe S 182 f.

³¹⁶ Siehe S 41 ff.

³¹⁷ EuGH 10.01.2006, C-344/04, *IATA und ELFFA*, Slg I 2006, 403 Rz 2.

³¹⁸ Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*⁷ (2010) Rz 448; Streinz, *Europarecht*⁹ (2012) Rz 531.

III. Völkerrechtliche Verträge

1. Warschauer Abkommen

1.1 Allgemeines

Den Anfang im Hinblick auf Regelungen zu Gunsten der Passagiere machte 1929 das multilaterale „Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr“³¹⁹, für welches sich die Abkürzung WA etabliert hat, welches am 12.10.1929 auf der zweiten internationalen Luftprivatrechtskonferenz in Warschau von den Teilnehmern unterzeichnet wurde.³²⁰ Grund dafür war das „*Bedürfnis nach Vereinheitlichung der Regelung gewisser privatrechtlicher Fragen, die mit einer internationalen Beförderung von Personen, Reisegepäck oder Gütern in Luftfahrzeugen in Zusammenhang stehen*“³²¹. Im Jahr 1955 kam es zu einer Änderung des WA auf einer Staatenkonferenz in Den Haag durch das Haager Protokoll³²². Durch dieses wurden vor allem die Haftungshöchstgrenzen für Personenschäden (auf das Doppelte) angehoben.³²³ In Österreich erfolgte die Unterzeichnung am 29.07.1961, und das WA trat mit 27.12.1961 in Kraft.³²⁴ „Das“ Warschauer Abkommen gibt es daher nicht, da stets zwischen der Stammfassung und der Änderung durch das Haager Protokoll unterschieden werden muss. Wenn im Folgenden vom „WA“ die Rede ist, so ist damit stets das WA in der Fassung von Den Haag 1955 gemeint.

Das Warschauer Abkommen hat durch verschiedene, im Folgenden behandelte, neuere multilaterale Übereinkommen stark an seiner praktischen Bedeutung verloren.

³¹⁹ Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr, abgeschlossen in Warschau am 12. Oktober 1929. Text in englischer Sprache abgedruckt unter <http://www.mcgill.ca/files/iasl/warsaw1929.pdf> sowie <http://www.luftrecht-online.de/ipadMENU/index-abkommen.html> → Multilateral → WA, English Version (16.02.2014); Wiedergabe der (für Deutschland gültigen) deutschen Fassung in *Ruhwedel*, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) 2 ff, sowie unter <http://www.luftrecht-online.de/ipadMENU/index-abkommen.html> → Multilateral → WA (16.02.2014).

³²⁰ Müller-Rostin, Auf dem Wege zu einem neuen WA? TranspR 1998, 229 (229).

³²¹ Müller-Rostin, Auf dem Wege zu einem neuen WA? TranspR 1998, 229 (229).

³²² Protokoll zur Änderung des Abkommens zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr, unterzeichnet in Warschau am 12. Oktober 1929, abgeschlossen in Den Haag am 28. September 1955. Text in englischer Sprache abgedruckt unter <http://www.mcgill.ca/files/iasl/hague1955.pdf> und <http://www.luftrecht-online.de/ipadMENU/index-abkommen.html> → Multilateral → The Hague Protocol - 1955 (16.02.2014).

³²³ Müller-Rostin, Auf dem Wege zu einem neuen WA? TranspR 1998, 229 (229).

³²⁴ Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (WA) BGBl 1961/286 idF BGBl 1971/161.

Allerdings befindet es sich nach wie vor in Geltung und ist bis heute anwendbar.³²⁵ Es soll daher in der gebotenen Kürze darauf eingegangen werden.

1.2 Anwendungsbereich

Das WA „(...) gilt für jede internationale Beförderung von Personen, Reisegepäck oder Gütern, die durch Luftfahrzeuge gegen Entgelt erfolgt. Es gilt auch für unentgeltliche Beförderungen durch Luftfahrzeuge, wenn sie von einem Luftfahrtunternehmen ausgeführt werden.“³²⁶ Eine weitere Voraussetzung für die Eröffnung seines Anwendungsbereiches liegt in der „internationalen Beförderung“, Art 1 Abs 2. Darunter ist gemäß der zitierten Bestimmung eine solche Beförderung zu verstehen, „bei der nach den Vereinbarungen der Parteien der Abgangsort und der Bestimmungsort (...) in den Gebieten von zwei der Hohen Vertragsschließenden Teile liegen oder, wenn diese Orte zwar im Gebiet nur eines Hohen Vertragsschließenden Teils liegen, aber eine Zwischenlandung in dem Gebiet eines anderen Staates vorgesehen ist, selbst wenn dieser Staat kein Hoher Vertragsschließender Teil ist“ (beim zweiten Fall des Abs 2 wird auch von einem sog **Rundflug** gesprochen, bei dem ein als Hin- und Rückflug gebuchter Flug als einheitlicher Flug qualifiziert wird)³²⁷. Gemäß der Rsp des OGH ist das WA daher auch dann anzuwenden, wenn sich Abgangs- und Bestimmungsort zwar im gleichen Vertragsstaat befinden, jedoch eine Zwischenlandung in einem anderen Staat vorgesehen ist – gleich ob dieser ein Vertragsstaat ist oder nicht. Als Unterfall dessen qualifiziert der OGH den Fall, dass Hin- und Rückflug gemeinsam vereinbart wurden, wodurch das WA selbst dann anzuwenden ist, wenn sich der Bestimmungsort in einem Staat befindet, welcher dem Abkommen nicht beigetreten ist und Hin- oder Rückflug für sich betrachtet nicht den Anwendungsbereich des Abkommens eröffnen würden.³²⁸ Der Begriff der „Beförderung“³²⁹, insbesondere was unter „**Abgangs-, und Bestimmungsort**“ zu verstehen ist wird im WA nicht definiert.³³⁰ So stellt sich die Frage, was bei einem Flug in das Ausland (gleich ob Vertragsstaat des WA oder nicht) und retour (zB Wien – Rom – Wien) als Bestimmungsort anzusehen ist: Wien oder Rom? Es ent-

³²⁵ Siehe S 71 f.

³²⁶ WA Art 1 Abs 1.

³²⁷ Führich, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1018 .

³²⁸ OGH 11.05.2000, 7 Ob 92/00f; für den Unterfall siehe bereits OGH 16.11.1989, 6 Ob 644/89; vgl Aufner, Neuerungen im Luftfahrt-Haftpflichtrecht, ZVR 2002/84 (FN 43).

³²⁹ Hinsichtlich der Beförderung genügt es an dieser Stelle festzustellen, dass darunter „die Verbringung einer Person oder Sache vom Abgangsort zum gewünschten Bestimmungsort“ verstanden wird, Stefula, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001) 53 f mwN.

³³⁰ Giemulla in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 22. Lfg 2003) Art 1 Rz 2.

spricht der ganz hM, dass (gemäß dem zivilrechtlichen Charakter des Regelungswerkes) auf die Vereinbarung zwischen den Parteien des Beförderungsvertrages abzustellen ist um zu ermitteln, was als Beginn und als Ende einer Beförderung anzusehen. Dies ergibt sich schon aus Art 1 Abs 2 WA, der ausdrücklich auf die „Vereinbarung“ der Parteien abstellt. Dabei kann es sich sowohl um denselben, als auch um zwei verschiedene Orte handeln, wesentlich ist allerdings, dass es sich – wie auch vom OGH judiziert – um eine einheitliche Leistung handelt. Unterbrechungen iS von **Zwischenlandungen** schaden dabei schon gemäß Art 1 Abs 2 erster Satz nicht. Auch *Schleicher/Reymann/Abraham*³³¹ und diesen sich anschließend *Koziol*³³² und *Zechner*³³³, auf die sich auch der OGH in seiner Entscheidung stützt, sehen bei gemeinsamer Buchung von Hin- und Rückflug einen Unterfall zum zweiten Fall des Art 1 Abs 2 WA, auch wenn jeder der beiden Flüge für sich genommen nicht unter das Abkommen fallen würde, ebenso *Schmid*³³⁴. Gleichfalls vertreten *Wiesbauer/Zetter*, auf deren Ansicht sich der OGH ebenfalls stützt, die Meinung, dass „*bei von Anfang an vereinbartem Hin- und Rückflug als einheitliche Leistung (...) Bestimmungsort der Abflugort (ist)*“. Darüber hinaus halten diese fest, dass auch eine **Sukzessivbeförderung** daran nichts ändere, was bereits Art 1 Abs 3 WA zum Ausdruck bringt.³³⁵ Zur gleichen Ansicht gelangt *Schwenk* wenn er ausführt: „*Die Zwischenlandung ist nicht technisch als Unterbrechung auf einem einzelnen Flug zu verstehen. Werden Hin- und Rückflug beispielsweise im Rahmen einer Urlaubsreise vereinbart, so bildet die geschuldete Beförderungsleistung eine Einheit*“.³³⁶ Noch deutlicher formuliert dies *Weiss* im Hinblick auf Pauschalreisen, wonach es sich um einen einheitlichen Flug iS des Art 1 Abs 2 zweiter Fall WA handelt, wenn auf dem Flugticket beispielsweise der Abgangs- und Bestimmungsort in Österreich liegen. Dann handelt es sich beim Urlaubsziel rechtlich nur um einen Zwischenaufenthalt.³³⁷ Somit ist mit der hM und aufgrund des Abstellens des WA in Art 1 Abs 2 auf die Vereinbarung der Parteien und der ausdrücklichen Miteinbeziehung des Falles, dass sich Abgangs- und Bestimmungsort auch im Gebiet des gleichen Staates befinden können (Rundflug), sofern eine Zwischenlandung im Gebiet eines anderen Staates (vertraglich) vorgesehen ist zu schlussfolgern, dass der geschilderte Unterfall ebenso vom An-

³³¹ *Schleicher/Reymann/Abraham*, Das Recht der Luftfahrt I (1960) 279.

³³² *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II (1984) 499 f.

³³³ *Zechner*, Reisevertragsrecht (1989) Rz 447.

³³⁴ *Schmid*, Rechtsprechung zum Charterflug (1997) 8.

³³⁵ *Wiesbauer/Zetter*, Transporthaftung (1984) F II 1 WA E 2 zu Art 28.

³³⁶ *Schwenk*, Handbuch des Luftverkehrsrechts² (1996) 660.

³³⁷ *Weiss*, Pauschalreisevertrag (1987) 141 mwN.

wendungsbereich des WA erfasst ist. Dafür spricht mit *Schleicher/Reymann/Abraham* zudem, dass gemäß Art 1 Abs 2 WA eine Unterbrechung der Beförderung oder ein Fahrzeugwechsel nichts an der Eigenschaft einer Beförderung als internationale Beförderung iS des Abkommens zu ändern vermag.³³⁸

1.3 Verletzung oder Tötung von Reisenden und Zerstörung, Beschädigung sowie Verlust von Gepäck

Das WA regelt neben der Ausgabe von Beförderungsscheinen (Art 3 und 4), die bestimmte inhaltliche Mindestanforderungen (z.B. Angabe von Abgangs- und Bestimmungsort) erfüllen müssen und Luftfrachtbriefen (Art 5 bis 16) die Haftung des Luftfrachtführers gegenüber Reisenden, wenn diese durch einen Unfall an Bord des Luftfahrzeuges oder beim Ein- oder Aussteigen verletzt oder getötet werden (Art 17). Wird kein Flugschein ausgestellt und besteigt der Fluggast mit Zustimmung des Luftfrachtführers das Flugzeug, oder mangelt es an einem Hinweis auf die Haftungsbeschränkungen des WA, so hat dies zur Folge, dass die noch näher zu erörternden Haftungsgrenzen des Art 22 nicht zur Anwendung gelangen, Art 3 Abs 2.

Das Abkommen normiert ebenso die Haftung für Schäden welche durch Zerstörung, Verlust oder Beschädigung von aufgegebenem Reisegepäck sowie Gütern entstehen. Voraussetzung dabei ist allerdings, dass das schadensbegründende Ereignis während der Luftbeförderung eingetreten ist (Art 18).

Für beide Bestimmungen ist (ungeschriebene) Voraussetzung, dass sich im schadensbegründenden Ereignis eine dem **Luftverkehr eigentümliche Gefahr** verwirklicht hat. Rechtsdogmatisch handelt es sich dabei aufgrund der Regelung des Art 20 WA um eine Haftung für **vermutetes Verschulden**, da ein solches vermutet wird, es sei denn der Luftfrachtführer kann Gegenteiliges beweisen, worauf später näher einzugehen ist.³³⁹ Zudem muss bei Personenschäden der Schaden durch einen **Unfall** eingetreten sein. Wie auch beim MÜ ist jedoch strittig wann ein solches anspruchsbegründendes Ereignis vorliegt. Insbesondere legt das WA nicht fest, welcher Vorfall ein Unfall iS des Abkommens ist. Die Vertreter einer weiten Auslegung des Begriffs möchten nach *Schmid* durch ein weites Verständnis der Terminologie den Schutz der Fluggäste sicher-

³³⁸ *Schleicher/Reymann/Abraham*, Das Recht der Luftfahrt I (1960) 279.

³³⁹ *Schmid* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 1. Lfg 1987) Vorb zu Art 17 ff Rz 3; siehe auch S 56.

stellen.³⁴⁰ In der deutschen Lehre und Rechtsprechung dominiert die Meinung, dass es sich bei einem Unfall iS des Abkommens um „*ein von außen her plötzlich eindringendes schädigendes Ereignis*“ handeln muss.³⁴¹ Diese Auffassung zum Begriff des Unfalls entspricht im Wesentlichen der in Österreich herrschenden Auffassung, wonach es sich bei einem Unfall um „*ein von außen unmittelbar plötzlich mit mechanischer Gewalt einwirkendes Ereignis*“³⁴² handelt. Dabei ist auch in Österreich die genaue begriffliche Abgrenzung in der Rechtsprechung nicht unumstritten.³⁴³ Im Zusammenhang mit dem WA wird man jedoch davon ausgehen müssen, dass in Österreich dann ein Unfall iS des Abkommens vorliegt, wenn das schädigende Ereignis plötzlich und unerwartet von außen auf den Passagier einwirkt.³⁴⁴

Einer anderen Meinung nach ist diese weite Auslegung unzulässig. So meint Schmid, dass ein Unfall wäre vom Begriff des Ereignisses abzugrenzen wäre, da das WA als internationales Abkommen aus sich heraus auszulegen sei, und die abweichende Terminologie des Art 17 („Unfall“) von jener des Art 18 („Ereignis“) WA bewusst gewählt wäre, weswegen nur „besondere Ereignisse“ unter Art 17 leg cit zu subsumieren seien. Zudem wären dem Passagier typische Vorkommnisse der Luftfahrt wie Turbulenzen, etc. bekannt, weswegen er sie in Kauf nimmt und diese ebenfalls keinen „Unfall“ iS von Art 17 WA zu begründen vermögen. Ob diese nun „von außen“ und/oder „überraschend“ kämen, wäre nach Schmid irrelevant.³⁴⁵ Dieser Meinung kann nicht zugestimmt werden. Sie würde den Anwendungsbereich des WA stark einschränken. Hätte der Gesetzgeber eine lediglich eingeschränkte Anwendung des Begriffs iS von Schmid gewollt, so hätte er nicht den uneingeschränkten Begriff des Unfalls gebraucht. Dass der Passagier luftfahrzeugtypische Unfälle in Kauf nehme, und diese somit nicht anspruchsbegründend wären, dafür gibt es im Abkommen keinerlei Anhaltspunkte.

Soweit ersichtlich ist es hingegen unstrittig, dass es einen kausalen Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Unfall geben muss. Auch darf es

³⁴⁰ Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 1. Lfg 1987) Vorb zu Art 17 ff Rz 5.

³⁴¹ Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 18. Lfg 2000) Art 17 Rz 7 mwN.

³⁴² Reisinger, Kraftfahrzeugversicherung, in Bauer (Hrsg), Handbuch Verkehrsrecht (2009) 120.

³⁴³ Palten, Unfall oder nicht – das ist hier die Frage! VR 2012, 32.

³⁴⁴ Kathrein, Haftungskriterien des Luftfrachtführers bei Sturz eines Fluggasts auf Flugzeugtreppe- Glosse, ZVR 2011/144; die Glosse ergeht zur Rechtslage nach dem MÜ; aufgrund des gleichen Wortlautes der Bestimmungen kann die Judikatur jedoch auch auf das WA umgelegt werden.

³⁴⁵ Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 18. Lfg 2000) Art 17 Rz 11 mwN.

sich bei dem eingetretenen Schaden um keine gänzlich inadäquate Folge des auslösenden Ereignisses handeln.³⁴⁶

Ersatzfähig sind nach der Bestimmung des Art 17 sowohl die Tötung, Verletzung oder sonstige gesundheitliche Schädigung, worunter auch psychische Beeinträchtigungen zu subsumieren sind.³⁴⁷

Die Problematik rund um den Begriff Unfall stellt sich jedoch nicht beim Ersatz von durch die Zerstörung, den Verlust oder die Beschädigung von aufgegebenem Reisegepäck verursachten Schäden, Art 18 Abs 1 WA, da es hierfür ein **Ereignis** genügt, das während der Luftbeförderung eingetreten ist. Das ist dann der Fall, wenn sich das Gepäck in der Obhut des Luftfrachtführers befunden hat, Abs 2 leg cit. Dieser Zeitraum beginnt, sobald sich das Gepäck im Einwirkungs- und Verantwortungsbereich des Luftfrachtführers befindet.³⁴⁸ Der Luftfrachtführer kann sich von einer Haftung nicht dadurch befreien, dass er eine Haftung für eingetretene Schäden, die auf die Eigenart des beförderten Gepäcks oder einen diesem anhaftenden Mangel zurückzuführen sind, ausschließt. Art 23 Abs 2 WA gilt nämlich ausschließlich für die Beförderung von Gütern, die nicht Gegenstand dieser Arbeit sind.³⁴⁹

Keinen Ersatz nach dem WA gibt es für Schäden an nicht aufgegebenem Reisegepäck sowie persönlichen Gegenständen. Allerdings normiert Art 22 Abs 3 WA, dass für Gegenstände die der Reisende in seiner Obhut behält, der Luftfrachtführer maximal bis zu einem Betrag von 5000 (Gold-) Franken³⁵⁰ haftet. Nach der hM ist die Frage, ob der Luftfrachtführer für diese Gegenstände haftet nach dem nationalen Recht zu beurteilen. Besteht eine Haftung hierfür, so kommt die Grenze des Art 22 Abs 3 leg cit zur Anwendung.³⁵¹ In Österreich findet sich eine entsprechende Haftungsregelung in § 158 Abs 1 LFG.

³⁴⁶ Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) 298.

³⁴⁷ Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) 298; Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 18. Lfg 2000) Art 17 Rz 5.

³⁴⁸ Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) 342; Müller-Rostin in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 21. Lfg Juli 2003) Art 18 Rz 18c mwN.

³⁴⁹ Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) 360 f.

³⁵⁰ Es handelt sich um einen in einer Goldmenge ausgedrückten Betrag, welcher in Art 22 Abs 5 WA genauer geregelt ist. Es obliegt demnach auch dem jeweiligen nationalen Gericht, eine Umwandlung in die jeweilige (Landes-) Währung vorzunehmen. Siehe zur Problematik des Goldstandards Giemulla in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 20. Lfg 2001) Art 22 Rz 3.

³⁵¹ Müller-Rostin in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 20. Lfg 2001) Art 18 Rz 6 mwN; Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) 433 f.

1.4 Verspätungsschäden

Kommt es in Folge einer Verspätung (abgestellt wird gemäß Literatur und Jud auf den **Zeitpunkt des Eintreffens am Bestimmungsort**)³⁵² bei der Luftbeförderung zu Schäden an Reisenden, Gepäck oder Gütern, so hat der Luftfrachtführer auch diesen Schaden zu ersetzen (Art 19). Interessant an letzterer Bestimmung ist, dass das WA nicht sagt, ab wann eine Verspätung vorliegt. Wesentlich ist dies vor allem auch hinsichtlich der Abgrenzung von einer Nichtbeförderung, da beide Fälle unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen. Im Gegensatz zur Verspätung ist die **Nichtbeförderung** nämlich nicht im Warschauer Abkommen geregelt, weswegen sich eine allfällige Haftung dafür nach anderen internationalen Abkommen oder dem im konkreten Fall anwendbaren nationalen Recht richtet.³⁵³ Insbesondere der häufig vorkommende Fall der Nichtbeförderung wegen Überbuchung ist – da sich darin kein typisches Risiko der Luftbeförderung realisiert, sondern dieser alleinige Folge mangelhafter Organisation ist – kein Anwendungsfall des WA.³⁵⁴ Im Bereich der EU wurde dieses Problem durch die Fluggastverordnung 261/2004 gelöst, welche diesen Fall ausdrücklich im Fokus hatte.³⁵⁵

Wesentlich ist, dass die Verspätung bei der Beförderung eingetreten ist - abzustellen ist also auf das Eintreffen am Bestimmungsort. Dabei muss die Verspätung kausal für die eingetretenen negativen Folgen sein. Schaden können dabei Übernachtungs- sowie Verpflegungskosten sein.³⁵⁶ Die genaue Schadenberechnung hat gemäß der Vereinbarung der Parteien oder sonst nach nationalem Recht zu erfolgen.³⁵⁷ Auch muss die Verspätung auf einem typischen Risiko des Luftverkehrs basieren. Nicht erfasst sind dem Bereich des Risiko- und Organisationsbereiches des Luftfrachtführers zuzuschreibende Situationen.³⁵⁸

³⁵² Vgl. Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 16. Lfg 1999) Art 19 Rz 4.

³⁵³ OGH 10.10.2002, 6 Ob 11/02i unter Verweis auf deutsche Lehrmeinungen (Kronke in Münchner Kommentar zum HGB Band 7, Art 19 WA Rz 40, 41 mwN); siehe dazu auch Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 16. Lfg 1999) Art 19 Rz 41.

³⁵⁴ Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 16. Lfg 1999) Art 19 Rz 42; Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) 395.

³⁵⁵ S 111 ff.

³⁵⁶ Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 18. Lfg 2000) Art 19 Rz 2 ff und 18.

³⁵⁷ Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) 568.

³⁵⁸ Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 19. Lfg 2001) Art 19 Rz 18a.

1.5 Haftung des Luftfrachtführers

Gelingt es dem Luftfrachtführer jedoch zu beweisen, dass er und seine Leute alle erforderlichen Maßnahmen zur Verhinderung des Schadens getroffen haben, oder aber nicht treffen konnten, so tritt eine Ersatzpflicht nicht ein (Art 20). Der Luftfrachtführer hat daher dem Passagier gegenüber bereits **ab leichter Fahrlässigkeit** zu haften, wobei diese – allerdings widerlegbar – vermutet wird.³⁵⁹ Lange Zeit strittig war, ob zwingende Voraussetzung für eine Haftung des Luftfrachtführers wäre, dass es sich bei einem entstandenen Schaden um einen luftfahrttypischen handeln müsse. Wie schon oben beim Fall der Nichtbeförderung aufgezeigt, ist es heute jedoch ganz herrschende Meinung, dass das WA luftfahrtuntypische Unfälle nicht umfasst.³⁶⁰ Gemäß der herrschenden Lehre und der deutschen Jud gilt diese Voraussetzung für sämtliche Haftungsbestimmungen des WA. Eine Haftung für einen Schaden kann im Sinne des WA somit nur dann eintreten, wenn dieser **Folge einer luftfahrttypischen Gefahr** ist.³⁶¹ Nicht davon umfasst sind somit organisatorische Gründe³⁶², technische Defekte³⁶³ oder eine irrtümliche Nichtbeförderung von Reisegepäck³⁶⁴. In einem der ersten Urteile des OGH zum WA hat dieser erkannt, dass dieses und die auf ihm beruhenden Beförderungsbedingungen nicht auf Schadenersatzansprüche wegen verweigerter Beförderungen anzuwenden sind. Stattdessen, so der OGH, wäre österreichisches Recht anzuwenden, wenn der Luftbeförderungsvertrag in Österreich abgeschlossen worden ist.³⁶⁵

Ansprüche gemäß dem WA haben Passagiere gegenüber dem (vertraglichen) Luftfrachtführer geltend zu machen. Was unter dem Terminus „Luftfrachtführer“ zu verstehen ist, ist strittig.³⁶⁶ Der OGH hat sich der deutschen Rechtsansicht angeschlossen, nach der derjenige Luftfrachtführer ist, wer vertraglich die Beförderung als eigene Leistung verspricht. Wird die Beförderung einem Dritten übertragen, so haftet auch die-

³⁵⁹ *Stefula*, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001) 38.

³⁶⁰ Die unterschiedlichen Argumente und existierende Judikatur übersichtlich dargestellt finden sich in *Stefula*, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001) 119 ff; *Bläumauer*, Reiserecht für die Praxis² (2010) 52.

³⁶¹ ZB BGH 28.9.1978, VII ZR 116/77, NJW 1979, 495; *Bläumauer*, Reiserecht² (2010) 52 f;

³⁶² *Schmid* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 16. Lfg 1999) Art 19 Rz 42.

³⁶³ LG Bonn 14.1.1998, 5 S 158/97, TranspR 1999, 109 (109 f).

³⁶⁴ OGH 10.10.2002, 6 Ob 11/02i unter Verweis auf deutsche Lehrmeinungen (*Kronke* in *Münchener Kommentar zum HGB* Band 7, Art 19 WA Rz 40, 41 mwN; siehe dazu ebenso *Schmid* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 16. Lfg 1999) Art 19 Rz 41).

³⁶⁵ OGH 5.10.1955, 1 Ob 375/55, ZVR 1956/22, 28 = EvBl 1955/407 S 672.

³⁶⁶ Eine Übersicht zur Problematik von *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung,) Art 17 Rz 36 ff.

ser als Luftfrachtführer.³⁶⁷ In diesem Sinne kann es sich auch bei einem Reiseveranstalter um einen (vertraglichen) Luftfrachtführer handeln.³⁶⁸

1.6 Haftungs(ober)grenzen

In Art 22 WA finden sich die Haftungsobergrenzen die bereits kurze Zeit nach der Einführung Anlass zu Kritik gegeben haben und einer der Hauptgründe für das Haager Protokoll waren.³⁶⁹ Bei einer Beförderung von Personen haftet der Luftfrachtführer **jedem Reisenden gegenüber** nämlich nur bis zu einem Betrag von **max. 250.000 Franken**³⁷⁰, sofern nicht zwischen ihm und dem Reisenden eine höhere Haftsumme vereinbart wurde. Eigene Regelungen (wiederum mit Haftungshöchstgrenzen) gelten für die Beförderung von aufgegebenem Gepäck und von Gütern, auf welche hier jedoch nicht näher eingegangen wird. Für **Gegenstände**, die der Reisende bei sich behält, besteht eine Obergrenze von **5.000 Franken** bis zu welcher der Luftfrachtführer zur Haftung verpflichtet ist. Im Falle von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Luftfrachtführers oder seiner Leute, gelten die zuvor geschilderten Haftungshöchstgrenzen gemäß Art 25 nicht, allerdings hat in diesem Fall der Passagier den erhöhten Verschuldensgrad nachzuweisen.³⁷¹

Gleichzeitig zu den genannten Haftungsobergrenzen normiert das WA in Art 23 Abs 1, dass jede Bestimmung eines Beförderungsvertrages mit welcher die Haftung des Luftfrachtführers auch nur teilweise ausgeschlossen oder die im WA festgelegte Obergrenze für die Haftung herabgesetzt wird, nichtig ist. Die Nichtigkeit betrifft dabei – zum Vorteil des Passagiers – *expressis verbis* nur die jeweilige Bestimmung, nicht aber den gesamten Vertrag. Die Haftungsobergrenzen gelten in folgenden Fällen nicht: Der Passagier besteigt mit Zustimmung des Luftfrachtführers das Luftfahrzeug, ohne dass zuvor ein Flugschein ausgestellt worden ist, Art 3 Abs 2 3. Satz für Reisende, Art 4 Abs 2 für Reisegepäck, Art 9 für Güter oder – wie erwähnt – gemäß Art 25 nachgewiesen

³⁶⁷ OGH 28.08.1986, 8 Ob 561/86 unter Verweis auf *Ruhwedel*, Der Luftbeförderungsvertrag 35 f und 39 f (nunmehr *Ruhwedel*, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) Rz 83 ff und 95 ff).

³⁶⁸ BGH 24.6.1969, VI ZR 45/67, ZLW 1970, 199; LG Frankfurt/Main 15.11.1974, 2/17 O 333/74, ZLW 1975, 354; *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 22. Lfg 2003) Art 1 Rz 37 ff.

³⁶⁹ *Müller-Rostin*, Auf dem Wege zu einem neuen WA? TranspR 1998, 299 (229).

³⁷⁰ Gemäß Art 22 Abs 5 beziehen sich die im Abkommen genannten Frankenbeträge auf eine Währungseinheit im Wert von 65,5 Milligramm Gold von 900/1000 Feingehalt.

³⁷¹ *Ruhwedel*, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) Rz 411 mwN; *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 22. Lfg 2003) Art 25 Rz 49 ff mwN.

wird, dass der Schaden durch eine Handlung oder Unterlassung des Luftfrachtführers oder seiner Leute absichtlich oder grob fahrlässig verursacht worden ist.³⁷²

Zu Lasten der Reisenden normiert Art 26 Abs 1 WA, dass wenn nach der Beförderung der Empfänger Reisegepäck oder Güter ohne **Vorbehalt** annimmt, bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird, dass diese in einem guten Zustand und dem Beförderungsschein entsprechend abgeliefert worden sind. Diese Bestimmung gilt nicht für Handgepäck, welches die Passagiere während des Fluges bei sich haben.³⁷³ In dem hier interessierenden Fall wendet sich gegenständliche Bestimmung an Passagiere, welche ihr Reisegepäck zurückerhalten. Dieser „unmittelbar bei der Herstellung der Verfügungsmacht des Empfängers oder seines Vertreters über die Güter“³⁷⁴ den Leuten des Luftfrachtführers gegenüber geltend zu machende Vorbehalt, hat schriftlich zu erfolgen, Art 26 Abs 3.

Gemäß Abs 2 leg cit hat der Empfänger im Falle einer Beschädigung unverzüglich nach Entdeckung des Schadens dem Luftfrachtführer gegenüber Anzeige zu erstatten. Für Reisegepäck gilt dabei eine maximale Frist von sieben, für Güter von vierzehn Tagen. Kommen Gepäck oder Güter verspätet an, muss die Anzeige innerhalb von 21 Tagen nach Zur-Verfügung-Stellung an den Empfänger, gemacht werden. Auch für all diese Fälle gilt wie für den oben genannten Vorbehalt das Schriftlichkeitserfordernis. Die Beanstandung kann dabei auf dem Beförderungsschein oder in anderer Weise schriftlich erfolgen, Art 26 Abs 2. Für den Fall des Versäumens einer Anzeigefrist normiert Art 26 Abs 4 den Ausschluss jeglicher Klage gegen den Luftfrachtführer. Dies gilt jedoch nicht im Fall arglistigen Handelns des Luftfrachtführers.

Obwohl der Fall des **Verlusts von Gepäckstücken** im WA in Art 18 Abs 1 geregelt ist, ist dieser nicht bei den Anzeigepflichten in Art 26 genannt, was immer wieder Gegenstand juristischer Kontroversen ist. Im Folgenden soll eine Lösung des Problems ua mit Verweisen auf das MÜ versucht werden, dessen Behandlung im Anschluss an die Darstellung des WA erfolgt. Soweit nötig wird in diesem Zusammenhang dieser vorgegriffen. Beim MÜ handelt es sich um eine „neuere Version“ des WA, welche die-

³⁷² Giemulla in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 20. Lfg 2001) Art 22 Rz 1.

³⁷³ Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 15. Lfg 1998) Art 26 Rz 2.

³⁷⁴ Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 15. Lfg 1998) Art 26 Rz 4.

sem über weite Bereiche stark ähnelt oder sogar gleicht.³⁷⁵ So entspricht Art 26 WA im Wesentlichen Art 31 MÜ.³⁷⁶ Gerade die Problematik hinsichtlich einer notwendigen Anzeige im Falle eines Verlusts als (fragliche) zwingende Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch des Passagiers ist in beiden Regelwerken ident, weshalb von der Lehre und Rsp bei der Auslegung gerne auf das wesentlich ältere WA zurückgegriffen wird.

1.7 Die Problematik der Anzeigeverpflichtung beim Verlust und der Zerstörung von Gepäck

Da der Fall des Verlusts von Gepäck im Zusammenhang mit der Anzeigeverpflichtung gemäß Art 26 Abs 2 WA nicht genannt wird, geht Ehlers – trotz der zahlreich vorhandenen anderslautenden Jud³⁷⁷ – davon aus, dass dieser Lebenssachverhalt nicht unter Art 26 zu subsumieren ist.³⁷⁸ Als Argument dafür wird von ihm der Umstand herangezogen, dass in Art 18 Abs 1 WA ausdrücklich der Fall des Verlustes von Reisegepäck oder Gütern genannt ist, in Art 26 jedoch nicht. Daraus zieht Ehlers zu der Bestimmung den (Umkehr-) Schluss, dass „(...) Fälle des Verlustes nicht zum Anwendungsbereich gehören sollten“.³⁷⁹ Gleicher Ansicht ist Giemulla zu Art 31 Abs 2 MÜ.³⁸⁰ Beide führen aus, dass weder dem jeweiligen Abkommen, noch den Materialien zu diesem eine Begründung dafür entnommen werden könne, weshalb gerade für den Fall des Verlusts keine Anzeigepflicht normiert wurde. Entsprechende Klauseln fänden sich jedoch, beruhend auf einer (rechtlich unverbindlichen)³⁸¹ IATA Empfehlung³⁸², oftmals in den Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Luftfahrtunternehmen. Ob dies im Hinblick auf Art 26 Abs 2 WA bzw 31 Abs 2 MÜ zulässig ist, ist in Rsp und

³⁷⁵ Siehe Littger/Kirsch, wonach die Kontinuität zwischen WA und MÜ bewusst gewählt wurde; Littger/Kirsch, Die Haftung im internationalen Luftverkehr nach Inkrafttreten des MÜ, ZLW 2003, 563 (563 ff).

³⁷⁶ Schütz in Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg 2009) Anh II § 452 Art 31 MÜ Rz 1.

³⁷⁷ Eine Auflistung findet sich von Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 15. Lfg 1998) Art 26 Rz 22.

³⁷⁸ Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 15. Lfg 1998) Art 26 Rz 22.

³⁷⁹ Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 15. Lfg 1998) Art 26 Rz 22.

³⁸⁰ Giemulla in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 32. Lfg 2009) Art 31 Rz 22.

³⁸¹ Siehe S 2.

³⁸² Conditions of Carriage for Cargo; zB Giemulla/Schmid, MÜ (Loseblattsammlung, 31. Lfg 2008) Anhang II-2; http://www.transportrecht.de/transportrecht_content/1145517766.pdf (16.02.2014).

Literatur ebenfalls umstritten.³⁸³ Nach *Ehlers* und *Giemulla* sind derartige Art 26 Abs 2 WA bzw Art 31 Abs 2 MÜ entgegenstehende Klauseln in AGB jedenfalls nichtig. In diesem Sinne verstehen sie auch die Bestimmung des Art 23 Abs 1 WA bzw Art 26 MÜ, wonach die Haftung des Luftfrachtführers vertraglich weder ganz oder zum Teil ausgeschlossen, noch die bestehenden Haftungssummen herabgesetzt werden dürfen.³⁸⁴ Ebenso ist *Führich* mit der herrschenden Meinung der Ansicht, dass aufgrund des Wortlauts der genannten Bestimmungen des WA bzw MÜ im Falle eines Verlusts von Gepäckstücken keine Anzeigepflicht besteht. Sollten dennoch Anzeigefristen bestehen, etwa in AGB, so wären diese unwirksam.³⁸⁵

Ruhwedel erwägt eine ergänzende Auslegung von Art 26 Abs 2 WA, sodass die Anzeigepflicht auch hinsichtlich des Verlustes besteht bzw eine Aufnahme einer solchen in die AGB der Luftfahrtunternehmen. Allerdings führt er an, dass der BGH bereits mehrfach judiziert hat, dass die im WA zur Geltendmachung der Ansprüche normierten Voraussetzungen abschließend geregelt sind und damit beiden Lösungsansätzen der Erfolg versagt ist.³⁸⁶ Der BGH geht davon aus, dass der Fall des Verlusts bewusst nicht in Art 26 WA genannt ist, und überdies die Ansprüche hinsichtlich ihrer Voraussetzungen abschließend geregelt sind. Warum eine Anzeigefrist für den Fall des Verlusts fehle, sei weder dem Abkommen, noch den Materialien dazu entnehmbar. Dass der Luftfrachtführer über Verluste aufgrund seiner Unterlagen Kenntnis habe, und daher keine Anzeige nötig sei, wäre eine plausible Erklärung, die allerdings im Abkommen keinen Niederschlag gefunden habe (und auch nicht angedeutet sei). Daher könne es auf diesen Umstand auch nicht ankommen. Der Gesetzgeber habe vielmehr bewusst auf eine Anzeigeverpflichtung im Falle des Verlusts verzichtet, erkennbar an der „(...) im Übrigen ins einzelne gehenden Regelung (...)“. Vereinbarungen mit denen eine solche Anzeigefrist dennoch verbindlich vorgesehen werden soll, seien gemäß Art 23 Abs 1 WA nichtig.³⁸⁷ Ebenso geht *Reuschle* davon aus, dass ein Verlust nach dem MÜ (und damit auch nach dem WA, Anm) aufgrund des Wortlautes des Art 31 Abs 2 MÜ bzw

³⁸³ Eine Auflistung wichtiger Judikate und Schriften findet sich in *Ehlers* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 15. Lfg 1998) Art 26 Rz 22 und *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 32. Lfg 2009) Art 31 Rz 22.

³⁸⁴ *Ehlers* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 22. Lfg 2003) Art 23 Rz 9 und *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 15. Lfg 1998) Art 26 Rz 9.

³⁸⁵ *Führich*, *Reiserecht*⁶ (2010) Rz 1113 mwN.

³⁸⁶ *Ruhwedel*, *Der Luftbeförderungsvertrag*³ (1998), Rz 485.

³⁸⁷ BGH 22.04.1982, I ZR 86/80, NJW 1983, 516 (517); 11.11.1982, I ZR 178/80, VersR 1983, 336 (Nichtigkeit entgegen Art 23 Abs 1 WA vorgenommener Vereinbarungen).

Art 26 MÜ nicht anzeigebedürftig ist.³⁸⁸ Seiner Meinung nach wird (entgegen der Ansicht des BGH, siehe zuvor) der Luftfrachtführer in diesem Fall in Kenntnis des Problems sein und sich selbst damit auseinandersetzen können, weshalb eine Anzeigepflichtung vom Gesetzgeber hier nicht vorgesehen worden ist.³⁸⁹

Die **Abgrenzung** zwischen einem nicht anzeigebedürftigen **Verlust** und einer anzeigebedürftigen **Beschädigung** kann schwierig sein, da die Grenze zwischen diesen beiden Tatbeständen fließend verläuft.³⁹⁰ Ein Verlust idS liegt dann vor, „(...) wenn der Luftfrachtführer die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Gut verloren hat und es ihm unmöglich ist, dem Empfänger Besitz daran zu verschaffen“.³⁹¹ Hingegen wird unter Beschädigung iS des MÜ eine „(...) körperliche Verschlechterung des Gutes durch Substanzverletzung, also eine substantielle wertkürzende Verminderung des Gutes“ verstanden. Die Substanzverletzung kann dabei außen am Gut vorliegen.³⁹² Umstritten ist auch der Fall des Teilverlusts und eine allenfalls erforderliche Anzeige zur Rechtswahrung. Ehlers und Giemulla verweisen auf die Haager Konferenz zum WA, wo der Vorschlag einer Erweiterung des Art 31 WA hinsichtlich des Teilverlusts gemacht wurde. Selbiger wurde jedoch sodann wieder zurückgezogen, da davon ausgegangen wurde, dass der Teilverlust unter den Tatbestand der Beschädigung zu subsumieren sei.³⁹³ Ehlers und Giemulla sind der Ansicht, dass – im Hinblick auf den Telos der Bestimmung des Anzeigerfordernisses – zu differenzieren sei. Der Passagier ist danach immer dann zur Anzeige zwecks Wahrung seiner Ansprüche verpflichtet, wenn der Luftfrachtführer einen Teilverlust nicht selbst feststellen kann, etwa bei aufgegebenem Gepäck. Beide empfehlen (ua) Fluggästen jedoch, aufgrund der uneindeutigen Rechtslage im Falle eines Teilverlustes stets Anzeige nach Art 31 Abs MÜ bzw Art 26 Abs 2 WA zu erstatten. Im Übrigen weisen sie darauf hin, dass wenn es gleichzeitig zu einer Beschädigung des

³⁸⁸ Reuschle, MÜ² (2011) Art 31 Rz 17.

³⁸⁹ Reuschle, MÜ² (2011) Art 17 Rz 56 mwN.

³⁹⁰ Reuschle, MÜ² (2011) Art 18 Rz 14; ebenso Müller-Rostin in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 22. Lfg 2003) Art 18 Rz 10a bzw ders in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 18 Rz 15.

³⁹¹ Reuschle, MÜ² (2011) Art 18 Rz 12 mwN.

³⁹² Reuschle, MÜ² (2011) Art 18 Rz 13 mwN.

³⁹³ ICAO Doc 7686-LC/140 1956, Band I, International Conference on Private Air Law, The Hague, Minutes 398-399; zitiert nach Giemulla in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 28. Lfg 2006) Art 31 Rz 24.

Gepäcks und zu einem Teilverlust kommt, die bloße Anzeige wegen Beschädigung zur Wahrung der Ansprüche nicht ausreicht.³⁹⁴

Unter Verweis auf ein Urteil des OLG Frankfurt/Main³⁹⁵ führt *Führich* aus, dass ein Teilverlust von Gepäck als Beschädigung iS von Art 31 Abs 2 MÜ anzusehen, und daher anzeigepflichtig ist.³⁹⁶ Das OLG stützt sich auf die oben angeführte Meinung *Giemullas*, wonach beim Teilverlust immer dann eine Schadensanzeige zu erfolgen hat, wenn für den Luftfrachtführer der Teilverlust nicht erkennbar ist, und folgt dieser in seiner Urteilsbegründung. Da das MÜ, wie angeführt, diesbezüglich keinerlei Veränderungen zum WA gebracht hat,³⁹⁷ kann das Ergebnis ebenso auf dieses umgelegt werden.

Im Zuge einer Wortinterpretation der französischen Fassung des WA kommt *Reuschle* hinsichtlich des Begriffs „avarie“, welcher in der deutschen Fassung mit „Beschädigung“ übersetzt ist zu dem Ergebnis, dass dieser auch den Teilverlust umfasst, obwohl dies umstritten³⁹⁸ ist. Dies belegt er mit einem Verhandlungsdokument³⁹⁹ zur Revision des Warschauer Abkommens durch das Haager Protokoll. Im Zuge der Verhandlungen wurde „(...) ein Antrag zur ausdrücklichen Klarstellung der Begrifflichkeiten im Rahmen des Art 26 WA (...) mit dem Hinweis zurückgezogen, dass die Beschädigung auch den Teilverlust erfasse“. Allerdings sollte nicht jeder Teilverlust gleich einer Beschädigung behandelt werden. Vielmehr komme es auf das Ausmaß des Verlustes an. Geht zB aus einem Gepäckstück ein Teil wie eine Kamera verloren, so handle es sich aufgrund der mangelnden Erkennbarkeit für den Luftfrachtführer um eine anzeigebedürftige Beschädigung iS von Art 31 Abs 1 MÜ, womit sich *Reuschle* der Jud des OLG Frankfurt/Main⁴⁰⁰ anschließt.⁴⁰¹ Das Gericht merkt in seiner Entscheidung allerdings an, dass es selbst zu der Rechtsfrage bislang insofern eine „differenzierte Auffassung“ vertreten hat, als es den Teilverlust (abhängig von der Ursache) teilweise als Beschädigung (Ursache Beschädigung), dann wieder als Verlust (in sonstigen Fällen) gewertet hat. Letztlich tritt es für eine Beschädigung iS von Art 31 Abs 1 MÜ ein, da der Luftfracht-

³⁹⁴ Ehlers in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 15. Lfg 1998) Art 26 Rz 28 und *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 28. Lfg 2006) Art 31 Rz 28.

³⁹⁵ OLG Frankfurt/Main 09.01.2007, 8 U 184/06, RRa 2007, 79.

³⁹⁶ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1112.

³⁹⁷ *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 28. Lfg 2006) Art 31 Rz 24.

³⁹⁸ Siehe Müller-Rostin in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 18 Rz 16.

³⁹⁹ Siehe FN 393.

⁴⁰⁰ OLG Frankfurt/Main 09.01.2007, 8 U 184/06, RRa 2007, 79 (80) mwN.

⁴⁰¹ *Reuschle*, MÜ² (2011) Art 18 Rz 16 f und Art 31 Rz 18 f.

führer selbst vom Verlust eines Teils eines Gepäckstückes nur schwer Kenntnis erlangen könne.

Wie bereits angeführt soll nach *Ehlers* und *Giemulla*⁴⁰² im Falle eines Teilverlustes eine Anzeigeverpflichtung zur Wahrung der Rechte des Passagiers nur dann bestehen, wenn „(...) *der Luftfrachtführer typischerweise den Teilverlust nicht selbst feststellen wird*“.⁴⁰³

Diesem Kriterium ist mE die Gefolgschaft zu versagen. Bei der Auslegung völkerrechtlicher Abkommen sind die **völkerrechtlichen Auslegungsregeln** anzuwenden, auch wenn diese in das nationale Recht transformiert wurden. Gemäß Art 31 und 32 WVK sind internationale Abkommen aus sich heraus auszulegen, wobei der Wortinterpretation der größte Stellenwert beizumessen ist.⁴⁰⁴ Dabei lautet der Grundsatz, dass bei der Interpretation auf Treu und Glauben sowie Ziel und Zweck der jeweiligen Vereinbarung abzustellen ist. Die Bestimmungen haben dabei in ihrem Zusammenhang betrachtet zu werden, Art 31 Abs 1 WVK. Dazu heranzuziehen sind der eigentliche Vertragstext inkl Präambel, Übereinkünfte bei Abschluss des Vertrages (Abs 2 lit a leg cit), einseitige Erklärungen einer Vertragspartei, wenn diese von der anderen angenommen wurden (Abs 2 lit b leg cit), darauffolgende Übereinkünfte der Parteien (Abs 3 lit a leg cit), spätere Übungen bei der Anwendung des Vertrages (Abs 3 lit b leg cit) und die bezogen auf die Vereinbarung einschlägigen Völkerrechtsnormen (Abs 3 lit c). Grundsätzlich ist bei der Interpretation auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen, außer die Parteien haben eine andere (besondere) Bedeutung beabsichtigt (Art 31 Abs 4 WVK). Hingegen werden die vorbereitenden Arbeiten zu den Verträgen und die Umstände im Zeitpunkt des Abschlusses primär zur Bestätigung der Textauslegung herangezogen. Ist mit dieser jedoch kein eindeutiges, pragmatisches Ergebnis zu erzielen, dann können auch diese zur Interpretation herangezogen werden, Art 32 WVK. Bei Verträgen, die in mehreren Sprachen verbindlich abgefasst sind, was auf das MÜ, nicht jedoch auf das WA zutrifft, besteht die Vermutung, dass jede Fassung die gleiche Bedeutung hat. Sollten sich jedoch die Unterschiede mittels Textinterpretation und ergänzenden Auslegungsmitteln nicht beseitigen lassen, so wird dem Text die Bedeutung zugrundegelegt,

⁴⁰² *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 28. Lfg 2006) Art 31 Rz 28.

⁴⁰³ *Ehlers* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 15. Lfg 1998) Art 26 Rz 28 und *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 28. Lfg 2006) Art 31 Rz 28.

⁴⁰⁴ OGH 18.11.1999, 2 Ob 294/99w.

die im Hinblick auf Ziel und Zweck des Vertrages die Wortlaute am besten miteinander in Einklang bringt, Art 33 Abs 4 WVK.⁴⁰⁵

Die insb von *Ehlers* und *Giemulla* angestellten praktischen Überlegungen muten sinnvoll an und sind insofern nachvollziehbar, finden jedoch mE in den Verträgen keine Grundlage. Ganz im Gegenteil legt der Wortlaut mit der Jud des BGH den Umkehrschluss nahe, dass mangels Auflistung des Falles des Teilverlusts bei den anzeigepflichtigen Tatbeständen dieser gerade nicht davon erfasst wird. Die Argumentation des BGH überzeugt deswegen, da das MÜ in Art 18 expressis verbis auch – neben der Zerstörung und dem Verlust – den Begriff „Beschädigung“ anführt, diesen also als eigene Schadenkategorie kennt. Dass dieser sodann in Art 31 Abs 2 nicht genannt wird, kann kein Zufall sein. Ebenso verhält es sich, wenn man sich verbindliche sprachliche Fassungen des MÜ ansieht, wozu ua Französisch und Englisch zählen, Art 57 aE. So vermag mE das Argument, der französische Begriff „avarie“ umfasse auch den Teilverlust, nicht zu überzeugen. Denn auch die französische Fassung differenziert in Art 18 Abs 1 MÜ zwischen „destruction“, „perte“ und „avarie“, nennt sodann in Art 31 Abs 2 aber nur mehr „avarie“. Auch in der (verbindlichen) englischen Sprachfassung wird in Art 18 Abs 1 unterschieden zwischen „destruction“, „loss“ und „damage“, in Art 31 Abs 2 findet sich jedoch nur mehr der Ausdruck „damage“. Es kann somit kein Zweifel daran bestehen, dass der Begriff des Schadens in all diesen Fassungen gerade nicht den Fall des Verlusts mit umfasst, andernfalls würde das Übereinkommen diese nicht nebeneinander verwenden. Somit ist daraus zu schließen, dass nur in dem in Art 31 Abs 2 genannten Fall, nämlich der Beschädigung im engeren Sinn, eine Anzeigepflicht besteht. Schließlich gilt es auch den völkergewohnheitsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz⁴⁰⁶ zu beachten, wonach im Zweifel eine vertragliche Bestimmung so auszulegen ist, dass der Vertragszweck erreicht wird, ohne dass es dadurch zu einer Verletzung anderer Vertragsbestimmungen kommt.⁴⁰⁷ So macht der Wortlaut von *Ehlers* und *Giemulla*, wonach „(...) der Luftfrachtführer typischerweise den Teilverlust nicht selbst feststellen wird“ deutlich, dass in der Praxis oft nicht klar sein wird, ob der Luftfrachtführer nun das Gepäck zu sehen bekommen hat oder nicht. Beispielshalber führen die beiden Autoren den Fall des im internationalen Flugverkehr aufgegebenen Gepäcks an, welches

⁴⁰⁵ *Zemanek*, Das Völkervertragsrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts⁴ (2004) Rz 332 ff; *Fischer/Köck*, Völkerrecht⁶ (2004) Rz 243 ff.

⁴⁰⁶ Zu dem Begriff siehe *Krieger*, Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht (2000) 73 f.

⁴⁰⁷ *Zemanek*, Das Völkervertragsrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁴ (2004) Rz 340.

„(...) in der Regel (...) im allgemeinen im internationalen Flugverkehr nicht individuell dem Berechtigten ausgehändigt wird (...)“. Schon anhand dieser Ausführungen zeigt sich, dass diese Formel erstens nicht geeignet ist um in der Praxis einen effektiven Vollzug zu ermöglichen, zweitens die Passagiere im Falle eines Teilverlustes praktisch immer eine Anzeige machen werden müssen, da es der Regelfall ist, dass das Gepäck den Berechtigten nicht individuell ausgehändigt wird. Insbesondere ist eine solche Regelung nicht im Sinne des Schutzes der Verbraucher, welcher beim MÜ ausdrücklich in der Präambel genannt wird, und somit nach völkerrechtlichen Grundsätzen bei der Auslegung des Übereinkommens hinsichtlich Ziel und Zweck zu berücksichtigen ist (Art 31 Abs 2 WVK).⁴⁰⁸

Die soeben zum Verlust von Gepäck geschilderte Problematik, dass dieser zwar einerseits bei den anspruchsbegründenden Tatbeständen iS von Art 18 Abs 1 WA bzw Art 17 Abs 2 MÜ genannt wird, jedoch nicht bei der Anzeigeverpflichtung nach Art 26 Abs 2 WA bzw Art 31 Abs 2 MÜ angeführt ist, trifft auch auf den Fall der Zerstörung zu. Diesbezüglich wird auf die Ausführungen zur Problematik des Verlusts verwiesen.⁴⁰⁹

Wie dargelegt wurde, ist die herrschende Lehre heute der Ansicht, dass weder im Fall des Verlustes, noch der Zerstörung von Reisegepäck eine Anzeige zur Wahrung der Ansprüche erforderlich ist. Hingegen ist die Jud zum Leidwesen der Passagiere (und auch der Luftfrachtführer) uneinheitlich. Unterschiede bestehen jedoch nicht nur hinsichtlich des Ergebnisses, sondern auch in den Begründungen. Obwohl der BGH judiziert hat, dass der Grund für eine Ausnahme des Verlustes und der Beschädigung von der Anzeigepflicht nicht in einer erleichterten Erkennbarkeit dieser für den Luftfrachtführer gegenüber der Beschädigung oder Verspätung liegt, stützen sich jedoch *Reuschle*⁴¹⁰ ebenso wie *Ehlers*⁴¹¹ und *Giemulla*⁴¹² (letztere im Zusammenhang mit der Zerstörung von Gepäck) in ihrer Argumentation auf dieses Kriterium.

⁴⁰⁸ Zemanek, Das Völkervertragsrecht, in Neuhold/Hummer/Schreuer (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁴ (2004) Rz 339.

⁴⁰⁹ Siehe auch Führich, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1113 mwN; Reuschle, MÜ² (2011) Art 17 Rz 56; Müller-Rostin in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 15. Lfg 1998) Art 26 Rz 23 bzw Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 17 Rz 167.

⁴¹⁰ Reuschle, MÜ² (2011) Art 17 Rz 56 mwN.

⁴¹¹ Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 15. Lfg 1998) Art 26 Rz 23.

⁴¹² Giemulla in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 28. Lfg 2006) Art 31 Rz 23.

Aus alldem ergibt sich für die Frage, ob im Falle eines Verlustes oder einer Zerstörung eine Anzeigepflicht besteht, Folgendes: Die Vertragsparteien des WA und des MÜ haben die beiden genannten Fälle in ihren Überlegungen mitberücksichtigt, da sie in Art 18 Abs 1 WA bzw Art 17 Abs 2 Montrealer Übereinkommen ausdrücklich genannt sind. Der Umstand, dass sie in Art 26 Abs 2 WA bzw Art 31 Abs 2 MÜ fehlen, spricht dafür, dass bei ihnen die Anzeigeverpflichtung nicht bestehen soll. Beiden völkerrechtlichen Verträgen kann dazu auch nichts Gegenteiliges entnommen werden. Das Übereinkommen von Montreal nennt in seiner Präambel zudem ausdrücklich den Schutz der Verbraucherinteressen. Die Problematik des Fehlens des Verlusts und der Zerstörung bei der Anzeigeverpflichtung war zum Zeitpunkt des Abschlusses des MÜ hinlänglich bekannt, da das WA mit dem gleichen Problem behaftet ist. Hätte die Staatengemeinschaft die Anzeigefrist auch für die Fälle des Verlusts und der Zerstörung vorsehen wollen, so hätte sie diese beiden Sachverhalte in Art 26 Abs 2 WA bzw Art 31 Abs 2 MÜ aufgrund der bestehenden Meinungsunterscheide zwecks Klarstellung wohl mit aufgenommen.

1.8 Formale Voraussetzungen für die Geltendmachung von Ansprüchen

In Art 28 WA sind die für die Einleitung eines Verfahrens notwendigen formellen Voraussetzungen normiert. Zu Gunsten der Passagiere/Geschädigten sieht dieser in Art 1 eine Wahlmöglichkeit des Gerichtsstandes zwischen dem Gericht des Ortes in dem der Luftfrachtführer seinen Wohnsitz hat, wo sich seine Hauptbetriebsleitung befindet, jener der Geschäftsstelle in welcher der Vertrag abgeschlossen worden ist, oder der des Gerichts des Bestimmungsortes vor. In Verbindung mit Art 24, welcher vorsieht, dass in den Fällen der §§ 17 ff WA Anspruch auf Schadenersatz nur unter den im Abkommen genannten Voraussetzungen und Beschränkungen geltend gemacht werden kann ergibt sich, dass die Gerichtsstände des Art 28 Abs 1 für sämtliche Schadenersatzklagen (Art 17 ff) verbindlich sind. Auch in den Fällen der Art 3 und 4, also bei nicht ausgegebenen Flug- bzw Fluggepäcksscheinen oder Art 8 iVm Art 9 bei fehlendem Luftfrachtbrief, ist Art 28 anwendbar. Dies deswegen, da all diese Vorschriften auf Art 22 verweisen, welcher die Haftung des Luftfrachtführers regelt. Auch bei einer Beschädigung von Handgepäck ist Art 28 anwendbar. Da Art 22 Abs 3 WA ein Haftungslimit für Handgepäck festlegt und Art 28 die Art 17 ff nicht ausdrücklich anführt, wird vertreten,

dass auch dieser Schadenfall, da eine Stützung auf das WA möglich ist, davon umfasst ist.⁴¹³

Auf Schadenersatz kann gemäß Art 29 WA nur innerhalb einer Frist von zwei Jahren geklagt werden. Es handelt sich dabei um eine Ausschlussfrist. Diese recht kurze Frist gilt gemäß der herrschenden Praxis iVm Art 24 WA für alle Schadenersatzklagen die sich auf das WA stützen.⁴¹⁴ Allerdings nur für solche gegen den Luftfrachtführer im Falle der Personenbeförderung, aufgrund der Positionierung der Bestimmung im 3. Kapitel des Abkommens.⁴¹⁵

1.9 Der Sonderfall der Sukzessivbeförderung

Art 30 WA regelt den Fall, dass die Beförderung durch mehrere aufeinanderfolgende Luftfrachtführer ausgeführt wird. Desfalls unterliegen sie alle den Vorgaben des WA. In Verbindung mit Art 1 Abs 3 ist dabei neben dem zeitlichen Element Voraussetzung, dass die Beförderung von den Vertragsparteien als **einheitliche Leistung** vereinbart worden ist.⁴¹⁶ Wesentlich dabei ist gemäß Art 1 Abs 3 WA auch, dass es im Falle einer solchen Sukzessivbeförderung⁴¹⁷ deren Eigenschaft als internationale Beförderung nicht abträglich ist, wenn ein Vertrag oder eine Reihe von Verträgen nur im Gebiet eines Staates zu erfüllen ist/sind. Allerdings muss es sich bei sämtlichen (Teil-) Beförderungen um Luftbeförderungen handeln, wie einerseits aus dem Verweis von Art 30 auf Art 1 Abs 3, andererseits aus der Regelung der gemischten Beförderung in Art 31 Abs 1 WA hervorgeht, in deren Fall das WA nur für die Luftbeförderung gilt.⁴¹⁸ Es ist dabei gleichgültig ob ein Vertrag zwischen dem Passagier und den einzelnen Luftfrachtführern besteht. Art 30 Abs 1 WA unterwirft Luftfrachtführer, die nicht Teil des Beförderungsvertrages sind, aber Reisende, Reisegepäck oder Güter annehmen, den Bestimmungen des WA.⁴¹⁹ Dieser Luftfrachtführer „gilt als eine der Parteien des Beförde-

⁴¹³ Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 20. Lfg 2001) Art 28 Rz 3.

⁴¹⁴ OLG Frankfurt/Main 20.04.1989, 1 U 34/88, ZLW 1989, 381, Klage gegen den Luftfrachtführer wegen unrichtiger Ausfüllung des Luftfrachtbriefes; US Court of Appeals [7th Cir.], 20 Avi 18, 097 = 821 F.2d 442 – *Wolgel versus Mexicana de Aviación* [1987], Klage wegen Nichtbeförderung – „bumping“, zitiert nach Dettling-Ott in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 19. Lfg 2001) Art 29 Rz 3; Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) Rz 649.

⁴¹⁵ BGH 19.03.1976, I ZR 75/74, ZLW 1977, 79; Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) Rz 650; Dettling-Ott in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 19. Lfg 2001) Art 29 Rz 4.

⁴¹⁶ Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 11. Lfg 1995) Art 30 Rz 5.

⁴¹⁷ Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 11. Lfg 1995) Art 30 Rz 1.

⁴¹⁸ Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 11. Lfg 1995) Art 30 Rz 2.

⁴¹⁹ Und zwar allen Bestimmungen die Rechte oder Pflichten des Luftfrachtführers begründen (Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 11. Lfg 1995) Art 30 Rz 22).

rungsvertrages, soweit dieser sich auf den Teil der Beförderung bezieht, der unter seiner Leitung ausgeführt wird“, Art 30 Abs 1 aE. Eine solche Sukzessivbeförderung liegt jedoch nur dann vor, wenn von Anfang an eine Durchführung durch mehrere Luftfrachtführer geplant/in Betracht gezogen worden ist. Ist dies hingegen nicht der Fall, sondern fällt der (einzige) vorgesehene Luftfrachtführer bei der Vertragserfüllung aus und wird durch einen anderen (wenn auch nur partiell) vertreten, so handelt es sich dabei nicht um eine Sukzessivbeförderung in diesem Sinne.⁴²⁰ Zu prüfen ist in einem solchen Fall allerdings die Anwendbarkeit des Zusatzabkommens von Guadalajara (ZGA)⁴²¹, welches am 18. September 1961 abgeschlossen wurde.⁴²²

Für eine Sukzessivbeförderung in diesem Zusammenhang ist es hingegen unbeachtlich, wenn der vom Luftfrachtführer, der in keinem Vertragsverhältnis zum Passagier steht, durchgeführte Beförderungsabschnitt für sich gesehen keine internationale Beförderung gemäß Art 1 Abs 2 darstellt (Art 30 Abs 1 erster Teilsatz iVm Art 1 Abs 3).⁴²³

Die Folgen einer Sukzessivbeförderung bestehen in einer Änderung des Anspruchsgegners bei den in den Abs 2 und 3 leg cit genannten Fällen. Demnach ist nicht mehr der Vertragspartner des Passagiers passivlegitimiert, sondern – je nachdem ob es sich um eine Personen- bzw Reisegepäck- oder Güterbeförderung handelt – der ausführende Luftfrachtführer in Anspruch zu nehmen. Bei einer Personenbeförderung, bei der es zu einem Unfall oder einer Verspätung kommt, können die Passagiere (oder sonst Anspruchsberechtigte) nur den Luftfrachtführer in Anspruch nehmen, der die Beförderung zum Zeitpunkt des jeweiligen Ereignisses durchgeführt hat. Dies trifft nur dann nicht zu, wenn der erste Luftfrachtführer durch ausdrückliche Vereinbarung die Haftung für die gesamte Reise übernommen hat, Art 30 Abs 2 WA. Im Falle einer in Abs 3 leg cit geregelten Beförderung von Reisegepäck oder Gütern bestehen unterschiedliche Anspruchsgegner, wobei der Anspruch nicht mehr gegen den vertraglichen Luftfrachtführer geltend gemacht werden kann. Aufgrund dieser massiven Änderung für den Passa-

⁴²⁰ Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 11. Lfg 1995) Art 30 Rz 9 ff; Ruhwedel, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) 190 ff und 423 Rz 620.

⁴²¹ Zusatzabkommen zum WA zur Vereinheitlichung von Regeln über die von einem anderen als dem vertraglichen Luftfrachtführer ausgeführte Beförderung im internationalen Luftverkehr BGBl 1966/46.

⁴²² Siehe „Exkurs über das Zusatzabkommen von Guadalajara“, S 69.

⁴²³ Ehlers in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 11. Lfg 1995) Art 30 Rz 8.

gier/Absender ist mit *Ehlers* zu Gunsten des Anspruchsberechtigten als weitere Voraussetzung eine – wie auch immer geartete – Zustimmung seinerseits zu fordern.⁴²⁴

1.10 Begrenzung der Vertragsfreiheit

Das 5. Kapitel des WA beinhaltet für das gesamte Abkommen gültige Schlussbestimmungen. In Ergänzung zu den Art 23 und 24 legt Art 32 WA fest, dass sämtliche vor Eintritt eines Schadens getroffenen Vereinbarungen, in denen durch Rechtswahlklauseln oder Klauseln über die Zuständigkeit abweichende Regelungen getroffen werden sollen, nichtig sind.⁴²⁵ Art 33 ist zu entnehmen, dass die im WA enthaltenen Regelungen über die Beförderung im Luftverkehr keinen Kontrahierungszwang begründen sollen – es steht dem Luftfrachtführer nach dem Abkommen viel mehr frei selbst zu bestimmen, mit wem er kontrahiert.⁴²⁶ Ebenso darf er Beförderungsbedingungen festsetzen, soweit diese nicht im Widerspruch zum WA stehen.

2. Zusatzabkommen von Guadalajara

Das Abkommen⁴²⁷ ergänzt das WA insofern, als es Regelungen für den vom WA gerade nicht erfassten Fall der rein faktischen, **nicht auf einem Vertragsverhältnis beruhenden Beförderung** durch einen Luftfrachtführer, vorsieht.⁴²⁸ Gemäß Art II ZGA haftet demnach der ausführende Luftfrachtführer, der in keinem Vertragsverhältnis zum Passagier steht, dem Passagier gegenüber dann, wenn die Beförderung dem WA unterliegt ebenso wie der vertragliche Luftfrachtführer nach den Regeln des WA, allerdings nur für die Beförderung die er auch ausführt. Gemäß Art III Abs 1 ZGA gelten Handlungen und Unterlassungen des ausführenden Luftfrachtführers und die seiner Leute auch als solche des vertraglichen Luftfrachtführers, soweit sie „*in Ausführung ihrer Verrichtungen handeln*“. Dies gilt gemäß Abs 2 *leg cit* auch umgekehrt, also

⁴²⁴ *Ehlers* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 11. Lfg 1995) Art 30 Rz 16.

⁴²⁵ *Schmid* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 11. Lfg 1995) Art 32 Rz 1.

⁴²⁶ *Schmid* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 11. Lfg 1995) Art 33 Rz 2.

⁴²⁷ Zusatzabkommen zum WA zur Vereinheitlichung von Regeln über die von einem anderen als dem vertraglichen Luftfrachtführer ausgeführte Beförderung im internationalen Luftverkehr, abgeschlossen in Guadalajara am 18.09.1961 BGBl 1966/46 [ICAO-Dokument 7632]. Wiedergabe des englischen Originaltextes unter <http://www.mcgill.ca/files/iasl/guadalajara1961.pdf> sowie <http://www.luftrecht-online.de/ipadMENU/index-abkommen.html> → Multilateral → Guadalajara Zusatzabkommen (16.02.2014); Wiedergabe der deutschen Übersetzung in *Ruhwedel*, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) 23 ff.

⁴²⁸ *Detting-Ott* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), Das Zusatzabkommen von Guadalajara (Loseblattsammlung, 23. Lfg 2004) Einleitung Rz 1 ff.

Handlungen und Unterlassungen des vertraglichen Luftfrachtführers und seiner Leute in Ausführung ihrer Verrichtungen gelten auch als solche des ausführenden Luftfrachtführers hinsichtlich der vom ausführenden Luftfrachtführer durchgeführten Beförderung. Eingeschränkt wird die Haftung des ausführenden Luftfrachtführers allerdings dadurch, dass er in einem solchen Fall keiner die Haftungshöchstbeträge des Art 22 WA übersteigenden Haftung unterworfen werden kann. Darüber hinaus trifft Art IV ZGA die für den Passagier günstige Regelung, dass dieser Weisungen oder Beanstandungen die er nach dem WA dem Luftfrachtführer zu geben hat, wahlweise ohne Verlust seiner Rechte an einen der beiden Beförderer abgeben kann (ausgenommen Weisungen nach Art 12 WA betreffend Frachtverträge).

Schließlich ergänzt das ZGA das WA noch hinsichtlich der Haftungsbestimmungen. Einerseits können sich grundsätzlich alle Leute des ausführenden sowie alle des vertraglichen Luftfrachtführers hinsichtlich der vom ausführenden Luftfrachtführer durchgeführten Beförderung auf die Haftungsbeschränkungen des ZGA berufen, Art V. Andererseits darf hinsichtlich der vom ausführenden Luftfrachtführer durchgeführten Beförderung der Gesamtbetrag, der vom ausführenden und vom vertraglichen Luftfrachtführer sowie von deren Leuten als Schadenersatz erlangt werden kann, den höchsten Schadenersatzbetrag, der nach dem ZGA vom vertraglichen oder vom ausführenden Luftfrachtführer verlangt werden kann, nicht überschritten werden. Weiters haftet keine der genannten Personen über den für sie geltenden Höchstbetrag hinaus, Art VI.

Wie bereits aus Art 23 des WA bekannt, gilt auch für den Bereich des ZGA, dass vertragliche Bestimmungen, nach denen die Haftung des vertraglichen oder des ausführenden Luftfrachtführers aufgrund des ZGA ausgeschlossen oder Haftungshöchstbeträge herabgesetzt werden, nichtig sind, wobei auch hier zu Gunsten der Passagiere die Nichtigkeit nur die konkrete Bestimmung und nicht den Vertrag selbst betrifft, Art IX Abs 1.⁴²⁹ Eine fast wortgleiche Regelung zu Art 23 WA über allgemeine Vorschriften enthält Art IX Abs 3 ZGA,⁴³⁰ der alle vor Eintritt eines Schadens getroffenen Vereinbarungen der Parteien für nichtig erklärt, wenn darin durch Bestimmung des anzuwendenden Rechts oder durch Änderung der Bestimmungen über die Zustimmung abweichende Regeln festgesetzt werden.

⁴²⁹ Dettling-Ott in Giemulla/Schmid (Hrsg), Das Zusatzabkommen von Guadalajara (Loseblattsammlung, 23. Lfg 2004) Art IX Rz 2.

⁴³⁰ Dettling-Ott in Giemulla/Schmid (Hrsg), Das Zusatzabkommen von Guadalajara (Loseblattsammlung, 23. Lfg 2004) Art IX Rz 4.

3. Übereinkommen von Montreal

3.1 Allgemeines

Nachfolgeregelung des Warschauer Abkommens war für die unterzeichnenden Staaten das „Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr“⁴³¹ (für das sich die Kurzbezeichnung „Montrealer Übereinkommen“ etabliert hat) vom 28.05.1999, welches basierend auf Art 53 Abs 6 MÜ am 04.11.2003 in Kraft getreten ist.⁴³² Da jedoch im Vergleich zum WA mit seinen rund 150 Ratifikationsstaaten, dem MÜ mit seinen derzeit 105 Ratifikationsstaaten⁴³³ viele Staaten bis heute (noch) nicht beigetreten sind, handelt es sich beim WA bislang nicht um „totes Recht“, da es von den Staaten die nur dieses unterzeichnet haben, immer noch angewendet wird. Die Reglements der beiden völkerrechtlichen Verträge existieren heute somit nebeneinander.⁴³⁴ *Führich* führt dazu aus, dass für den Fall, dass das MÜ „noch nicht zwischen den zwei Vertragsstaaten des Abflugs- und Bestimmungsortes ratifiziert worden ist“, gemäß § 44 Z 1 bis 3 des deutschen LuftVG (dLuftVG)⁴³⁵ das WA in der jeweiligen Fassung Gültigkeit besitzt.⁴³⁶ In § 44 Z 1 bis 3 dLuftVG, welches die erste Bestimmung des 2. Unterabschnitts mit der Bezeichnung „*Haftung für Personen und Gepäck, die im Luftfahrzeug befördert werden; Haftung für verspätete Beförderung*“ darstellt, ist der Anwendungsbereich der haftungsrechtlichen Bestimmungen geregelt. Die Bestimmung des § 44 sieht vor, dass der haftungsrechtliche Abschnitt des dLuftVG nur dann gilt, wenn nicht spezielle Übereinkommen zur Anwendung gelangen, wobei in Z 1 bis 3 leg cit das WA in der jeweiligen Fassung genannt wird. Diese Feststellung *Führichs* trifft mE auch auf die österreichischen Rechtsordnung zu; das LFG⁴³⁷ beinhaltet in § 146 eine dem § 44 dLuftVG inhaltlich idente Bestimmung. Demnach sind die haftungs- und versicherungsrechtlichen Bestimmungen des österreichischen Rechts dann nicht anzuwenden, wenn „(...) die Haftung in einem

⁴³¹ Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, Montreal 1999, ICAO – Doc 9740. Originaltext in englischer Sprache veröffentlicht in TranspR 1999, 315; Wiedergabe der deutschen Übersetzung in TranspR 2001, 219.

⁴³² Ratifikation des Staatsvertrages erfolgte zu BGBl III 2004/131.

⁴³³ Verzeichnis und Gesamtzahl der Ratifikationsstaaten: www.icao.int → Treaty Collection → Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (16.02.2014).

⁴³⁴ *Ruhwedel*, Internationaler Luftverkehr, in *Schmidt* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch² (2009) Einleitung Rz 9, 22; *Gogl*, Luftrecht, in *Bauer* (Hrsg), Handbuch Verkehrsrecht (2009) 448.

⁴³⁵ (Deutsches) Luftverkehrsgesetz (dLuftVG) BGBl I 2007, 698 idF BGBl I 2010, 1126.

⁴³⁶ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 923.

⁴³⁷ Bundesgesetz v 2. Dezember 1957 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz – LFG) BGBl 1957/253 idgF.

internationalen Übereinkommen (...) geregelt wird“, § 146 Abs 1 Z 1 LFG. Wenn dieses auch nicht namentlich genannt wird, so geht jedenfalls aus den Materialien eindeutig hervor, dass unter „internationalen Übereinkommen“ ua auch das Warschauer Abkommen zu verstehen ist.⁴³⁸ Dass dabei hinsichtlich des WA in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage die Einschränkung gemacht wird „soweit es noch anwendbar ist“, bedeutet jedoch keine Einschränkung verglichen mit der zuvor genannten deutschen Bestimmung. Gemeint ist damit wohl die völkerrechtliche Regelung des Art 30 Abs 4 lit b WVK⁴³⁹. Gemäß der zitierten Bestimmung gilt, wenn mehrere Verträge über denselben Gegenstand aufeinanderfolgen, aber ein Staat nur dem ersten angehört, zwischen diesem und einem weiteren Staat, der Vertragspartei sämtlicher Verträge ist, der erste. Genau diese Situation liegt im Verhältnis WA – MÜ vor. Aus der Präambel des MÜ geht hervor, dass mit diesem ua das WA modernisiert werden sollte.⁴⁴⁰ Zudem kann Art 55 MÜ entnommen werden, dass dieses allen Vorschriften, welche für die „*Beförderung im internationalen Luftverkehr gelten*“ vorgeht, wobei das WA in Z 1 lit a explizit genannt wird.

Das MÜ wurde neben den einzelnen Staaten der heutigen EU von der Europäischen Gemeinschaft selbst am 09.12.1999 unterzeichnet und schließlich beschlossen.⁴⁴¹ Gemäß Art 53 Abs 2 MÜ lag das Übereinkommen nämlich nicht nur für Staaten zur Unterzeichnung auf, sondern auch „für Organisationen der regionalen Wirtschaftsin-
tegration“. ⁴⁴² Die Unterzeichnung sowohl durch die Union als auch die Staaten war schon alleine deswegen nötig, da das von ihm Geregelte teilweise in die Zuständigkeit der Union, teilweise aber in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fiel, Erwägungsgrund 4 des Beschlusses des Rates über den Abschluss des MÜ durch die Europäische Gemeinschaft.

Das MÜ wurde somit integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung⁴⁴³ (heute: Unionsrechtsordnung) und befindet sich damit (grob gesprochen) im Stufenbau unter dem primären (vgl Art 218 Abs 11 AEUV), jedoch über dem sekundä-

⁴³⁸ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 9.

⁴³⁹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge BGBl 1980/40.

⁴⁴⁰ Siehe auch *Littger/Kirsch*, Die Haftung im internationalen Luftverkehr nach Inkrafttreten des MÜ, ZLW 2003, 563 (563 ff).

⁴⁴¹ Beschluss 2001/539/EG des Rates v 5.4.2001 über den Abschluss des Übereinkommens zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (Übereinkommen von Montreal) durch die Europäische Gemeinschaft, ABl L 2001/194, 38.

⁴⁴² *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung 25. Lfg 2005) Einleitung Rz 34.

⁴⁴³ EuGH 10.1.2006 C-344/04 *IATA und ELFFA*, Slg 2006, I-00403 Rz 35 und 36.

ren (vgl Art 216 Abs 2 AEUV) Unionsrecht.⁴⁴⁴ Dass sich daran durch den sog „Vertrag von Lissabon“ nichts geändert hat, ergibt sich aus Art 1 EUV, wonach die Union die Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft ist, an deren Stelle sie tritt. *„Als Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft hatte die Union alle internen Rechte und Pflichten auf der Grundlage des am 30. November 2009 geltenden primären und sekundären Gemeinschaftsrechts zu übernehmen. Des Weiteren hatte die Union alle externen Rechte und Pflichten der Europäischen Gemeinschaft aus völkerrechtlichen Verträgen zu übernehmen“*,⁴⁴⁵ wozu (ua) auch das MÜ gehört.

In Österreich trat gegenständliches Übereinkommen mit 28.06.2004 in Kraft (gemäß Art 53 Abs 7 MÜ Inkrafttreten des Übereinkommens sechzig Tage nach Hinterlegung der Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde; diese erfolgte am 29.04.2004⁴⁴⁶).⁴⁴⁷

3.2 Anwendungsbereich

Ziel und Zweck ist gemäß der Präambel des Übereinkommens *„(...) das WA und die damit zusammenhängenden Übereinkünfte (das WA in seiner ursprünglichen Fassung aus dem Jahr 1929, der geänderten Fassung durch das Haager Protokoll aus 1955 und das ZAG aus dem Jahr 1961)“*⁴⁴⁸ *zu modernisieren und zusammenzuführen*“. Es regelt **internationale Beförderungen von Personen, Gepäck und Gütern**, die **durch Luftfahrzeuge** gegen Entgelt transportiert werden, Art 1 erster Satz. Selbst die unentgeltliche Beförderung ist erfasst, so diese von einem Luftfahrtunternehmen durchgeführt wird, Art 1 zweiter Satz. Dabei fällt auf, dass Art 1 Abs 1 und 2 WA und MÜ nahezu ident sind. Auch der 3. Absatz ist inhaltlich gleich, weicht sprachlich nur unbedeutend vom WA ab. Beide internationalen Verträge haben somit denselben Anwendungsbereich. Es kann an dieser Stelle daher auf die zum WA gemachten Ausführungen verwiesen werden.⁴⁴⁹ Aufgrund dessen meint *Aufner*, dass die zum Anwendungsbereich des WA bestehende Jud des OGH, nach der das Abkommen auch anwendbar ist, wenn

⁴⁴⁴ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht⁷ (2010) Rz 448; *Frenz*, Handbuch Europarecht V (2010) Rz 46; *Mögele* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 216 Rz 52 mwN.

⁴⁴⁵ *Obwexer* in *Mayer/Stöger* (Hrsg) EUV/AEUV, Art 1 EUV (2011) Rz 40; ders, Der Vertrag von Lissabon, *ecolex* 2008, 285 (286).

⁴⁴⁶ Vgl das Hauptdokument zu BGBl III 2004/131, 1.

⁴⁴⁷ Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr samt Erklärung BGBl III 2004/131.

⁴⁴⁸ *Ruhwedel*, Das MÜ zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr v 28.05.1999 *TranspR* 2001, 189 (190).

⁴⁴⁹ Siehe S 49.

Abgangs- und Bestimmungsort im gleichen Staat liegen und nur eine Zwischenlandung in einem anderen Staat – gleich ob Vertragsstaat oder nicht – vorgesehen ist, sowie der Fall, dass Hin- und Rückflug gemeinsam vereinbart wurden und der Bestimmungsort in einem Staat liegt der kein Vertragsstaat ist,⁴⁵⁰ ebenso für den Bereich des MÜ zu beachten ist.⁴⁵¹ Dem ist aufgrund der bereits erwähnten Übereinstimmung der Anwendungsbereiche⁴⁵² der beiden völkerrechtlichen Übereinkommen zuzustimmen. Art 1 MÜ unterscheidet sich jedoch insofern vom WA, als dieser in Abs 4 auf Kapitel V verweist, in welchem Beförderungen durch einen anderen als den vertraglichen Luftfrachtführer geregelt sind – ein Sachverhalt der vom WA nicht, dafür aber im ZAG geregelt ist.⁴⁵³ Nach einem hier nicht interessierenden Artikel 2 MÜ über staatlich ausgeführte Beförderungen, beginnt das zweite Kapitel des MÜ, welches sich wie das zweite Kapitel des WA mit Reisedokumenten (und zusätzlich Pflichten der Parteien) beschäftigt. Art 3 regelt auch hier die Ausgabe von Beförderungsscheinen, die gewisse Informationen enthalten müssen. Der zum WA beinahe wortgleiche Abs 1 unterscheidet sich jedoch gravierend dadurch, dass im MÜ keine Regelung über Angaben zu einem Haftungsausschluss enthalten ist. Ein Haftungsausschluss für durch Unfälle verursachte Körperverletzungen oder Todesfälle ist nämlich gemäß dem MÜ ausgeschlossen, Art 17, worauf unten noch näher eingegangen wird.

Art 3 MÜ entspricht ansonsten inhaltlich weitestgehend den Art 3 und 4 WA über den Flugschein und Fluggepäcksschein und sieht bestimmte Inhaltserfordernisse vor. Im Gegensatz zum WA knüpft das MÜ jedoch keine Sanktionen an Verstöße gegen Art 3.⁴⁵⁴ Während das WA bei Ausgabe des Fluggepäcksscheins noch eine Beweisvermutung für die Aufgabe des Reisegepäckes und die Bedingungen des Beförderungsvertrages vorsah (Art 4 Abs 2), fehlt eine ähnliche Regelung im MÜ. In Ermangelung einer derartigen Regelung gelangt daher in den beschriebenen Fällen nationales Recht zur Anwendung.⁴⁵⁵ Im Gegensatz zum WA ist die Ausgabe des in Art 3 Abs 1 genannten

⁴⁵⁰ Siehe FN 328.

⁴⁵¹ *Aufner*, Neuerungen im Luftfahrt-Haftpflichtrecht, ZVR 2002/84 FN 43.

⁴⁵² Siehe auch *Schütz* in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 1 MÜ Rz 1.

⁴⁵³ Siehe S 6 ff (WA) und 9 ff (ZAG).

⁴⁵⁴ *Schütz* in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 3 MÜ Rz 1.

⁴⁵⁵ In Österreich sind dies die Bestimmungen des Urkundenbeweises der ZPO; vgl *Schütz* in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 3 MÜ Rz 2.

Beförderungsscheines auch nicht mehr zwingend, als er durch andere Aufzeichnungen substituiert werden kann, Abs 2.⁴⁵⁶

Die Art 4 bis 16 MÜ werden an dieser Stelle nicht behandelt, da diese – wie auch jene des WA⁴⁵⁷ – lediglich Regelungen über die Luftfracht enthalten.

3.3 Verletzung oder Tötung von Reisenden und Zerstörung, Beschädigung sowie Verlust von Gepäck

Das darauffolgende 3. Kapitel, Art 17 ff, regelt – wie auch das WA – die Haftung des Luftfrachtführers und den Umfang des Schadenersatzes. Es handelt sich dabei um eigenständige Anspruchsgrundlagen, die – bei dessen Anwendbarkeit – rein nach dem MÜ zu prüfen sind, ohne Rückgriff auf nationales Recht.⁴⁵⁸ Das Besondere am MÜ ist, dass es eine der Höhe nach **unbegrenzte Haftung des Luftfrachtführers** bei durch Unfälle verursachten körperlichen Verletzungen oder Todesfällen von Fluggästen vorsieht, wenn das schädigende Ereignis an Bord des Flugzeuges oder beim Ein- oder Aussteigen eingetreten ist, wobei die Haftung weder beschränkt, noch ausgeschlossen werden kann, Art 17 ff. Dies war auch einer der Gründe für die Unzufriedenheit mit dem WA, sah dieses doch sehr niedrige Haftungshöchstgrenzen für Schäden an Personen (oder Gütern) vor (Art 22 WA).⁴⁵⁹

Gemäß Art 17 Abs 1 MÜ hat der Luftfrachtführer bei unfallbedingten Körperverletzungen oder Todesfällen, welche sich an Bord des Luftfahrzeugs oder beim Ein- oder Aussteigen ereignen, den entstandenen Schaden zu ersetzen. Ebenso hat er den am aufgegebenen Reisegepäck durch dessen Zerstörung, Verlust oder Beschädigung entstandenen Schaden zu ersetzen, wenn dieser eingetreten ist während sich das Gepäck in seiner Verfügungsmacht befunden hat. Auf ein Verschulden kommt es hierbei nicht an.⁴⁶⁰ Bei nicht aufgegebenem Reisegepäck und persönlichen Gegenständen (Handge-

⁴⁵⁶ Reuschle, MÜ² (2011) Art 3 Rz 3.

⁴⁵⁷ Allerdings bestehen hier zwischen WA und MÜ zum Teil gravierende Unterschiede; eine eingehendere Darstellung findet sich bei Schütz in Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 3 bis 16 MÜ.

⁴⁵⁸ Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 17 Rz 3; Reuschle, MÜ² (2011) Art 17 Rz 1.

⁴⁵⁹ Müller-Rostin, Neue Entwicklungen bei den Passagierhaftpflichtgrenzen in der internationalen Luftfahrt, TranspR 1996, 5 (5); Müller-Rostin, Auf dem Wege zu einem neuen WA? TranspR 1998, 229 (229); Ruhwedel, Das MÜ zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr v 28.05.1999 – Eine Zwischenbilanz, TranspR 1999, 189 (189 f).

⁴⁶⁰ Führich, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1075.

päck) haftet der Luftfrachtführer nur dann, wenn der Schaden durch sein Verschulden oder das seiner Leute verursacht worden ist, Abs 2 leg cit.

Wann ein **Unfall** iS des MÜ vorliegt, kann dem Übereinkommen ebenso wenig wie dem WA entnommen werden. Ein Unfall würde – nach der herrschenden Meinung – immer dann vorliegen, wenn „ein von außen her plötzlich eindringendes schädigendes Ereignis“ vorliegt.⁴⁶¹ Nach einer anderen Meinung ist aufgrund des abweichenden Wortlautes des Art 17 („Unfall“) von Art 18 MÜ („Ereignis“) davon auszugehen, dass nicht jedes Schadenereignis als anspruchsbegründende Ursache ausreichend ist.⁴⁶² Große Übereinstimmung besteht lediglich in der Hinsicht, dass nur solche Gefahren erfasst sein sollen, die dem Luftverkehr eigentümlich sind, wobei auch hier abweichende Meinungen existieren. Insbesondere soll nicht das jeden Menschen treffende allgemeine Lebensrisiko auf den Luftfrachtführer verlagert werden. Dies sei nicht Sinn und Zweck des MÜ, wenngleich die Luftfahrt an sich mit erhöhten Gefahren verbunden ist.⁴⁶³ So kann es sich beispielsweise bei einer Turbulenz, die kausal für einen Schaden ist, dann um einen Unfall iS des Übereinkommens handeln, wenn diese eine besondere Schwere aufweist. Bei Blitzeinschlägen und Thrombosen soll es sich hingegen nicht um Unfälle im Sinne des MÜ handeln.⁴⁶⁴ Soweit ersichtlich scheint es hingegen unstrittig zu sein, dass das schadensbegründende Ereignis kausal für den eingetretenen Schaden gewesen sein muss, sowie, dass es sich beim eingetretenen Schaden nicht um eine völlig inadäquate Folge des Unfalls handeln dürfe. Gänzlich untypische Schäden sollen daher jedenfalls nicht erfasst sein.⁴⁶⁵ Unbedeutend ist, ob der Unfall durch ein Verschulden herbeigeführt worden ist.⁴⁶⁶

Die geschilderte Problematik gleicht jener des WA.⁴⁶⁷ Zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des MÜ war diese längst bekannt. Es wäre daher wünschenswert gewesen, wenn beim Nachfolger des WA entsprechende Klarstellungen getroffen worden wären. Insbesondere im Hinblick auf die Präambel des MÜ, wonach durch das Abkommen eine Harmonisierung im internationalen Luftverkehr bewirkt werden soll, gibt die mangel-

⁴⁶¹ Rudolf, Lohn der Angst bei Flugzeugentführungen? ZLW 1973, 21 FN 8.

⁴⁶² Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 17 Rz 12 mwN; Reuschle, MÜ² (2011) Art 17 Rz 12 mwN.

⁴⁶³ Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 17 Rz 16 ff mwN.

⁴⁶⁴ Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 17 Rz 19 ff mwN.

⁴⁶⁵ Reuschle, MÜ² (2011) Art 17 Rz 24.; Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 17 Rz 45 mwN.

⁴⁶⁶ Reuschle, MÜ² (2011) Art 17 Rz 13.

⁴⁶⁷ S 53 ff.

hafte Regelung Anlass zu berechtigter Kritik. Dadurch fehlt es an der Definition eines Begriffs von elementarer Bedeutung für das Übereinkommen. Es ist *Reuschle* zuzustimmen wenn er ausführt, dass eine künstliche Eingrenzung des Terminus Unfall iS des MÜ abzulehnen ist. So spricht der Zweck des MÜ, ua der Schutz der Verbraucherinteressen, mE dafür, zusammen mit der hM von einem weiten Unfallbegriff nach Art 17 MÜ auszugehen. Nicht zugestimmt werden kann *Reuschle* hingegen darin, der Begriff des „Luftfahrzeugunfalls“ nach Art 28 (Vorauszahlungspflichten der Luftfahrtunternehmen) wäre abweichend vom Begriff „Unfall“ des Art 17 MÜ.⁴⁶⁸ Dies hätte die für die Passagiere nachteilige Folge, dass nur für solche Ereignisse eine Vorschusspflicht bestünde, für die der Betrieb des Luftfahrtgerätes kausal ist. Wie beim WA ist auch hier mE von einem weiten Begriff auszugehen. Hätten die Verfasser des Abkommens luftfahrttypische Gefahren ausschließen wollen, so hätten sie den Begriff des Unfalls eingegrenzt.⁴⁶⁹

Nicht unerwähnt bleiben darf aber, dass vom MÜ im Gegensatz zum WA bei den ersatzfähigen Personenschäden nur mehr Körperverletzungen und Todesfälle erfasst sind, hingegen keine sonstigen gesundheitlichen Schäden mehr, da der Unterfall der „sonstigen Gesundheitsschäden“ in Art 17 entfallen ist. Damit sind rein psychische Schäden gemäß dem MÜ nicht mehr ersatzfähig. Inwieweit auch solche Schäden geltend gemacht werden können, hängt daher vom nationalen Recht ab.⁴⁷⁰

Die Problematik rund um den Begriff des Unfalls stellt sich jedoch nur bei Personenschäden. Nach Art 17 Abs 2 ist für die Haftung des Luftfrachtführers bei aufgegebenem Reisegepäck nur Voraussetzung, dass das schädigende Ereignis an Bord des Luftfahrzeugs oder in der Zeit eingetreten ist, zu der sich das Gepäckstück in der Obhut des Luftfrachtführers befunden hat. Dieser Zeitraum beginnt mit der Übergabe⁴⁷¹ und endet in dem Moment, wo das Gepäck durch einen vom Luftfrachtführer Beauftragten wieder an den Passagier gegen Herausgabe des Gepäckscheins ausgefolgt wird bzw in dem dieser das Gepäckstück vom Förderband nimmt.⁴⁷² Auch hier ist die Haftung des Luftfrachtführers verschuldensunabhängig, allerdings mit der Einschränkung, dass

⁴⁶⁸ *Reuschle*, MÜ² (2011) Art 28 Rz 4.

⁴⁶⁹ Siehe zum WA S 53.

⁴⁷⁰ *Schmid in Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 17 Rz 4. Für die Regelung im österreichischen Recht siehe S 241.

⁴⁷¹ *Schmid in Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 17 Rz 132 mwN.

⁴⁷² *Schmid in Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 17 Rz 135 f.

Schäden die auf die Eigenart des Gepäcks oder diesem innewohnende Mängel zurückzuführen sind, keine Haftung des Luftfrachtführers zu begründen vermögen.⁴⁷³ Für nicht aufgegebenes Gepäck und persönliche Gegenstände (zB Kleidungsstücke) haftet der Luftfrachtführer nach Art 17 Abs 2 letzter Satz nur bei Verschulden.

3.4 Verspätungsschäden

Ebenso wie das WA sieht das MÜ in Art 19 eine Haftung für den Verspätungsfall vor, soweit dieser beim Transport von Reisenden, Reisegepäck oder Gütern eingetreten ist und daraus ein Schaden resultiert. Es handelt sich ebenso wie bei Art 17 um eine eigenständige Anspruchsgrundlage.⁴⁷⁴ Was unter dem **Begriff Verspätung** zu verstehen ist, ist wie beim WA auch hier nicht definiert. Gemäß der hM wird darunter das nicht rechtzeitige – im Sinne des Vertrages – Eintreffen am Bestimmungsort verstanden.⁴⁷⁵ Wesentlich ist, dass die Verspätung selbst kausal für den eingetretenen Schaden ist.⁴⁷⁶ Ob die anspruchsbegründende Verspätung aus einem typischen Risiko des Luftverkehrs resultieren muss, ist strittig. Sowohl in der Rechtsprechung und Lehre bestehen Divergenzen.⁴⁷⁷ *Reuschle* ist darin zuzustimmen, dass jene Schäden nicht erfasst sind, die daraus resultieren, dass die Beförderung erst gar nicht möglich war, wie zB im Fall der Überbuchung.⁴⁷⁸

Die Bestimmung ist so ausgestaltet, dass der Luftfrachtführer für sein Verschulden bzw das seiner Leute zu haften hat, wobei dieses vermutet wird. Kann der Luftfrachtführer jedoch beweisen, dass er und seine Leute alle zumutbaren Maßnahmen getroffen haben um den Schaden zu vermeiden, oder dass dies nicht möglich war, so trifft ihn keine Haftung nach Art 19 MÜ. Eine gegenüber dem WA entscheidende Änderung bei den zu ergreifenden Maßnahmen stellt die Einschränkung auf zumutbare Maßnahmen dar.⁴⁷⁹

⁴⁷³ *Schmid* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 17 Rz 143.

⁴⁷⁴ *Reuschle*, MÜ² (2011) Art 19 Rz 1.

⁴⁷⁵ Vgl *Schmid* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, Lfg 36 2011) Art 19 Rz 6, und die dort angeführten Quellen; *Reuschle*, MÜ² (2011) Art 19 Rz 6.

⁴⁷⁶ *Schmid* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 19 Rz 22.

⁴⁷⁷ Für das Erfordernis eines typischen Risikos des Luftverkehrs siehe: *Schmid* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 19 Rz 24; gegen das Erfordernis: *Reuschle*, MÜ² (2011) Art 19 Rz 30 sowie die jeweils dort angeführte Judikatur.

⁴⁷⁸ *Reuschle*, MÜ² (2011) Art 19 Rz 8.

⁴⁷⁹ *Reuschle*, MÜ² (2011) Art 19 Rz 3.

Unter den Schadenbegriff des Art 19 MÜ fallen auch reine Vermögensschäden.⁴⁸⁰ Wie auch beim WA enthält das MÜ keine Regelung hinsichtlich der Nichtbeförderung – diesfalls gelangt das innerstaatliche Recht der Vertragsstaaten zur Anwendung⁴⁸¹, wobei für die Staaten der EU wieder auf die Fluggastverordnung⁴⁸² hinzuweisen ist.

3.5 Haftung des Luftfrachtführers

Wie beim WA besteht auch hinsichtlich des MÜ die Einschränkung, dass der Luftfrachtführer nicht für Verspätungsschäden zu haften hat wenn er nachweist, dass er und seine Leute alle zumutbaren Maßnahmen getroffen haben um den Schadenseintritt zu verhindern, Art 19 letzter Satz MÜ. Der Begriff „Leute“ umfasst dabei aber nur Personen die *„in Ausführung einer ihnen vom Luftfrachtführer übertragenen Verrichtung“* handeln.⁴⁸³ So hat der OGH beispielsweise jüngst entschieden, dass ein für die Räumung der Pisten verantwortlicher Flughafenbetreiber nicht zu den Leuten des Luftfrachtführers zählt, und darauf keine Haftung nach Art 19 gestützt werden kann.⁴⁸⁴ Gleichsam haftet er auch dann nicht, wenn die Ergreifung derartiger Maßnahmen unmöglich war.

Eine generelle Haftungsbefreiung bzw -einschränkung des Luftfrachtführers sieht das MÜ in Art 20 ähnlich wie das WA in Art 21 vor, allerdings ist diese für den Luftfrachtführer günstiger, da er im Gegensatz zum WA jedenfalls von der Haftung insoweit befreit ist als er nachweisen kann, dass die geschädigte Person (Mit-) Schuld am eingetretenen Schaden trägt.⁴⁸⁵ Nach dem WA war das jeweilige Gericht lediglich dazu befugt (Kann-Bestimmung) unter Zugrundelegung seines nationalen Rechts die Schadenersatzverpflichtung zu mindern bzw zu verneinen.⁴⁸⁶ Diese Eingrenzung der Haftung unter den angeführten Voraussetzungen gilt bei allen haftungsbegründenden Tatbeständen des MÜ, Art 21 letzter Satz. Für eine (vollständige oder teilweise) Entlastung des Luftfrachtführers genügt es, wenn der Passagier zumindest fahrlässig gehandelt hat,

⁴⁸⁰ Reuschle, MÜ² (2011) Art 19 Rz 1.

⁴⁸¹ Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 19 Rz 1; Reuschle, MÜ² (2011) Art 19 Rz 2.

⁴⁸² Siehe S 111 ff.

⁴⁸³ Schmid in Giemulla/Schmid (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 36. Lfg 2011) Art 19 Rz 74.

⁴⁸⁴ OGH 16.11.2012, 6 Ob 131/12a.

⁴⁸⁵ Schütz in Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 20 MÜ Rz 2.

⁴⁸⁶ Giemulla in Giemulla/Schmid (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 10. Lfg 1995) Art 21 Rz 3 f.

indem er zB gegen eine Vertragsbestimmung oder die übliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat.⁴⁸⁷

3.6 Haftungs(ober)grenzen

Gemäß Art 21 MÜ haftet der Luftfrachtführer im Falle einer Verletzung am Körper des Fluggastes oder dessen Tod in den Fällen des Art 17 Abs 1 leg cit jedenfalls bis zu einem Betrag von 113.100 Sonderziehungsrechten (SZR)⁴⁸⁸ pro Reisendem. Ein Ausschluss oder eine Beschränkung der Haftung sind gemäß Abs 1 nicht möglich. Übersteigt der Schaden diesen Betrag jedoch, so ist der Luftfrachtführer von der darüber hinausgehenden Haftung befreit wenn er nachweisen kann, dass ihn und seine Leute kein Verschulden am Schadenseintritt trifft oder der Schaden ausschließlich auf einer unrechtmäßigen Handlung/Unterlassung eines Dritten beruht. Gelingt ihm dies nicht, so besteht – im Gegensatz zum WA – eine betragsmäßig unbeschränkte Haftung des Luftfrachtführers. Im Gegensatz zu diesem Zweistufensystem⁴⁸⁹ des MÜ sah das WA in Art 22 Abs 1 eine betragsmäßig äußerst beschränkte Haftung des Luftfrachtführers vor.⁴⁹⁰ Das MÜ stellt hier Fluggäste wesentlich besser als das WA.

Darüber hinaus sieht das MÜ in Art 22 Haftungshöchstbeträge für den Fall der Verspätung von Passagieren, Reisegepäck und Gütern, sowie für die Zerstörung/Beschädigung, die Verspätung oder den Verlust von Reisegepäck oder Gütern vor. Der EuGH hat gestützt auf Art 22 Abs 2 iVm Art 3 Abs 3 MÜ kürzlich entschieden, dass die so normierte Entschädigungspflicht des Luftfrachtführers pro Person, und nicht pro Gepäckstück gilt. Teilen sich somit zwei Passagiere einen Koffer und geht dieser verlustig, so haben beide Anspruch auf Entschädigung iS der genannten Bestimmungen.⁴⁹¹

Die betragsmäßige Beschränkung für den Fall der Verspätung von Passagieren oder Reisegepäck sowie für dessen Beschädigung oder Zerstörung gelangt nur dann nicht zur Anwendung, wenn der Geschädigte nachweist, dass der Schaden durch eine

⁴⁸⁷ Reuschle, MÜ² (2011) Art 20 Rz 6.

⁴⁸⁸ SZR = Sonderziehungsrechte (Special Drawing Right, SDR). Es handelt sich dabei um ein vom Internationalen Währungsfonds (IWF) geschaffenes Buchgeld, das auch als Verrechnungswährung verwendet wird, vgl <http://www.oenb.at/Service/Glossar.html?letter=S#glossary-50b77247-20a4-4142-962c-40a9ce724daa> (16.02.2014); Die aktuellen Wechselkurse sind einsehbar unter http://www.imf.org/external/np/fin/data/sdr_ir.aspx (16.02.2014).

⁴⁸⁹ Stefula, Neues Lufthaftungsübereinkommen vor In-Kraft-Treten, ecolex 2001, 877 (877).

⁴⁹⁰ Vgl Art 22 WA, S 57.

⁴⁹¹ EuGH 22.11.2012, C-410/11.

zumindest grob fahrlässige Handlung/Unterlassung des Luftfrachtführers oder seiner Leute verursacht worden ist, Abs 5 leg cit.

Die für die Zerstörung, den Verlust oder die Beschädigung sowie die Verspätung von Reisegepäck geltende max Haftungssumme von 1.131 SZR gilt zu Gunsten des Passagiers auch dann nicht, wenn dieser – ähnlich der Regelung des Art 22 Abs 2 lit a) WA – bei der Übergabe des Gepäcks an den Luftfrachtführer das **Interesse** an der korrekten Ablieferung betragsmäßig angibt und einen allfälligen Zuschlag dafür entrichtet, Art 22 Abs 2 MÜ. Diesfalls haftet der Luftfrachtführer dem Passagier entsprechend bis zur Höhe des angegebenen Betrags (sofern dieser nicht das tatsächliche Interesse des Passagiers an der Ablieferung am Bestimmungsort übersteigt, andernfalls nur bis zur Höhe des tatsächlichen Interesses, was freilich der Luftfrachtführer zu beweisen hat), Abs 2 letzter Satz leg cit. Eine Hinweispflicht des Luftfrachtführers auf diese Regelung besteht nicht.⁴⁹²

Der Empfänger von aufgegebenem Reisegepäck oder Gütern muss nach Art 31 MÜ im Falle eines Schadens eine fristgerechte Anzeige machen,⁴⁹³ wobei jede Beanstandung schriftlich erklärt werden muss, Abs 2 leg cit. Andernfalls wird (widerlegbar) vermutet, dass das Gepäck unbeschädigt war, und entsprechend abgeliefert worden ist, Abs 1 leg cit. Zu der Problematik der Anzeigeverpflichtung im Zusammenhang mit dem Verlust und der Zerstörung von Gepäck wird an die Erläuterungen im Zusammenhang mit dem WA verwiesen.⁴⁹⁴ Gemäß Art 23 über die Umrechnung der SZR beziehen sich die im MÜ angegebenen Beträge von SZR auf das vom Internationalen Währungsfonds festgelegte Sonderziehungsrecht. In Art 24 MÜ ist eine Überprüfung der Haftungshöchstbeträge der Art 21, 22 und 23 alle fünf Jahre vorgeschrieben, welcher ein Inflationsfaktor zu Grunde zu legen ist, der der kumulierten Inflationsrate seit dem Inkrafttreten des Abkommens bzw seit der vorherigen Überprüfung entspricht. Diese vorgesehene Anpassung der Haftungshöchstbeträge unter Zugrundelegung der Inflationsrate ist im WA nicht vorgesehen und stellt ein Novum im Transportrecht dar.⁴⁹⁵ Der Generalsekretär der Internationale Zivilluftfahrt-Organisation als Depositär des MÜ hat am 04.11.2009 die angepassten Haftungshöchstbeträge bekannt gegeben, welche in Öster-

⁴⁹² OGH 17.12.2012, 10 Ob 47/12b.

⁴⁹³ Vgl im Wesentlichen die Ausführungen zu Art 26 WA, S 58.

⁴⁹⁴ Siehe S 59 ff.

⁴⁹⁵ *Schütz in Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 24 MÜ Rz 1.

reich kundgemacht wurden und am 30.12.2009 in Kraft traten.⁴⁹⁶ Gemäß Art 25 MÜ darf ähnlich Art 22 Abs 1 letzter Satz WA von den festgelegten Haftungshöchstbeträgen zu Gunsten der Passagiere/Vertragspartner abgewichen werden: höhere Obergrenzen oder der gänzliche Verzicht auf solche sind zulässig. Neu am MÜ ist, dass derartige Abweichungen nun auch für Schäden an Reisegepäck und Gütern zulässig sind.⁴⁹⁷ Abweichungen zu Lasten der Passagiere/Vertragspartner sind hingegen unzulässig, Art 26. Ein Ausschluss der Haftung oder eine Herabsetzung der Höchstbeträge hat zu Gunsten der Passagiere die Nichtigkeit solcher Bestimmungen zur Folge, während der Vertrag bestehen bleibt. Diese Regelung entspricht Art 23 WA. Wie in Art 33 WA schränkt auch das MÜ gemäß Art 27 insofern nicht die Vertragsautonomie der Parteien ein, als für den Luftfrachtführer kein Kontrahierungszwang besteht.⁴⁹⁸

3.7 Vorauszahlungsverpflichtung des Luftfrachtführers

Eine für Passagiere wichtige Bestimmung stellt Art 28 MÜ über Vorauszahlungen dar. Demnach ist der Luftfrachtführer bei durch Luftfahrzeugunfälle verursachten **Todesfällen** oder **Körperverletzungen** verpflichtet, unverzüglich Vorauszahlungen an die schadenersatzberechtigten natürlichen Personen zur Befriedigung ihrer unmittelbaren wirtschaftlichen Bedürfnisse zu leisten, wobei diese keine Haftungsanerkennung darstellen und mit späteren Schadenersatzleistungen des Luftfrachtführers verrechnet werden können, wenn das nationale Recht den Luftfrachtführer zu solchen Vorauszahlungen verpflichtet. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die unten beschriebene VO 2027/97 eine solche Verpflichtung zur Vorauszahlung für die Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft vorsieht.⁴⁹⁹ Diese enthält nähere Bestimmungen hinsichtlich der Vorauszahlung, wie Fristen und Beträge.

An dieser Stelle sei angemerkt, dass unter „**Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft**“⁵⁰⁰ Luftfahrtunternehmen fallen, denen eine gültige Betriebsgenehmigung

⁴⁹⁶ Anpassung der Haftungshöchstbeträge gemäß Art 24 des Übereinkommens zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (MÜ) BGBl III 2010/11.

⁴⁹⁷ Schütz in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 25 MÜ Rz 1.

⁴⁹⁸ Schütz in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 26 MÜ Rz 1 f und Art 27 MÜ Rz 1 f.

⁴⁹⁹ Siehe S 87 ff.

⁵⁰⁰ Da seit Inkrafttreten des sog Vertrags von Lissabon die Union an Stelle der Europäischen Gemeinschaft getreten ist (siehe S 73), müsste es konsequenterweise lauten „Luftfahrtunternehmen der Union“. Da jedoch sämtliche (aus der Zeit der Gemeinschaft stammenden) Rechtsquellen von „Luftfahrtunter-

gemäß der VO (EG) Nr 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (Neufassung)⁵⁰¹ erteilt wurde. Diese VO trat am 01.11.2008 in Kraft und ersetzt ihre Vorgängerbestimmung, die VO (EWG) Nr 2407/92 des Rates vom 23. Juli 1992 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen⁵⁰² sowie andere einschlägige Regelungswerke. Gemäß Art 27 der VO 1008/2008 gelten ua Verweise auf die aufgehobene VO 2407/92 als Verweise auf sie nach der Entsprechungstabelle im Anhang II der VO. Dies ist deswegen von Bedeutung für das zu behandelnde Thema, da sowohl die VO 2027/97 als auch die VO 261/2004 sowie die VO 1107/2006 für die Definition „Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft“ auf die VO 2407/92 verweisen, an deren Stelle nunmehr die VO 1008/2008 zur Anwendung gelangt. Nach dieser VO darf kein in der Union niedergelassenes Luftfahrtunternehmen Passagiere, Post bzw Fracht im gewerblichen Luftverkehr befördern, wenn diesem nicht eine Genehmigung hierfür von der zuständigen Behörde erteilt wurde, Art 3 Abs 1 iVm Art 2 Z 1 VO 1008/2008. Wann immer im Zuge dieser Arbeit von einem „Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft“ die Rede ist, ist dieser Begriff im hier dargelegten Sinne zu verstehen.

An dieser Stelle ist kritisch darauf hinzuweisen, dass ein Anspruch auf Vorauszahlung im Fall einer Beschädigung oder eines Verlustes oder Zerstörung von Gepäck nicht besteht. Diese mE so nicht zwingend nachvollziehbare Regelung wird im Zusammenhang mit der Umsetzung der Vorschusspflicht ins österreichische Recht näher betrachtet.⁵⁰³

3.8 Formale Voraussetzungen für die Geltendmachung von Ansprüchen

Zu Gunsten des Klägers sieht Art 33 MÜ ebenso wie Art 28 WA eine Wahl des **Gerichtsstandes** vor. Zusätzlich zu den im Art 28 WA genannten Gerichtsständen⁵⁰⁴ enthält das MÜ noch eigene Gerichtsstände für den Ersatz eines Schadens der durch Tod oder Körperverletzung eines Reisenden eingetreten ist, sowie den des ausführenden

nehmen der Gemeinschaft“ sprechen, wird im Zuge dieser Arbeit die (veraltete) Terminologie beibehalten.

⁵⁰¹ AB I L 2008/283, 3 idgF.

⁵⁰² AB I L 1992/240, 1 idF AB I L 1993/45, 30.

⁵⁰³ Siehe S 248.

⁵⁰⁴ Siehe S 66.

Luftfrachtführers nach dem ZGA.⁵⁰⁵ So findet sich zu Gunsten der Passagiere der neue Gerichtsstand des Wohnortes des Reisenden, wenn der Wohnsitzstaat vom Luftfrachtführer gewerbsmäßig angeflogen wird und dieser dort zwecks Gewerbeausübung über Geschäftsräumlichkeiten verfügt.⁵⁰⁶

In Art 34 enthält das MÜ wie auch bereits das WA in dessen Art 32, Regelungen für ein Schiedsverfahren, allerdings nur betreffend Güterbeförderungsverträge. Wie auch in Art 29 WA beinhaltet das MÜ eine (von Amts wegen wahrzunehmende)⁵⁰⁷ Ausschlussfrist für Schadenersatzklagen (bei welcher es sich nach hM nicht um eine Verjährungs-, sondern um eine Präklusivfrist handelt)⁵⁰⁸, wobei die Regelung des MÜ jener des WA entspricht.⁵⁰⁹

3.9 Sukzessivbeförderung und gemischte Beförderung

Schließlich enthält das MÜ in Art 36 auch eine Regelung über aufeinanderfolgende Beförderungen, welche der Bestimmung des Art 30 WA⁵¹⁰ entspricht.⁵¹¹ Die auf den Fall einer durch Luftfahrzeuge als auch durch andere Verkehrsmittel, also auf eine gemischte Beförderung, anzuwendenden Bestimmungen, finden sich in Art 38 MÜ. Inhaltlich weicht die Bestimmung hinsichtlich Passagieren oder Reisegepäck nicht von jener des Art 31 WA ab.⁵¹²

Da im Gegensatz zum WA vertraglicher und ausführender Luftfrachtführer auseinanderfallen können, sieht das MÜ in Kapitel V dem ZGA entsprechende Regelungen vor. Art 39 und 40 MÜ entsprechen dabei inhaltlich Art II ZGA.⁵¹³ Selbiges gilt für die

⁵⁰⁵ Schütz in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 33 MÜ Rz 1.

⁵⁰⁶ *Stefula*, Neues Lufthaftungsübereinkommen vor In-Kraft-Treten, *ecolex* 2001, 877 (878).

⁵⁰⁷ Schütz in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 35 MÜ Rz 2 mwN.

⁵⁰⁸ Schütz in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 35 MÜ Rz 2 mwN.

⁵⁰⁹ Siehe S 67 f.

⁵¹⁰ Siehe S 67 f.

⁵¹¹ Schütz in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 36 MÜ Rz 1.

⁵¹² Schütz in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 38 MÜ Rz 1.

⁵¹³ Schütz in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 39 MÜ Rz 1 und Art 40 MÜ Rz 1.

weiteren Artikel des Kapitels V, weshalb an dieser Stelle auf die zum ZGA gemachten Ausführungen verwiesen wird.⁵¹⁴

3.10 Sonstiges

Artikel 49 des Kapitels VI über die sonstigen Bestimmungen ergänzt Art 26 MÜ über das Verbot von Haftungsausschlüssen oder –minderungen des Luftfrachtführers dadurch, dass er Vertragsbestimmungen und alle vor Schadenseintritt getroffenen Vereinbarungen mit denen das anzuwendende Recht bestimmt, oder Zuständigkeiten gemäß dem MÜ abgeändert werden sollen, für nichtig erklärt.⁵¹⁵ Selbige Regelung findet sich im WA in Art 32 Satz 1 WA.⁵¹⁶

Eine Neuerung im Vergleich zum WA stellt Art 50 über die Versicherungspflicht dar. Demnach haben die Vertragsstaaten Luftfrachtführer dazu zu verpflichten, zur Abdeckung ihrer Haftungen gemäß dem MÜ Versicherungen abzuschließen.⁵¹⁷ Auf Unionsebene wurde eine solche Verpflichtung für Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft sowohl in der VO 2407/1992 des Rates über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen⁵¹⁸, mittlerweile ersetzt durch die VO 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (heute Union, Anm)⁵¹⁹, sowie in der VO 2027/1997 des Rates über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen⁵²⁰, auf welche später noch näher einzugehen ist, vorgesehen. Konkrete Anforderungen enthält die diese Verordnungen ergänzende VO 785/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates über Versicherungsanforderungen an Luftfahrtunternehmen und Luftfahrzeugbetreiber^{521, 522}. Im Luftfahrtgesetz⁵²³ wurden entsprechende Bestimmungen

⁵¹⁴ Siehe S 69 f.

⁵¹⁵ Reuschle, MÜ² (2011) Art 49 Rz 1.

⁵¹⁶ Schütz in Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 49 MÜ Rz 1.

⁵¹⁷ Schütz in Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 50 MÜ Rz 1.

⁵¹⁸ Verordnung (EWG) Nr 2407/92 des Rates v 23. Juli 1992 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen, ABi L 1992/240, 1.

⁵¹⁹ Verordnung (EG) Nr 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft, ABi L 2008/293, 3 idgF.

⁵²⁰ Verordnung (EG) Nr 2027/97 des Rates v 9. Oktober 1997 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, ABi L 1997/285, 1 idgF. .

⁵²¹ Verordnung (EG) 785/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v 21. April 2004 über Versicherungsanforderungen an Luftfahrtunternehmen und Luftfahrzeugbetreiber, ABi L 2004/138, 1 idgF.

⁵²² Reuschle, MÜ² (2011) Art 50 Rz 1.

durch das BGBl 2006/88 eingefügt.⁵²⁴ Für Österreich trat das MÜ mit 28.06.2004 in Kraft.⁵²⁵

⁵²³ Bundesgesetz v 2. Dezember 1957 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz – LFG) BGBl 1957/253 idF BGBl I 2013/108.

⁵²⁴ Änderung des Luftfahrtgesetzes und des Bundesgesetzes über den zwischenstaatlichen Luftverkehr 1997 BGBl I 2006/88.

⁵²⁵ Die Ratifikation des Staatsvertrages erfolgte zu BGBl III 2004/131.

IV. Unionsrechtliche Regelungen⁵²⁶

1. Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen vor dem Übereinkommen von Montreal

Bereits vor dem MÜ gab es auf Gemeinschaftsebene die Verordnung (EG) Nr 2027/97 des Rates vom 9. Oktober 1997 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen⁵²⁷, welche am 17.10.1997 im Amtsblatt der EU kundgemacht worden ist, und seit dem 17.10.1998 gilt (Art 8 leg cit). Die VO ist dabei unmittelbar anwendbar⁵²⁸ und geht entsprechenden nationalen Bestimmungen vor⁵²⁹. Die Initiative für eine derartige Regelung ging von der Kommission aus, die am 15.02.1996 einen entsprechenden Vorschlag vorgelegt hat.⁵³⁰ Durch sie sollte das System des MÜ vorweg für die EU-Mitgliedstaaten eingeführt werden,⁵³¹ gleichzeitig hat gegenständliche Verordnung wohl auch einen wesentlichen Impuls für dieses geliefert.⁵³²

Wie *Tonner* bemerkt, kommt der Verordnung jedoch keineswegs der gleiche Stellenwert wie dem WA zu, welches sie auch nicht außer Kraft zu setzen vermag. Dies wäre schon aus völkerrechtlichen Gründen unzulässig gewesen. Einerseits ergibt sich der Vorrang des Völkerrechts nämlich bereits aus den Art 26 und 30 Abs 4 lit b WVK (*pacta sunt servanda*), andererseits aus dem Unionsrecht selbst, Art 351 AEUV, wonach völkerrechtliche Vereinbarungen der Mitgliedstaaten aus der Zeit vor ihrem Beitritt unberührt bleiben (darüber hinaus ist der räumliche und sachliche Anwendungsbereich des WA größer). Diese ist auch nicht direkt anwendbar, sondern verpflichtet in einer mit dem WA konformen Weise (siehe sogleich) die Luftfahrtunternehmen zur Anwendung der in ihr enthaltenen Haftungsbestimmungen an Stelle derjenigen des WA.⁵³³ In den

⁵²⁶ Siehe zu den Kompetenzen der Union auf dem Gebiet des Verkehrs das Kapitel „Kompetenzverteilung im Verkehrsbereich“ („Europarecht“), S 4 ff.

⁵²⁷ AB I L 1997/285, 1.

⁵²⁸ Art 288 Abs 2 AEUV.

⁵²⁹ EuGH 15.7.1964, C-6/64, *Costa/ENEL*, Slg 1964, 1251 ff.

⁵³⁰ AB I C 1996/104, 18 – 20.

⁵³¹ *Schmid*, Das Zusammenspiel von internationalen und europäischen Vorschriften zur Haftung für Passagier- und Gepäckschäden im internationalen Linienverkehr, RRa 2004, 198 (199).

⁵³² *Aufner*, Neuerungen im Luftfahrt-Haftpflichtrecht, ZVR 2002/84 (330).

⁵³³ *Tonner*, Die neue EG-Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, RRa 1998, 211 (211); *Giemulla/Schmid*, Die europarechtliche Neuordnung der Haftung bei Flugunfällen und ihre Auswirkung auf Luftfahrtunternehmen, NZV 1998, 225 (228); *Gansfort*, Praktische Anmerkungen zu der Europäischen Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Flugunfällen mit Personenschäden, ZLW 1998, 263 (265).

Erwägungsgründen werden als Gründe für die VO insbesondere die (zu) niedrigen Haftungshöchstgrenzen des WA (Erwägungsgrund 3), die Unanwendbarkeit des WA auf rein nationale Flüge (Erwägungsgrund 4) sowie der bessere Schutz von Fluggästen (Erwägungsgrund 6) genannt.

1.1 Haftungs(ober)grenzen

Dass mit gegenständlicher VO von den **Haftungsobergrenzen** des WA abgewichen werden sollte, war trotz des Vorrangs des Völkerrechts (Art 234 Abs 1 EWG-Vertrag, nunmehr Art 351 AEUV) unproblematisch, da das WA selbst in Art 22 Abs 1 3. Satz die Möglichkeit der Vereinbarung höherer Obergrenzen vorgesehen hat.⁵³⁴ Zum gleichen Ergebnis kommt man hinsichtlich des Verzichts auf die Möglichkeit des Entlastungsbeweises nach Art 20 WA, wodurch bis zu einer Höhe von 100.000 SZR jedenfalls Ersatz zu leisten ist, Art 3 Abs 2 der VO; dieser erfolgte zwar nicht freiwillig, allerdings handelte es sich dabei um ein weltweites Phänomen, weshalb der Zwang zu einem Verzicht nicht erst durch die Verordnung gegeben war.⁵³⁵

Im Gegensatz zum WA (und zum späteren MÜ) ist die VO auf **sämtliche Unfälle** anwendbar, die sich an Bord eines Flugzeuges oder beim Ein- oder Aussteigen ereignen, sofern es sich um Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft handelt: *„Diese VO regelt die Haftung von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft für Schäden bei Unfällen, bei denen ein Fluggast getötet, körperlich verletzt, oder sonst gesundheitlich geschädigt wird, sofern sich der Unfall, durch den der Schaden verursacht worden ist, an Bord eines Flugzeugs oder beim Ein- oder Ausstieg ereignet hat“*, Art 1 Abs 1. Eine internationale Beförderung wie noch von Art 1 WA und Art 1 MÜ gefordert, ist keine Voraussetzung mehr, Art 1 Abs 1 e contrario. Wie das WA umfasst die VO bei Personenschäden nicht nur Schäden am Körper sowie Todesfälle, sondern auch sonstige gesundheitliche Schäden, weshalb auf ihrer Grundlage auch psychische Schäden ersatzfähig sind.⁵³⁶

⁵³⁴ *Ruhwedel*, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) 143; *Gansfort*, Praktische Anmerkungen zu der Europäischen Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Flugunfällen mit Personenschäden, ZLW 1998, 263 (267); *Tonner*, Die neue EG-Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, RRa 1998, 211 (211).

⁵³⁵ *Gansfort*, Praktische Anmerkungen zu der Europäischen Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Flugunfällen mit Personenschäden, ZLW 1998, 263 (268).

⁵³⁶ *Mühlbauer*, Haftung aus dem Luftverkehr, in *Geigel* (Hrsg), Der Haftpflichtprozess²⁶ (2011) 29. Kapitel Rz 118.

Zentrale Bestimmung der VO ist Art 3, welcher die Haftung von Luftfahrtunternehmen regelt. Wesentliche Neuerung zum WA ist der **Entfall jeglicher finanzieller Beschränkungen bei Personenschäden**, Art 1 lit a, womit die entgegenstehende Bestimmung des Art 22 WA über die Beschränkung der Haftung des Luftfrachtführers bei Anwendbarkeit der VO 2027/97 „beseitigt“ wird.⁵³⁷ Eine weitere aus Sicht der Passagiere positive Neuerung stellte das für Luftfahrtunternehmen geltende Verbot dar, sich durch den Nachweis eines mangelnden Verschuldens an dem eingetretenen Schaden von der Haftung zu befreien, Art 3 Abs 2. Hingegen sieht das WA diese Möglichkeit zu Gunsten des Luftfrachtführers in Art 20 vor. Allerdings ist diese Unmöglichkeit einer Haftungsbefreiung nach der VO beschränkt auf Schäden bis zu einem Betrag von 100.000 SZR, Art 3 Abs 2. Übersteigt die Summe diesen Betrag, so haftet das Luftfahrtunternehmen unbeschränkt, allerdings mit der Möglichkeit einer Haftungsbefreiung für die den Betrag übersteigende Summe.⁵³⁸ Zusätzlich dazu sieht Art 3 Abs 1 lit b unter Verweis auf die VO (EG) 2407/92⁵³⁹ eine **Versicherungspflicht** für Luftfahrtunternehmen für die Haftungsgrenze von 100.000 SZR und darüber vor. Gemäß Art 3 Abs 3 kann es jedoch zu einer Minderung oder gar zu einer Befreiung der Haftung des Luftfahrtunternehmens kommen, wenn der Schaden durch fahrlässiges Verhalten der geschädigten Person (mit-) verursacht worden ist.

1.2 Vorschuss- und Informationspflicht

Eine weitere Neuerung zu Gunsten von Passagieren stellt eine Verpflichtung von Luftfahrtunternehmen zur **Leistung von Vorschüssen** dar. Demnach haben die ersatzberechtigten Personen des Art 5 Abs 1 einen Anspruch darauf,⁵⁴⁰ vom Unternehmen unverzüglich, jedoch spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Identitätsfeststellung des Schadenersatzberechtigten, einen finanziellen Vorschuss im Verhältnis zur Schwere des Falles zu erhalten, Art 5 Abs 1. Der Vorschuss hat nach Abs 2 leg cit im Todesfall mindestens 15.000 SZR zu betragen, stellt keine Haftungsanerkennung dar und kann mit später gezahlten Schadenersatzzahlungen verrechnet werden. Keine Verpflichtung zur

⁵³⁷ Mühlbauer, Die Verbesserung des Schutzes der Fluggäste durch die EG-Verordnung Nr 2027/97 v 9.10.1997, VersR 1998, 1335 (1335); präziser ist es davon zu sprechen, dass aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrecht (siehe S 33 ff) die Bestimmung des Art 22 Abs 1 WA unangewendet bleiben muss.

⁵³⁸ Stéfala, Haftung für Personenschäden von Fluggästen, ecoloX 2000, 569 (571).

⁵³⁹ Verordnung (EWG) Nr 2407/92 des Rates v 23. Juli 1992 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen, ABl L 1992/240, 1 idgF.

⁵⁴⁰ Tonner, Die neue EG-Haftungsverordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, RRa 1998, 211 (212).

Leistung von Vorschüssen besteht jedoch bei bloßen Sachschäden, zB am Reisegepäck, da die Verordnung auf solche keine Anwendung findet, Art 1 erster Satz. Ergänzt werden die zuvor genannten Bestimmungen durch eine **Informationsverpflichtung** der Luftfahrtunternehmen, als diese über ihre Haftung im Falle von Personenschäden und ihrer Verpflichtung zur Leistung von Vorschüssen in ihren Beförderungsbedingungen informieren müssen, Art 6 Abs 1.

1.3 Anwendungsbereich

An Stelle des weit verstandenen Begriffs des Luftfrachtführers als Haftungsadressat nach dem WA tritt aufgrund der VO ein Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft, Art 1 Abs 1.⁵⁴¹ Im Gegensatz zum WA nicht erfasst sind etwa Reisebüros.⁵⁴² Andere als Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft müssen die VO nicht anwenden, haben diesfalls aber die Passagiere beim Kauf von Beförderungsscheinen darüber ausdrücklich und eindeutig zu informieren, wenn sie Flüge nach, aus oder innerhalb der Gemeinschaft durchführen, Art 6 Abs 3. Der Kreis der Verpflichteten auf Grund der VO ist daher kleiner als unter Zugrundelegung des WA.

In Ermangelung einer Festlegung innerhalb der VO bereitet der **örtliche Anwendungsbereich** der VO Schwierigkeiten. Während beispielsweise *Giemulla* für eine Anwendung auf rein gemeinschaftsinterne Flüge eintrat,⁵⁴³ sah *Stefula* deren Anwendbarkeit auch auf Flüge in das Gebiet der Gemeinschaft und aus ihrem Gebiet gegeben. So ging er davon aus, und ist ihm darin beizupflichten, dass aufgrund der Regelung von Art 6 Abs 3 die VO bei Flügen aus einem Drittstaat in die EU oder umgekehrt anwendbar ist. Da nämlich Luftfahrtunternehmen mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft in solchen Fällen, wenn sie die VO nicht freiwillig anwenden, die Passagiere darüber informieren müssen, ist mangels spezieller Normierung davon auszugehen, dass (im Umkehrschluss) für Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft bei solchen Flügen die Regelungen der VO gelten.⁵⁴⁴ Da der Wortlaut des Art 1 mangels territorialer Einschränkung für eine weite Anwendbarkeit der VO spricht und die eben erwähnte Regelung des Art 6

⁵⁴¹ *Giemulla/Schmid*, Die europarechtliche Neuordnung der Haftung bei Flugunfällen und ihre Auswirkung auf Luftfahrtunternehmen, NZV 1998, 225 (225 f).

⁵⁴² *Stefula*, Haftung für Personenschäden von Fluggästen, ecolex 2000, 569 (571).

⁵⁴³ *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 20. Lfg 2001) Einleitung Rz 48; *Giemulla/Schmid*, Die europarechtliche Neuordnung der Haftung bei Flugunfällen und ihre Auswirkung auf Luftfahrtunternehmen, NZV 1998, 225 (227); ebenso *Ruhwedel*, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998) Rz 31.

⁵⁴⁴ *Stefula*, Haftung für Personenschäden von Fluggästen, ecolex 2000, 569 (571 f).

Abs 3 die Fälle von Flügen in das oder aus dem Gebiet der Gemeinschaft regelt, ist davon auszugehen, dass solche Flüge auch von ihr erfasst sein sollen.⁵⁴⁵ Zum gleichen Ergebnis kam *Gansfort*, demzufolge der Verordnung Hinweise für einen auf das Gemeinschaftsgebiet begrenzten, als auch weltweiten Anwendungsbereich entnommen werden könnten. Aufgrund des drohenden Konflikts zwischen dem EU-Recht und dem im Verhältnis zu diesem vorrangigen Völkerrecht, erfasse die Verordnung nur innergemeinschaftliche Flüge.⁵⁴⁶ Die Auseinandersetzung mit dieser Frage ist allerdings durch eine Änderung der VO, mit der diese an das MÜ angepasst worden ist, obsolet geworden und wird daher im Folgenden auf die VO in ihrer neuesten Fassung eingegangen.

Zuvor darf nicht unerwähnt bleiben, dass die Vereinbarkeit der VO mit dem Völkerrecht von Anfang an zweifelhaft war, zumal die VO, wie geschildert, in einigen Punkten deutlich vom WA abweicht. Während von Seiten des Rates argumentiert wurde, dass die VO die Pflichten der Vertragspartner aus dem Abkommen nicht tangieren würde, sondern sich die VO ausschließlich an die Luftfahrtunternehmen richte, entschied das englische High Court am 21.04.1999, dass das WA dessen Vertragsparteien auch verpflichte, die eigenen Luftfahrtunternehmen entsprechend dem Abkommen halten zu lassen – da die VO eine partielle Abkehr dieser Regelungen darstelle, würde sie gegen Völkerrecht verstoßen.⁵⁴⁷ In dieser Frage gab es auch in der Literatur unterschiedliche Standpunkte.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ Eine detaillierte Darstellung der Problematik aus völker- und europarechtlicher Sicht findet sich in *Stefula*, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001) 202 ff.

⁵⁴⁶ *Gansfort*, Praktische Anmerkungen zu der Europäischen Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Flugunfällen mit Personenschäden, ZLW 1998, 263 (269 f).

⁵⁴⁷ English High Court (Queen's Bench Division) 21.4.1999, 2 Common Market Law Reports 1999, 1385.

⁵⁴⁸ **Dafür:** *Ruhwedel*, Verordnung (EG) Nr 2027/97 des Rates über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen v 9.10.1997, TranspR 1998, 13 (15 f); *Gansfort*, Praktische Anmerkungen zu der Europäischen Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Flugunfällen mit Personenschäden, ZLW 1998, 263 (267 f); *Tonner*, Die neue EG-Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, RRa 1998, 211 (212 f) und *Stefula*, Völkerrechtswidrigkeit der EG-Haftungsverordnung? TranspR 2000, 399 (401 ff); **zweifelnd:** *Müller-Rostin*, Auf dem Wege zu einem neuen WA? TranspR 1998, 229 (232 f) und *Giemulla/Schmid*, Die europarechtliche Neuordnung der Haftung bei Flugunfällen und ihre Auswirkung auf Luftfahrtunternehmen, NZV 1998, 225 (227 f).

2. Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen nach dem Übereinkommen von Montreal

Diese wurde nach dem Inkrafttreten des MÜ durch die Verordnung EG Nr 889/2002⁵⁴⁹ geändert. Wie den Erwägungsgründen der Verordnung, welche mehrfach auf das MÜ Bezug nehmen (zB Erwägungsgründe 2, 6, 7, 15 und 18) zu entnehmen ist, war es vor allem Ziel und Zweck der VO auch **innerstaatliche Flüge zu erfassen** (Erwägungsgrund 8), da das MÜ nur auf internationale Flüge Anwendung findet (Art 1 MÜ). Außerdem sollten die **Fluggastrechte** durch gegenständliche Verordnung, welche zum MÜ hinzutritt, **gestärkt** werden, Erwägungsgrund 7.⁵⁵⁰ Art 1 der VO in der geänderten Fassung⁵⁵¹ fasst die Änderungen im Vergleich zur ursprünglichen Fassung mit folgenden Worten zusammen: *„Diese Verordnung setzt die einschlägigen Bestimmungen des Übereinkommens von Montreal über die Beförderung von Fluggästen und deren Gepäck im Luftverkehr um und trifft zusätzliche Bestimmungen. Ferner wird der Geltungsbereich dieser Bestimmungen auf Beförderungen im Luftverkehr innerhalb eines einzelnen Mitgliedstaates ausgeweitet“*. Art 3 Abs 1 der VO stellt nun eine Verweisungsnorm dar welche vorsieht, dass *„für die Haftung eines Luftfahrtunternehmens der Gemeinschaft für Fluggäste und deren Gepäck (...) alle einschlägigen Bestimmungen des Übereinkommens von Montreal“* gelten. Durch diesen Verweis wird der Anwendungsbereich der VO auf Schäden am Reisegepäck sowie auf Verspätungsschäden ausgeweitet (vgl dazu den Wortlaut des Art 1 VO 2027/97 aF).⁵⁵²

2.1 Versicherungspflicht

In Art 3 Abs 2 wurde die bereits in der ursprünglichen Fassung der VO vorgesehene Verpflichtung zum Abschluss einer Versicherung unter Verweis auf die VO (EWG⁵⁵³) 2407/92 bis zu einer gewissen Schadenshöhe im Wesentlichen beibehalten, wobei statt einer Versicherung in „angemessener Höhe“ zu einem Betrag übergegangen wurde, durch den *„(...) alle schadenersatzberechtigten Personen den vollen Betrag er-*

⁵⁴⁹ Verordnung (EG) Nr 889/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates v 13. Mai 2002 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr 2027/97 des Rates über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, ABl L 2002/140, 2.

⁵⁵⁰ Schmid, Das Zusammenspiel von internationalen und europäischen Vorschriften zur Haftung für Passagier- und Gepäckschäden im internationalen Luftverkehr, RRa 2004, 198 (200).

⁵⁵¹ Nachfolgend wird sie der Einfachheit halber als VO 2027/97 nF bezeichnet.

⁵⁵² Schmid, Das Zusammenspiel von internationalen und europäischen Vorschriften zur Haftung für Passagier- und Gepäckschäden im internationalen Luftverkehr, RRa 2004, 198 (201).

⁵⁵³ Europäische Wirtschaftsgemeinschaft.

halten, auf den sie (...) Anspruch haben“. Der Verweis auf die VO (EWG) 2407/92 geht nunmehr auf den ersten Blick ins Leere, da die VO mittlerweile aufgehoben wurde durch die VO (EG) 1008/2008⁵⁵⁴. Gemäß Art 27 Satz 2 der VO 1008/2008, welche gemäß Erwägungsgrund 1 Nachfolgerin der VO 2407/92 ist, gelten jedoch Verweise auf die aufgehobene VO (EWG) 2407/92 als Verweise auf deren Nachfolgerin gemäß einer im Anhang II der VO befindlichen Entsprechungstabelle.

2.2 Haftungs(ober)grenzen und Vorschusspflicht

Art 3a der VO 2027/97 nF ergänzt die Bestimmung des Art 22 Abs 2 des MÜ über Haftungshöchstbeträge für Reisegepäck und eine allfällige Erhöhung dieser bei Bekanntgabe eines besonderen Interesses des Passagiers und Zahlung eines verlangten Zuschlags dadurch, dass sich dieser Zuschlag nach einem Tarif zu richten hat, der sich seinerseits an bestimmten Parametern zu messen hat. Auf Anfrage ist dieser Tarif den Passagieren bekannt zu geben.

Zu Gunsten der Passagiere wurde der Mindestbetrag des zu leistenden Vorschusses gemäß Art 5 Abs 2 VO 2027/97 nF von 15.000 SZR auf 16.000 SZR angehoben. Wie in der ursprünglichen Fassung besteht auch nach der Änderung eine Verpflichtung zur Vorauszahlung der Luftfahrtunternehmen an die Schadenersatzberechtigten, womit die in Art 28 MÜ geschaffene Möglichkeit für alle Mitgliedstaaten der EU verpflichtend (und unmittelbar) umgesetzt wurde.⁵⁵⁵ Wie bereits nach der VO 2027/97 aF, besteht ein **Anspruch auf Vorauszahlung** aber lediglich in den Fällen von Tod oder Körperverletzung von Reisenden, welche die Folge eines Luftfahrzeugunfalles sind, Art 1 VO 2027/97 nF iVm Art 28 MÜ.

2.3 Informationspflichten

Durch die VO 889/2002 wurde die VO 2027/97 auch dahingehend abgeändert, dass in Art 6 Abs 1 für (alle) Luftfahrtunternehmen, so sie im Gemeinschaftsgebiet Luftbeförderungen gegen Entgelt anbieten, die Pflicht besteht, Passagiere an sämtlichen Verkaufsstellen mittels Zusammenfassung der wichtigsten Bestimmungen über die Haf-

⁵⁵⁴ Verordnung (EG) Nr 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v 24.9.2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (Neufassung), ABl L 2008/293, 3.

⁵⁵⁵ Schmid, Die Vorauszahlungspflicht des Luftfrachtführers bei Passagierunfällen im Rahmen von Luftbeförderungsverträgen, TranspR 2005, 346 (346).

tung der Luftfahrtunternehmen für Schäden an Fluggästen, Reisegepäck, Fristen etc zu informieren.⁵⁵⁶ Zu diesem Zweck sind die Hinweise im Anhang der VO zu verwenden, allerdings nur für Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft. Andere Luftfahrtunternehmen sind daran nicht gebunden. Diese Verpflichtung zu Gunsten der Passagiere gilt dabei auch für den Fall eines Abschlusses derartiger Verträge via Internet oder Telefon, Art 6 Abs 1 erster Satz. Wesentlich sowohl für das Luftfahrtunternehmen als auch den Passagier ist, dass diese Hinweise/Informationen nicht als Anspruchsgrundlage für allfällige Ansprüche herangezogen werden können, Abs 1 letzter Satz leg cit.

Zusätzlich zu den soeben geschilderten Hinweispflichten verpflichtet Abs 2 leg cit Luftfahrtunternehmen, wenn sie eine vereinbarte Beförderung gegen Entgelt oder in der Gemeinschaft durchführen, den Passagieren schriftliche Angaben zu dem jeweiligen Flug, über den Haftungshöchstbetrag des Unternehmens für Tod oder Körperverletzung (erster Spiegelstrich), sowie die Zerstörung, den Verlust oder die Beschädigung von Reisegepäck (zweiter Spiegelstrich) zu machen. Selbiges gilt auch für Schäden durch Verspätung (dritter Spiegelstrich).

2.4 Sonstiges

Schließlich wurde am 21.04.2004 die VO 785/2004⁵⁵⁷ erlassen, mit welcher gemäß Art 1 ein **Mindestversicherungsschutz** für Luftfahrtunternehmen und Luftfahrzeugbetreiber im Hinblick auf Fluggäste, Reisegepäck, Güter und Dritte bezweckt wird. Sie war gemäß den Erwägungsgründen eine Reaktion auf die Terroranschläge in den Vereinigten Staaten am 11.09.2001, und trat mit 01.05.2005 in Kraft. Diese Verordnung selbst enthält jedoch keine Anspruchsgrundlagen. Als solche dienen das MÜ, die VO 2027/97 idF 889/2002, sowie das Luftfahrtgesetz.⁵⁵⁸

Seit 17.02.2004 ist nunmehr die **VO 261/2004**⁵⁵⁹ in Kraft, welche die Folgen der Überbuchung, Annullierung und Verspätung von Flügen regelt. Sie ersetzt ihre Vorgän-

⁵⁵⁶ *Aufner*, Neuerungen im Luftfahrt-Haftpflichtrecht, ZVR 2002/84 (335).

⁵⁵⁷ Verordnung (EG) Nr 785/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v 21. April 2004 über Versicherungsanforderungen an Luftfahrtunternehmen und Luftfahrzeugbetreiber, ABI L 2004/138, 1.

⁵⁵⁸ *Aufner*, Das österreichische Luftfahrt-Haftpflichtrecht auf neuem Kurs, ZVR 2006, 349 (352).

⁵⁵⁹ Verordnung (EG) Nr 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr 295/91, ABI L 2004/46, 1 idgF.

gerregelung vom 04.02.1991, VO 295/91⁵⁶⁰, welche ebenfalls ein System von Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung im Flugverkehr vorsah. Die VO 261/2004 geht jedoch in mehrerer Hinsicht über ihre Vorgängerin hinaus. So umfasste der Anwendungsbereich der VO 295/91 beispielsweise lediglich Linienflüge und nur Ausgleichszahlungen, die aufgrund der Nichtbeförderung wegen Überbuchung entstanden sind, daher auch der inoffizielle Name „Überbuchungsverordnung“. Die VO 261/2004 soll im Zuge dieser Arbeit einer genauen Betrachtung unterzogen werden.

3. Die Fluggastverordnung

Die Verordnung (EG) 261/2004⁵⁶¹, für die sich eine Vielzahl von Kurzbezeichnungen herausgebildet hat, wie etwa „Fluggastverordnung“⁵⁶², „Fluggastrechteverordnung“⁵⁶³, „Passagierrechte-Verordnung“⁵⁶⁴ oder „neue Überbuchungsverordnung“⁵⁶⁵ – in Abgrenzung zu ihrer als „Überbuchungsverordnung“ bezeichneten Vorgängerregelung VO (EWG) 295/91⁵⁶⁶ – trat mit 17.02.2005 in Kraft und regelt die Folgen von Flugüberbuchungen, -annullierungen und -verspätungen und ersetzt ihre Vorgängerregelung vom 04.02.1991⁵⁶⁷, VO 295/91, welche ebenfalls ein System von Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung im Flugverkehr vorsah. Die VO 261/2004 war nicht der erste Anlauf der Kommission zur Fortentwicklung der VO 295/91.⁵⁶⁸ Bereits im Jahr 1998 legte sie einen Vorschlag für eine VO zur Änderung vor.⁵⁶⁹ Vor allem sollten in der neuen VO eine verbesserte Information der Fluggäste über ihre Rechte (Abs 4 und 12 der Erwägungsgründe), sowie eine Ausweitung des Anwendungsbereiches auch

⁵⁶⁰ Verordnung (EWG) Nr 295/91 des Rates v 4. Februar 1991 über eine gemeinsame Regelung für ein System von Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung im Linienflugverkehr, ABl L 1991/36, 5.

⁵⁶¹ Verordnung (EG) 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr 295/91, ABl L 2004/46, 15 idgF.

⁵⁶² *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1008.

⁵⁶³ *Lintschinger*, Zum rechtlichen Nachspiel in der Reisebranche auf Grund des Vulkanausbruchs in Island, wbl 2010, 321.

⁵⁶⁴ *Schmid*, Die Verordnung (EG) Nr 261/2004 – noch immer eine terra incognita, RRa 2012, 2.

⁵⁶⁵ *Aufner*, Die neue EU-Überbuchungsverordnung, ZVR 2005/66.

⁵⁶⁶ Verordnung (EWG) 295/91 des Rates v 4. Februar 1991 über eine gemeinsame Regelung für ein System von Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung im Linienflugverkehr ABl L 1991/36, 5.

⁵⁶⁷ Verordnung (EWG) Nr 295/91 des Rates v 4. Februar 1991 über eine gemeinsame Regelung für ein System von Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung im Linienflugverkehr, ABl L 1991/36, 5.

⁵⁶⁸ Da die VO nicht (mehr) nur auf den Fall einer Flugüberbuchung anzuwenden ist, sollte die Abkürzung „neue Überbuchungsverordnung“ vermieden gewählt werden, und wird diese fortan kurz Fluggastverordnung genannt.

⁵⁶⁹ Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr 295/91 über eine gemeinsame Regelung für ein System von Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung im Linienflugverkehr ABl C 1998/120, 18.

auf überbuchte Nichtlinienflüge vorgesehen werden (Abs 7 der Erwägungsgründe und Art 1 Z 1). Zudem wurden die zustehenden finanziellen Ausgleichsbeträge angehoben und weitere Ausgleichsleistungen vorgesehen.⁵⁷⁰

Gemäß seinem nach Art 294 AEUV (vormals Art 189 c EGV⁵⁷¹) zustehenden Recht, gab das Europäische Parlament zu diesem Entwurf eine Stellungnahme mit diversen Änderungswünschen ab.⁵⁷² So sollten nicht, wie im Entwurf vorgesehen, bloß Flüge aus dem Gemeinschaftsgebiet, sondern auch Flüge in dieses aus einem Drittland erfasst sein, sofern es sich um ein Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft handelt (Änderung 5). Ebenfalls einbezogen werden sollten auch jene Fälle, in denen der Flug aus wirtschaftlichen Gründen gestrichen wurde, also nicht bloß eine Überbuchung vorlag (Änderung 7). Dieser Entwurf trat jedoch nie in Kraft, da dazu Rat und Kommission diesen hätten annehmen müssen, bzw mangels Mehrheit im Rat aufgrund der Uneinigkeit von Spanien und Großbritannien über die Souveränitätsfrage bezüglich der Einbeziehung des Flughafens Gibraltar, nicht beschlossen werden konnte.⁵⁷³ Die Kommission hat daher ihren Vorschlag zurückgezogen.⁵⁷⁴ Bereits zuvor hatte die Kommission dies in einer Mitteilung über den Schutz der Fluggäste angekündigt.⁵⁷⁵ Ein neuer, diesmal auch erfolgreicher Anlauf der Kommission fand am 21.12.2001 statt.⁵⁷⁶ Mit der daraus resultierenden VO 261/2004 wurde die Vorgängerregelung VO 295/91 aufgehoben.

Gemäß Erwägungsgrund 1 der VO 261/2004 sollte diese ein **hohes Schutzniveau für Fluggäste** gewährleisten und dem Verbraucherschutz Rechnung tragen. Der mit der Vorgängerregelung dieser Verordnung geschaffene Schutzstandard sollte erhöht werden „(...) *um die Fluggastrechte zu stärken und um sicherzustellen, dass die Geschäftstätigkeit von Luftfahrtunternehmen in einem liberalisierten Markt harmonisierten Bedingungen unterliegt*“, Erwägungsgrund 4.

⁵⁷⁰ Aufner, Die neue EU-Überbuchungsverordnung, ZVR 2005/66 (230), .

⁵⁷¹ ABI C 1992/224, 1.

⁵⁷² ABI C 1998/292, 209.

⁵⁷³ Aufner, Die neue EU-Überbuchungsverordnung, ZVR 2005/66 (230).

⁵⁷⁴ ABI C 2004/5, 2-33.

⁵⁷⁵ KOM (2000) 365 endg.

⁵⁷⁶ ABI C 2002/103 E, 225.

3.1 Anwendungsbereich

Gemäß Artikel 1 der VO 261/2004 umfasst der Anwendungsbereich der Fluggastverordnung die **Nichtbeförderung** gegen den Willen der Fluggäste (lit a), die **Annullierung** (lit b) und die **Verspätung** des Fluges (lit c). Für diese Fälle werden Mindestrechte⁵⁷⁷ für Fluggäste festgelegt. Die Verordnung erfasst nach Artikel 3 Abs 1 grundsätzlich all jene Fluggäste, die ihren Flug auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates antreten, ebenso wie Flüge aus einem Drittland in das Gemeinschaftsgebiet, wenn es sich beim ausführenden **Luftfahrtunternehmen** um ein solches **der Gemeinschaft** handelt. Darunter ist gemäß Art 2 lit b ein Luftfahrtunternehmen zu verstehen, das „*im Rahmen eines Vertrages mit einem Fluggast (...) einen Flug durchführt oder durchzuführen beabsichtigt*“. Diese Regelung bringt den für Passagiere großen Nachteil, dass durch das sog **Code-Sharing**⁵⁷⁸ ein Passagier seine in der VO geregelten Rechte verlieren kann, wenn ein Luftfahrtunternehmen aus einem Drittland die tatsächliche Beförderung durchführt (arg „ausführendes Luftfahrtunternehmen“).⁵⁷⁹ Nach *Führich*, welcher sich auf das Urteil iS *Schenkel* des EuGH⁵⁸⁰ sowie zwei BGH⁵⁸¹ Urteile bezieht, verlieren die Fluggäste ihre Rechte aus der Verordnung mangels Anwendbarkeit auch dann, wenn es sich beim Code-Sharing-Partner um ein Luftfahrtunternehmen aus einem Drittstaat handelt, und der Flug in einem solchen von diesem fortgesetzt wird.⁵⁸² Dazu erfolgt sogleich eine nähere Betrachtung.

Lange Zeit herrschte Uneinigkeit darüber, was unter dem wesentlichen Begriff „**Flug**“ nach Artikel 1 Abs 1 leg cit genau zu verstehen ist. Insbesondere unklar war, ob die VO auch dann Anwendung findet, wenn ein Fluggast nach einer Flugunterbrechung

⁵⁷⁷ *Wagner*, Verbesserung der Fluggastrechte durch die Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2006, 337 (339).

⁵⁷⁸ Es handelt sich dabei um ein Element von Luftfahrtallianzen, bei dem „(...) ein Unternehmen den Flugdienst eines anderen Unternehmens in der Weise mit [-benutzt], dass es eigenes Verkehrsaufkommen (...) unter seiner eigenen Flugnummer auf dem Flugdienst des anderen Unternehmens einbucht, das die alleinige Verantwortung für die Durchführung des Fluges behält. Auf diese Weise ist der mittels Code Sharing vom anderen Unternehmen durchgeführte Flug in den Reservierungssystemen und an der Anzeigetafel am Flughafen daher entweder mit dem Code nur des ersten Unternehmens ausgewiesen oder es wird zumindest ein Doppelcode verwendet, um das Code Sharing offen zu legen“; *Schladebach*, Europäisches Luftverkehrsrecht: Entwicklungsstand und Perspektiven, EuR 2006, 773 (782).

⁵⁷⁹ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 40.

⁵⁸⁰ EuGH 10.07.2008, C-173/07, *Emirates/Schenkel*, Slg 2008, I-05237.

⁵⁸¹ BGH 28.05.2009, Xa ZR 113/08, NJW 2009, 2743; ders 26.11.2009, Xa ZR 132/08, NJW 2010, 1522.

⁵⁸² *Führich*, Reiserecht⁶ (2010), Rz 1022.

auf einem Flughafen, der sich nicht auf Gemeinschaftsgebiet befindet, das Flugzeug wieder betritt und dann verspätet weiterbefördert wird.

Während *Führich*⁵⁸³, das AG Frankfurt/Main⁵⁸⁴ und das BG HS Wien⁵⁸⁵ der Meinung waren, dass auf den gesamten Flug abzustellen ist bzw bei einem gleichzeitig gebuchten Hin- und Rückflug, dieser als einheitliche Leistung zu sehen ist, urteilte das AG Berlin - Mitte⁵⁸⁶, dass Hin- und Rückflug schon aufgrund des Sprachgebrauchs nicht als einheitlicher Flug angesehen werden könnten. In der Lehre⁵⁸⁷ ging die Meinung hingegen dahin, dass die VO auch auf jenen Fall Anwendung findet, in dem der Flug an einem EU-Flughafen begonnen wird und die Nichtbeförderung erst nach einem Zwischenaufenthalt auf der Teilstrecke des Rückflugs erfolgt. Es handle sich dabei um einen „Rundflug“ mit einheitlichem Flugschein.⁵⁸⁸

Es wäre insbesondere deshalb unzulässig eine als einheitliche Leistung vereinbarte Beförderung in einzelne Teile zu zerlegen, da die VO 261/2004 ua auch im Zusammenhang mit dem MÜ als Teil eines neuen System von Passagierrechten zu betrachten wäre. Das MÜ als Vorreiter dieser Rechte stelle in seinem Art 1 Abs 3 auf den gesamten Flug ab. Die andere Ansicht würde zudem dem Sinn und Zweck der VO widersprechen, weil diese Fluggesellschaften, die einen Flug mit Zwischenstopp durchführen, gegenüber jenen privilegieren würde, die einen Non-Stop-Flug anbieten. Zudem würde die Regelung des Art 8 Abs 1 lit a der VO, welcher auf „nicht zurückgelegte Flugabschnitte“ abstellt zeigen, dass auch Fluggäste auf Nicht-EU-Flughäfen ein Recht auf Rückbeförderung zum ersten Abflugort zustehen soll.⁵⁸⁹

Mittlerweile wurde diese strittige Interpretationsfrage vom EuGH⁵⁹⁰ im Zuge eines Vorabentscheidungsverfahrens in der Rechtssache *Emirates/Schenkel* vom 10.07.2008 endgültig geklärt. Der EuGH kommt dabei zu dem Ergebnis, dass gegenständliche VO auf den Fall einer Flugreise, bei der Fluggäste ihren Flug ursprünglich von einem Flughafen im Gebiet eines Mitgliedstaates angetreten haben, zu diesem von

⁵⁸³ *Führich*, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (3).

⁵⁸⁴ AG Frankfurt/Main 21.09.2006, 30 C 1565/06-25.

⁵⁸⁵ BG HS Wien 04.08.2006, 8 C 2016/05m.

⁵⁸⁶ AG Berlin - Mitte 14.12.2005, 11 C 206/05.

⁵⁸⁷ ZB *Schmid*, Anmerkungen zur Entscheidung des AG Mitte 14.12.2005, 11 C 206/05, RRa 2006, 91 f und *Führich*, Reiserecht⁵ (2005), 705 f; *Müller-Rostin*, Rechtliche Unsicherheiten bei der Neuregelung von Fluggastrechten, NZV 2007, 221 (222).

⁵⁸⁸ *Führich*, Reiserecht⁵ (2005) 705 f.

⁵⁸⁹ *Schmid*, Anmerkungen zur Entscheidung 11 C 206/05 des AG Mitte v 14.12.2005, RRa 2006, 92.

⁵⁹⁰ EuGH 10.07.2008, C-173/07, *Emirates/Schenkel*, Slg 2008, I-05237 Rz 22 ff.

einem Flughafen in einem Drittstaat mit keinem Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zurückreisen (Rundflug)⁵⁹¹, nicht anwendbar ist, womit der EuGH vom Begriff des Rundfluges des WA/MÜ abgeht.⁵⁹² Vielmehr müssten **Hin- und Rückflug** (selbst bei gleichzeitiger Buchung) **getrennt behandelt** werden, und die von der Verordnung festgelegten (Anwendungs-) Voraussetzungen für jeden einzeln und unabhängig vom anderen geprüft werden (siehe zur Begründung sogleich). Dass der Begriff des Fluges des MÜ (der dort selbst nicht definiert ist) trotz Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung im gegebenen Zusammenhang nicht von Relevanz war, hat der EuGH im selben Urteil damit begründet, dass das MÜ den Umfang der Verpflichtungen des Luftfrachtführers nicht unter Bezug auf den Begriff des Fluges festlege, und zudem der Begriff der einzigen Beförderung nach dem MÜ (Art 1 Abs 3) eher dem Begriff der Reise, welchen der EuGH in der selben Entscheidung definiert und strikt von jenem des Fluges trennt,⁵⁹³ ähnele.⁵⁹⁴

Der EuGH führt aus, dass der nicht definierte Begriff „Flug“ im Lichte der Bestimmungen der VO und des mit ihr verfolgten Zwecks auszulegen ist. Der teleologischen Interpretation misst der EuGH besondere Bedeutung zu, da Art 1 Abs 2 EUV aF⁵⁹⁵ (nunmehr Art 1 Abs 2 EUV nF) die fortschreitende Integration als Ziel der Gemeinschaften anführt, ebenso der erste Erwägungsgrund des EGV⁵⁹⁶ (nunmehr der erste Erwägungsgrund des AEUV). Generell bevorzugt der EuGH jene Auslegungsmethode, welche für die Zielerreichung am förderlichsten ist.⁵⁹⁷ Bezugnehmend auf Art 8 Abs 2 der Fluggastverordnung stellt der EuGH fest, dass ein Flug gemäß der Terminologie der VO nicht mit einer Reise identisch ist, und dass sich eine Reise aus mehreren Flügen zusammensetzen kann. Bestätigung findet diese Auslegung gemäß dem EuGH in der Begriffsbestimmung des „Endziels“ in Art 2 lit h der VO. Diese definiert den Terminus „Endziel“ als Zielort auf dem am Abfertigungsschalter vorgelegten Flugschein bzw bei direkten Anschlussflügen als Zielort des letzten Fluges. Außerdem werde in Art 8 Abs 1 der VO ein Unterschied zwischen dem ersten Abflugort und dem Endziel der Fluggäste

⁵⁹¹ Siehe S 50.

⁵⁹² *Führich, Reiserecht*⁶ (2010) Rz 1018.

⁵⁹³ EuGH 10.07.2008, C-173/07, *Emirates/Schenkel*, Slg 2008, I-05237 Rz 40 und 41.

⁵⁹⁴ EuGH 10.07.2008, C-173/07, *Emirates/Schenkel*, Slg 2008, I-05237 Rz 44 und 45.

⁵⁹⁵ Vertrag über die Europäische Union ABI C 1997/340, 1 idF ABI C 2001/80, 1; unter nF ist jene ab ABI C 2010/83, 1 zu verstehen.

⁵⁹⁶ Konsolidierte Fassung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABI C 2006/321 E, 37.

⁵⁹⁷ *Streinz, Europarecht*⁹ (2012) 614.

gemacht. Dies spreche dafür, dass unter „Flug“ nicht Hin- und Rückflug zu verstehen sind, andernfalls wären Abflugort und Endziel identisch. Schließlich würde es dem Ziel der VO, ein hohes Schutzniveau für Fluggäste sicherzustellen zuwiderlaufen, wenn man unter dem Begriff „Flug“ sowohl Hin- als auch Rückreise verstehen würde. Der Schutz, der den Fluggästen durch diese VO gegeben werden sollte, würde dadurch gemindert (Rz 35). Dies führt der EuGH unter Verweis auf eine andere Entscheidung⁵⁹⁸ an, ohne jedoch auszuführen, warum eine einheitliche Betrachtung zu einer Verminderung des Schutzes führen sollte (dazu sogleich). Gerade in der konkreten, dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegten Rechtssache *IATA und ELFAA*, wäre es für den Passagier von Vorteil gewesen, wenn der Flug von Deutschland aus in ein Drittland und re-tour mit keinem Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft als einheitlicher Flug angesehen worden wäre. Diesfalls wäre er beim Rückflug in den Anwendungsbereich der Fluggastverordnung gefallen.

Allenfalls könnten die in der folgenden Rz der Entscheidung (36) getroffenen Wertungen des Gerichtshofes seine Ansicht begründen, was aber offensichtlich vom EuGH nicht so gewollt war, da dieser neue Absatz mit dem Wort „außerdem“ begonnen wird, womit offensichtlich ein neuer Aspekt angesprochen werden soll. In Rz 36 meint der Gerichtshof, dass eine einheitliche Betrachtung insofern nachteilig für Passagiere sein könnte, als die Art 4 Abs 1, 5 Abs 1 und 8 Abs 1 der VO den Ersatz verschiedener, bei einem Flug auftretenden Schäden vorsehen, nicht aber dass ein solcher Schaden bei einem Flug mehrmals auftreten könnte. Sollte daher auf Hin- und Rückreise der gleiche Schaden entstehen, so könnten die Passagiere diesen nur einmal geltend machen. In diesem konkreten Fall würde eine einheitliche Betrachtung von Hin- und Rückflug als ein Flug tatsächlich nachteilige Folgen für den Passagier nach sich ziehen. Dies gilt zB auch für sich auf dem Hinflug ergebende Verspätungen, wenn danach der Rückflug zum Abflugort (der dann auch Zielort wäre) pünktlich erfolgt. In diesem Fall bestünden mangels verspäteten Eintreffens am „Zielort“ uU keine Ansprüche.⁵⁹⁹

Die Auslegung des Begriffes „Flug“ durch den EuGH vermag zu überzeugen. Aus Art 8 Abs 1 lit a zweiter Spiegelstrich und lit b leg cit ergibt sich, dass die Ansicht der Lehre und der Jud nicht zutreffen kann. Wären Abgangs- und Zielort ident, würde

⁵⁹⁸ EuGH 10.01.2006, C-344/04, *IATA und ELFAA*, Slg 2006, I-00403 Rz 69.

⁵⁹⁹ Dies im Hinblick auf die Judikatur des EuGH, wonach für die Geltendmachung von Ausgleichsansprüchen im Falle von Verspätungen (auch) auf die Ankunftsverspätung abzustellen ist, obwohl nach Art 6 der VO ausschließlich die Abflugverspätung relevant ist. Siehe zu der Problematik S 183.

die Unterscheidung zwischen diesen in Art 8 keinen Sinn machen. Darin ist dem EuGH zuzustimmen. Diese Entscheidung ist jedoch in der Literatur nicht unkritisiert geblieben. *Tonner*⁶⁰⁰ und *Wukoschitz*⁶⁰¹ halten beispielsweise die (autonome) Auslegung des Begriffes „Flug“ durch den EuGH für verfehlt, ebenso *Führich*⁶⁰². Insbesondere halten sie dessen wörtliche und teleologische Interpretation für verkehrt.

Dem Argument des EuGH, dass eine einheitliche Betrachtung von Hin- und Rückflug von Nachteil für die Passagiere wäre, kann aber insofern nicht gefolgt werden, als es hierbei einer Differenzierung bedarf. Dies trifft zwar wohl auf all jene Fluggäste zu, deren Rückflug aus einem Drittland in das Gemeinschaftsgebiet mit einem Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft erfolgt, ebenso wie für Passagiere rein innergemeinschaftlicher Flüge, da es sich diesfalls, wie der EuGH ausführt, um einen vom Anwendungsbereich erfassten Flug handeln würde und die VO nicht vorsieht, dass Ansprüche aus der VO zwei Mal geltend gemacht werden können. Sollten daher sowohl bei Hin als auch bei Rückflug Umstände auftreten, die die VO erfasst, so könnten diese nur einmal geltend gemacht werden, wenn man davon ausgeht, dass es sich um einen Flug handelt. Allerdings würde diese Sichtweise für Passagiere deren Rückflug aus einem Drittland (zurück in die EU) mit keinem Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu einem Flughafen im Gemeinschaftsgebiet erfolgt, einen Vorteil darstellen, da bei keiner einheitlichen Betrachtung der Rückflug überhaupt nicht vom Anwendungsbereich der VO erfasst wäre, und die Fluggäste daher auch keinerlei Rechte aus dieser ableiten könnten.⁶⁰³

Der EuGH ist sodann, wie auch das AG Berlin - Mitte⁶⁰⁴, der Ansicht, dass Art 17 zweiter Gedankenstrich (über eine mögliche Ausweitung der Verordnung auch auf Fluggäste, die in vertraglicher Beziehung zu einem Luftfahrtunternehmen der Union stehen, als auch auf Flüge die Teil einer Pauschalreise aus Drittstaaten in das Unionsgebiet sind, durchgeführt mit einem Luftfahrtunternehmen aus einem Drittstaat) und Erwägungsgrund 23 der VO (hinsichtlich der Ausweitung des Anwendungsbereichs der

⁶⁰⁰ *Tonner*, Anmerkung zum Urteil des EuGH iS *Emirates/Schenkel*, EuZW 2008, 569 (572 f); ders in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 42.

⁶⁰¹ *Wukoschitz*, Anmerkung zum Urteil des EuGH 10.07.2008, C-173/07, RRA 2008, 242.

⁶⁰² *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1018.

⁶⁰³ So auch *Wukoschitz*, der von einer Stärkung der Rechte Drittstaatsangehöriger zu Lasten der Unionsbürger spricht; *Wukoschitz*, Anmerkung zum Urteil des EuGH 10.07.2008, C-173/07, RRA 2008, 242 (243).

⁶⁰⁴ Siehe S 6.

Verordnung auf alle Fluggäste die in Vertragsbeziehung mit einem Luftfahrt- oder Reiseunternehmen der Union stehen, und von einem in einem Drittstaat gelegenen Flughafen in das Unionsgebiet fliegen) seine Auslegung bestätigen. Denn, so das Höchstgericht, würden bereits nach geltendem Recht „(...) Fälle einer Hin- und Rückreise erfasst, bei der die Fluggäste, die ursprünglich von einem Flughafen im Gebiet eines Mitgliedstaats aus geflogen sind, einen Flug ab einem Flughafen in einem Drittstaat antreten, dann fielen die in Art. 17 zweiter Gedankenstrich dieser Verordnung genannten Fluggäste bereits in seinen Anwendungsbereich. Somit wäre diese Bestimmung sinnlos.“ Für die Einstufung als einheitlicher Flug ist es laut EuGH völlig irrelevant, ob die beiden Flüge gemeinsam gebucht werden oder nicht, da die Definition des Begriffs „Buchung“ in Art 2 lit g der VO diesbezüglich keinerlei Anhaltspunkte liefert.⁶⁰⁵

Jedenfalls nicht erfasst sind gemäß Art 3 Abs 3 der VO Fluggäste, die kostenlos oder zu einem reduzierten Tarif reisen, welcher der Öffentlichkeit nicht oder nicht unmittelbar zur Verfügung steht. Entgegen der Ansicht der Reisebranche, fallen darunter nicht Flüge im Rahmen von Flugpauschalreisen. Diese sind zwar nicht öffentlich gemacht in dem Sinne, als sie nur als Teil einer kompletten Reise offeriert würden, allerdings dadurch noch keine nicht öffentlich gemachten Tarife.⁶⁰⁶ Ebenfalls nicht vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen sind nach der wohl hM Flüge im Rahmen von Kundenbindungsprogrammen, was bereits dem Wortlaut des zweiten Satzes von Abs 3 unzweifelhaft entnommen werden kann.⁶⁰⁷

Festzuhalten ist, dass auch wenn die Argumentation des Gerichtshofes zu überzeugen vermag, das das Ergebnis zeigt, dass diese Regelung der Fluggastverordnung – so wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird – nicht im Sinne der Passagiere ist. Selbst dann, wenn wie im Anlassfall Hin- und Rückflug mit ders Fluglinie gleichzeitig gebucht werden, es sich bei dieser aber um keine der Gemeinschaft handelt, so fällt der Hinflug bei einer Abreise aus dem Gemeinschaftsgebiet in den Anwendungsbereich, der Rück-

⁶⁰⁵ EuGH 10.07.2008, C-173/07, *Emirates/Schenkel*, Slg 2008, I-05237 Rz 48 ff.

⁶⁰⁶ Schmid, Die Verordnung (EG) Nr 261/2004 – noch immer eine terra incognita, RRa 2012, 2 (6); ebenso AG Düsseldorf, 28.09.2006, 39 C 9179/06, RRa 2007, 38 und unter Verweis auf dieses *Führich*, *Reiserecht*⁶ (2010) Rz 1021; LG Darmstadt 02.03.2011, 7 S 95/10, RRa 2011, 134; *Gaedtke*, *Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004*, VuR 2007, 201 (202) mit Verweis auf Erwägungsgrund 5.

⁶⁰⁷ ZB *Lurjer/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008) 98; *Leitl*, Die Rechte der Fluggäste – Ein Leitfaden für die Praxis (Teil I), RZ 2012, 170 (173); *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter Europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 48.

flug jedoch nicht.⁶⁰⁸ Darüber hinaus werden Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft durch diese Regelung gegenüber solchen aus Drittstaaten benachteiligt.⁶⁰⁹ Der Unionsgesetzgeber sollte die Fluggastverordnung in diesem Punkte passagierfreundlicher gestalten und den durch sie geschaffenen Wettbewerbsnachteil für Luftfahrtunternehmen der EU beseitigen.

3.2 Die Problematik von Zwischenlandungen

Gleichsam soll ein Passagier der Rechte aus der Fluggastverordnung verlustig werden, wenn er bei einem Flug in einen Drittstaat in einem ebensolchen zwischenlanden, und in ein Luftfahrtgerät eines anderen (gleich ob gemeinschaftlichen oder nicht) Luftfahrtunternehmens, umsteigen muss. Zum einen wird argumentiert, in einem solchen Fall wäre die Verordnung aufgrund Art 3 Abs 1 nicht anwendbar, da der Flug weder im Gebiet eines Mitgliedstaates angetreten wird, lit a leg cit, noch in einem Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft ein Flug aus einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat angetreten wird, so der BGH.⁶¹⁰ Wird aber nur aus betrieblichen Gründen zwischengelandet, der Flug sodann unverändert fortgesetzt, so soll es sich um ein und denselben Flug handeln, weshalb eine „(...) Nichtbeförderung, Flugannullierung oder große Verspätung des Weiterfluges in den Anwendungsbereich der Fluggastrechteverordnung einbezogen“ wird.⁶¹¹ Besteht ein Flug aus mehreren Abschnitten, so müssen die Voraussetzungen der VO für jeden einzelnen erneut geprüft werden, da der „angetretene Flug“ gemäß der Definition des „Endziels“ in Art 2 lit h mit dem Umsteigen beendet ist, wird argumentiert.⁶¹²

Diese Rechtsansicht ist freilich nicht unstrittig. So meinen *Schmid*⁶¹³ und *Tonner*⁶¹⁴, dass stets auf den **gesamten Flug abzustellen** sei, anstatt auf dessen Segmente.

⁶⁰⁸ Gleicher Ansicht zu dieser negativen Konsequenz der Entscheidung des EuGH ist *Lintschinger*, Zum rechtlichen Nachspiel in der Reisebranche auf Grund des Vulkanausbruchs in Island, wbl 2010, 321 (322); ebenso *Keiler*, Die Fluggastrechte-VO vor dem EuGH, ZVR 2009, 236 (238).

⁶⁰⁹ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1018; *Keiler*, Die Fluggastrechte-VO vor dem EuGH, ZVR 2009, 236 (238).

⁶¹⁰ BGH 28.05.2009, Xa ZR 113/08, RRa 2009, 242.

⁶¹¹ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1018 unter Verweis auf *Schmid*, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1841) und *Müller-Rostin*, Rechtliche Unsicherheiten bei der Neuordnung von Fluggastrechten, NZV 2007, 221 (222).

⁶¹² AG Frankfurt/Main 21.12.2007, 32 C 1003/07 – 22, RRa 2008, 146; *Müller-Rostin*, Rechtliche Unsicherheiten bei der Neuordnung von Fluggastrechten, NZV 2007, 221 (222); *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1019.

⁶¹³ *Schmid*, Die Nichtbeförderung von Fluggästen im Licht der neuesten Rsp des BGH, NJW 2009, 2724 (2725).

Zudem würde jede andere Sichtweise Fluggesellschaften, die Flüge mit Zwischenlandungen anbieten, privilegieren⁶¹⁵ und dem Sinn und Zweck der Verordnung widersprechen⁶¹⁶. Schließlich sieht *Schmid* seine Ansicht vom Telos der Norm dadurch bestätigt, dass Art 8 Abs 1 lit a erster Spiegelstrich vom Ersatz für „nicht zurückgelegte Reiseabschnitte“ spreche.⁶¹⁷ Entsprechend kritisch betrachten *Schmid*⁶¹⁸ und *Tonner*⁶¹⁹ daher die Jud des EuGH iS *Schenkel/Emirates*.

Abgesehen vom Fall von Zwischenlandungen zwecks Zustiegs weiterer Passagiere oder zum Auftanken des Flugzeugs, bestreitet *Müller-Rostin* die soeben geschilderte Ansicht *Schmids*. Erfolgt eine Landung zum Zweck des Umsteigens, differenziert *Müller-Rostin* danach, ob der Umstieg mit oder ohne Zeitverzögerung erfolgt. Im ersteren Fall, wenn dazwischen etliche Stunden liegen, soll es sich seiner Meinung nach aufgrund des Wortlautes des Art 2 lit h der VO 261/2004 nicht mehr um einen **direkten Anschlussflug** handeln, da die genannte Bestimmung unter „Endziel“ Anschlussflüge nur erfasse, sofern sie „direkt“ sind. Selbst wenn aber ein direkter Anschlussflug in diesem Sinne vorliegt, so soll der Anwendungsbereich der VO dann nicht eröffnet sein, wenn die Weiterbeförderung von einem Flughafen außerhalb des örtlichen Anwendungsbereiches der VO nicht durch ein Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft (heute Union, Anm) erfolgt.⁶²⁰

Der Entscheidung *Emirates/Schenkel* kann eine Lösung dieser Problematik nicht eindeutig entnommen werden. Zwar hat der EuGH entschieden, dass Hin- und Rückflug als zwei getrennte Segmente und somit rechtlich als zwei Flüge angesehen werden müssen; allerdings ist die grundsätzliche Frage im gegebenen Fall doch eine gänzlich andere, welche vom Höchstgericht nicht mit behandelt worden ist. Der EuGH hat in der Sache *Emirates/Schenkel* erkannt, dass es sich bei einem Flug im Sinne der VO 261/2004

⁶¹⁴ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 42.

⁶¹⁵ *Schmid*, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1842); diesem sich anschließend *Gaedtke*, Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2007, 201 (202).

⁶¹⁶ *Schmid*, Die Verordnung (EG) Nr 261/2004 – Europäischer Verbraucherschutz mit Nachbesserungsbedarf, ZLW 2005, 373 (380 f).

⁶¹⁷ *Schmid*, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1842).

⁶¹⁸ *Schmid*, Anmerkung zum Urteil des AG Frankfurt/Main 21.12.2007, 32 C 1003/07 – 22; RRa 2008, 146 (147 f)

⁶¹⁹ *Tonner*, Anmerkung zur Entscheidung des EuGH iS *Emirates/Schenkel*, EuZW 2008, 569 (571 ff); ders in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 42.

⁶²⁰ *Müller-Rostin*, Rechtliche Unsicherheiten bei der Neuregelung von Fluggastrechten, NZV 2007, 221 (222).

„(...) im Wesentlichen um einen Luftbeförderungsvorgang handelt, der somit in gewisser Weise eine „**Einheit**“ (Hervorhebung vom Autor, Anm) dieser Beförderung darstellt, die von einem Luftfahrtunternehmen durchgeführt wird, das die entsprechende Flugroute festlegt“⁶²¹. Zum einen ist fraglich, was unter „von **einem** (Hervorhebung vom Autor, Anm) Luftfahrtunternehmen“ zu verstehen ist. Aus der Formulierung könnte man schlussfolgern, nur eine Beförderung die von ein und demselben Luftfahrtunternehmen durchgeführt wird, ist „ein“ Flug. Dies würde aber bedeuten, dass dadurch uU jene Passagiere benachteiligt wären, deren weitere Beförderung von einem anderen Luftfahrtunternehmen durchgeführt wird, und kann daher nicht im Sinne der Passagiere und des von der VO für diese propagierten hohen Schutzniveaus sein.

Mit *Müller-Rostin* ist hier Bedacht auf die **Definition des „Endziels“** in Art 2 lit h zu nehmen, also „(...) den Zielort auf dem am Abfertigungsschalter vorgelegten Flugschein bzw bei direkten Anschlussflügen den Zielort des letzten Fluges (...)“. Der Verordnungsgeber hat hier den Fall des Umstiegs bedacht und „direkte Anschlussflüge“ als Teilschritt zur Erreichung des Endziels, und somit als Einheit betrachtet. Eine Ansicht, die mittlerweile auch jener des EuGH entspricht (dazu sogleich).⁶²² Fraglich ist allerdings die Definition von „direkt“ und so droht hier ein ähnliches Problem wie bis zur Entscheidung des EuGH hinsichtlich der Abgrenzung des Begriffs der „Annullierung“ nach Art 5 mit jenem der „Verspätung“ nach Art 6, wo versucht wurde eine bestimmte Zeitgrenze zu ziehen.⁶²³ In Verbindung mit der Definition des EuGH des Begriffs „Flug“ und den Überlegungen von *Müller-Rostin* könnte man zu dem Schluss gelangen, dass zwar auf die einzelnen Flugabschnitte abzustellen ist,⁶²⁴ wobei eine mehrfache Beförderung durch das gleiche Luftfahrtunternehmen als ein Flug iS eines Abschnitts zu werten sein kann, stellt man auf die Definition des EuGH ab, wonach ein Flug ein Luftbeförderungsvorgang ist, welcher „von **einem** (Hervorhebung vom Autor, Anm) Luftfahrtunternehmen durchgeführt wird, das die entsprechende Flugroute festlegt“. Mit *Müller-Rostin* wird aufgrund der Formulierung des Art 2 lit h bei „direkten Anschlussflügen“ ein Flug iS eines Flugabschnittes vorliegen. Zu klären bleibt freilich noch, ab wie vielen Stunden nicht mehr von „direkt“ gesprochen werden kann. Allerdings ist die Ansicht von *Müller-Rostin* nicht unproblematisch. Diese könnte dazu füh-

⁶²¹ EuGH 10.07.2008, C-173/07, *Emirates/Schenkel*, Slg 2008, I-05237 Rz 40.

⁶²² EuGH 26.02.2013, C-11/11, *Air France SA/Folkerts*.

⁶²³ Siehe S 192 ff.

⁶²⁴ Gleicher Ansicht auch BGH 30.4.2009, Xa ZR 78/08, NJW 2009, 2740 (2741).

ren, dass Luftfahrtunternehmen ihre Flüge so planen, dass es beim Umsteigen zu langen Wartezeiten für die Passagiere kommt. Dies würde – vorausgesetzt man stellt auf eine fixe zeitliche Grenze ab – dazu führen, dass sich Luftfahrtunternehmen auf diese Weise von ihren Verpflichtungen aus der Fluggastverordnung befreien könnten, und Passagiere, die ohnehin schon lange auf einen Anschlussflug warten müssen, zudem auch noch ihre Rechte verlieren würden. Gerade diese Passagiere trifft eine eintretende Verspätung oder gar Annullierung ihres Fluges am härtesten. Dies würde dem Sinn und Zweck der Verordnung widersprechen. Zudem würde es zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Benachteiligung von Passagieren mit längeren Wartezeiten kommen. „Direkt“ ist daher in dem Sinne zu verstehen, dass der Anschlussflug den Zubringerflug gemäß der Buchung fortsetzt.

Mit *Schmid* ergibt sich zudem bereits aus Art 2 lit h, dass der Gesetzgeber auch den Fall von Zwischenlandungen vor Augen hatte. Insofern kann auch dem BGH in seinem Urteil aus 2009⁶²⁵ nicht vollinhaltlich zugestimmt werden, hat dieser doch den ausdrücklich vom Ordnungsgeber geregelten Fall des Umsteigens in Art 2 lit h nicht hinreichend beachtet.⁶²⁶

Auch der EuGH hat mittlerweile in der Sache *Air France SA*, wo aufgrund eines verspäteten Zubringerfluges der Anschlussflug nicht erreicht wurde, und die Passagiere mit großer Verspätung am Endziel ankamen entschieden, dass diese beiden Flüge als eine **Einheit** anzusehen sind. Entscheidend dafür sei „(...) *der Zielort auf dem am Abfertigungsschalter vorgelegten Flugschein bzw bei direkten Anschlussflügen der Zielort des letzten Fluges*“.⁶²⁷ Dies mE daher auch dann, wenn auf den einzelnen Teilflügen das ausführende Luftfahrtunternehmen wechselt. Unbeachtlich ist daher auch ein allfälliger Wechsel in der Identität eines Luftfahrtunternehmens bei einem Anschlussflug im Rahmen eines Code-Share-Abkommens, welcher die Einheit der Beförderungen nicht zu durchbrechen vermag. Zweifel daran könnten anlässlich des bereits erwähnten Urteils *Emirates/Schenkel* des EuGH entstehen, wonach es sich gemäß der VO 261/2004 bei einem Flug „(...) *im Wesentlichen um einen Luftbeförderungsvorgang handelt, der somit in gewisser Weise eine „Einheit“ dieser Beförderung darstellt, die von einem*

⁶²⁵ BGH 30.04.2009, Xa ZR 78/08, NJW 2009, 2740 (2741).

⁶²⁶ Im Ergebnis auch *Schmid*, Die Nichtbeförderung von Fluggästen im Licht der neuesten Rsp des BGH, NJW 2009, 2724 (2725).

⁶²⁷ EuGH 26.02.2013, C-11/11, *Air France SA/Folkerts* Rz 34.

*Luftfahrtunternehmen durchgeführt wird, das die entsprechende Flugroute festlegt“.*⁶²⁸ Aus dem Zusammenhang mit der **Definition** des „**ausführenden Luftfahrtunternehmens**“ in Art 2 lit b, worunter ein Luftfahrtunternehmen zu verstehen ist, das „*im Rahmen eines Vertrages mit einem Fluggast (...) einen Flug durchführt oder durchzuführen beabsichtigt*“ könnte man folgern, dass ein Flug immer nur von einem Luftfahrtunternehmen ausgeführt werden kann. Wird der Anschlussflug von einem anderen Unternehmen ausgeführt als der Zubringerflug, könnte demnach nicht von einem einheitlichen Flug im Sinne der Fluggastverordnung gesprochen werden. Dieses Ergebnis wäre auch aus Sicht der Passagiere unerfreulich, würde es den Luftfahrtunternehmen doch durch Aufteilung eines Fluges vom Abgangs- zum Bestimmungsort auf mehrere Luftfahrtunternehmen ermöglichen, das Risiko zur Leistungserbringung nach der VO 261/2004 zu reduzieren.

Das LG Frankfurt/Main (und davor das AG Frankfurt/Main) hat bereits zu Gunsten der Passagiere entschieden, dass es bei einer Verspätung im Falle eines Zubringerfluges nicht auf die Kontinuität des Luftfahrtunternehmens beim Anschlussflug ankommt.⁶²⁹ Das Gericht argumentiert dabei überzeugend auf Basis des Urteils *Air France SA*, dass für das Vorliegen einer Verspätung auf den Begriff des Endziels⁶³⁰ als „*Zielort auf dem am Abfertigungsschalter vorgelegten Flugschein bzw bei direkten Anschlussflügen der Zielort des letzten Fluges*“ sowie auf die dort auftretende Verspätung abzustellen ist. Im vom LG Frankfurt/Main zu entscheidenden Fall war zudem der verspätete Zubringerflug kausal für den nicht erreichten Anschlussflug und die damit eingetretene große Verspätung am Endziel. Aber selbst wenn erst der Anschlussflug verspätet gewesen wäre, würde mE im Einklang mit der Rsp des EuGH bei einem Anschlussflug iS der Verordnung ein den Anwendungsbereich der VO begründender Sachverhalt vorliegen. Dafür würde auch die schon erwähnte Umgehungsgefahr sprechen, die sich bei gegenteiliger Ansicht ergeben würde. Zu bedenken ist auch hier, dass die VO in Erwägungsgrund 1 von einem hohen Schutzniveau für die Fluggäste spricht, was auch den EuGH bereits zu extensiven Interpretationen der VO veranlasst hat. Es bleibt daher festzuhalten, dass mit der Jud des EuGH bei einem „einheitlichen Flug“ Zwischenlandungen bis zum Erreichen des Endziels in den Anwendungsbereich der VO fallen. Daran ändert

⁶²⁸ EuGH 10.07.2008, C-173/07, *Emirates/Schenkel*, Slg 2008, I-05237 Rz 40.

⁶²⁹ AG Frankfurt/Main 13.12.2012, 29 C 655/12 (11), RRA 2013, 26; LG Frankfurt/Main 26.03.2013, 2-24 S 16/13.

⁶³⁰ Siehe dazu ausführlich S 97 ff.

auch ein Wechsel in der Identität des ausführenden Luftfahrtunternehmens nichts. Dies auch dann nicht, wenn in einem Drittland in kein Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft (heute Union, Anm) umgestiegen wird. Für die Eröffnung des Anwendungsbereiches kommt es nur darauf an, dass bei einem einheitlichen Flug beim ersten Zubringerflug der Anwendungsbereich der VO gemäß Art 3 Abs 1 eröffnet ist.⁶³¹

3.3 Berechtigte und Verpflichtete aus der Verordnung

Gemäß Art 3 Abs 4 und 5 der VO ist Anspruchsteller der Fluggast, ohne Unterschied ob es sich um einen Unternehmer oder Verbraucher handelt.⁶³² Um Rechte aus der Fluggastverordnung geltend machen zu können ist es notwendig, dass die Fluggäste gemäß Art. 3 Abs 2 lit a leg cit über eine **bestätigte Buchung** für den betreffenden Flug verfügen und sich entweder zu der zuvor schriftlich angegebenen Zeit zur Abfertigung einfinden, oder spätestens 45 Minuten vor der veröffentlichten Abflugzeit, falls keine Zeitangabe erfolgte. Die VO ist auch dann anwendbar, wenn die Fluggäste von einem Luftfahrt- oder Reiseunternehmen von einem Flug für den sie eine Buchung besaßen, auf einen anderen Flug verlegt wurden, lit b leg cit.

Wohl nicht zum Nachteil der Passagiere kann seitens des ausführenden Luftfahrtunternehmens geltend gemacht werden, wenn sich ein Passagier zwar rechtzeitig beim Abfertigungsschalter anstellt, aufgrund großen Andrangs jedoch erst nach Ablauf der Meldefrist den Abfertigungsschalter erreicht, wenn der Grund dafür in der mangelnden Organisation des ausführenden Luftfahrtunternehmens begründet ist.⁶³³ Ebenso wird es zu keinem Verlust der Rechte des Passagiers aus der VO kommen, wenn sich dieser zwar erst nach dem Beginn der Abfertigung, aber vor deren Ende am Flugsteig einfindet.⁶³⁴

Der BGH hat entschieden, dass ein Passagier, der bereits am Abflugort auch für den Anschlussflug abgefertigt wird, Anspruch auf eine Ausgleichsleistung nach Art 7 hat, wenn er aufgrund eines zu spät ankommenden Zubringerfluges einen Anschlussflug

⁶³¹ Siehe zu der Problematik der Identität des Luftfahrtunternehmens bei Zwischenlandungen auch S 178 f.

⁶³² *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1021.

⁶³³ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010), Kap 15 Rz 46; AG Erding 5.7.2006, 4 C 309/06, RRa 2007, 41; ebenso *Gaedtke*, Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2007, 201 (202).

⁶³⁴ BGH 30.4.2009, Xa ZR 78/08, NJW 2009, 2740 (Rz 9).

versäumt. Hier gelange die Voraussetzung, dass sich der Passagier gemäß Art 3 Abs 2 lit a zweiter Spiegelstrich zeitgerecht zur Abfertigung einfinden muss, nicht zur Anwendung. Eine andere Lösung würde nach Ansicht des Gerichtshofes weder Sinn machen, noch dem Telos der in Art 3 Abs 2 lit a enthaltenen Abfertigungszeit entsprechen, da der Passagier bereits mit der Aufgabe des Reisegepäcks bis zum Endziel ausreichend deutlich seinen Willen zum Antritt auch des Anschlussfluges bekundet hätte. Ist somit der Zubringerflug unpünktlich und erscheint der Passagier zwar verspätet aber noch während des Einsteigevorgangs am jeweiligen Gate, so ist dieser vom Luftfahrtunternehmen zu befördern. Eine Weigerung würde den Tatbestand der Nichtbeförderung des Art 4 erfüllen und das Unternehmen zur Leistung von Ausgleichszahlungen verpflichten.⁶³⁵

Anspruchsgegner nach dieser VO ist das **ausführende Luftfahrtunternehmen** bzw jenes, das den Flug durchzuführen beabsichtigt (Art 2 lit b aE), unabhängig davon, ob der Passagier einen Vertrag mit diesem hat,⁶³⁶ dies gilt auch für Passagiere bei denen der Flug Teil einer Pauschalreise ist.⁶³⁷ Das in Anspruch genommene Luftfahrtunternehmen kann jedoch seinerseits wieder Regress gegen einen Vertragspartner des Fluggastes nehmen, Art 13 der VO. Daher ist auch dann der Anspruch gegen das ausführende Luftfahrtunternehmen zu richten, wenn ursprünglich ein anderes vorgesehen war, dieses seiner Leistungsverpflichtung jedoch nicht nachkommen konnte,⁶³⁸ auch bei einem Code-Share-Flug,⁶³⁹ wobei hier den Passagieren klar sein muss, dass es sich um einen solchen handelt.⁶⁴⁰ Nach einem Hinweisbeschluss des deutschen BGH⁶⁴¹ sind die Ansprüche aus der Fluggastverordnung stets gegen das ausführende Luftfahrtunterneh-

⁶³⁵ BGH 28.08.2012, X ZR 128/11, RRa 2012, 285 (285 f).

⁶³⁶ ZB AG Frankfurt/Main 15.06.2007, 31 C 739/07-23, RRa 2008, 48; *Schmid*, Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2007, 261 (267); *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 43; *Führich*, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (4); *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1022; AG Frankfurt/Main 24.08.2006, 31 C 1457/06-17, RRa 2007, 133; BGH 07.10.2008, X ZR 37/08, RRa 2009, 41; *Degott*, DAR - Fluggastrechte-Verordnung (EG) 261/2004, DAR 2010, 543 (545).

⁶³⁷ BGH 07.10.2008, X ZR 37/08, RRa 2009, 41 unter Hinweis auf *Führich*, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (4) und *Schmid*, Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2007, 261 (267); *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 43; *Degott*, DAR - Fluggastrechte-Verordnung (EG) 261/2004, DAR 2010, 543 (545); HG Wien 16.03.2009, 1 R 288/08p; *Gaeditke*, Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2007, 201 (202); siehe dazu auch Erwägungsgrund 5 der VO.

⁶³⁸ *Degott*, DAR - Fluggastrechte-Verordnung (EG) 261/2004, DAR 2010, 543 (545).

⁶³⁹ BGH 26.11.2009, Xa ZR 132/08, RRa 2010, 85 f.

⁶⁴⁰ OLG Frankfurt/Main 14.02.2007, 16 U 216/06, RRa 2008, 88; AG Frankfurt/Main 12.10.2006, 30 C 1726/06-75, RRa 2007, 39; AG Frankfurt/Main 24.08.2006, 31 C 1457/06-17, RRa 2007, 133.

⁶⁴¹ BGH 11.03.2008, X ZR 49/07, RRa 2008, 175 ff.

men und nicht gegenüber dem Reiseveranstalter geltend zu machen. Diese Frage hat der BGH dem EuGH als zur Vorabentscheidung gemäß Art 234 Abs 1 lit b und Abs 3 EG (nunmehr Art 267 Abs 1 lit b und Abs 3 AEUV) vorgelegt. Mit seinem Vorlagebeschluss vom 07.10.2008 wollte der BGH wissen, ob die Umbuchung auf einen anderen Flug einen von Art 4 Abs 3 der Fluggastverordnung erfassten Sachverhalt darstellt, somit einen Fall der Nichtbeförderung, und bejahendenfalls, ob dies auch auf eine von einem **Reiseunternehmen veranlasste Umbuchung** zutrifft. Die zentrale Frage dabei war, ob Art 3 Abs 2 voraussetzt, dass eine **Zurückweisung** des Reisenden **am Flugsteig** stattfindet. Dabei gelangt er schließlich zu der Ansicht, dass es – um den Pauschalfluggast gegenüber dem Linienfluggast nicht zu benachteiligen – nicht darauf ankommen könne, aus welcher Sphäre der Grund für die Umbuchung stammt.⁶⁴² Während das Erstgericht, das AG Rüsselsheim⁶⁴³, in diesem Fall Art 4 Abs 3 für anwendbar erklärte, wurde dies von der zweiten Instanz, dem LG Darmstadt⁶⁴⁴ verneint.

Gegen die Einbeziehung solcher Umbuchungen (durch Reiseunternehmen) könnte sprechen, so der BGH, dass die Verordnung vorrangig jene Verpflichtungen regelt, die das ausführende Luftfahrtunternehmen treffen. Es ist auch dieses und nicht der Reiseveranstalter, das die Ausgleichsleistungen gemäß Art 7 und die Unterstützungsleistungen nach den Art. 8 und 9 zu erbringen hat. Der Veranstalter könnte eine Umbuchung vornehmen, ohne dass das ausführende Luftfahrtunternehmen Einfluss darauf hätte, was als Argument gegen eine Subsumierung einer Umbuchung durch den Reiseveranstalter unter Art 4 Abs 3 sprechen könnte.⁶⁴⁵ Zudem könne Art 4 Abs 1 dafür sprechen, dass nur Beförderungsverweigerungen durch das ausführende Luftfahrtunternehmen erfasst sind, da sich diese Bestimmung ausschließlich an die ausführende Fluggesellschaft richte. Ebenso dafür spräche der Wortlaut der französischen und spanischen Sprachfassung, in welcher aktiv formuliert wird, dass die Beförderungsverweigerung durch die Fluggesellschaft stattfinden muss.⁶⁴⁶

Andererseits wäre es dem Pauschalfluggast bei einer Verlegung (Umbuchung) vielfach nicht möglich nachzuprüfen, wer die Änderung tatsächlich veranlasst hat. Dies könnte laut BGH dafür sprechen, Verlegungen durch Dritte nicht anders zu behandeln

⁶⁴² BGH 07.10.2008, X ZR 96/06, RRa 2009, 89; gleicher Ansicht *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1026.

⁶⁴³ AG Rüsselsheim 06.01.2006, 3 C 1127/05 (35), RRa 2006, 92.

⁶⁴⁴ LG Darmstadt 12.07.2006, 21 S 20/06, RRa 2006, 228.

⁶⁴⁵ BGH 07.10.2008, X ZR 96/06, RRa 2009, 89 Rz 15.

⁶⁴⁶ BGH 07.10.2008, X ZR 96/06, RRa 2009, 89 Rz 9.

als Verlegungen durch das Luftfahrtunternehmen. Ein weiterer Nachteil einer Beschränkung bloß auf Gründe aus der Sphäre des Luftfahrtunternehmens könnte sein, dass die Verantwortung für eine Nichtbeförderung gegenüber dem Fluggast dem nicht haftenden Partner zugeschoben wird, so das Höchstgericht.⁶⁴⁷ Bedauerlicherweise wurde diese Rechtssache aufgrund einer außergerichtlichen Einigung der Parteien des Verfahrens nicht vom EuGH im Zuge eines Vorabentscheidungsverfahrens entschieden.⁶⁴⁸

Die Frage an dieser Stelle ist mE, ob die VO darauf abstellt, dass der Grund für die Nichtbeförderung/Annullierung/Verspätung aus der Sphäre des Luftfahrtunternehmens stammen muss, oder ob unabhängig davon in einem dieser Fälle der Fluggast Rechte gegenüber dem ausführenden Luftfahrtunternehmen haben soll, da dieses die konkrete Leistung letztendlich erbringt. Meiner Meinung nach ist letzteres der Fall. Der umfassende Schutzgedanke aus Erwägungsgrund 1, die Einbeziehung von Flügen im Rahmen von Pauschalreisen in Erwägungsgrund 5, und die bestehende Regressmöglichkeit in Art 13 gegenüber dem Reiseunternehmen sprechen für diese Ansicht.⁶⁴⁹ Die Ansprüche daraus könnten freilich ausschließlich gegenüber dem ausführenden Luftfahrtunternehmen geltend gemacht werden, welches sich sodann aufgrund der Regressbestimmung des Art 13 der Fluggastverordnung uU am Reiseveranstalter regressieren könnte. Schließlich wird in Art 3 Abs 2 lit b zwischen einer Umbuchung durch ein Luftfahrt- oder Reiseunternehmen nicht näher unterschieden, sodass schon der Wortlaut für dieses Ergebnis spricht.⁶⁵⁰

3.4 Die Nichtbeförderung des Fluggastes

Die VO regelt in Art 4 Abs 1 den Fall der Nichtbeförderung durch ein Luftfahrtunternehmen. Eine solche Nichtbeförderung ist in Art 2 lit j definiert als Weigerung Fluggäste zu befördern, obwohl sich diese entsprechend den Vorgaben am Flugsteig eingefunden haben, und keine vertretbaren Gründe für die Nichtbeförderung vorliegen. Beispielshalber sind als solche **von den Passagieren zu vertretenden Gründe**, oder anders formuliert „*in der Person des Fluggastes liegende Gründe*“⁶⁵¹, deren **gesund-**

⁶⁴⁷ BGH 07.10.2008, X ZR 96/06, RRa 2009, 89 Rz 16.

⁶⁴⁸ *Leitl*, Die VO (EG) Nr 261/2004: Die Rechte der Fluggäste – Ein Leitfaden für die Praxis (Teil I), RZ 2012, 170 (175).

⁶⁴⁹ Im Ergebnis auch *Führich*, für den die Sphäre aus der der Grund stammt, unbeachtlich ist: *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1026.

⁶⁵⁰ Siehe zu dem Problem auch S 160 f.

⁶⁵¹ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1023.

heitlicher Zustand, die **Sicherheit** oder mangelnde **Reiseunterlagen**, angeführt. Trägt beispielsweise ein Passagier gefährliche Gegenstände mit sich, so wird im Hinblick auf die allgemeine Sicherheit die Beförderung zu verweigern sein.⁶⁵² Andere als diese Gründe, welche als Einwand des Luftfahrtunternehmens gegen eine Beförderung vorgebracht werden, berechtigen den Passagier zu den Ausgleichsleistungen gemäß Art 4 iVm Art 2 lit j und Art 3 Abs 2 der Fluggastverordnung.⁶⁵³ „*Der Kasuistik des Art 2 lit j der VO ist zweifelsfrei zu entnehmen, dass ausschließlich Gründe herangezogen werden sollen, die dem Luftfahrtunternehmer nicht zugerechnet werden können.*“⁶⁵⁴ Dazu zählen nicht die Überbuchung eines Fluges mit darauffolgender Nichtbeförderung, sowie schlechte Wetterbedingungen.⁶⁵⁵

Klarer wurde diese Interpretation vom EuGH vorgenommen. Im Fall *Rodriguez/Iberia* hat dieser im Zusammenhang mit der **Verweigerung der Beförderung** ausgesprochen, dass eine (vorschnelle) Annullierung von Bordkarten und anschließende Vergabe der Sitzplätze an andere Passagiere aufgrund des befürchteten Versäumens des Anschlussfluges (aufgrund eines verspäteten Zubringerfluges) keinen solchen „vertretbaren Grund“ darstelle, „(...) *da er in keiner Weise dem Fluggast zuzurechnen ist, dem die Beförderung verweigert wird. Darüber hinaus kann einem Luftfahrtunternehmen nicht erlaubt werden, den Kreis der Fälle, in denen es berechtigt wäre, einem Fluggast die Beförderung zu verweigern, erheblich zu erweitern. Dies hätte zwangsläufig zur Folge, dass ein solcher Fluggast völlig schutzlos gestellt wäre, was dem Ziel der VO 261/2004 zuwiderlaufen würde (...)*“.⁶⁵⁶ Damit ist nunmehr klargestellt, dass ausschließlich in der Person des Passagiers liegende Gründe das Unternehmen zu einer Nichtbeförderung aufgrund Art 2 lit j berechtigen.

Was unter „**Reiseunterlagen**“ zu verstehen ist, definiert die Verordnung nicht. Der Begriff war im Entwurf der Kommission nicht vorgesehen, das Europäische Parlament erkannte jedoch die Notwendigkeit der Definition des Begriffs der „Nichtbeförderung“, sowie es gleichzeitig ua das Fehlen oder die Ungültigkeit von Ausweispapieren

⁶⁵² Schladebach, Luftrecht (2007) Rz 409.

⁶⁵³ Schmid, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1843); BGH 30.4.2009, Xa ZR 78/08, NJW 2009, 2740 (Rz 7 und 10);

⁶⁵⁴ Schmid, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1843).

⁶⁵⁵ Schmid, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1843); diesem sich anschließend Gaedtke, Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2007, 201 (205).

⁶⁵⁶ EuGH 04.10.2012, C-321/11, *Rodriguez/Iberia* Rz 32 und 33.

als Gründe für die Verweigerung der Beförderung verankert haben wollte, ohne dass diesfalls eine Nichtbeförderung im Sinne der Verordnung (mit all ihren Konsequenzen) zu Lasten des Luftfahrtunternehmens vorliegen sollte.⁶⁵⁷ Die Kommission übernahm die Verpflichtung hinsichtlich des Mitführens der entsprechenden Reiseunterlagen, wollte sie jedoch nicht im Zusammenhang mit der Nichtbeförderung, sondern als Grundlage sämtlicher Bestimmungen als Teil von Art 3 einfügen.⁶⁵⁸ Anschließend erging ein Gemeinsamer Standpunkt des Rates mit qualifizierter Mehrheit an das Parlament mit Änderungen.⁶⁵⁹ In diesem fanden sich unverändert in der Definition der Nichtbeförderung die vom Parlament in der ersten Lesung hineinreklamierten unvollständigen Reiseunterlagen als Grund für die Verweigerung der Beförderung. Im weiteren Verfahren (es kam über den Vermittlungsausschuss bis zur dritten Lesung) gab es diesbezüglich keine Änderungen mehr. An dieser Stelle ist festzuhalten, dass der Ausnahmefall der unzureichenden Reiseunterlagen deshalb in die Definition der Nichtbeförderung aufgenommen wurde, um Luftfahrtunternehmen aus diesem Grund die Möglichkeit einer Beförderungsverweigerung zu geben, ohne dass der Tatbestand der Nichtbeförderung iS der Verordnung erfüllt wäre. Andernfalls wäre das ausführende Luftfahrtunternehmen in einem solchen Fall zu Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen nach den Art 8 und 9 der Fluggastverordnung verpflichtet gewesen.

3.5 Exkurs: Die Kontrolle von Reiseunterlagen durch Private nach dem Fremdenpolizeigesetz 2005

Mit dem völkerrechtlichen Schengener Durchführungsübereinkommen (Schengen II, SDÜ), welchem Österreich 1997 beigetreten ist,⁶⁶⁰ mussten die Vertragsparteien bestimmte Regelungen in ihren nationalen Rechtsvorschriften vorsehen, welche ua Verpflichtungen für Beförderungsunternehmer (dabei handelt es sich gemäß der Definition des Art 1 SDÜ um „*natürliche oder juristische Person(en), die gewerblich die Beförderung von Personen auf dem Luft-, See- oder Landweg durchführ(en)*“, somit auch Luftfahrtunternehmen iS der VO 261/2004) schaffen. Die im gegebenen Zusammenhang maßgeblichen Bestimmungen finden sich in Art 26 leg cit. Wird einem Drittausländer die Einreise in das Hoheitsgebiet einer Vertragspartei verweigert, besteht die Verpflichtung

⁶⁵⁷ Bericht des Parlaments 12.09.2002, A5-0298/2002, 9; Begründung zu Abänderungsantrag 9.

⁶⁵⁸ KOM (2002) 717 endg, 2 und 3.

⁶⁵⁹ ABl C 2003/125 E, 63.

⁶⁶⁰ Übereinkommen v 19.06.1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen v 14.06.1985 BGBl III 1997/90 idgF; das Inkrafttreten erfolgte durch BGBl III 1997/202 am 01.12.1997.

tung des Beförderungsunternehmers, der die Person an die Außengrenze gebracht hat, diese unverzüglich zurückzunehmen und auf Verlangen der Grenzüberwachungsbehörden in einen im SDÜ näher bestimmten Drittstaat zu verbringen, lit a leg cit. Weiters besteht für den Beförderungsunternehmer im Falle von auf dem Luft- oder Seeweg (für die Beförderung auf dem Landweg mit Autobussen gelten abweichende Voraussetzungen, Abs 3 leg cit) beförderten Drittausländern die Verpflichtung sich zu vergewissern, dass diese über die für die Einreise in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien erforderlichen Reisedokumente verfügen, und hierzu alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, lit b leg cit.

Damit im Zusammenhang werden die Vertragsparteien des SDÜ unter Berücksichtigung ihres Verfassungsrechts verpflichtet, Sanktionen für Verstöße der Beförderungsunternehmer für den Fall vorzusehen, dass diese Drittausländer aus einem Drittstaat auf dem Luft- oder Seeweg in ihr Hoheitsgebiet verbringen, ohne dass diese über die hierfür benötigten **Reisedokumente** verfügen, Abs 2 leg cit. Die Vorschriften nach Art 26 Abs 1 und 2 SDÜ bestehen nur vorbehaltlich der Verpflichtungen, welche sich aus der Genfer Konvention v 28.07.1951 über den Flüchtlingsstatus idF des Protokolls von New York v 31.01.1967 ergeben. Mit dem Verweis auf das nationale Verfassungsrecht besteht die Verpflichtung der Vertragsparteien ihre innerstaatlichen Vorschriften in der Weise auszugestalten, „(...) *welche dem nationalen Verfassungsrecht und den darin inkorporierten Konventionsnormen*“ entspricht.⁶⁶¹

Der Schengen-Besitzstand wurde durch ein Protokoll zum Vertrag von Amsterdam auch Teil des EG- bzw EU-Vertrages.⁶⁶² Das erwähnte Protokoll sah in Art 2 Abs 1 vor, dass der Rat per (einstimmigem) Beschluss „*gemäß den einschlägigen Bestimmungen der Verträge die Rechtsgrundlage für jede Bestimmung und jeden Beschluss fest (-legt), die den Schengen-Besitzstand bilden*“. Gemäß dieser Bestimmung iVm Anhang A eines dahingehenden Beschlusses des Rates v 20.05.1999⁶⁶³ wurde die Rechtsgrundlage

⁶⁶¹ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunftspflicht und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (666).

⁶⁶² *Schauer*, Schengen – Maastricht – Amsterdam (2000) 194; *Hatje* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar² (2009) Art 14 EGV Rz 9; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht⁷ (2010) Rz 1030; ABl C 1997/340, 93; heute geregelt im Protokoll (Nr 19) über den in den Rahmen der Europäischen Union einbezogenen Schengen-Besitzstand zu EUV und AEUV, ABl C 2010/83, 290.

⁶⁶³ Beschluss des Rates v 20.5.1999 zur Festlegung der Rechtsgrundlagen für die einzelnen Bestimmungen und Beschlüsse, die den Schengen-Besitzstand bilden, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union, ABl L 1999/176, 17.

für den hier interessierenden Art 26 SDÜ mit Art 63 Abs 3 EGV⁶⁶⁴ geschaffen, wobei die Festsetzung von Art, Umfang und Sanktionen hierzu von den Mitgliedstaaten festzulegen waren.⁶⁶⁵

Die angesprochenen Verpflichtungen und Sanktionen für Beförderungsunternehmer sind in Österreich heute in den §§ 111 und 112 FPG⁶⁶⁶ geregelt. Ursprünglich wurden diese in § 53 Abs 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden⁶⁶⁷ umgesetzt, siehe 685 BlgNR zu BGBl I 1997/75 20.GP 79; im Zuge des Fremdenrechtspaketes 2005⁶⁶⁸ wurde das FrG jedoch aufgehoben und ua durch das FPG ersetzt. Dabei sollte hinsichtlich der Verpflichtungen von Beförderungsunternehmern eine EU-RL umgesetzt werden. Einerseits sah die RL 2001/51/EG⁶⁶⁹ in Art 4 eine Konkretisierung der Verpflichtung der Vertragsparteien nach Art 26 vor, **Sanktionen für Beförderungsunternehmer** einzuführen, falls diese Drittausländer ohne die erforderlichen Reisedokumente in ihr Hoheitsgebiet befördern. So werden durch die RL bestimmte Mindestanforderungen an die nach dem SDÜ und nach gemeinschaftsrechtlichen (heute unionsrechtlichen) Bestimmungen vorzusehenden Sanktionen gestellt. Sie wurde bereits vor Inkrafttreten des FPG umgesetzt. Die RL 2004/82/EG⁶⁷⁰ sieht in Ergänzung zum SDÜ weitere Verpflichtungen für Luftfahrzeugunternehmer vor. Diese werden durch Art 3 Abs 2 und Art 6 Abs 1 verpflichtet, bestimmte Daten an Behörden zu übermitteln bzw bereitzuhalten.⁶⁷¹

Diese völker- und unionsrechtlichen Verpflichtungen hinsichtlich der Beförderungsunternehmer finden sich nunmehr in den §§ 111 und 112 FPG. Problematisch ist, dass mit den erwähnten Verpflichtungen „(...) *hoheitliche Funktionen im Bereich der Grenzkontrolle des Fremdenrechts und damit im weiteren Bereich der Sicherheitsver-*

⁶⁶⁴ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ABl C 1992/224,1 idF ABl C 1997/340, 93.

⁶⁶⁵ Vgl *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 FN 1.

⁶⁶⁶ Fremdenpolizeigesetz 2005 BGBl I 2005/100 idgF.

⁶⁶⁷ FremdenG 1997 – FrG BGBl I 1997/75.

⁶⁶⁸ BGBl I 2005/100.

⁶⁶⁹ Richtlinie 2001/51/EG des Rates v 28. Juni 2001 zur Ergänzung der Regelungen nach Artikel 26 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen v 14. Juni 1985 ABl L 2001/187, 45 idgF.

⁶⁷⁰ Richtlinie 2004/82/EG des Rates v 29. April 2004 über die Verpflichtung von Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln ABl L 2004/261, 24 idgF.

⁶⁷¹ Vgl ErläutRV 952 BlgNR zu BGBl I 2005/100 22. GP 110.

waltung auf Private übertragen“⁶⁷² wurden, womit sich die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit stellt.

3.5.1 Auslagerung von hoheitlichen Aufgaben an Private

In Fällen der Beleihung oder Inpflichtnahme Privater gilt es insb die Grenzen von Art 20 und 77 B-VG zu beachten. Eine bedeutende höchstgerichtliche Entscheidung hierzu stammt aus dem Jahr 1996. Der VfGH musste sich im Zusammenhang mit dem Austro Control Gesetz⁶⁷³ ua mit dem Thema der Beleihung befassen. Im Zusammenhang mit der Beleihung eines privatrechtsförmigen Rechtsträgers, einer Kapitalgesellschaft, der Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung (Austro Control GmbH), hat der VfGH fünf **Anforderungen** herausgearbeitet, denen eine solche Beleihung bzw Inpflichtnahme (Ausgliederung) aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben entsprechen muss. In diesem sog „Austro Control“-Erkenntnis⁶⁷⁴ führt das Höchstgericht aus, dass auch eine Beleihung den Vorgaben des B-VG entsprechen müsse, namentlich dem Sachlichkeits- und Effizienzgebot. Zudem dürften nur „vereinzelte Aufgaben“ und keine „Kernbereiche“⁶⁷⁵ der hoheitlichen Staatsaufgaben (zB allgemeine Sicherheitspolizei, Militärwesen,...) übertragen werden.⁶⁷⁶ „Schließlich müssen gemäß dem verfassungsrechtlichen System der Verwaltung der Leitungsbefugnis, die Organisationsverwaltung und die Verantwortlichkeit der obersten Organe gewahrt bleiben“, so Funk⁶⁷⁷ in seinem Kommentar zum Erkenntnis des VfGH. Selbiger fragt sich in diesem Zusammenhang jedoch, ob auch für die „Kern-

⁶⁷² Strejcek/G. Eberhard, Zur Auskunftspflicht und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (668).

⁶⁷³ Bundesgesetz über die Austro Control Gesellschaft mit beschränkter Haftung, mit dem das Luftfahrtgesetz und das Bundesgesetz über den zwischenstaatlichen Luftverkehr geändert werden BGBl 1993/898.

⁶⁷⁴ VfSlg 14473/1996.

⁶⁷⁵ Der VfGH gebraucht die Begriffe „Kernbereich“ und „Kernaufgabe“, wobei die Unterscheidungskriterien nicht gänzlich klar sind; Heller geht offenbar davon aus, dass der Kernbereich ein Teil der Kernaufgabe ist; Heller, Zum Begriff der Kernaufgaben des Staates in Festschrift Heinz Schäffer (2006) 253 f. Anders sieht dies Rauschauer, der den Kernbereich als Teil eines Bereiches sieht, der im Einzelfall ermittelt werden muss, wohingegen es sich bei einer „Kernaufgabe“ um eine absolute Größe handelt; Rauschauer, „Kernaufgaben des Staates“: Rechtsfortbildung oder Rechtskreation, ZfV 2005, 18 (19). Lachmayer hält es mit der Judikatur des VfGH für völlig offen, welcher der beiden Begriffe Ober- und Unterbegriff ist; Lachmayer, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung, JBl 2007, 750. An dieser Stelle genügt es festzuhalten, dass diese Begrifflichkeiten bis dato letztlich nicht eindeutig definiert wurden. Die Begriffe werden in weiterer Folge, bedingt durch das Erkenntnis des VfGH, wie von diesem verwendet, da einer weitergehenden Klärung im Zuge dieser Arbeit keine Relevanz zukommt.

⁶⁷⁶ Vgl Strejcek/G. Eberhard, Zur Auskunftspflicht und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (668).

⁶⁷⁷ Funk, Kommentar zum Erkenntnis des VfGH vom 14.03.1996, VfSlg 14473/1996, ÖZW 1997, 60 (60).

bereiche“ der Grundsatz des Höchstgerichts von der Übertragung bloß „vereinzelter Aufgaben“ gelte, oder eine Beleihung in diesem Bereich schlichtweg unzulässig wäre.

Korinek, welcher auf das „Austro-Control“-Erkenntnis Bezug nimmt, argumentiert mit einem „beweglichen System“, wo für die Frage der Zulässigkeit auf mehrere Aspekte Bedacht zu nehmen ist, das allerdings seine Grenzen bei den Kernbereichen staatlicher Verwaltung findet. Bei der Frage der Grenzziehung sei jedoch nicht nur Bedacht auf die zu übertragende Aufgabe zu nehmen, sondern neben dieser materiellen Betrachtungsweise auch eine formale vorzunehmen, nämlich in welcher Form die Ausgliederung⁶⁷⁸ erfolge. Je mehr Einflussnahmemöglichkeiten staatlichen Organen verbleiben, umso eher wird eine Ausgliederung zulässig sein, so *Korinek*.⁶⁷⁹

Im Gegensatz dazu meint *Rauschauer*, dass „*der „Staat“ und damit die einen Teil der Organisation und Wirksamkeit des Staates bildende staatliche Verwaltung ein grundsätzlich „neutrales“ Instrument zur Wahrnehmung von Aufgaben ganz unterschiedlicher Art in ganz unterschiedlicher Intensität darstellt*“.⁶⁸⁰ Mit anderen Worten: „*Die österreichische Bundesverfassung enthält keine Bestimmungen über „Kernaufgaben des Staates“*“.⁶⁸¹ In concreto nimmt er Bezug auf die sicherheitspolizeilichen Befugnisse auf Flughäfen, welche seiner Ansicht nach auf Private übertragen werden dürften. Er stützt sich dabei auf ein weiteres Erkenntnis des VfGH aus 1993, wo dieser über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Bestimmung des Bundesgesetzes über den Schutz vor Straftaten gegen die Sicherheit von Zivilluftfahrzeugen⁶⁸² zu erkennen hat-

⁶⁷⁸ Der Begriff „Ausgliederung“ wird im Zuge dieser Arbeit mit *Heller* so verstanden, dass er „(...) die Besorgung hoheitlicher Aufgaben durch Rechtsträger oder Einzelpersonen umfasst, wobei nicht unterschieden wird, ob eine Staatsaufgabe an einen neu geschaffenen Rechtsträger übertragen wird, der an die Stelle einer öffentlich rechtlichen Einrichtung tritt (...), (oder) ob ein bereits existierender Rechtsträger oder Privater mit einer hoheitlichen Aufgabe betraut wird und diese freiwillig übernimmt (Beleihung) oder ob er hierzu durch Gesetz gezwungen wird (Inpflichtnahme)“; *Heller*, Zum Begriff der Kernaufgaben des Staates in Festschrift Heinz Schäffer (2006) 241 f; Anzumerken ist, dass *Heller* die Begriffe „Inpflichtnahme“ und „Beleihung“ abweichend zu *Adamovich/Funk* sowie *Mayer* (Siehe S 144) und *Holzinger* in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer*, Österreichische Verwaltungslehre² (2006) 170, versteht; diesem Verständnis *Hellers* wird nicht gefolgt, wesentlich ist, dass der Begriff der Ausgliederung hier weit verstanden wird.

⁶⁷⁹ *Korinek*, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 46 (52).

⁶⁸⁰ *Raschauer*, Die Aufgaben der Verwaltung, in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer*, Österreichische Verwaltungslehre (2001) 208.

⁶⁸¹ *Raschauer*, „Kernaufgaben des Staates“: Rechtsfortbildung oder Rechtskreation? ZfV 2005, 18 (18); *ids* ders Die Aufgaben der Verwaltung in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer*, Österreichische Verwaltungslehre² (2006) 225 f.

⁶⁸² BGBl 1992/824, aufgehoben durch BGBl I 2010/111.

te.⁶⁸³ Angefochten wurde dabei eine für Luftbeförderungsunternehmen vorgesehene Sicherheitsabgabe, worin sich ein Luftbeförderungsunternehmen unmittelbar in seinen Rechten verletzt sah. Der VfGH teilte diese Bedenken jedoch nicht, weshalb er den dahingehenden Individualantrag auf Aufhebung der Bestimmung abwies.⁶⁸⁴ Mit *Strejcek/G. Eberhard*⁶⁸⁵ ist allerdings darauf hinzuweisen, dass sich der VfGH im Zuge dieses Erkenntnisses mit der Frage der Zulässigkeit einer Ausgliederung, in diesem Fall der Übertragung sicherheitspolizeilicher Befugnisse auf Flughäfen auf Private, nicht befasst hat. Somit könne dem Erkenntnis entgegen *Rauschauer* auch nichts zur Zulässigkeit einer Übertragung sicherheitspolizeilicher Befugnisse auf Flughäfen auf Private entnommen werden. Es entspricht der Grundkonzeption des Art 140 B-VG, dass die „*Eileitung und Durchführung von Gesetzesprüfungsverfahren nicht in das freie Ermessen des VfGH*“ gestellt, „*sondern an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen*“ geknüpft werden sollen. Dies sei insb aus Art 140 Abs 1 und Abs 3 B-VG ersichtlich; aufgrund letzterer Bestimmung könne der VfGH „*ein Gesetz nur insoweit aufheben, als verfassungswidrig aufheben (...), als dessen Aufhebung ausdrücklich beantragt wurde (...)*“. „*Im Ergebnis kommt es daher nur zu einer antrag- bzw anlassfallbezogenen, auf die geltend gemachten Bedenken beschränkten Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen.*“⁶⁸⁶ Dies ist insb auch Art 140 Abs 3 zu entnehmen, wonach der VfGH „*an die im Prüfungsantrag bzw amtswegigen Prüfungsbeschluss getroffene Festlegung des Prüfungsgegenstandes (...)*“ gebunden ist.⁶⁸⁷

Zudem ergibt sich aus § 62 Abs 1 VfGG⁶⁸⁸, dass der Antrag auf Aufhebung eines Gesetzes als verfassungswidrig nach Art 140 B-VG begehren muss, dass dieses entweder vollständig, oder aber bestimmte Teile daraus, aufgehoben werden. Erforderlich ist somit, dass die angefochtenen Bestimmungen genau bezeichnet werden.⁶⁸⁹

Somit konnte der VfGH nicht die in § 4 des Bundesgesetzes über den Schutz vor Straftaten gegen die Sicherheit von Zivilluftfahrzeugen vorgesehene Befugnis der Beauftragung geeigneter Unternehmer oder Gesellschaften mit der Durchführung von

⁶⁸³ *Rauschauer*, Die Aufgaben der Verwaltung, in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer*, Österreichische Verwaltungslehre (2001) 208.

⁶⁸⁴ VfSlg 13.659/1993.

⁶⁸⁵ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunft- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (668).

⁶⁸⁶ *Rohregger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), B-VG (Loseblattsammlung, 6. Lfg 2003) Art 140 Rz 15.

⁶⁸⁷ *Rohregger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), B-VG (Loseblattsammlung, 6. Lfg 2003) Art 140 Rz 27.

⁶⁸⁸ Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 – VfGG BGBl 1953/85 idgF.

⁶⁸⁹ *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) § 62 VfGG Rz I.a mwN.

Sicherheitskontrollen überprüfen. Folglich lässt sich diesem Erkenntnis auch nichts zur Frage der Zulässigkeit einer Ausgliederung in diesem Bereich entnehmen.

3.5.2 Die verfassungsrechtliche Problematik der Übertragung von Aufgaben an Beförderungsunternehmen nach dem Fremdenpolizeigesetz

Strejcek/G. Eberhard gehen davon aus, dass das SDÜ unionsrechtlich so ausgestaltbar ist, dass eine Verfassungswidrigkeit nicht vorliegt. Voraussetzung dafür wäre, „dass die Beförderungsunternehmen bloß zu Aufgaben verpflichtet werden, welche sie im Rahmen ihres ordentlichen Geschäftsbetriebes auch tatsächlich wahrnehmen können“. Zum ordentlichen Geschäftsbetrieb zähle „zweifelsohne die Erhebung von Daten der Passagiere und deren Weiterleitung an die Grenzkontrollbehörden. Eine weitergehende Delegation genuin grenzpolizeilicher Aufgaben wie zB einer Fälschungs- bzw Richtigkeitskontrolle überschreitet aber jedenfalls den oben umschriebenen Rahmen der Übertragung hoheitlicher Aufgaben“,⁶⁹⁰ so die Autoren weiters, worauf später noch näher einzugehen sein wird.

Bereits einige Jahre vor Inkrafttreten des FPG kam es zu einer Novelle des FrG, mit der den Anforderungen des VfGH aus einem Erkenntnis aus 2001⁶⁹¹ entsprochen werden sollte. Das Höchstgericht hatte damals zwei Bestimmungen des FrG, § 52 Abs 3 und § 103 Abs 3, aufgrund Verstoßes gegen das Legalitätsprinzip mit sofortiger Wirkung aufgehoben. Aus Sicht des VfGH war nicht hinreichend bestimmt zu entnehmen, welches Verhalten vom Beförderungsunternehmen erforderlich war um der normierten Auskunftspflicht zu entsprechen bzw wann diese die der Behörde entstehenden Kosten pauschaliert zu tragen hätten. Anlassfall waren Beschwerden von Fluggesellschaften, die aufgrund § 103 Abs 3 FrG zur Zahlung von Kostenersätzen verpflichtet wurden, da sie ihrer in § 53 Abs 3 leg cit normierten Pflicht zur Erteilung von Auskünften nicht entsprochen hatten. Aufgrund dieser Beschwerden leitete der VfGH basierend auf Art 140 Abs 1 B-VG von Amts wegen ein Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der in Rede stehenden Bestimmungen ein. Der VfGH hat ein solches Verfahren deswegen eingeleitet, da eine doppelte Bindung des österreichischen Gesetzgeber bestand und

⁶⁹⁰ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (669).

⁶⁹¹ VfSlg 16294/2001.

sowohl in Art 26 SDÜ und Art 63 Abs 3 EGV⁶⁹² auf die „*Ausgestaltung im Rahmen der nationalen Verfassungen*“ hingewiesen wurde und *dadurch „(...) Raum für eine verfassungsgerichtliche Prüfung (blieb)“*.⁶⁹³

Dementsprechend hat der Gesetzgeber mit einer Novelle des FrG⁶⁹⁴ die aufgezeigten Unklarheiten zu beseitigen versucht. Im Zuge des Fremdenrechtspaketes 2005 und den gemeinschaftsrechtlichen (heute unionsrechtlichen) Vorgaben wurden die angesprochenen Verpflichtungen erneut konkretisiert und ausgeweitet. Auch in diesem Zusammenhang hat sich der VfGH somit nicht mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der einfachgesetzlich verankerten Zulässigkeit der Betrauung von Luftfahrtunternehmen beschäftigt, sondern die Bestimmung wegen Verstoßes gegen Art 18 Abs 1 B-VG aufgehoben. Daher kann auch diesem Erkenntnis nichts über die Zulässigkeit einer Ausgliederung sicherheitspolizeilicher Befugnisse auf Private entnommen werden. Daher stellt sich weiterhin die Frage, ob diese Betrauung Privater mit Grenzkontrollaufgaben verfassungsrechtlich überhaupt zulässig ist.⁶⁹⁵

Nach den Erläuterungen zum Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 besteht der Zweck von § 111 (Pflichten der Beförderungsunternehmer) darin, durch die den Beförderungsunternehmen auferlegten Pflichten die Ausübung der Tätigkeiten der Fremdenpolizei zu erleichtern.⁶⁹⁶ Wie *Strejcek/G. Eberhard* bereits zur Rechtslage nach dem FrG festgestellt haben, geht jedoch auch nach dem FPG idgF die Verpflichtung der Beförderungsunternehmen deutlich über eine bloße „Erleichterung“ für die Fremdenpolizei bzw rein faktische Datenerhebung und Weiterleitung hinaus. Da § 111 Abs 1 FPG die Unternehmen dazu verpflichtet „(...) sich zu vergewissern, dass die Person über das für die Einreise in das Bundesgebiet erforderliche Reisedokument und erforderlichenfalls eine Berechtigung zur Einreise verfügt“, sind diese auch, wie *Strejcek/G. Eberhard* es im Zusammenhang mit dem FrG nennen, zu einer „Richtigkeitskontrolle“ verpflicht-

⁶⁹² ABI C 1997/340, 173.

⁶⁹³ *Strejcek*, Kommentar zu VfGH 01.10.2001, VfSlg 16294/2001, ÖZW 2002, 53 (57).

⁶⁹⁴ Änderung des Fremdengesetzes 1997 BGBl I 2001/142.

⁶⁹⁵ *Muzak* in *Muzak/Taucher/Pinter/Lobner* (Hrsg), Fremden- und Asylrecht (Loseblattsammlung, 6. Lfg 2003) Kommentar 2 zu § 53 FrG.

⁶⁹⁶ ErläutRV 330 BlgNR zu BGBl I 2009/122 24. GP 35.

tet.⁶⁹⁷ Die Materialien zum FPG verweisen ihrerseits lediglich auf die Verpflichtung aus dem SDÜ sowie auf die „vergleichsweise“ Pflicht nach § 53 Abs 3 FrG.⁶⁹⁸

Nach *Riel/Schrefler-König/Szymanski/Schmalzl* geht die Verpflichtung der Beförderungsunternehmen nach dem FPG idgF über eine bloße Erhebung und Weiterleitung von Daten hinaus, da diese verpflichtet sind die Unterlagen auf „(...) *offensichtliche und für jedermann erkennbare Fälschungen*“⁶⁹⁹ zu prüfen. Diese Sichtweise ist mE nicht nachvollziehbar. *Riel/Schrefler-König/Szymanski/Schmalzl* führen aus, dass der Beförderungsunternehmer über keine Spezialkenntnisse bei der Beurteilung der Echtheit von Dokumenten verfügen müsse, sich die Prüfung auf leicht erkennbare Fälschungen beschränke. Das Ausreichen einer derart abgeschwächten Kontrollpflicht kann weder dem Wortlaut, noch den Materialien entnommen werden. Auch kann eine solche Auslegung nicht auf die RL 2001/51/EG noch auf 2004/82/EG, auf welche die erläuternden Bemerkungen zu § 111 Abs 1 FPG verweisen,⁷⁰⁰ gestützt werden. Vielmehr scheint es so, dass diese mit ihrer Interpretation der Bestimmung ein mit der Verfassung verträgliches Auslegungsergebnis erzielen wollen. Zwar spricht das FPG im Gegensatz zum FrG nicht mehr von der sachlichen Richtigkeit des Dokuments, allerdings war nach dem FrG der Fremde zur Glaubhaftmachung der sachlichen Richtigkeit gegenüber dem Beförderungsunternehmer verpflichtet. Gemäß den Materialien⁷⁰¹ war eine „Plausibilitätsprüfung“ erforderlich. Nunmehr verpflichtet § 111 Abs 1 FPG, die Beförderungsunternehmer „(...) **alle erforderlichen Maßnahmen**“⁷⁰² (Hervorhebung vom Autor, Anm) zu treffen, um sich zu vergewissern, dass die Person über das für die Einreise (...) erforderliche Reisedokument und erforderlichenfalls eine Berechtigung zur Einreise verfügt“. Angesichts der bereits nach dem FrG bestehenden Problematik mit der Frage des Umfangs der Prüfverpflichtung der Beförderungsunternehmer im Zusammenhang mit dem VfGH Erkenntnis aus 2001⁷⁰³ ist nicht verständlich, warum der Gesetzgeber – so er wirklich nur eine „Plausibilitätsprüfung“⁷⁰⁴ wollte – das FPG nicht nutzte um diesbezügliche Probleme auszuräumen, da in der Literatur auch nach der Änderung des FrG

⁶⁹⁷ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunft- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (669).

⁶⁹⁸ ErläutRV 952 BlgNR zu BGBl I 2005/100 22. GP 110.

⁶⁹⁹ *Riel/Schrefler-König/Szymanski/Schmalzl*, FPG (Loseblattsammlung, 4. Lfg 2011) § 111 Anm 4.

⁷⁰⁰ ErläutRV 952 BlgNR zu BGBl I 2005/100 22. GP 110.

⁷⁰¹ AB 880 BlgNR zu BGBl I 2001/142 21. GP.

⁷⁰² Hervorhebungen vom Autor.

⁷⁰³ VfSlg 16294/2001.

⁷⁰⁴ AB 880 BlgNR zu BGBl I 2001/142 21. GP.

aufgrund des VfGH Erkenntnisses 2001 die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Regelung fraglich war.⁷⁰⁵ Eher scheint es plausibel, dass der Gesetzgeber aus „pragmatischen Gründen“ die Verpflichtung zur eingehenden Kontrolle der Dokumente beim Beförderungsunternehmer haben wollte.

3.5.3 Die Judikatur des VfGH zur Auslagerung an Beförderungsunternehmen nach dem Fremdenpolizeigesetz

Seit Inkrafttreten des FPG 2005 musste sich der VfGH im Zuge einer Bescheidbeschwerde nach Art 144 B-VG mit den §§ 111 und 112 FPG (Sanktionen gegen Beförderungsunternehmer) auseinandersetzen.⁷⁰⁶ Grund dafür war eine Beschwerde der Austrian Airlines AG gegen eine bescheidmäßig erfolgte Verschreibung von Geldbeträgen gemäß § 112 Abs 1 FPG aufgrund mangelhafter Übermittlung bestimmter Daten nach § 111 Abs 2 FPG an die Grenzkontrollbehörde bzw ein Verstoß gegen die Rücktransportverpflichtung nach § 111 Abs 4 leg cit. Die Austrian Airlines AG behauptete durch die auf die genannten Bestimmungen gründenden Bescheide in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, auf die Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz und in sonstigen Rechten wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes verletzt zu sein. Folglich wurde die Aufhebung der angefochtenen Bescheide begehrt. Erwähnenswert ist darüber hinaus, dass angeregt wurde, dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens Fragen zur Auslegung jener RL vorzulegen, auf denen die §§ 111 und 112 FPG ua basieren, nämlich der RL 2001/51/EG sowie der RL 2004/82/EG. Die Austrian Airlines AG sah in § 112 Abs 1 FPG bei richtlinienkonformer Interpretation der genannten europarechtlichen Gesetzeswerke einen Verwaltungsstraftatbestand, weswegen das Verfahren das VStG⁷⁰⁷ anzuwenden sei. Konkret sei § 112 Abs 1 FPG verfassungswidrig, da diesem nicht zu entnehmen wäre, in welcher Verfahrensart ein Bescheid zu ergehen hätte. Sollte das Ergebnis lauten, dass das VStG unanwendbar wäre, wäre die Bestimmung gleichheitswidrig. Außerdem sei § 112 Abs 2 leg cit gleichheitswidrig, da dieser keinerlei Ausnahmebestimmungen für die Fälle enthalte, in denen es den Beförderungsunternehmen aufgrund der Rechtsvorschriften anderer Staaten de iure nicht möglich wäre,

⁷⁰⁵ Muzak in Muzak/Taucher/Aigner/Lobner, (Hrsg), Fremden- und Asylrecht (Loseblattsammlung, 6. Lfg 2003) Kommentar 2 zu § 53 FrG.

⁷⁰⁶ VfSlg 19518/2011.

⁷⁰⁷ Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG BGBl 1991/52 idgF.

die geforderten Daten zu ermitteln. Schließlich sei § 112 Abs 1 zu rudimentär und würde gegen das Bestimmtheitsgebot nach Art 18 B-VG verstoßen. Ein von der beschwerdeführenden Partei beigebrachtes Rechtsgutachten sah in der Ausgestaltung des Art 112 eine „verschuldensunabhängige Geldleistungspflicht“, während das ihr zugrundeliegende sekundäre Gemeinschaftsrecht (heute Unionsrecht) einen verschuldensabhängigen Verwaltungsstraftatbestand vorsehen würde. In Ermangelung einer richtlinienkonformen Interpretationsmöglichkeit würde § 112 FPG sowohl gegen Art 6 EMRK als auch gegen Art 7 B-VG verstoßen.

Der VfGH hat in seinen Erwägungen eingangs konstatiert, dass gegen die genannten, den Bescheiden zugrunde liegenden Rechtsvorschriften keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Diese und die in § 112 normierten Sanktionen seien vor dem Hintergrund der beiden RL zu sehen und gemäß dieser zu interpretieren.

§ 111 Abs 2 FPG würde vor dem Hintergrund der beiden RL hinreichend detailliert die Daten und den Zeitraum nennen, in welchem diese zwecks Bekanntgabe bereitzuhalten sind. Hinsichtlich Art 26 Abs 2 SDÜ trifft die RL 2001/51/EG in Art 4 Abs 1 nähere Bestimmungen über vorzusehende Maßnahmen und Sanktionen. Art 6 der RL würde schließlich die Mitgliedstaaten verpflichten, dass in den auf Sanktionen abzielenden Verfahren das Recht auf Verteidigung und Rechtsbehelf vorgesehen wird. Ähnlich verpflichtete Art 4 der RL 2004/82/EG die Mitgliedstaaten dazu, bestimmte Maßnahmen zur Durchsetzung von Sanktionen, die ebenfalls näher spezifiziert werden, zu ergreifen. Der VfGH stellt fest, dass eine richtlinienkonforme Interpretation der Sanktionen des § 112 ergibt, dass diese „(...) *jedenfalls strafrechtlichen Charakter iS von Art 6 EMRK aufweisen* (...)“.

Der Gerichtshof musste eine autonome Interpretation des Begriffs „strafrechtliche Anklage“ iS von Art 6 Abs 1 EMRK⁷⁰⁸ vornehmen.⁷⁰⁹ Grund dafür war nach Ansicht des Höchstgerichtes der präventive sowie repressive Zweck, der hinter den einschlägigen Bestimmungen der RL stecke, welche zusammen auf die Anwendbarkeit des Art 6 EMRK gemäß der Jud des EGMR hinweisen,⁷¹⁰ und diese auf ein Verschulden abstellen würden. Schließlich stelle die angedrohte Sanktion im Falle von Zuwiderhand-

⁷⁰⁸ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210 idgF.

⁷⁰⁹ Siehe zu dem Begriff zB *Vogler in Karl* (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Loseblattsammlung, 1. Lfg 1986) Art 6 EMRK Rz 191.

⁷¹⁰ EGMR 21.02.1984, 8544/79, *Öztürk/Bundesrepublik Deutschland*, EuGRZ 1985, 62 Rz 53.

lungen „(...) eine durchaus als empfindlich zu bezeichnende Strafe dar“, womit der VfGH wohl Bezug auf die Rsp des EuGH nimmt, wonach „(...) eine criminal charge dann gegeben ist, wenn die Verhängung der angedrohten Strafe „schwerwiegende Konsequenzen“ für den Beschuldigten hat, die in ihrer Strafe einer nicht bloß kurzfristigen Freiheitsstrafe gleichkommen“. ⁷¹¹ Die drohende Strafe beträgt gemäß § 112 Abs 1 FPG € 5.000 bis 15.000. Die Jud des EGMR zur erforderlichen Strafhöhe bei Geldstrafen ist äußerst kasuistisch und einzelfallgebunden. Jedenfalls hat der Gerichtshof bereits eine drohende Strafe in der Höhe von SFr ⁷¹² 500 als den Anwendungsbereich begründend eingestuft, ⁷¹³ während er ein anderes Mal andeutete, ⁷¹⁴ dass eine Strafdrohung von bis zu 1.000 DM ⁷¹⁵ dazu nicht ausreichend wäre. ⁷¹⁶

Bestätigt sieht sich das Höchstgericht in einer vorangegangenen Novelle des § 112 FPG ⁷¹⁷, wo es in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ⁷¹⁸ heißt, dass die Formulierung des Art 3 der RL 2004/82/EG zeige, „dass die zu erlassende Sanktion im nationalen Recht einen strafrechtlichen Charakter aufzuweisen hat, da sich daraus einerseits ergibt, dass sie von entsprechendem Gewicht zu sein hat, andererseits das Erfordernis einer Verschuldensprüfung vorausgesetzt wird. Daher weist die Bestimmung nunmehr den Charakter einer echten Strafbestimmung in Form eines verschuldensabhängigen Verwaltungsstraftatbestandes auf“. Daher sei die Bestimmung in einer unions- und verfassungskonformen Auslegung „als eine Regelung betreffend die Ahnung einer Verwaltungsübertretung iS des EGVG zu qualifizieren“, welche gemäß Art II Abs 3 EGVG ⁷¹⁹ (heute Art I Abs 1 und 2 EGVG, Anm) ⁷²⁰ von Verwaltungsorganen unter Anwendung von VStG und AVG zu vollziehen ist. Anzumerken ist an dieser Stelle ebenfalls, dass die Erläuterungen zu § 112 FPG, allerdings an anderer Stelle, nämlich zu

⁷¹¹ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) Rz 22 mwN; Grabenwarter/Pabel in Grote/Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz (2006) Kap14 Rz 25.

⁷¹² Schweizer Franken.

⁷¹³ EGMR 22.05.1990, 11034/84, Weber/SUI, EuGRZ 1990, 265 Rz 34; anzumerken ist jedoch, dass diese „unter gewissen Umständen in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden konnte“ - eine solche ist „grundsätzlich dem Strafrecht zuzurechnen“, vgl Vogler in Karl (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Loseblattsammlung, 1. Lfg 1986) Art 6 EMRK Rz 200.

⁷¹⁴ EGMR 21.02.1984, 8544/79, Öztürk/Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1985, 62 Rz 54.

⁷¹⁵ Deutsche Mark.

⁷¹⁶ Vgl Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) Rz 22 mwN.

⁷¹⁷ BGBl I 2011/38.

⁷¹⁸ ErläutRV 1078 BlgNR zu BGBl I 2011/38 24. GP 41.

⁷¹⁹ Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 – EGVG BGBl I 2008/87 idF BGBl I 2009/20.

⁷²⁰ Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 – EGVG BGBl I 2008/87 idgF.

§ 5 Abs 1 Z 4 FPG über die sachliche Zuständigkeit im Inland,⁷²¹ das vom VfGH zu § 112 FPG Hergeleitete klar ausdrücken wenn diese festhalten, dass „§ 112 (...) *nunmehr als Verwaltungsstraftatbestand ausgestaltet ist* (...)“. Konsequenterweise spricht daher nun auch § 5 Abs 1 Z 4 FPG von einer „Verwaltungsstrafe“ an Stelle von „Sanktionen“.

Der VfGH stellte in der Folge sodann fest, dass die zuständige Behörde im konkreten Fall „*sowohl die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts als auch zentrale Bestimmungen des Verwaltungsstrafverfahrens unberücksichtigt gelassen*“ hat, nämlich zur Frage des Verschuldens nach § 5 VStG, zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen nach § 9 VStG, zur Verjährung und zur Besetzung der UVS⁷²² nach § 51c VStG⁷²³.

Das Ergebnis musste daher lauten, dass die Behörde gegen das verfassungsrechtlich gewährleistete **Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger** vor dem Gesetz nach Art 7 B-VG verstoßen hatte, weshalb die ergangenen Bescheide aufzuheben waren.

Unglücklicherweise hat der VfGH im Zuge der Beschwerden nicht wie 2001 ein Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der den Bescheiden zugrunde liegenden Bestimmungen nach Art 140 Abs 1 B-VG eingeleitet, da er diese offenbar nicht für verfassungswidrig hielt.⁷²⁴ Auch wenn sich die heutigen Bestimmungen des FPG über die Verpflichtungen der Beförderungsunternehmen stark von ihren Vorgängerbestimmungen zum Zeitpunkt des Erkenntnisses aus 2001 unterscheiden, so bestehen nach wie vor einige Bedenken hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit. Der VfGH hat in seinem Erkenntnis von 2001 hinsichtlich der damaligen Rechtslage über die Verletzung des Legalitätsprinzips hinaus verfassungsrechtliche Bedenken angesprochen, ist diesen jedoch mit dem Hinweis auf den ohnehin gegebenen Verstoß gegen Art 18 Abs 1 B-VG nicht mehr im Einzelnen nachgegangen. *Strejcek* hat sich mit dieser Problematik nach der Korrektur der vom VfGH als verfassungswidrig aufgehobenen Bestimmungen durch

⁷²¹ ErläutRV 1078 BlgNR zu BGBl I 2011/38 24. GP 24.

⁷²² Die Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS) wurden mit Wirkung zum 01.01.2014 abgeschafft und durch Verwaltungsgerichte ersetzt, BGBl I 2012/51.

⁷²³ Verwaltungsstrafgesetz 1991 BGBl 1991/52 idF BGBl I 2010/111; § 51c VStG wurde im Zuge des Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetzes 2013 BGBl I 2013/33 aufgrund der Abschaffung der UVS gestrichen.

⁷²⁴ Ist eine Bestimmung nach Art 89 Abs 2 B-VG präjudiziell und hegt der Gerichtshof im Zuge eines anhängigen Verfahrens verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese, so muss er ein solches Gesetzesprüfungsverfahren von Amts wegen einleiten; *Schäffer in Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 5. Lfg 2007) Art 140 B-VG Rz 39.

den Gesetzgeber auseinandergesetzt.⁷²⁵ Diesen soll im Folgenden im Hinblick auf die heutige Rechtslage unter Anlehnung an *Strejcek* und Heranziehung weiterer Quellen nachgegangen werden.

Jedenfalls beseitigt sind die Bedenken hinsichtlich Art 6 EMRK. Wie der VfGH in seinem Erkenntnis aus 2011 überzeugend ausgesprochen hat, ergibt die richtlinienkonforme Interpretation, dass die in § 112 FPG festgelegten „Sanktionen gegen Beförderungsunternehmer“ präventive sowie repressive Zwecke verfolgen, auf ein Verschulden abstellen und damit strafrechtlichen Charakter besitzen, weswegen die vollziehenden Organe aufgrund Art II Abs 3 EGVG (heute Art I Abs 1 und 2 EGVG, Anm) das VStG bzw AVG anzuwenden hätten. Die vor Inkrafttreten des FPG zur einschlägigen Entscheidung des VfGH aus 2001 von *Strejcek* geschilderten Bedenken betreffend die Außerachtlassung des „Verschuldens des Beförderungsunternehmers im Falle einer Auskunftspflichtverletzung (...)“ sind damit ausgeräumt worden.

3.5.4 Die mangelnde Differenzierung zwischen Staaten des „Schengen-Raums“ und Drittstaaten

Darüber hinaus sah *Strejcek* eine Verletzung des Gleichheitssatzes aufgrund mangelnder Differenzierung iS des Anwendungsbereiches „des SDÜ zwischen Fremden aus dem Schengen-Ausland (...) und solchen, die bereits im Schengenraum aufhältig waren (...)“. Davor haben bereits *Strejcek/G. Eberhard* zur Rechtslage nach dem FrG idF BGBl I 2000/134 ausgeführt, dass § 53 im Gegensatz um SDÜ „(...) jegliche Differenzierung zwischen Einreisevorgängen aus dem „Schengen-Raum“ und solchen aus Drittstaaten“ vermissen lasse. Damit widerspräche das österreichische Materiengesetz „(...) dem wesentlichen Gehalt der Schengen-Verträge, wonach im Interesse eines „Europa der Bürger“ an den Binnengrenzen die Personenkontrollen abgeschafft sein sollen“. „Mangels einer Berücksichtigung dieser – gemeinschaftsrechtlich bedingten – Differenzierung ist § 53 Abs 3 FrG im Licht des den Gesetzgeber bindenden Gleichheitssatzes verfassungswidrig“. ⁷²⁶ Diese Bedenken bestehen mE nach aufgrund der Rechtslage seit dem Fremdenrechtspaket 2005 nicht mehr. Das was § 53 Abs 3 FrG idF BGBl I 2002/126 regelte, ist nunmehr in § 111 FPG in vergleichbarer Weise auf zwei

⁷²⁵ *Strejcek*, Kommentar zu VfGH 01.10.2001, VfSlg 16294/2001, ÖZW 2002, 53 (57 ff).

⁷²⁶ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (669 f).

Absätze aufgesplittet. Abs 1 enthält ua die Verpflichtung des Beförderungsunternehmens alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen um sich vergewissern zu können, dass die für die Einreise erforderlichen Reisedokumente und eine gegebenenfalls erforderliche Berechtigung zur Einreise vorhanden sind. Abs 2 enthält die darüber hinausgehende Verpflichtung der Beförderungsunternehmer bestimmte Daten bereitzuhalten und der Behörde auf Anfrage bekannt zu geben. Gemäß § 111 Abs 1 FPG gilt die Verpflichtung für die Beförderungsunternehmer hinsichtlich der näher geregelten Kontrollmaßnahmen nur für Personen, die „mit einem Luft- oder Wasserfahrzeug oder im Rahmen des internationalen Linienverkehrs mit einem Autobus **über die Außengrenze** (Hervorhebung vom Autor, Anm) nach Österreich (...)“ gebracht werden. Was unter „Außengrenzen“ zu verstehen ist, wird in § 2 Abs 5 FPG unter Verweis auf andere Bestimmungen (umständlich) geregelt. Demnach sind Außengrenzen alle Grenzen, die nicht mit einem Staat bestehen, für den das SDÜ in Kraft getreten ist (§ 2 Abs 5 Z 2 iVm Z 1 und Abs 4 Z 7 leg cit).

Damit ist die zuvor gerügte Gleichheitswidrigkeit der Bestimmung nicht mehr gegeben. Dass gemäß § 111 Abs 2 FPG Beförderungsunternehmer Daten von allen beförderten Personen aufbewahren und gegebenenfalls weiterleiten müssen, vermag daran nichts zu ändern. Gleichheitswidrig war einzig und allein die Regelung, wonach die Personenkontrollen – ungeachtet ob Drittstaatsangehörige oder nicht – stets gleich intensiv zu sein hatten. Dies und nicht die Speicherung von erfassten Daten und deren Weiterleitung widersprachen dem Kern der Schengen-Verträge eines „Europas der Bürger“. Somit differenziert das Gesetz nun völker- und unionsrechtskonform zwischen Reisen innerhalb des Schengenraumes und solchen mit Drittstaatsbezug.

3.5.5 Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eingriffen in die Erwerbs- und Eigentumsfreiheit

Problematisch ist jedoch nach wie vor, dass Beförderungsunternehmen der Auskunftspflichtung zu Gunsten der Behörden zu entsprechen haben, ohne dass sie die dafür anlaufenden Kosten ersetzt bekommen. Kritik übten an dieser Regelung des damaligen FrG idF BGBl I 2002/126 *Strejcek/G. Eberhard*, die darin „(...) einen unverhältnismäßigen bzw unsachlichen Eingriff in die verfassungsgesetzlich gewährleistete Erwerbsfreiheit gemäß Art 6 StGG⁷²⁷, die Eigentumsfreiheit gemäß Art 5 StGG bzw Art 1 1. ZPMRK⁷²⁸ sowie den Gleichheitssatz gemäß Art 2 StGG bzw Art 7 B-VG“ sahen.⁷²⁹ Da es in dieser Hinsicht zu keiner Änderung der Rechtslage gekommen ist, hat diese Kritik nach wie vor Bestand. So sieht § 111 Abs 3 FPG vor, dass die Beförderungsunternehmen den Behörden die gewünschten Daten in den dort näher geregelten Fällen „kostenlos“ zu übermitteln haben. Dabei verpflichtet weder das SDÜ, noch eine der mit § 111 FPG umgesetzten RL der Union die Beförderungsunternehmer dazu, die Kosten für diese Leistung für die Behörden selbst zu tragen. Somit wäre der nationale Gesetzgeber in der Lage gewesen, diese Bestimmung unter Beachtung der völker- bzw gemeinschaftsrechtlichen (heute unionsrechtlichen) Vorgaben auszugestalten. Bereits in den Materialien zu BGBl I 1997/75, mit dem erstmals das Wort „kostenlos“ an dieser Stelle in das damalige FrG Einzug fand und seither besteht, heißt es: „Festgehalten wird, dass die Mitteilung des Beförderungsunternehmers an die Behörde kostenlos zu erfolgen hat“.⁷³⁰ Die rechtliche Lage ist nach dem FPG insofern entschärft, als der VfGH in seinem Erkenntnis aus 2011 festgestellt hat, dass es für die Frage einer Kostenübernahme durch das Beförderungsunternehmen sehr wohl auf ein Verschulden dieses ankommt.⁷³¹ Zudem wird vom Gesetz keine Prüfung der „sachlichen Richtigkeit des Reisedokuments“ (§ 53 Abs 3 FrG), worunter eine Prüfung und Haftung für die Echtheit des Dokuments verstanden wurde,⁷³² mehr verlangt. Stattdessen ist in § 111 Abs 1 FPG „nur“ mehr von der Verpflichtung des Beförderungsunternehmers die Rede, „(...) alle erfor-

⁷²⁷ Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder RGBI 1867/142 idGF.

⁷²⁸ Europäische Menschenrechtskonvention (Zusatzprotokoll) BGBl 1958/210 idGF.

⁷²⁹ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (669).

⁷³⁰ ErläutRV 685 BlgNR zu BGBl I 1997/75 20. GP 79.

⁷³¹ VfSlg 19518/2011, siehe S 124 ff.

⁷³² *Muzak in Muzak/Taucher/Pinter/Lobner* (Hrsg), Fremden- und Asylrecht (Loseblattsammlung, 6. Lfg 2003) Kommentar 2 zu § 53 FrG.

derlichen Maßnahmen zu treffen um sich zu vergewissern, dass die Person über das für die Einreise in das Bundesgebiet erforderliche Reisedokument und erforderlichenfalls eine Berechtigung zur Einreise verfügt“.

Dennoch dürfte durch diese Verpflichtung die grundsätzliche Problematik nach wie vor bestehen. Zusätzlich zu der Vergewisserungspflicht hinsichtlich des erforderlichen Reisedokuments, sowie einer allenfalls erforderlichen Berechtigung zur Einreise, müssen die Unternehmer die in § 111 Abs 2 FPG angeführten Daten speichern und für die Grenzkontrollbehörde bereit halten und dieser auf Anfrage bzw vorab (kostenlos) bekannt geben, Abs 3 leg cit. Schon *Strejcek/ G. Eberhard* haben zu § 53 Abs 3 FrG festgestellt, dass die **Besorgung von Grenzkontrollaufgaben** durch die Beförderungsunternehmen dadurch ersichtlich wäre, dass diese „*Auskunftspflicht nicht für Fremde gilt, die zur sichtvermerksfreien Einreise berechtigt sind, sofern sich der Beförderungsunternehmer „davon überzeugt hat, dass sie das erforderliche Reisedokument bei sich haben“*“.⁷³³ Nach der Fassung des FPG, § 111 Abs 1, muss sich der Beförderungsunternehmer vergewissern, dass die einreisende Person einerseits über die erforderlichen Reisedokumente verfügt (das Gesetz gibt hier den Inhalt des Art 26 Abs 1 lit b SDÜ wieder), sowie „erforderlichenfalls“ über eine Berechtigung zur Einreise. Das Gesetz verlangt somit vom (privaten) Beförderungsunternehmen einerseits festzustellen, welche Personen eine eigene Einreiseberechtigung benötigen, und sich andererseits deren Existenz zu vergewissern. Diese Anforderung geht weder auf das SDÜ, noch auf eine der im Unionsrecht erlassenen Richtlinien zur Ergänzung des SDÜ zurück.

Dass eine öffentliche Aufgabe,⁷³⁴ die sonst der Grenzkontrollbehörde obliegen würde,⁷³⁵ Privaten übertragen wurde und diese selbst für die dadurch entstehenden Kosten aufzukommen haben, bedeutet „(...) *einen unverhältnismäßigen bzw unsachlichen Eingriff in die verfassungsgesetzlich gewährleistete Erwerbsfreiheit gemäß Art 6 StGG, die Eigentumsfreiheit gemäß Art 5 StGG bzw Art 1 1. ZPMRK sowie den Gleichheitssatz gemäß Art 2 StGG bzw Art 7 B-VG*“.⁷³⁶ An dieser Einschätzung von *Strejcek/G.*

⁷³³ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (667).

⁷³⁴ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 FN 25 aE.

⁷³⁵ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (667).

⁷³⁶ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (670).

Eberhard zur Rechtslage zu § 53 Abs 3 FrG idF BGBl I 2000/134 dürfte sich auch mit Inkrafttreten des FPG nichts geändert haben, da die dahingehende Regelung im Wesentlichen unverändert geblieben ist. Österreich ist zwar, wie dargelegt wurde, völker- und unionsrechtlich zur Inpflichtnahme der Beförderungsunternehmen wie im FPG verankert verpflichtet, jedoch existiert keine Bestimmung, wonach die Beförderungsunternehmen ihre Pflichten zu Gunsten der Behörden kostenlos erbringen müssten (§ 111 Abs 2 und 3 FPG idgF). Problematisch ist auch, obwohl dies in der Literatur bislang scheinbar übersehen wurde, dass die Beförderungsunternehmen gemäß § 111 Abs 4 FPG bei Fremden, die unter den näher ausgeführten Umständen von ihnen nach Österreich gebracht, aber hier zurückgewiesen werden, auf eigene Kosten deren Abreise gewährleisten müssen bzw dafür zu sorgen und aufzukommen haben, dass dieser Rücktransport auf andere Weise geschieht (Abs 5 leg cit). Einerseits gibt die RL 2001/51/EG in Art 3 vor, dass diese Verpflichtung nur für Drittstaatsangehörige gilt – Österreich differenziert hier nicht zwischen einer Einreise mit Drittstaatsbezug und einer solchen innerhalb des Schengenraumes. Da diese Unterscheidung jedoch völker- (Art 26 Abs 1 und 2 SDÜ) und unionsrechtlich (Art 3 RL 2001/51/EG) vorgegeben ist, dürfte die Bestimmung gleichheits- und damit verfassungswidrig sein.

Weiters wird hinsichtlich der Kostentragung nach Art 111 Abs 2 und 3 FPG auch nicht darauf abgestellt, ob das Beförderungsunternehmen die Person zurückbefördern muss, weil es die ihm obliegenden Pflichten verletzt hat, oder ob andere Gründe, die nicht in seiner Sphäre gelegen sind, ausschlaggebend dafür waren. Dabei hätte auch hier Österreich eine Differenzierung vorsehen können. Diese den Beförderungsunternehmen somit erwachsenden Zusatzkosten stellen einen sonstigen **Eigentumseingriff** iS von Art 1 1. ZPMRK und Art 5 StGG dar, da das Recht auf Eigentum bzw Erwerbsfreiheit beschränkt wird.⁷³⁷ Ebenfalls eingegriffen wird in das Recht auf Erwerbsfreiheit nach Art 6 Abs 1 StGG sowie in den Gleichheitsgrundsatz nach Art 2 StGG bzw Art 7 B-VG.⁷³⁸

Gemäß der Jud des VfGH müssen jedoch Eigentumsbeschränkungen (auch) einem **öffentlichen Interesse** entsprechen.⁷³⁹ Ein Interesse der Bevölkerung an einer kontrollierten Einreise von Personen aus Drittstaaten ist zweifellos gegeben. Aus wirt-

⁷³⁷ Siehe *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 870 ff mwN.

⁷³⁸ Vgl *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunft- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (670).

⁷³⁹ VfSlg 9911/1983.

schaftspolitischen Gründen ist es auch sinnvoll, dass jenes Unternehmen, das die Personen in den Schengenraum verbringt, die benötigten Reiseunterlagen kontrolliert. Jedoch auch wenn man ein solches Interesse im konkreten Fall annimmt, so scheitert die Zulässigkeit des Grundrechtseingriffes spätestens an dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**, der ebenfalls eine Anforderung für eine Eigentumsbeschränkung darstellt.⁷⁴⁰ Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist das öffentliche Interesse ebenfalls zu bejahen. Die Regelung ist darüber hinaus zur Erreichung des Zieles (kostengünstig bereits vor Eintritt in den Schengenraum notwendige Kontrollen durchzuführen) geeignet. Fraglich ist, ob die Regelung wie sie der Gesetzgeber in § 111 Abs 1 (und Abs 4) FPG vorgesehen hat, erforderlich ist **is eines gelindesten zum Ziel führenden Mittels**. Da an Stelle der Privaten auch eine behördliche Überprüfung der Dokumente bzw ein Kostenersatz möglich wäre, welche nicht zu dem in Rede stehenden Grundrechtseingriff führen würden, wird man diese Frage verneinen müssen. Der letzte Prüfschritt ist eine **Güterabwägung**, somit die Frage nach der Adäquanz. Dieser ergibt, dass die Eigentumsbeschränkung nicht in einer angemessenen Relation zum öffentlichen Interesse steht, somit nicht angemessen ist.⁷⁴¹ Es ist nämlich davon auszugehen, dass die betroffenen Beförderungsunternehmen die ihnen entstehenden Mehrkosten direkt an die Passagiere weitergeben werden, wodurch es zu einer Erhöhung der Ticketpreise kommt. Gleichfalls könnte man natürlich argumentieren, dass eine Betrauung staatlicher Stellen mit dieser Aufgabe ebenfalls zu entsprechenden Mehrkosten für den Staat führen würde, und eine Auslagerung an die Beförderungsunternehmen, welche ohnehin im eigenen Interesse zumindest das Vorhandensein eines gültigen Tickets kontrollieren werden, im Ergebnis günstiger kommt. Müsste der Staat die Kosten tragen, so würde die Allgemeinheit mit den erwachsenden Kosten belastet, unabhängig davon, ob sie diese Leistungen in Anspruch nimmt oder nicht. Zudem ist Österreich völker- und gemeinschaftsrechtlich unzweifelhaft dazu verpflichtet, die Beförderungsunternehmen zur Dokumentenkontrolle zu verpflichten. Vor dem Hintergrund eines Grundrechtseingriffes ist jedoch zu erwägen, dass das gleiche Ziel, nämlich die Kontrolle durch die Beförderungsunternehmen, auch ohne einen Eingriff in deren Eigentum erreichbar wäre, wenn sie finanziellen Ersatz für ihren Mehraufwand erhalten würden. Diese Güterabwägung ergibt, dass die bestehende Regelung aufgrund einer unangemessenen **Ziel-Mittel-Relation**⁷⁴² unverhältnismäßig ist,

⁷⁴⁰ VfSlg 13659/1993.

⁷⁴¹ Vgl Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 875 ff und 715 ff mwN.

⁷⁴² Berka, Verfassungsrecht⁴ (2012) Rz 1300.

und daher ein verfassungswidriger Grundrechteingriff zu Lasten der Beförderungsunternehmen vorliegt. Dies gilt auch für die Verpflichtung der Beförderungsunternehmen, zurückgewiesene Person stets auf eigene Kosten aus dem Schengenraum auszuführen, ohne darauf abzustellen, ob ihr eigenes (Fehl-) Verhalten ausschlaggebend dafür war. Dass diese jedenfalls zu Gunsten der öffentlichen Hand dafür aufzukommen haben, bedeutet ebenfalls eine unzulässige, weil unsachliche, Eigentumsbeschränkung. Österreich wäre es aufgrund der dahingehenden völker- und unionsrechtlichen Vorgaben möglich gewesen, eine entsprechende Differenzierung vorzusehen. Mit *Strejcek/G. Eberhard* zur Rechtslage nach dem FrG bzw dem VfGH in seinem Erkenntnis aus 2001⁷⁴³ ist somit hinsichtlich der Bestimmung des § 111 Abs 2 FPG davon auszugehen, dass diese gegen die Art 6 und 5 StGG bzw Art 1 1. ZPMRK sowie Art 2 StGG bzw Art 7 B-VG verstößt.⁷⁴⁴ Gleiches gilt mE auch für § 111 Abs 4 FPG. Hier ist allerdings zu beachten, dass die RL 2001/51/EG in Art 3 ebenfalls vorsieht, dass *„Beförderungsunternehmen, die nicht in der Lage sind, die Rückreise eines Drittstaatsangehörigen, dem die Einreise verweigert wurde, durchzuführen, verpflichtet sind, unverzüglich eine Rückbeförderungsmöglichkeit zu finden und die entsprechenden Kosten zu übernehmen oder, wenn die Rückbeförderung nicht unverzüglich erfolgen kann, die Kosten für den Aufenthalt und die Rückreise des betreffenden Drittstaatsangehörigen zu übernehmen“*. Im Folgenden soll nun die Prüfung der (verfassungs-) rechtlichen Zulässigkeit der in Österreich durchgeführten Umsetzung fortgesetzt werden. Dabei wird insbesondere auf die Grundrechtsbindung und die Ausgliederung von (Staats-) Aufgaben eingegangen.

⁷⁴³ Der VfGH nahm jedoch wohl nur einen Widerspruch zum Gleichheitsgebot und eine unverhältnismäßige Einschränkung des Eigentums *„und damit eine Verletzung des Art 1 1. ZPMRK“* an, womit fraglich ist, ob er wie *Strejcek/G. Eberhard* in der Bestimmung auch einen Verstoß gegen die Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG angenommen hätte.

⁷⁴⁴ Siehe *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunftspflicht und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (670).

3.5.6 Die §§ 111 und 112 FPG vor dem Hintergrund der Grundrechtecharta der Europäischen Union

Es gilt zu beachten, dass gemäß Art 6 EUV der GRC⁷⁴⁵ Rechtsverbindlichkeit zukommt.⁷⁴⁶ Gemäß Art 51 GRC gilt die Charta für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, sowie für die Mitgliedstaaten „(...) *ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union*“, wobei die genaue Tragweite dieser Grundrechtsbindung noch unklar ist.⁷⁴⁷ Im konkreten Fall geht es, da die Vorgaben für § 111 Abs 2, 3 und 4 FPG sowie § 112 Abs 1 FPG (auch) auf RL beruhen, um den **mittelbaren indirekten Vollzug von Unionsrecht**. Nach *Klingenbrunner/Raptis* besteht in diesem Fall sowohl bei der legislativen Umsetzung als auch beim Vollzug des aufgrund der RL ergangenen nationalen Rechts eine Bindung der Mitgliedstaaten an die GRC. „*Umso mehr müssen die Mitgliedstaaten nun an die GRC gebunden sein, wenn sie zur Durchführung von RL erlassenes nationales Recht vollziehen. Dies gilt sowohl im materiellen Recht als auch im Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten*“, so die Autoren weiters.⁷⁴⁸ Darauf lässt zumindest hinsichtlich der Umsetzung auch die Entscheidung des EuGH in der Sache *Rodríguez Mayor*⁷⁴⁹ schließen, wo der Gerichtshof eine Grundrechtsprüfung einer spanischen arbeitsrechtlichen Bestimmung mit dem Hinweis ablehnte, dass diese nicht in den Anwendungsbereich der in Rede stehenden Richtlinie falle und somit nicht Teil des Gemeinschaftsrechts sei.⁷⁵⁰ Bereits vor Inkrafttreten der GRC judizierte der EuGH⁷⁵¹ zur EMRK, dass wenn eine Regelung „*in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts*“ fällt, der Gerichtshof aufgrund seiner ständigen Rsp eine im Rahmen des Gemeinschaftsrechts ergangene nationale Regelung anhand der Grundrechte zu prüfen hat.⁷⁵² Wie auch im Leiturteil *Wachauf* des EuGH, wonach die Mitgliedstaaten bei „(...) *der Durchführung (...) gemeinschaftsrechtlicher Regelungen* (...)“ die Grund-

⁷⁴⁵ ABI C 2007/303, 1 idgF.

⁷⁴⁶ *Berka*, Verfassungsrecht⁴ (2012) Rz 1185.

⁷⁴⁷ *Berka*, Verfassungsrecht⁴ (2012) Rz 1192; ebenso *Klingenbrunner/Raptis*, Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon, JRP 2008, 139 (141) mwN.

⁷⁴⁸ *Klingenbrunner/Raptis*, Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon, JRP 2008, 139 (142).

⁷⁴⁹ EuGH 10.12.2009, C-323/08, *Rodríguez Mayor*, Slg 2009, I-11621 Rz 59.

⁷⁵⁰ *Rebhahn*, Das Diskriminierungsverbot des Art 21 GRC aufgrund des Vermögens als verfassungsgesetzlich gewährlestetes Recht, JRP 2012, 386 (389).

⁷⁵¹ EuGH 18.06.1991, C-260/89, *ERT/DEP*, Slg 1991, I-2925 Rz 42 mwN.

⁷⁵² *Müller*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta – „Bereicherung oder Funktionsverlust“? – Thesen zur Frage, ÖJZ 2012/17 (163).

rechte zu beachten haben,⁷⁵³ worunter sowohl die **normative als auch die administrative Durchführung** verstanden wird, soll mit der Formulierung des Art 51 Abs 1 GRC „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ vermieden werden, dass die Charta auch dann zur Anwendung gelangt, wenn Mitgliedstaaten unabhängig davon Grundfreiheiten einschränken wollen.⁷⁵⁴ Mit *Borowsky* ist davon auszugehen, dass es sich immer dann um eine „Durchführung des Rechts der Union“ iS von Art 51 Abs 1 GRC handelt, „wenn die Mitgliedstaaten – gewissermaßen in einer agency situation“⁷⁵⁵ und als „verlängerter Arm“ der Union - europarechtlich veranlasst oder determiniert handeln, auch und gerade wenn ihnen dabei Gestaltungs- oder Ermessensspielräume, mithin normative und administrative Freiheiten eingeräumt sind“.⁷⁵⁶ An dieser engen Auslegung zweifelt *Hatje*, der eine dahingehende Auslegung des Wortlautes für problematisch hält, da diesfalls zB die „Konkretisierung des Unionsrechts durch die Gerichte“ nicht umfasst wäre und folglich die GRC nicht anwendbar wäre, auch wenn er einräumt, dass „die wohl hM (...) die Ansicht (vertritt), dass der Begriff des Durchführens in Abs 1 lediglich als Oberbegriff von Umsetzen und Vollziehen zu verstehen ist und damit enger als die Formel des EuGH sei“.⁷⁵⁷

„Recht der Union“ ist weit zu verstehen, als dieses das gesamte Primärrecht (Gründungsverträge sowie im Vertragsrang stehende Protokolle), Sekundärrecht (Rechtsakte gemäß Art 288 AUEV) und „(...) atypische Handlungsformen, wie etwa Fördermaßnahmen und Verträge“ umfasst.⁷⁵⁸ Die mitgliedstaatliche Durchführung erfolgt sowohl auf der normativen, als auch administrativen Ebene. Sowohl bei der Umsetzung von Unionsrecht in nationales Recht, als auch bei der Vollziehung von Unionsrecht sind die Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte gebunden. *Borowsky* hält ein weites Verständnis des Begriffs „Durchführung“ „(...) im Interesse der Kohärenz des Grundrechtsschutzes und aus Gründen der Praktikabilität (...)“ für geboten.⁷⁵⁹ Darunter fällt (ua) die „(...) Umsetzung von Richtlinien in das nationale Recht, darüber hinaus (...) der Erlass innerstaatlicher Ergänzungs- und Ausführungsnormen (...)“. Auch

⁷⁵³ EuGH 13.07.1989, C-5/88, *Wachauf*, Slg 1989, 2609 Rz 19.

⁷⁵⁴ *Borowsky* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 51 Rz 24 f mwN.

⁷⁵⁵ Die Mitgliedstaaten werden als Unionsorgane tätig, indem sie Unionsrecht durchführen; vgl *Eilmansberger*, Die Anwendung der EU-Grundrechte durch nationale Gerichte (und Behörden), *ecolx* 2010, 1024 (1024).

⁷⁵⁶ *Borowsky* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 51 Rz 25.

⁷⁵⁷ *Hatje* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 51 GRC Rz 18.

⁷⁵⁸ *Hatje* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar³ (2012) Art 51 GRC Rz 14.

⁷⁵⁹ *Borowsky* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 51 Rz 26.

bei der Auslegung einer auf einem Unionsrechtsakt beruhenden nationalen Regelung besteht mit dem EuGH⁷⁶⁰ eine Bindung an die europäischen Grundrechte.⁷⁶¹ Auch *Eilmansberger* geht mit Bezug auf den EuGH davon aus, dass „Gegenstand der eigenständig oder in Kooperation mit dem EuGH durchzuführenden EU-Grundrechtskontrolle (...) entweder das (Unionsrecht durchführende oder sonst im Anwendungsbereich befindliche) nationale Recht oder das durchgeführte Unionsrecht“ (inkl. Verordnungen) sein kann, auch wenn dies aufgrund des Wortlautes des Art 51 Abs 1 GRC nicht zwingend sei,⁷⁶² ebenso *Jarass*.⁷⁶³ Zu einem anderen Ergebnis kommt *Gragl* unter Verweis auf eine Entscheidung des EuGH aus 2010, wo es ua um die Frage der Auslegung einer Verordnung anhand der GRC ging. „Nach Art. 51 Abs. 2 der Charta dehnt diese den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus und „begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben“. Somit hat der Gerichtshof im Licht der Charta das Unionsrecht in den Grenzen der der Union übertragenen Zuständigkeiten zu prüfen“, so der EuGH. Daraus schlussfolgert er, „(...) dass die Charta im Rahmen der vorliegenden Rechtssache allein zum Zweck der Auslegung der Verordnung (...) heranzuziehen ist, ohne dass das nationale Recht als solches zu beurteilen wäre. Es geht insbesondere um die Prüfung, ob die Bestimmungen der Charta der (...) dargelegten Auslegung dieser Verordnung insbesondere angesichts der damit implizierten Verweisung auf das nationale Recht entgegenstehen“.⁷⁶⁴ Daraus ergibt sich laut *Gragl* „(...) ein restriktiv zu interpretierender Wortlaut, dagegen widersprechende Erläuterungen, deren rechtlicher Status im Dunkeln verbleibt, und eine uneinheitliche Rsp des EuGH. Die juristische Auslegungs- und Interpretationskunst wird nicht gänzlich zur Lösung dieser Widersprüche beitragen können.“⁷⁶⁵ Problematisch erscheint indes, dass für die Generalanwältin *Trstenjak* aufgrund der Erläuterungen zur GRC deren Anwendungsbereich gemäß Art 51 Abs 1 GRC bereits dann eröffnet ist, wenn Maßnahmen gesetzt werden, die die Grundfreiheiten beschränken. Dem Urteil des

⁷⁶⁰ EuGH 12.12.1996, C-74/95 und C-129/95, Slg 1996, I-6609 Rz 25.

⁷⁶¹ *Borowsky in Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 51 Rz 27.

⁷⁶² *Eilmansberger*, Die Anwendung der EU-Grundrechte durch nationale Gerichte (und Behörden), *eolex* 2010, 1024 (1024 und 1026) mwN.

⁷⁶³ *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010) Art 51 Rz 16 ff mwN.

⁷⁶⁴ EuGH 05.10.2010, C-400/10, *McB*, Slg 2010, I-08965 Rz 51 und 52.

⁷⁶⁵ *Gragl*, Anwendungsbereich und Tragweite der Europäischen Grundrechte – Die Bedeutung der Grundrechtecharta für die Bindung der Mitgliedstaaten und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, *JAP* 2011/2012/7 (48 f).

EuGH in der Rs *Iida*⁷⁶⁶ kann leider nicht eindeutig entnommen werden, in welche Richtung er tendiert. Ein Indiz, dass der EuGH auch von einem weiteren Anwendungsbereich ausgeht könnte sein, dass er – neben dem Abstellen auf die Durchführung von Unionsrecht – auch ausspricht, dass „*kein anderer Anknüpfungspunkt an die Bestimmungen des Unionsrechts (...) gegeben ist*“⁷⁶⁷. Die diesbezügliche Judikatur des EuGH bleibt abzuwarten. Dabei darf aber – wie auch die Generalanwältin in der Rs *Iida* angeführt hat – nicht übersehen werden, dass Art 51 Abs 3 GRC ausdrücklich normiert, dass die Charta „*den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus*“ ausdehnt. Hinzuzufügen ist, dass der Wortlaut der GRC bewusst so gewählt wurde, dass die Grundrechte der Charta – in Abkehr zur ständigen Rechtsprechung des EuGH – eben nicht immer schon dann zur Anwendung gelangen sollen, wenn diese „*im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts (heute Unionsrecht, Anm)*“ handeln, sondern „*ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union*“.⁷⁶⁸ Aufgrund des unklaren Wortlautes des Art 51 Abs 1 GRC ist dessen Anwendungsbereich jedoch strittig.⁷⁶⁹

ME ist die Rsp des EuGH mitsamt den zuvor geschilderten Rechtsmeinungen nicht auf den hier vorliegenden Fall anwendbar, zumal es sich hier (im Zusammenhang mit dem SDÜ) um Richtlinien handelt, die eben im Gegensatz zu Verordnungen von den Mitgliedstaaten in das nationale Recht umgesetzt werden müssen, und es gewichtige Stimmen aus der Literatur gibt, die gegenteiliger Auffassung sind. Zudem sprechen für diesen Fall die Erläuterungen⁷⁷⁰ zu Art 51 GRC (welchen allerdings kein rechtlicher Status zukommt) für diese Sichtweise, die (ua) Bezug auf die Entscheidung iS *Wachauf* nehmen, sowie auf ein Urteil aus 2000, wonach „*die Mitgliedstaaten (...) bei der Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen aber auch die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaftsrechtsordnung beachten (müssen)*“⁷⁷¹. Somit ist auch von einem Verstoß der in Rede stehenden Bestimmungen des FPG gegen Art 16 (Unternehmerische Freiheit), 17 (Eigentumsrecht) und 20 (Gleichheit vor dem Gesetz) GRC auszugehen. Einschränkungen der Grundrechte sind gemäß Art 52 Abs 1 GRC unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig, „*wenn sie er-*

⁷⁶⁶ EuGH 08.11.2012, *Iida*, C-40/11 Rz 80 ff.

⁷⁶⁷ EuGH 08.11.2012, *Iida*, C-40/11 Rz 82.

⁷⁶⁸ *Borowsky in Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 51 GRC Rz 24.

⁷⁶⁹ Siehe S 133 ff.

⁷⁷⁰ ABI C 2007/303, 17.

⁷⁷¹ EuGH 13.04.2000, C-292/97, Slg 2000, I-02737 Rz 37.

forderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen“. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit umfasst die drei Teilelemente „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“, wobei darüber hinaus darauf hinzuweisen ist, dass der EuGH *„dem Unionsrecht einen eigenständigen allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als allgemeinen Rechtsgrundsatz entnimmt“*⁷⁷². Ohne an dieser Stelle eine ausführliche Grundrechtsprüfung durchzuführen, kann in Anlehnung an die Erwägungen zum FPG bzw ZPMRK, zumal gemäß Art 52 Abs 3 die der EMRK entsprechenden Rechte der GRC die gleiche Bedeutung und Tragweite wie jene der EMRK haben, festgehalten werden, dass die österreichische Umsetzung unverhältnismäßig, nicht geeignet und nicht angemessen ist. Von der in Rede stehenden Bestimmung betroffene Beförderungsunternehmen können sich gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG direkt an den VfGH wenden, wenn ihnen der Umweg über eine Bescheidbeschwerde nicht zumutbar ist. Dies ist gemäß VfGH⁷⁷³ jedenfalls dann gegeben, wenn andernfalls ein Verwaltungsstrafverfahren drohen würde bzw wo dies für den Antragsteller eine außergewöhnliche Härte mit sich bringen würde.⁷⁷⁴ Verstößt – wie im konkreten Fall vertreten – eine innerstaatliche Regelung gegen die GRC, so stellte sich das Problem, dass über derartige Verstöße vom VfGH mangels Prüfungskompetenz nur dann und insoweit erkannt werden konnte, als dieser die Unanwendbarkeit einer innerstaatlichen Norm feststellen konnte, wenn die Bestimmung der GRC unmittelbar zur Anwendung gelangte und dadurch die innerstaatliche Norm verdrängt wurde.⁷⁷⁵ Nach der jüngsten Rechtsprechung des VfGH verbürgt die GRC *„(...) für den Bereich der Anwendung europäischen Rechts (dazu sogleich) Rechte, wie sie die österreichische Verfassungsordnung in gleicher Weise als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte garantiert“.*

„Das Rechtsschutzsystem des B-VG beruht darauf, dass die Geltendmachung der Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte im Allgemeinen bei einer Instanz, nämlich dem Verfassungsgerichtshof, konzentriert werden soll, der auch als einzige Instanz über solche Verletzungen durch generelle Normen, nämlich Gesetze und Verord-

⁷⁷² Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010) Art 52 Rz 35 und 36 mwN; Borowsky in Meyer (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 52 Rz 22b.

⁷⁷³ ZB VfSlg 11853/1988.

⁷⁷⁴ Sie hierzu Schäffer in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 140 B-VG Rz 64.

⁷⁷⁵ Siehe dazu Klingenbrunner/Raptis, Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon, JRP 2008, 139 (143).

nungen, absprechen soll und als einzige Instanz die Befugnis zur Aufhebung solcher Normen hat“, so der VfGH weiters. Da die GRC „(...) für den Anwendungsbereich des Unionsrechts aber jedenfalls in vielen ihrer Bestimmungen (...) die gleiche Aufgabe, wie sie verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte für den (autonomen) österreichischen Rechtsbereich leisten“, erfüllt, würde es „(...) dem Konzept der österreichischen Bundesverfassung einer zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit widersprechen, wenn der VfGH über vielfach inhaltsgleiche Rechte der GRC nicht absprechen könnte“. Dies „angesichts der Intention weitgehender inhaltlicher Identität und formulierungsmäßiger Anlehnung der GRC an die EMRK, deren Rechte in Österreich verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte sind“, woraus sich Schutzbereiche mit weitestgehenden Überschneidungen ergeben. Dies hat zur Folge, „dass auch die von der GRC garantierten Rechte vor dem VfGH als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte gemäß Art 144 bzw Art 144a B-VG geltend gemacht werden können und die im Anwendungsbereich der GRC einen Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle, insb nach Art 139 und Art 140 B-VG bilden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die betreffende Garantie der GRC in ihrer Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der österreichischen Bundesverfassung gleicht“.⁷⁷⁶ Dies ist bei den hier interessierenden Bestimmungen der GRC, der unternehmerischen Freiheit, dem Eigentumsrecht und dem Grundrecht auf Gleichheit vor dem Gesetz, der Fall.⁷⁷⁷ Somit könnte der VfGH im Zuge eines Individualantrags nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG die Übereinstimmung der in Rede stehenden Bestimmungen des FPG mit der GRC prüfen, und gegebenenfalls müsste er diese aufheben. Die einzige Einschränkung hierzu ist der GRC selbst zu entnehmen, wonach diese für die Mitgliedstaaten nur ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts gilt, Art 51 Abs 1 erster Satz aE GRC,⁷⁷⁸ was bei den auf dem SDÜ basierenden Bestimmungen des FPG gegeben ist. Im Falle eines bereits ergangenen Bescheides (heute „Erkenntnis“, Anm)⁷⁷⁹, wie dies auch 2011 der Fall war,⁷⁸⁰ besteht die Möglichkeit einer Beschwerde nach Art 144 B-VG. Auch wenn

⁷⁷⁶ VfSlg 19632/2012.

⁷⁷⁷ Siehe dazu auch Bernsdorff in Meyer (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 16 Rz 2 und Art 17 Rz 2; Hölscheidt in Meyer (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 20 Rz 3.

⁷⁷⁸ Siehe auch VfSlg 19632/2012.

⁷⁷⁹ Durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 BGBl I 2012/51 wurde eine mehrstufige Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt und damit im Zusammenhang auch der „Bescheid“ einer Verwaltungsbehörde durch ein „Erkenntnis“ eines Verwaltungsgerichtes ersetzt.

⁷⁸⁰ VfSlg 19518/2011.

sich der VfGH⁷⁸¹ nicht zur umfassenden Prüfung von Bescheiden (heute „Erkenntnis“, Anm) befugt sieht,⁷⁸² so kommt ihm diese Befugnis dennoch hinsichtlich der diesen zu Grunde liegenden Gesetzen zu.⁷⁸³ Im Gegensatz zu dieser „Grobprüfung“ durch den VfGH, im Zuge derer dieser das einem Bescheid zu Grunde liegende Gesetz nunmehr auch aufgrund eines Verstoßes gegen die GRC aufheben kann, kann nur der VwGH eine umfassende Prüfung von Bescheiden aufgrund der einfachgesetzlichen Rechtslage vornehmen.⁷⁸⁴ Genau diese Kompetenz des VwGH im Sinne einer „Arbeitsteilung“ zwischen den beiden Höchstgerichten des öffentlichen Rechts ist durch die eingangs ergangene Entscheidung fraglich geworden, da sich der VfGH nunmehr in Fällen mit Unionsrechtsbezug zur Prüfung berufen sieht, was davor aufgrund Art 131 Abs 1 Z 1 und Art 133 Z 1 B-VG als dem VwGH vorbehalten erachtet wurde.⁷⁸⁵ Hinzu kommt, dass der VfGH dazu tendieren könnte die Anwendbarkeit der GRC weit zu verstehen, sodass *„die Garantien der GRC auch in Bereichen, die nicht unter die Regelungskompetenz der Europäischen Union fallen, Prüfungsmaßstab im verfassungsgerichtlichen Verfahren darstellen werden“*. In der Rs *ERT*⁷⁸⁶ hat der EUGH nämlich judiziert, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts grundsätzlich dann eröffnet ist, *„wenn innerstaatliche Rechtsvorschriften die unionsrechtlichen Grundfreiheiten beschränken“*, so *Danda*, wobei durch die spätere Formulierung der GRC versucht wurde, diesen sehr weiten Anwendungsbereich einzuengen. Rezente Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*⁷⁸⁷ gehen aber in Richtung eines weiten Verständnisses, wonach (offenbar) bereits eine Beschränkung der Grundfreiheiten ausreichend ist – auch ohne „Durchführung des Rechts der Union“. Die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH bleibt freilich abzuwarten, allerdings könnte es passieren, dass – so der EuGH an seiner älteren Judikatur iS der Rs *ETR* festhält – ein sehr weiter Anwendungsbereich der GRC gegeben ist. Eine weitere Konsequenz dieser Entwicklung könnte sein, dass – da sich nunmehr (auch) der VfGH (neben dem VwGH) zur Prüfung innerstaatlicher Regelungen (bei der Durchführung von Unionsrecht) zuständig erachtet – *„(...) in Hinkunft eine*

⁷⁸¹ VfSlg 14390/1995.

⁷⁸² ZB VfSlg 14390/1995; *Potacs/Hattenberger* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 144 B-VG Rz 34.

⁷⁸³ *Klingenbrunner/Raptis*, Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon, JRP 2008, 139 (143).

⁷⁸⁴ *Potacs/Hattenberger* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar (Loseblattsammlung, 3. Lfg 2004) Art 144 B-VG Rz 34.

⁷⁸⁵ ZB *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) Art 144 B-VG Rz II.4.; *Potacs/Hattenberger* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 144 Rz 31.

⁷⁸⁶ EuGH 18.06.1991, Rs C-260/89, *ERT*, Slg 1991 I-02925.

⁷⁸⁷ Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* 15.05.2012, Rs C-40/11, *Ida*.

nach dem B-VG unzulässige Schnittmenge hinsichtlich der Prüfungskompetenzen von VfGH und VwGH besteht“. Beschwerdeführer könnten eine Verletzung der GRC demnach sowohl vor dem VfGH als auch dem VwGH geltend machen.⁷⁸⁸ Ergänzend hinzuzufügen ist, dass nach Art 133 Z 1 B-VG von der Zuständigkeit des VwGH alle Angelegenheiten ausgeschlossen sind, die in die Zuständigkeit des VfGH fallen (wobei der VfGH ua auch zur Entscheidung bei Kompetenzkonflikten zwischen ihm und dem VwGH berufen ist, Art 138 Abs 1 Z 2 B-VG, Anm), wobei die neue Judikatur des VfGH hinsichtlich der GRC keine Bindung des VwGH zu erzeugen vermag. Im Einzelfall wäre es der VfGH, der nach Art 138 Abs 1 Z 2 B-VG zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten berufen wäre. Würde der VwGH eine Frage aber hinsichtlich der Auslegung der Charta – bei gegenteiliger Ansicht zum VfGH – dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen, so würde dieser den Streitfall zwischen den beiden Höchstgerichten verbindlich auch für die Zukunft entscheiden. Freilich ist es ebenso denkbar, dass sich der VwGH der Rechtsmeinung des VfGH zur Auslegung der GRC anschließt.⁷⁸⁹ Wie sich die Judikatur der beiden Höchstgerichte entwickeln wird, bleibt abzuwarten.⁷⁹⁰

Ebenso wurde mit der Beleihung nach § 111 Abs 1 FPG gegen das Effizienzgebot verstoßen, da „(...) auch Aufgaben, zu deren Erledigung die Behörde selbst kraft ihrer Infrastruktur besser in der Lage wäre als die Privaten, diesen überbürdet werden“. ⁷⁹¹ Wenngleich sich diese Einschätzung von *Strejcek/G. Eberhard* auf die Rechtslage nach dem FrG bezieht, so hat diese mE auch für das FPG idgF Gültigkeit, da sich am Umfang der Aufgaben der Beförderungsunternehmen nichts geändert hat. Hingegen wurden die von *Strejcek* noch zur Rechtslage nach dem FrG geäußerten Bedenken hinsichtlich des Legalitätsprinzips aufgrund einer unzureichenden Konkretisierung der Verpflichtungen der Luftbeförderungsunternehmen mE spätestens durch das Fremdenrechtspaket 2005 ausgeräumt. Bedingt durch die RL 2001/51/EG und 2004/82/EG wurden die Pflichten hinreichend bestimmt festgelegt, wie auch der VfGH in seinem Erkenntnis aus 2011 in den Erwägungen dargetan hat.

⁷⁸⁸ *Danda*, Die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union im österreichischen Grundrechtsschutz, *migraLex* 2013, 14 (16 f).

⁷⁸⁹ *Pöschl*, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon – Anmerkungen zum Charta-Erkenntnis des VfGH, *ZÖR* 2012, 587 (603).

⁷⁹⁰ Die möglichen Folgen für den Rechtsschutz des sog Charta-Erkenntnisses des VfGH wurden von *Pöschl* herausgearbeitet: *Pöschl*, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon – Anmerkungen zum Charta-Erkenntnis des VfGH, *ZÖR* 2012, 587 (602 ff).

⁷⁹¹ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunftspflicht und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, *ÖJZ* 2001, 665 (669).

Die GRC verpflichtet gemäß Art 51 auch die Union „(...) *in allen ihren Verästelungen* (...)“⁷⁹² („Organe“ gemäß Art 13 Abs 1 EUV)⁷⁹³ selbst, sodass diese ebenfalls an die Grundrechte gebunden ist. Doch schon davor anerkannte der EuGH eine Bindung der Gemeinschaft (heute Union) an die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Grundrechte. Zusätzlich dazu ist in Art 6 Abs 2 EUV ein Beitritt der Union zur EMRK vorgesehen.⁷⁹⁴ Diese erstrecken „*sich grundsätzlich über das gesamte Unionsrecht, wobei nicht nur die Organe und Einrichtungen der Union, sondern auch die Mitgliedstaaten gebunden sind, sofern diese im Geltungsbereich des Unionsrechts handeln*“.⁷⁹⁵ So bestand schon vor der GRC eine Rsp des EuGH zum Schutz der Freiheit eine Wirtschafts- und Geschäftstätigkeit auszuüben (heute Art 16 GRC),⁷⁹⁶ auf den Schutz des Eigentums (heute Art 17 GRC),⁷⁹⁷ sowie zum Schutz des Rechtsprinzips der Gleichheit (heute Art 20 GRC)⁷⁹⁸. In Anbetracht dieser Grundrechte ist auch die RL 2001/51/EG problematisch, da keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Auferlegung der Kosten auf die Beförderungsunternehmen besteht (insb Art 26 SDÜ), wobei auf die Ausführungen zur innerstaatlichen Umsetzung verwiesen wird.

Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich des FPG setzen allerdings nicht erst bei der konkreten Ausgestaltung der Bestimmungen an, sondern bereits bei der **Ausgliederung von Grenzkontrollaufgaben an private Unternehmen**. *Strejcek/G. Eberhard* haben sich mit dieser Ausgliederung intensiv im Zusammenhang mit § 53 Abs 3 FrG idF BGBl I 2000/134 auseinandergesetzt. Im Folgenden soll nun darauf aufbauend die Rechtslage nach dem FPG idGF, § 111 Abs 1, analysiert werden.

⁷⁹² *Borowsky in Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 51 Rz 16.

⁷⁹³ *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010) Art 51 Rz 3.

⁷⁹⁴ *Streinz*, Europarecht⁹ (2012) Rz 731.

⁷⁹⁵ *Moser*, Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rsp des EuGH als Katalysatoren einer europäischen Wertegemeinschaft – Anmerkungen zu Entwicklung, Stand und Möglichkeiten der Europäischen Integration durch Recht(-sprechung), ZfRV 2012/2 (8).

⁷⁹⁶ Erläuterungen der Charta, ABl C 2007/303, 23; zB EuGH 14.05.1974, C-4/73, Slg 1974, 491, Rz 14;

vgl *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010) Art 16 FN 1.

⁷⁹⁷ Erläuterungen der Charta, ABl 2007/303, 23; EuGH 13.12.1979, C-44/79, Slg 1979, 3727; vgl *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010) Art 17 FN 3.

⁷⁹⁸ Erläuterungen der Charta, ABl 2007/303, 22; zB EuGH 13.11.1984, C-283/83, Slg 1984, 3791; vgl *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2010) Art 20 FN 1.

3.5.7 Ausgliederung von Grenzkontrollaufgaben an Private

Damals wie heute sind die Beförderungsunternehmer verpflichtet auf Anfrage bestimmte Daten der beförderten Personen (insb Identitätsdaten und Daten der zur Einreise erforderlichen Dokumente) unverzüglich (und kostenlos) der Behörde bekannt zu geben. Die Verpflichtung zur Wahrnehmung von Grenzkontrollaufgaben ist gemäß *Strejcek/G. Eberhard* auch dadurch erkennbar, dass sich die Beförderungsunternehmen davon überzeugen müssen, dass die Person das erforderliche Reisedokument bei sich hat, wie dies § 53 Abs 3 FrG vorsah.⁷⁹⁹ Dass dies nach wie vor der Fall ist, kann un schwer § 111 Abs 1 FPG entnommen werden, wonach sich der Beförderungsunternehmer vergewissern muss, „*dass die Person über das für die Einreise in das Bundesgebiet erforderliche Reisedokument und erforderlichenfalls eine Berechtigung zur Einreise verfügt*“. Solche Aufgaben werden nach *Strejcek/G. Eberhard* „(...) üblicherweise von Organen der Grenzkontrollbehörde besorgt (...). Dementsprechend haben hier Private eine im weiteren Sinn **hoheitliche Funktion** (Hervorhebung vom Autor, Anm) im Bereich der Sicherheitsverwaltung wahrzunehmen“. Zudem obliegt es auch den Beförderungsunternehmern festzustellen, wer über eine „Berechtigung zur Einreise“ gemäß § 111 Abs 1 verfügt, sie müssen somit über das nötige rechtliche Wissen verfügen – eine typische Grenzkontrollaufgabe.⁸⁰⁰

Damit im Zusammenhang steht die Verpflichtung der Beförderungsunternehmer „Befehle“ an Passagiere erlassen zu müssen, zB das Vorweisen bestimmter Dokumente. Darüber hinaus kann es sein, dass ein Beförderungsunternehmen einem Passagier die Beförderung verweigern muss, wenn dieser nicht über die erforderlichen Dokumente verfügt, womit dieses **Zwang** ausüben müsste.⁸⁰¹ Andernfalls würde das Beförderungsunternehmen aufgrund § 111 Abs 1 FPG eine Verwaltungsübertretung begehen, welche mit € 5.000 bis 15.000 nach § 112 Abs 1 FPG zu bestrafen wäre. Mit *Strejcek/G. Eberhard* wird die „*Veranlassung zur Setzung von (...) Zwangsakten durch Private (...)*“ noch dadurch ausgeweitet und verfestigt, dass die Beförderungsunternehmen Fremde unverzüglich zurückbefördern müssen, wenn letztere in Österreich behördlich zurück-

⁷⁹⁹ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunftspflicht und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (667).

⁸⁰⁰ In diesem Sinne *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunftspflicht und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (667).

⁸⁰¹ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunftspflicht und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (667).

gewiesen werden, § 111 Abs 4 FPG (bzw § 53 Abs 2 zweiter Satz FrG). „*All diese Akte wären für den Fall, dass sie von Organen der Grenzkontrollbehörden selbst gesetzt würden, zweifellos als verwaltungsbehördliche Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt*⁸⁰² *zu qualifizierten*“. ⁸⁰³ Zur Untermauerung führen *Strejcek/G. Eberhard* gestützt auf *Schäffer*⁸⁰⁴ ins Treffen, dass bereits mit § 125 Abs 2 lit a LFG (heute § 125 Abs 2 Z 1 LFG, Anm), wonach der Pilot „*alle zur Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit an Bord des Luftfahrzeuges notwendigen Maßnahmen zu treffen (hat)*“, dieser zu polizeilichen Maßnahmen ermächtigt ist, es sich somit um eine Verwaltung durch Beliehene handelt. „*Umso mehr ist daher die Inpflichtnahme der Beförderungsunternehmen zur Sicherung der Grenzkontrolle funktionell der Hoheitsverwaltung zuzurechnen*“. ⁸⁰⁵ Es kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob die „polizeilichen Maßnahmen“ des Piloten oder die Grenzkontrolle durch die Beförderungsunternehmen aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung als Hoheitsverwaltung zu klassifizieren sind. Nach dem Gesagten lässt sich als Zwischenergebnis jedenfalls festhalten, dass mit der Kontrolle der im Gesetz näher konkretisierten Daten durch Beförderungsunternehmen, diese eine hoheitliche Tätigkeit verrichten. Dass es sich im konkreten Fall um eine „Inpflichtnahme Privater“ handelt, schlussfolgerte bereits *Grussmann*, welcher sich zur Interpretation der Bestimmung des § 53 Abs 3 FrG auf die Materialien⁸⁰⁶ zum FrG 1992⁸⁰⁷ stütze, wo ausdrücklich von einer „Inpflichtnahme der Beförderungsunternehmen“ die Rede ist. ⁸⁰⁸ Fraglich ist, ob diese Einordnung einer näheren Betrachtung standhält. Ein bloßer Blick auf das FrG 1992 in seiner Stammfassung und auf das FPG idgF zeigt, dass die Bestimmung über die Auskunftspflicht des Beförderungsunternehmers heute wie damals im Wesentlichen unverändert geblieben ist. ⁸⁰⁹ Allerdings erschöpft sich die Verpflichtung der Beförderungsunternehmen gerade nicht nur in einer bloßen Weiterleitung von Daten. Wie erwähnt haben die Beförderungsunternehmen gegenüber den von ihnen be-

⁸⁰² Zu dem Begriff siehe zB *Szűsz*, Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in *Mayer (Hrsg)*, Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) 16 mwN.

⁸⁰³ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (667) mwN.

⁸⁰⁴ *Schäffer*, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private – Beleihung und Inpflichtnahme in Bundeswirtschaftskammer, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte (1973) 58 ff (64).

⁸⁰⁵ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (668).

⁸⁰⁶ ErläutRV 692 BlgNR zu BGBl 1992/838 18. GP 59.

⁸⁰⁷ Bundesgesetz, mit dem das Fremdengesetz erlassen und das Asylgesetz 1991 sowie das Aufenthaltsgesetz geändert werden BGBl 1992/838.

⁸⁰⁸ *Feik/Grussmann* in *Bachmann et al* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht³ (2000) 86.

⁸⁰⁹ Vgl *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (667 f).

förderten Personen auch „Zwang“ auszuüben bzw. „Befehle“ zu erteilen. Bei einer Inpflichtnahme handelt es sich „(...) *um bloß unterstützende und verwaltungsentlastende Tätigkeiten. Eine Kompetenz zur Setzung von Hoheitsakten kraft eigenen Entschlusses ist damit nicht verbunden.*“⁸¹⁰ Diese Definition zeigt klar, dass die Verpflichtung der Beförderungsunternehmen nach § 53 Abs 3 FPG nicht als Inpflichtnahme, sondern als **Beleihung** zu klassifizieren ist.⁸¹¹ Eine Beleihung kennzeichnet gerade, dass bei dieser – über die (bloße) Inpflichtnahme hinaus – Private mit der Setzung von Hoheitsakten betraut werden.⁸¹² Dies sowohl in eigener Organkompetenz als auch in eigener Verantwortung.⁸¹³ Genau dies trifft auf die Beförderungsunternehmen nach § 111 Abs 3 iVm § 112 Abs 1 FPG zu. Es werden ausdrücklich die Beförderungsunternehmen verpflichtet, welchen bei (verschuldeten) Verstößen Sanktionen drohen. Die Verpflichtung besteht nach der hier vertretenen Ansicht neben der bloßen Speicherung bzw. Auskunftserteilung auch in der Prüfung der Echtheit der Dokumente.

Bereits *Strejcek/G. Eberhard* haben erkannt, dass die von den Beförderungsunternehmen zu setzenden Akte – würden Sie von Organen der Grenzkontrollbehörden stammen – „*zweifellos als verwaltungsbehördliche Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt zu qualifizieren*“ wären.⁸¹⁴ Zwar erfolgte diese Qualifizierung zur Rechtslage nach dem FrG, BGBl I 1997/75 idF BGBl 2000/134, allerdings hat sich mE an den für diese Einordnung relevanten Bestimmungen nichts geändert. Nach wie vor müssen die Beförderungsunternehmen die Passagiere dazu veranlassen bestimmte Dokumente vorzuweisen, und müssen selbige Reisenden eine Beförderung verweigern, wenn sich diese nicht entsprechend ausweisen können. Nur so können sie ihren Aufgaben nach § 111 Abs 1 FPG entsprechen und einer Sanktion gemäß § 112 Abs 1 leg cit entgehen. Nach *Strejcek/G. Eberhard* wurde die Verpflichtung von Privaten zur Setzung von Zwangsakten noch dadurch bekräftigt, dass diese nach § 53 Abs 2 FrG die unverzügliche Abreise von Fremden im Falle einer behördlichen Zurückweisung zu gewährleisten hatten.⁸¹⁵ Auch diese Vorschrift findet sich in § 111 Abs 4 FPG wieder.

⁸¹⁰ *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 328.

⁸¹¹ AA *Strejcek*, Kommentar zu VfGH 01.10.2001, VfSlg 16294/2001, ÖZW 2002, 53 (58) zur Rechtslage nach dem FrG idF BGBl I 2001/142.

⁸¹² *Stöger*, Inpflichtnahme in *Mayer* (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) 252 f.

⁸¹³ *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 328.

⁸¹⁴ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (667) mwN.

⁸¹⁵ Vgl dazu bereits *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (667) mwN.

Der VfGH hatte sich – soweit ersichtlich – erstmals 1947 mit einem „*ohne bescheidmäßige Grundlage gesetzten Vollzugsakt*“ zu beschäftigen. Im Laufe seiner Judikatur entwickelte er nach und nach die für die „faktischen Amtshandlungen“ relevanten Merkmale.⁸¹⁶ Die heute als „verfahrensfreie Verwaltungsakte“, „Akte unmittelbaren Verwaltungszwanges“ oder eben auch als „**Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt**“ bezeichneten Maßnahmen sind durch vier Elemente gekennzeichnet: Zugehörigkeit zur Staatsfunktion Verwaltung, Ausübung von Hoheitsgewalt, Individualität und normative Wirkung.⁸¹⁷ An einem Akt der Staatsfunktion Verwaltung kann kein Zweifel bestehen. Die Besorgung von Grenzkontrollaufgaben, welche durch Verwaltungsorgane – oder mittels Auslagerung durch Private – besorgt wird, welche weisungsgebunden sind, und bei der es sich weder um Rechtssetzung noch Rechtsprechung handelt, ist zwangsläufig der Verwaltung zuzurechnen.⁸¹⁸ Hinsichtlich der Individualität eines Aktes, mit dem einem Passagier die Beförderung aufgrund unzureichender Dokumente versagt wird, kann kein Zweifel bestehen. Der Adressat der Anordnung ist eine bestimmte, namentlich genannte Person.⁸¹⁹ Auch kommt einem solchen Akt Normativität insofern zu, als der betreffenden Person das Recht auf Einreise nach Österreich verwehrt wird bzw dieses mangels erforderlicher Unterlagen nicht gegeben ist. Auch wenn die Rechtsprechung in diesem Punkt zurückhaltend bei der Annahme einer normativen Wirkung ist,⁸²⁰ und zB die Weigerung sich auszuweisen vom VwGH nicht als AuvBZ qualifiziert wurde,⁸²¹ so kann am Vorliegen dieses Elements im gegebenen Fall kein Zweifel bestehen, weil aufgrund § 111 Abs 1 FPG die Beförderungsunternehmen verpflichtet sind Personen, die nicht über die für die Einreise erforderlichen Dokumente verfügen (bzw diese nicht vorzeigen wollen), die Beförderung zu verweigern, womit also eine **physische Sanktion** gedroht hätte. Auch das Kriterium der Hoheitsgewalt liegt vor, worauf im Folgenden hinsichtlich der Frage, ob es sich bei der Ausgliederung der geschilderten Aufgaben um eine bloße Inpflichtnahme oder um eine Beleihung handelt, noch näher eingegangen wird.

⁸¹⁶ ZB das Merkmal der Individualität, VfSlg 4430/1963.

⁸¹⁷ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996), 524 ff; *Szűsz*, Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in *Mayer* (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003), 16; *Aichleiter* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar (Loseblattsammlung, 3. Lfg 2004) Art 129a B-VG Rz 38.

⁸¹⁸ Zu diesem Begriff siehe zB *Zeleny*, Verwaltung in *Mayer* (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003), 513 f; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996), 1 ff.

⁸¹⁹ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996), 528.

⁸²⁰ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 979 mwN.

⁸²¹ VwGH 12.09.2007, 2005/03/0153.

Nach der Meinung des VfGH zählt „(...) die Vorsorge für die Sicherheit im Inneren und nach außen und die Ausübung der (Verwaltungs-)Strafgewalt zu den Kernbereichen der staatlichen Verwaltung (...)“.⁸²² Wie *Strejcek/G. Eberhard* zum FrG idF BGBl I 2000/134 ausgesprochen haben, kann auch zur Rechtslage nach dem FPG idGF festgehalten werden, dass die in § 111 leg cit vorgesehenen Verpflichtungen ihrer Intention nach diesem Sicherheitszweck dienen und daher in den Kernbereich der staatlichen Verwaltung fallen.⁸²³ In seinem Erkenntnis aus dem Jahr 2001 hat der VfGH im Zuge der Prüfung einer Betrauung einer Anstalt öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit erkannt, dass es – wie dieser bereits zuvor judiziert hatte – grundsätzlich zulässig ist, „(...) für vereinzelte Aufgaben Organe von Nicht-Gebietskörperschaften mit der Vollzugsgewalt des Bundes oder eines Landes auszustatten“. Sodann verweist der VfGH auf das sog „Austro Control“-Erkenntnis⁸²⁴ und auf die dort entwickelten Grenzen für derartige Übertragungen von Hoheitsaufgaben. Dazu zählt die Anforderung, dass „die verfassungsrechtliche Ermächtigung zu derartigen Beleihungen nur für „vereinzelte Aufgaben“ besteht“. Schließlich könne eine solche Ermächtigung nur so weit gehen, „als sich nicht aus dem durch den Wesensgehalt der Bundesverfassung allgemein bestimmten Aufbau der staatlichen Verwaltung oder aus einzelnen besonderen Bestimmungen der Bundesverfassung eine Einschränkung ergibt“. Dazu zählt nach dem VfGH auch „(...) die Notwendigkeit der Unterstellung unter ein oberstes Organ, das gemäß Art 76 Abs 1 B-VG (bzw Art 105 Abs 2 B-VG) und Art 142 B-VG verantwortlich ist“.⁸²⁵ Die Anwendung der vom VfGH entwickelten Kriterien soll mit *Korinek*⁸²⁶ und *Lachmayer*⁸²⁷ iS eines **beweglichen Systems** erfolgen. „Die Frage, wie viele und welche Aufgaben übertragen werden, steht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Intensität staatlicher Einflussmöglichkeiten. Dies deshalb, da sie alle dem „Organisationskonzept der Verfassung“ bzw dem dahinterstehenden Zweck dieses Konzepts dienen.“⁸²⁸

⁸²² VfSlg 14473/1996.

⁸²³ Soweit eine Zuordnung aufgrund des unklaren Begriffs des „Kernbereichs“ überhaupt möglich ist, siehe dazu *Raschauer*, „Kernaufgaben des Staates“; Rechtsfortbildung oder Rechtskreation? ZfV 2005, 18 (20).

⁸²⁴ Dazu sogleich.

⁸²⁵ VfSlg 16400/2001 mwN.

⁸²⁶ Siehe S 117.

⁸²⁷ *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung – Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750 (753).

⁸²⁸ *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung – Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750 (753).

Wie der VfGH in dem zuvor angeführten Erkenntnis erwogen hat, dürften mit der **Beleihung** nach dem FPG mehr als bloß „vereinzelte Aufgaben“ übertragen worden sein. Dabei wird das Kriterium „vereinzelte Aufgaben“ vom VfGH weit verstanden, was *Lachmayer*⁸²⁹ auf die Ablehnung eines beweglichen Systems zurückführt. Bei den „vereinzelteten Aufgaben“ handelt es sich um einen relationalen Begriff, wo es zu einer Abwägung der übertragenen Aufgaben mit denen beim Bund verbleibenden kommt. Für die dabei vorzunehmende Gewichtung ist jedoch nicht nur auf die Quantität, sondern ebenso auf die Qualität der zu übertragenden Aufgaben abzustellen. Mit *Lachmayer* sollte daher nicht vom verwirrenden Begriff der „vereinzelteten Aufgaben“ gesprochen werden, sondern stattdessen „(...) dass aus einem Verwaltungs- bzw. Vollzugsbereich nicht überwiegend Aufgaben übertragen werden dürfen“.⁸³⁰ Bereits *Strejcek/G. Eberhard* hatten zum FrG idF BGBl I 2000/134 deutliche Zweifel zu erkennen gegeben, ob die Aufgabenausgliederung nicht zu umfangreich ist.⁸³¹ Auch wenn mittlerweile das FPG in Kraft getreten ist, so gab es hinsichtlich des Umfangs der an die Beförderungsunternehmen übertragenen Verpflichtungen keine Änderungen. Somit ist mit *Strejcek/G. Eberhard* und dem VfGH in seinem Erkenntnis G 269/01 ua nach wie vor davon auszugehen, dass mehr als bloß „vereinzelte Aufgaben“ übertragen wurden, da den Beförderungsunternehmen „(...) eine **große Zahl von Verhaltenspflichten auferlegt** (Hervorhebung vom Autor, Anm) wird (...)“⁸³², nämlich die Kontrolle ob das erforderliche Reisedokument vorliegt, ob zusätzlich eine Berechtigung zur Einreise erforderlich ist sowie die Kontrolle dieser, die Prüfung der Dokumente auf Echtheit, Speicherung (und Übermittlung) der Daten, gegebenenfalls Rücktransport Fremder; dies auch vor dem Hintergrund der den Grenzkontrollbehörden verbleibenden Aufgaben.⁸³³

Weiters bestehen Bedenken hinsichtlich der Ausgliederung eines „**Kernbereichs**“ der staatlichen Verwaltung“, ein Kriterium welches vom VfGH ebenfalls im Austro-Control Erkenntnis ausgearbeitet wurde. Als Maßstab dient dem Höchstgericht dafür die Bundesverfassung, wobei dieser bereits (demonstrativ) einige Bereiche wie

⁸²⁹ *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung – Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750 (758).

⁸³⁰ *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung – Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750 (755 ff).

⁸³¹ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (668).

⁸³² VfSlg 16.400/2001 mwN.

⁸³³ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunfts- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (668).

die Sicherheit im Inneren, Sicherheit nach außen, die Verwaltungsstrafgewalt sowie die allgemeine Sicherheitspolizei und zentrale verwaltungspolizeiliche Aufgaben namentlich genannt hat.⁸³⁴ Wie *Lachmayer* darlegt, hat der VfGH⁸³⁵ die Frage, wann ein solcher Kernbereich betroffen ist mit einem Erkenntnis aus 2004, dem sog Zivildienstverwaltungs-Erkenntnis so beantwortet, dass auch Aufgaben, die in einem besonderen wechselseitigen Verhältnis bzw besonders engen Zusammenhang zum ausgliederungs-festen Kernbereich stehen, diesem unterfallen können, wenn damit einhergehend erhebliche Eingriffe in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte sowie Einschränkungen damit verbunden sind. *Lachmayer* spricht von einem „*In-Beziehung-Setzen*“ *der ausgegliederten Aufgaben zu einem flexiblen (ausdehnbaren) Kernbereich*“. Der VfGH hat in diesem Erkenntnis somit auch grundrechtliche Erwägungen mit einfließen lassen, welche seither auch in der Literatur als Abgrenzungskriterium zwischen Kernbereich und Nicht-Kernbereich dienen.⁸³⁶ Mit *Pabel*⁸³⁷ ist *Lachmayer* der Ansicht, „(...) dass in einer Kombination aus der demokratischen Legitimation, rechtsstaatlichen Gesichtspunkten und grundrechtlichen Erwägungen eine Einschränkung der organisationsrechtlichen Möglichkeiten der Verwaltung, kurzum eine erhöhte Schranke bei der Zulässigkeit von Ausgliederungen, zu sehen ist“. Insbesondere die Kernaufgabe „innere und äußere Sicherheit“ wäre wegen des damit verbundenen Eingriffs in Grundrechte lediglich sehr eingeschränkt ausgliederbar. Aus all dem ergibt sich für *Lachmayer* iS eines beweglichen Systems, dass es keine per se ausgliederungs-festen Kernaufgaben der Verwaltung gibt. Gegenteiliger Ansicht ist allerdings der VfGH, der in seinem Erkenntnis aus 2001 judiziert hatte, dass „(...) ausgliederungs-feste Kernaufgaben einem aus der Staatsorganisation ausgegliederten selbständigen Rechtsträger nicht übertragen werden dürfen“.⁸³⁸ Vielmehr muss eine stets auf den Einzelfall bezogene Prüfung stattfinden, bei der, so Kernaufgaben iS des VfGH betroffen sind, der demokratischen Legitimation, rechtsstaatlichen Sicherheit und dem grundrechtlichen Schutz in erhöhtem Maße entsprochen sein muss. Zudem bedürfen derartige Ausgliederungen stets einer besonderen (sachlichen) Rechtfertigung (Sachlichkeitsgebot).⁸³⁹ Ein Schluss, zudem zuvor bereits *Pabel* und *Baumgartner* gekommen waren. So entnimmt *Pabel* ua dem Erkennt-

⁸³⁴ VfSlg 14473/1996.

⁸³⁵ VfSlg 17.341/2004.

⁸³⁶ *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung – Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750 (754).

⁸³⁷ *Pabel*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgliederung, JRP 2005, 221 (229).

⁸³⁸ VfSlg 16.400/2001 mwN.

⁸³⁹ *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung – Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750 (761).

nis des VfGH aus 2001, da das Höchstgericht in der Sache neben der Feststellung eines ausgliederungsfesten Kernbereichs von Verwaltungsaufgaben sehr wohl auch andere Kriterien geprüft bzw berücksichtigt hatte, dem VfGH die Tendenz, „(...) dass die Verfassungswidrigkeit einer Ausgliederung nicht allein mit der Zuordnung zum Kernbereich begründet werden soll“. Schließlich schlussfolgert auch sie aufgrund der Jud des VfGH sowie des grundrechtlichen Ansatzes, dass es zwar Materien der staatlichen Verwaltung geben könne, die aufgrund ihrer Ausgestaltung nicht ausgliederbar wären, dennoch gäbe es keine a priori ausgliederungsfesten Kernaufgaben.⁸⁴⁰ Kritisiert wird die Behauptung des VfGH von der Existenz eines Kerns ausgliederungsfester Aufgabenbereiche aufgrund der mangelhaften Begründung des Höchstgerichts zudem von *Walzel von Wiesentreu*.⁸⁴¹ *Raschauer* ist überdies der Ansicht, dass die Vorgaben der Verfassung bloß vereinzelt zu einer staatseigenhändigen Aufgabenwahrnehmung verpflichten, wie dies durch einzelne Staatszielbestimmungen erreicht wird.⁸⁴² Dieser Sichtweise schließt sich *Walzel von Wiesentreu* an.⁸⁴³ Skeptisch dazu meint *Heller*, dass mit der bloßen Zuordnung einer Aufgabe zum Kernbereich oder der Einstufung einer Aufgabe als Kernaufgabe noch nichts gewonnen ist. Vielmehr müsse iS eines beweglichen Systems aus der Gesamtschau aller Aspekte (zB Grundprinzipien) eine Beurteilung erfolgen. Aufgaben wie Militärwesen, Sicherheitspolizei, etc würden somit nicht per se Staatsaufgaben iS von ausgliederungsfesten Kernaufgaben darstellen.⁸⁴⁴

Mit der nicht eindeutigen Jud des VfGH und den Stimmen aus der Literatur ist somit zwar von der Existenz von Kernbereichen auszugehen, wobei Ausgliederungen aus diesen nicht schlechthin unzulässig sind. Vielmehr ist stets auf den Einzelfall⁸⁴⁵ Bedacht zu nehmen und müssen iS eines beweglichen Systems über die stets bei Ausgliederungen mit dem VfGH zu prüfenden Kriterien⁸⁴⁶ (ausgenommen der Kernaufgaben⁸⁴⁷) auch „(...) eine erhöhte demokratische Legitimation, rechtsstaatliche Sicherheit

⁸⁴⁰ *Pabel*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgliederung, JRP 2005, 221 (227 ff).

⁸⁴¹ *Wiesentreu*, Grenzen der Ausgliederung – Eine bundesverfassungs- und verwaltungsrechtssystematische Darstellung der Grenzen der Ausgliederung öffentlicher Aufgaben aus dem Bereich der Landes- und Gemeindeverwaltung, 15. ÖJT I/2 (2005) 7 (36 f).

⁸⁴² *Raschauer*, Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg) (2002) 111 f.

⁸⁴³ *Wiesentreu*, Grenzen der Ausgliederung – Eine bundesverfassungs- und verwaltungsrechtssystematische Darstellung der Grenzen der Ausgliederung öffentlicher Aufgaben aus dem Bereich der Landes- und Gemeindeverwaltung, 15. ÖJT I/2, 7 (37 f).

⁸⁴⁴ *Heller*, Zum Begriff der Kernaufgaben des Staates in Festschrift Heinz Schäffer (2006) 253 ff.

⁸⁴⁵ *Pabel*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgliederung, JRP 2005, 221 (228).

⁸⁴⁶ Siehe S 116 f.

⁸⁴⁷ Zu dem Begriff siehe FN 675.

und grundrechtlicher Schutz gewährleistet sein“, wozu das Kriterium der besonderen sachlichen Rechtfertigung tritt.⁸⁴⁸

Nach *Strejcek/G. Eberhard* dient die „Kontrolle der Identitätsdaten der Fremden sowie der Daten der zur Einreise erforderlichen Dokumente“ offensichtlich der vom VfGH als Kernbereich (mag man nun die Existenz dieser befürworten oder nicht, Anm) der staatlichen Verwaltung definierten „Vorsorge für die Sicherheit im Inneren und nach außen“.⁸⁴⁹ Was unter „Vorsorge für die Sicherheit im Inneren und nach außen“ zu verstehen ist, ist gesetzlich nicht definiert, es handelt sich dabei jedoch um eine aktuelle Staatsaufgabe, welche in den Art. 10 Abs. 1 Z 7 und 15 B-VG, Art. 5 EMRK, Art. I BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit⁸⁵⁰, ihren Niederschlag gefunden hat.⁸⁵¹ Die ihrem Inhalt nach heterogenen Bestimmungen, die alle letztlich einen Teilbereich dieser Aufgabe enthalten zeigen, dass dieser Bereich weit zu verstehen ist. Spätestens mit Blick auf die Materialien zum Beitritt Österreichs zum SDÜ, welche in den Erläuterungen zum Hintergrund, der Entstehung und zum Ziel des SDÜ ausführen, dass damit „(...) mehr Sicherheit für die Bürger in Europa (...)“⁸⁵² geschaffen werden soll wird offensichtlich, welchem Zweck das Regelwerk – und die darauf aufbauenden Bestimmungen – dienen. Gemäß der (älteren) Jud des VfGH würde es sich bei diesen Aufgaben daher um Aufgaben aus dem Kernbereich der nicht ausgliederbaren Verwaltungsaufgaben handeln. Gleich ob man nun mit dem VfGH die Existenz ausgliederungsfester Kernbereiche befürwortet, oder ob man mit der Literatur (und wie dies auch der jüngeren Rsp des Höchstgerichtes entspricht) von einem beweglichen System ausgeht, wo die Zulässigkeit einer Ausgliederung sich nicht starr an bestimmten Kernaufgaben orientiert, sondern stets im Einzelfall unter Abwägung aller Kriterien ermitteln werden muss – die in § 111 FPG vorgenommene Ausgliederung erscheint jedenfalls tw verfassungswidrig. Folgt man der ersten Ansicht, so unterfallen die Pflichten nach § 111 Abs 1 wie erwähnt der „Vorsorge für die Sicherheit im Inneren und nach außen“, womit sie auf-

⁸⁴⁸ *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung – Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750 (761).

⁸⁴⁹ *Strejcek/G. Eberhard*, Zur Auskunftspflicht und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665 (668).

⁸⁵⁰ Bundesverfassungsgesetz v 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit BGBl 1988/684 idGF.

⁸⁵¹ Österreich Konvent, Präsidium 30. Sitzung, Beratungsunterlage umfassende Landesverteidigung (139/PRVOR-K), http://www.konvent.gv.at/K/DE/PRVOR-K/PRVOR-K_00139/fname_047547.pdf (16.02.2014).

⁸⁵² ErläutRV 501 BlgNR zu BGBl III 1997/90 20. GP 153.

grund des staatsrechtlichen Souveränitätsverständnisses⁸⁵³ dem Kernbereich unterfallen und nicht ausgliederbar sind. Geht man aber von einem beweglichen System aus, so gilt es eine differenzierte Betrachtung vorzunehmen. Maßgeblich sind hier – vor dem Hintergrund, dass eine kernbereichsrelevante Regelung vorliegt – „(...) eine erhöhte demokratische Legitimation, rechtsstaatliche Sicherheit und grundrechtlicher Schutz (...)“. Zu dem hinzu tritt das Gebot der Sachlichkeit, welches eine besondere Rechtfertigung der Ausgliederung verlangt.⁸⁵⁴

Die verlangte „erhöhte demokratische Legitimation“ ist nicht gegeben, da mit *Muzak* keinerlei staatliche Weisungs- oder Aufsichtsrechte⁸⁵⁵ bestehen, was für sich alleine nach der Rsp des VfGH eine Verfassungswidrigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen das Organisationskonzept der Bundesverfassung (insb Art 20 Abs 1 und Art 77 B-VG) bewirkt. Das FPG sieht weder eine Weisungsbindung iS von Art 20 B-VG vor, noch bestehen Gestaltungs- bzw Kontrollmöglichkeiten durch ministerielle Ausgestaltung. Dies trifft nicht nur auf die Tätigkeit selbst, sondern auch auf die agierenden Personen zu, weshalb keine demokratische Legitimation der Ausgliederung an die Beförderungsunternehmen gegeben ist.⁸⁵⁶ Auch gibt es keine Möglichkeit der Betroffenen, sich gegen die „Befehle“ und den „Zwang“ der Beförderungsunternehmen (wie dies bei Akten unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt bzw verfahrensfreien Verwaltungsakten der Fall ist)⁸⁵⁷ zu wehren, wozu noch hinzukommt, dass die Beförderungsunternehmen damit in Grundrechte der Passagiere (Recht auf Freizügigkeit und der Einreise, Art 3 Abs 2 4. ZP-MRK, Art 21 AEUV, Art 45 GRC – zu bedenken ist, dass auch Österreicher und EU-Bürger gleichsam wie Drittstaatsangehörige von § 111 Abs 1 FPG betroffen sind, welcher allgemein von „Personen“ spricht, siehe dazu auch ErläutRV aus 2009⁸⁵⁸) eingreifen können bzw müssen.

⁸⁵³ *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung – Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750 (758).

⁸⁵⁴ *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung – Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750 (761).

⁸⁵⁵ *Muzak* in *Muzak/Taucher/Pinter/Lobner* (Hrsg), Fremden- und Asylrecht (Loseblattsammlung, 6. Lfg 2003) Kommentar 2 zu § 53 FrG; diese Ansicht bestand zum FrG idF BGBl I 2002/134, ist aber mE aufgrund der dahingehenden inhaltlichen Übereinstimmung auf das FPG idGF übertragbar.

⁸⁵⁶ Vgl *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung – Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 2007, 750 (754).

⁸⁵⁷ Siehe zB *Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975) 226 ff; *Rauschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 951 ff.

⁸⁵⁸ ErläutRV 330 BlgNR zu BGBl I 2009/122 24. GP 35.

3.5.8 Conclusio zur Ausgestaltung der Kontrolle von Reiseunterlagen durch Beförderungsunternehmen

Die Beleihung gemäß § 111 Abs 1 und 4 FPG ist aufgrund des zuvor Erläuterten verfassungswidrig und wäre vom VfGH aufzuheben. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass eine völker- und gemeinschaftsrechtliche Bindung des Gesetzgebers besteht. Dieser hat nämlich bei der konkreten Ausgestaltung bestimmte Freiheiten, die eine verfassungskonforme Umsetzung ermöglicht hätten, wozu der Gesetzgeber iS der „doppelten Bindung“⁸⁵⁹ auch verpflichtet gewesen wäre. Der durch § 111 Abs 4 leg cit bewirkte Grundrechtseingriff hätte sich durch eine Einschränkung der Kostenübernahme durch die Beförderungsunternehmen auf jene Fälle vermeiden lassen, in denen das Unternehmen gegen die Vorschriften aus § 111 Abs 1 und 2 verstößt und durch eigenes Verschulden den (unzulässigen) Transport des Fremden nach Österreich bewirkt. Auch § 111 Abs 1 hätte sich in Anbetracht der Vorgaben grundrechtskonform ausgestalten lassen können. Weder das SDÜ, noch die RL 2001/51/EG oder RL 2004/82/EG verbieten, dass die vom Beförderungsunternehmen vorzunehmenden Kontrollen ohne entsprechende staatliche Aufsichts- und/oder Weisungsbefugnisse ausgestaltet werden müssen. Mit *Strejcek/G. Eberhard* ist darüber hinaus festzuhalten, dass auch dem Sachlichkeitsgebot entsprochen werden hätte können, wäre ein entsprechender Kostenersatz für die Aufgaben der Beförderungsunternehmen in das Gesetz aufgenommen worden. Da eine Verpflichtung zur Prüfung der Dokumente besteht, ist nämlich von einem erhöhten zeitlichen bzw personellen Aufwand für die Beförderungsunternehmen auszugehen, was für diese einen finanziellen Mehraufwand bedeutet (man denke etwa an Fälle wo Unsicherheiten bestehen und erst entsprechende Nachforschungen angestellt werden müssen). Auch das Vergewissern über eine erforderliche Berechtigung zur Einreise ist weder völker- noch unionsrechtlich vorgegeben. Wie gezeigt ist daher – unabhängig vom Vorliegen ausgliederungsfester Kernaufgaben des Staates – die vorgenommene Beleihung gemäß § 111 Abs 1 und Abs 4 FPG verfassungswidrig.

Soweit ersichtlich in der Literatur nicht diskutiert aber ebenso problematisch ist, dass durch die derzeitige rechtliche Ausgestaltung (und die drohenden Sanktionen) Beförderungsunternehmen im Zweifelsfall Personen nicht transportieren werden, wodurch

⁸⁵⁹ Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁴ (2011) 124 f; Öhlinger, EU-BeitrittsBVG in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht IV (Loseblattsammlung, 1. Lfg 1999) Rz 75 f.

den Passagieren ein Schaden entstehen kann. In einem solchen Fall könnte es daher zu einer Haftung des Bundes für fehlerhafte (hoheitliche) Handlungen der Beförderungsunternehmen gemäß § 1 Abs 3 AHG kommen, während die Beförderungsunternehmen selbst gemäß § 9 Abs 5 AHG im ordentlichen Rechtsweg nicht klagbar wären.⁸⁶⁰

Welche Pflichten sich für das Luftfahrtunternehmen im Hinblick auf die „Reiseunterlagen“ iS von Art 2 lit j der Fluggastverordnung ergeben, lässt sich somit mit Blick auf das SDÜ und die dazu ergangenen RL und das FPG ermitteln. Diese Verpflichtungen sind auch zu berücksichtigen, wenn es um vertretbare Gründe für eine Nichtbeförderung durch das Luftfahrtunternehmen geht. So wird man „unzureichende Reiseunterlagen“ iS der Fluggastverordnung so auslegen müssen, dass darunter auch gefälschte Reisedokumente und (jedenfalls in Österreich nach der derzeitigen, wenngleich verfassungswidrigen Rechtslage) Einreiseberechtigungen (Visa, Aufenthaltstitel, etc)⁸⁶¹ zu verstehen sind.

Gegen Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt der mit Grenzkontrollaufgaben beliehenen Beförderungsunternehmen, steht Betroffenen die Möglichkeit einer Maßnahmenbeschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG an das jeweilige Landesverwaltungsgericht offen. Dieses könnte seinerseits sodann einen Antrag auf Aufhebung des dem jeweiligen Akt zugrunde liegenden Gesetzes beim VfGH stellen, wenn es Zweifel an dessen Verfassungsmäßigkeit hat, Art 140 Abs 1 Z 1 lit a.⁸⁶²

Ad 3.4 Die Nichtbeförderung des Fluggastes

Das Luftfahrtunternehmen wird durch die Verordnung verpflichtet, sobald die Unmöglichkeit der Beförderung für dieses absehbar ist, Fluggäste zuerst gegen eine entsprechende Gegenleistung und unter zwischen Fluggast und Luftfahrtunternehmen auszuhandelnden Bedingungen, zu einem freiwilligen Verzicht auf die Beförderung zu bewegen. Das Luftfahrtunternehmen hat dabei gemäß Art 11 Personen mit eingeschränkter Mobilität und deren Begleitpersonen bzw Begleithunden, sowie Kindern ohne Begleitung den Vorrang einzuräumen. Den sich freiwillig meldenden Passagieren stehen die Ansprüche aus Art 8 der VO, somit Erstattung der Flugscheinkosten oder Rückflug

⁸⁶⁰ *Rabl*, Amtshaftungsimmunität für beliebene juristische Personen! *ecolex* 2009, 579 (579).

⁸⁶¹ ErläutRV 330 BlgNR zu BGBl I 2009/122 24. GP 35.

⁸⁶² *Aichreiter* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar (Loseblattsammlung, 3. Lfg 2004) Art 129a B-VG Rz 53, unter Berücksichtigung der Änderungen im Zuge der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012.

zum Abflugort, etc zu. Kein Anspruch besteht hingegen *expressis verbis* auf Betreuungsleistungen, ds Mahlzeiten, Hotelunterbringungen, usw nach Art 9. Problematisch an dieser Bestimmung ist, dass keine näheren Angaben darüber gemacht werden, worin die vom Luftfahrtunternehmen zu erbringende Gegenleistung für freiwillig verzichtende Passagiere bestehen soll. *Tonner* ist der Meinung, dass diese in einer „*angemessenen Relation*“ zu dem stehen muss, was der Passagier erhalten hätte, würde kein Verzicht seinerseits erfolgen.⁸⁶³ *Führich* führt beispielsweise „*Barzahlungen und Gutscheine über zusätzliche, auch wertvollere Flüge als die zu zahlende Ausgleichsleistung*“ an.⁸⁶⁴ Ausgleichszahlungen nach Art 7 und darüber hinausgehende Schadenersatzansprüche nach nationalem Recht stehen ihm anschließend aber ausdrücklich nicht mehr zu, Art 12 Abs 2.

Auch wenn der Begriff der Gegenleistung in Art 4 Abs 1 unklar ist, dürften dies praktisch kaum Auswirkungen haben. Es ist wohl sehr im Interesse des Luftfahrtunternehmens gelegen, bei Kapazitätsproblemen Passagieren einen freiwilligen Verzicht schmackhaft zu machen. Gelingt es diesem nämlich nicht, hinreichend Freiwillige zu finden, wird es gemäß Art 4 Abs 2 Passagieren die Beförderung verweigern (müssen). Diesfalls haben die Fluggäste nicht nur Anspruch auf die Ausgleichsleistungen nach Art 8, sondern darüber hinaus auf Ausgleichsleistungen nach Art 7 und Unterstützungsleistungen nach Art 9. Darüber hinaus ist es diesen Passagieren nicht verwehrt über diese Leistungen hinausgehende Schadenersatzansprüche nach nationalem Recht geltend zu machen. Das Luftfahrtunternehmen wird daher aus finanziellen Gründen, zumal es gemäß Art 14 Abs 2 Fluggäste, denen es die Beförderung verweigert über deren Rechte aufklären muss, selbst sehr daran interessiert sein, angemessene Gegenleistungen zu offerieren. Mit *Schladebach* ist zu konstatieren, dass „*(...) der zurücktretende Fluggast wegen seines freiwilligen Verzichts generell eine starke Position gegenüber dem Unternehmen (...)*“ hat.⁸⁶⁵

Unklar ist, welche Fälle von Nichtbeförderungen von der VO umfasst sind, weil einerseits die Legaldefinition des Art 2 keinerlei Einschränkungen trifft, aus Art 4 Abs 1 und 2 andererseits geschlossen werden könnte, dass nur Nichtbeförderungen in den Fäl-

⁸⁶³ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 64.

⁸⁶⁴ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1027.

⁸⁶⁵ *Schladebach*, Luftrecht (2007) Rz 411.

len von Überbuchungen erfasst sind. *Schmid*⁸⁶⁶ ist der Ansicht, dass Art 4 Abs 1 und 2 nur genauer den Fall der Überbuchung regeln, woraus man aber nicht schließen könne, dass dies der einzige Grund für Ansprüche aus der VO wäre. Der Telos der VO spräche überdies gegen eine solche Beschränkung.⁸⁶⁷ Schließlich führe der Gemeinschaftssetzgeber selbst in den Erwägungsgründen an, dass der durch die VO 295/91 geschaffene Schutz durch die gegenständliche VO erhöht werden solle. Eine Interpretation in dem Sinne, dass nur die Fälle von Überbuchung erfasst wären, würde viele alltägliche Luftverkehrsfälle ungeregelt lassen.⁸⁶⁸ Zum gleichen Ergebnis kam auch das AG Düsseldorf.⁸⁶⁹

*Führich*⁸⁷⁰ und *Lienhard*⁸⁷¹ sind der Ansicht, dass sich aus dem Verweis des Art 2 lit j auf Art 3 Abs 2 der Verordnung ergibt, dass diese auch im Falle der Umbuchung anwendbar ist. Weiters würden auch Sinn und Zweck der VO es erfordern, eine Flugverlegung als Nichtbeförderung zu qualifizieren, da andernfalls die Rechtsfolgen der VO durch bloße Verlegungen umgangen werden könnten. *Führich*⁸⁷² und *Gaedtke*⁸⁷³ sind darüber hinaus der Ansicht, auch bei einer Umbuchung durch den Reiseveranstalter läge ein Fall der Nichtbeförderung iS des Art 4 der VO vor.⁸⁷⁴

Die Rsp ist indes uneinheitlich. Während das AG Rüsselsheim⁸⁷⁵ sowie das OLG Hamburg⁸⁷⁶ und das AG Düsseldorf⁸⁷⁷ den Fall der Verlegung auf einen anderen Flug unter Art 4 Abs 3 subsumierten, wobei es nicht darauf ankäme ob diese durch das Luftfahrt- oder das Reiseunternehmen vorgenommen wurde, erachtete das LG Darmstadt die Verlegung nicht als einen Fall der Nichtbeförderung, allerdings aus dem

⁸⁶⁶ *Schmid*, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1842).

⁸⁶⁷ So auch *Gaedtke*, Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2007, 201 (204) mwN.

⁸⁶⁸ Im Ergebnis auch *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1023 ff; aA *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 57.

⁸⁶⁹ AG Düsseldorf 28.09.2006, 39 C 9179/06, RRa 2007, 38.

⁸⁷⁰ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1026; *Führich*, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (5).

⁸⁷¹ *Lienhard*, Obligationenrecht, Europäisches Schuldrecht für den Flugverkehr, GPR 2004, 259 (262).

⁸⁷² *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1026; *Führich*, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (5).

⁸⁷³ *Gaedtke*, Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2007, 201 (204).

⁸⁷⁴ Siehe bereits S 110 f.

⁸⁷⁵ AG Rüsselsheim 06.01.2006, 3 C 1127/05 (35), RRa 2006, 92; AG Rüsselsheim 07.11.2006, 3 C 988/06 (32), RRa 2007, 47.

⁸⁷⁶ OLG Hamburg 06.11.2007, 6 U 94/07, RRa 2008, 139.

⁸⁷⁷ AG Düsseldorf 28.9.2006, 39 C 9179/06, RRa 2007, 38.

Grund, dass die Umbuchung vom Reiseveranstalter vorgenommen worden war.⁸⁷⁸ Aber auch diesem Urteil kann entnommen werden, dass eine Nichtbeförderung im Sinne des Art 2 lit j nicht nur auf Fälle der Überbuchung beschränkt ist, sondern zB auch Umbuchungen davon erfasst sind. Ob nun auch eine solche durch den **Reiseveranstalter** darunterfällt war Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH, welches allerdings vorzeitig beendet wurde.⁸⁷⁹ Wie bereits oben erläutert, ist es mE unerheblich, durch wen eine Umbuchung erfolgt.⁸⁸⁰ Auch der Entscheidung des EuGH idS *Rodriguez/Iberia* kann die Lösung zu dieser Frage entnommen werden. Abgesehen von dem für dieses Ergebnis sprechenden Schutzzweck der VO, lässt insb der nunmehr weit zu verstehende Begriff „Nichtbeförderung“ kaum Zweifel an einer solchen Rechtsansicht aufkommen. Der EuGH hat hinsichtlich der Frage der Auslegung des Begriffs „Nichtbeförderung“ judiziert, dass – im Gegensatz zu der Begriffsdefinition nach der Vorgängerregelung der VO 295/91 – „(...) der Unionsgesetzgeber in Art 2 lit j der VO 261/2004 bei der Definition des „Nichtbeförderung“ jeglichen Hinweis auf den Grund weggelassen [hat], aus dem ein Luftfahrtunternehmen einem Fluggast die Beförderung verweigert. Dadurch hat der Unionsgesetzgeber den Anwendungsbereich dieser Definition über den Fall der Nichtbeförderung wegen Überbuchung hinaus erweitert (...)“.⁸⁸¹ Ebenso in der Rs *Oyi/Lassooy* kam der EuGH mit der gleichen Argumentation zu dem Schluss, „(...) dass der Begriff der „Nichtbeförderung“ (...) dahin auszulegen ist, dass er sich nicht nur auf die Beförderung wegen Überbuchung bezieht, sondern auch auf die Nichtbeförderung aus anderen Gründen wie zB betrieblichen Gründen“.⁸⁸² Gemäß dem EuGH wollte der Unionsgesetzgeber „(...) diesem Begriff eine weite Bedeutung geben, die sämtliche Fälle erfasst, in denen ein Luftfahrtunternehmen einem Fluggast die Beförderung verweigert“.⁸⁸³

Auf den ersten Blick könnte unter Bezugnahme auf die jüngste Jud des EuGH zum Begriff der „Nichtbeförderung“ geschlussfolgert werden, dass auch eine Umbuchung grundsätzlich unter diesen Begriff zu subsumieren ist. Wie der BGH ausführt trifft es zwar zu, dass im Falle einer Umbuchung gerade keine Weigerung der Beförderung am Flugsteig stattfindet, wie dies in Art 2 lit j der VO 261/2004 vorgesehen ist.

⁸⁷⁸ LG Darmstadt 12.7.2006, 21 S 20/06, RRa 2006, 228.

⁸⁷⁹ Siehe S 162.

⁸⁸⁰ S 110 ff.

⁸⁸¹ EuGH 04.10.2012, C-321/11, *Rodriguez/Iberia* Rz 23 und 24.

⁸⁸² EuGH 04.10.2012, C-22/11, *Oyi/Lassooy* Rz 26.

⁸⁸³ EuGH 04.10.2012, C-22/11, *Oyi/Lassooy* Rz 22 und EuGH 04.10.2012, C- 321/11, *Rodriguez/Iberia* Rz 24.

Jedoch, so schon der BGH, erscheint es nicht plausibel, warum von Umbuchungen betroffene Passagiere dem Schutz der Fluggastverordnung verlustig gehen sollten.⁸⁸⁴ Würde man nämlich im Falle der Umbuchung das Vorliegen einer Nichtbeförderung verneinen, so wären die Fluggäste völlig schutzlos gestellt. Genau diese sodann eintretende Folge war ua Grund für den EuGH idS *Oyi/Lassooy* sich der dahingehenden Ansicht des Generalanwaltes, den Begriff der Nichtbeförderung weit zu verstehen, anzuschließen.⁸⁸⁵ Zudem macht Art 3 Abs 2 lit b ausdrücklich eine Ausnahme von dem Erfordernis sich rechtzeitig zur Abfertigung einfinden zu müssen für den Fall, dass der Flug verlegt wurde.⁸⁸⁶

Allerdings darf das zeitliche Element hier nicht aus den Augen gelassen werden. Eine Umbuchung kann nämlich bereits längere Zeit im Vorhinein vorgenommen werden. Fraglich ist, ob die Schutzmechanismen der VO 261/2004 im Zusammenhang mit der Nichtbeförderung nicht doch gezielt nur in jenen Fällen zum Tragen kommen sollen, in denen der Passagier relativ kurzfristig von seiner Nichtbeförderung erfährt. Eine Umbuchung kann sowohl einige Stunden vor dem geplanten Abflug, aber auch Wochen oder Monate davor erfolgen. Soll der Passagier eines einige Monate im Vorhinein umgebuchten Fluges gleich behandelt werden wie jener, dem (erst) am Flugsteig die Beförderung verweigert wird („Nichtbeförderung“, Art 2 lit j VO 261/2004)? Es bedarf wohl keiner Erläuterung darüber, in welchem Fall ein größeres Schutzbedürfnis des betroffenen Passagiers besteht. Ein lange im Vorhinein umgebuchter Flug ähnelt von seinen Auswirkungen her viel eher jenen einer Annullierung. Insbesondere ist zu hinterfragen, ob in so einem Fall dann tatsächlich gemäß Art 4 Abs 3 iVm Art 9 Abs 1 lit a Mahlzeiten und Erfrischungen im angemessenen Verhältnis zur Wartezeit erbracht werden sollen müssen. Letztlich spricht auch hier mE der Schutzgedanke der VO 261/2004 für eine Subsumtion des Falles der Umbuchung unter den Begriff der Nichtbeförderung iS von Art 2 lit j leg cit. Andernfalls wären Luftfahrtunternehmen wohl dazu verleitet bei einer bereits absehbaren Annullierung oder Verspätung ihre Passagiere vorsichtshalber auf andere Flüge umzubuchen um den Verpflichtungen aus der Verordnung zu umgehen. Zum anderen wird es gerade auch das Erfordernis des Erbringens der Unterstützungsleistungen nach Art 9 sein, das Luftfahrtunternehmen davon abhalten wird, von dieser Möglichkeit allzu oft Gebrauch zu machen. Eine Schlechterstellung von im

⁸⁸⁴ BGH 07.10.2008, X ZR 96/06 Rz 11.

⁸⁸⁵ EuGH 04.10.2012, C-22/11, *Oyi/Lassooy* Rz 24.

⁸⁸⁶ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1026.

Vorhinein umgebuchten Passagieren zu erst am Flugsteig zurückgewiesenen Personen würde zudem eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte bedeuten, jedenfalls was kurzfristige Umbuchungen anbelangt. Fraglich ist, an welchen Zeitgrenzen man sich hierfür zu orientieren hat. ME wären aufgrund der Ähnlichkeit zur Annullierung die in Art 5 Abs 1 leg cit festgelegten Zeitgrenzen (analog wie dies der EuGH in der Rs *Sturgeon/Böck* hinsichtlich der Verpflichtung zur Zahlung von Ausgleichsleistungen auch bei Verspätungen gemacht hat, obwohl diese nur bei Annullierungen vorgesehen sind⁸⁸⁷) auch auf Umbuchungen anzuwenden. Damit würde erreicht, dass die von den Folgen einer Umbuchung betroffenen Passagiere gleich gut geschützt sind wie jene, die von einer (für die Passagiere in ihren Auswirkungen vergleichbaren) Annullierung betroffen sind.⁸⁸⁸

3.4.1 Die Problematik der Nichtbeförderung im Zusammenhang mit Anschlussflügen

Auch vom Begriff der Nichtbeförderung erfasst sein kann der Fall, dass ein Passagier aufgrund eines verspäteten Zubringerfluges einen Anschlussflug versäumt. So urteilte bereits das HG Wien 2008, dass ein solcher Fall unter Art 4 Abs 3 zu subsumieren sei, wenn sich der Fluggast (lediglich) am Ausgangspunkt seiner Reise vorschriftsgemäß gemäß Art 2 lit j iVm, Art 3 Abs 2 der Fluggastverordnung eingefunden hat.⁸⁸⁹ Anderer Ansicht war bereits kurz darauf der BGH, da aufgrund der in einem solchen Fall gegebenen Unmöglichkeit des Passagiers sich (wie in Art 2 lit j iVm Art 3 Abs 2 der Fluggastverordnung gefordert) rechtzeitig am Flugsteig einzufinden, auch kein Fall der Nichtbeförderung vorliegen könne.⁸⁹⁰ Wesentliches Argument des BGH war das im Urteil *Emirates/Schenkel* des EuGH⁸⁹¹ von diesem entwickelte Erkenntnis, dass jeder Flug als eigene Einheit anzusehen wäre. Mit dieser Entscheidung ist der EuGH vom Begriff des Rundfluges des MÜ/WA („Beförderung“, Art 1 Abs 2 erster Satz, zweiter Fall MÜ und Art 1 Abs 2 erster Satz, zweiter Fall WA)⁸⁹² abgewichen und hat eine

⁸⁸⁷ Siehe dazu im Detail S 183 ff.

⁸⁸⁸ Siehe zu dieser Thematik bereits S 108 ff.

⁸⁸⁹ HG Wien 29.4.2008, 1 R 206/07a, ZVR 2008/149.

⁸⁹⁰ BGH 30.4.2009, Xa ZR 78/08, RRA 2009, 239; bejahend *Führich*, Reiserecht⁶ (2010), Rz 1025; ebenfalls AG Düsseldorf 28.9.2006, 39 C 9179/06, RRA 2007, 38.

⁸⁹¹ EuGH 10.7.2008, C-173/07, *Emirates/Schenkel*, Slg 2008, I-05237, RRA 2008, 237.

⁸⁹² *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 35. Lfg 2010) Art 1 Rz 7; *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 22. Lfg 2003) Art 1 Rz 7; siehe S 50 f.

Segmentierung der Abschnitte eines Rundfluges vorgenommen.⁸⁹³ Von dieser Rsp ist der BGH jedoch in der Zwischenzeit wieder abgegangen. In seinem Urteil vom 14.10.2010 hat er ausgesprochen, dass für die Bemessung eines Ausgleichsanspruches nach Art 7 der Fluggastverordnung nicht allein auf den Zielort des annullierten (Teil-) Fluges abzustellen ist, sondern im Falle einer Annullierung vielmehr der Zielort des direkten Anschlussfluges maßgeblich ist. Der BGH stützt sich dabei einerseits auf Art Abs 1 letzter Satz der Fluggastverordnung, wonach bei der Ermittlung der Entfernung auf den letzten Zielort abzustellen ist, den der Passagier in Folge der Annullierung später als geplant erreicht. Handelt es sich nun, wie in dem vom BGH zu beurteilenden Fall um einen direkten Anschlussflug iS von Art 2 lit h leg cit, so gilt dessen Zielort als Endziel. Im Übrigen spräche die Jud des EuGH iS *Emirates/Schenkel* für diese Sichtweise, hat das europäische Höchstgericht in dieser Entscheidung doch ausgesprochen, dass unter Endziel iS von Art 2 lit h leg cit jener Ort zu verstehen ist, der als Zielort auf dem am Abfertigungsschalter vorgelegten Flugschein genannt ist. Bei direkten Anschlussflügen ist dies der **Zielort des letzten Fluges**. Aus der Schlussfolgerung des EuGH würde sich eine strikte Trennung zwischen Endziel und Abflugort (Abweichen vom Rundflugbegriff) ergeben und daraus leitet der BGH nun ab, dass für die Ermittlung des Endziels iS von Art 7 Abs 1 letzter Satz „(...) *nicht ausschließlich der Zielort einer einzelnen Teilstrecke* (...)“ maßgeblich ist. Auch der EuGH habe in der Rs *Sturgeon/Böck*⁸⁹⁴ im Zusammenhang mit verspäteten Flügen ausgesprochen, für das Ausmaß des Zeitverlustes sei auf die Verspätung am Endziel abzustellen.⁸⁹⁵ Ein entsprechendes Urteil hat der BGH auch 2013 gefällt, wonach dieser mit der Judikatur des EuGH iS *Sturgeon/Böck* bei getrennt zu betrachtenden Flügen auf das Endziel abstellend einen Anspruch auf Ausgleichsleistungen bejaht hat, wenn durch einen verspäteten Zubringerflug der Anschlussflug versäumt wird. Dies vor dem Hintergrund, dass für den Unionsgerichtshof in der Sache *Air France SA/Folkerts* die verspätete Ankunft am Zielort des letzten Fluges entscheidend war.⁸⁹⁶

Zum gleichen Ergebnis gelangt auch *Gaedtke* für den Fall einer Nichtbeförderung, also wenn bei einem Flug, der aus mehreren Abschnitten besteht, aufgrund eines verspäteten Zubringerfluges ein Anschlussflug verpasst wird. Diesfalls könne das aus-

⁸⁹³ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1018.

⁸⁹⁴ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon* und *Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 69.

⁸⁹⁵ BGH 14.10.2010, Xa ZR 15/10 (KG), NJW-RR 2011, 355.

⁸⁹⁶ BGH 07.05.2013, X ZR 127/11.

führende Luftfahrtunternehmen nicht argumentieren, der Passagier hätte sich nicht wie vereinbart, spätestens jedoch 45 Minuten vor dem Abflug (Art 3 Abs 2 erster und zweiter Spiegelstrich) zur Abfertigung eingefunden. Dies deswegen, da der Zweck des Art 3 Abs 2 darin bestehe, die Haftung von Luftfahrtunternehmen nur bei einer vom Fluggast zu vertretenden verspäteten Abfertigung auszuschließen. Zudem würde der Passagier meistens bereits beim Abflug für alle Flugsegmente abgefertigt.⁸⁹⁷

Diesem Ergebnis ist jedenfalls zuzustimmen und steht mE im Einklang mit der jüngsten Jud des EuGH⁸⁹⁸. Dort hat dieser im Zusammenhang mit verspäteten Zubringerflügen ausgesprochen, dass für die Ermittlung des Ausmaßes der Verspätung die Zeit am Endziel entscheidend ist, wobei unter Endziel der am Flugschein angegebene Zielort bzw bei direkten Anschlussflügen der Zielort des letzten Fluges zu verstehen ist. Ua argumentierte er, dass andernfalls Passagiere von Zubringerflügen benachteiligt wären, da die Unannehmlichkeiten für sie dieselben wären. Dies trifft auch auf jene Passagiere zu, die ihren Anschlussflug zwar noch erreichen könnten, denen aber die Beförderung aufgrund ihres verspäteten Eintreffens verweigert wird. Es kann also schon aus dem Schutzzweck der Verordnung und dem Gleichheitsgebot keinen Unterschied in den Rechtsfolgen machen, ob ein Passagier seinen Zubringerflug verpasst, im Sinne dass dieser bereits abgeflogen ist, oder ob ihm aufgrund seines durch den Zubringerflug verspäteten Eintreffens die Beförderung verweigert wird. Die faktischen Folgen sind für den Passagier in beiden Fällen ident. Zudem ist *Gaedtke* zuzustimmen, dass Art 3 Abs 2 auf Gründe aus der Sphäre des Passagiers abstellt, was der EuGH selbst in der Rs *Rodriguez/Iberia*⁸⁹⁹ ausgesprochen hatte. Dies ist bei einem vom Luftfahrtunternehmen verspätet durchgeführten Zubringerflug idR nicht der Fall. Die genannten Fälle sind somit gleich zu behandeln.

3.4.2 Nichtbeförderung durch Umbuchung?

Der Tatbestand der Nichtbeförderung ist darüber hinaus jedenfalls im Fall einer Überbuchung eines Fluges erfüllt und wohl auch dann, wenn diese (Nichtbeförderung) – wie bereits oben im Zusammenhang mit den aus der Verordnung Berechtigten und

⁸⁹⁷ *Gaedtke*, Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2007, 201 (204).

⁸⁹⁸ EuGH 26.02.2013, C-11/11, *France SA/Folkerts*.

⁸⁹⁹ EuGH 04.10.2012, C-321/11, *Rodriguez/Iberia* Rz 32 und 33.

Verpflichteten ausgeführt wurde⁹⁰⁰ – dadurch zustande kommt, dass der Passagier auf einen anderen Flug umgebucht⁹⁰¹ wird. Das rezente Urteil des EuGH iS *Rodriguez/Iberia*⁹⁰² ist – wenngleich unter speziellen Voraussetzungen – ganz in diesem Sinne.

Führich ist darüber hinaus der Ansicht, dass sich der Fluggast entgegen der diesbezüglichen Normierung in Art 2 lit j, bei einer Flugverlegung **grundsätzlich nicht auf dem Flugsteig einfinden** muss. Art 3 Abs 2 lit b würde für den Fall der Verlegung auf einen anderen Flug hiervon ausdrücklich eine Ausnahme machen, sodass die Rechte aus der VO dennoch gewahrt blieben.⁹⁰³ Zur gleichen Ansicht gelangte auch das AG Düsseldorf mit selbiger Begründung.⁹⁰⁴ Dieser Ansicht ist zu folgen, da aufgrund Art 3 Abs 2 lit b, wo auch ausdrücklich der Fall der Umbuchung normiert ist, auf den sich Art 2 lit j sogar bezieht, klargestellt sein sollte, dass auch der Fall der Verlegung als „Nichtbeförderung“ anzusehen ist.⁹⁰⁵ Als weiteres Argument ist die **Umgehungsgefahr** ins Treffen zu führen. Wann immer ein Flug nicht durchgeführt werden könnte, hätte das ausführende Luftfahrtunternehmen die Möglichkeit, den Flug offiziell zu verlegen und würde sich damit auf einfache Weise seiner Pflichten aus der VO entledigen.⁹⁰⁶ Dies kann nicht dem hohen Schutzniveau für Fluggäste, welches gemäß Erwägungsgrund 1 durch die VO sichergestellt werden soll und vom EuGH immer wieder zur Auslegung herangezogen wird, entsprechen.

Anderer Ansicht war wie bereits erwähnt das LG Darmstadt⁹⁰⁷, welches einen Anspruch auf Ausgleichsleistungen der Passagiere gemäß Art 3 Abs 2 b, 4 Abs 3, 7 der VO im Fall einer Umbuchung durch den Reiseveranstalter selbst verneinte. Schließlich hatte sich der BGH⁹⁰⁸ mit der ablehnenden Entscheidung des LG zu befassen, wobei er die Frage, ob die Umbuchung auf einen anderen Flug einen von Art 4 Abs 3 der Verordnung erfassten Sachverhalt darstellt, dem EuGH zur Vorabentscheidung nach Art

⁹⁰⁰ Siehe S 110 f.

⁹⁰¹ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1026; *Führich*, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (5) unter Verweis auf AG Rüsselsheim 06.01.2006, 3 C 1127/05 (35), RRa 2006, 92; BGH 07.10.2008, X ZR 96/06, RRa 2009, 89.

⁹⁰² EuGH 04.10.2012, C-321/11, *Rodriguez/Iberia*.

⁹⁰³ *Führich*, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (5); *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1026.

⁹⁰⁴ AG Düsseldorf 28.9.2006, 39 C 9179/06, RRa 2007, 38; wohl zustimmend *Degott*, Fluggastrechte-Verordnung (EG) 261/2004, DAR 2010, 543 (546).

⁹⁰⁵ Wohl ebenso *Degott*, Fluggastrechte-Verordnung (EG) 261/2004, DAR 2010, 543 (546).

⁹⁰⁶ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1026; BGH 07.10.2008, X ZR 96/06, RRa 2009, 89 Rz 16.

⁹⁰⁷ LG Darmstadt 12.07.2006, 21 S20/06, RRa 2006, 228.

⁹⁰⁸ BGH 07.10.2008, X ZR 96/06, RRa 2009, 89.

234 EGV (nunmehr Art 267 AEUV) vorlegte. Das Verfahren vor dem EuGH⁹⁰⁹ wurde jedoch mit Beschluss⁹¹⁰ eingestellt, da sich die Parteien des Verfahrens zuvor außergerichtlich geeinigt hatten.⁹¹¹ Der BGH führt in seinem Beschluss Argumente in beide Richtungen an. Als Argumente gegen die Subsumtion der Umbuchung unter Art 4 Abs 3 führt der BGH vor allem die Definition der „Nichtbeförderung“ in Art. 2 lit j als *„Weigerung, Fluggäste zu befördern, obwohl sie sich unter den in Art 3 Abs 2 genannten Bedingungen am Flugsteig eingefunden haben, sofern keine vertretbaren Gründe für die Nichtbeförderung gegeben sind (...)“* an, woraus geschlossen werden könnte, dass *„die Beförderungsverweigerung eine Zurückweisung der Fluggäste am Flugsteig (durch die ausführende Fluggesellschaft) voraussetzt“*. Andererseits, so der BGH, könne der Senat nicht ausschließen, dass durch das Erfordernis einer Beförderungsverweigerung im Sinne einer Zurückweisung des Passagiers direkt am Flugsteig, der Schutzzweck des Art 4 Abs 3 unvollständig erfasst wäre.

Weiters könne nach Ansicht des BGH die Absicht des Ordnungsgebers, den Schutz der Verordnung auf Flüge im Rahmen von Pauschalreisen zu erstrecken, Erwägungsgrund Nr 5, dafür sprechen, in der Umbuchung des Pauschalreisenden eine Weigerung zu sehen, diesen mit dem gebuchten Flug zu befördern, wodurch der Fall der Nichtbeförderung vorläge.⁹¹² Der Fall eines umgebuchten Fluggastes, der einer Umbuchung nicht zugestimmt hat, käme einer Weigerung der Beförderung gleich. Um schließlich Pauschalfluggästen den gleichen Schutz wie Linienfluggästen zu geben – bei ersteren würden Zurückweisungen nämlich oftmals schon im Vorhinein bekannt gegeben – könnte es nötig sein, Umbuchungen unter den Tatbestand der Beförderungsverweigerung zu subsumieren.⁹¹³

Somit liegt (insb aufgrund von Art 3 Abs 2 lit b) auch im Fall der Verlegung/Umbuchung eines Fluges eine „Nichtbeförderung“ iS der Verordnung vor.

⁹⁰⁹ C-525/08 (*Bienek/Condor*).

⁹¹⁰ ABI C 2012/100, 34.

⁹¹¹ *Leitl*, Die VO (EG) Nr 261/2004: Die Rechte der Fluggäste – Ein Leitfaden für die Praxis (Teil I), RZ 2012, 170 (175).

⁹¹² BGH 07.10.2008, X ZR 96/06, RRa 2009, 8 Rz 10.

⁹¹³ BGH 07.10.2008, X ZR 96/06, RRa 2009, 89 Rz 11.

3.6 Annullierung

Der Fall der Annullierung ist geregelt in Art 5 der Fluggastverordnung, der Begriff „Annullierung“ definiert in Art 2 lit 1 als „(...) *die Nichtdurchführung eines geplanten Fluges, für den zumindest ein Platz reserviert war*“, somit als endgültige Nichtdurchführung des Fluges. Gemäß EuGH liegt eine Annullierung dann vor, wenn die ursprüngliche Flugplanung aufgegeben wird, etwa im Fall der Verlegung von Passagieren auf einen anderen Flug.⁹¹⁴

In diesem Fall haben die betroffenen Passagiere gegenüber dem Luftfahrtunternehmen nach Art 5 Abs 1 lit a das Recht auf Unterstützungsleistungen gemäß Art 8 (zB Erstattung der Flugscheinkosten, anderweitige Beförderung, etc), sowie auf Betreuungsleistungen nach Art 9 (zB Mahlzeiten und Erfrischungen). Darüber hinaus besteht abhängig von der Entfernung ein Anspruch auf Ausgleichszahlungen gemäß Art 7, falls das Luftfahrtunternehmen nicht rechtzeitig über die Annullierung unterrichtet hat. Die genauen Fristen hierfür finden sich in Art 5 Abs 1 lit c i) bis iii). Ob das ausführende Luftfahrtunternehmen die Passagiere rechtzeitig informiert hat, ist von diesem zu beweisen, Art 5 Abs 4. Gelingt ihm der Beweis nicht, kommt der Passagier in den Genuss der in Art 5 Abs 1 und 2 enthaltenen Rechte.

Kein Anspruch auf Ausgleichszahlungen besteht dann, wenn die Passagiere mindestens zwei Wochen vor der planmäßigen Abflugzeit über die Annullierung verständigt werden, bzw zwischen zwei Wochen und sieben Tagen, wenn sie ein Angebot zur anderweitigen Beförderung erhalten, das es ihnen ermöglicht, nicht mehr als zwei Stunden vor der planmäßigen Abflugzeit abzufliegen und das Endziel maximal vier Stunden nach der planmäßigen Ankunftszeit zu erreichen. Schließlich kommt den Fluggästen dann kein Anspruch zu, wenn sie weniger als sieben Tage vor der planmäßigen Abflugzeit informiert werden und ein Angebot zur anderweitigen Beförderung erhalten, nach dem es ihnen ermöglicht wird, maximal eine Stunde vor der planmäßigen Abflugzeit abzufliegen und ihr Endziel höchstens zwei Stunden nach der planmäßigen Ankunftszeit zu erreichen. Die Fluggäste sind gemäß Abs. 2 leg cit über die Möglichkeiten einer anderen Beförderung zu informieren sobald diese über die Annullierung unterrichtet werden.

⁹¹⁴ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 36.

Geht der Grund für die Annullierung auf **außergewöhnliche Umstände** (dazu sogleich) zurück und kann das ausführende Luftfahrtunternehmen dies auch beweisen, so ist es nach Art 5 Abs 3 nicht verpflichtet Ausgleichszahlungen zu leisten, wenn diese Umstände sich auch dann nicht vermeiden hätten lassen, wenn „*alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären*“. Als Ausnahme von dem Grundsatz, nach dem im Falle einer Annullierung Ausgleichsleistungen zu zahlen sind, ist diese eng auszulegen.⁹¹⁵ Das Luftfahrtunternehmen trägt dabei die Beweislast für das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, sowie für die Behauptung, dass sich diese auch durch das Ergreifen aller zumutbaren Maßnahmen nicht hätte vermeiden lassen.⁹¹⁶ Dazu zählt auch, dass das ausführende Luftfahrtunternehmen einen Passagier auf einen **Wettbewerber umbuchen** muss, so dies möglich ist, andernfalls dem Erfordernis „alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen zu haben“, nicht genüge getan ist.⁹¹⁷ Ansprüche nach den Art 8 und 9, somit auf Erstattung der Kosten, bzw anderweitige Beförderung und auf Betreuungsleistungen stehen den Passagieren unabhängig davon zu.

Was unter der Bezeichnung „außergewöhnliche Umstände“ zu verstehen ist findet sich zwar nicht in den Legaldefinitionen des Art 2, jedoch gibt Erwägungsgrund 14 hierzu eine Auslegungshilfe, welchem gemäß dem EuGH⁹¹⁸ allerdings bloß indikative Wirkung zukommt. Die dort gelisteten Umstände stellen demnach nicht per se außergewöhnliche Umstände dar, sondern können diese eintreten lassen. Dort werden ausdrücklich „politische Instabilität“, „Wetterbedingungen“, „unerwartete Flugsicherheitsmängel“ und „Streik“ demonstrativ (arg „insbesondere“) genannt – Vorkommnisse, die außergewöhnliche Umstände begründen können.⁹¹⁹ *Tonner* geht er davon aus, dass aufgrund der restriktiven Rsp des EuGH in der Rechtssache *Wallentin-Hermann* „technische Probleme“ kaum noch zur Befreiung nach Art 5 Abs 3 ausreichen werden.⁹²⁰ Nach *Führich* muss der Begriff der „**Flugsicherheit**“ von den nicht entlastenden technischen Problemen abgegrenzt werden. „*Technische Mängel beziehen sich auf die Flugtaug-*

⁹¹⁵ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 20 mwN, NJW 2009, 347; ebenso EuGH 04.10.2012, C-22/11, *Oyi/Lassooy* Rz 38.

⁹¹⁶ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 84.

⁹¹⁷ *Schmid*, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1845) und Editorial, RRa 2009, 1; siehe zur Frage einer Ersatzmaschine auch S 170 f.

⁹¹⁸ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Hermann*, Slg 2008, I-11061, NJW 2009, 347 (348) Rz 22.

⁹¹⁹ Vgl den Wortlaut von Erwägungsgrund 14 Satz 2; EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 22.

⁹²⁰ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 79.

lichkeit, während unter der Flugsicherheit Maßnahmen der Flugüberwachung zu verstehen sind, die aus Gründen der Luftraumsicherheit zu einer Flugannullierung führen“⁹²¹, in diesem Sinne wohl auch *Lurger/Augenhofer*⁹²². *Schmid* trennt ebenfalls strikt zwischen diesen beiden Termini und kommt zu dem Schluss, dass der Begriff der außergewöhnlichen Umstände aufgrund von Erwägungsgrund 14 nur auf die Flugsicherheit anwendbar ist, nicht jedoch auf die Lufttüchtigkeit, weswegen diesbezügliche (ds technische) Mängel nicht unter Art 5 Abs 3 zu subsumieren wären.⁹²³

Der EuGH⁹²⁴ entschied in der Rechtssache *Wallentin-Hermann* unter Zugrundelegung von Ziel und Zweck der Bestimmung, gestützt auf die Erwägungsgründe 1 und 2 der VO, ein hohes Schutzniveau für Fluggäste sicherzustellen und den Erfordernissen des Verbraucherschutzes im Allgemeinen Rechnung zu tragen, dass nur Umstände „außergewöhnlich“ nach Art 5 Abs 3 sein könnten, „wenn sie ein Vorkommnis betreffen, das wie die im 14. Erwägungsgrund dieser Verordnung aufgezählten nicht Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit des betroffenen Luftfahrtunternehmens ist und von ihm nicht zu beherrschen ist“. Dies gilt in gleicher Weise für verspätete Flüge, bei denen ein Anspruch auf Ausgleichszahlungen nach Art 7 gegeben ist.⁹²⁵

Dass der Unionsgesetzgeber die Gründe, die als „außergewöhnliche Umstände“ angesehen werden könnten, in den Erwägungsgründen angeführt hat, zeige, dass diesen nur Hinweischarakter zukommen soll, diese jedoch nicht selbst als solche Umstände angesehen werden könnten. Folglich wären nicht alle Umstände, die bei solchen Zwischenfällen auftreten, unbedingte Gründe für eine Befreiung von den Ausgleichspflichten.⁹²⁶ Als außergewöhnlich, und damit als unerwarteter Flugsicherheitsmangel, könne ein technischer Defekt nur dann angesehen werden, wenn es sich dabei um ein Vorkommnis handelt das „nicht Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit des betreffenden Luftfahrtunternehmens ist und auf Grund seiner Natur oder Ursache von ihm tatsächlich nicht zu beherrschen ist“.⁹²⁷ Damit würden technische Probleme, die sich bei der

⁹²¹ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1035.

⁹²² *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008), 101.

⁹²³ *Schmid*, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1844 f); diesem sich anschließend *Wagner*, Verbesserung der Fluggastrechte durch die Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2006, 337 (339).

⁹²⁴ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 23, NJW 2009, 347.

⁹²⁵ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923, Rz 70 – 72, NJW 2010, 43.

⁹²⁶ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 22, NJW 2009, 347.

⁹²⁷ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 23, NJW 2009, 347.

Wartung, bzw in Folge unterbliebener Wartung zeigen, keine „außergewöhnlichen Umstände“ darstellen.⁹²⁸ Als mögliche Beispiele für außergewöhnliche Umstände führt der EuGH beispielshalber bei bereits im Betrieb befindlichen Maschinen verdeckte Fabrikationsfehler an, gleichsam wie Sabotageakte oder durch terroristische Handlungen verursachte Schäden.⁹²⁹ Aufgrund dieser (extremen) Beispiele des Gerichtshofes, bleibt für eine Befreiung der Luftfahrtunternehmen nach Art 5 Abs 3 der Flugastverordnung – zum Vorteil der Passagiere – in der Praxis kaum noch ein Anwendungsbereich.⁹³⁰

Jüngst hat das Höchstgericht der Union entschieden, dass unter „außergewöhnliche Umstände“ iS von Art 5 Abs 3 VO 261/2004 nur solche Umstände fallen, die einen **konkreten Flug an einem bestimmten Tag** betreffen (Erwägungsgrund 15) – keinesfalls jedoch solche, die erst aufgrund entsprechender darauf folgender Veranlassungen des Luftfahrtunternehmens entstehen. Ein „Übergreifen“ auf andere Flüge ist somit nicht möglich. Konkret kam es zu Annullierungen aufgrund eines Streiks des Flughafenpersonals in Barcelona. Eine Fluglinie begann daraufhin ihre darauffolgenden Flüge so umzuorganisieren, dass die von der Annullierung betroffenen Passagiere möglichst rasch befördert werden konnten. Dies brachte es mit sich, dass Fluggäste darauffolgender Flüge, die vom Streik nicht (direkt) betroffen waren, (unter Annullierung ihrer ursprünglichen) auf spätere Flüge umgebucht wurden. Das Luftfahrtunternehmen weigerte sich Ausgleichsleistungen an die von ihm umgebuchten Passagiere zu leisten, da außergewöhnliche Umstände iS von Art 5 Abs 3 der VO 261/2004 vorgelegen hätten, was der EuGH verneinte. Nach Ansicht des Höchstgerichtes würde ein solches weites Verständnis der Bestimmung dazu führen, dass die Passagiere nachfolgender Flüge komplett schutzlos gestellt wären, was dem Schutzzweck der VO zuwiderliefe. Zudem würde sich dies aus Erwägungsgrund 15, wonach sich die außergewöhnlichen Umstände nur auf „*ein einzelnes Flugzeug an einem bestimmten Tag*“ beziehen dürften, ergeben. Dies sei eben nicht der Fall, wenn mehrere Flüge aus organisatorischen Gründen verlegt würden. „*Der Begriff der „außergewöhnlichen Umstände“ dient nämlich dazu, die Verpflichtungen des Luftfahrtunternehmens zu begrenzen oder diese sogar von den Verpflichtungen zu befreien, wenn sich das betreffende Vorkommnis auch dann nicht*

⁹²⁸ EuGH 22.12.2008, C-549/07, Wallentin-Herman, Slg 2008, I-11061 Rz 25, NJW 2009, 347.

⁹²⁹ EuGH 22.12.2008, C-549/07, Wallentin-Herman, Slg 2008, I-11061 Rz 26, NJW 2009, 347.

⁹³⁰ Schmid, Editorial, RRa 2009, 1.

hätte vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären.“ Genau dies liege im konkreten Fall jedoch nicht vor, so der EuGH.⁹³¹

Wie bereits in der Rechtssache *IATA und ELFAA*⁹³² (siehe dazu unten⁹³³) hatte sich der EuGH in diesem Zusammenhang auch mit der Vereinbarkeit der Fluggastverordnung mit dem MÜ zu befassen. In der Rechtssache *Wallentin-Herman* wurde im Zuge eines Vorabentscheidungsersuchens ua das Verhältnis von Art 19 MÜ (Verspätung) mit Art 5 Abs 3 der Fluggastverordnung geprüft. Der Gerichtshof sprach in dem Zusammenhang unter Verweis auf die Entscheidung *Emirates/Schenkel*⁹³⁴ aus, dass basierend auf Art 300 Abs 7 EGV (heute Art 218 AEUV) geschlossene Abkommen für die Organe der Gemeinschaft (heute Union) verbindlich wären. Der EuGH judizierte, dass sich der Terminus „außergewöhnliche Umstände“ nicht im MÜ findet, zudem Art 19 MÜ auf Verspätungen abstellt, während Art 5 Abs 3 der Fluggastverordnung Fälle von Annullierungen betrifft, und zudem beide Bestimmungen in einem jeweils anderen Kontext stünden (der EuGH verweist hier auf die Rechtssache *IATA und ELFA/Department for Transport*)⁹³⁵, weshalb das MÜ für die Auslegung von Art 5 Abs 3 nicht relevant wäre.⁹³⁶

Kein Kriterium für die Qualifikation als „außergewöhnlicher Umstand“ ist wie häufig solche technischen Probleme bei dem Luftfahrtunternehmen auftreten, so der Gerichtshof auf die zweite Vorlagefrage.⁹³⁷ Gemäß dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache *Wallentin-Hermann* obliegt es dem ausführenden Luftfahrtunternehmen, um sich von seiner Verpflichtung zur Leistung von Ausgleichsleistungen befreien zu können nachzuweisen, dass sich die außergewöhnlichen Umstände auch „*durch der Situation angepasste Maßnahmen*“ nicht hätten vermeiden lassen, die „*für das betroffene Luftfahrtunternehmen insbesondere in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht tragbar sind*“.⁹³⁸ Das ausführende Luftfahrtunternehmen hat nachzuweisen, „*dass es ihm auch unter Einsatz aller ihm zur Verfügung stehenden personellen, materiellen und finanziellen Mittel offensichtlich nicht möglich gewesen wäre (...) die außergewöhnlichen*

⁹³¹ EuGH 04.10.2012, C-22/11, *Oyi/Lassooy* Rz 27 ff.

⁹³² EuGH 10.01.2006, C-344/04 *IATA und ELFFA*, Slg 2006, I-00403, NJW 2006, 351 (354 f).

⁹³³ Siehe S 182.

⁹³⁴ EuGH 10.7.2008, C-173/07, *Emirates/Schenkel*, Slg 2008, I-05237 Rz 43.

⁹³⁵ EuGH 10.1.2006, C-344/04, *IATA und ELFFA*, Slg 2006, I-00403 Rz 43 – 47, NJW 2006, 351 (354 f).

⁹³⁶ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 30 ff, NJW 2009, 347.

⁹³⁷ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 36, NJW 2009, 347.

⁹³⁸ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 40, NJW 2009, 347.

Umstände zu vermeiden, mit denen es konfrontiert war und die zur Annullierung des Fluges geführt haben“.⁹³⁹ Kommt es trotz Einhaltung des Instandhaltungsprogramms aufgrund technischer Probleme zu einem Ausfall des geplanten Fluges, so hat das Luftfahrtunternehmen alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen um ein **Ersatzflugzeug** zur Verfügung zu stellen, andernfalls es sich nicht auf außergewöhnliche Umstände im Sinne des Art 5 Abs 3 der VO berufen kann, und die Verpflichtung zur Leistung von Ausgleichszahlungen bestehen bleibt.⁹⁴⁰

Gemäß der dritten Vorlagefrage kommt der EuGH sodann zu dem Schluss, dass allein der Nachweis des Luftfahrtunternehmens, dass dieses die gesetzlichen Mindestanforderungen hinsichtlich der durchzuführenden **Wartungsarbeiten** an einem Flugzeug erfüllt hat, nicht ausreicht, um den Nachweis, dieses habe „alle zumutbaren Maßnahmen“ ergriffen, zu erbringen.⁹⁴¹ Im Urteil *Sturgeon/Böck* definiert der EuGH die „außergewöhnlichen Umstände“ als Risiken, „die nicht in die beherrschbare betriebliche Sphäre des Luftfahrtunternehmens fallen“.⁹⁴² *Lurjer/Augenhofer* gehen davon aus, dass unter den Terminus „außergewöhnliche Umstände“ iS der VO ausschließlich Fälle höherer Gewalt zu subsumieren seien.⁹⁴³

Ein prominentes Beispiel für die außergewöhnlichen Umstände des Art 5 Abs 3 stellt der Ausbruch des isländischen Vulkans Eyjafjallajökull im Jahr 2010 dar, worin auch die Kommission einen der Anwendungsfälle des Art 5 Abs 3 sah.⁹⁴⁴ Die aufgrund höherer Gewalt vielfach annullierten Flüge führten dazu, dass Passagiere zwar keine Ausgleichsansprüche nach Art 7 geltend machen konnten, allerdings – je nach Fall – Anspruch auf anderweitige Beförderungen gemäß Art 8 sowie Unterstützungsleistungen hatten. Dazu zählten gemäß Art 9 Abs 1 lit a Mahlzeiten und Erfrischungen, weiters unentgeltliche Telefongespräche und E-Mails nach Abs 2, und bei Abflügen die erwartungsgemäß frühestens erst am nächsten Tag stattfinden konnten, gemäß Art 9 Abs 1 lit

⁹³⁹ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 41, NJW 2009, 347.

⁹⁴⁰ *Müller – Rostin*, Anmerkungen zu Entscheidungen zur Verordnung (EG) 261/2004, NZV 2008, 276 (279); Schlussanträge der Generalanwältin 27.09.2007, C-396/06 Rz 41 und 73.

⁹⁴¹ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 43, NJW 2009, 347.

⁹⁴² EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon* und *Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 67, NJW 2010, 43.

⁹⁴³ *Lurjer/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008) 101.

⁹⁴⁴ MEMO/10/131 v 15. April 2010,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/10/131&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=de> (16.02.2014).

b und c, auf Hotelunterbringung (bis zur anderweitigen Beförderung), sowie eine Beförderung zwischen Flughafen und Unterbringungsort.⁹⁴⁵

Ein außergewöhnlicher Umstand soll auch dann vorliegen, wenn während eines Fluges ein **medizinischer Notfall** bei einem Passagier auftritt, der zum Zeitpunkt des Abfluges nicht vorhersehbar war.⁹⁴⁶ Komplexer ist die Situation nach *Schmid*, wenn es um den **Ausfall von Besatzungsmitgliedern** geht. Dass Arbeitnehmer erkranken ist ein Faktum und der Dienstgeber hat für solche Fälle Vorsorge zu treffen. Wie in *Wallentin-Hermann*, möchte *Schmid* das vom EuGH zu technischen Problemen Gesagte auch auf solche Fälle anwenden. Demnach würde dann ein außergewöhnlicher Umstand vorliegen, wenn das Problem auf Vorkommnissen basiert, „*die aufgrund ihrer Natur oder Ursache nicht Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit des betroffenen Luftfahrtunternehmens und von ihm tatsächlich nicht zu beherrschen sind*“⁹⁴⁷. Von deutschen Gerichten wurde beim Ausfall eines Mitarbeiters aufgrund einer Erkrankung das Vorliegen eines außergewöhnlichen Umstandes aufgrund der Zugehörigkeit eines solchen Ereignisses zum Betrieb verneint.⁹⁴⁸ Das AG Rüsselsheim differenzierte hingegen in seiner Entscheidung vom 11.02.2011⁹⁴⁹ dahingehend, ob das Besatzungsmitglied am Heimatflughafen oder einem sonstigen Flughafen erkrankt. Im ersteren Fall solle aufgrund der Gegebenheiten vor Ort kein außergewöhnlicher Umstand vorliegen, im letzteren Falle hingegen schon, was *Schmid* aufgrund der Allgemeinheit der Aussage kritisiert. Er möchte mit dem Wortlaut des Art 5 Abs 3 stets danach fragen, ob alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen wurden, wozu auch der Einsatz von Mitgliedern anderer Besatzungen zählt.⁹⁵⁰ Basierend auf der Jud des EuGH in der Sache *Wallentin-Hermann*, insbesondere, dass Art 5 Abs 3 als Ausnahme vom Grundsatz eng auszulegen ist,⁹⁵¹ und dem Schutzzweck der Verordnung (insbesondere ein hohes Schutzniveau für Fluggäste sicherzustellen, Erwägungsgrund 1), sollte mE das Erfordernis, wonach von den ausführenden Luftfahrtunternehmen alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen sind so weit ausgelegt werden, dass darunter auch das Anheuern von Besatzungsmitgliedern anderer

⁹⁴⁵ *Lintschinger*, Zum rechtlichen Nachspiel in der Reisebranche auf Grund des Vulkanausbruchs in Island, wbl 2010, 321 (325 f); siehe dazu auch EuGH 31.01.2013, C-12/11.

⁹⁴⁶ AG Wedding 28.10.2010, 2 C 115/10, RRa 2012, 38.

⁹⁴⁷ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061, NJW 2009, 347, Rz 34.

⁹⁴⁸ LG Darmstadt 06.04.2011, 7 S 122/10, RRa 2011, 290 und AG Rüsselsheim 17.09.2010, 3 C 598/10 (31), RRa 2010, 278.

⁹⁴⁹ AG Rüsselsheim 11.02.2011, 3 C 2021/120 (36).

⁹⁵⁰ *Schmid*, Die Verordnung (EG) Nr 261/2004 – noch immer eine terra incognita, RRa 2012, 2 (6).

⁹⁵¹ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 20, NJW 2009, 347.

Fluglinien fällt. Dies jedenfalls dann, wenn es sich um Luftfahrtunternehmen des gleichen Konzerns (zB Lufthansa – Austrian Airlines) handelt.

Mit der Jud des EuGH⁹⁵² wird man auch von einer Verpflichtung eines Luftfahrtunternehmens ausgehen müssen, wonach dieses etwa im Falle eines technischen Gebrechens **Ersatzmaschinen** anderer Luftfahrtunternehmen anmieten muss um dem Erfordernis des Ergreifens „(...) *aller ihm zur Verfügung stehenden personellen, materiellen und finanziellen Mittel* (...)“ zu entsprechen.⁹⁵³ Denkbar wäre auch, die Anforderungen an das Ergreifen „aller zumutbaren Maßnahmen“ iS von Art 5 Abs 3 der Fluggastverordnung so hoch zu legen, dass selbst das permanente Bereithalten von Ersatzmaschinen an bestimmten (großen) Flughäfen darunterfällt. Allerdings gilt es hier den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. In der Rs *Nelson/Lufthansa* und *TUI/Civil Aviation Authority*⁹⁵⁴ hat der EuGH zwar grundsätzlich die Verhältnismäßigkeit hinsichtlich des Schutzzwecks der Art 5 bis 7 der VO 261/2006 über die Leistung von Ausgleichszahlungen bejaht (es ging ua um die – nicht vom Wortlaut der VO umfasste – Anwendung der Bestimmungen auch auf Verspätungsfälle)⁹⁵⁵, allerdings ua mit der Begründung, dass den ausführenden Luftfahrtunternehmen lediglich in sehr eingeschränkten Fällen Kosten entstehen würden, und sie gegebenenfalls beim vertraglichen Luftfahrtunternehmen Regress nehmen könnten. Würde man nun verlangen, dass Luftfahrtunternehmen auf sämtlichen Flughäfen permanent Ersatzflugzeuge in Bereitschaft halten müssten, würde dies gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen, da durch die Unmöglichkeit der Nutzung der Fluggeräte den Unternehmen ein finanzieller Schaden entstünde. Anderes gilt für bedeutende internationale Flughäfen, wo aufgrund des hohen Passagieraufkommens mit Komplikationen eher gerechnet werden muss. Eine solche Maßnahme wäre hier nicht nur zur Erreichung des Zieles der VO geeignet, sie stünde dazu auch nicht außer Verhältnis. Das Ziel im Bedarfsfall auf ein anderes Flugzeug zurückgreifen zu können, könnte aber auch dadurch erreicht werden, dass ein Fluggerät eines anderen Luftfahrtunternehmens angemietet wird, was zugleich das mildere Mittel darstellen würde, weswegen ein permanentes Bereithalten von Ersatzmaschinen nicht zwingend erforderlich wäre. Den Luftfahrtunternehmen würde damit jedenfalls keine übermäßige finanzielle Belastung auferlegt. Ebenfalls wird man grund-

⁹⁵² EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 41, NJW 2009, 347.

⁹⁵³ Siehe bereits S 164.

⁹⁵⁴ EuGH 23.10.2012, C-581/10 und C-629/10, *Nelson*, Rz 70 ff.

⁹⁵⁵ Siehe S 183 ff.

sätzlich eine Verpflichtung der Luftfahrtunternehmen bejahen müssen, wonach diese bei kleineren Distanzen auch versuchen müssen eine **Weiterbeförderung** mit Bussen oder Taxis zu organisieren um den Anforderungen nach Art 5 Abs 3 zu genügen. Demnach hätte in dem Fall, in dem eine Maschine der Austrian Airlines AG aufgrund eines starken Gewitters anstatt am Flughafen Wien in Bratislava landen musste,⁹⁵⁶ das Luftfahrtunternehmen einen Weitertransport zum Endziel mittels Kraftfahrzeugen organisieren, oder das zumindest versuchen müssen.

Führich wendet in überzeugender Weise den in der Entscheidung *Wallentin-Hermann*⁹⁵⁷ vom EuGH betreffend der „außergewöhnlichen Umstände“ im Falle eines technischen Gebrechens entwickelten Grundsatz, dass das Luftfahrtunternehmen den Nachweis erbringen muss, dass selbst das Ergreifen aller zumutbaren Maßnahmen eine Annullierung nicht hätte verhindern können, auch betreffend der „mit der Durchführung des Fluges nicht zu vereinbarenden **Wetterbedingungen** (Hervorhebung vom Autor, Anm)“ des Erwägungsgrundes 14 an. Weiters, so *Führich*⁹⁵⁸ und *Schmid*⁹⁵⁹, müssten davon „alle Luftfahrtunternehmen des Flughafens gleichermaßen von diesen Bedingungen betroffen sein“, um in den Genuss der Befreiung nach Art 5 Abs 3 gegenüber den Passagieren zu gelangen. Dieser Aussage kann in ihrer Allgemeinheit jedoch nicht zugestimmt werden, stattdessen ist zu differenzieren. Je nach Unternehmensgröße bzw Ausrichtung kommen Luftfahrzeuge verschiedener Größe und Antriebsart zum Einsatz, welche unterschiedlich sensibel auf Wetterphänomene reagieren. Solche technischen Gegebenheiten sind natürlich bei der rechtlichen Beurteilung mit einzubeziehen. Allerdings wird einem ausführenden Luftfahrtunternehmen dann ein Vorwurf gemacht werden können und ein außergewöhnlicher Umstand zu verneinen sein, wenn trotz der typischen auf einem Flughafen vorherrschenden Wetterbedingungen auf einem bestimmten Flughafen vom Unternehmen für diese Fälle ungeeignetes Gerät zum Einsatz kommt, jedoch die Möglichkeit bestünde – im Rahmen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit – geeignetere Luftfahrzeuge zu gebrauchen.

⁹⁵⁶ http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/1276026/Bratislava_AUAPassagiere-im-Stich-gelassen (16.02.2014).

⁹⁵⁷ EuGH 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061, NJW 2009, 347.

⁹⁵⁸ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1036.

⁹⁵⁹ *Schmid*, Anmerkung zur Entscheidung des BG Schwechat 28.09.2011, 4 C 612/11z-14, RRa 2012, 256.

Auch Schneefall kann grundsätzlich einen außergewöhnlichen, nach Art 5 Abs 3 das ausführende Luftfahrtunternehmen entlastenden Umstand darstellen. Der Fokus ist dabei darauf zu legen, ob der Grund für die Annullierung/Verspätung an den Wetterbedingungen selbst, oder nicht doch auf einen Mangel in der Organisation zurückzuführen ist, der in die Risikosphäre des ausführenden Luftfahrtunternehmens fällt.⁹⁶⁰

Probleme bereitet die Auslegung des Begriffs „**Streik**“ des Erwägungsgrundes 14. Die Frage ist, ob ein Streik des eigenen Personals des Luftfahrtunternehmens einen außergewöhnlichen Umstand im Sinne der VO darstellt. Das AG Frankfurt/Main⁹⁶¹ bejahte dies und führte insbesondere die „außergewöhnlichen Umstände“ des Erwägungsgrundes 14 an, worunter auch „den Betrieb eines ausführenden Luftfahrtunternehmens beeinträchtigende Streiks“ fallen würden. Dabei käme es nicht darauf an, ob es sich um einen Streik innerhalb des ausführenden Unternehmens handelt oder nicht, ebenso *Tonner*⁹⁶², welchen das Gericht zitierte. Das AG Frankfurt/Main verglich – wie *Tonner* – die außergewöhnlichen Umstände mit dem Begriff der höheren Gewalt in der Pauschalreiserichtlinie⁹⁶³, Art 4 Abs 6. Nach der dortigen Formulierung liegt ein ungewöhnliches, unvorhersehbares Ereignis dann vor, wenn derjenige, der sich darauf beruft, keinen Einfluss darauf hat und die Folgen daraus trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht hätten vermieden werden können. Von der Pauschalreiserichtlinie auch erfasst sind daher Umstände, die aus der Sphäre des Unternehmens selbst kommen. Schließlich führt das Gericht ins Treffen, dass eine andere als diese Interpretation auch für die außergewöhnlichen Umstände nach der VO 261/2004 nicht gelten könne, da es sich bei den Ausgleichszahlungen nach Art Abs 1 iVm Art 5 Abs 3 der VO gemäß *Tonner*⁹⁶⁴ um einen verschuldensabhängigen Anspruch handeln würde. Würde man daher nur Streiks außerhalb des Luftfahrtunternehmens als außergewöhnlichen Umstand ansehen, käme dies einer verschuldensunabhängigen Haftung gleich. Gleicher Ansicht ist auch *Füh-*

⁹⁶⁰ Schmid/Hopperdietzel, Die Fluggastrechte – eine Momentaufnahme, NJW 2010, 1905 (1909); Sendmeyer, Alle Jahre wieder: Europäische Fluggastrechte im Schneechaos, NJW 2011, 808; Schmid, Die Verordnung (EG) Nr 261/2004 – noch immer eine terra incognita, RRA 2012, 2 (7 f).

⁹⁶¹ AG Frankfurt/Main 08.05.2006, 32 C 349/06-88, RRA 2006, 230.

⁹⁶² *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in Gebauer/Wiedmann (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss (2004) Kap 15 Rz 56.

⁹⁶³ RL 90/314/EWG des Rates v 13.6.1990 über Pauschalreisen, ABi L 1990/158, 59 idGF.

⁹⁶⁴ *Tonner*, Die EG-Verordnung über Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung, Annullierung und großer Verspätung – ein wichtiger Beitrag des Rechts zur Qualitätssicherung im Luftverkehr, RRA 2004, 59 (60).

rich.⁹⁶⁵ So wie die Art 19 MÜ und Art 20 WA⁹⁶⁶ ist die Ausnahmebestimmung des Art 5 Abs 3 auch in den Fällen höherer Gewalt anwendbar.⁹⁶⁷

In einem weiteren Urteil des AG Frankfurt/Main stellte dieses jedoch fest, dass ein Streik des Personals des ausführenden Luftfahrtunternehmens nur dann als ein die Ausgleichszahlung ausschließender außergewöhnlicher Umstand angesehen werden kann, „wenn der Streik nicht vorhersehbar war und der Fluggesellschaft keine nicht vollkommen unzumutbaren Möglichkeiten blieben, auf den Streik zu reagieren“. Die bloße Behauptung, es habe sich um einen wilden Streik gehandelt und die Beiholung von Ersatzpersonal sei nicht zumutbar gewesen, reicht nicht aus um der Pflicht zur Leistung von Ausgleichszahlungen nach Art 7 zu entgehen,⁹⁶⁸ ebenso *Gaedtke*, der sich diesem Urteil anschließt.⁹⁶⁹ Gleicher Ansicht hinsichtlich der Vorhersehbarkeit sind *Lurger/Augenhofer*.⁹⁷⁰ Anderer Ansicht ist *Staudinger*⁹⁷¹, welcher meint, dass es sich bei einem Streik des Personals des ausführenden Luftfahrtunternehmens nicht um einen Fall höherer Gewalt, und damit nicht um einen „außergewöhnlichen Umstand“ handeln würde.

Aufgrund der in Art 7 iVm Art 5 Abs 3 der VO vorgesehenen Haftungsbefreiung macht es aus den von *Führich* angeführten Gründen keinen Sinn, unternehmensinterne Streiks nicht auch prinzipiell als außergewöhnlichen Umstand anzusehen. Vor allem die verschuldensabhängige Haftung des Art 5 spricht stark dafür. Gleichzeitig hat das AG Frankfurt/Main (siehe zuvor) mE nach eine praktikable Abgrenzung gefunden um beurteilen zu können, ob es sich bei einem unternehmensinternen Streik um einen außergewöhnlichen Umstand handelt oder nicht. Denn klar ist, dass für einen Streik innerhalb des ausführenden Luftfahrtunternehmens strengere Maßstäbe gelten müssen als für einen Streik außerhalb des Einflussbereiches des Unternehmens.

Zum Fall der nach Erwägungsgrund 14 „(...) **mit der Durchführung des betreffenden Fluges nicht zu vereinbarenden Wetterbedingungen** (...)“ ist festzuhalten,

⁹⁶⁵ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1037.

⁹⁶⁶ *Schmid* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), WA (Loseblattsammlung, 18. Lfg 2000) Art 19 Rz 59.

⁹⁶⁷ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1038.

⁹⁶⁸ AG Frankfurt/Main 09.05.2006, 31 C 2820/05-74, RRa 2006, 181.

⁹⁶⁹ *Gaedtke*, Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2007, 201 (2005).

⁹⁷⁰ *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008), 101.

⁹⁷¹ *Staudinger*, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste, NJW 2004, 1897 (1898).

dass diese nur dann entlasten, wenn sie den konkreten Flug selbst betreffen. Daher kann es zu keiner Entlastung kommen wenn nach Wegfall der entsprechenden Wetterbedingungen der geplante Flug dennoch nicht durchgeführt wird. Sehr wohl aber könnte ein in Folge der Witterungsbedingungen selbst nach deren Abebben bestehender Rückstau einen solchen Grund darstellen.⁹⁷²

Selbst wenn derart schlechte Wetterbedingungen vorliegen, dass von außergewöhnlichen Umständen gesprochen werden kann, so sollen diese dennoch nicht zu einer Befreiung von der Zahlung von Ausgleichsansprüchen führen, wenn die jeweiligen Witterungsbedingungen auf dem konkreten Flughafen bekanntermaßen kritisch sind und dennoch keine entsprechenden Adaptierungen des Flugzeuges vorgenommen wurden, welche eine Durchführung des Fluges ermöglicht hätten, auch dann, wenn diese technischen Maßnahmen über dem Mindeststandard liegen würden, so Schmid.⁹⁷³ Hält man sich vor Augen, dass die Ausnahmebestimmung der „außergewöhnlichen Umstände“ als solche eng auszulegen ist, und auch nur dann befreiend wirkt, so diese „(...) *sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären*“, kann an Schmid's Schlussfolgerung kein Zweifel bestehen. Vor dem Schutzzweck der Verordnung wäre es widersinnig, wenn sich ein Luftfahrtunternehmen durch die Wahl ungeeigneten Fluggerätes von seinen Verpflichtungen befreien könnte. Dies muss umso mehr für den Fall gelten, dass bestimmte ungünstige Wetterbedingungen an einem Flughafen gehäuft auftreten, diese Problematik also bekannt ist.⁹⁷⁴ Befreiend kann nur der Fall sein, dass die Witterungsbedingungen Startvorgänge überhaupt verunmöglichen, die technische Ausstattung im konkreten Fall somit nicht kausal war. Oder wie Schmid es ausdrückt: „*Es ist auf die Unmöglichkeit abzustellen, nicht auf ein Unvermögen*“.⁹⁷⁵ So hat auch der OGH judiziert, dass allein das Vorbringen ungünstiger Wetterbedingungen nicht ausreichend sei um von der Verpflichtung zur Leistung von Ausgleichszahlungen nach Art 7 befreit zu sein. Vielmehr müsse das Luftfahrtunternehmen nachweisen, dass „(...) *mit zumutbaren Maßnahmen eine Annullierung nicht zu vermeiden war*“. Beispielshalber führt der OGH die Benutzung eines nahegelegenen Ersatzflughafens oder das Warten auf günstigere Wetterbedingungen an.⁹⁷⁶

⁹⁷² AG Frankfurt/Main 31.08.2006, 30 C 1370/06-25, RRa 2007, 42.

⁹⁷³ Schmid, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1844).

⁹⁷⁴ Ebenso Schmid, Anmerkung zum Urteil des BG Schwechat 28.09.2011, 4 C 612/11z-14, RRa 2012, 256.

⁹⁷⁵ Schmid, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1844).

⁹⁷⁶ OGH 03.07.2013, 7 Ob 65/13d.

Wie im Fall einer Verlegung auf einen anderen Flug (Art 3 Abs 2 lit b) macht die Fluggastverordnung auch für den Fall der Annullierung eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass für ihre Anwendbarkeit der Fluggast sich rechtzeitig zur Abfertigung einfinden muss, Art 3 Abs 2 lit a.

3.7 Verspätung

Im Gegensatz zur Vorgängerregelung regelt Art 6 der Fluggastverordnung, gestaffelt nach der Länge der Flugstrecke und dem Ausmaß der Verspätung, welche Leistungen dem Passagier gegenüber dem ausführenden Luftfahrtunternehmen im Fall eines verspäteten Abflugs zustehen. Findet der Abflug hingegen pünktlich statt, wird das Endziel jedoch verspätet erreicht, so stehen den Fluggästen gemäß dem Wortlaut des Art 6 keine Rechte zu.

Schmid hat sich eingehender mit einzelnen Problemen im Zusammenhang mit Abflügen und darauffolgenden Verspätungen auseinandergesetzt und zeigt auf, dass die bloße Aussage, ein pünktlicher Abflug könne keinesfalls als Verspätung iS von Art 6 Abs 1 klassifiziert werden, so allgemein nicht getroffen werden kann. Er setzt sich dabei mit folgenden Fällen auseinander: Ein Flugzeug rollt pünktlich aus der Parkposition, fliegt danach jedoch verspätet ab (1), fliegt zwar pünktlich ab, muss jedoch wegen eines technischen Defekts zum Ausgangsflughafen zurück, um dann abermals von diesem verspätet abzufliegen (2), fliegt pünktlich ab, muss dann jedoch auf einem anderen Flughafen aufgrund eines technischen Problems zwischenlanden (3). Ad (1) führt er ua unter Stützung auf Urteile des AG Rüsselsheim⁹⁷⁷ und des AG Düsseldorf⁹⁷⁸ aus, der Zeitpunkt auf den Abzustellen ist, wäre das Abheben, nicht das Abrollen aus der Parkposition. Hinsichtlich (2) ist in erster Linie das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtsache *Rodriguez/Air France* zu erwähnen. Dort hat dieser erkannt, dass ein pünktlich begonnener Flug, der kurz nach dem Start aufgrund eines technischen Gebrechens wieder abgebrochen werden muss, das Flugzeug zum Startflughafen zurückkehrt und die Passagiere auf andere Flüge umgebucht werden, als annullierter Flug anzusehen ist. Abzustellen sei darauf, ob die Planung des ursprünglichen Fluges aufgegeben worden sei.⁹⁷⁹ Ergänzend merkt *Schmid* an, dass auf den Zeitpunkt des erneuten Abfluges abzu-

⁹⁷⁷ AG Rüsselsheim 21.01.2011, 3 C 1392/10 (31), RRa 2011, 92 und 20.07.2011, 3 C 739/11 (36), RRa 2011, 295.

⁹⁷⁸ AG Düsseldorf 23.07.2011, 37 C 3495/11, RRa 2012, 28.

⁹⁷⁹ EuGH 13.10.2011, C-83/10, *Rodriguez/Air France*, Slg 2011. I-09469 Rz 25 – 35.

stellen wäre, wenn der abgebrochene Flug nach erfolgter Reparatur weitergeführt würde. Damit spricht *Schmid* wohl eine Verspätung im Sinne von Art 6 der Verordnung an, da seit *Sturgeon* klar ist, dass für die Abgrenzung der Annullierung von der Verspätung der Zeitfaktor unerheblich ist.⁹⁸⁰ Auch die Generalanwältin war in der Sache *Rodriguez* der Ansicht, dass wenn ein Flug zum Ausgangspunkt zurückkehrt, kein Teil der „*Einheit der Beförderung*“, die das Luftfahrtunternehmen (...) hätte durchführen sollen (...)“, erfüllt worden ist. Betreffend (3) wurde am 08.07.2012 von einem portugiesischen Gericht ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH herangetragen. Die Frage lautete, ob in der Folge des Urteils in der Sache *Sturgeon* die Art. 5, 6 und 7 der Verordnung Nr. 261/2004, wonach auch Passagiere verspäteter Flüge Anspruch auf Ausgleichsleistungen haben, wenn die Verspätung drei oder mehr Stunden beträgt, dahin gehend auszulegen sind, dass sie in gleicher Weise jenen Fall erfassen, in dem der Abflug pünktlich erfolgt ist, jedoch bei einer **Zwischenlandung** eine Verspätung von knapp vier Stunden zustande kam, da die Fluggesellschaft aus operativen Gründen einen Wechsel des Flugzeuges vornehmen wollte, das „neue“ Flugzeug jedoch einen technischen Defekt aufwies und eine entsprechende technische Intervention nötig war, die zu der besagten Verspätung am Bestimmungsort führte.

Bedauerlicherweise wurde dieses Ersuchen um Vorabentscheidung jedoch vom vorlegenden Gericht wieder zurückgezogen, sodass das Verfahren nach einem Beschluss des Präsidenten vom 13.02.2012 aus dem Register des Gerichtshofes gestrichen wurde.⁹⁸¹ Dies ist insbesondere deswegen bedauernswert, als der Gerichtshof in der Sache *Rodriguez/Air France* auf Anraten der Generalanwältin hin bewusst nicht auf derartige Konstellationen eingegangen ist.⁹⁸² *Schmid* war vor der Einstellung des Verfahrens der Meinung, der Gerichtshof würde wie in der Rechtssache *Sturgeon* auch hier zu dem Ergebnis kommen, dass der den Passagieren durch den Zeitverlust entstandene „Schaden“ durch Ausgleichszahlungen zu ersetzen wäre. Dies deswegen, da die entscheidenden Kriterien für den Gerichtshof der Zeitverlust und eine Verlängerung der Beförderungszeit wären. Demnach wäre ein solcher „(...) Anspruch auf Ausgleichszahlungen auch dann zu bejahen, wenn die Reparatur erst nach einem Start und einer anschlie-

⁹⁸⁰ Siehe S 192 ff.

⁹⁸¹ Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes v 13.02.2012, C-365/11, João Nuno Esteves Coelho dos Santos/ TAP, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=120081&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5950087> (Französisch) (16.02.2014).

⁹⁸² Schlussanträge der Generalanwältin 28.06.2011, C-83/10, *Rodriguez/Air France*, Slg 2011, I-09469 Rz 28.

ßenden Zwischenlandung auf einem anderen Flug erfolgt, wobei es gleichgültig ist, ob diese geplant war oder nur der Sicherheit diene (...)“. Der „Schaden“ würde sich nicht von jenem unterscheiden der entstanden wäre, wenn das Problem bereits am Ausgangsflughafen aufgetreten wäre. Schließlich zieht er die Argumente der Generalanwältin in der Sache *Rodriguez/Air France* heran, wo diese den Fall eines abgebrochenen Fluges unter Rückkehr zum Ausgangsflughafen als dem Fall eines nicht begonnen Fluges gleichgelagert sah: „Die Fluggäste befinden sich in der gleichen Situation, als wenn sie in der Abflughalle geblieben wären (...)“⁹⁸³. Demnach müsse auch in diesem Fall der Passagier einen Anspruch auf Ausgleichsleistung haben.⁹⁸⁴ Auch wenn eine solche Auslegung im Sinne der Passagiere wünschenswert wäre, so ist dieses Auslegungsergebnis für den Fall (3) mE dennoch fraglich. Ein Blick auf die Jud in Deutschland zeigt, dass die Rsp in dieser Frage uneinheitlich ist. Das LG Frankfurt/Main judizierte, dass eine Zwischenlandung – gleich ob unplanmäßig oder planmäßig – keine Abflugverspätung begründen kann, da Art 6 Abs 1 der Verordnung ausdrücklich auf eine Abflugverspätung abstelle, und es bei einem einheitlichen Flug hierbei auf die zeitlichen Gegebenheiten am (ursprünglichen) Startflughafen ankäme. Der Annahme eines „gesonderten weiteren Abflugs am Flughafen der Zwischenlandung“ würde die Einheitlichkeit des Gesamtfluges entgegenstehen.⁹⁸⁵

Zu einem anderen Ergebnis kam das AG Rüsselsheim, und zwar bereits in zwei Entscheidungen, als dieses den Fokus auf die einzelnen Flugabschnitte legte. Liegen die Voraussetzungen des Art 3 Abs 1 lit a oder b der Verordnung vor, so soll auch die Abflugverspätung am Ort der Zwischenlandung einen Ausgleichsanspruch nach Art 7 begründen. Abzustellen sei mit der Jud des EuGH⁹⁸⁶ und BGH⁹⁸⁷ nämlich auf den Flug, unter welchem die einzelne Beförderungseinheit zu verstehen sei. Aus Art 2 lit h der Verordnung gehe klar hervor, dass diese von einer Segmentierung einer Reise in „(Erst-) Flug“ und „Anschlussflug“ ausgehe.⁹⁸⁸

⁹⁸³ Schlussanträge der Generalanwältin 28.06.2011, C-83/10, *Rodriguez/Air France*, Slg 2011, I-09469 Rz 35.

⁹⁸⁴ *Schmid*, Die Verordnung (EG) Nr 261/2004 – noch immer eine terra incognita, RRa 2012, 2 (4).

⁹⁸⁵ LG Frankfurt/Main 29.09.2011, 2-24 S 56/11, RRa 2012, 20.

⁹⁸⁶ EuGH 10.07.2008, C-173/07, *Emirates Airlines/Schenkel*, Slg 2008, I-05237, NJW 2008, 2697 Rz 32 und 40.

⁹⁸⁷ BGH 30.04.2009, Xa ZR 78/08, NJW 2009, 2741 und BGH 28.05.2009, Xa ZR 113/08, NJW 2009, 2743.

⁹⁸⁸ AG Rüsselsheim 10.08.2011, 3 C 72/11 (36), RRa 2011, 246; AG Rüsselsheim 17.08.2011, 3 C 374/11 (36), RRa 2012, 24.

Ein Flug⁹⁸⁹ ist nicht identisch mit einer Reise, und unter „Endziel“ ist nach Art 2 lit h der Verordnung bei direkten Flügen der „Zielort auf dem am Abfertigungsschalter vorgelegten Flugschein“, bei Anschlussflügen der „Zielort des letzten Fluges“ zu verstehen, so der EuGH in der Sache *Emirates Airlines/Schenkel*.⁹⁹⁰ Ergänzt man zu diesen Feststellungen die Äußerungen des Gerichtshofes im Fall *Sturgeon*, wonach eine verspätete Ankunft um drei oder mehr Stunden für einen Ausgleichsanspruch vorliegen muss, so kommt man zu dem Ergebnis, dass ein durch eine Zwischenlandung unterbrochener Flug für die Ermittlung einer Verspätung nicht in zwei Teile aufgeteilt werden kann, sondern stets ein **einheitlicher Flug** vorliegt. Man käme unter Wahrung der Auslegung des EuGH in den Rechtssachen *Emirates Airlines/Schenkel* und *Sturgeon* dann zu dem Ergebnis von *Schmid* und des AG Rüsselsheim, wenn man davon ausginge, dass für die Frage eines Anspruchs auf Ausgleichsleistung im Fall einer Verspätung eine Abflugverspätung im Sinne von Art 6 irrelevant wäre, was *Schmid* zuvor verneint hatte. Dann nämlich käme es einzig und alleine auf den Zeitpunkt der Landung am Endziel an.

Der EuGH hat – wie bereits im Zusammenhang mit dem Problem von Zwischenlandungen erörtert⁹⁹¹, jedoch soll das Problem hier im Hinblick auf die Thematik der Verspätung betrachtet werden – diese Frage dahingehend beantwortet, dass es für den Anspruch auf Ausgleichszahlungen im Falle eines Fluges mit Anschlussflügen alleine auf die **Verspätung am Endziel**⁹⁹² ankommt. Ob die Voraussetzungen des Art 6 erfüllt wären, welche nur für die Unterstützungs- und Betreuungsleistungen nach Art 8 und 9 *leg cit* relevant wären, käme es nicht an.⁹⁹³ Im hier entschiedenen Fall wurden offenbar sämtliche Abschnitte des Fluges vom gleichen Luftfahrtunternehmen ausgeführt. Problematisch bleibt meines Erachtens der Fall, dass ein Flug mit Anschlussflug von verschiedenen Luftfahrtunternehmen ausgeführt wird und direkte Anschlussflüge vorliegen bzw am Flugschein der Zielort des letzten Anschlussfluges angegeben ist und ein Zubringerflug verspätet ist. Konsequenter Weise müsste hier das verspätete Unternehmen, auch wenn es selbst nicht den Transport zum Endziel im soeben dargelegten Sinn durchführt, jedoch durch seine Verspätung in der Folge eine verspätete Ankunft am Zielort verursacht, zur Leistung der Ausgleichszahlungen nach Art 7 verpflichtet

⁹⁸⁹ Zu dem Begriff siehe bereits S 97 ff und 103 ff.

⁹⁹⁰ EuGH 10.07.2008, C-173/07, *Emirates Airlines/Schenkel*, Slg 2008, I-05237, NJW 2008, 2697 Rz 32 und 33.

⁹⁹¹ Siehe S 103 ff.

⁹⁹² Siehe dazu ausführlich S 187 ff.

⁹⁹³ EuGH 26.02.2013, C-11/11, *Air France SA/Folkerts* Rz 33 ff.

sein. Dies deswegen, da der EuGH ausgesprochen hat, dass es bei Flügen mit Anschlussflügen nur auf die Verspätung am Zielort des letzten Fluges ankommt. Da aber in dem geschilderten Fall nicht das Luftfahrtunternehmen die Verspätung verursacht, das den Transport zum Endziel durchführt, sondern das Luftfahrtunternehmen des Zubringerfluges, müsste konsequenter Weise dieses zur Ausgleichszahlung verpflichtet sein. Dagegen spricht aber, dass der EuGH in der Rs *Sturgeon/Böck* den Passagieren einen Anspruch im Falle der Verspätung nach Art 7 leg cit dann zugestanden hat, wenn „(...) sie ihr Endziel nicht früher als drei Stunden nach der von dem Luftfahrtunternehmen ursprünglich geplanten Ankunftszeit erreichen“.⁹⁹⁴ Im Falle eines bloßen Zubringerfluges kann nicht davon gesprochen werden, dass das Unternehmen die Ankunftszeit am Endziel iS von Art 2 lit h der VO 261//2004 „geplant“ hat. Sieht man dies als zwingendes Erfordernis an, würde in dem hier konstruierten Fall kein Anspruch der Passagiere auf eine Ausgleichszahlung nach Art 7 leg cit bestehen. Allerdings erscheint diese Auslegung hier insofern problematisch, als der konkret vom EuGH zu entscheidende Fall gerade keiner mit Zwischenlandung war, weshalb dem EuGH eine solche Meinung nur schwerlich unterstellt werden kann. Ein solches Ergebnis widerspräche jedenfalls dem vom EuGH immer wieder zur Auslegung (bzw Rechtsfortbildung) herangezogenen Schutzzweck der VO, der auch im Zuge dieser Arbeit als ein Argument herangezogen wird, das für eine Einbeziehung von Zwischenlandungen im Sinne eines einheitlichen Fluges spricht. Hier besteht jedenfalls noch Klärungsbedarf durch den Gerichtshof, da eine andere als diese Lösung zu einer Ungleichbehandlung der Fluggäste führen würde, welche der EuGH insbesondere mit der Gewährung der Ausgleichsleistungen nach Art 7 auch für Passagiere verspäteter Flüge vermeiden wollte, die wohl kaum zu rechtfertigen wäre. Überdies könnten Luftfahrtunternehmen diesen Umstand sonst zu Umgehungswecken missbrauchen.

In einem ähnlich gelagerten Fall wurden von österreichischen Gerichten Ansprüche der Passagiere aufgrund der Fluggastverordnung bereits verneint. So musste ein Flugzeug wegen Nebels einen Ersatzflughafen anfliegen, von dem aus die Passagiere erst mit großer Verspätung, mittels Taxis an den Bestimmungsort weiterbefördert wurden. Das BG Schwechat⁹⁹⁵ urteilte, dass in dem geschilderten Fall aufgrund eines außergewöhnlichen Umstandes (Nebel) keine Ausgleichszahlungen hinsichtlich des Fluges

⁹⁹⁴ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 61, NJW 2010, 43.

⁹⁹⁵ BG Schwechat 28.09.2011, 4 C 612/11z-14, RRa 2012, 254.

zu leisten wären. Der Transport vom **Ersatzflughafen** zum Hotel würde nicht dem Anwendungsbereich der Verordnung unterfallen. Dieses Urteil wurde mittlerweile vom LG Korneuburg⁹⁹⁶ bestätigt. Wie *Schmid* zu dieser Entscheidung anmerkt ist hier insbesondere die Frage, „(...) ob ein Luftfahrtunternehmen auch dann keine Ausgleichsleistungen zahlen muss, wenn die Fluggäste im Anschluss an die Ausweichlandung mit zusätzlicher großer Verspätung, die vom Luftfahrtunternehmen zu vertreten ist, zum ursprünglichen Ziel befördert werden“. Mangels vorliegender Jud des EuGH hätte das Berufungsgericht diese Frage seiner Meinung nach dem europäischen Höchstgericht vorlegen müssen.⁹⁹⁷ *Schmid* muss hierin zugestimmt werden. Gemäß Art 267 zweiter Absatz AEUV hätte bereits das BG Schwechat die Frage dem EuGH vorlegen können,⁹⁹⁸ das LG Korneuburg als Berufungsgericht und letzte Instanz (die Anfechtbarkeit wird konkret geprüft;⁹⁹⁹ im gegenständlichen Verfahren bestand keine Zulässigkeit der Revision an den OGH gemäß §§ 500 Abs 2 Z 2 und 502 Abs 2 ZPO¹⁰⁰⁰) vorlegen müssen¹⁰⁰¹, Art 267 dritter Absatz AEUV, zumal die Rechtslage alles andere als klar ist.¹⁰⁰² Der Aspekt der „außergewöhnlichen Umstände“ soll an dieser Stelle beiseitegelassen, und eine Subsumtion des Falles unter einen der anspruchsbegründenden Tatbestände durchgeführt werden. In Frage kommt hierfür nur jener der **Verspätung**, da weder Fluggästen, die sich am Flugsteig eingefunden haben die Beförderung verweigert wurde („Nichtbeförderung“ iS von Art 2 lit j), noch ein geplanter Flug nicht durchgeführt worden ist („Annullierung“ iS von Art 2 lit l), somit Art 1 Abs 1 e contrario. Die Gerichte haben etwaige Ansprüche aus der notwendig gewordenen Landung an einem anderen als dem Ziel-flughafen mit dem Argument verneint, es würde ein außergewöhnlicher Umstand vor-

⁹⁹⁶ LG Korneuburg 15.03.2012, 21 R 332/11p.

⁹⁹⁷ *Schmid*, Anmerkung zur Entscheidung des LG Schwechat 28.09.2011, 4 C 612/11z-14, RRa 2012, 256.

⁹⁹⁸ ZB *Schima* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 129. Lfg 2012) Art 267 AEUV Rz 84 ff mwN; *Ehricke* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 267 AEUV Rz 34 ff.

⁹⁹⁹ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht⁷ (2010) Rz 565; *Schima* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 129. Lfg 2012) Art 267 AEUV Rz 102 mwN; *Ehricke* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 267 AEUV Rz 41 mwN.

¹⁰⁰⁰ Gesetz v 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO) StF RGBI 1895/113 idGF.

¹⁰⁰¹ Wird die Verpflichtung zur Vorlage verletzt, stellt dies eine Vertragsverletzung dar, Art 258 AEUV. Zudem liegt eine Verletzung des durch Art 83 Abs 2 B-VG gewährleisteten Rechts auf den gesetzlichen Richter vor; vgl *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007) Rz 847 f; *Schima* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 129. Lfg 2012) Art 267 AEUV Rz 118 und 121 f mwN; *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) Art 83 B-VG III.4.

¹⁰⁰² *Schima* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 129. Lfg 2012) Art 267 AEUV Rz 100 ff mwN.

liegen, der nach der Jud des EuGH¹⁰⁰³ auch auf den Fall der Verspätung anwendbar wäre. ME wurde von den Gerichten dabei jedoch übersehen, dass die Verordnung für das Vorliegen einer Verspätung iS von Art 6 der Fluggastverordnung fordert, dass eine Abflugverspätung vorliegt, was auf den gegenständlichen Fall nicht zutraf. Mit der Jud des EuGH könnte man allerdings bei Verspätungen hinsichtlich der (analog) zur Anwendung gelangenden Ausgleichsansprüche¹⁰⁰⁴ argumentieren, es käme nur auf die Ankunftsverspätung an. Laut EuGH hat diese drei oder mehr Stunden zu betragen. Wie bereits ausgeführt ist allerdings strittig, ob ergänzend dazu auch eine Abflugverspätung gemäß Art 6 leg cit vorliegen muss.¹⁰⁰⁵ Diese Überlegungen wurden von den Gerichten jedoch unverständlicher Weise außer Acht gelassen. Aber selbst wenn eine Verspätung iS von Art 6 vorliegen würde, bestünde dennoch kein Anspruch der Passagiere auf eine ersatzweise Beförderung zum Endziel gemäß Art 8 Abs 1 lit b und c. Art 6 verweist in Abs 1 iii) nämlich nur auf Art 8 Abs 1 und somit auf die Erstattung der Flugscheinkosten bzw den Rückflug zum ersten Abflugort. Daran hat sich auch durch die Jud des EuGH hinsichtlich der analogen Anwendung von Ausgleichsleistungen auch auf Verspätungen nichts geändert, da nur diese und nicht auch andere zwar im Falle der Annullierung, nicht aber der Verspätung nach der Verordnung expressis verbis zustehende Ansprüche erfasst sind.¹⁰⁰⁶ Die Vorgehensweise der beiden genannten Gerichte ist daher nicht vollends nachvollziehbar. Dennoch erscheint es nicht ausgeschlossen, dass der EuGH in dem geschilderten Fall für die verspätete Weiterbeförderung zumindestens die in Art 9 Abs 1 genannten Betreuungsleistungen sowie die Ausgleichsleistungen nach Art 7 gewähren würde. Wie im Fall *Sturgeon/Böck* wäre denkbar, dass auch hier vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Verordnung und der Vergleichbarkeit der Unannehmlichkeiten Art 6 (analog) für anwendbar erklärt wird, insb nach der Entscheidung des EuGH in der Rs *Air France SA/Folkerts*¹⁰⁰⁷, wonach es nicht auf eine Verspätung beim Abflug ankommt. Dies erscheint jedenfalls nicht abwegiger, als von einer Verspätung betroffenen Passagieren die Ausgleichsleistungen nach Art 7 zuzusprechen, wie dies das europäische Höchstgericht getan hat. Und in der Tat muss man fragen, wo der Unterschied zwischen jenem Fall liegt, in dem ein Flugzeug direkt verspätet am Zielflughafen ankommt und jenem, in welchem ein Ersatzflughafen angesteuert, und

¹⁰⁰³ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 43, ders 26.02.2013, C-11/11, *Air France/Folkerts* Rz 43.

¹⁰⁰⁴ Dazu gleich, S 184 ff.

¹⁰⁰⁵ Siehe auch S 187 ff.

¹⁰⁰⁶ Siehe auch *Führich*, *Reiserecht*⁶ (2010) Rz 1040 ff.

¹⁰⁰⁷ EuGH 26.02.2013, C-11/11, *Air France SA/Folkerts* Rz 47.

von diesem die Fahrt mit einem anderen Transportmittel zum Bestimmungsort fortgesetzt werden muss. Was auch noch für eine analoge Anwendbarkeit auf den hier behandelten Fall spricht ist, dass es laut dem EuGH für die Ausgleichsleistungen alleine auf das Ausmaß der Ankunftsverspätung ankommt, und (nur) eine solche im konkreten Fall gegeben ist. Zudem darf auch hier die Missbrauchsgefahr nicht unberücksichtigt bleiben. Es wäre sonst ein Leichtes für die Luftfahrtunternehmen die Passagiere – aus welchen Gründen auch immer – an einem anderen als dem geplanten Zielflughafen abzusetzen und den Weitertransport mit anderen Beförderungsmitteln zu organisieren, um die Anwendbarkeit der Verordnung auszuschließen. Daher wird hier wie schon oben¹⁰⁰⁸ im Zusammenhang mit der Bestimmung des Art 5 Abs 3 geschlussfolgert, dass nur dann „alle zumutbaren Maßnahmen“ getroffen wurden, wenn zumindest ernsthaft versucht wurde eine Weiterbeförderung auch mit anderen Transportmitteln zu organisieren.

Die Bestimmung des Art 6 der Verordnung wurde vom EuGH auf ihre **Vereinbarkeit mit dem MÜ** geprüft. Das MÜ regelt den Fall der Verspätung in den Art 19 und 22 Abs 1, für welche gemäß Art 29 der Grundsatz des MÜ gilt, dass ein Anspruch auf Schadenersatz – gleich auf welchem Rechtsgrund er beruht – nur unter den im MÜ geregelten Voraussetzungen und Beschränkungen geltend gemacht werden kann. Die Fluggastverordnung hingegen schreibt in Art 6 konkrete Beträge und sonstige Leistungen vor, die unter den in der VO festgelegten Voraussetzungen zu erbringen sind. Der EuGH urteilte unter Zugrundelegung des Wortlautes und der Ziele des MÜ, dass die beiden Regelungswerke **unterschiedliche Zwecke** verfolgen. Während das MÜ die Voraussetzungen regelt unter denen die Passagiere im Nachhinein ihren individuell entstandenen Schaden gegenüber dem verantwortlichen Beförderungsunternehmen geltend machen können, sollen die Unterstützung- und Betreuungsleistungen der Fluggastverordnung die akut entstandenen, für alle Fluggäste nahezu identischen Nachteile ausgleichen. Daher verstößt die Bestimmung der Fluggastverordnung nicht gegen das MÜ, sondern tritt neben jene des MÜ, so der EuGH^{1009, 1010}.

¹⁰⁰⁸ Siehe S 171.

¹⁰⁰⁹ EuGH 10.01.2006, C-344/04 *IATA und ELFFA*, Slg 2006, I-00403, NJW 2006, 351 (354 f); kritisch dazu *Dempsey/Johansson*, Montreal versus. Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage, Air and Space Law 2010, 207 (218 ff.)

¹⁰¹⁰ Kritisch dazu *Dempsey/Johansson*, Montreal versus Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage, Air & Space Law 2010, 207 (218 ff.).

3.8 Was steht den Passagieren bei Verspätungen zu?

Eine anspruchsbegründende Verzögerung gegenüber der geplanten Abflugzeit liegt bei Flügen über eine Entfernung von bis zu 1.500 km vor, wenn eine Verspätung von mindestens zwei Stunden gegeben ist. Des weiteren bei innergemeinschaftlichen Flügen wenn die Distanz mehr als 1.500 km beträgt, oder sonst bei einer Entfernung zwischen 1.500 km und 3.500 km, so eine Verspätung von mindestens drei Stunden vorliegt. In allen übrigen Fällen besteht ein Anspruch, so der konkrete Flug um vier Stunden oder mehr verspätet ist. Geringe Verspätungen von unter zwei Stunden begründen keine Ansprüche nach der Fluggastverordnung.

In all den oben genannten Fällen sind den Passagieren vom ausführenden Luftfahrtunternehmen Mahlzeiten und Erfrischungen im angemessenen Verhältnis zur Wartezeit zu gewähren, sowie das Führen von zwei unentgeltlichen Telefongesprächen oder der Versand von zwei Telefaxen oder E-Mails anzubieten, Art 6 iVm Art 9 Abs 1 a und Abs 2. Ist „nach vernünftigem Ermessen“ zu erwarten, dass der Abflug erst am nächsten Tag (oder noch später) erfolgen wird, so besteht außerdem ein (zeitlich unbegrenzter)¹⁰¹¹ Anspruch auf Unterbringung in einem Hotel, sowie die Beförderung zu diesem, Art 6 Abs 1 lit c ii) iVm Art 9 Abs 1 lit b und c. Das betreffende Luftfahrtunternehmen hat die hierfür notwendigen Veranlassungen zu treffen und die anlaufenden Kosten zu tragen.¹⁰¹²

Art 6 Abs 1 lit c iii) iVm Art 8 Abs 1 lit a sieht schließlich für den Fall, dass sich der tatsächliche Abflug gegenüber dem geplanten um mindestens fünf Stunden verspätet, das Recht des Fluggastes auf Erstattung der Flugscheinkosten oder einen Rückflug zum ersten Abflugort zum frühestmöglichen Zeitpunkt vor. Diese Ansprüche entstehen bereits in dem Zeitpunkt, in dem nach vernünftigem Ermessen die Verspätung absehbar ist.¹⁰¹³ Schließlich verpflichtet Art 6 Abs. 2 der VO die ausführenden Luftfahrtunternehmen in den genannten Verspätungsfällen, die Unterstützungsleistungen innerhalb der dort genannten Fristen den Fluggästen anzubieten.

¹⁰¹¹ Ecker, Die Verordnung (EG) 2004/261 aus der Perspektive des VKI, ZVR 2010/128 (488).

¹⁰¹² IdS Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010), Kap 15 Rz 115; *Leitl*, Die VO (EG) Nr 261/2004, RZ 2012/190 (194).

¹⁰¹³ *Führich*, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (8).

Ausgleichszahlungen nach Art 7 sind im Fall einer bloßen Verspätung hingegen nicht vorgesehen, ebenso wenig besteht ein Anspruch auf anderweitige Beförderung zum Endziel. Für Aufsehen sorgte das Urteil des EuGH in der Sache *Sturgeon und Böck*, da das Höchstgericht der Meinung war, dass auch im Falle einer großen Verspätung nach Art 6 der Fluggastverordnung Ausgleichsleistungen gemäß Art 7 zustehen würden, obwohl dies der Verordnung nicht unmittelbar entnommen werden kann.¹⁰¹⁴ Dem Wortlaut der Verordnung nach ist dies ausschließlich bei Annullierungen der Fall. Diese Rechtsansicht wurde mittlerweile durch ein weiteres Urteil des EuGH bestätigt,¹⁰¹⁵ und gilt zeitlich uneingeschränkt, dh sie findet auch auf jene Fälle Anwendung, die sich vor dem Urteil iS *Sturgeon und Böck* ereignet haben, Anwendung.¹⁰¹⁶

Schon die Generalanwältin war in ihren Schlussanträgen der Ansicht, dass die Situation, in der sich Passagiere eines annullierten und Passagiere eines verspäteten Fluges befinden, vergleichbar wäre. Unterschiede, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen würden, könnten nicht ausgemacht werden. Eine differenzierte Betrachtung würde schließlich gegen das Ziel der Verordnung verstoßen.¹⁰¹⁷ Zudem stünde die Verordnung insofern in Konflikt mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung,¹⁰¹⁸ nach welchem gemäß ständiger Rsp¹⁰¹⁹ ohne sachliche Rechtfertigung gleiche Sachverhalte nicht unterschiedlich, und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen.¹⁰²⁰ Schließlich schlug sie dem Gerichtshof vor, die Mitgliedstaaten, die Kommission und den Rat um Stellungnahme zu ersuchen, ob die Art 5, 6 und 7 wegen der Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, ungültig wären.¹⁰²¹

Diesen grundsätzlichen Überlegungen schloss sich der Gerichtshof unter Zugrundelegung der Ziele der Verordnung sowie des Zusammenhangs, welche gemäß des-

¹⁰¹⁴ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 40 ff, NJW 2010, 43.

¹⁰¹⁵ EuGH 23.10.2012, C-581/10 und C-629/10 Rz 28 ff.

¹⁰¹⁶ EuGH 23.10.2012, C-581/10 und C-629/10 Rz 86 ff.

¹⁰¹⁷ Schlussanträge der Generalanwältin iS EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon/Condor und Böck/Air France*, Slg 2009, I-10923 Rz 54, NJW 2010, 43.

¹⁰¹⁸ Schlussanträge der Generalanwältin iS EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 62, NJW 2010, 43.

¹⁰¹⁹ ZB EuGH 14.12.2004, C-210/03, *Swedish Match*, , Slg 2004, I-11893 Rz 70; ders 10.01.2006, C-344/04 *IATA und ELFFA*, , Slg 2006, I-403 Rz 95, NJW 2006, 351 (354 f); ders 10.07.2008, C-173/07, *Emirates/Schenkel*, Slg 2008, I-0000 Rz 39; 09.09.2004, C-304/01, *Spanien/Kommission*, Slg. 2004, I-7655 Rz 31.

¹⁰²⁰ Schlussanträge der Generalanwältin iS EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 40, NJW 2010, 43.

¹⁰²¹ Schlussanträge der Generalanwältin iS EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 97, NJW 2010, 43.

sen ständiger Rsp ebenso wie der Wortlaut zur Auslegung heranzuziehen sind,¹⁰²² an, allerdings gelang ihm eine mit den Grundätzen in Einklang stehende Interpretation.¹⁰²³

Der verfügende Teil eines Gemeinschaftsrechtsaktes ist – falls erforderlich – stets unter Hinzuziehung der Begründung zu sehen, die zu seinem Erlass geführt hat.¹⁰²⁴ So hat der EuGH entschieden, dass außergewöhnliche Umstände nach Art 5 Abs 3 nur im Falle einer Annullierung von der Verpflichtung zur Ausgleichzahlung nach Art 7 befreien. Nach Ansicht des EuGH wird jedoch in Erwägungsgrund 15, nach welchem vom Vorliegen außergewöhnlicher Umstände ausgegangen werden soll, wenn „*eine Entscheidung des Flugverkehrsmanagements zu einem einzelnen Flug an einem bestimmten Tag zur Folge hat, dass es bei einem oder mehreren Flügen des betreffenden Flugzeuges zu einer großen Verspätung (...) kommt, obgleich vom betreffenden Luftfahrtunternehmen alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen wurden, um die Verspätungen oder Annullierungen zu verhindern*“, „*der Begriff der großen Verspätung im Kontext der außergewöhnlichen Umstände genannt*“, weshalb davon auszugehen sei, „*dass der Gesetzgeber auch ihn mit dem Ausgleichsanspruch verknüpft hat*“. Außerdem erachtet das Höchstgericht diese Interpretation durch die Erwägungsgründe 1 bis 4 bestätigt, wonach ein hohes Schutzniveau für Fluggäste geschaffen werden soll, und zwar unabhängig davon, ob ein Fall der Nichtbeförderung, Verspätung oder Annullierung vorliegt, da die Auswirkungen vergleichbar wären.¹⁰²⁵

Weiters führt das Höchstgericht unter Stützung auf ältere Jud allgemeine Grundsätze an, die bei der Auslegung von Akten des Gemeinschaftsrechts zu beachten wären, nämlich dass Vorschriften, die Fluggästen Ansprüche gewähren, weit auszulegen sind,¹⁰²⁶ eine Auslegung nach Möglichkeit so zu erfolgen hat, dass die Gültigkeit des

¹⁰²² EuGH 17.11.1983, C-292/82, *Merck*, Slg 1983, 3781 Rz 12 (Entscheidungsgründe); 21.02.1984, C-337/82, *St. Nikolaus Brennerei und Likörfabrik*, Slg 1984, 1051 Rz 10 (Entscheidungsgründe); ders 19.09.2000, C-156/98, *Deutschland/Kommission*, Slg 2000, I-6857 Rz 50; ders 07.12.2006, C-306/05, *SGAE*, Slg. 2006, I-11519 Rz 34.

¹⁰²³ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 41, NJW 2010, 43.

¹⁰²⁴ ZB EuGH 15.05.1997, C-355/95 P, *TWD/Kommission*, Slg 1997, I-2549 Rz 21; ders 27.06.2000, C-404/97, *Kommission/Portugal*, Slg 2000, I-4897 Rz 41; ders 29.04.2004, C-298/00, *Italien/Kommission*, Slg 2004, I-4087 Rz 97.

¹⁰²⁵ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 44, NJW 2010, 43.

¹⁰²⁶ ZB EuGH 18.01.2001, C-83/99, *Kommission/Spanien*, Slg 2001, I-445 Rz 19; ders 13.12. 2001, C-481/99, *Heininger*, Slg 2001, I-9945 Rz 31; ders 10.03.2005, C-336/03, *easyCar*, Slg 2005, I-1947 Rz 21; ders 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Hermann*, Slg 2008, I-11061 Rz 17.

Aktes nicht in Frage steht,¹⁰²⁷ und bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten jene zu wählen ist, welche die praktische Wirksamkeit der Vorschrift zu wahren geeignet ist (effet utile).¹⁰²⁸ Schließlich führt der EuGH, wie bereits zuvor die Generalanwältin, den Grundsatz der Gleichbehandlung (womit er auf Art 8 AEUV abstellt)¹⁰²⁹ und das Ziel der Verordnung zur Interpretation ins Treffen. Hinsichtlich des Ziels der Verordnung, den Schutz der Fluggäste zu erhöhen, vergleicht er den Fall der Annullierung mit dem der Verspätung.

Er erwägt, dass durch die Fluggastverordnung Schäden sofort und standardisiert behoben werden sollen, wobei die Schäden, die Fluggästen in den Fällen von Verspätungen entstehen würden, sich kaum von den bei Annullierungen eintretenden unterscheiden würden. Konkret stützt sich das Höchstgericht auf Art 5 Abs 1 lit c) Z iii. Demzufolge haben Passagiere einen Ausgleichsanspruch nach Art 8, wenn sie weniger als sieben Tage vor dem geplanten Abflug von der Annullierung unterrichtet werden, und es ihnen die angebotene anderweitige Beförderung nicht ermöglicht, nicht mehr als eine Stunde vor der geplanten Abflugzeit abzufliegen und das Endziel maximal zwei Stunden nach der planmäßigen Ankunftszeit zu erreichen. Somit würden diese Passagiere einen Ausgleichsanspruch erlangen, wenn ihnen ein Zeitverlust von (insgesamt) drei Stunden oder mehr entsteht, so das Höchstgericht. Würden nun Fluggäste verspäteter Flüge keinen solchen Anspruch erhalten, wären sie schlechter gestellt, selbst wenn sie einen entsprechenden Zeitverlust erleiden würden.¹⁰³⁰

Daher steht nach Ansicht des EuGH Fluggästen verspäteter Flüge ein Ausgleichsanspruch nach Art 7 zu, wenn ihnen ein **Zeitverlust von drei oder mehr Stunden** entsteht. Dafür spräche auch Erwägungsgrund 15, der den Begriff der „großen Verspätung“ mit dem Ausgleichsanspruch verknüpfe. Da gemäß Art 6 ein solcher Anspruch bereits bei Verspätungen von zwei Stunden zusteht, „*erfasst der 15. Erwägungsgrund zwingend Verspätungen von drei Stunden oder mehr*“, so der EuGH.¹⁰³¹ Die für derartige Verspätungen zu zahlende Ausgleichsleistung könne, wie im Fall von Annullierung-

¹⁰²⁷ ZB EuGH 04.10.2001, C-403/99, *Italien/Kommission*, Slg 2001, I-6883 Rz 37.

¹⁰²⁸ ZB EuGH 31.03.1971, C-22/70, *Kommission/Rat*, Slg 1971, 263; ders 05.05.1981, C-804/79, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg 1981, 1045; EuGH 22.09.1988, C-187/87, *Saarland*, Slg 1988, 5013 Rz 19; EuGH 24.02.2000, C-434/97, *Kommission/Frankreich*, Slg 2000, I-1129 Rz 21.

¹⁰²⁹ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1044.

¹⁰³⁰ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 42 ff, NJW 2010, 43.

¹⁰³¹ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 62, NJW 2010, 43.

gen nach Art 7, unter den dort genannten Bedingungen um 50% gekürzt werden, ebenso wie sich Luftfahrtunternehmen auch bei Verspätungen von ihrer Verpflichtung zur Ausgleichszahlung befreien könnten, wenn die große Verspätung auf außergewöhnliche Umstände zurückzuführen ist, die sich auch dann nicht hätte vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären.¹⁰³² Für das Vorliegen einer solchen großen Verspätung von drei oder mehr Stunden stellt der EuGH interessanterweise nur darauf ab, ob das „(...) *Endziel nicht früher als drei Stunden nach der vor dem Luftfahrtunternehmen ursprünglich geplanten Ankunftszeit* (...)“ erreicht wird.¹⁰³³ Es kommt nach Ansicht des Gerichtshofes daher ausschließlich auf die Zeitdifferenz beim Endziel an. Dies ist insofern bemerkenswert, als in Art 6 immer nur auf die planmäßige Abflugzeit abgestellt wird. *Staudinger*¹⁰³⁴ und *Schmid*¹⁰³⁵ gehen davon aus, dass mit der Ankunftsverspätung von drei oder mehr Stunden auch eine **Abflugverspätung** von drei oder mehr Stunden einhergehen muss, ebenso das LG Frankfurt/Main¹⁰³⁶.

Das LG Frankfurt/Main argumentiert, der Gerichtshof hätte in den Rz 31 und 32 klar zum Ausdruck gebracht, dass nur solche Flüge als verspätet im Sinne der Verordnung gelten, bei denen sich der Abflug verzögert. Ein Ausgleichsanspruch entsteht dann, wenn zusätzlich zu diesem Erfordernis (Art 6) das Endziel um mindestens drei Stunden verspätet erreicht wird. Hebt das Flugzeug mit einer Verspätung von mehr als drei Stunden ab, erreicht das Endziel jedoch mit weniger als drei Stunden Verspätung, so entsteht den Passagieren kein Anspruch nach Art 7.

Staudinger, das LG Frankfurt/Main und diesem folgend das AG Rüsselsheim¹⁰³⁷, gingen weiters davon aus, dass der Gerichtshof lediglich eine Rechtsfolgenanalogie zwischen dem Fall der Annullierung und der Verspätung herstellen wollte (arg Fluggäste „*verspäteter Flüge*“¹⁰³⁸), wozu der Tatbestand des Art 6 – und damit das Vorliegen einer Abflugverspätung – erfüllt sein müsse. Diese Interpretation würde

¹⁰³² EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 65 - 67, NJW 2010, 43.

¹⁰³³ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 65 - 67, NJW 2010, 69.

¹⁰³⁴ *Staudinger*, Das Urteil des EuGH in den Rechtssachen *Sturgeon und Böck* – Über den Wolken muss die Freiheit (zur Rechtsfortbildung) wohl grenzenlos sein, RRA 2010, 10 (11 f).

¹⁰³⁵ *Schmid*, Die Verordnung (EG) Nr 261/2004 – noch immer eine terra incognita – Ausgewählte ungeklärte Fragen aus der sog Passagierrechte-Verordnung, RRA 2012, 2 (2).

¹⁰³⁶ LG Frankfurt/Main 23.09.2010, 2-24 S 44/10, RRA 2011, 44.

¹⁰³⁷ AG Rüsselsheim 10.08.2011, 3 C 72/11 (36), RRA 2011, 246.

¹⁰³⁸ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 65 - 67, NJW 2010, 69.

überdies einen Konflikt mit dem MÜ, welches bereits in Art 19 iVm Art 29 den Fall einer verspäteten Ankunft (ausschließlich) regelt, vermeiden, da dieser Fall nicht vom MÜ geregelt ist, so *Staudinger*. Dass der EuGH mehr als eine Rechtsfolgenanalogie im Sinn hatte, hat dieser in seinem mittlerweile ergangenen Urteil damit zum Ausdruck gebracht, dass ein Ausgleichsanspruch für eine verspätete Ankunft gerade keine Abflugverspätung im Sinne von Art 6 der VO 261/2004 voraussetzt.¹⁰³⁹ Gleich zu Beginn verweist der EuGH auf seine Vorjudikatur, wonach die Regelungen der Verspätung in der Verordnung nicht im Widerspruch zu der allgemeinen Bestimmung des Art 19 MÜ stehen.¹⁰⁴⁰ Der Konflikt zwischen den beiden Regelwerken ist aufgrund des unterschiedlichen Zwecks der Bestimmungen (nach dem MÜ soll der individuell entstandene Schaden ersetzt werden, die VO 261/2004 soll standardisiert die jedem Passagier gleichermaßen entstehenden Nachteile abgelten)¹⁰⁴¹ nicht gegeben.

Wenn man der Ansicht, mit einer Abflugverspätung von drei oder mehr Stunden müsse eine ebensolche Ankunftsverspätung einhergehen, nicht folgen würde, läge mE mit der Jud des EuGH in der Sache *IATA und ELFAA* dennoch kein Verstoß gegen Völkerrecht vor. Zwar wäre dann der Sachverhalt von beiden Regelwerken erfasst, allerdings wären andere Arten von Schäden geregelt: Die Verordnung versucht Nachteile auszugleichen, die allen von Verspätungen betroffenen Passagieren im gleichen Maße entstehen würden, während das MÜ auf eine individuelle Wiedergutmachung eines aufgrund einer Verspätung entstandenen Schadens abziele, so der EuGH.¹⁰⁴² Geht man davon aus, dass die Verordnung bei Flugverspätungen keinen individuellen Schadenersatzanspruch vorsieht,¹⁰⁴³ sondern es sich bei den Ausgleichsleistungen um einen pauschalierten Schadenersatz handelt,¹⁰⁴⁴ so muss man im konkreten Fall zu dem Schluss kommen, dass die Unterscheidung, wie sie der EuGH in der Rechtssache *IATA und ELFA* getroffen hat, weiterhin Gültigkeit besitzt.

In diesem Sinne hat auch der EuGH argumentiert, als er sich neuerlich, diesmal gerade wegen seiner Jud iS *Sturgeon* und *Böck*, zu befassen hatte. Zentral war dabei ua die Frage nach der Vereinbarkeit der VO 261/2004 mit dem MÜ. Vor allem wollte das

¹⁰³⁹ EuGH 26.02.2013, C-11/11, *Air France SA/Folkerts* Rz 38.

¹⁰⁴⁰ EuGH 26.02.2013, C-11/11, *Air France SA/Folkerts* Rz 31.

¹⁰⁴¹ EuGH 10.01.2006, C-344/04 *IATA und ELFFA*, Slg 2006, I-00403 Rz 44 f.

¹⁰⁴² Siehe S 182.

¹⁰⁴³ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1040.

¹⁰⁴⁴ *Staudinger/Schmidt-Bendun*, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste, NJW 2004, 1897 (1899); *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1047.

vorlegende Gericht das Verhältnis des auf einer Verspätung (iS von Art 6 der VO) beruhenden Ausgleichsanspruches zum in Art 19 MÜ geregelten **Schadenersatzanspruch** wissen. Bezugnehmend auf seine Jud in der Sache *IATA und ELFAA* zeigt der EuGH auf, dass ein Zeitverlust, für welchen die Ausgleichsleistungen zustehen, gerade kein Schaden iS von Art 19 MÜ, sondern eine Unannehmlichkeit, die alle Fluggäste gleichermaßen betrifft, ist, und dieser Fall somit nicht vom Geltungsbereich des Art 29 MÜ erfasst wird. Dass die Ausgleichszahlung nicht dazu diene einen individuell entstandenen Schaden zu ersetzen (so aber Art 19 MÜ), ergäbe sich einerseits daraus, dass nicht notwendigerweise ein Kausalzusammenhang zwischen der tatsächlichen Verspätung und dem nach der Verordnung für die Ausgleichszahlung maßgeblichen Zeitverlust besteht, und darüber hinaus wäre die Höhe der Ausgleichszahlung unabhängig von der Dauer der Verspätung, es käme für die Anspruchsbegründung nur auf eine mindestens dreistündige Ankunftsverspätung an. Größere Verspätungen berechtigen nicht zu höheren Zahlungen.¹⁰⁴⁵

Vor diesem Urteil des EuGH wurde die Unanwendbarkeit von Art 7 der Verordnung auf Fälle von Verspätungen von *Staudinger/Schmidt-Bendun* noch damit begründet, dass in Art 6 der VO eine Regelung über Ausgleichszahlungen fehle, und es sich bei Erwägungsgrund 15 um ein Redaktionsversehen handle.¹⁰⁴⁶ Dies deswegen, da aus der Stellungnahme der Kommission¹⁰⁴⁷ vom 11.08.2003 zu den vom Europäischen Parlament in zweiter Lesung verabschiedeten Abänderungen hervorgehe,¹⁰⁴⁸ dass die Kommission auf Seite 4 (Abänderung 11) die Streichung der Entlastungsmöglichkeit in Art 6 der VO, also im Falle der Verspätung, zustimmte, jedoch sodann auf Seite 5 die vorgeschlagene Änderung des Erwägungsgrundes 15 allein im Hinblick auf die Annullierung ablehnte (Abänderung 4). Dass sich die beiden Textstellen schlussendlich so dann in dem Punkt (scheinbar) widersprechen, wurde offensichtlich übersehen.¹⁰⁴⁹

Die vom Höchstgericht gewählte teleologische und systematische Interpretation geht klar über den Wortlaut des Verordnungstextes hinaus. Zu bedenken ist, dass der europäische Gesetzgeber in Art 6 im Gegensatz zu Art 5 ausdrücklich nicht von Aus-

¹⁰⁴⁵ EuGH 23.10.2012, C-581/10 und C-629/10, *Nelson* Rz 41 ff.

¹⁰⁴⁶ *Staudinger/Schmidt-Bendun*, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste, NJW 2004, 1897 (1899).

¹⁰⁴⁷ KOM (2003) 496 endgültig.

¹⁰⁴⁸ P5_TA(2003)0329.

¹⁰⁴⁹ Vgl *Staudinger/Schmidt-Bendun*, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste, NJW 2004, 1897 (1899).

gleichszahlungen spricht. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Norm mit *Staudinger/Schmidt-Bendun* zeigt jedoch, dass es sich beim Widerspruch des Wortlauts des 15. Erwägungsgrundes mit dem des Art 6 offensichtlich um ein Redaktionsversehen handelt. Daher war das Höchstgericht aufgefordert, eine Interpretation dieser Bestimmungen vorzunehmen. Die Argumentation des Höchstgerichtes hierzu ist nachvollziehbar und jedenfalls im Sinne der Fluggäste, weswegen dieser zuzustimmen ist.¹⁰⁵⁰ Allerdings bestehen kritische Stimmen hinsichtlich der Anknüpfung an die Ankunftsverspätung, der geforderten Verspätung von mindestens 3 Stunden für einen Anspruch auf Leistungen gemäß Art 7 und der Vereinbarkeit mit dem MÜ.¹⁰⁵¹ Auch wird eine sich aus dieser Auslegung des EuGH ergebende Unstimmigkeit bekrittelt, da nun der Fall eintreten kann, dass ein Fluggast grundsätzlich bereits nach drei Stunden Verspätung Ausgleichsansprüche nach Art 7 geltend machen kann, hingegen nicht Unterstützungsleistungen nach Art 6 Abs 1 lit c iVm Art 9.¹⁰⁵² Wenn *Schulz* davon spricht, dass nach Art 6 Abs 1 lit c iVm Art 9 „erst nach fünf Stunden“ ein Anspruch auf Betreuungsleistungen nach Art 9 bestehen würde,¹⁰⁵³ ist dies dahingehend zu korrigieren, dass dies bereits nach vier Stunden der Fall ist. Die Grenze von fünf Stunden gemäß Art 6 Abs 1 lit c iii bezieht sich nämlich ausschließlich auf die Leistungen nach Art 8. Dies ändert freilich nichts daran, dass die bekrittelte Unstimmigkeit besteht und die vom EuGH festgelegte zeitliche Grenze auch mE nicht nachvollziehbar ist.

Der EuGH möchte die Ausgleichsansprüche auch Passagieren verspäteter Flüge gewähren, wenn die Verspätung drei oder mehr Stunden beträgt. *Staudinger* geht hierbei von einem Fehler des Gerichtshofes aus, und ist ihm darin zuzustimmen, als dieser Art 5 Abs 1 lit c iii dahingehend missversteht, dass die Vorgabe einer Vorverlegung von max einer Stunde und die höchstzulässige Verspätung bei der Ankunft von zwei Stunden (bei der Annullierung ist eine Ausgleichleistung ausgeschlossen, wenn innerhalb dieser Fristen eine anderweitige Beförderung der Passagiere zum Endziel angeboten

¹⁰⁵⁰ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 94.

¹⁰⁵¹ Kritisch *Staudinger*, Editorial, RRa 2009, 257 und ders, Das Urteil des EuGH in den Rechtssachen *Sturgeon und Böck* – Über den Wolken muss die Freiheit (zur Rechtsfortbildung) wohl grenzenlos sein, RRa 2010, 10; *Schulz*, EuGH: Ausgleichsansprüche des Flugreisenden bei Verspätung, LMK 2010, 295994 (3); *Staudinger/Schürmann*, Die Entwicklung des Reiserechts in den Jahren 2009/2010 – Pauschalreise-, Luftverkehrs-, Seebeförderungs-, Gastschulaufenthalts- und Reiseversicherungsrecht, NJW 2010, 2771 (2775); *Keiler*, Mut zur Lücke – die Fluggastrechte-VO zur Auslegung und Überprüfung vor dem EuGH, ZVR 2011, 228 (237).

¹⁰⁵² *Staudinger*, Editorial, RRa 2009, 257.

¹⁰⁵³ *Schulz*, EuGH: Ausgleichsansprüche des Flugreisenden bei Verspätung, LMK 2010, 295994 (3).

wird) zu addieren seien. Hingegen genüge nach Art 5 Abs 1 lit c iii ein verspätetes Erreichen des Endziels nach max zwei Stunden.¹⁰⁵⁴ Diese „Berechnung“ des Gerichtshofes erscheint willkürlich und ist deshalb auch mE nicht nachvollziehbar. Ebenso hätte der EuGH die Grenze bei „mehr als zwei Stunden“ gemäß Art 6 Abs 1 lit a ansetzen können. Aber auch wenn dem EuGH der von *Staudinger* unterstellte Fehler unterlaufen ist, ist nicht nachvollziehbar, warum das Höchstgericht von einem „*Zeitverlust von drei Stunden oder mehr*“ spricht. Wenn man sich an der Bestimmung des Art 5 Abs 1 lit c iii orientiert, so müsste man – unter der Prämisse einer Addition der dort angegebenen Zeiten – zum Erfordernis einer Verspätung von **mehr** als drei Stunden kommen. Da die genannte Bestimmung einen verspäteten Abflug von „*nicht mehr als einer Stunde*“ und eine verspätete Ankunft von „*höchstens zwei Stunden*“ als ausreichend ansieht um einen Ausgleichsanspruch nicht zu gewähren, muss eine anspruchsbegründende Verspätung größer ausfallen. Allerdings wird eine derart genaue Abgrenzung in der Praxis kaum möglich sein, weshalb diese Frage daher eher akademischer Natur ist.

Den Überlegungen einiger Fluglinien, die sich durch diese extensive Interpretation des EuGH iS *Sturgeon und Böck* finanziell benachteiligt fühlten und somit die Gültigkeit der Art 5 bis 7 der VO 261/2004 in Frage stellten, ist das Höchstgericht nicht gefolgt. In der Sache *Nelson* hat der EuGH die **Verhältnismäßigkeit** hinsichtlich des Schutzzwecks der Normen bejaht. Er stritt die sich daraus für die Luftfahrtunternehmen ergebenden finanziellen Konsequenzen nicht ab, stellte allerdings deren behauptete Höhe in Frage und verwies auf die lediglich eingeschränkte Verpflichtung zur Leistung von Ausgleichszahlungen in Fällen von Verspätungen (mind drei Stunden, Kürzungsmöglichkeit um 50 % gemäß Art 7 Abs 2 lit a und b, Befreiungsmöglichkeit durch den Nachweis außergewöhnlicher Umstände, Regressmöglichkeit).¹⁰⁵⁵

Die Meinung des EuGH, es müsse sich um eine mindestens dreistündige Ankunftsverspätung handeln wurde auch dahingehend kritisiert, dass diese starre Grenze die Dauer des konkreten Fluges außer Acht lassen würde. So stellt *Staudinger* klar, dass das Urteil des Gerichtshofes zwar verbindlich wäre und die Gültigkeit seiner Ausführungen über die Anlassfälle hinausginge,¹⁰⁵⁶ allerdings „(...) *ein Vorabentscheidungs-*

¹⁰⁵⁴ *Staudinger*, Das Urteil des EuGH in den Rechtssachen *Sturgeon und Böck* – Über den Wolken muss die Freiheit (zur Rechtsfortbildung) wohl grenzenlos sein, RRA 2010, 10 (12).

¹⁰⁵⁵ EuGH 23.10.2012, C-581/10 und C-629/10, *Nelson*, Rz 70 ff.

¹⁰⁵⁶ Erga omnes Wirkung; *Potacs*, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts – Gutachten, 14. ÖJT I/1 (2000) 124 mwN.

verfahren auch (...) durch den jeweiligen Fall konturiert wird (...).¹⁰⁵⁷ Da Gegenstand der verbundenen Rechtssachen Langstreckenflüge waren, sollte die Frage eines Ausgleichsanspruchs im Zusammenhang mit einem Kurzstreckenflug – sobald sie auftritt – bewusst dem EuGH vorgelegt werden, um diesem die Möglichkeit zu geben, den von ihm geschaffenen Grenzwert zu relativieren.¹⁰⁵⁸ Art 6 Abs 1 sieht bereits abgestuft nach der Strecke und dem Ausmaß der Verspätung Rechte für die Passagiere vor, allerdings nicht für Ausgleichszahlungen nach Art 7, da diese dem Wortlaut der Verordnung nach bei Verspätungen nicht zustehen. Der EuGH könnte sich an den dort vorgegebenen Zeiträumen orientieren. Allerdings müsste dann mE der EuGH seine Argumentation mit der Zeitgrenze von drei oder mehr Stunden im Zusammenhang mit Erwägungsgrund 15 ändern, da Art 6 Abs 1 Ansprüche für Verspätungen bereits ab zwei Stunden vorsieht. Eine der Dauer der Verspätung nach abgestufte pauschale Entschädigung wäre aus Sicht der Passagiere wünschenswert, allerdings der Verordnung nicht entnehmbar. Der EuGH hat sich bereits beim Herleiten eines Anspruchs auf Ausgleichszahlungen weit aus dem Fenster gelehnt. Das Konstruieren von zeitabhängigen Ausgleichsansprüchen würde mE zu einer unkontrollierten Rechtsfortbildung führen.

3.9 Abgrenzung der Verspätung von der Annullierung

Als besonders schwierig und umstritten erwies sich in Praxis und Lehre lange Zeit die Abgrenzung der Verspätung (Art 6) von der Annullierung eines Fluges (Art 5). Die Unterscheidung ist/war – wie zuvor erläutert – von grundlegender Bedeutung, da, abhängig von der Dauer der Verspätung, nur im Fall der Annullierung ein Anspruch auf Ausgleichszahlung bestand. Da nunmehr zusätzlich zur Annullierung auch eine große Verspätung (drei oder mehr Stunden) zu Ausgleichszahlungen nach Art 7 der Verordnung berechtigt, hat diese Unterscheidung jedoch an Bedeutung verloren.

In einem Teil der Jud wurde bei der Abgrenzung bewusst nicht auf das zeitliche Element gesetzt, insbesondere sollten auch stark verspätete Flüge nicht automatisch zu

¹⁰⁵⁷ *Staudinger*, Das Urteil des EuGH in den Rechtssachen *Sturgeon und Böck* – Über den Wolken muss die Freiheit (zur Rechtsfortbildung) wohl grenzenlos sein, RRa 2010, 10 (12); siehe zur Wirkung von im Wege der Vorabentscheidung ergangener Urteile zB *Wegener* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 267 AEUV Rz 47 ff; *Ehricke* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 267 AEUV Rz 68 und 69.

¹⁰⁵⁸ *Staudinger*, Das Urteil des EuGH in den Rechtssachen *Sturgeon und Böck* – Über den Wolken muss die Freiheit (zur Rechtsfortbildung) wohl grenzenlos sein, RRa 2010, 10 (12).

annullierten Flügen werden,¹⁰⁵⁹ sondern käme es vielmehr auf andere Kriterien wie Flugnummer, Flugzeug, (einen neuerlichen) Check-in und die Identität der gebuchten Passagiere an.¹⁰⁶⁰ In anderen Urteilen wurde dem Zeitfaktor hingegen große Bedeutung beigemessen.¹⁰⁶¹

Auch die Lehre war in dieser Frage gespalten, und stellte einerseits – allerdings in unterschiedlicher Art und Weise, jedoch zum überwiegenden Teil – auf das Kriterium der Zeit¹⁰⁶² als auch darauf ab, ob (unabhängig davon) eine Nichtdurchführung des ursprünglich geplanten Fluges vorliegen würde.¹⁰⁶³ Schmid maß bei der Unterscheidung Faktoren wie der Vergabe neuer Flugnummern, der Wiederaushändigung des Reisegepäckes etc Bedeutung zu, als er der Meinung war, dass selbst bei einer Beförderung mit einem anderen als dem vertraglich vereinbarten Luftfahrtunternehmen nicht zwingend von einer Annullierung ausgegangen werden könne. Vielmehr müsse man stets auf den Einzelfall abstellen. Jedoch würde immer dann eine Nichtbeförderung vorliegen, wenn „die bestimmte oder vertraglich vereinbarte Abflugzeit unangemessen überschritten wird“. Eine mindestens fünf Stunden verspätete Beförderung könne nicht mehr als Verspätung, sondern nur noch als Annullierung des geplanten Fluges angesehen werden.¹⁰⁶⁴

Praktisch zeitgleich legten der BGH¹⁰⁶⁵ und das HG Wien¹⁰⁶⁶ 2007 ua die Frage der Abgrenzung der Verspätung von der Annullierung dem EuGH zur Vorabentschei-

¹⁰⁵⁹ LG Düsseldorf 24.06.2008, 22 S 255/06, NJW-RR 2008, 1284 (1285); AG Charlottenburg 15.11.2005, 218 C 290/05, NZV 2008, 303; BGHS Wien 04.08.2006, 8 C 2016/05m; wohl auch LG Darmstadt 12.07.2006, 21 S 82/06, RRa 2006, 227 (gegen diese Entscheidung wurde Revision an den BGH eingebracht, welcher ua diese Frage zur Vorabentscheidung dem EUGH vorlegte, siehe C-402/07, *Sturgeon/Böck*); AG Rüsselsheim 17.03.2006, 3 C 109/06 (33); HG Wien, Beschluss v 26. 06. 2007 – 60 R 114/06d.

¹⁰⁶⁰ LG Berlin 29.03.2007, 52 S 369/06, NZV 2008, 302; BGHS Wien 04.08.2006, 8 C 2016/05m; AG Berlin – Schöneberg 21.09.2005, 5 a C 92/05, RRa 2006, 93.

¹⁰⁶¹ AG Rüsselsheim 07. 11. 2006, 3 C 717/06 (32), RRa 2007, 46; AG Frankfurt/Main 12.10.2006, 30 C 1726/06-75, RRa 2007, 39.

¹⁰⁶² Schmid, Fluggastrechte in der Praxis – Ein Überblick über Entscheidungen zur Verordnung (EG) Nr 261/2004 mit Anmerkungen, NJW 2007, 261 (264); Tonner, Fluggastrechte und der EuGH, VuR 2009, 209 (211); Keiler, Reisemangel durch Vorverlegung des Rückflugs – Ansprüche nach der Pauschalreise-RL und der Fluggäste-VO, Zak 2007, 263 (266); ders, Die Fluggastrechte-VO vor dem EuGH, ZVR 2009, 236 (239 f); ders, Anmerkungen zur Entscheidung 8 C 2016/05m des BGHS Wien v 04.08.2006, RRa 2006, 276 (278 f); Lurger/Augenhofer, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008), 102; im Ergebnis auch Gaedtke, Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2007, 201 (203 f).

¹⁰⁶³ Führich, Die Fluggastrechte der VO (EG) 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderheft 2007, 1 (8); Wagner, Verbesserung der Fluggastrechte durch die Verordnung (EG) Nr 261/2004? VuR 2006, 337 (338), es wird hier (unabhängig von anderen Kriterien) auch auf den Zeitfaktor abgestellt.

¹⁰⁶⁴ Schmid, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1843).

¹⁰⁶⁵ BGH 17.07.2007, X ZR 95/06, RRa 2007, 233.

¹⁰⁶⁶ Vorabentscheidungsersuchen des HG Wien 18.09.2007, C-432/07, *Böck/Air France*.

dung gemäß Art 234 EGV (nunmehr Art 267 AEUV) vor, welche gemäß Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 19.10.2007 aufgrund des inhaltlichen Zusammenhangs verbunden wurden. In diesem Vorabentscheidungsverfahren wurde ua auch über den Ausgleichsanspruch nach Art 7 im Fall von Verspätungen entschieden.¹⁰⁶⁷

Der BGH erwog in seinem Vorlagebeschluss, dass nach dem Wortlaut und der Legaldefinition des Art 2 lit 1 der VO eine Annullierung erst dann vorliegen könnte, wenn ein geplanter Flug endgültig aufgegeben wird – unabhängig vom Zeitfaktor. Dabei führte er ua die Entscheidungen des AG Charlottenburg 15.11.2005 sowie jene des BG HS Wien vom 04.08.2006 an, und bezog sich auf *Führich*¹⁰⁶⁸, demzufolge es darauf ankäme, ob er Flug noch durchgeführt würde, oder eine endgültige Nichtbeförderung vorläge. Danach wären alle anderen Kriterien wie Wiederausgabe des Gepäcks, Ausgabe einer neuen Bordkarte, die Flugnummer, unmaßgeblich.

Jedoch wurde auch der zeitliche Aspekt für die Abgrenzung der Annullierung von der Verspätung vom BGH nicht außer Acht gelassen, da möglicherweise, unter Beachtung des Schutzbedürfnisses der Fluggäste, eine Verspätung unter „*besonders belastenden Umständen und insbesondere bei einer bestimmten Dauer*“ in eine Annullierung umschlage. Als mögliches Argument für die Subsumierung einer besonders langen Verspätung unter den Begriff der Annullierung führte der BGH die andernfalls entstehende Schutzlücke an. Somit legte er die Frage, ob eine Verzögerung abhängig von ihrer Dauer eine Annullierung darstellen könne, dem EuGH zur Vorabentscheidung nach Art 234 EGV vor. Alternativ stellte er die Frage, unter welchen Umständen eine Verzögerung eines geplanten Fluges als Annullierung zu behandeln wäre.

Der EuGH führte aus, dass die Verordnung keine Definition der „Verspätung eines Fluges“ enthält. Dieser Begriff würde gemäß Art 6 der Verordnung alleine auf die planmäßige Abflugzeit abstellen, wobei die anderen den Flug betreffenden Umstände unverändert bleiben müssten. Zudem sei die Annullierung nach Art 2 lit 1 der Verordnung im Gegensatz zur Verspätung die Folge einer Nichtdurchführung eines geplanten Fluges. Es handle sich daher bei der Annullierung nach Art 5 und der Verspätung nach Art 6 um zwei klar voneinander getrennte Kategorien. Folglich sei es nicht möglich,

¹⁰⁶⁷ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon* und *Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 40 ff, NJW 2010, 43; siehe S 183 ff.

¹⁰⁶⁸ *Führich*, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (8).

dass alleine aufgrund der Dauer der Verzögerung ein verspäteter zu einem annullierten Flug würde. Eine Annullierung würde nur dann vorliegen, „(...) wenn das Luftfahrtunternehmen die Fluggäste mit einem anderen Flug befördert, dessen ursprüngliche Planung von der des ursprünglich geplanten Fluges abweicht“, so der EuGH. Grundsätzlich ungeeignet für eine solche Abgrenzung wären hingegen die vielfach in der Literatur und bisherigen nationalen Jud herangezogenen Kriterien, wie die Bezeichnung eines Fluges als „annulliert“ oder „verspätet“ auf Anzeigetafeln auf Flughäfen, dahingehende Angaben des Personals von Luftfahrtunternehmen, das Wiederausfolgen von Gepäckstücken, der Erhalt neuer Bordkarten oder die Zusammensetzung der Gruppe der Fluggäste. Diese stünden in keinem objektiven Zusammenhang mit den Merkmalen eines Fluges.¹⁰⁶⁹ Damit hat der Gerichtshof eine klare Abgrenzung zwischen den Fällen der Annullierung und der Verspätung gezogen.

3.10 Ausgleichsanspruch nach Art 7

Gemäß Art 7 Abs 1 stehen Fluggästen Ausgleichzahlungen nach dieser Bestimmung zu, wenn auf sie Bezug genommen wird. Seit der Entscheidung in der Rechtssache *Sturgeon* ist dieser Art jedoch auch auf den Fall der Verspätung nach Art 6 anzuwenden, auch wenn dieser nicht auf Art 7 verweist.

Abhängig von der Distanz werden den Fluggästen Ausgleichszahlungen im Falle einer Nichtbeförderung, Annullierung und Verspätung gewährt.¹⁰⁷⁰ Bei Flügen bis zu 1.500 km steht ein Anspruch in der Höhe von 250,00 EUR zu. Beträgt die Entfernung bei innergemeinschaftlichen Flügen mehr als 1.500 km und bei übrigen Flügen zwischen 1.500 und 3.500 km, so stehen Zahlungen in der Höhe von EUR 400,00 zu, in allen andern Fällen kann ein Ausgleichsanspruch von EUR 600,00 geltend gemacht werden. *Führich*¹⁰⁷¹ und *Staudinger/Schmidt-Bendun*¹⁰⁷² klassifizieren diese Leistungen als einen pauschalierten Schadenersatz ohne pönales Element für das ausführende Luftfahrtunternehmen. Der Gemeinschaftsgesetzgeber (heute Unionsgesetzgeber) hat sich entgegen dem ersten Vorschlag gegen eine vorrangige Strafsanktion ausgesprochen,

¹⁰⁶⁹ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon* und *Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 29 – 38, NJW 2010, 69.

¹⁰⁷⁰ Zu diesen Anspruchsvoraussetzungen siehe S 111 ff und 153 ff sowie 163 ff.

¹⁰⁷¹ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1047.

¹⁰⁷² *Staudinger/Schmidt-Bendun*, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste, NJW 2004, 1897 (1899).

was aus dem ursprünglich geplanten Erwägungsrund 4¹⁰⁷³ hervorgeht, wonach die hohen Beträge Luftfahrtunternehmen davon abhalten sollten, Fluggäste nicht zu befördern. Dieser Erwägungsgrund wurde jedoch nicht übernommen und die vorgesehenen hohen Ausgleichszahlungen des Art 7 deutlich gemindert.¹⁰⁷⁴ Zudem spreche die Möglichkeit einer Anrechnung der Leistungen nach Art 7 auf darüber hinausgehende Schadenersatzansprüche für einen Schadenersatzanspruch.¹⁰⁷⁵ *Aufner*, der zur gleichen Ansicht gelangt, sieht darin eine aus Sicht des österreichischen Zivilrechts unerfreuliche Entwicklung, da auch dann Schadenersatz zu gewähren ist, wenn dem Fluggast kein Schaden entstanden ist.¹⁰⁷⁶ Der EuGH klassifiziert die Ausgleichszahlungen nach Art 7 als **standardisierten Schadenersatz** der die Nachteile ausgleichen soll, die jedem Passagier gleichermaßen entstehen, worin im Übrigen der wesentliche Unterschied zum Schadenersatz nach dem MÜ besteht.¹⁰⁷⁷

Im Lichte der Jud des EuGH in der Sache *Sturgeon* wird man den letzten Satz des Abs 1 leg cit, wonach „*bei der Ermittlung der Entfernung (...) der letzte Zielort zugrunde gelegt (wird), an dem der Fluggast infolge der Nichtbeförderung oder der Annullierung später als zur planmäßigen Ankunftszeit ankommt*“, dahingehend zu verstehen haben, dass dieser neben der Nichtbeförderung und Annullierung ebenso für die Verspätung gilt.¹⁰⁷⁸ Abs 2 leg cit ermöglicht es ausführenden Luftfahrtunternehmen, die in den Fällen des Abs 1 gewährten Ausgleichszahlungen zu halbieren, wenn – in Abhängigkeit von der Entfernung des Endziels – der Zielort innerhalb bestimmter zeitlicher Grenzen, verglichen mit der planmäßigen Ankunft, erreicht wird.

Unbeachtlich ist, ob dabei der ursprüngliche Flug (verspätet) durchgeführt, oder aber der Passagier mit einem Alternativflug befördert wird. Auch hierfür ist für das Ausmaß der Verspätung die Berechnung des zweiten Satzes des Abs 1 anzuwenden, ein aus mehreren Anschlussflügen bestehender Flug wird demnach als ein Flug gewer-

¹⁰⁷³ Ursprünglicher Vorschlag der Kommission: ABI C 2002/103E, 225; geänderter Vorschlag: ABI C 2003/71 E, 188.

¹⁰⁷⁴ *Lienhard*, Obligationenrecht, Europäisches Schuldrecht für den Flugverkehr, GPR 2004, 259 (264).

¹⁰⁷⁵ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1047.

¹⁰⁷⁶ *Aufner*, Die neue EU-Überbuchungsverordnung, ZVR 2005, 229 (233).

¹⁰⁷⁷ EuGH 10.01.2006, C-344/04 *IATA und ELFFA*, Slg 2006, I-00403 Rz 44 f.

¹⁰⁷⁸ Vgl auch *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 99, wonach Abs 1 des Art 7 „*auf den verspäteten oder gar nicht stattfindenden Abflug abstellt*“.

tet,¹⁰⁷⁹ so auch der EuGH jüngst in der RS C-11/11¹⁰⁸⁰. Für das Kürzungsrecht der ausführenden Airlines macht es keinen Unterschied, ob der Fluggast das (zum Teil obligatorische) Angebot eines Ersatzfluges nach Art 8 annimmt oder den Rücktritt mit Erstattung des Flugpreises wählt. Das ausführende Luftfahrtunternehmen kann somit unabhängig davon die Ausgleichszahlungen nach Art 7 Abs 1 um 50 % kürzen.¹⁰⁸¹

In Übereinstimmung mit dem Urteil in der Sache *Sturgeon* wird von dieser Kürzung des Ausgleichsanspruches auch im Falle von Verspätungen seitens der Luftfahrtunternehmen immer wieder Gebrauch gemacht. Dies ist insofern problematisch, als Abs 2 leg cit von einer „anderweitigen Beförderung“ spricht, die es im Fall einer Verspätung gerade nicht gibt. Dennoch ist diese Bestimmung auch auf eine Verspätung anwendbar, da der EuGH sich dessen bewusst war und argumentiert hat, es käme alleine auf das Faktum der Verspätung an. *„Daraus folgt, dass die Ausgleichszahlung, die dem Fluggast eines verspäteten Fluges geschuldet wird, der sein Endziel nicht früher als drei Stunden nach der ursprünglich geplanten Ankunftszeit erreicht, nach Art 7 Abs 2 lit c der Verordnung Nr 261/2004 um 50 % gekürzt werden kann, wenn die Verspätung bei einem Flug, der nicht Art 7 Abs 2 lit a und b unterliegt, unter vier Stunden bleibt“*, so der EuGH.¹⁰⁸² Für die Berechnung ist dabei auf die geplante Abflugzeit abzustellen.¹⁰⁸³

Wie bereits erläutert, soll dann kein Anspruch auf Ausgleichszahlungen mit dem BG Schwechat¹⁰⁸⁴ und dem LG Korneuburg¹⁰⁸⁵ bestehen, wenn ein Flugzeug an einem anderen als dem geplanten Zielflughafen aufgrund eines außergewöhnlichen Umstandes (Nebel) landen muss, und die Passagiere das Endziel erst fünf Stunden später erreichen, da vom ausführenden Luftfahrtunternehmen kein Weitertransport zum geplanten Endziel organisiert worden war.¹⁰⁸⁶ Der EuGH habe zwar judiziert, dass selbst in Fällen großer Verspätung Ausgleichsleistungen zu zahlen wären, wobei sich das Luftfahrtunternehmen allerdings mit dem Beweis des Vorliegens außergewöhnlicher Umstände von

¹⁰⁷⁹ Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in Gebauer/Wiedmann (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 100, ua gestützt auf EuGH 10.07.2008, C-173/07, *Emirates/Schenkel*, Slg 2008, I-05237 Rz 33, 40; zuvor bereits Rennig, Der „letzte Zielort“ iS des Art 7 Abs 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr 261/2004, RRa 2008, 58 (60).

¹⁰⁸⁰ EuGH 26.02.2013, C-11/11, *Air France SA/Folkerts* Rz 33 ff.

¹⁰⁸¹ Führich, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (9); ders, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1048.

¹⁰⁸² EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon* und *Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 63, NJW 2010, 69.

¹⁰⁸³ Schmid, Die Verordnung (EG) Nr 261/2004 – noch immer eine terra incognita, RRa 2012, 2 (8).

¹⁰⁸⁴ BG Schwechat 28.09.2011, 4 C 612/11z-14.

¹⁰⁸⁵ LG Korneuburg 15.03.2012, 21 R 332/11p.

¹⁰⁸⁶ Siehe S 179 ff.

seiner Verpflichtung befreien könne. Vom konkreten Fall abstrahiert schlussfolgerten die Gerichte, dass in solchen Fällen die Passagiere nur Anspruch auf Betreuungsleistungen nach Art 9 der Fluggastverordnung (und allenfalls Anspruch auf Schadenersatz für die Kosten des Weitertransports zum Endziel, allerdings nicht auf Grundlage der Fluggastverordnung) hätten. *Schneider* ist zuzustimmen wenn er bedauert, dass das LG Kornuburg den Fall nicht dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt hat. Denn es „(...) wurde nämlich vom Europäischen Gerichtshof bisher nicht geklärt, ob ein Flugunternehmen seinen Fluggästen im Fall, dass „außergewöhnliche Umstände“ zu einer Verzögerung führen, dann nicht doch eine Pauschalentschädigung bezahlen muss, wenn in weiterer Folge die Fluggäste verschuldeterweise mit zusätzlicher großer Verspätung zum ursprünglichen Ziel gebracht werden“, so *Schneider*.¹⁰⁸⁷ Vor der Entscheidung iS *Sturgeon* wäre diese Frage wohl eindeutig mit „nein“ zu beantworten gewesen, allerdings hat der EuGH in dieser RS gezeigt, dass er gestützt auf das Ziel einer Regelung, diese weit versteht, insbesondere dann, wenn Vorschriften betroffen sind, mit denen Fluggästen Ansprüche eingeräumt werden. Damit einhergehend stellt sich die Frage, ob für einen Anspruch auf Ausgleichsleistungen im Fall einer Verspätung zusätzlich zu der vom EuGH geforderten großen Ankunftsverspätung auch eine Abflugverspätung einhergehen muss.¹⁰⁸⁸ Entsprechend der Meinungen aus der Literatur und der Jud und dem Wortlaut des Art 6 Abs 1 der Fluggastverordnung ist ein Anspruch auf Pauschalentschädigung in einem solchen Fall jedoch eindeutig ausgeschlossen, da Art 6 Abs 1 legt cit auf eine Abflugverspätung abstellt. Eine andere Auslegung würde gegen den Wortlaut der VO verstoßen. Dem kann auch nicht entgegnet werden, dass der Flug durch die Zwischenlandung beendet wäre und für die Prüfung des Anspruchs auf den „neuen“ Reiseabschnitt abzustellen wäre, welcher sogleich mit einer Verspätung begonnen würde, wenn man – wie hier vertreten – von der Theorie des Gesamtfluges ausgeht.¹⁰⁸⁹ Allerdings hat der EuGH nunmehr ausgesprochen, dass es für Ausgleichszahlungen aufgrund einer Verspätung einzig auf die **Verspätung am Endziel** ankommt, da die mit einer Verspätung einhergehenden Unannehmlichkeiten erst bei der Ankunft am Endziel virulent würden.¹⁰⁹⁰ Auch hier hat der Gerichtshof losgelöst vom Wortlaut eine Interpretation der Verordnung vorgenommen.

¹⁰⁸⁷ *Schneider*, Fluglinie darf ihre Passagiere in der Wüste stehen lassen, Die Presse 10.06.2012.

¹⁰⁸⁸ Siehe S 187 ff.

¹⁰⁸⁹ Siehe S 178 ff.

¹⁰⁹⁰ EuGH 26.02.2013, C-11/11, *Air France SA/Folkerts* Rz 33 ff.

Art 7 Abs 3 räumt den ausführenden Luftfahrtunternehmen mehrere Möglichkeiten ein, die Ausgleichszahlungen zu leisten. Grundsätzlich hat die Zahlung mittels Barzahlung, Überweisung oder durch Scheck zu erfolgen. Stattdessen kann das Luftfahrtunternehmen jedoch auch mit Reisegutscheinen und/oder anderen Dienstleistungen seiner Verpflichtung nachkommen. Für die schuldbefreiende Leistung in Form von Gutscheinen oder anderen Dienstleistungen bedarf es allerdings eines schriftlichen Einverständnisses des Fluggastes ab dem Zeitpunkt des anspruchsauslösenden Ereignisses.¹⁰⁹¹ Um sicherzustellen, dass der Passagier hierbei nicht entgegen den Bestimmungen der Verordnung seitens des ausführenden Luftfahrtunternehmens benachteiligt wird, ist in Art 14 eine Verpflichtung des Luftfahrtunternehmens normiert, die Passagiere über ihre Rechte in Fällen von Nichtbeförderungen, Annullierungen und Verspätungen zu informieren. Dabei muss jedenfalls darauf hingewiesen werden, dass der Passagier auf eine Zahlung (an Stelle eines Gutscheins) bestehen kann.¹⁰⁹²

3.11 Anspruch auf Erstattung oder anderweitige Beförderung

Art 8 Abs 1 der VO regelt die Art der zu gewährenden Ansprüche auf Erstattung oder anderweitige Beförderung, die den Passagieren dann zustehen, wenn auf den Art Bezug genommen wird. Gemäß lit a leg cit können die Passagiere wählen zwischen der vollständigen Erstattung der Flugscheinkosten für noch nicht zurückgelegte Reiseabschnitte bzw auch für bereits zurückgelegte, wenn der Flug für den Passagier bezogen auf den ursprünglichen Reiseplan zwecklos geworden ist. Es handelt sich dabei um einen Rücktritt des Passagiers vom Vertrag,¹⁰⁹³ wobei es auf ein Verschulden des Luftfahrtunternehmens nicht ankommt.¹⁰⁹⁴

Die Erstattung hat binnen sieben Tagen zu erfolgen, gegebenenfalls in Verbindung mit einem Rückflug zum ersten Abflugort zum frühestmöglichen Zeitpunkt, oder der anderweitigen Beförderung zum Endziel unter vergleichbaren Bedingungen zum frühestmöglichen bzw wunschgemäßen Zeitpunkt des Passagiers, Art 8 Abs 1 VO

¹⁰⁹¹ Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 101.

¹⁰⁹² Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 102.

¹⁰⁹³ Staudinger/Schmidt-Bendun, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste, NJW 2004, 1897 (1900); Lienhard, Obligationenrecht, Europäisches Schuldrecht für den Flugverkehr, GPR 2004, 259 (263); Wagner, Verbesserung der Fluggastrechte durch die VO (EG) Nr 261/2004? VuR 2006, 337 (337 f).

¹⁰⁹⁴ Führich, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (9).

261/2004. Zu betonen ist, dass es sich dabei um ein **Wahlrecht des Fluggastes** handelt, welches nicht zu Lasten der Fluggäste abbedungen werden darf. Selbst dann, wenn dem Luftfahrtunternehmen ein Ersatzflug möglich wäre, bleibt es alleine dem Passagier überlassen, ob er diesen, oder doch den Erstattungsanspruch wählt.¹⁰⁹⁵ Hingegen wird mit der Formulierung „zum frühestmöglichen Zeitpunkt“ auf die Möglichkeiten der Luftfahrtunternehmen abgestellt, wodurch sich diese auf die Grenzen der eigenen Kapazitäten berufen können.¹⁰⁹⁶ Sollte eine Warteliste geführt werden, so ist der Fluggast auf dieser vorrangig einzuordnen.¹⁰⁹⁷ *Tonner* möchte für das Kriterium „frühestmöglich“ auch verfügbare Kapazitäten anderer Luftfahrtunternehmen heranziehen, wenn mit diesen ein sog Interlining-Abkommen¹⁰⁹⁸, oder gar eine Code-Sharing-Vereinbarung besteht.¹⁰⁹⁹ *Tonner* möchte – soweit ersichtlich alleine – das Wahlrecht des Passagiers jedoch insofern einschränken, als die Weiterreise durch die Nichtbeförderung, Annullierung oder Verspätung für diesen zwecklos geworden sein muss, wobei er auf das Verhältnis der Dauer der einzelnen Flüge zueinander abstellt.¹¹⁰⁰ Auch wenn Art 8 Abs 1 lit a ganz klar darauf abstellt, dass die Weiterreise für den Passagier zwecklos geworden sein muss, so kann der Ansicht *Tonnens* nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Um Ansprüche nach Art 8 geltend machen zu können, muss zuerst eine Nichtbeförderung, Annullierung oder Verspätung vorliegen. Während im Fall der Nichtbeförderung Art 8 dann zur Anwendung gelangt, wenn den Passagieren eine Beförderung gegen ihren Willen verweigert wird, Art 4 Abs 3, so ist Art 8 im Fall einer Annullierung stets anwendbar. Im Fall einer Verspätung kommen die Passagiere in den Genuss der Rechte nach Art 8 erst, wenn die Verzögerung mindestens fünf Stunden beträgt, und auch dann besteht ein Anspruch nur auf die Erstattung der Flugscheinkosten und gegebenenfalls einen Rückflug zum ersten Abflugort, Art 6 Abs 1 lit c iii). Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat daher die Rechte aus Art 8 den Fluggästen ohnehin nur dann zugestanden, wenn der Flug entweder gar nicht stattfindet, oder aber eine erhebliche Verspätung eintritt.

¹⁰⁹⁵ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss (2010) Kap 15 Rz 104.

¹⁰⁹⁶ *Lienhard*, Obligationenrecht, Europäisches Schuldrecht für den Flugverkehr, GPR 2004, 259 (264).

¹⁰⁹⁷ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 107.

¹⁰⁹⁸ Es handelt sich dabei um Vereinbarungen zwischen den Luftfahrtunternehmen, womit zwischen diesen wechselseitig Flugscheine anerkannt werden.

¹⁰⁹⁹ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 107.

¹¹⁰⁰ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss (2010) Kap 15 Rz 105 unter Bezug auf das LG Düsseldorf 27.01.2007, 22 S 255/06, RRA 2008, 39 (40).

Dass sich das Kriterium der Zweckmäßigkeit sodann beispielsweise aus dem Verhältnis des ersten Fluges zum Anschlussflug ergeben soll, ist nicht nachvollziehbar. Dies mag mitunter ein taugliches Element sein, muss es aber nicht. Man denke beispielsweise an den Fall, dass ein Passagier zu einem geschäftlichen Termin fliegt. Beim Umsteigen wird der gebuchte Anschlussflug annulliert, sodass das geplante Treffen nicht stattfinden kann und der Flug für den Passagier damit zwecklos geworden ist. Geht man davon aus, dass der erste Flug von New York nach London ging und der Anschlussflug von London nach Wien hätte gehen sollen, läge wohl ein im Verhältnis zum ersten Flug „relativ geringfügiger Anschlussflug vor“, welcher nach *Tonner* nicht zur Erstattung des Flugpreises für den bereits zurückgelegten Abschnitt und zu einem Rückflug zum Ausgangsort berechtigen soll. Dieser Fall führt vor jedoch Augen, dass die von *Tonner* gezogene Grenze zu allgemein ist und klar das Ziel der Verordnung missachtet. Abgesehen davon ist der Begriff „relativ geringfügig“ äußerst unbestimmt und kann eine derartige Unterscheidung der Verordnung auch nicht entnommen werden.

Anzumerken ist, dass die Regelung über die Erstattung der Flugscheinkosten und über den Rückflug zum Abflugort grundsätzlich auch für jene Fluggäste gilt, deren Flüge Teil einer **Pauschalreise** sind. Ausgenommen davon ist jedoch der Anspruch auf Erstattung des Ticketpreises, wenn ein solcher gemäß der RL 90/314/EWG¹¹⁰¹ (richtigerweise: nach deren Transformation in nationales Recht [in Österreich: §§ 31b bis 31f KSchG¹¹⁰²]¹¹⁰³, weshalb auf dieses abzustellen ist)¹¹⁰⁴ gegenüber dem Reiseveranstalter besteht, Art 8 Abs 2. Keine Einschränkung für Pauschalreisende besteht hinsichtlich der anderweitigen Beförderung zum Endziel nach Abs 1 lit b und lit c leg cit, da diese in Abs 2 des Art 8 nicht erwähnt wird und gemäß Erwägungsgrund 5 die Verordnung auch auf Pauschalreisen Anwendung finden soll.¹¹⁰⁵ *„In diesem Zusammenhang ist weiters zu beachten, dass die Fluggastrechteverordnung Ansprüche des Fluggastes nach anderen Rechtsvorschriften, wie zum Beispiel nach der Pauschalreiserichtlinie oder nach dem Übereinkommen von Montreal, unberührt lässt, sodass sich der Pauschalreisende hin-*

¹¹⁰¹ Richtlinie des Rates v 13. Juni 1990 über Pauschalreisen (90/314/EWG), ABi L 1990/158, 59 idgF.

¹¹⁰² Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG) BGBl 1979/140 idgF.

¹¹⁰³ Änderung des Konsumentenschutzgesetzes zur Anpassung an das EWR-Abkommen BGBl 1993/247.

¹¹⁰⁴ *Staudinger/Schmidt-Bendun*, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste, NJW 2004, 1897 (1899, FN 39); *Tonner* kritisch zur Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie und deren Auslegung der Deutschland, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*² (2010) Kap 15 Rz 109.

¹¹⁰⁵ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*² (2010) Kap 15 Rz 111.

sichtlich weiterer Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche auch an seinen Reiseveranstalter wenden darf (muss)“, so *Lintschinger*. Auf den Fall, in dem eine Pauschalreise aus einem anderen Grund als einer Annullierung eines Fluges storniert wird, findet die Verordnung keine Anwendung, Art 3 Abs 6.¹¹⁰⁶

Art 8 Abs 3 der VO sieht außerdem vor, so sich an einem Ort, einer Stadt oder einer Region mehrere Flughäfen befinden, und ein Luftfahrtunternehmen einen Ersatzflug zu einem dort befindlichen anderen Flughafen durchführt, dieses (auch) die Kosten für die Beförderung des Passagiers zum geplanten oder sonstigen nahe gelegenen, mit dem Passagier vereinbarten Ort, übernehmen muss.

3.12 Anspruch auf Betreuungsleistungen

Nach Art 9 der VO stehen den Passagieren Betreuungsleistungen zu, bei welchen es sich nicht um einen Schadenersatz handelt, und zwar **verschuldensunabhängig** und ohne Entlastungsmöglichkeit des ausführenden Luftfahrtunternehmens, so *Führich*.¹¹⁰⁷ Ähnlicher Ansicht sind *Staudinger/Schmidt-Bendun*, welche in den Betreuungsleistungen nach Art 9 Aufwendungen zur Nacherfüllung, jedoch keinen Schadenersatz sehen.¹¹⁰⁸ Für diese Auslegung spräche ihres Erachtens nach auch Art 12 der VO, wonach zwar die Ausgleichsleistungen nach Art 7 auf einen über die Ansprüche aus dieser VO zu gewährenden Schadenersatz angerechnet werden können, nicht aber die Pflichten aus Art 9. Diese Klassifizierung kritisiert *Führich* unter Bezug auf *Lienhard*¹¹⁰⁹, wonach darin schon deswegen kein Aufwandersatz für eine Nacherfüllung erblickt werden könne, da die Leistungen nach Art 9 auch bei einem Rücktritt des Passagiers zu erbringen wären.¹¹¹⁰

Nach *Schmid* beruht die Betreuungsleistung nicht auf dem Gedanken des Schadensausgleichs und dient auch nicht diesem Zweck. Seiner Ansicht nach handelt es sich dabei vielmehr um eine „Schadensvermeidungsleistung“, da durch die Leistungen nach Art 9 dem Passagier ein weiterer Schaden erst gar nicht entstehen soll. Daher handle es

¹¹⁰⁶ *Lintschinger*, Zum rechtlichen Nachspiel in der Reisebranche aufgrund des Vulkanausbruchs in Island, wbl 2010, 321 (323).

¹¹⁰⁷ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1050; ders., Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (9).

¹¹⁰⁸ *Staudinger/Schmidt-Bendun*, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste, NJW 2004, 1897 (1899 f).

¹¹⁰⁹ *Lienhard*, Obligationenrecht – Europäisches Schuldrecht für den Flugverkehr, GRP 2004, 259 (264).

¹¹¹⁰ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1050.

sich gerade nicht um eine Schadenersatzleistung.¹¹¹¹ Die Diskussion um die Rechtsnatur der Betreuungsleistungen ist eine zivilrechtliche und wird daher hier nicht näher erläutert. Fest steht jedoch, dass die wohl überwiegende Lehre sich gegen eine Schadenersatzfunktion ausspricht. ME kann mit *Staudinger/Schmidt-Bendun* und *Führich* die für die Passagiere entscheidende Antwort auf die Frage der Verordnung selbst entnommen werden, als Art 12 Abs 2 lediglich eine Aufrechnung eines weitergehenden Schadenersatzanspruches mit Ausgleichleistungen (Art 7) zulässt, nicht jedoch mit den Betreuungsleistungen des Art 9. Dies würde zu einer ungerechtfertigten Privilegierung des Luftfahrtunternehmens führen.¹¹¹² Sollten unter Verstoß gegen die Bestimmungen der Verordnung, Betreuungsleistungen nicht entsprechend erbracht werden, so steht dem Passagier gemäß der Jud des EuGH ein Anspruch gegenüber dem Luftfahrtunternehmen zu, welcher aber nicht als Schadenersatz iS von Art 22 MÜ verstanden werden darf (keine „individualisierte Wiedergutmachung“).¹¹¹³ Der EuGH möchte damit wohl einen sonst drohenden Konflikt mit dem (zwingenden) MÜ vermeiden. Dies entspricht der Jud des EuGH hinsichtlich der Frage der Vereinbarkeit der VO 261/2004 mit dem MÜ, wo dieser bereits hinsichtlich des Ausgleichsanspruches ausgesprochen hat, dass es sich dabei nur um eine pauschale Entschädigung für Unannehmlichkeiten handelt, die sämtliche Passagiere gleichermaßen betreffen, nicht aber um einen einzelfallbezogenen, individuellen Schadenersatzanspruch iS von Art 19 MÜ, womit die Regelung der Fluggastverordnung neben jene des MÜ tritt.¹¹¹⁴ Nach dem EuGH kann **Ersatz für nicht erfolgte Betreuungsleistungen** (zB Mahlzeiten) aber nicht gestützt auf Art 12 der VO geltend gemacht werden, da es sich gerade nicht um einen „weiter gehenden“ Schadenersatz handelt, sondern die Grundlage dafür direkt der VO, nämlich Art 9 (und 8), zu entnehmen ist.¹¹¹⁵ Entsprechende Forderungen wie zB Ansprüche auf Ausgleichszahlungen können daher vor den jeweils zuständigen nationalen Gerichten unmittelbar auf die VO gestützt werden.

Der erwähnte Anspruch erwächst gegenüber dem ausführenden Luftfahrtunternehmen, da (nur) dieses in der VO 261/2004 verpflichtet wird. Dies wurde auch bisher

¹¹¹¹ *Schmid*, Das Zusammenspiel von internationalen und europäischen Vorschriften zur Haftung für Passagier- und Gepäckschäden im internationalen Luftverkehr, RRa 2004, 198 (202).

¹¹¹² *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1050.

¹¹¹³ EuGH 31.01.2013, C-12/11 Rz 20.

¹¹¹⁴ Siehe S 189.

¹¹¹⁵ EuGH 13.10.2011, C-83/10, *Rodriguez/Air France*, Slg 2011, I-09469 Rz 43 und 44.

in der Rsp so gesehen,¹¹¹⁶ wobei dieser Ausgleichsanspruch mitunter fälschlicherweise als Schadenersatzanspruch¹¹¹⁷ klassifiziert wird.

Konkret sind dem Fluggast unentgeltlich Mahlzeiten und Erfrischungen in angemessenem Verhältnis zur Wartezeit, sowie eine Hotelunterbringung anzubieten, wenn ein Aufenthalt von mindestens einer Nacht notwendig ist, oder ein Aufenthalt zusätzlich zu dem vom Fluggast beabsichtigten Aufenthalt notwendig ist. Außerdem besteht Anspruch auf Beförderung zwischen dem Flughafen und dem Ort der Unterbringung.

Der Verpflichtung zur Versorgung mit Mahlzeiten und Erfrischungen ist auch durch die Ausgabe von Gutscheinen für Flughafenrestaurants genüge getan, welche „(...) *im Verhältnis zu den Preisen der Flughafenrestaurants* (...)“ angemessen sein müssen, so *Tonner*. Dies wird ebenso für Supermärkte in Flughäfen zu gelten haben. Allerdings ist der Wortlaut des Art 9 Abs 1 lit a „(...) *in angemessenem Verhältnis zur Wartezeit*“ so zu verstehen, dass die Ausgabe von Gutscheinen für Supermärkte umso problematisch wird, je länger die Passagiere auf ihren Flug warten müssen. *Tonner* merkt hinsichtlich der Restaurants an, dass es auch hier zusätzlicher Maßnahmen bedarf, wenn deren Kapazitäten nicht ausreichend sind.¹¹¹⁸ Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Restaurants und Supermärkte des Flughafens bereits/noch geschlossen haben und die Passagiere demnach keine Möglichkeit der Verpflegung am Flughafen haben. In solchen Fällen werden die Luftfahrtunternehmen selbst für Mahlzeiten und Erfrischungen zu sorgen haben.

Nach *Tonner* besteht ein Recht auf Hotelunterbringung nur dann, wenn diese notwendig ist, was bei einem Flug noch am gleichen Tag nicht der Fall sei. Wartezeiten bis 02:00 Uhr am Folgetag müssten noch hingenommen werden. Unzulässig wäre es, wenn das Luftfahrtunternehmen einen Ersatzflug für 24:00 Uhr festlegt, die tatsächliche Abflugzeit jedoch 03:30 Uhr beträgt um die Pflicht auf Unterbringung in einem Hotel zu umgehen. Für den Fall, dass der Fluggast Anspruch auf einen Ersatzflug zum frühestmöglichen Zeitpunkt hat, hat er kein Recht auf Hotelunterbringung, falls er freiwillig

¹¹¹⁶ AG Köln 18.08.2006, 121 C 502/05, RRa 2007, 44; AG Dortmund 04.03.2008, 431 C 11621/07, RRa 2008, 188; *Tonner*, Fluggastrechte und der EuGH, VuR 2009, 209 (212); Schlussanträge der Generalanwältin 28.06.2011, C-83/10, *Rodriguez/AirFrance*, Slg 2011, I-09469 Rz 60.

¹¹¹⁷ *ZB Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1050; *Tonner*, Fluggastrechte und der EuGH, VuR 2009, 209 (212).

¹¹¹⁸ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 114.

lig einen späteren Abflug wählt, welcher erst am nächsten Tag erfolgen würde.¹¹¹⁹ Die Unterbringungs- und Verpflegungsleistungen müssen vom Passagier nicht angenommen werden, wenn er mit geringem Aufwand zurück nach Hause fahren kann. Er hat diesfalls einen entsprechenden Anspruch auf Schadenersatz gegen das vertragliche Luftfahrtunternehmen,¹¹²⁰ wobei mit der Rsp des EuGH auch hier wieder nicht von einem Schadenersatzanspruch im Sinne einer individualisierten Wiedergutmachung gesprochen werden kann.¹¹²¹

Darüber hinaus haben Passagiere jedenfalls das Recht zwei unentgeltliche Telefonate zu führen, oder alternativ zwei Telefaxe oder E-Mails zu verschicken. Art 9 Abs 3 der VO stellt für den Anspruch auf Betreuungsleistungen fest, dass das Luftfahrtunternehmen besonders auf die **Bedürfnisse von Personen mit eingeschränkter Mobilität**, sowie deren Begleiter und auf jene von Kindern ohne Begleitung zu achten hat. Dieser Verpflichtung kann durch Bereitstellung von Betreuungspersonen und eigener Warteräume entsprochen werden, erstreckt sich bei Verzögerungen aber gegebenenfalls auch auf Pflegeleistungen, die bei planmäßiger Beförderung erst nach dieser am Zielort notwendig geworden wären.¹¹²² Darüber hinaus bestehen Ansprüche von behinderten Fluggästen und Fluggästen mit eingeschränkter Mobilität nach der Verordnung 1107/2006¹¹²³, worauf später noch einzugehen sein wird.

Mit der Rsp des EuGH ergibt sich eine Verpflichtung der ausführenden Luftfahrtunternehmen zur Erbringung von Betreuungsleistungen nach Art 5 Abs 1 lit b iVm Art 9 der VO auch dann, wenn „außergewöhnliche Umstände“ das Unternehmen von der Zahlung von Ausgleichsleistungen nach Art 5 Abs 3 iVm Art 7 befreien.¹¹²⁴ Das europäische Höchstgericht hat in einem Verfahren über Betreuungsleistungen im Zusammenhang mit Schließungen von Teilen des europäischen Luftraumes aufgrund des Vulkanausbruchs in Island 2010 klargestellt, dass in einem solchen Fall die Betreuungsleistungen weder der Höhe noch der Dauer nach begrenzt sind. Der EuGH konnte an

¹¹¹⁹ Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 115.

¹¹²⁰ Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 117a.

¹¹²¹ EuGH 31.01.2013, C-12/11 Rz 20.

¹¹²² Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 117.

¹¹²³ Verordnung (EG) Nr 1107/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v 5. Juli 2006 über die Rechte von behinderten Fluggreisenden und Fluggreisenden mit eingeschränkter Mobilität, ABl L 2006/204, 1 idgF.

¹¹²⁴ EuGH 31.01.2013, C-12/11, *McDonagh/Ryanair* Rz 26 ff.

dieser Regelung auch keinen Verstoß gegen unionsrechtliche Grundsätze oder Grundrechte, noch gegen das MÜ erkennen. Muss ein Fluggast seine Ansprüche nach Art 9 im Nachhinein klagsweise geltend machen, so könne er nur „(...) *solche Beträge erstattet bekommen, die sich in Anbetracht der dem jeweiligen Fall eigenen Umstände als notwendig, angemessen und zumutbar erweisen* (...)“. Die Festsetzung des genauen Betrages wäre Sache der nationalen Gerichte.¹¹²⁵

3.13 Höher- und Herabstufung

In Art 10 der Verordnung sind die in der Praxis häufigen Fälle des Up- und Downgrading, bei welchem Fluggäste gegenüber ihrer ursprünglichen Buchung in eine höhere oder niedrigere Klasse verlegt werden, geregelt.

Wird ein Fluggast vom Luftfahrtunternehmen in eine höhere als die gebuchte Klasse verlegt, so darf das Unternehmen dafür weder Aufschlag noch Zuzahlung fordern. Wird hingegen ein Fluggast in eine niedrigere Klasse verlegt als jene die gebucht wurde, so hat das Luftfahrtunternehmen binnen sieben Tagen bei allen Flügen über eine Distanz von bis zu 1.500 km 30 % des Flugscheinpreises, bei innergemeinschaftlichen Flügen über eine Entfernung von mehr als 1.500 km, und bei allen anderen Flügen über eine Entfernung zwischen 1.500 und 3.500 km 50 % des Preises zu erstatten. In allen übrigen Fällen, sowie bei Flügen zwischen dem europäischen Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und den französischen überseeischen Departments, sind 75 % der Flugscheinkosten zu refundieren. Hinsichtlich der Zahlung der zu erstattenden Beträge gilt Art 7 Abs 3, somit hat diese entweder mittels Barzahlung, Überweisung oder Scheck zu erfolgen. Auch hier sind – wiederum mit schriftlichem Einverständnis des Passagiers – Reisegutscheine und/oder andere Dienstleistungen zulässig. Entscheidend ist, dass es für die vom Luftfahrtunternehmen zu leistenden Beträge nicht auf die Differenz zwischen den Preisen der jeweiligen Klassen ankommt, sondern einzig und allein auf die vorgegeben **Prozentsätze**.¹¹²⁶

Wenngleich in der Literatur (soweit ersichtlich) bislang nicht thematisiert, ist davon auszugehen, dass wenn die pauschale Erstattung den tatsächlichen Preisunterschied zwischen den Klassen nicht abdeckt, der Passagier die ausstehende Differenz

¹¹²⁵ EuGH 31.01.2013, C-12/11, *McDonagh/Ryanair* Rz 66.

¹¹²⁶ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 119.

vom vertraglichen Luftfahrtunternehmen aufgrund von 12 Abs 1 der Fluggastverordnung schadenersatzrechtlich begehren kann. Bei den in der Verordnung festgelegten Beträgen handelt es sich nämlich lediglich um **Mindestrechte**¹¹²⁷, somit kann ein Passagier auch mehr als die in Art 10 leg cit festgelegten Prozentsätze geltend machen, diese müssen ihm im Falle einer Herabstufung aber jedenfalls vom ausführenden Luftfahrtunternehmen ersetzt werden. Würde man einen solchen schadenersatz- bzw bereicherungsrechtlichen Anspruch des Passagiers verneinen, so würde dies eine Schlechterstellung gegenüber dem nationalen Schadenersatzrecht darstellen, was dem Ziel der Verordnung, ein hohes Schutzniveau für Passagiere sicher zu stellen (Erwägungsgrund 1), zuwiderlaufen würde.

3.14 Vorrang von Personen mit besonderen Bedürfnissen

Art 11 der Fluggastverordnung normiert eine **vorrangige Beförderungspflicht** von Personen mit eingeschränkter Mobilität inkl deren Begleitpersonen oder Begleitenden, so für diese eine entsprechende Bescheinigung vorgewiesen werden kann, sowie von Kindern ohne Begleitpersonen.

In den Fällen einer Nichtbeförderung, Annullierung oder Verspätung von beliebiger Dauer, haben diese Personengruppen Anspruch auf baldmögliche Betreuung nach Art 9. Das bedeutet, dass die Betreuungsleistungen nach Art 9 bei Verspätungen – nur bei diesen in dies von Relevanz – sofort in Anspruch genommen werden können, und die Fristen des Art 6 Abs 1 nicht abgelaufen sein müssen.¹¹²⁸

Was unter einer Person mit „eingeschränkter Mobilität“ zu verstehen ist, ist indes in Art 2 i definiert, im Gegensatz zum Begriff des Kindes. Da es für diesen Terminus keine einheitliche europäische Definition gibt, ist dieser nach den nationalen Vorschriften über die Volljährigkeit auszulegen.¹¹²⁹ Mit *Lienhard* und *Führich* ist unter „Kind“ eine Personen unterhalb der Volljährigkeitsgrenze zu verstehen.¹¹³⁰ Damit es zu einer einheitlichen Auslegung dieser Bestimmung kommt, bedarf es einer Definition durch den EuGH.

¹¹²⁷ *Wagner*, Verbesserung der Fluggastrechte durch die Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2006, 337 (339).

¹¹²⁸ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 122.

¹¹²⁹ *Lienhard*, Obligationenrecht, Europäisches Schuldrecht für den Flugverkehr, GPR 2004, 259 (265); *Führich*, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (10).

¹¹³⁰ *Lienhard*, Obligationenrecht, Europäisches Schuldrecht für den Flugverkehr, GPR 2004, 259 (265).

3.15 Weiter gehender Schadenersatz

Gemäß Art 12 Abs 1 der VO bleiben weitergehende **Schadenersatzansprüche**¹¹³¹ **nach nationalem Recht unberührt**. In Österreich sind dies die §§ 1293 ff ABGB¹¹³² sowie das MÜ. Auf diese und deren Erfordernisse kann aus thematischen Gründen an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Eigene Sonderregelungen hierzu bestehen im österreichischen Recht nicht. Insbesondere durch das MÜ sowie die VO 261/2004 geprägte Bestimmungen finden sich im LFG, worauf unten näher eingegangen wird.¹¹³³

Angesprochen sei hier nur die Problematik, dass der Vertragspartner des Passagiers und das ausführende Luftfahrtunternehmen zwei unterschiedliche Personen sein können. Während sich nach österreichischem Zivilrecht der Fluggast mit Schadenersatzansprüchen an seinen Vertragspartner wenden muss, so ist alleiniger Verpflichteter nach der Fluggastverordnung das ausführende Luftfahrtunternehmen. Schließlich gewährt die Verordnung – im Gegensatz zum österreichischen Recht – zudem einen Anspruch auch für den Fall, dass gar kein Schaden entstanden ist.¹¹³⁴

Gewährte Ausgleichszahlungen können auf solche weitergehenden Schadenersatzansprüche nach nationalem Recht gemäß Art 12 Abs 1 zweiter Satz angerechnet werden, nicht aber Betreuungsleistungen nach Art 9. Daher kann auch ein Anspruch aufgrund nicht erbrachter Betreuungsleistungen wie zB einer Hotelunterbringung, nicht auf weitergehende Schadenersatzansprüche iS von Art 12 angerechnet werden.¹¹³⁵ Es handelt sich dabei vielmehr um „(...) konkurrierende und kumulative Verpflichtungen. Ein Luftfahrtunternehmen kann sich nicht von der einen Verpflichtung befreien, indem es sie mit der anderen verrechnet.“¹¹³⁶ Eine andere Ansicht würde aufgrund der Ver-

¹¹³¹ Darunter können gemäß den Schlussanträgen der Generalanwältin in der Sache *Rodriguez/Air France* (C-83/10), Slg 2011, I-09469, nach Maßgabe des nationalen Rechts auch immaterielle Schäden subsumiert werden (Rz 59).

¹¹³² Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idgF.

¹¹³³ Siehe S 239 ff.

¹¹³⁴ Siehe dazu ausführlicher *Aufner*, Die neue EU-Überbuchungsverordnung, ZVR 2005, 229 (233); ebenso *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 129 ff (für Deutschland).

¹¹³⁵ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss (2005) Kap 13a Rz 129.

¹¹³⁶ Schlussanträge der Generalanwältin 28.06.2011, C-83/10, *Rodriguez/Air France* Rz 64.

rechnungsmöglichkeit den Luftfahrtunternehmen zu Gute kommen, die sich weigern, Leistungen nach Art 9 zu gewähren.¹¹³⁷

Kein Anrechenbarkeit besteht *expressis verbis* für jene Passagiere, die nach Art 4 freiwillig auf eine Beförderung verzichtet haben, Art 12 Abs 2. „*In diesem Fall ist eine Anrechnung nur nach den einschlägigen Grundsätzen und Vorschriften des mitgliedstaatlichen Rechts, einschließlich der Rsp, möglich*“, so *Führich* und *Lienhard*.¹¹³⁸ Anderer Ansicht ist *Tonner*, demzufolge Art 12 Abs 2 auch auf weitergehende Ansprüche nach mitgliedstaatlichem Recht anwendbar ist; es soll somit generell kein Schadenersatzanspruch bestehen.¹¹³⁹ Dies kann aber schon deswegen nicht stimmen, da Art 12 Abs 2 abweichend vom Grundsatz des Anwendungsvorranges¹¹⁴⁰, entgegenstehendes nationales Rechts ausdrücklich nicht für unanwendbar erklärt (arg „*unbeschadet der einschlägigen Gesetze und Vorschriften des einzelstaatlichen Rechts, einschließlich der Rsp (...)*“).¹¹⁴¹ Ein allfälliger Schadenersatzanspruch ist für freiwillig verzichtende Passagiere somit ausschließlich nach mitgliedstaatlichem Recht zu beurteilen.

Für diese Fluggäste gilt es daher zu beachten, dass die nach Art 4 Abs 1 offerierte Gegenleistung im Hinblick auf allfällige entstandene Schäden ausreichend ist. Nach *Tonner* handelt es sich bei dieser Gegenleistung um ein Äquivalent für den Ausgleichsanspruch nach Art 7. Daher sei ein freiwilliger Rücktritt dann nicht sinnvoll, wenn durch die Nichtbeförderung ein Schaden droht. Auf die Norm des Art 12 Abs 2 müssten die Passagiere daher im Rahmen der Informationspflicht nach Art 14 besonders hingewiesen werden.¹¹⁴² Eine solche Information wäre im Hinblick auf den Schutzzweck der Verordnung zweifellos wünschenswert. Fraglich ist jedoch, ob eine solche Art 14 entnommen werden kann. Sowohl Abs 1 als auch Abs 2 der Bestimmung sprechen stets nur von den Fällen der Beförderungsverweigerung, Annullierung und Verspätung. Damit ist aber der Fall, in dem der Passagier nach Art 4 Abs 1 freiwillig auf die Beförde-

¹¹³⁷ *Staudinger/Schürmann*, Die Entwicklung des Reiserechts in den Jahren 2010/2011, NJW 2011, 2769 (2774).

¹¹³⁸ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1061; ebenso *Lienhard*, Obligationenrecht – Europäisches Schuldrecht für den Flugverkehr, GPR 2004, 259 (265).

¹¹³⁹ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss (2005) Kap 13a Rz 142.

¹¹⁴⁰ *Vcelouch* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV (Loseblattsammlung, 103. Lfg 2010) Art 288 AEUV Rz 23.

¹¹⁴¹ Für die hinsichtlich der Zuständigkeiten für gerichtliche Verfahren und damit im Zusammenhang bestehenden Probleme siehe *Blankenburg*, Leitfaden durch das Zuständigkeitswirrwarr bei Rechtsstreitigkeiten nach der Verordnung (EG) Nr 261/2004, DAR 9/2012.

¹¹⁴² *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss (2010) Kap 15 Rz 132.

nung verzichtet, gerade nicht erwähnt und auch keine Subsumtion unter den Wortlaut der Bestimmung möglich. Ihm wird die Beförderung ja nicht verweigert. Allerdings wird man mit Erwägungsgrund 20, in welchem von der Information der Fluggäste in den Fällen der Nichtbeförderung und Annullierung sowie großer Verspätung die Rede ist, iVm Art 14 davon auszugehen haben, dass auch im Falle eines freiwilligen Verzichts nach Art 4 Abs 1 derartige Informationspflichten bestehen, da Art 4 die Bezeichnung „Nichtbeförderung“ trägt und dieser (ua) den Fall der Verweigerung der Beförderung umfasst, Abs 1 leg cit. Zudem wäre es schon aus Gleichheitsgründen unverständlich, warum jemand der freiwillig verzichtet, weniger schützenswert ist als jemand, dem die Beförderung von Seiten des Luftfahrtunternehmens verweigert wird. Gerade jemand der sich überlegt gemäß Art 4 Abs 1 freiwillig zu verzichten, muss besonders auf seine Rechte hingewiesen werden um abschätzen zu können, worauf er sich einlässt. Dafür spricht auch das Ziel der VO, ein hohes Schutzniveau für Fluggäste sicherzustellen, Erwägungsgrund 1, das bereits mehrfach vom EuGH zur mitunter extensiven Interpretation der VO herangezogen wurde. Erst wenn ein Passagier effektiv über seine Rechte Bescheid weiß, kann ein freiwilliger Verzicht erfolgen. Es besteht daher mE kein Zweifel an der umfassenden Informationsverpflichtung (Art 14 Abs 2) des ausführenden Luftfahrtunternehmens auch gegenüber freiwillig Verzichtenden iS von Art 4 Abs 1.

3.16 Information der Fluggäste

Wie bereits ausgeführt, treffen die ausführenden Luftfahrtunternehmen nach der Fluggastverordnung bestimmte Informationspflichten. So ist das ausführende Luftfahrtunternehmen bei der Abfertigung dazu verpflichtet, die Fluggäste über die Rechte aus der Verordnung zu informieren bzw sie dazu zu animieren, sich darüber zu erkundigen. Nach Art 14 Abs 1 muss ein klar lesbarer Hinweis mit folgendem Wortlaut deutlich sichtbar angebracht werden: *„Wenn Ihnen die Beförderung verweigert wird oder wenn Ihr Flug annulliert wird oder um mindestens zwei Stunden verspätet ist, verlangen Sie am Abfertigungsschalter oder am Flugsteig schriftliche Auskunft über Ihre Rechte, insbesondere über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen“*, Art 14 Abs 1 der VO.

Des Weiteren hat das ausführende Luftfahrtunternehmen nach Abs 2 leg cit den betroffenen Passagieren im Fall einer Nichtbeförderung, Annullierung oder einer Verspätung von mehr als zwei Stunden einen schriftlichen Hinweis mit den Regeln für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen nach der Verordnung auszuhändigen. Dieser

Hinweis hat auch die Kontaktdaten der nationalen Stelle zu enthalten, die gemäß Art 16 zur Durchsetzung dieser Verordnung im nationalen Bereich zuständig ist. Dabei ist diese Verpflichtung der Luftfahrtunternehmen nicht schon dann erfüllt, wenn bloß der Text der VO 261/2004 selbst übergeben wird; vielmehr bedarf es der Beschreibung der Rechte in einer allgemein verständlichen Sprache ohne Kürzung der Ansprüche aus der VO dem Umfang nach.¹¹⁴³ Auch enthalten sein muss eine Information über Schadenersatzansprüche nach nationalem Recht, und zwar nach dem Sinn der Vorschrift. Der Fluggast soll, wenn er sich auf eine freiwillige Vereinbarung nach Art 4 Abs 1 einlässt, über alle notwendigen Informationen verfügen, die er benötigt, um seine Entscheidung wohlüberdacht treffen zu können, zumal er damit ja auf weitergehende Ansprüche nach mitgliedstaatlichem Recht verzichten würde.¹¹⁴⁴ Ebenso sind im Falle einer Annullierung die Fluggäste gemäß Art 5 Abs 2 über die möglichen alternativen Transportmöglichkeiten zu informieren.

Wie *Tonner* anmerkt, kann Art 14 kaum entnommen werden, welche Informationen den Passagieren zur Verfügung zu stellen sind. Mit dem Schutzzweck der Verordnung ist daher davon auszugehen, dass sie in Übereinstimmung mit den Fällen in denen sie auszuhändigen sind, so umfassend zu sein haben, dass den Passagieren die bestmögliche Wahrung ihrer Rechte möglich ist. Sollte gegen die Informationspflicht verstoßen werden, in der Form, dass dieser überhaupt nicht oder unzureichend entsprochen wird, und stimmt der Fluggast als Folge der mangelhaften Aufklärung über seine Rechte einer Ausgleichsleistung zu, die den Standard der Verordnung nicht erreicht, hat er gemäß Art 15 Abs 2 Anspruch auf eine zusätzliche Ausgleichsleistung.¹¹⁴⁵

Die genannten Hinweise nach Abs 1 und Abs 2 sind blinden oder sehbehinderten Personen – und nicht nur etwa deren Begleitpersonen¹¹⁴⁶ – durch den Einsatz alternativer Mittel zur Verfügung zu stellen, sodass diese sie zur Kenntnis nehmen können.

¹¹⁴³ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 141.

¹¹⁴⁴ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 142.

¹¹⁴⁵ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 1054.

¹¹⁴⁶ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 143.

3.17 Regressansprüche und Ausschluss der Rechtsbeschränkung

Art 13 stellt klar, dass dem ausführenden Luftfahrtunternehmen nicht das Recht genommen wird, sich für erbrachte Leistungen bei Dritten zu regressieren. *„Ein solcher Regress kann (...) die finanzielle Belastung dieser Beförderungsunternehmen aus diesen Verpflichtungen mildern oder sogar beseitigen. Außerdem erscheint es nicht unangemessen, dass diese Verpflichtungen, vorbehaltlich des erwähnten Regressanspruchs, ohne Weiteres von den Luftfahrtunternehmen getragen werden, an die die betroffenen Fluggäste durch einen Beförderungsvertrag gebunden sind, der ihnen einen Anspruch auf einen weder annullierten noch verspäteten Flug verschafft“*, so der EuGH.¹¹⁴⁷ *„Insbesondere beschränkt diese Verordnung in keiner Weise das Recht des ausführenden Luftfahrtunternehmens, Erstattung von einem Reiseunternehmen oder einer anderen Person zu verlangen, mit der es in einer Vertragsbeziehung steht“*, Art 13 zweiter Satz. Damit soll klargestellt werden, dass Art 13 der VO keine eigenen Ansprüche schafft, sondern nur darauf hinweist, dass solche bestehen können. Schließlich erfüllt das ausführende Luftfahrtunternehmen mit den Ausgleichszahlungen nach Art 7 keine vertraglichen Ansprüche, sondern eine alleine auf der VO beruhende Pflicht, welche durch die Anrechenbarkeit auf weitergehende Schadenersatzansprüche schließlich dem vertraglichen Luftfahrtunternehmen zu Gute kommen können.¹¹⁴⁸

Die Verordnung darf dabei nicht so verstanden werden, dass Reiseunternehmen oder den nicht zu den Fluggästen zählenden Dritten, die mit dem Luftfahrtunternehmen in einer vertraglichen Beziehung stehen, das Recht genommen wird, ihrerseits Ansprüche gegen das ausführende Luftfahrtunternehmen geltend zu machen, Art 13 3. Satz. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Passagier die angebotenen Ausgleichszahlungen nicht in Anspruch nimmt, sondern nach anderen Rechtsgrundlagen Schadenersatz gegenüber dem Reiseveranstalter geltend macht, oder aber die gewährten Ausgleichszahlungen nach Art 7 hinter dem tatsächlich entstandenen Schaden zurückbleiben, und daher die Differenz nach Art 12 iVm anderen Anspruchsgrundlagen vom Reiseunternehmen begehrt wird.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁷ EuGH 19.11.2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon und Böck*, Slg 2009, I-10923 Rz 68 unter Verweis auf EuGH 10.01.2006, C-344/04, *IATA und ELFFA*, Slg 2006, I-00403 Rz 90.

¹¹⁴⁸ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 135.

¹¹⁴⁹ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 137.

Art 15 soll die zuvor erwähnten Rechte der Fluggäste aus der Verordnung sichern. Dementsprechend wird klargestellt, dass Verpflichtungen der Luftfahrtunternehmen gegenüber den Fluggästen weder eingeschränkt, noch ausgeschlossen werden dürfen, insbesondere nicht durch entsprechende Klauseln in den Beförderungsverträgen, Abs 1 leg cit. Es handelt sich bei der VO somit um zwingendes Recht,¹¹⁵⁰ in das auch die Mitgliedstaaten nicht eingreifen dürfen. Dies gilt vor allem auch für seine Wahlmöglichkeit zu einem freiwilligen Rücktritt nach Art 4 Abs 1, und wie er sich im Falle eines Anspruchs auf Erstattung oder anderweitiger Beförderung entscheidet. Nicht verwehrt ist es den Luftfahrtunternehmen dadurch, den Passagieren darüber hinausgehende Rechte einzuräumen.¹¹⁵¹

Art 15 Abs 2 sieht sodann Sanktionen für bestimmte Fälle vor, nämlich die Anwendung abweichender oder restriktiver Bestimmungen zu Lasten der Fluggäste, eine mangelnde Aufklärung dieser über ihre Rechte und eine daraus resultierende Zustimmung zu Ausgleichsleistungen, die unter den von der Verordnung gewährten zurückbleiben. In diesen Fällen sind die Passagiere berechtigt, sich an die zuständigen Gerichte oder sonstigen nationalen Stellen zu wenden, um zusätzliche Ausgleichsleistungen zu erhalten. *Tonner* führt beispielsweise Ansprüche auf Leistung der Differenz zwischen dem zustehenden, und dem tatsächlich geleisteten Betrag an, sowie Anspruch auf Zahlung einer anderweitigen Beförderung zum Endziel, wenn diese entgegen Art 8 Abs 1 lit b oder c verwehrt wurde. Dies gilt auch für trotz des Anspruchs nicht geleistete Betreuungsleistungen nach Art 9. Der Passagier hat somit Anspruch auf Schadenersatz gegenüber dem ausführenden Luftfahrtunternehmen. Darüber hinausgehende Sanktionen sieht die VO nicht vor, allerdings sind die Mitgliedstaaten verpflichtet solche festzulegen, Art 16 Abs 3 leg cit.

3.18 Verstöße und Bericht

Gemäß Art 16 der Verordnung hat jeder Mitgliedstaat eine Stelle zu benennen, die zur Durchsetzung dieser in Bezug auf Flüge von in seinem Hoheitsgebiet gelegenen Flughäfen sowie Flüge aus einem Drittland zu diesen Flughäfen, berufen ist. Diese muss, wenn nötig, Maßnahmen ergreifen können, die notwendig sind um sicherzustellen

¹¹⁵⁰ Der Vorrang gegenüber nationalem Recht ergibt sich bereits aus Art 288 Abs 2 AEUV, vgl *Führich*, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1 (14).

¹¹⁵¹ *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 145.

len, dass die Rechte der Passagiere aus der Verordnung gewahrt werden. Damit soll gewährleistet werden, dass die Bestimmungen in Bezug auf Fluggastrechte nicht nur graue Theorie sind, sondern von den Fluggesellschaften auch tatsächlich eingehalten werden.¹¹⁵² Diese Behörde kann dabei sowohl von selbst tätig werden (Amtswegigkeit), oder aufgrund von entsprechenden Meldungen der Fluggäste.¹¹⁵³ Diese Stelle musste der Kommission von den einzelnen Mitgliedstaaten genannt werden.¹¹⁵⁴ In Österreich ist dies das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, worauf unten näher einzugehen ist.¹¹⁵⁵

Gemäß dem europarechtlichen Effektivitätsgebot¹¹⁵⁶ muss die Stelle Beschwerden von Passagieren zeitnahe nachgehen und auch Nachweise der Luftfahrtunternehmen hinsichtlich deren Veranlassungen zur Umsetzung der Verordnung verlangen.¹¹⁵⁷ Andernfalls kann es iS der Francovich-Doktrin¹¹⁵⁸ zu Staatshaftungsansprüchen von Passagieren kommen, wenn diese ihre Rechte aus der Verordnung gegenüber den Luftfahrtunternehmen nicht durchsetzen können.¹¹⁵⁹ Andererseits können die **Durchsetzungsstellen** bei von Passagieren gemeldeten Verstößen diesen nicht direkt helfen, sondern nur mittelbar dadurch, dass sie Sanktionen gegen die betreffenden Luftfahrtunternehmen verhängen.¹¹⁶⁰

Neben der zuvor geschilderten Funktion als Durchsetzungsstelle der Verordnung, kommt dieser auch die einer Beschwerdestelle zu, Art 16 Abs 2, wobei es sich nicht um ein und dieselbe Stelle handeln muss.¹¹⁶¹ Unabhängig von Art 12, einer gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche (so auch Erwägungsgrund 22 zweiter Satz), steht es jedem Fluggast frei, bei dieser Stelle Beschwerde aufgrund eines behaupteten

¹¹⁵² Isermann/Berlin, Durchsetzungsstellen und Schlichtungsstellen für Fluggastrechte in Europa, RRa 2010, 207 (2008).

¹¹⁵³ Isermann/Berlin, Durchsetzungsstellen und Schlichtungsstellen für Fluggastrechte in Europa, RRa 2010, 207 (2008).

¹¹⁵⁴ Eine Liste der nationalen Durchsetzungsstellen findet sich unter http://ec.europa.eu/transport/passengers/air/doc/2004_261_national_enforcement_bodies.pdf (16.02.2014).

¹¹⁵⁵ Siehe S 255.

¹¹⁵⁶ EuGH, verb RS 205 bis 215/82, *Deutsche Milchkontor/Deutschland*, Slg 1983, 2633 Rz 22.

¹¹⁵⁷ Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 151.

¹¹⁵⁸ EuGH 19.11.1991, C-6/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357.

¹¹⁵⁹ Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 151.

¹¹⁶⁰ Isermann/Berlin, Durchsetzungsstellen und Schlichtungsstellen für Fluggastrechte in Europa, RRa 2010, 207 (2008); siehe auch die Kritik an dieser Aussage auf S 260.

¹¹⁶¹ Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 150 - 152.

Verstoßes gegen die VO zu erheben, welcher auf einem Flughafen im Gebiet eines Mitgliedstaates begangen wurde bzw welcher einen Flug von einem Flughafen eines Drittlandes in das Gebiet des jeweiligen Staates betrifft, Abs 2 leg cit. Diese Beschwerdestelle ist den Passagieren auch auf dem schriftlichen Hinweis gemäß Art 14 Abs 2 Satz 3 mitzuteilen.

Für die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche gilt hinsichtlich des formellen Rechts der (unionsrechtliche) Grundsatz, dass es *„in Ermangelung einer entsprechenden unionsrechtlichen Regelung Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats (ist), die Verfahrensmodalitäten für Klagen festzulegen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, sofern diese Modalitäten den Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz wahren“*.¹¹⁶² Hierbei kommt somit entweder übriges Unionsrecht wie zB die EuGVVO¹¹⁶³ bzw nationales Recht zur Anwendung. Schließlich mussten die Mitgliedstaaten **Sanktionen** im Fall von Verstößen gegen die Fluggastverordnung vorsehen, die *„(...) wirksam, verhältnismäßig und abschreckend (...)“* zu sein hatten, Art 16 Abs 3, so auch Erwägungsgrund 21, demnach die Staaten auch die Durchsetzung dieser Sanktionen zu gewährleisten haben. In Österreich wurde, wie noch zu erläutern sein wird,¹¹⁶⁴ dieser Verpflichtung mit der *„Servicestelle für Fluggastrechte im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie“* entsprochen.¹¹⁶⁵

Art 17 sieht schließlich die Pflicht der Kommission vor, dem Europäischen Parlament und dem Rat bis 01.01.2007 über die Anwendung und Ergebnisse der Verordnung Bericht zu erstatten, wobei einige Punkte gesondert hervorgehoben werden. Dieser Verpflichtung ist die Kommission mit leichter Verspätung am 04.04.2007 nachgekommen. In ihrer Mitteilung informierte die Kommission nicht nur über wesentliche Mängel bei der Anwendung der Verordnung, sondern sie formulierte auch mögliche Abhilfemaßnahmen.¹¹⁶⁶ Drei Jahre danach folgte in einem Bericht über die Unionsbürgerschaft abermals eine Bewertung der Durchführung der VO, wo insbesondere die mangelnde Kenntnis der Passagiere über ihre Rechte, wie auch die mitunter in der Praxis schwieri-

¹¹⁶² EuGH 22.11.2012, C-139/11 Rz 25.

¹¹⁶³ Verordnung (EG) Nr 44/2001 des Rates v 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, AB I L 2001/12, 1 idgF.

¹¹⁶⁴ Siehe S 252 ff.

¹¹⁶⁵ <http://www.bmvit.gv.at/verkehr/luftfahrt/flugreisende/fluggastrechte.html> (16.02.2014).

¹¹⁶⁶ KOM (2007) 168 endg.

ge Durchsetzbarkeit, angeführt wurden. Die Kommission formulierte ihre Absicht, für eine angemessene Durchsetzung der Verordnung Sorge tragen zu wollen.¹¹⁶⁷

Auch 2011 informierte die Kommission in einer **Mitteilung** an das Europäische Parlament und den Rat über die zahlreichen Mängel und Verbesserungsmöglichkeiten der Fluggastrechteverordnung. Durch mehrere Maßnahmen, wie eine einheitliche Durchsetzung der VO in den einzelnen Mitgliedstaaten, schnellere Bearbeitung von Beschwerden etc, möchte sie die Anwendung der Verordnung verbessern und hat für 2012 Vorschläge für eine Überarbeitung der Verordnung angekündigt.¹¹⁶⁸ Im Zuge dessen wurde eine öffentliche Konsultation zur VO 261/2004 durchgeführt, deren Ergebnisse¹¹⁶⁹ auf einer Konferenz¹¹⁷⁰ der Interessengruppen am 30.05.2012 präsentiert wurden. Das Europäische Parlament hat unter Verweis auf diese Mitteilung der Kommission die Entschließung vom 29.03.2012¹¹⁷¹ zur Funktionsweise und Anwendung der geltenden Fluggastrechte angenommen, in welcher Verbesserungen für Passagiere, insb mehr Rechtssicherheit, gefordert werden.¹¹⁷² Mittlerweile wurde mit einem Vorschlag der Kommission¹¹⁷³ zur Änderung der Verordnung der nächste Schritt gesetzt, der derzeit Gegenstand des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens gem Artikel 294 Abs 2 und Artikel 100 Absatz 2 AEUV ist. Aufgrund der von der Kommission vorgesehenen massiven Verschlechterungen für die Passagiere gegenüber der geltenden Rechtslage, hat das Europäische Parlament in der ersten Lesung in seinem Standpunkt umfangreiche Abänderungen vorgenommen. Mit Spannung bleibt hier das weitere Verfahren abzuwarten.

¹¹⁶⁷ KOM (2010) 603 endg.

¹¹⁶⁸ KOM (2011) 174 endg 9, 16, 18.

¹¹⁶⁹ <http://ec.europa.eu/transport/passengers/consultations/doc/2012-03-11-apr-public-consultation-results.pdf> (16.02.2014).

¹¹⁷⁰ http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/events/2012-05-30-stakeholder-conference_en.htm (16.02.2014)

¹¹⁷¹ 2011/2150 (INI), angenommener Text: P7_TA(2012)0099.

¹¹⁷² Schuster-Wolf, Aktuelle Probleme bei der Anwendung der Fluggastrechte-VO 261/2004/EG und Perspektiven bei der geplanten Reform aus der Sicht des Passagiers, *euvr* 2012, 149 (154).

¹¹⁷³ KOM (2013), 130 endg.

4. Die Verordnung über die Rechte von behinderten Flugreisenden und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität

4.1 Allgemeines

Nach der VO 261/2004 war die VO 1107/2006¹¹⁷⁴ über die Rechte von behinderten Flugreisenden und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität, ein weiterer logischer Schritt des europäischen Gesetzgebers zur Stärkung der Rechte von Flugreisenden, zumal die Fluggastverordnung, gerade was den Schutz von Passagieren mit Behinderungen bzw solchen mit eingeschränkter Mobilität anbelangt, einige Lücken enthält, insbesondere im Vergleich mit anderen auf dem Gebiet der Passagierrechte ergangenen Regelungswerken, welche auch diese Personengruppen mit ihren Bedürfnissen besonders berücksichtigen.¹¹⁷⁵ Insgesamt ist gleich vorweg festzustellen, dass diese Verordnung in der Literatur bislang viel zu wenig Aufmerksamkeit erhalten hat; zudem existiert bislang kein einziges Urteil des EuGH hierzu, was natürlich auch auf den eingeschränkten personellen Anwendungsbereich zurückzuführen ist.

Wie bei der Fluggastverordnung gehen die Anfänge für die VO 1107/2006 bereits weiter zurück, nämlich in das Jahr 2000, wo die Kommission in einer Mitteilung über den Schutz der Fluggäste (auch) dieses spezielle Thema erstmals angesprochen hat.¹¹⁷⁶ Der Vorschlag der Kommission für die VO stammt aus dem Jahr 2005, der zusammen mit ähnlichen Schutzbestimmungen für andere Transportmittel Teil der Initiative der Kommission zur **Bekämpfung von Diskriminierungen** sein sollte.¹¹⁷⁷ Nachdem der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss eine positive Stellungnahme zu diesem abgegeben hatte,¹¹⁷⁸ billigte das Europäische Parlament den Vorschlag der Kommission unter Stützung auf den Bericht des Ausschusses für Verkehr und Fremdenverkehr¹¹⁷⁹, gefolgt vom Rat,¹¹⁸⁰ in einer geänderten Fassung.¹¹⁸¹ Eine der wesentlichsten Änderung betraf den Anwendungsbereich, von dem nicht nur mobilitätseinge-

¹¹⁷⁴ Verordnung (EG) Nr 1107/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v 5. Juli 2006 über die Rechte von behinderten Flugreisenden und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität, ABI L 2006/204, 1 idgF.

¹¹⁷⁵ ZB VO (EG) Nr 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABI L 2007/315, 14 idgF.

¹¹⁷⁶ KOM (2000) 365 endg.

¹¹⁷⁷ KOM (2005) 47 endg.

¹¹⁷⁸ ABI C 2006/24, 12.

¹¹⁷⁹ 2005/0007(COD), angenommener Text: P6_TA(2005)0519.

¹¹⁸⁰ PE-CONS 3681/05, 8510/06 ADD 1.

¹¹⁸¹ Siehe auch *Schladebach*, Luftrecht (2007) Rz 440.

schränkte Personen, sondern darüber hinaus auch solche mit Behinderungen erfasst sein sollten.¹¹⁸² Weiters gab es zahlreiche Verbesserungen für die umfassten Personengruppen, wie zB die mit der Verordnung begründete Verpflichtung, Buchungen von behinderten Passagieren oder Passagieren mit eingeschränkter Mobilität zu akzeptieren und diese auch an Bord zu nehmen, was nicht mit der Begründung verweigert werden darf, dass nicht genügend Kabinenbesatzungsmitglieder zur Verfügung stehen, sowie weitergehende Rechte, falls eine Beförderung aus den in der VO taxativ aufgezählten Gründen zulässigerweise verweigert wird, worauf später noch näher einzugehen sein wird. Weiters reklamierte das Europäische Parlament zusätzliche Unterstützungsverpflichtungen und Vereinfachungen zu Gunsten der betroffenen Passagiergruppen hinein.¹¹⁸³ Diese trat am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft, somit am 15. August 2006.

Wie bereits die VO 2027/97 (diese allerdings noch auf der Vorgängerbestimmung, Art 84 Abs 2 EGV¹¹⁸⁴) und die VO 261/2004 fußt auch die VO 1107/2006 insb auf Art 80 Abs 2 EGV (heute Art 100 Abs 2 AEUV), der unter anderem die Zuständigkeit der Gemeinschaft (heute Union) für den Luftverkehr enthielt.

Die Rechte der Passagiere aus der **VO 261/2004** werden durch die VO 1107/2006 nicht beeinträchtigt; gleichwohl dürfen Passagiere dasselbe Recht aufgrund des selben Ereignisses, sollte es in beiden Verordnungen eingeräumt werden, nur einmal geltend machen, Erwägungsgrund 3 der VO 1107/2006.

4.2 Anwendungsbereich

Von der Verordnung erfasst sind behinderte Fluggäste und Fluggäste mit eingeschränkter Mobilität, die gewerbliche Passagierflugdienste nutzen (möchten), und zwar von einem Flughafen, der „in dem unter den Vertrag fallenden Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates liegt“, abfliegen, auf einem solchen ankommen oder umsteigen, Art 1 Abs 2. Für die Ermittlung des territorialen Anwendungsbereiches ist aufgrund der Formulierung abzustellen auf Art 299 Abs 1 EGV¹¹⁸⁵ (heute im wesentlichen Art 52 EUV), der den räumlichen Geltungsbereich des EGV (heute den räumlichen Geltungsbereich des

¹¹⁸² Schladebach, Luftrecht (2007) Rz 444 ff.

¹¹⁸³ 2005/0007 (COD).

¹¹⁸⁴ ABl C 1992/224,1.

¹¹⁸⁵ Schladebach, Luftrecht (2007) Rz 442.

EUV) festlegte. Der Zweck der VO ist, die erfassten Passagiere vor Diskriminierung zu schützen und ihnen Hilfeleistungen zukommen zu lassen, Art 1 Abs 1.

Die Art 3, 4 und 10 gelangen auch bei Flügen aus Drittstaaten in das unter den Vertrag fallende Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zur Anwendung, wenn es sich bei dem ausführenden Luftfahrtunternehmen um ein solches der Gemeinschaft handelt,¹¹⁸⁶ Dadurch ist sichergestellt, dass die von den Fluglinien selbst zu erbringenden Leistungen auch bei solchen Flügen den Passagieren zustehen. Art 1 Abs 3. Art 1 Abs 4 legt ausdrücklich fest, dass die VO nicht die Rechte von Fluggästen aus der Richtlinie 90/314/EWG (Pauschalreiserichtlinie) sowie der Fluggastverordnung berührt. Für die Auslegung der Begriffe „**behinderte Menschen**“ und „**Personen mit eingeschränkter Mobilität**“ existiert in den Begriffsbestimmungen der VO eine Legaldefinition. Demnach handelt es sich gemäß Art 2 lit a bei einem „behinderten Menschen“ bzw einer „Person mit eingeschränkter Mobilität“ um Menschen, deren Mobilität bei der Benutzung von Beförderungsmitteln eingeschränkt ist. Der Grund dafür kann entweder physischer (sensorisch oder motorisch, permanent oder auch nur vorübergehend) oder psychischer Natur, eine andere Behinderung oder das Alter sein. Zusätzlich muss der Zustand eine „(...) *angemessene Unterstützung und eine Anpassung der für alle Fluggäste bereitgestellten Dienstleistungen an die besonderen Bedürfnisse dieser Person*“ erfordern. Über diese Definition hinaus statuiert Erwägungsgrund 1, dass nicht nur eine Behinderung oder das Alter, sondern auch „andere Faktoren“, darunter fällt zB uU auch Übergewicht, Schwangerschaft, etc,¹¹⁸⁷ den personellen Anwendungsbereich der Verordnung eröffnen.

Ein wesentlicher Unterschied zur VO 261/2004 besteht auch darin, dass die VO 1107/2006 über Pflichten für Luftfahrtunternehmen hinaus, auch solche für Leitungsorgane von Flughäfen vorsieht, worauf später noch näher eingegangen wird.

¹¹⁸⁶ Die Definition des Art 2 lit d hierfür entspricht jener des Art 2 lit c der Fluggastverordnung, siehe S 82 f.

¹¹⁸⁷ SWD (2012) 171 fin, 3 (http://ec.europa.eu/transport/passengers/air/doc/prm/2012-06-11-swd-2012-171_de.pdf) (16.02.2014).

4.3 Beförderungspflicht mit Ausnahmen

Eine der zentralen Bestimmungen der VO 1107/2006 ist jene des Art 3, mit welcher eine Beförderungspflicht für behinderte Fluggäste und Fluggäste mit eingeschränkter Mobilität festgelegt wird. Diese setzt dabei bereits bei der Buchung von Flügen an, indem sie Luftfahrtunternehmen, deren Erfüllungsgehilfen sowie Reiseunternehmen verpflichtet, Buchungen von oder zu unter die VO fallende Flughäfen zu akzeptieren. Weiters dürfen sich die genannten Verpflichteten nicht weigern, die aus der VO Begünstigten (Art 1 Abs 2) bei Vorhandensein eines gültigen Tickets und einer gültigen Buchung an diesen Flughäfen an Bord zu nehmen. Auch wenn die VO nur von einer Verpflichtung des Luftfahrtunternehmens spricht, so *„korrespondiert dieser Pflicht ein Anspruch auf Beförderung gegen den Vertragspartner“*.¹¹⁸⁸

Von diesen in Art 3 normierten Verpflichtungen sieht Art 4 Ausnahmen vor, die im Zuge des Mitentscheidungsverfahrens durch das Europäische Parlament eingeschränkt wurden.¹¹⁸⁹ Als **Ausnahmen** vom Grundsatz der Beförderungsverpflichtung sind diese eng auszulegen.¹¹⁹⁰ Eine Weigerung einer Beförderung ist demnach nur zulässig, wenn diese notwendig ist, um Sicherheitsanforderungen in bestehenden internationalen, gemeinschaftlichen oder nationalen Rechtsvorschriften, sowie von der Behörde die dem jeweiligen Luftfahrtunternehmen das Luftverkehrsbetreiberzeugnis ausgestellt hat, auferlegten, zu entsprechen, Abs 1 lit a leg cit. Damit die bestehenden Sicherheitsanforderungen eingehalten werden, darf ein Luftfahrtunternehmen, dessen Erfüllungsgehilfe oder ein Reiseunternehmen verlangen, dass die vom Anwendungsbereich umfassten Personengruppen mit Begleitperson reisen, welche die erforderliche Hilfe zu leisten in der Lage ist, Abs 2 leg cit. Darüber hinaus wird ein Luftfahrtunternehmen dann von seiner Beförderungspflicht befreit, wenn aufgrund der Größe des Luftfahrzeugs oder seiner Türen die Anbordnahme oder die Beförderung der von der Verordnung erfassten Passagiere unmöglich ist, Abs 1 lit b leg cit. Damit im Zusammenhang bestehen jedoch Informationspflichten gegenüber behinderten Passagieren sowie solchen mit eingeschränkter Mobilität. Luftfahrtunternehmen und deren Erfüllungsgehilfen müssen die Sicherheitsvorschriften, die sie bei der Beförderung dieser Personengruppen

¹¹⁸⁸ Schladebach, Luftrecht (2007) Rz 447

¹¹⁸⁹ 2005/0007 (COD), siehe S 218.

¹¹⁹⁰ Schladebach, Luftrecht (2007) Rz 448; vgl zu dem Grundsatz-Ausnahme-Prinzip auch die Judikatur des EuGH, zB 22.12.2008, C-549/07, *Wallentin-Herman*, Slg 2008, I-11061 Rz 20 mwN, NJW 2009, 347; jüngst EuGH 04.10.2012, C-22/11, *Oyi/Lassooy* Rz 38.

befolgen, und Beschränkungen bei der Beförderung dieser oder von Mobilitätshilfen aufgrund der Größe von Luftfahrzeugen, in zugänglicher Form¹¹⁹¹ verfügbar machen. Selbiges gilt entsprechend für Reiseunternehmen bei von diesen veranstalteten, verkauften oder zum Verkauf angebotenen Flügen, die Teil einer Pauschalreise sind, Art 4 Abs 3. *„Der Fluggast soll sich bereits frühzeitig darüber informieren können, welche Beschränkungen generell und unter Umständen speziell für ihn bestehen. Unannehmlichkeiten für den Fluggast am Flughafen sollen so im Vorhinein vermieden werden“*.¹¹⁹²

Wird die Beförderung zulässigerweise aus den genannten Gründen verweigert, treffen die Verpflichteten bestimmte **Fürsorgepflichten**. Im Fall der Verweigerung einer Buchung hat sich das Luftfahrtunternehmen, dessen Erfüllungsgehilfe oder das Reiseunternehmen im Rahmen des Möglichen nach besten Kräften zu bemühen, dem betroffenen Passagier eine annehmbare Alternative zu unterbreiten. Wird jedoch die Anbordnahme verweigert, so muss der behinderten Person oder der Person mit eingeschränkter Mobilität sowie der allfälligen Begleitperson der Anspruch auf Erstattung oder anderweitige Beförderung gemäß Art 8 der Fluggastverordnung angeboten werden.¹¹⁹³ Ein Anspruch auf Rückflug zum Abflugort oder auf eine anderweitige Beförderung zum Endziel besteht auch hier nur, wenn sämtliche Sicherheitsanforderungen erfüllt sind. Macht das Luftfahrtunternehmen, dessen Erfüllungsgehilfe oder Reiseunternehmen von den Rechten nach Abs 1 oder Abs 2 *leg cit* Gebrauch, müssen sie die Passagiere unverzüglich über die Gründe dafür informieren, auf Antrag auch in Schriftform binnen fünf Werktagen ab Antragstellung, Art 4 Abs 4.

Der Fall des Art 4 Abs 1 lit a wird beispielsweise dann schlagend werden, wenn die Anzahl der beförderten Passagiere unter Berücksichtigung der Art ihrer Behinderung in Krisensituationen (etwa einer Notlandung) im Hinblick der für das jeweilige Fluggerät vorgesehenen Besatzungsstärke¹¹⁹⁴, eine Gefahr für die Sicherheit an Bord darstellen würde (zB Evakuierung blinder/sehbehinderter oder querschnittsgelähmter

¹¹⁹¹ Mangels Legaldefinition ist davon auszugehen, dass darunter angesichts der von der VO erfassten Personenkreise „geeignete („alternative“, siehe Erwägungsgrund 13, Anm) Formen“ zu verstehen sind, sodass auch blinde und sehbehinderte Passagiere in der Lage sind, sich zu informieren, vgl Art 14 Abs 3 der Fluggastverordnung; siehe auch *Schladebach*, Luftrecht (2007) Rz 467.

¹¹⁹² *Schladebach*, Luftrecht (2007) Rz 451.

¹¹⁹³ SWD (2012) 171 fin, 12 (http://ec.europa.eu/transport/passengers/air/doc/prm/2012-06-11-swd-2012-171_de.pdf) (16.02.2014).

¹¹⁹⁴ Verordnung (EG) Nr 216/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v 20. Februar 2008 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Europäischen Agentur für Flugsicherheit, zur Aufhebung der Richtlinie 91/670/EWG des Rates, der Verordnung (EG) Nr 1592/2002 und der Richtlinie 2004/36/EG, ABl L 2008/79, 1, Anhang IV 7 idgF.

Personen). ME kann nicht von den Unternehmen verlangt werden, dass sie in derartigen Fällen verpflichtet sind, eine höhere als für das jeweilige Fluggerät vorgesehene Anzahl von Flugbegleitern mitzunehmen, und dadurch uU aufgrund Platzmangels andere Passagiere nicht befördern zu können. Damit würden die Unternehmen gegen ihre Verpflichtungen aus der VO 261/2004 verstoßen.

4.4 Unterstützung von behinderten Passagieren und Passagieren mit eingeschränkter Mobilität

Wenngleich es sich dabei um kein subjektives Recht der von der VO 1107/2006 erfassten Personengruppen handelt, kommt die in Art 5 vorgesehene, die Leitungsorgane von Flughäfen treffende Verpflichtung, Ankunfts- und Abfahrtsorte innerhalb oder außerhalb der Abfertigungsgebäude innerhalb der Flughafengrenzen oder an einem Ort unter direkter Aufsicht des Leitungsorgans zu bestimmen, an denen die betroffenen Personengruppen ihre Ankunft bekannt geben und um Hilfe bitten können, diesen zugute. Diese Orte hat das Leitungsorgan nach Art 5 Abs 1 mit den Betroffenen und deren Verbänden festzulegen. Sie sind deutlich zu kennzeichnen und den Passagieren grundlegende Informationen über den Flughafen in zugänglicher Form zu vermitteln.

Eine weitere Erleichterung für blinde und mobilitätseingeschränkte Passagiere stellt die Verpflichtung von Luftfahrtunternehmen, ihren Erfüllungsgehilfen und Reiseunternehmen, zur Entgegennahme von Meldungen des Hilfsbedarfs von blinden und mobilitätseingeschränkten Personen im unter den Vertrag fallenden Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten dar. Dazu müssen die Verpflichteten nach Art 6 Abs 1 alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, damit die betroffenen Personengruppen an allen Verkaufsstellen, dazu zählen auch Telefon- und Internetverkaufsstellen, einen allfälligen Hilfsbedarf melden können.

Melden blinde und mobilitätseingeschränkte Personen ihren **Bedarf an Hilfeleistung** mindestens 48 Stunden vor der veröffentlichten Abflugzeit, müssen das Luftfahrtunternehmen, sein Erfüllungsgehilfe bzw das Reiseunternehmen, die mitgeteilten Informationen mindestens 36 Stunden vor der Abflugzeit an die Leitungsorgane des betreffenden Flughafens (Abs 2 lit a leg cit) und das ausführende Luftfahrtunternehmen, wenn die Buchung nicht direkt bei diesem vorgenommen wurde (Abs 2 lit b leg cit), weiterleiten. Sollte die Identität des Luftfahrtunternehmens zu diesem Zeitpunkt noch

nicht feststehen, sind die Informationen sobald wie möglich zu übermitteln. Treffen die in Abs 2 genannten Fälle nicht auf den konkreten Fall zu, sind die Informationen so rasch wie möglich weiterzuleiten, Art 6 Abs 3. Das ausführende Luftfahrtunternehmen trifft darüber hinaus die Pflicht das Leitungsorgan des Zielflughafens, sofern sich dieser im örtlichen Anwendungsbereich der VO befindet, über die Zahl der beförderten behinderten und mobilitätseingeschränkten Personen, die Unterstützungen nach Anhang I der Verordnung benötigen, sowie die Art der erforderlichen Hilfe, Abs 4 leg cit, zu informieren.

Die Problematik der Auslegung des Begriffs „Zielflughafen“ stellt sich hier nicht wie im Falle der VO 261/2004, da die Terminologie eine gänzlich andere ist. Somit kann auch die Judikatur des EuGH hierzu nicht übernommen werden. Im Zusammenhang mit Art 6 besteht aber insofern Klarheit, als gemäß Abs 2 ein vor dem Abflug zeitgerecht gemeldeter Hilfsbedarf ausdrücklich auch an Transitflughäfen (lit a) weiterzuleiten ist. Auffällig ist, dass gemäß Abs 4 nach dem Abflug das ausführende Luftfahrtunternehmen das Leitungsorgan des Zielflughafens so bald wie möglich über die Zahl der Passagiere die Hilfe angemeldet haben, sowie über die Art der benötigten Hilfeleistung informieren muss, diese Information aber offensichtlich nicht an den Transitflughafen weitergeleitet werden müssen. Diesem Umstand wird aber schon deswegen keine praktische Bedeutung zukommen, da nach Art 7 Abs 1 eine Verpflichtung zur Hilfeleistung dann besteht, wenn ein Hilfsbedarf gemäß Art 6 Abs 2 (und nicht nach Abs 4 leg cit), somit mind 48 Stunden vor der Abflugzeit, gemeldet worden ist.

Art 7 enthält sodann das Recht auf Hilfeleistung am Flughafen der von der VO erfassten Personengruppen. Die Art der zu leistenden Unterstützung ist in Anhang I der VO geregelt und enthält ua die Verpflichtung des Flughafen-Leitungsorgans dafür Sorge zu tragen, dass die behinderten und mobilitätseingeschränkten Personen bei der Abfertigung und Gepäckaufgabe (3. Spiegelstrich), beim Verstauen des (Hand-) Gepäcks im Luftfahrzeug (7. Spiegelstrich), etc unterstützt werden. Diese Verpflichtung besteht aber nach Art 7 Abs 1 nur dann, wenn das Bedürfnis der Passagiere nach Hilfe mind 48 Stunden vor der für den Flug veröffentlichten Abflugzeit dem ausführenden Luftfahrtunternehmen, seinem Erfüllungsgehilfen oder dem betreffenden Reiseunternehmen mitgeteilt worden ist. Wurden Hin- und Rückflug bei demselben Luftfahrtunternehmen gebucht, gilt diese Meldung auch für den Rückflug. Der Verpflichtung des Passagiers zur

rechtzeitigen Meldung vor dem Abflug wurde somit sogleich auch für den Rückflug entsprochen. Damit werden allenfalls drohende schikanöse mehrfache Meldeverpflichtungen unterbunden.

Wie schon in der VO 261/2004 fällt auf, dass der Begriff „**Flug**“ auch in der VO 1107/2006 nicht definiert ist. Dennoch ist davon auszugehen, dass der Begriff mit jenem der Fluggastverordnung ident und daher auch in gleicher Weise zu verstehen ist. Wie der EuGH zur Fluggastverordnung ausgeführt hat,¹¹⁹⁵ ist auch hier der Begriff im Lichte der Verordnung und den damit verfolgten Zielen zu sehen. Dass unter „Flug“ nicht Hin- und Rückflug verstanden werden können zeigt die Unterscheidung von „Abflugflughafen“ und „Zielflughafen“. Zusätzlich kennt die VO noch den „Transitflughafen“, weshalb ein „Flug“ auch dann vorliegen kann, wenn an einem Flughafen zwecks Umstiegs zwischengelandet, und danach der Transport zum Zielflughafen fortgesetzt wird. Zielflughafen ist wie das „Endziel“ gemäß der VO 261/2004 der Zielort, der auf dem am Abfertigungsschalter vorgelegten Flugschein bzw bei Anschlussflügen der Zielort des letzten Fluges. Für den Begriff „Flug“ ist daher auch hier – dies gilt für die gesamte VO 1107/2006 – auf die Buchung abzustellen, der Flug als eine **Einheit**¹¹⁹⁶ zu sehen. Wird somit nach Art 6 Abs 2 dem Luftfahrtunternehmen, dessen Erfüllungsgehilfen oder dem Reiseunternehmen rechtzeitig die Meldung des Hilfsbedarfs mitgeteilt, so muss die Information an alle in Abs 2 Genannten, die im Zusammenhang mit dem gebuchten Flug stehen, weitergeleitet werden. Bucht aber eine vom Anwendungsbereich erfasste Person voneinander unabhängige Flüge, die somit auch nicht auf einem Flugschein aufscheinen und zu denen sie daher auch nicht gleichzeitig abgefertigt werden kann, so besteht eine eigene Meldepflicht des Passagiers nach Art 6 Abs 2 bei jedem dieser (einzelnen) Flüge.

Ein anerkannter Begleithund darf zur Unterstützung des Passagiers zum Einsatz kommen, wenn das Luftfahrtunternehmen, sein Erfüllungsgehilfe oder das Reiseunternehmen in Übereinstimmung mit allenfalls vorhandenen nationalen Bestimmungen darüber informiert worden ist; das Leitungsorgan des Flughafens (dieses wird hier zwar nicht ausdrücklich als Verpflichteter genannt, doch ist aufgrund der Überschrift des Art 7, dem Telos der Bestimmung und Abs 1 leg cit iVm Anhang I, wonach das Leitungsorgan für die Abfertigung von anerkannten Begleithunden am Boden Sorge zu tragen

¹¹⁹⁵ Siehe S 97 ff.

¹¹⁹⁶ Siehe dazu im Zusammenhang mit der Fluggastverordnung S 105.

hat, davon auszugehen) hat diesfalls die entsprechenden Vorkehrungen zu veranlassen, Art 7 Abs 2. Aber auch für den Fall, dass ein Passagier entgegen Art 7 Abs 1 seine besonderen Bedürfnisse nicht (zeitgerecht) gemeldet hat, sieht die VO eine Hilfeleistungspflicht vor. Nach Art 7 Abs 3 muss sich das Leitungsorgan sodann bemühen, im Rahmen des Möglichen nach besten Kräften die im Anhang I genannten Hilfeleistungen so zu erbringen, dass der behinderte oder mobilitätseingeschränkte Passagier seinen gebuchten Flug antreten kann. An Stelle der Verpflichtung zur Hilfeleistung tritt die Verpflichtung zum Bemühen eine solche zu erbringen.

Art 7 Abs 4 legt Voraussetzungen für die Gültigkeit von Abs 1 *leg cit* fest, die jener von Art 3 Abs 2 lit a der Fluggastverordnung ähneln. Demnach gibt es zwei Möglichkeiten für die von der VO umfassten Personengruppen, um in den Genuss der Unterstützung nach Art 1 zu kommen. Der behinderte oder mobilitätseingeschränkte Fluggast findet sich selbst zeitgerecht zur Abfertigung ein. Dies ist entweder die vom Luftfahrtunternehmen, seinem Erfüllungsgehilfen oder dem Reiseunternehmen zuvor schriftlich bekannt gegebene Zeit (lit a Z i *leg cit*), oder falls dies nicht geschehen ist, spätestens eine Stunde vor der veröffentlichten Abflugzeit (lit a Z ii *leg cit*). Die andere Möglichkeit nach lit b *leg cit* ist, dass sich der Passagier an dem nach Art 5 ausgewiesenen Ort zeitgerecht einfindet, wobei für den Fall einer zuvor bekannt gegebenen Abfertigungszeit auf lit a *leg cit* verwiesen werden kann. Wurde jedoch im Vorhinein keine konkrete Zeit angegeben, muss sich der Passagier diesfalls bereits zwei Stunden vor der veröffentlichten Abflugzeit an dem nach Art 5 ausgewiesenen Ort einfinden.

So wie Art 7 Abs 1 die Pflichten des Leitungsorganes des Flughafens für den Abflug von Passagieren festlegt, geschieht dies durch die Abs 5 und 6 für den Transit bzw die Umbuchung auf einen anderen Flug und die Ankunft von Fluggästen. Auch hier muss jeweils die in Anhang I genannte Hilfe vom Leitungsorgan des Flughafens so erbracht werden, dass der Passagier seinen (Weiter-) Flug antreten kann, Abs 5 *leg cit*, oder dieser zu dem in Art 5 genannten Abfahrtsort gelangen kann, Abs 6 *leg cit*. Für Flugantritt, Transit bzw Umbuchung und Ankunft gilt gleichermaßen, dass die geleistete Hilfe, soweit das möglich ist, auf die besonderen Bedürfnisse der einzelnen Fluggäste zugeschnitten sein muss, Art 7 Abs 7.

4.5 Verpflichtete

Art 8 Abs 1 statuiert ausdrücklich, was bereits aus Art 7 hervorgeht, nämlich dass es dem Leitungsorgan des Flughafens obliegt, für die Leistung der in Anhang I normierten Hilfestellungen Sorge zu tragen, wobei den behinderten bzw mobilitätseingeschränkten Passagieren keine zusätzlichen Kosten aufgebürdet werden dürfen. Das Leitungsorgan kann, muss aber nicht, die Hilfe selbst erbringen. Diese kann auch von Dritten erbracht werden, wobei das Leitungsorgan dadurch ausdrücklich nicht von seiner Verantwortung entbunden wird; zudem müssen die Qualitätsstandards, die Art 9 vorsieht auch in diesem Fall eingehalten werden.¹¹⁹⁷ Der Vollständigkeit halber hingewiesen sei an dieser Stelle auf die Möglichkeit des Leitungsorganes eines Flughafens, von den Flughafennutzern zur Finanzierung dieser Hilfeleistungen eine Umlage einzuhoben, Art 8 Abs 3, wobei unter Flughafennutzer gemäß Art 2 lit g Luftfahrtunternehmen zu verstehen sind. Nähere Bestimmungen dazu enthalten die Abs 4 bis 6 leg cit.

Art 9 Abs 1 sieht vom Leitungsorgan unter Hinzuziehung der Flughafennutzer und bestimmten Verbänden festzulegende Qualitätsstandards für die den Fluggästen gemäß Anhang I der Verordnung zu erbringenden Hilfeleistungen vor. Diese Standards müssen „*international anerkannten Strategien und Verhaltenskodizes zur Erleichterung der Beförderung von behinderten Menschen und Personen mit eingeschränkter Mobilität (...) in vollem Umfang Rechnung*“ tragen, Abs 2 leg cit. Dazu ist beispielshalber der „Code of Good Conduct in Ground Handling for Persons with Reduced Mobility“¹¹⁹⁸ der ECAC¹¹⁹⁹ angeführt. Diese Qualitätsstandards müssen vom Leitungsorgan schließlich veröffentlicht werden, Abs 3 leg cit.

Während des Fluges obliegt die Verantwortung für die Hilfeleistung gemäß Art 10 ausschließlich dem Luftfahrtunternehmen.¹²⁰⁰ Diese hat ohne Aufpreis zu erfolgen und muss Anhang II der Verordnung entsprechen, wobei Voraussetzung dafür ist, dass der Passagier seinen Meldeverpflichtungen entsprochen, und sich rechtzeitig zur Abfertigung oder dem nach Art 5 ausgewiesenen Ort eingefunden hat. Anhang II enthält Verpflichtungen des ausführenden Luftfahrtunternehmens ua hinsichtlich der Sitzplatzwahl,

¹¹⁹⁷ Schladebach, Luftrecht (2007) Rz 460.

¹¹⁹⁸ https://www.ecac-ceac.org//publications_events_news/ecac_documents/codes_of_conduct → ECAC Code of Conduct — Ground Handling for Persons with Reduced Mobility (16.02.2014).

¹¹⁹⁹ Europäische Zivilluftfahrtkonferenz.

¹²⁰⁰ Schladebach, Luftrecht (2007) Rz 463.

auch was die Beförderung von Begleitpersonen betrifft, der Mitnahme von medizinischen Geräten und Mobilitätshilfen und – was insbesondere für behinderte bzw mobilitätseingeschränkte Passagiere aufgrund der Platzsituation an Bord eines Flugzeuges problematisch sein kann – Hilfeleistung beim Gang zur Toilette.

Ebenfalls bloß hingewiesen sei an dieser Stelle auf die Verpflichtung der Luftfahrtunternehmen und Leitungsorganen von Flughäfen, ihre Mitarbeiter, inkl der Mitarbeiter von Subunternehmen, für den Umgang mit den von der Verordnung erfassten Personengruppen entsprechend zu schulen, Art 11.

4.6 Entschädigung und Wahrung der Rechte

Art 12 regelt die Entschädigung für verlorene oder beschädigte Rollstühle sowie sonstige Mobilitätshilfen und Hilfsgeräte. Bei dieser Bestimmung handelt es sich allerdings um eine reine Verweisungsnorm. Kommt es während der Abfertigung oder Beförderung zu einem Verlust oder einer Beschädigung des genannten Equipments, „(...) *so wird der Fluggast, dem diese Ausrüstung gehört, gemäß den internationalen, gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Rechtsvorschriften entschädigt*“. Damit wird vor allem auf das MÜ bzw das WA, die VO 2027/97 nF und in Österreich insb auf die §§ 158, 160 LFG verwiesen. In einer Mitteilung der Kommission über den Umfang der Haftung von Luftfahrtunternehmen und Flughäfen für Zerstörung, Beschädigung oder Verlust von Mobilitätshilfen von Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität, zeigt die Kommission gestützt auf eine Studie¹²⁰¹ praktische Probleme beim Verlust oder der Beschädigung von Rollstühlen, sonstigen Mobilitätshilfen und Hilfsgeräten auf. Gleichzeitig erklärt die Kommission ihr Ziel, Verbesserungen bei den derzeit bestehenden Haftungsgrenzen für Reisegepäck erreichen zu wollen, wobei sie in ihren Schlussfolgerungen (Punkt 2 und 3) mehrere Ansatzpunkte aufzeigt.¹²⁰²

Art 13 enthält wie Art 15 Abs 1 der Fluggastverordnung zu Gunsten der Passagiere das Verbot der Rechtsbeschränkung. Für die Durchsetzung der VO haben die Mitgliedstaaten wie nach Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung gemäß Art 14 Abs 1 VO 1107/2006 Durchsetzungsstellen – im Gegensatz zur Fluggastverordnung räumt die Verordnung den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit ein, auch mehrere Stellen

¹²⁰¹ http://ec.europa.eu/transport/passengers/studies/doc/2007_06_30_compensation_thresholds.pdf (16.02.2014).

¹²⁰² KOM (2008) 510 endg.

damit zu betrauen – gegenüber der Kommission zu benennen, die die Wahrung der Rechte der Passagiere nach der VO sicherstellen, und die hierzu notwendigen Maßnahmen ergreifen müssen.¹²⁰³ Darüber hinaus hat diese Stelle auch die Einhaltung der Qualitätsstandards nach Art 9 Abs 1 zu überwachen.

Die in der Fluggastverordnung in Art 16 Abs 2 vorgesehene Beschwerdemöglichkeit findet sich in der VO 1107/2006 in Art 15 wieder, allerdings mit einer Abweichung. Einer möglichen Beschwerde, wie sie die VO 261/2004 vorsieht, vorgeschaltet ist hier eine verpflichtende Information an das Leitungsorgan des Flughafens bzw das betreffende Luftfahrtunternehmen. Dass eine solche dem Beschwerdeverfahren vorausgehen muss ergibt sich aus dem Wortlaut von Art 15 Abs 2, wo es bezogen auf Abs 1 *leg cit* heißt „*sofern der behinderte Mensch oder die Person mit eingeschränkter Mobilität auf diesem Wege nicht zufrieden gestellt wird, können Beschwerden (...) eingereicht werden*“. Kann also in direktem Kontakt mit dem Leitungsorgan oder dem Luftfahrtunternehmen keine für den Passagier befriedigende Lösung gefunden werden, kann sich dieser an die Beschwerdestelle wenden, welche – wie bei der Fluggastverordnung nach Art 16 Abs 2 – mit der Durchsetzungsstelle nach Abs 1 *leg cit* ident sein kann. Die Mitgliedstaaten können jedoch eine von der Durchsetzungsstelle bzw den Durchsetzungsstellen verschiedene Stelle mit dieser Aufgabe betrauen, Art 15 Abs 2. Wesentlich ist, dass wie schon bei der VO 261/2004, die Möglichkeit ein Beschwerdeverfahren nach Art 15 der VO 1107/2006 einzuleiten, die Option ein nationales Gericht anzurufen, unberührt lässt, Erwägungsgrund 15.

Über die Pflichten der Beschwerdestelle nach der Fluggastverordnung hinausgehend, sieht die VO 1107/2006 in Art 15 Abs 3 vor, dass, wenn eine Beschwerde eine Angelegenheit betrifft, die in die Zuständigkeit eines anderen Mitgliedstaates fällt, die Stelle diese Meldung an die zuständige Beschwerdestelle weiterleiten muss. Ein Fall, welcher in der VO 261/2004 nicht geregelt ist. Außerdem sieht die Verordnung in Abs 4 *leg cit* ihrem Grundgedanken der Hilfestellung entsprechend vor, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen zu setzen haben, damit die behinderten bzw mobilitätseingeschränkten Personen über ihre Rechte nach der VO 1107/2006 und die Möglichkeit einer Beschwerde bei der/den jeweiligen Stelle(n) unterrichtet werden. Dementsprechend wurde

¹²⁰³ Liste der Durchsetzungsstellen nach der VO 1107/2006:
http://ec.europa.eu/transport/passengers/air/doc/prm/2006_1107_national_enforcement_bodies.pdf
(16.02.2014).

auf der Homepage des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie ein barrierefreier Zugang¹²⁰⁴ zu diesen Informationen geschaffen.¹²⁰⁵

Nach Art 16 müssen die Mitgliedstaaten ähnlich der Regelung nach Art 16 Abs 3 der Fluggastverordnung Sanktionen für Verstöße gegen die VO festlegen, sowie die zu ihrer Anwendung erforderlichen Maßnahmen treffen. Auch hier haben die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend zu sein. Anders als bei der Fluggastverordnung müssen die Mitgliedstaaten die vorgesehenen Sanktionen sowie allfällige Änderungen dieser der Kommission unverzüglich mitteilen. Schließlich sieht Art 17 der VO 1107/2006 ebenfalls die Pflicht der Berichterstattung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der VO und die Ergebnisse, erforderlichenfalls mit Legislativvorschlägen, vor. Dieser Verpflichtung ist die Kommission am 11.04.2011 nachgekommen.¹²⁰⁶ In Ihrem Bericht nimmt sie Bezug auf die Ergebnisse zu zwei Studien¹²⁰⁷, einerseits betreffend die Bewertung der Funktionsweise der VO und andererseits hinsichtlich der in den Mitgliedstaaten geltenden Sanktionsregelungen bei Verstößen. Am 11.06.2012 hat die Kommission schließlich Auslegungsleitlinien veröffentlicht, die die Anwendbarkeit der VO 1107/2006 verbessern und erleichtern sollen.¹²⁰⁸ Hierzu ist anzumerken, dass es sich dabei – wie bei den Leitlinien eingangs festgehalten wird – um keine rechtsverbindliche Auslegung der VO handelt. Vielmehr sollen diese die praktische Rechtsanwendung vereinfachen.

¹²⁰⁴ <http://www.oegsbarrierefrei.at/videotext.asp?cid=21&vid=1081> (16.02.2014).

¹²⁰⁵ Anfragebeantwortung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie 26.04.2010, 4672/AB, S 5 GP 24.

¹²⁰⁶ KOM (2011) 166 endg.

¹²⁰⁷ Evaluierung der VO 1107/2006,

http://ec.europa.eu/transport/evaluations/doc/2010_reg_1107_2006.pdf (16.02.2014);

http://ec.europa.eu/transport/passengers/studies/passengers_en.htm (16.02.2014) → Report on the assessment on rules on penalties applicable to infringements to Regulation (EC) 1107/2006, concerning the rights of disabled persons and persons with reduced mobility when travelling by air, prepared by the law firm Philippe & Partners.

¹²⁰⁸ http://ec.europa.eu/transport/passengers/air/doc/prm/2012-06-11-swd-2012-171_de.pdf (16.02.2014).

5. Die VO über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten

Mit dieser VO¹²⁰⁹, welche am 01.11.2008 in Kraft getreten ist (siehe Art 28), sollten einerseits drei bereits bestehende Verordnungen aus Gründen der Klarheit zusammengeführt werden, Effizienzsteigerungen in mehrfacher Hinsicht erreicht, und unionsrechtliche Harmonisierungen und Verbesserungen erzielt werden.¹²¹⁰ Da die von der VO zu regelnden Bereiche nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft (heute Union) fielen, gelangte das Subsidiaritätsprinzip nach Art 5 Abs 2 EGV (heute Art 5 Abs 1 2. Satz und Abs 3 EUV) zur Anwendung, da die Ziele nicht ausreichend von den Mitgliedstaaten, sondern besser durch Maßnahmen der Gemeinschaft (heute Union) verwirklicht werden konnten.¹²¹¹ Gestützt auf Art 80 Abs 2 EGV (heute Art 100 Abs 2 AEUV) wurde im Wege des Mitentscheidungsverfahrens nach Art 251 EGV (heute iW Art 294 AEUV) gegenständliche VO erlassen.

Oben wurde bereits im Zusammenhang mit der Definition des Begriffs „Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft“ Bezug auf die VO 1008/2008 genommen.¹²¹² Diese enthält aber über die Details für die Betriebsgenehmigung zur Erbringung von Flugdiensten hinausgehend (ua) auch Bestimmungen zur Preisfestsetzung von Flugreisen, Kapitel IV (Art 22 ff). Angesichts der Thematik dieser Arbeit ist hier auch auf die in der VO verankerten Preisinformationspflichten Bedacht zu nehmen.

Zentrale Bestimmung ist Art 23, wo an öffentlich zugängliche Flugpreise (und Luftfrachtraten, welche jedoch hier nicht weiter von Interesse sind und daher ausgeklammert werden) für Flugdienste die von einem vom Anwendungsbereich des Primärrechts erfassten Hoheitsgebietes eines Mitgliedstaates angeboten oder veröffentlicht werden, bestimmte Anforderungen gestellt werden. So muss der vom Passagier zu zahlende Endpreis ausgewiesen werden, welcher den anwendbaren Flugpreis, sämtliche anwendbaren Steuern und Gebühren, sowie unvermeidbare und vorhersehbare Zuschläge und Entgelte zu enthalten hat. Zusätzlich sind getrennt davon der Flugpreis, die Steu-

¹²⁰⁹ VO (EG) Nr 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates v 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (Neufassung), ABi L 2008/293, 3 idgF.

¹²¹⁰ EuGH 19.07.2012, C-112/11, Erwägungsgrund 1 ff.

¹²¹¹ EuGH 19.07.2012, C-112/11, Erwägungsgrund 18.

¹²¹² Siehe S 82 f.

ern, die Flughafengebühren und sonstige Zuschläge, Gebühren und Entgelte (einzeln) aufzulisten.

5.1 Gültigkeit der Bestimmungen über die Preisfestsetzung auch für die Bewerbung von Flugreisen

Nicht eindeutig geklärt ist bis dato die Frage, ob die genannten Verpflichtungen nur für die eigentliche Buchung des Fluges gelten, oder aber losgelöst davon (im Vorfeld) auch allgemein für die Bewerbung von Flugleistungen. Dieses Problem wurde durch ein Urteil des OLG Hamburg virulent.¹²¹³ Dieses hatte (ua) geurteilt, dass die VO 1008/2008 nur die Preisfestsetzung im Rahmen einer Buchung regle, nicht jedoch den dieser vorgelagerten Bereich der Produktbewerbung. Hierfür würden (nur) die allgemeinen Regelungen wie jene des Verbots irreführender Werbung gelten.¹²¹⁴ Für *Führich* ist hingegen die Bestimmung des Art 23 Abs 1 der VO 1008/2008 auch auf die Bewerbung von Flügen (und zwar in allen Medien, auch im Internet) anwendbar.¹²¹⁵ Ebenso ist für *Schönheit* ein weiter Anwendungsbereich für Art 23 Abs 1 leg cit gegeben.¹²¹⁶ Auch *Saria* vertrat bereits nach Inkrafttreten der VO die Meinung, dass aufgrund des Wortlautes gemäß Art 23 leg cit der zu zahlende Endpreis immer auszuweisen sei.¹²¹⁷ Anderer Ansicht sind *Müggenborg/Frenz*, die offenbar von einer Anwendbarkeit erst bei Beginn einer Buchung ausgehen.¹²¹⁸

ME ist jener Rechtsansicht zu folgen, die von einem **weiten Anwendungsbereich** ausgeht. Schon der Wortlaut des Art 23 Abs 1 leg cit trifft keine Einschränkungen, die auf eine Anwendbarkeit nur im Zuge von Buchungen schließen lassen würden – im Gegenteil. Der erste Teilsatz des Abs 1 leg cit „*die der Öffentlichkeit zugänglichen*

¹²¹³ *Saria*, Unternehmensrechtliche Entwicklungen im Tourismusrecht, Jahrbuch Tourismusrecht 2011, 155 (172).

¹²¹⁴ OLG Hamburg 26.08.2010, 3 U 118/08, wrp 2011, 511 ff, <http://www.landesrecht.hamburg.de/jportal/portal/page/bshaprod.psml;jsessionid=D0EE59E4F4B727BF37EAB3766448FAB8.jpg4?showdoccase=1&doc.id=KORE223252010&st=ent> (16.02.2014) Rz 85.

¹²¹⁵ *Führich*, Reiserecht⁶ (2010) Rz 770,

¹²¹⁶ *Schönheit*, Aktuelle Probleme des Wettbewerbsrechts in der Touristik unter Berücksichtigung der UWG-Novelle 2008, RRa 2009, 127 (127).

¹²¹⁷ *Saria*, Unternehmensrechtliche Entwicklungen im Tourismusrecht unter besonderer Berücksichtigung wettbewerbs- und immaterialgüterrechtlicher Fragestellungen in *Saria* (Hrsg), Jahrbuch Tourismusrecht 2009, 117 ff (135, 137 f); noch deutlicher *Saria*, Unternehmensrechtliche Entwicklungen im Tourismusrecht, Jahrbuch Tourismusrecht 2011, 155 (172), wonach Art 23 Abs 1 der Fluggastverordnung aufgrund seines Wortlautes „(...) *alle erdenklichen Situationen (erfasse), in denen Preise der Öffentlichkeit zugänglich sind*“.

¹²¹⁸ *Müggenborg/Frenz*, Versteckte Servicegebühren bei Flugbuchungen im Internet, NJW 2012, 1537 (1537).

Flugpreise (...), die in jedweder Form (...) angeboten oder veröffentlicht werden (...)“ deutet eindeutig darauf hin, dass ein weiterer Anwendungsbereich gewollt ist. Allgemeiner als durch die genannte Formulierung hätte man den Anwendungsbereich nicht beschreiben können. Gerade die Wortwahl „(...) angeboten oder veröffentlicht (...)“ macht deutlich, dass über den Fall eines bestimmten Offerts hinaus auch das (diesem uU vorangehende) bloße Informieren über die genannten Produkte davon erfasst sein soll. Anstatt seine von der, soweit ersichtlich (siehe dazu auch *Saria*¹²¹⁹) herrschenden Lehre abweichende Rechtsansicht zu begründen, begnügt sich das OLG Hamburg damit, die Unanwendbarkeit des Art 23 Abs 1 der VO 1008/2008 auf der Buchung vorgelegte Bewerbungen zu konstatieren.

Zu der in Art 23 Abs 1 letzter Satz befindlichen Formulierung *„Fakultative Zusatzkosten werden auf klare, transparente und eindeutige Art und Weise am Beginn jedes Buchungsvorgangs mitgeteilt (...)“* ist auszuführen, dass sich „am Beginn jedes Buchungsvorgangs“ nur auf die fakultativen Zusatzkosten bezieht, andere Kosten aber nicht nur auf einen beginnenden Buchungsvorgang eingeschränkt erfasst werden. Dass der europäische Gesetzgeber das für die fakultativen Zusatzkosten Geltende nicht auch für die im ersten Absatz des Art 23 zuvor angeführten Posten gewollt hat, ist aus der sprachlichen Konstruktion der Bestimmung erkennbar. Die Mitteilungsverpflichtung erst am Anfang der Buchung bezieht sich klar nur auf die fakultativen Zusatzkosten, da sich diese Regelung im letzten, isoliert stehenden Satz des ersten Absatzes des Art 23 Abs 1 der Verordnung befindet. Hätte der Verordnungsgeber die gleiche Regelung für alle in Abs 1 leg cit gelisteten Beträge gewollt, so müsste man sich fragen, warum er nicht den Posten „Zusatzkosten“ auch in die Aufzählung des 2. Satzes der zitierten Bestimmung aufgenommen, und an deren Beginn den Wortlaut „Neben dem Endpreis ist am Beginn jedes Buchungsvorgangs mindestens Folgendes auszuweisen (...)“ oder Ähnliches gestellt hat. Der Wille des Gesetzgebers zu einer unterschiedlichen Handhabung ist aufgrund der Konstruktion der Bestimmung nicht zu leugnen.

Über den eindeutigen Wortlaut hinaus spricht jedoch auch Erwägungsgrund 16 für ein weites Verständnis der die Luftfahrtunternehmen treffenden Verpflichtungen nach Art 23 Abs 1 leg cit. Dort heißt es im ersten Satz: „Die Kunden sollten in der Lage sein, die Preise verschiedener Luftfahrtunternehmen für Flugdienste effektiv zu verglei-

¹²¹⁹ *Saria*, Unternehmensrechtliche Entwicklungen im Tourismusrecht, Jahrbuch Tourismusrecht 2011, 155 (172).

chen“. Der Gemeinschaftsgesetzgeber (heute Unionsgesetzgeber), der damit das Ziel der Bestimmung zum Ausdruck bringt, wollte es Verbrauchern erleichtern, sich am hart umkämpften Markt zurechtzufinden. Würde man nun eine Anwendbarkeit auf den Buchungsvorgang beschränken, so wäre der Schutz der Passagiere sehr stark eingeschränkt. Gerade der dem Buchungsvorgang vorgelagerten Bereich, nämlich jener der Information und Werbung, ist ausschlaggebend wenn es um die Möglichkeit des Vergleichens von Preisen geht, um eine (iS von Erwägungsgrund 16) effektive Vergleichbarkeit der Produkte zu ermöglichen. Gerade diesen auszunehmen würde die Regelung des Art 23 Abs 1 nahezu ad absurdum führen.

5.2 Die Judikatur des EuGH

Dem steht mE auch nicht das in der Rs C-112/11¹²²⁰ Gesagte entgegen. Zwar spricht dort der EuGH im Zusammenhang mit Art 23 Abs 1 wiederholt nur von der Anwendbarkeit im Zusammenhang mit dem Buchungsvorgang, allerdings ist dabei zu betonen, dass die Vorlagefrage entsprechend formuliert war. Während sie auf eine gänzlich andere Frage abzielte, auf die sogleich einzugehen sein wird, wurde prämissenartig vom vorlegenden Gericht die Vorlagefrage so formuliert, als wäre die Anwendbarkeit der genannten Bestimmung jedenfalls nur auf Buchungsvorgänge eingeschränkt. Im Ausgangsfall war dies auch nicht Gegenstand der rechtlichen Auseinandersetzung. Berücksichtigt man dies beim Studium des Urteiles, so kann man diesem sogar Argumente für einen weiten Anwendungsbereich des Art 23 Abs 1 VO 1008/2008 entnehmen. Losgelöst vom Anlassfall führt der EuGH nämlich aus, dass *„(...) bei der Auslegung einer Unionsvorschrift nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen sind, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden (...)“*, wozu der EuGH einige diesem Grundsatz (der seiner ständigen Rsp entspricht)¹²²¹ ansprechende Entscheidungen anführt.¹²²² Durch Interpretation ergäbe sich, *„(...) dass diese Bestimmung (gemeint ist Art 23 Abs 1, Anm) im Hinblick auf die Preise von Luftverkehrsdiensten Information und Transparenz gewährleisten soll und somit zum Schutz des Kunden, der diese Dienste in Anspruch nimmt, beiträgt“*.¹²²³ Wie zu Beginn ausgeführt, spricht dieser Schutzgedanke für einen weiten Anwendungsbereich. Nun könnte man freilich einwenden, der EuGH wolle mit der Formulierung *„(...) und somit zum*

¹²²⁰ EuGH 19.07.2012, C-112/11.

¹²²¹ Siehe FN 1022 .

¹²²² EuGH 19.07.2012, C-112/11 Rz 12.

¹²²³ EuGH 19.07.2012, C-112/11 Rz 13.

Schutz des Kunden, der diese Dienste in Anspruch nimmt, beiträgt“ zum Ausdruck bringen, nur der eigentliche Buchungsvorgang falle unter den Anwendungsbereich der Bestimmung. Das Gegenteil ist zutreffend. Die Interpretation durch den Gerichtshof ist mE so zu verstehen, dass durch die in Rede stehende Bestimmung für Information und Transparenz hinsichtlich der Preise von Luftverkehrsdiensten gesorgt werden soll, womit insbesondere zum **Schutz der Kunden** beigetragen wird. Am stärksten wirkt sich der durch diese Informationspflicht gewonnene Vorteil natürlich auf die Buchung selbst aus, weswegen der Gerichtshof auf diesen Moment abstellt. Allein dass sich der Passagier für die Buchung eines bestimmten Fluges entscheidet, dafür sind die im Vorfeld gemachten Anpreisungen und Informationen ausschlaggebend. Somit ist zu dieser Frage abschließend zu konstatieren, dass der sachliche Anwendungsbereich des Art 23 Abs 1 VO 1008/2008 ein weiter ist, der bereits jedes Veröffentlichen von Flugpreisen (innerhalb des örtlichen Anwendungsbereiches) erfasst, ungeachtet einer allfälligen Verbindung mit einem Buchungsvorgang.

In der zu Art 23 Abs 1 bislang ergangenen Entscheidung des EuGH war fraglich, welche Kosten im Zuge einer Buchung der detaillierten Informationspflicht unterliegen. Gilt dies auch für Kosten, die für die **Leistungen Dritter** anfallen? Im konkreten Fall ging es um das Entgelt für eine Reiserücktrittsversicherung, welches vom Vermittler der Flugreise für das Versicherungsunternehmen eingehoben wurde. Der EuGH kam dabei zu dem Schluss, derartige fakultative Zusatzkosten wären von Art 23 Abs 1 letzter Satz erfasst und müssten den dort genannten Anforderungen entsprechen, um den Kunden besonders darauf hinzuweisen. Auch im Hinblick auf eine mögliche Umgehung des Schutzes der VO könne es nicht darauf ankommen, wer Anbieter und wer (bloß) Vermittler einer Leistung sei. Entscheidend sei nur, „(...) dass sie (die Zusatzkosten, Anm) im Zusammenhang mit dem Flug selbst im Rahmen des zu dessen Buchung vorgesehenen Vorgangs angeboten werden“. ¹²²⁴ An dieser Stelle sei nochmals betont, dass mE der Wortlaut „(...) im Rahmen des zu dessen Buchung (...)“ aus den im konkreten Fall gegebenen Umständen resultiert und daraus keinesfalls auf die Anwendbarkeit des Art 23 Abs 1 nur im Zusammenhang mit der eigentlichen Buchung geschlossen werden kann. Es ist hier nochmals darauf hinzuweisen, dass „(...) ein Vorabentscheidungsver-

¹²²⁴ EuGH 19.07.2012, C-112/11 Rz 18.

fahren auch (...) durch den jeweiligen Fall konturiert wird (...).¹²²⁵ Die Bestimmung des Art 23 Abs 1 wird ergänzt durch Art 2, wonach der Zugang zu den nach Art 1 veröffentlichten Flugpreisen nur in einer nichtdiskriminierenden Weise hinsichtlich der Staatsbürgerschaft oder des Wohnsitzes/der Niederlassung erfolgen darf.

Gemäß Art 24 der VO 1008/2008 haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass die Bestimmungen zur Preisauszeichnung eingehalten werden, und für den Fall eines Verstoßes wirksame, verhältnismäßige und abschreckende **Sanktionen** festgelegt sind. Dieser Verpflichtung kam der österreichische Gesetzgeber durch Aufnahme des Art 23 der VO über die Informations- und Nichtdiskriminierungspflicht in § 9 Abs 5 des Preisauszeichnungsgesetzes¹²²⁶ nach. Zwar gewährt die VO keine von den Passagieren geltend zu machenden subjektiven öffentlichen Rechte, allerdings kommt den in Rede stehenden Bestimmungen mE der Charakter eines Schutzgesetzes iS von § 1311 ABGB zu.¹²²⁷ So weit ersichtlich war dies bislang weder in der Jud noch in der Literatur Gegenstand rechtsdogmatischer Überlegungen, jedoch gibt es ein Urteil des OGH zu einer vergleichbaren Regelung, welches darauf schließen lässt. So hat der OGH im Hinblick auf die V über Ausübungsvorschriften für das Reisebürogewerbe¹²²⁸, welche im Zusammenhang mit Pauschalreisen bestimmte Aufklärungspflichten des Reiseveranstalters bzw des Vermittlers dieser Reisen vorsieht, als Schutzgesetz iS von § 1311 ABGB qualifiziert.¹²²⁹ Wie dargelegt, soll die VO 1008/2008 (ua) dem Schutz der Kunden dienen, und hat daher das gleiche Ziel wie die V über Ausübungsvorschriften für das Reisebürogewerbe¹²³⁰. Abschließend kann hier festgehalten werden, dass somit im Falle eines Verstoßes gegen die Bestimmung des Art 23 der Geschädigte uU **Schadenersatzansprüche** gegen den gegen ein Schutzgesetz Verstoßenden geltend machen kann.

¹²²⁵ *Staudinger*, Das Urteil des EuGH in den Rechtssachen Sturgeon und Böck – Über den Wolken muss die Freiheit (zur Rechtsfortbildung) wohl grenzenlos sein, RRA 2010, 10 (12); siehe zur Wirkung von im Wege der Vorabentscheidung ergangener Urteile zB *Wegener* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 267 AEUV Rz 47 ff; *Ehrlicke* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 267 Rz 68 und 69.

¹²²⁶ Bundesgesetz über die Auszeichnung von Preisen (Preisauszeichnungsgesetz – PrAG) BGBl 1992/146 idgF.

¹²²⁷ Ebenso *Müggenborg/Frenz* zur Rechtslage in Deutschland; Versteckte Servicegebühren bei Flugbuchungen im Internet, NJW 2012, 1537 (1540).

¹²²⁸ V des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Ausübungsvorschriften für das Reisebürogewerbe BGBl II 1998/401.

¹²²⁹ OGH 18.09.2009, 6 Ob 142/09i mwN.

¹²³⁰ *Zechner*, Reisevertragsrecht (1989) Rz 243.

5.3 Anwendbarkeit auf Computerreservierungssysteme

Im Zusammenhang mit der VO 1008/2008 ist der Vollständigkeit halber aufgrund der Sachnähe noch die VO (EG) Nr 80/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über einen Verhaltenskodex in Bezug auf Computerreservierungssysteme und zur Aufhebung der VO (EWG) Nr. 2299/89 des Rates zu erwähnen (CRS-VO) ¹²³¹. Der Anwendungsbereich umfasst, wie bereits aus der Bezeichnung ersichtlich ist, „*alle in der Gemeinschaft angebotenen oder genutzten Computerreservierungssysteme (CRS) für Luftverkehrsprodukte*“, Art 1 erster Absatz leg cit. Der Fokus der VO liegt dabei auf einem unverfälschten Wettbewerb beim Verkauf von Flugscheinen.¹²³² Gemäß Art 5 Abs 1 CRS-VO dürfen die Daten über die Verkehrsdienste den Verbraucher nicht täuschen und sollten leicht zugänglich sein. Ergänzend dazu müssen bestimmte in Anhang I der VO festgelegte Vorschriften eingehalten werden. Erwägungsgrund 14 verweist auf die VO 1008/2008 und fügt hinzu: „*Die CRS-Anzeigen sollten Informationen über Preise, die jeweils die gleichen Preiskategorien einschließen, bereitstellen, um zu gewährleisten, dass Reisebüros diese Informationen an ihre Kunden weitergeben können*“. Saria fragt zu Recht nach dem Verhältnis von Art 23 Abs 1 VO 1008/2008 zu den gemäß in Art 5 Abs 1 iVm Anhang I Z 1 CRS-VO geregelten Vorschriften über die Anzeige von Preisen in CRS. Dabei kommt er überzeugend zu dem Schluss, dass Art 23 der VO 1008/2008 aufgrund seines großen Anwendungsbereiches auch den nach der CRS-VO geregelten Sachverhalt der Anzeige von Preisen für Luftverkehrsprodukte via CRS abdeckt und die CRS-VO somit nur ergänzende Klarstellungen trifft.¹²³³

¹²³¹ ABI L 2009/35, 47 idgF.

¹²³² Urlesberger, Europarecht: Das Neueste auf einen Blick, wbl 2009, 177 (177 f).

¹²³³ Vgl Saria, Unternehmensrechtliche Entwicklungen im Tourismusrecht unter besonderer Berücksichtigung wettbewerbs- und immaterialgüterrechtlicher Fragestellungen, Jahrbuch Tourismusrecht 2009, 117 (137 f); in diesem Sinne auch Urlesberger, Europarecht: Das Neueste auf einen Blick, wbl 2009, 177 (178).

V. Österreichisches Recht

1. Luftfahrtgesetz (LFG)

1.1 Allgemeines

Der Bund hat auf Grundlage von Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG im Bereich der Luftfahrt insbesondere das Luftfahrtgesetz¹²³⁴ (LFG) erlassen, welches in der Stammfassung mit seinen 153 Paragraphen das gesamte österreichische Luftfahrtwesen regeln sollte und in Übereinstimmung mit dem Abkommen über die zivile Luftfahrt¹²³⁵, abgeschlossen 1944 in Chicago,¹²³⁶ welchem Österreich 1948 beigetreten ist, stand.¹²³⁷ In den vorangegangenen Jahren galt in Österreich reichsdeutsches Recht. Mittels Verordnung über die Einführung deutschen Luftrechts im Lande Österreich vom 1. April 1938¹²³⁸ wurde das zuvor in Geltung stehende Gesetz betreffend die vorläufige Regelung der Luftfahrt¹²³⁹ aufgehoben und durch das deutsche Luftverkehrsgesetz¹²⁴⁰ sowie die Verordnung über den Luftverkehr¹²⁴¹ ersetzt.¹²⁴²

Im Jahr 1946 wurde mit der Kundmachung der provisorischen Staatsregierung vom 18. Oktober 1945 über die Aufhebung deutscher Rechtsvorschriften auf dem Gebiete der Behördenorganisation im Sinne des § 1 Abs 2 des Verfassungsgesetzes vom 1. Mai 1945, StGBI 6, über die Wiederherstellung des Rechtslebens in Österreich (Rechts-Überleitungsgesetz – R-ÜG) und des § 81 des Gesetzes vom 20. Juli 1945, StGBI 94 über die Überleitung der Verwaltungs- und Justizeinrichtungen des Deutschen Reiches in die Rechtsordnung der Republik Österreich (Behörden-Überleitungsgesetz – Behörden-ÜG) festgestellt, dass rückwirkend, nämlich mit 29. Juli 1945 unter anderem die Verordnung über die Einführung des deutschen Luftrechts im Lande Österreich vom 01.

¹²³⁴ BGBl 1957/253 idF BGBl I 2010/111.

¹²³⁵ Mit diesem sollte einerseits eine (neue) zivilrechtliche Regelung der Luftfahrt geschaffen, und die ICAO gegründet werden; vgl. *Schleicher/Reymann/Abraham*, Das Recht der Luftfahrt I (1960) 16; *Kehrberger*, IATA und IATA-Agentur, TranspR 1996, 131 (131).

¹²³⁶ Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt BGBl 1949/97 idF BGBl III 2008/115.

¹²³⁷ Sten Prot 02.12.1957, S 40 GP 8.

¹²³⁸ dRGBI I 355 (GBIÖ 1938/62).

¹²³⁹ StGBI 1919/578 idF StGBI 1935/208.

¹²⁴⁰ dRGBI I S 653, 21. August 1936.

¹²⁴¹ dRGBI I S 659, 21. August 1936 idF dRGBI I S 1387.

¹²⁴² *Stefula*, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001) 37 und *Raft-Marwil*, Das österreichische Luftrecht, ZVR 1956, 177 (178).

April 1938 außer Kraft getreten ist.¹²⁴³ Zuvor waren mit dem Verfassungsgesetz vom 01. Mai 1945¹²⁴⁴ das B-VG sowie sämtliche übrigen Bundesverfassungsgesetze und in einfachen Bundesgesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen gemäß dem Stand vom 05. März 1933 wieder in Kraft gesetzt worden.¹²⁴⁵ Davor wurden im erwähnten Rechtsüberleitungsgesetz¹²⁴⁶ als Verfassungsgesetz (und der darauf fußenden Kundmachung) das deutsche Luftverkehrsgesetz, so wie alle nach dem 13. März 1938 für die Republik Österreich erlassenen Gesetze und Verordnungen als österreichisches Recht in die Rechtsordnung der zweiten Republik übernommen, sofern diese nicht mit den Grundsätzen der Demokratie unvereinbar waren, nicht dem Rechtsempfinden des österreichischen Volkes widersprachen oder typisches Gedankengut des Nationalsozialismus enthielten.¹²⁴⁷

Dies hatte zur Folge, dass das materielle deutsche Luftrecht jahrelang in Österreich in Kraft blieb. Mit dem LFG erhielt Österreich 1957 schließlich ein neues Luftfahrtgesetz mit dem die zuvor gültigen reichsdeutschen Vorschriften¹²⁴⁸ größtenteils außer Kraft traten.¹²⁴⁹ Allerdings waren davon einige Teile ausgenommen, insbesondere die haftungsrechtlichen Bestimmungen des deutschen Luftrechts. Dementsprechend gelangten diese jahrzehntelang in Österreich zur Anwendung, bis am 10.07.1997 das österreichische LFG tiefgreifend novelliert worden ist.¹²⁵⁰ Mit dem BGBl I 1997/102 sollte unter anderem eine Änderung des Luftfahrthaftungsrechtes erfolgen, wobei die bis dahin in Geltung gestandenen Teile des LuftVG¹²⁵¹ in nicht unerheblichem Ausmaß in den neu geschaffenen 10. Teil des LFG übernommen worden sind.¹²⁵² Im neu geschaffenen § 174 Abs 2 LFG wurde damit einhergehend der Anwendungsbereich der durch die Novelle nicht außer Kraft gesetzten Bestimmungen des LuftVG betreffend Haftung und Versicherung hinsichtlich Schäden, die nach dem 31.12.1997 eingetreten sind, eingeschränkt. Auf alle nach diesem Zeitpunkt eingetretenen Schäden sind daher die Bestimmungen des LFG (§§ 146 bis 168) anzuwenden. Gleichzeitig wollte man Teile des

¹²⁴³ BGBl 1946/85.

¹²⁴⁴ Verfassungsgesetz v 1. Mai 1945 über das neuerliche Wirksamwerden des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 (Verfassungs-Überleitungsgesetz — V-ÜG) StGBI 1945/4.

¹²⁴⁵ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 49.

¹²⁴⁶ Verfassungsgesetz 01.05.1945 StGBI 6 über die Wiederherstellung des Rechtslebens in Österreich (Rechtsüberleitungsgesetz).

¹²⁴⁷ Raft-Marwil, Das österreichische Luftrecht, ZVR 1956, 177 (178).

¹²⁴⁸ Siehe § 152 LFG BGBl 1957/253.

¹²⁴⁹ Sten Prot 02.12.1957, S 40 GP 8.

¹²⁵⁰ ErläutRV 758 BlgNR zu BGBl I 1997/102 20. GP 14.

¹²⁵¹ Luftverkehrsgesetz dRGBI I 1936 S 653 (GBIÖ 1938/62).

¹²⁵² ErläutRV 758 BlgNR zu BGBl I 1997/102 20. GP 17 ff.

Gesetzes an die durch den Beitritt zur Europäischen Union geschaffene Rechtslage anpassen und generell eine Bereinigung und Vereinheitlichung des Rechtsbestandes erreichen.¹²⁵³ Im Zuge dieser Novelle wurden insbesondere die §§ 146 bis 168 eingefügt, in denen bis heute der 10. Teil des LFG, das Haftungs- und Versicherungsrecht geregelt ist. Die darauffolgenden Änderungen des LFG führten zu keinen nennenswerten Änderungen des 10. Teils, bis zur Novelle im Jahr 2006¹²⁵⁴ wo es zu umfangreichen Änderungen im LFG kam, vor allem auch im haftungs- und versicherungsrechtlichen Teil. Dies war aufgrund internationaler Entwicklungen (WA, MÜ) und gemeinschaftsrechtlicher (heute unionsrechtlicher) Regelungen, darunter die VO 261/2004¹²⁵⁵, welche gerade im Bereich der Passagierrechte zu fundamentalen Änderungen und Verbesserungen geführt hat, notwendig geworden.¹²⁵⁶

1.2 Passagierrechte im LFG?

Den durch das MÜ als auch durch die VO 2027/97 nF herbeigeführten Änderungen über die Haftung von Luftverkehrsunternehmen, sowie durch die VO 785/2004 eingeführten versicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen für Luftfahrzeuge und Luftfahrtunternehmen, wurde vom nationalen Gesetzgeber mit einer Änderung des LFG und des Bundesgesetzes über den zwischenstaatlichen Luftverkehr 1997 Rechnung getragen.¹²⁵⁷ Zusätzlich sollten die in der VO 261/2004 geschaffenen Rechte zu Gunsten der Fluggäste gefördert werden. Auch wenn bloße Verweise auf die völker- und unionsrechtlichen Vorgaben ausgereicht hätten, so entschied sich der nationale Gesetzgeber „nicht zuletzt aus Gründen der Rechtsklarheit“ dennoch für die Variante der Übernahme in das LFG selbst.¹²⁵⁸

Während die Stammfassung des LFG¹²⁵⁹ selbst keinerlei konkrete Rechte für Passagiere vorsah, auf welche sich diese hätten stützen können – in § 134 Abs 2 LFG BGBl 1957/253 war eine Verordnungsermächtigung für das Bundesministerium für Verkehr und Elektrizitätswirtschaft vorgesehen, wonach Sicherheitsmaßnahmen ua zur sicheren Beförderung von Personen und Sachen zu erlassen waren, und wurden auf die-

¹²⁵³ Vorblatt zu den ErläutRV 758 BlgNR zu BGBl I 1997/102 20. GP 13.

¹²⁵⁴ BGBl I 2006/88.

¹²⁵⁵ ABi L 2004/46, 1 idgF.

¹²⁵⁶ Vorblatt zu den ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 1 ff.

¹²⁵⁷ Änderung des Luftfahrtgesetzes und des Bundesgesetzes über den zwischenstaatlichen Luftverkehr 1997 BGBl I 2006/88.

¹²⁵⁸ Vorblatt zu den ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 1.

¹²⁵⁹ BGBl 1957/253.

ser Grundlage einerseits die Luftverkehrsbetreiberzeugnisverordnung¹²⁶⁰ erlassen, andererseits die Zivilluftfahrzeug-Ambulanz- und Rettungsflugverordnung¹²⁶¹, jedoch enthielten beide Verordnungen keinerlei Berechtigungen für Passagiere, die diese hätten geltend machen können – änderte sich das mit der oben genannten Novelle aus 2006. Anzumerken ist, dass es auch davor schon in den nach wie vor in Geltung stehenden Teilen des LuftVG Rechte, auf die sich die Passagiere berufen konnten gab, und wurden solche auch mit dem BGBI I 1997/102 im LFG selbst in dessen neu geschaffenen 10. Teil integriert.

Die **Novelle 2006** war seither im gegebenen Zusammenhang eine der bedeutendsten, da nie zuvor den Passagieren derartig viele Rechte im LFG selbst eingeräumt worden waren. Bemerkenswert an dieser Novelle ist vor allem auch, bedingt durch das MÜ sowie die VO 261/2004, dass mit dieser zwar formell Verwaltungsrecht geändert wurde, es sich materiell jedoch vor allem um Privatrecht handelt. *Aufner* spricht im Zusammenhang mit der Novelle vom „zivilrechtlichen Luftfahrtpaket“,¹²⁶² da neu eingeführte Bestimmungen über einen Unterlassungsanspruch, ein Streitbeilegungsverfahren, sowie der mit der Novelle neu eingeführte 10. Teil (der allerdings auch bereits zuvor existente Regelungen beinhaltet), zum Teil stark zivilrechtlich geprägt sind.

Auch wenn der Großteil der für den Passagier interessanten Bestimmungen wie in den vorangegangenen Kapiteln beschrieben, weiterhin nicht in einem österreichischen Materiengesetz selbst geregelt ist, so enthält das LFG mittlerweile einige Bestimmungen zu Gunsten von (in erster Linie) Passagieren, auf die im Folgenden eingegangen werden soll.

Bereits seit 1997 befindet sich das Haftungsrecht im 10. Teil des LFG, §§ 146 ff.¹²⁶³ Die §§ 148 ff, 2. Abschnitt des 10. Teils, regeln die Haftung für nicht beförderte Personen und Sachen (Drittschadenshaftung) und werden daher im gegebenen Zusammenhang keiner näheren Betrachtung unterzogen. Wesentlich ist jedoch der 3. Abschnitt des 10. Teils, §§ 156 ff LFG, welcher die Haftung aus dem Beförderungsvertrag regelt.

¹²⁶⁰ BGBI II 2008/254.

¹²⁶¹ BGBI 1985/126.

¹²⁶² *Aufner*, Das österreichische Luftfahrt-Haftpflichtrecht auf neuem Kurs, ZVR 2006/120 (358).

¹²⁶³ Änderung des Luftfahrtgesetzes BGBI 1997/102.

1.3 Haftung des Beförderers

Der 3. Abschnitt über die Haftung aus dem Beförderungsvertrag regelt grundsätzlich die Haftung des Beförderers gegenüber dem Passagier. In § 157 Abs 1 wird der Beförderer definiert als die Person welche „(...) mit dem Fluggast (...) oder mit einer für den Fluggast (...) handelnden Person den Beförderungsvertrag abgeschlossen hat (vertraglicher Beförderer) und wer aufgrund einer Vereinbarung mit dem vertraglichen Beförderer berechtigt ist, die Beförderung ganz oder zum Teil auszuführen (ausführender Beförderer)“. Die Definition wurde anlässlich der Änderung des LFG 2006 in das Gesetz eingefügt, womit die Terminologie der Art 39 und 40 des MÜ übernommen wurde.¹²⁶⁴ Das LFG erhielt damit erstmals eine Legaldefinition des Begriffs „**Beförderer**“. Neu ist nun, dass auch der ausführende Beförderer dem Passagier gegenüber aus dem Vertrag haftet und sich der Fluggast sowohl an diesen als auch an den vertraglichen Beförderer mit sämtlichen Ansprüchen nach diesem Abschnitt wenden kann (Haftung der Beförderer zur ungeteilten Hand).¹²⁶⁵ Vor dieser aus Gründen des MÜ geänderten Rechtslage entsprach der Begriff des „Beförderers“ dem „transporteur“ des WA, für welchen in der (nicht authentischen) deutschen Übersetzung die Bezeichnung „Luftfrachtführer“ verwendet wird.¹²⁶⁶ Folglich konnte sich der Passagier mit seinen Ansprüchen grundsätzlich nur an seinen Vertragspartner wenden, nicht jedoch an den tatsächlichen Beförderer, wenn es sich dabei nicht um ein und dieselbe Person handelte.¹²⁶⁷ Die neue Rechtslage hat für den einzelnen Passagier den Vorteil, dass er sich mit allfälligen Schadenersatzansprüchen an zwei Personen halten kann: Jedenfalls an den vertraglichen Beförderer und, wenn die faktische Beförderung ganz oder zum Teil durch einen anderen Beförderer durchgeführt wurde (ausführender Beförderer), dann auch gegen diesen, § 157 Abs 1 LFG. Ist dies der Fall, so haften der vertragliche und der ausführende Beförderer dem Passagier gegenüber zur ungeteilten Hand, letzterer jedoch nur hinsichtlich der von ihm faktisch ausgeführten Beförderungsteile, § 157 Abs 2 LFG.

In § 156 LFG wird die Haftung des Beförderers für seine Fluggäste festgelegt. Diese Bestimmungen sind zwar formell Verwaltungs-, materiell jedoch Zivilrecht und sind gemäß den in den §§ 6 f ABGB normierten Grundsätzen auszulegen.¹²⁶⁸ Mit dem

¹²⁶⁴ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 12.

¹²⁶⁵ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 12.

¹²⁶⁶ *Stefula*, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001) FN 154.

¹²⁶⁷ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 12.

¹²⁶⁸ *Stefula*, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001) 44.

BGBI I 2006/88 kam es in diesem Bereich zu einigen Änderungen. In Anlehnung an das MÜ haftet der Beförderer nun bis zu einem bestimmten Schadensausmaß ohne Rücksicht darauf, ob ihn oder seine Leute ein Verschulden trifft. Zur Anwendung gelangt die Bestimmung über die Haftung des Beförderers aus dem Beförderungsvertrag dann, wenn ein Passagier an Bord eines Luftfahrzeuges (oder eines selbständig im Fluge verwendbaren Luftfahrtgerätes) entweder durch einen Unfall getötet oder am Körper verletzt wird. Ebenso haftet der Beförderer, wenn sich der Unfall beim Ein- oder Aussteigen ereignet. Übersteigen die Schäden des Passagiers jedoch den Betrag von 113.100 SZR¹²⁶⁹ pro Fluggast, haftet der Beförderer nur bei Verschulden, oder wenn dieser ausschließlich auf ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten oder Unterlassen eines Dritten zurückzuführen ist. Diese (teilweisen) Haftungsbefreiungsmöglichkeiten kommen jedoch nur dann zur Anwendung, wenn der Beförderer deren Vorliegen beweisen kann. Dabei ist es unbeachtlich, ob die Beförderung entgeltlich oder unentgeltlich durchgeführt wird.¹²⁷⁰

In § 158 LFG ist die Haftung des Beförderers für beförderte Sachen geregelt. Nach Abs 1 leg cit haftet der Beförderer dem Fluggast gegenüber für sämtliche Schäden die durch Zerstörung, den Verlust oder die Beschädigung von Reisegepäck während der Beförderung auftreten. Darüber hinaus haftet der Beförderer auch für derart an nicht aufgegebenem Reisegepäck (insb Handgepäck)¹²⁷¹ und persönlichen Gegenständen des Fluggastes verursachte Schäden, allerdings mit der Einschränkung, dass der Schaden auf sein Verschulden oder das seiner Leute zurückzuführen ist, womit diese Bestimmung der Regelung des MÜ entspricht. Allerdings kommt diesfalls die Bestimmung des § 1298 ABGB¹²⁷² zur Anwendung, weshalb der Beförderer nachweisen muss, dass ihn kein Verschulden trifft, widrigenfalls er dem geschädigten Passagier gegenüber haftet. Dies wurde in den erläuternden Bemerkungen damit begründet, dass in den beiden letztgenannten Fällen der Passagier sein Gepäck selbst beaufsichtigen und für seine Verwahrung sorgen kann. Jedenfalls von einer Haftung befreit ist der Beförderer dann, wenn der Schaden nur auf die Eigenart des Frachtgutes oder Reisegepäckes oder einen diesem innewohnenden Mangel zurückzuführen ist, § 158 Abs 2 LFG. Auch diese For-

¹²⁶⁹ Erhöht von 100 000 SZR durch eine Änderung des MÜ, siehe S 81; BGBI I 2013/108.

¹²⁷⁰ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBI I 2006/88 22. GP 11 f.

¹²⁷¹ *Aufner*, Das österreichische Luftfahrt-Haftpflichtrecht auf neuem Kurs, ZVR 2006/120 (351).

¹²⁷² Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idgF.

mulierung gab es vor der großen Novelle des LFG durch BGBl I 2006/88 nicht und entstammt Art 17 Abs 2 des MÜ.¹²⁷³

Voraussetzung nach § 158 Abs 1 erster Satz LFG für eine Haftung des Beförderers wegen eines eingetretenen Schadens ist, dass dieser „*während der Beförderung*“ entstanden ist. Abs 1 zweiter Satz *leg cit* definiert den Begriff der **Beförderung** als „*Zeitraum, während dessen sich das (...) Reisegepäck auf einem Flugplatz, an Bord oder – bei der Landung außerhalb eines Flugplatzes – sonst in der Obhut des Beförderers*“ befindet. Diese Definition gab es ebenfalls im Zusammenhang mit der Haftung für beförderte Sachen bereits vor der großen Novelle 2006 und wurde inhaltlich durch diese nicht verändert. Eine der wesentlichsten Änderungen durch die Novelle 2006 war der Entfall eines Ausschlusses der Haftung des Beförderers bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen. Ging der Passagier zuvor leer aus, wenn der Beförderer beweisen konnte, dass er, seine Leute und sonstige Personen, welche er zur Erfüllung des Vertrages herangezogen hatte, alle erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung des Schadens getroffen haben oder dass sie diese Maßnahmen nicht treffen konnten,¹²⁷⁴ ist ein derartiger Entlastungsbeweis nun nicht mehr möglich. Nunmehr hat der Beförderer für aufgegebenes Reisegepäck verschuldensunabhängig zu haften, § 158 Abs 1.¹²⁷⁵

1.4 Haftungsbeschränkungen

Allerdings finden sich am Ende des Abschnittes (§ 160 LFG) auch betragsmäßige Haftungsbeschränkungen für den Fall der Zerstörung, des Verlustes oder der Beschädigung von Reisegepäck, wenn der eingetretene Schaden vom Beförderer, dessen Leuten oder Dritten, derer er sich zur Erfüllung seiner Verpflichtungen bedient hat, bloß leicht fahrlässig verursacht wurde. Unter Reisegepäck wird an dieser Stelle gemäß den Erläuterungen sowohl das aufgegebenen, als auch das nicht aufgegebenen Reisegepäck verstanden.¹²⁷⁶ Darüber hinausgehende Haftungsausschlüsse sind gemäß § 160 Abs 2 unzulässig und unwirksam. Auch hier wurde die entsprechende Regelung des MÜ übernommen, welches in den oben genannten Fällen bei leichter Fahrlässigkeit die Haftung der Höhe nach begrenzt (Art 22 Abs 2 und 3 MÜ).¹²⁷⁷ Zuvor war dies – in den Fällen

¹²⁷³ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 12.

¹²⁷⁴ § 155 iVm § 154 Abs 1 und Abs 2 LFG BGBl 1957/253 idF BGBl I 2006/27.

¹²⁷⁵ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 12.

¹²⁷⁶ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 12.

¹²⁷⁷ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 12.

des Verlustes oder der Beschädigung einer beförderten Sache, ebenfalls bei Vorliegen bloß leichter Fahrlässigkeit – nur dann zulässig, wenn es im Vorfeld eine diesbezügliche Vereinbarung zwischen den Parteien gegeben hatte, § 156 Abs 1 LFG aF¹²⁷⁸. Lediglich bei unentgeltlichen Beförderungen konnte die Haftung auch bei grober Fahrlässigkeit auf die für leichte Fahrlässigkeit vorgesehenen Beträge eingeschränkt werden. Diese Bestimmung wurde ersatzlos aus dem LFG gestrichen.

Gemäß den Materialien sollte mit der Änderung des § 156 aF das LFG an das MÜ angepasst werden, als *„Art 22 Abs 2 und 3 des MÜ in solchen Fällen eine betragsmäßige Haftungsbeschränkung statuiert, ohne dass dies gesondert vereinbart werden müsste“*. Die Beibehaltung einer entsprechenden Haftungsfreiheit erst aufgrund einer eigenen Vereinbarung würde zu einer *„kaum verständliche(n) Abweichung im Verhältnis zur Haftung bei einer internationalen Luftbeförderung führen“*.¹²⁷⁹ Wenngleich die Bestimmungen des Art 22 Abs 2 (Reisegepäck) und 3 (Frachtgut) iVm Abs 5 MÜ, welcher die Anwendbarkeit der Höchstbeträge für die Fälle der groben Fahrlässigkeit und des Vorsatzes ausschließt, inhaltsgleich übernommen wurden, so lässt das LFG eine dem MÜ in Art 22 Abs 2 und 3 enthaltene Regelung vermissen, nach welcher der Beförderer auch einen die normierten Haftungshöchstgrenzen übersteigenden Schaden zu ersetzen hat, wenn der Reisende/Absender bei der Übergabe der Sache das Interesse an der Ablieferung am Bestimmungsort betragsmäßig angegeben, und den dafür vom Beförderer verlangten Zuschlag entrichtet hat. Diese Bestimmung hat zur Folge, dass auf einem **Inlandsflug** (zB Innsbruck – Wien), bei dem das aufgegebene Gepäck des Passagiers durch eine leicht fahrlässige Handlung beschädigt wird, der Beförderer nur bis zu einem Betrag von max 1.131 SZR nach dem MÜ haftet. Hier gelangt jedoch die Bestimmung des Art 1 der VO 2027/97 nF zur Anwendung, welche den Anwendungsbereich der Bestimmungen des MÜ auf rein nationale Beförderungen ausweitet.¹²⁸⁰ Die Bestimmungen des Art 22 Abs 2 und 3 MÜ über die Möglichkeit der Angabe eines besonderen Interesses für Reisegepäck und der damit einhergehenden entsprechenden Erweiterung der Haftungshöchstbeträge gelten daher auch bei reinen Inlandsflügen, und war daher eine entsprechende Anpassung des LFG an das MÜ nicht notwendig.

¹²⁷⁸ Bundesgesetz vom 2. Dezember 1957 über die Luftfahrt BGBl 1957/253 idF BGBl I 2006/27.

¹²⁷⁹ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 12.

¹²⁸⁰ Siehe S 92.

Im Anschluss an § 160 LFG folgt der 4. Abschnitt des 10. Teils des LFG über „*Gemeinsame Bestimmungen für die Haftung*“. Dieser Abschnitt existierte bereits vor der großen LFG-Novelle 2006, wo er den 3. Abschnitt des 10. Teils bildete. Abgesehen von kleineren redaktionellen Anpassungen kam es bei ihm zu keinen Änderungen.

Gemäß § 161 LFG muss sich der Passagier/Geschädigte ein (Mit-) Verschulden seinerseits oder jemandes, dessen Verhalten er zu vertreten hat, an dem entstandenen Schaden gemäß § 1304 ABGB zurechnen lassen und den Schaden verhältnismäßig selbst tragen. Diese Bestimmung wurde durch BGBl I 1997/102 aus den §§ 20 und 29d LuftVG entnommen, der Formulierung des § 11 PHG¹²⁸¹ angepasst und ursprünglich als § 157 in das LFG eingefügt.¹²⁸²

1.5 Vorschussverpflichtung des Beförderers

In § 165 LFG, der vor Inkrafttreten der eben erwähnten Novelle Luftverkehrsunternehmen zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung für Fracht und Fluggastgepäck verpflichtete,¹²⁸³ wurde mit dieser Änderung eine Vorschusspflicht für Beförderer im Luftfahrtgesetz verankert. Die Regelung soll – wie die davor bestehende, und mit der Novelle aus dem LFG entfernte Verpflichtung zum Abschluss einer Unfallversicherung – „*einer ersten finanziellen Entlastung des Geschädigten dienen*“. Vorbild dafür waren sowohl das MÜ als auch die VO 2027/97 nF.¹²⁸⁴ Mit § 165 wurde das MÜ insofern ergänzt, als nach dessen Art 28 eine Verpflichtung des Luftfahrzeugführers zur Leistung von Vorauszahlungen lediglich dann besteht, wenn dies nach nationalem Recht vorgesehen ist. In § 166 LFG, welcher durch die Novelle BGBl I 2006/88 keine Änderung erfuhr, ist das direkte **Klagerecht** des Geschädigten (bzw seiner Angehörigen)¹²⁸⁵ geregelt. Demnach kann dieser den ihm nach § 165 LFG zustehenden Vorschuss nicht nur gegenüber dem Beförderer, sondern auch direkt gegen den Versicherer geltend machen. Diese (auch) für den Passagier günstige Regelung kommt jedoch nicht nur bei der Vorauszahlungspflicht, sondern bei allen ihm als Geschädigten zustehenden Schadenersatzansprüchen im Rahmen des jeweiligen Versicherungsvertrages zum Tragen, § 166 erster

¹²⁸¹ Bundesgesetz vom 21. Jänner 1988 über die Haftung für ein fehlerhaftes Produkt (Produkthaftungsgesetz) BGBl 1988/99 idGF.

¹²⁸² ErläutRV 758 BlgNR zu BGBl I 1997/102 20. GP 20.

¹²⁸³ Bundesgesetz v 2. Dezember 1957 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz) StF BGBl 1957/253 idF BGBl I 2006/27.

¹²⁸⁴ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 13.

¹²⁸⁵ *Aufner*, Das österreichische Luftfahrt-Haftpflichtrecht auf neuem Kurs, ZVR 2006/120 (356).

Satz LFG. Liegt einer der Fälle des § 156 Abs 1 LFG vor, so hat der Beförderer iVm § 165 Abs 1 leg cit einen Vorschuss zu leisten. Allerdings kann der Passagier zur Rückzahlung des erhaltenen Vorschusses verpflichtet werden, wenn ihn (oder eine Person dessen Verhalten er zu vertreten hat, § 165 Abs 3 iVm § 161 LFG) ein Mitverschulden trifft, oder die entschädigte Person keinen Anspruch auf Ersatz des Schadens hatte (§ 165 Abs 3 zweiter Satz, zweiter Fall). Außer diesen beiden Fällen ist der Empfänger der Vorauszahlung auch nicht zu ihrer Herausgabe verpflichtet, § 165 Abs 4 zweiter Satz LFG. Zudem muss sich der Passagier (Geschädigte) einen geleisteten Vorschuss auf bestehende Schadenersatzansprüche anrechnen lassen, § 165 Abs 4 erster Satz LFG.

Eine Pflicht zur Vorauszahlung besteht somit nur bei Schäden an Personen, nicht jedoch bei **Sachschäden**, so wie dies vom MÜ – einer nationalen Regelung vorbehalten – vorgesehen ist. In Anbetracht der dahingehenden Regelung durch die VO 2027/97 nF, die in ihrem Art 5 bereits vor der Änderung des § 165 LFG durch BGBl I 2006/88 eine inhaltsgleiche Regelung vorsah, ist der Sinn des § 165 in seiner heutigen Form fraglich. Mit diesem wird größtenteils lediglich unmittelbar anwendbares **Unionsrecht** in einem österreichischen (Verwaltungs-) Gesetz wiedergegeben. Eine solche **Wiedergabe** kann jedoch aus europarechtlicher Sicht problematisch sein, wie der EuGH bereits 1973 festgestellt hat.¹²⁸⁶ Gestützt auf Art 189 zweiter Satz EWG-Vertrag¹²⁸⁷ (heute Art 288 zweiter Satz AEUV), dem zufolge eine Verordnung allgemeine Geltung hat, in allen Teilen verbindlich ist und unmittelbare Geltung in jedem Mitgliedstaat besitzt, sowie auf Art 191 EWG-Vertrag (heute Art 297 Abs 2 AEUV), aufgrund dessen Verordnungen mit ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zu dem in ihnen oder in einem Verträge bestimmten Zeitpunkt in Kraft treten, hat der Gerichtshof entschieden, dass innerstaatliche Gesetze, die Vorschriften einer Verordnung lediglich wiedergeben, Unsicherheit über die Rechtsnatur dieser Vorschriften, als auch über den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens hervorrufen. Darum *„sind Vollzugsmodalitäten, die zur Folge haben können, dass der unmittelbaren Geltung der Gemeinschaftsverordnungen Hindernisse im Wege stehen, wodurch deren gleichzeitige und einheitliche Anwendung in der gesamten Gemeinschaft auf Spiel gesetzt wird, mit dem Vertrag nicht vereinbar“* und daher unzulässig.¹²⁸⁸ Einige Jahre später hat der EuGH diesen Grundsatz insofern eingeschränkt, als nationale Gesetze *„im Interesse ihres inneren Zusammenhangs und*

¹²⁸⁶ EuGH 07.02.1973, Rs 39/72, *Kommission/Italien*, Slg 1973, 101.

¹²⁸⁷ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 25.03.1957.

¹²⁸⁸ EuGH 07.02.1973, 39/72, *Kommission/Italien*, Slg 1973, 101 Rz 17.

ihrer Verständlichkeit für die Adressaten bestimmte Punkte der Gemeinschaftsverordnungen wiederholen“ dürfen.¹²⁸⁹ Dabei ist besonderes Augenmerk auf die Formulierung „bestimmte Punkte“ zu legen, woraus geschlossen wird, dass das Wiederholen einer gesamten VO (jedenfalls) unzulässig ist. Diese Ausnahme wurde vom EuGH¹²⁹⁰ im Fall der Implementierung eines Systems entwickelt, das „nicht allein durch die Gemeinschaftsverordnungen ins Werk gesetzt werden“ konnte.¹²⁹¹ Ein ähnlicher Fall ist beim LFG gegeben. Vor der großen Novelle durch BGBl I 2006/88 war eine Vorschusspflicht im LFG nicht enthalten, obwohl diese bereits auf völker- (aufgrund Art 28 MÜ, allerdings vorbehaltlich einer Verpflichtung im jeweiligen nationalen Recht) und gemeinschaftsrechtlicher (Art 5 VO 2027/97 nF) Ebene bestand und daher auch in Österreich gültig und anwendbar war. Im LFG vorgesehen war in § 164 Abs 1 eine Verpflichtung des Halters eines Luftfahrzeuges zum Abschluss einer Unfallversicherung für die Fluggäste. Diese sollte einer ersten finanziellen Entlastung des Geschädigten dienen – ein Ziel, das jedoch auch das MÜ und die VO 2027/97 nF mit der dort jeweils normierten Verpflichtung zur Leistung von Vorschüssen verfolgten. Aus diesem Grund wurde das damals im LFG vorgesehene System der Unfallversicherung auch nicht übernommen.¹²⁹² Hätte der Gesetzgeber nun die Unfallversicherung, wie sie vor der Novelle durch das BGBl I 2006/88 bestand, gestrichen ohne die (ohnehin geltende) Vorschusspflicht eigens in das LFG aufzunehmen, so hätte dies auf den ersten Blick zu der Annahme führen können, der Gesetzgeber hätte sich bewusst gegen ein solches System entschieden, und als wäre die nunmehrige Rechtslage für die Passagiere nachteiliger. Durch die Aufnahme mit der teilweisen Wiederholung (auch) von Bestimmungen aus der VO 2029/97 nF konnte dem vorgebeugt werden. ME liegt hier somit ein der Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1985 in Sachen *Kommission/Italien* vergleichbarer Fall vor, nach dem die Wiederholung von Vorschriften einer Verordnung zulässig ist im Sinne des „inneren Zusammenhangs“ und der „Verständlichkeit für die Adressaten“. Zudem konnte der Gesetzgeber mit der Übernahme der Vorschusspflicht in das LFG „(...) unentgeltliche Flüge im Rahmen des Flugsports (...)“ (§ 165 Abs 1 letzter Satz), davon ausnehmen. Dies war zulässig, da das MÜ gemäß Art 1 Abs 1 nur entgeltliche Flüge erfasst, und die VO 2027/97 nF dieses umsetzt und hinsichtlich der Frage der Entgeltlichkeit keine zusätzlichen Bestimmungen trifft. Somit verstößt die partielle

¹²⁸⁹ EuGH 28.03.1985, 272/83, *Kommission/Italien*, Slg 1985, 1057 Rz 27.

¹²⁹⁰ EuGH 28.03.1985, 272/83, *Kommission Italien*, Slg 1985, 1057 Rz 27.

¹²⁹¹ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁴ (2011) 149.

¹²⁹² ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 13.

(systematische) Wiedergabe des Inhalts der Verordnung im konkreten Fall nicht gegen Unionsrecht.

Statt der bloßen Wiedergabe der Verordnungsbestimmungen hätte der nationale Gesetzgeber aber eine weitere Verbesserung des Schutzes der Passagiere durch die Einführung einer gleichartigen Vorschusspflicht auch für die Fälle des § 158 LFG, zumindest aber für aufgegebenes Reisegepäck (und Frachtgut), vorsehen können. Eine diesbezügliche Regelung wäre jedenfalls mit dem MÜ vereinbar gewesen, da dieses nur Mindeststandards setzt.¹²⁹³ Nach *Ruhwedel* ist schon der Überschrift des MÜ zu entnehmen, dass dieses nur „bestimmte Vorschriften“ „über die Beförderung im internationalen Luftverkehr“ vereinheitlichen soll.¹²⁹⁴ Auch die VO 2027/97 nF stünde einer derartigen Regelung nicht entgegen, da sie den Fall von Schäden an beförderten Sachen nicht eigen behandelt, sondern diesbezüglich lediglich das MÜ zur Anwendung gelangt, Art 1. Daran vermag auch Art 29 MÜ nichts zu ändern, wonach ua bei der Beförderung von Reisenden und Gepäck ein Anspruch auf Schadenersatz nur unter den Voraussetzungen und Beschränkungen geltend gemacht werden kann, die im MÜ selbst vorgesehen sind. Diese Bestimmung bezieht sich nämlich nach der wohl hM ausschließlich auf die Art 17 bis 19 MÜ.¹²⁹⁵ Eine solche **erweiterte Vorschusspflicht** im LFG wäre somit weder völker- noch europarechtswidrig und würde einen zusätzlichen Vorteil für Reisende bringen. Allerdings ist zu vermuten, dass eine solcherart verpflichtende Leistung zu Vorauszahlungen bei den Beförderern wohl auf heftigen Widerstand stoßen würde. Eventuell könnten dahingehende Bedenken dadurch zerstreut werden, indem die Bestimmungen über die Rückzahlungsverpflichtung von Personen, welche einen Vorschuss erhalten haben, im Hinblick auf beförderte Sachen ausgeweitet werden. Derzeit sieht das LFG in Anlehnung an die VO 2027/97 nF eine solche Verpflichtung nur in zwei Fällen vor, nämlich wenn der Passagier keinen Anspruch auf Schadenersatz hatte oder insoweit ihn am Schaden ein Mitverschulden trifft. Diese Regelung ist insofern für den Beförderer von Nachteil, als er zB einen zu hohen Vorschuss nicht mehr zurückverlangen kann. Stellt sich somit beispielsweise eine Verletzung im Nachhinein als geringer dar als ursprünglich angenommen und übersteigt der geleistete Vorschuss daher den

¹²⁹³ *Schmid*, Das Zusammenspiel von internationalen und europäischen Vorschriften zur Haftung für Passagier- und Gepäckschäden im internationalen Luftverkehr RRA 2004, 201.

¹²⁹⁴ *Ruhwedel*, MÜ vs Warschauer System, TranspR 2008, 89 (98).

¹²⁹⁵ *Giemulla* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), MÜ (Loseblattsammlung, 32. Lfg 2009) Art 29 Rz 15; *Reuschle*, MÜ² (2011) Art 29 Rz 9; *Schütz* in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (Loseblattsammlung, 9. Lfg II 2009) Anh II § 452 Art 29 MÜ Rz 2.

entstandenen Schaden, so kann der Betrag nach dem LFG – genauso wenig wie nach der VO 2027/97 nF – zurückgefordert werden.¹²⁹⁶ Für den von den internationalen Übereinkommen nicht geregelten Bereich der Vorauszahlungen für die Haftung von beförderten Sachen könnte daher betreffend die Rückzahlungsverpflichtung vorgesehen werden, dass die Bestimmung des § 165 Abs 3 wie folgt erweitert wird: *„In den Fällen des § 158 Abs 1 können Vorschüsse darüber hinaus dann zurückgefordert werden, wenn deren Höhe den entstandenen Schaden übersteigt“*. Somit könnte sichergestellt werden, dass Vorschüsse für beschädigte Sachen einerseits bei Mitverschulden des Geschädigten oder einer ihm zurechenbaren Person sowie im Fall eines fehlenden Anspruchs auf Schadenersatz zu zahlen sind, diese allerdings vom Leistenden wieder zurückgefordert werden können. Eine derartige Rückzahlungsverpflichtung wäre aus den gleichen wie bei der erweiterten Vorschusspflicht angeführten Gründen völker- und europarechtskonform. Art 20 MÜ nennt als Haftungsbefreiungs-/Rückzahlungsgrund das Mitverschulden, Art 5 Abs 3 VO 2027/97 nF erweitert diesen um den Fall des Nichtvorliegens eines Schadens. Diese beiden Rückforderungsgründe sind daher insofern zwingend, als sie weder erweitert, noch eingeschränkt werden dürfen (arg *„nur in den Fällen“*). Da das MÜ aber nur Mindeststandards setzt und die VO 2027/97 nF den Fall der Haftung für beförderte Schäden nicht eigens (abweichend vom MÜ) regelt, hätte der nationale Gesetzgeber ohne weiteres einen solchen Rückforderungsgrund zusätzlich zu den bereits (zwingend) bestehenden für den (von den genannten Regelungswerken nicht erfassten) Fall des Vorschusses bei aufgegebenem Reisegepäck einführen können. Um Unbilligkeiten zu vermeiden sollte hierbei aber eine gewisse Grenze eingeführt werden, unter deren Erreichen eine solche Vorschusspflicht für beschädigte Sachen nicht besteht. Dies könnte entweder eine bestimmte Summe und/oder eine entsprechende Angabe des Interesses im Sinne der Art 22 Abs 2 und 3 MÜ iVm Art 1 VO 2027/97 nF sein, die eine Voraussetzung für eine solche Vorschussverpflichtung darstellen könnten. Gewiss stellt der Ersatz von Schäden an Personen den bedeutenderen Fall dar, sollen dadurch doch Versorgungsengpässe wie zB durch Entfall des Ernährers der Familie verhindert werden.¹²⁹⁷ Die derzeitige Regelung bringt es jedoch mit sich, dass selbst bei kleinen Blessuren Vorschüsse geleistet werden müssen, da eine Wertgrenze bei der Vorschusspflicht nicht eingeführt worden ist. Dies kann zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, dass

¹²⁹⁶ Gansfort, Praktische Anmerkungen zu der Europäischen Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Flugunfällen mit Personenschäden, ZLW 1998, 263 (274).

¹²⁹⁷ Gansfort, Praktische Anmerkungen zu der Europäischen Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Flugunfällen mit Personenschäden, ZLW 1998, 263 (275).

für eine leichte Verletzung am Fuß durch einen Getränkewagen¹²⁹⁸ seitens des Beförderers ein Vorschuss zu leisten ist, wenn jedoch der teure (und vielleicht dringend benötigte) Laptop eines Passagiers durch ein Verschulden des Kabinenpersonals (gemäß Art 17 Abs 2 letzter Satz MÜ haftet der Luftfrachtführer auch für nicht aufgegebenes Gepäck, wenn der Schaden durch sein Verschulden oder das seiner Leute verursacht worden ist) unbrauchbar geworden ist, der Passagier die Reparatur bzw die wiederholten Anschaffungskosten zumindest vorübergehend selbst zu tragen hat. Ein Ergebnis, das nicht im Sinne des Schutzes der Passagiere sein kann. Dazu zählt auch, dass die nach Art 16 der Fluggastverordnung einzurichtende/n Stelle/n nicht zuständig ist/sind sicherzustellen, dass die den Passagieren hinsichtlich ihres Gepäcks zustehenden Rechte gewahrt werden,¹²⁹⁹ da die VO 261/2004 hinsichtlich des Gepäcks keinerlei Regelungen enthält, welche auch vom nationalen Gesetzgeber nicht vorgesehen worden sind.

1.6 Unterlassungsanspruch und Streitbeilegungsverfahren

Vollkommen neu im System des LFG und durch die VO 261/2004 notwendig geworden, sind die §§ 113 und 139a. Gemäß § 113 Abs 1 LFG kann ein Luftfahrtunternehmen auf Unterlassung geklagt werden, wenn es gegen bestimmte Ge- oder Verbote aus der VO 261/2004 verstößt und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt werden. Schon aus der Formulierung des Abs 1 geht hervor, dass nicht jeder Einzelne klagslegitimiert ist. Es handelt sich um eine **Verbandsklagemöglichkeit** die in ihrer Ausgestaltung § 28a KSchG entspricht. Unter anderem die klassischen Verbraucherschutzverbände wie der VKI und der ÖGB sind zur Geltendmachung befugt;¹³⁰⁰ der Kreis der Berechtigten entspricht dem des Art 29 Abs 1 KSchG.¹³⁰¹

¹²⁹⁸ Gansfort, Praktische Anmerkungen zu der Europäischen Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Flugunfällen mit Personenschäden, ZLW 1998, 263 (275).

¹²⁹⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. Eine europäische Perspektive für Reisende: Mitteilung über die Rechte der Benutzer aller Verkehrsträger; KOM (2011) 898, 14 v 19.12.2011.

¹³⁰⁰ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 9.

¹³⁰¹ Aufner, Das österreichische Luftfahrt-Haftpflichtrecht auf neuem Kurs, ZVR 2006, 349 (357).

2. Das Streitbeilegungsverfahren nach § 139a LFG

Neu eingeführt wurde mit § 139a LFG ein eigenes **Streitbeilegungsverfahren**, wonach Fluggäste und Luftfahrtunternehmen Streit- oder Beschwerdefälle wegen behaupteter Verstöße gegen Ge- oder Verbote der VO 261/2004 dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie vorlegen können, Abs 1 leg cit. Die Bestimmung hatte ursprünglich nur zwei Absätze, die im Wesentlichen den heutigen Absätzen 1 und 3 entsprachen. Absatz 2, der inhaltlich mit Absatz 1 ident ist, etabliert das Streitbeilegungsverfahren für behinderte Fluggäste und Flugreisende mit eingeschränkter Mobilität,¹³⁰² nach der Verordnung Nr. 1107/2006. Der nationale Gesetzgeber war, wie bereits geschildert wurde, aufgrund der genannten Unionsrechtsakte zur Etablierung eines solchen Verfahrens verpflichtet.

In der Regierungsvorlage zu der Änderung des LFG aufgrund der Fluggastverordnung wurde noch die **Austro Control GmbH** als zuständige Stelle für das Streitbeilegungsverfahren vorgesehen. Im Zuge des parlamentarischen Prozesses wurde von dieser problematischen Lösung jedoch Abstand genommen. Die Austro Control GmbH, die für die Zuteilung von Luftverkehrsbewegungsmöglichkeiten zuständig ist, wäre wohl selbst oft in kritische Fälle involviert, und damit Partei gewesen, gerade was Fälle von Flugverspätungen anbelangt.¹³⁰³ Mit dem Bundesminister wurde eine verhältnismäßig objektive Alternative gefunden.

Zentrales Element der Bestimmung von § 139a LFG ist, dass der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie als zuständige Stelle zwischen den Parteien des Verfahrens, den Fluggästen und den Luftfahrtunternehmen, eine einvernehmliche Lösung anzustreben, oder den Parteien seine Ansicht zum strittigen Fall mitzuteilen hat, Abs 1 und Abs 2, jeweils vorletzter Satz leg cit. Diese Mitteilung hat für die Parteien jedoch keine bindende Wirkung.¹³⁰⁴ Im ersten Satz des Abs 1 ist ausdrücklich klargestellt, dass außerdem die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte durch diese Bestimmung unberührt bleibt. Den Fluggästen wird daher durch das Streitbeilegungsverfahren nicht die Möglichkeit genommen ihre Ansprüche (auch) am Zivilrechtsweg geltend zu

¹³⁰² BGBl I 2008/83.

¹³⁰³ Sten Prot 24.05.2006, 153. Sitzung 22. GP 62.

¹³⁰⁴ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 9.

machen. Wesentlich ist, dass die Luftfahrtunternehmen (und Zivilflugplatzhalter¹³⁰⁵ gemäß Abs 2 leg cit aufgrund der VO 1107/2006, da diese im Gegensatz zur VO 261/2004 über die Luftfahrtunternehmen hinaus, auch die Leitungsorgane von Flughäfen erfasst) verpflichtet sind, an einem solchen Verfahren mitzuwirken sowie alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen vorzulegen, wenn ein solches Streitbeilegungsverfahren initiiert wird. Eine Verpflichtung zur Teilnahme von Fluggästen an einem solchen Verfahren ist hingegen nicht vorgesehen. Eine derartige **Streitbeilegungsstelle** musste von Österreich aufgrund Art 16 Abs 2 der VO 261/2004 sowie Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 benannt werden um sicherzustellen, dass die in ihr normierten Fluggastrechte gewahrt werden. Zudem muss auch eine Stelle vorhanden sein, die Möglichkeiten (Maßnahmen) zur Sicherstellung der Wahrung der Rechte der Fluggäste hat. Der Streitbeilegungsstelle und ihrer rechtlichen Umsetzung in Österreich ist weiter unten ein eigener Teil gewidmet.¹³⁰⁶ Diese einzurichtende Stelle wurde mitsamt den an sie gestellten Mindestanforderungen in § 139a LFG gesetzlich verankert und als „Servicestelle für Fluggastrechte im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie“ eingerichtet.¹³⁰⁷ Vorbild des mit dem BGBl I 2006/88 eingeführten Streitbeilegungsverfahrens war § 122 TKG 2003^{1308 1309}.

Doch schon vor der Einführung des § 139a LFG gab es in Österreich zwei Stellen, welche mit der Wahrnehmung dieser Aufgaben betraut waren, was aus einer Anfragebeantwortung¹³¹⁰ der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz aus dem Jahr 2006 hervorgeht, wonach gemäß der Praxis die durchsetzende Stelle nach Art 16 Abs 1 der VO 261/2004 bei der Obersten Zivilluftfahrtbehörde im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, die Beschwerdestelle nach Art 16 Abs 2 der VO bei der Sektion Konsumentenschutz des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz angesiedelt war. Letzteres

¹³⁰⁵ Der Begriff „Zivilflugplatzhalter“ ist im LFG nicht definiert. Unter „Halter“ versteht man allgemein eine Person, „(...) die eine Sache auf eigene Rechnung und Gefahr betreibt“, wobei es sich nicht um den Eigentümer handeln muss; vgl *Spitzer*, Halter, in *Welser* (Hrsg), Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (2005) 262.

¹³⁰⁶ Siehe dazu die S 255 ff.

¹³⁰⁷ <http://www.bmvit.gv.at/verkehr/luftfahrt/flugreisende/fluggastrechte.html> (16.02.2014).

¹³⁰⁸ Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 - TKG 2003) StF BGBl I 2003/70 idF BGBl 2005/133.

¹³⁰⁹ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 9.

¹³¹⁰ Sten Prot 12.07. 2006, 158. Sitzung 22. GP 22, 4170/AB zu 4213/J.

wohl aufgrund der in der Anlage zu § 2 des Bundesministeriengesetzes (BMG)¹³¹¹ lit J enthaltenen Zuständigkeiten, welche in Ziffer 16 ua Angelegenheiten der Konsumentenpolitik einschließlich des Konsumentenschutzes umfassten, insbesondere auch Beschwerden in Konsumentenangelegenheiten. Dazu ist anzumerken, dass eine bloße Zuweisung eines Wirkungsbereiches zu einem bestimmten Bundesministerium – im Gegensatz zu einer solchen in einem Materiengesetz – noch keine Zuständigkeit zur Setzung von Verwaltungsakten begründet, Art 18 Abs 1 und 2 B-VG. Stattdessen kommt es dadurch nur zu einer allgemein Übertragung der Leitung und Verwaltung von bestimmten Sachgebieten.¹³¹²

De facto wurden daher im Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz Anfragen von Passagieren beantwortet und einzelne Beschwerden zur näheren Prüfung an die durchsetzende Stelle im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie weitergeleitet.¹³¹³

Die angesprochenen „**faktischen Zuständigkeiten**“ erklären auch, warum im Vorblatt zu den Erläuterungen zu BGBl I 2006/88 hinsichtlich der Kosten von einer Verlagerung der Schlichtungstätigkeit von der Beschwerdestelle in der Sektion Konsumentenschutz des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, sowie der für Passagierrechte zuständigen Abteilung im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie zur Austro Control GmbH (welche nachträglich noch durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie ersetzt wurde), die Rede ist.¹³¹⁴

Wird gegen die VO 261/2004 bzw die VO 1107/2006 oder die Mitarbeit bei dem Streitbeilegungsverfahren verstoßen, so liegt eine Verwaltungsübertretung gemäß § 169 Abs 1 Z 3 lit r) bzw lit s) LFG vor, die von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 22.000 zu bestrafen ist. Solche Sanktionen musste der nationale Gesetzgeber schon aufgrund der VO 261/2004 sowie der VO 1107/2006 vorsehen, da im Zusammenhang mit der an die Mitgliedstaaten verpflichtend vorgeschriebenen Einrichtung von Stellen zur Durchsetzung der Verordnungen gleichzeitig auch Sanktio-

¹³¹¹ Bundesgesetz über die Zahl, den Wirkungsbereich und die Einrichtung der Bundesministerien, BGBl 1986/76 idF BGBl I 2005/92.

¹³¹² *Holzinger*, Die Organisation der Verwaltung, in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer*, Österreichische Verwaltungslehre² (2006) 126.

¹³¹³ 4170/AB zu 4213/J 22. GP 1 f.

¹³¹⁴ RV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 1 f.

nen im Falle der Zuwiderhandlung gegen die Verordnungen, und damit auch gegen das Streitbeilegungsverfahren, drohen mussten. Wenn erschwerende Umstände vorliegen kann neben den vorgesehenen Geldstrafen zusätzlich eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen verhängt werden. Bei Juristischen Personen (hier Luftfahrtunternehmen oder Flughäfen) treten (insb mangels Verschuldensfähigkeit) an ihre Stelle die in § 9 VStG genannten Personen (vertretungsbefugtes Organ/verantwortlicher Beauftragter), sodass es zu einem Wechsel des Adressatenkreises bei den Verwaltungsstrafbestimmungen kommt.¹³¹⁵ Gegen Bescheide der Bezirksverwaltungsbehörde steht die Möglichkeit einer Beschwerde an das jeweilige Verwaltungsgericht offen.

Interessanterweise wurde jedoch nicht aufgrund mangelnder Säumigkeit hinsichtlich der Einrichtung einer solchen Schlichtungsstelle ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Österreich eingeleitet (die VO trat am 17.02.2005 in Kraft, die gesetzlichen Regelungen hinsichtlich des Streitbeilegungsverfahrens jedoch erst mit 01.07.2006, § 173 Abs 26 LFG), sondern weil den in Art 16 Abs 3 gegebenen Anforderungen von „*wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden*“ Strafen bei Verstößen gegen die VO nicht entsprochen worden war.¹³¹⁶ Die diesbezügliche Klage der Kommission stammte vom 15.07.2006. Da Österreich jedoch nach Klageerhebung seiner Verpflichtung aus Art 16 Abs 3 der VO 261/2004 nachgekommen ist (die VO 1107/2006 war zu diesem Zeitpunkt erst im Entstehen begriffen), wurde das Verfahren vom Präsidenten des Gerichtshofes mit Beschluss¹³¹⁷ vom 21.11.2006 gestrichen und Österreich zum Tragen der Kosten des Verfahrens verurteilt.

Schon gemäß den Materialien zur Einführung des § 139a LFG ist das Verfahren zur Streitbeilegung dem Streitbeilegungsverfahren nach § 122 TKG 2003 nachgebildet.¹³¹⁸ In beiden Bestimmungen sind jeweils nur die Grundzüge des Verfahrens, bestehend aus der Zuständigkeit, den Parteien, dem Anwendungsbereich und der Befugnis der zuständigen Stelle festgelegt. Die genauere Regelung des Verfahrens ist den zuständigen Behörden mittels Richtlinien vorbehalten, in welchen die Details für die Durchführung des Verfahrens zu regeln und diese in geeigneter Form zu veröffentlichen sind.

¹³¹⁵ Hengstschläger, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁴ (2009) Rz 710; Thienel/Zeleny, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze¹⁸ (2012) § 9 VStG Anm 1; Wessely, Verhängung von (hohen) Verwaltungsstrafen vor dem Hintergrund des Erfordernisses angemessener und effektiver Sanktionen (Finanzmarktaufsicht), *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2010, 317 (325).

¹³¹⁶ EuGH 24.05.2006, C-235/06, *Kommission/Österreich*, ABl C 2006/165, 22.

¹³¹⁷ Präsident des EuGH 21.11.2006, ABl C 2006/331, 26.

¹³¹⁸ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 9.

Die Richtlinien haben angemessene Fristen für die Beendigung des Verfahrens festzulegen, § 122 Abs 2 TKG 2003 und § 139a Abs 3 LFG. Während im Fall des TKG 2003 eine eigene Stelle geschaffen wurde, nämlich die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) gemäß § 5 des KommAustria-Gesetzes (KOG)¹³¹⁹, wurde im Falle des Streitbeilegungsverfahrens des LFG der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie als zuständige Stelle festgelegt, woraufhin eine eigene Abteilung im Bundesministerium eingerichtet wurde.

2.1 Die innerstaatliche(n) Durchsetzungsstelle(n) zur Wahrung der Fluggastrechte

Fraglich ist allerdings, ob aufgrund der Zuständigkeiten und Befugnisse im LFG, den Anforderungen an die nationale(n) Durchsetzungsstelle(n) des Art 16 Abs 1 der VO 261/2004 bzw Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 Genüge getan wurde. Gemäß Art 16 Abs 1 der VO 261/2004 soll – zusätzlich zu den den Staaten auferlegten Pflichten nach Abs 2 *leg cit* (Beschwerdestelle) – eine (Durchsetzungs-) Stelle benannt werden, die innerstaatlich für die Durchsetzung der Verordnung in Bezug auf Flüge aus dem Hoheitsgebiet sowie für Flüge aus Drittstaaten in dieses zuständig ist. Sie muss zudem Maßnahmen ergreifen können, die die Wahrung der Rechte der Passagiere aus der Verordnung sicherstellen, wobei die Behörde hoheitlich tätig wird.¹³²⁰ Gleiches gilt für Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006. Österreich nannte der Kommission als diese durchsetzende Stelle das **BMVIT**. Allerdings gab es bislang keine Änderung des LFG mit der diesen Anforderungen Genüge getan werden sollte. Offenbar ging der Gesetzgeber davon aus, dass die notwendigen Voraussetzungen bereits Teil des österreichischen Verwaltungsrechts waren, was auch aus einer Anfragebeantwortung¹³²¹ des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie aus dem Jahr 2006 hervorgeht, wonach diese Stelle seit dem 17.05.2005 im BMVIT angesiedelt sei,¹³²² somit exakt seit dem Tag des Inkrafttretens der Verordnung 261/2004.

¹³¹⁹ Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde („KommAustria“) und eines Bundeskommunikationssenates (KOG), BGBl I 2001/32 idF BGBl I 2010/111.

¹³²⁰ *Isermann/Berlin*, Durchsetzungsstellen und Schlichtungsstellen für Fluggastrechte, RRA 2010, 207 (208).

¹³²¹ Sten Prot 05.07.2006, 158. Sitzung 22. GP 22, 4174/AB zu 4214/J.

¹³²² Diese Anfragebeantwortung entspricht inhaltlich jener der Bundesministerin für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz aus dem Jahr 2006, siehe FN 1310.

Zu beachten ist damit im Zusammenhang die Bezeichnung dieser Zuständigkeit als „Praxis“, was auf eine Zuständigkeit de facto, nicht aber de iure hindeutet. Wie aus der Anfragebeantwortung¹³²³ hervorgeht, war der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie innerstaatliche Durchsetzungsstelle gemäß Art 16 Abs 1 der Flug-
gastverordnung, dies wohl aufgrund dessen Eigenschaft als Oberste Zivilluftfahrtbehörde, aufgrund gemäß § 140 Abs 1 LFG.

Hinsichtlich der innerstaatlichen **Vollziehung von Europarecht** gilt es, die nationalen Organisationsvorschriften zu beachten,¹³²⁴ da die Zuständigkeitenregelung für den Vollzug durch die Mitgliedstaaten (indirekter Vollzug)¹³²⁵ derzeit nahezu ausschließlich in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt.¹³²⁶ Dabei gelangt das mitgliedstaatliche Verwaltungsverfahrensrecht zur Anwendung, so nicht ausnahmsweise das Unionsrecht auch hier Regelungen vorsieht.¹³²⁷ Auch im Falle von Verordnungen können Mitgliedstaaten verpflichtet sein, ihr nationales Recht zwecks ihrer Anwendbarkeit zu adaptieren.¹³²⁸ Dabei sind nach *Ruffert* sowohl das Diskriminierungsverbot bzw. Äquivalenzprinzip, als auch das Effektivitätsprinzip zu beachten,¹³²⁹ ebenso *Bogdandy*¹³³⁰ und *Kahl*¹³³¹. Der Grundsatz der **Verfahrensautonomie** (bzw Grundsatz der Verwaltungsautonomie)¹³³² der Mitgliedstaaten ist nunmehr ausdrücklich in Art 291 Abs 1 AEUV verankert.¹³³³ Demnach sind mangels entsprechender gemeinsamer Vorschriften die nationalen Behörden für die Durchführung gemäß der für sie geltenden formellen und materiellen Bestimmungen des mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechts zuständig.¹³³⁴

¹³²³ Siehe S 252.

¹³²⁴ *Streinz*, Vertrauensschutz und Gemeinschaftsinteresse beim Vollzug von europäischem Gemeinschaftsrecht durch deutsche Behörden, *Die Verwaltung* 1990, 153 (161).

¹³²⁵ *Ruffert* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 197 AEUV Rz 10.

¹³²⁶ *Kahl*, Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht: Von der Konfrontation zur Kooperation, *Die Verwaltung* 1996, 341 (348) unter Verweis auf EuGH 17.12.1970, C-30/70, *Scheer*, Slg 1970, 1197 (1208); EuGH 15.12.1971, C-51-54/71, *International Fruit Company*, Slg 1971, 1107 (1116).

¹³²⁷ *Kahl* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 4 EUV Rz 60 mwN.

¹³²⁸ *Bogdandy* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Loseblattsammlung, 20. Lfg 2002) Art 10 EGV, Rz 38 mwN.

¹³²⁹ *Ruffert* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 197 AEUV Rz 14 mwN.

¹³³⁰ *Bogdandy* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (Loseblattsammlung, 20. Lfg 2002) Art 10 EGV Rz 43 ff mwN.

¹³³¹ *Kahl* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 4 EUV Rz 62 mwN.

¹³³² *Schwarze*, Der Reformvertrag von Lissabon, *EuR – Europarecht*, Beiheft 1/2009, 9 (21).

¹³³³ *Kahl* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 4 EUV Rz 61.

¹³³⁴ *Gellermann* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 291 AEUV Rz 8.

In manchen österreichischen Gesetzen ist ausdrücklich die innerstaatliche Behördenzuständigkeit für den direkten Vollzug von Unionsrecht festgelegt.¹³³⁵ Dies ist im LFG hinsichtlich der Zuständigkeit des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie – dieser ist lediglich Durchsetzungsstelle nach Art 16 Abs 1 der VO 261/2004 bzw nach Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 – nicht der Fall. Gemäß dem VfGH¹³³⁶ kann mangels spezieller Regelungen über den unmittelbaren Vollzug von Gemeinschaftsrecht (heute Unionsrecht, Anm) die Zuständigkeit für den unmittelbaren Vollzug auch aus „Auffangkompetenzen“ wie den §§ 2 ff AVG oder § 1 JN ermittelt werden.¹³³⁷ Nach dem Gerichtshof ist für die Ermittlung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Bestimmungen eines Staatsvertrages ua darauf abzustellen, ob dieser Vertrag oder einzelne Bestimmungen aus diesem „(...) im Zusammenhang mit der gesamten Rechtsordnung (...)“ objektiv zur innerstaatlichen Anwendung geeignet ist/sind, wobei es auf die „(...) Bestimmbarkeit des innerstaatlichen Vollzugsorgans, des Adressatenkreises und der bei der Durchsetzung des Anspruchs einzuhaltenden Vorgangsweise sowie auf eine ausreichende inhaltliche Bestimmtheit der Regelung ankommt“. ¹³³⁸ Dazu führen *Öhlinger/Potacs* aus, dass nach der Rsp des EuGH¹³³⁹ die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht (heute Unionsrecht, Anm) zwar nicht vom innerstaatlichen Recht abhängt, es aber zulässig scheine, auf diese „Vollzugstauglichkeit“ zur Zuständigkeitsermittlung (wie bei Staatsverträgen) beim unmittelbaren Vollzug abzustellen, da diese Sache der Mitgliedstaaten wäre.¹³⁴⁰ Für unmittelbar anwendbare Regelungen des Unionsrechts kann somit die Zuständigkeit jener Behörde angenommen werden, deren anzuwendende Gesetze und Verordnungen durch den Gemeinschaftsrechtsakt „ergänzt“ oder „verdrängt“ werden. Gleichzeitig räumen *Öllinger/Potacs* ein, dass das Kriterium der Vollzugstauglichkeit im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein kann, im Zweifelsfall aufgrund der gemäß Art 10 EGV (heute im wesentlichen Art 4 Abs 3 EUV, weshalb von einer „*weitgehenden inhaltlichen Kontinuität*“ auszugehen ist)¹³⁴¹ gegebenen mitgliedstaatlichen Verpflichtung zur Regelung der

¹³³⁵ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁴ (2011) 151.

¹³³⁶ VfSlg 15636/1999.

¹³³⁷ Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁴ (2011) 151.

¹³³⁸ VfSlg 12281/1990; siehe auch *Winkler*, Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Staatsverträgen, JBl 1961, 8.

¹³³⁹ EuGH 05.02.1963, C-26/62, *Van Gend & Loos*, Slg 1963, I Rz 10.

¹³⁴⁰ Vgl *Potacs*, Rechtsschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht in Österreich in *Griller/Rill* (Hrsg), Verfassungsrechtliche Grundfragen der EU-Mitgliedschaft (1997), 127 (129); *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁴ (2011) 151.

¹³⁴¹ *Puttler* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 4 EUV Rz 25.

Behördenzuständigkeit,¹³⁴² jedoch von einer Vollzugstauglichkeit ausgegangen werden kann, da auch hier der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen (heute unionsrechtskonformen, Anm) Auslegung¹³⁴³ zum Tragen kommt. Für die Zuständigkeitsermittlung abzustellen ist daher auf die „größte Sachnähe“¹³⁴⁴ bzw „sachnächste Zuständigkeit“¹³⁴⁵ einer nationalen Behörde zu der zu vollziehenden unionsrechtlichen Norm.¹³⁴⁶

Dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie wurden aus Anlass der VO 261/2004 bzw der VO 1107/2006 jedoch keinerlei zusätzliche Befugnisse hinsichtlich der von der Durchsetzungsstelle zu ergreifenden Maßnahmen eingeräumt – § 139a LFG dient seiner Ausgestaltung nach ausschließlich der Umsetzung der Beschwerdestelle gemäß Art 16 Abs 2 (nicht der Durchsetzungsstelle nach Art 16 Abs 1) der VO 261/2004 bzw Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 (hier wird nicht zwischen Durchsetzungs- und Beschwerdestelle unterschieden).

Die VO 261/2004 schreibt den Mitgliedstaaten in Art 16 Abs 1, ebenso wie die VO 1107/2006 in Art 14 Abs 1 vor Maßnahmen vorzusehen, welche eine Wahrung der Fluggastrechte sicherzustellen vermögen. Zu bedenken ist dabei, dass die Durchsetzungsstelle offenbar selbsttätig Maßnahmen zur Sicherstellung der Wahrung der Fluggastrechte ergreifen können muss, worauf später noch näher eingegangen wird.¹³⁴⁷ Aufgrund § 139a LFG kann sie dies jedoch nur in Verbindung mit einer Beschwerde eines Passagiers. Stellt man auf den vom EuGH ua in der Rs *Deutsche Milchkontor/Deutschland* entwickelten¹³⁴⁸ **Effektivitätsgrundsatz** ab, dürfen „(...) die im nationalen Recht vorgesehenen Modalitäten die Tragweite und Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen, insbesondere die Herstellung des unionsrechtlich gebotenen Zustands nicht praktisch unmöglich machen“. ¹³⁴⁹ Mit dem vom EuGH entwickelten

¹³⁴² Zuleeg in Groeben/Schwarze (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ I (2003) Art 10 EG Rz 6.

¹³⁴³ EuGH 17.09.1997, C-54/96, Dorsch, Slg 1997, I-4961 Rz 43; EuGH 04.03.1999, C-258/97, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-GmbH*, Slg 1999, I-1405 Rz 25 mwN.

¹³⁴⁴ Potacs, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts – Gutachten, 14. ÖJT, I/1 (2000) 20 und 66 ff; Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁴ (2011) 152 mwN.

¹³⁴⁵ BVA 23.08.1995, N-8/95-22, WBl 1996, 415 (416); Holoubek, Rechtsschutzpraxis in Vergabesachen, ecolex 1997, 200 (202); VfSlg 14067/1995; VwSlg 16241 A/2003; Holoubek/Lang, Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht (2006) 72 f.

¹³⁴⁶ Vgl Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁴ (2011) 152 f.

¹³⁴⁷ Siehe S 264.

¹³⁴⁸ EuGH 21.09.1983, C-205 bis 215/82, *Deutsche Milchkontor/Bundesrepublik Deutschland*, Slg 1983, 2633 Rz 17, 19, 22 (Entscheidungsgründe); EuGH 15.09.1998, C-231/96, *Edis*, Slg 1998, I-4951 Rz 34.

¹³⁴⁹ Streinz in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 4 EUV Rz 53.

Effektivitätsgrundsatz (auch Effektivitätsprinzip oder Effizienzgebot genannt) zielt dieser darauf ab, dass nationale Verfahrensbestimmungen¹³⁵⁰ „(...) die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung (heute Unionsrechtsordnung, Anm) verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (dürfen)“¹³⁵¹. Mit dem EuGH¹³⁵² sind die „(...) Normen des Gemeinschaftsrechts (heute Unionsrecht, Anm) so auszulegen und anzuwenden (...), dass sie ihren praktischen Zweck erfüllen und effektive Wirkung entfalten können. Ausgehend davon dient das Erfordernis der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts (heute Unionsrecht, Anm) dem EuGH als Begründungselement in Bezug auf praktisch alle Institute des Gemeinschaftsrechts (heute Unionsrecht, Anm) und zieht sich insofern wie ein roter Faden durch die Rsp“ (effet utile)¹³⁵³.¹³⁵⁴ Dabei genügt es gemäß der Rsp des EuGH bereits, wenn die Ausübung dieser Rechte „übermäßig erschwert“ wird.¹³⁵⁵ Schroeder führt (hinsichtlich der Umsetzung von Richtlinien) aus, dass die Mitgliedstaaten jene Maßnahmen ergreifen müssen, „die den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit entsprechen“.¹³⁵⁶ Demnach hat sich der mitgliedstaatliche Vollzug von Unionsrecht an den Grundsätzen der Einheitlichkeit und größten Wirksamkeit (effet utile) zu orientieren.¹³⁵⁷

Nach Madner handelt es sich beim Effektivitätsgrundsatz um eine Konkretisierung bzw Ausprägung des effet utile, als mit ersterem die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts (heute Unionsrecht, Anm) sichergestellt werden soll.¹³⁵⁸ Anzumerken ist, dass die Termini „Effektivitätsgrundsatz“ und „effet utile“ in der Literatur nicht einheitlich gebraucht werden. Manche Autoren verwenden diese Begriffe synonym¹³⁵⁹, während andere – und dies scheint die hM darzustellen – den Effektivitätsgrundsatz als spezielle Ausprägung des effet utile¹³⁶⁰ sehen. Es ist nicht daran zu zweifeln, dass beide Grundsätze auf die Sicherstellung der Wirksamkeit des Unionsrechts abstellen. Sie sind

¹³⁵⁰ Streinz in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 4 EUV Rz 34; Eberhard, Effektivitätsgrundsatz in Lachmayer/Bauer (Hrsg), Praxiswörterbuch Europarecht (2008) 224.

¹³⁵¹ EuGH 04.12.2003, C-63/01, Evans, Slg 2003, I-14447 Rz 45.

¹³⁵² EuGH 04.12.1974, C-41/74, Van Duyn, Slg 1974, 1337 Rz 12.

¹³⁵³ Siehe zu diesem Begriff auch Potacs, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465 (466 ff).

¹³⁵⁴ Ranacher/Frischhut, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009) 69.

¹³⁵⁵ ZB EuGH 02.12.1997, Rs C-188/95, Fantask, Slg 1997, I-6783 ff Rz 47; EuGH 09.02.1999, Rs C-343/96, Dilexport, Slg 1999, I-579 Rz 25.

¹³⁵⁶ Schroeder in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 288 AEUV Rz 91.

¹³⁵⁷ Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁴ (2011) 113 ff; .

¹³⁵⁸ Madner, Effektivitätsgebot und Abgabenverfahrensrecht, in Holoubek/Lang (Hrsg), Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht (2006) 119.

¹³⁵⁹ ZB Haltern, Europarecht² (2007) 395.

¹³⁶⁰ ZB Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht⁴ (2011) 114; Ranacher/Frischhut, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009) 69; Bergmann, Effizienzgebot in Bergmann (Hrsg), Handlexikon der Europäischen Union⁴ (2012) 238.

jedoch insofern auseinanderzuhalten, als der *effet utile* die unmittelbare Geltung und Wirkung des Unionsrechts meint, während sich der Effektivitätsgrundsatz (im engeren Sinne)¹³⁶¹ auf die Ausgestaltung innerstaatlichen (Verwaltungsverfahren-) Rechts bezieht, das beim Vollzug von Unionsrecht zur Anwendung gelangt.¹³⁶²

Aus all dem ergibt sich, dass die in Österreich gewählte Umsetzung der in den Mitgliedstaaten einzurichtenden Durchsetzungsstellen gegen diese Anforderungen verstößt, da der Durchsetzungsstelle weniger Befugnisse zukommen, als dies unionsrechtlich vorgesehen wurde. In diese Richtung geht auch die Schlussfolgerung von *Schuster-Wolf* wenn er ausführt, dass § 139a LFG „(...) *kein klarer Auftrag zu entnehmen ist, dass das BMVIT Passagiere auch bei der Durchsetzung individueller Ansprüche unterstützen müsste*“, womit den Anforderungen des Art 16 Abs 1 der VO nicht entsprochen wäre.¹³⁶³ Gleichfalls stellt dies eine Verletzung der Bestimmungen des Art 4 Abs 3 EUV und Art 291 Abs 1 AEUV dar.¹³⁶⁴ Dadurch, dass diese nicht von selbst tätig werden kann, ist ihre Möglichkeit entsprechender Veranlassungen eingeschränkt, womit die Tragweite und Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt wird,¹³⁶⁵ was einen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz darstellt. Gerade die Möglichkeit der Durchsetzungsstellen, von selbst tätig werden zu können, ist entscheidend im Hinblick auf den Schutzzweck der Verordnungen.

Schließlich stellt sich jedoch die Frage, welche Maßnahmen iS von Art 16 Abs 1 der VO 261/2004 bzw Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 die genannte Stelle ergreifen können muss. Nicht gemeint sind damit die Strafen gemäß Art 16 Abs 3 der VO 261/2004 bzw Art 16 der VO 1107/2006. Dies ergibt sich einerseits aus der unterschiedlichen Terminologie, sowie der voneinander unabhängigen Regelungen der Bestimmungen. So muss zB die nach Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung zu benennende Behörde gemäß Abs 1 *expressis verbis* „Maßnahmen“ abseits von „Strafen“ (diese sind erst in Art 16 Abs 3 vorgesehen) ergreifen können – eine grundsätzliche Unterscheidung wie sie auch im österreichischen Recht existiert. Daher kann der Aussage von *Isermann/Berlin*, die Durchsetzungsstellen könnten (gemäß ihrer ursprünglichen Kon-

¹³⁶¹ *Bergmann*, Effizienzgebot in *Bergmann* (Hrsg), *Handlexikon der Europäischen Union*⁴ (2012) 238.

¹³⁶² Siehe zur Definition *Streinz* in *Streinz* (Hrsg), *EUV/AEUV*² (2012) Art 4 EUV Rz 33 f.

¹³⁶³ *Schuster-Wolf*, Aktuelle Probleme bei der Anwendung der Fluggastrechte-VO 261/2004/EG und Perspektiven bei der geplanten Reform aus der Sicht des Passagiers, *euVr* 2012, 149 (152 f).

¹³⁶⁴ *Streinz*, *Europarecht*⁹ (2012) Rz 472.

¹³⁶⁵ EuGH, verb RS 205 bis 215/82, „*Deutsche Milchkontor/Deutschland*“, Slg 1983, 2633 Rz 22.

zeption) Passagieren mit ihren Anliegen nur indirekt dadurch helfen, dass sie **Sanktionen** gegen das jeweilige Luftfahrtunternehmen verhängen,¹³⁶⁶ insofern nicht zugestimmt werden, als sie zusätzlich zu der Möglichkeit der Verhängung von Sanktionen zB nach Art 16 Abs 3 der VO 261/2004 auch Maßnahmen gemäß Art 16 Abs 1 ergreifen können müssen. Fraglich ist allerdings, worin diese Maßnahmen zu bestehen haben. Nach Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung müssen sie lediglich zur Sicherstellung der Wahrung der Fluggastrechte „notwendig“ sein.

Dass die Stelle im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, dem administrativen Hilfsapparat des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie¹³⁶⁷ angesiedelt ist, und dieses gemäß Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung der Kommission als die für die Durchsetzung zuständige Stelle genannt wurde, erscheint angesichts der Eigenschaft des Bundesministers als Oberste Zivilluftfahrtbehörde (Art 140 Abs 1 LFG) naheliegend. In den Materialien zur Novelle des LFG durch BGBl I 2006/88, womit das Streitbelegungsverfahren nach Art 139a LFG eingeführt und damit – wie ursprünglich vorgesehen¹³⁶⁸ – die Austro Control GmbH an Stelle der davor zuständigen Sektion Konsumentenschutz des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz betraut werden sollte, heißt es dazu *„Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Verlagerung dieser Schlichtungstätigkeit zu einer Entlastung der in der Sektion Konsumentenschutz des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz eingerichteten Beschwerdestelle sowie der für Passagierrechte zuständigen Abteilung im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, der derzeit auch die Aufgaben der „durchsetzenden Stelle“ im Sinn des Art 16 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 zukommen (Hervorhebungen vom Autor, Anm), führen wird.“* Daraus geht hervor, dass bereits vor dieser Novelle eine Zuständigkeit des BMVIT bestand.

Um den Anforderungen nach Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung bzw Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 Genüge zu tun, muss es sich bei der Durchsetzungsstelle um eine Behörde handeln, die die Wahrung der Fluggastrechte sicherstellen können muss, dies gegebenenfalls unter Zuhilfenahme geeigneter Maßnahmen. Daher müssen die mitgliedstaatlichen Regelungen diesen Voraussetzungen entsprechen und gegebenen-

¹³⁶⁶ Siehe FN 1160.

¹³⁶⁷ Siehe S 270.

¹³⁶⁸ Siehe S 251.

falls legislative Durchführungsmaßnahmen getroffen werden.¹³⁶⁹ Hierfür ist nunmehr Art 291 Abs 1 AEUV *lex specialis* zu Art 4 Abs 3 AEUV.¹³⁷⁰ Mangels vorhandener gemeinsamer Vorschriften, haben die mitgliedstaatlichen Behörden bei der Durchführung von Unionsrecht nach den formellen und materiellen Bestimmungen ihres nationalen Verwaltungsrechts vorzugehen, dies unter Berücksichtigung des unionsrechtlichen Effektivitätsgebotes und des Diskriminierungsverbotes. Sie haben „*all jene Maßnahmen zu ergreifen, derer es zur Gewährleistung einer vollständigen und korrekten Vollziehung des Unionsrechts bedarf*“.¹³⁷¹

Doch welche Maßnahmen stehen dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie als Durchsetzungsstelle konkret zur Verfügung, um auf Verstöße gegen die Verordnungen zu reagieren? Im LFG finden sich keine hierfür in Frage kommenden Kompetenzen. Insbesondere das Argument, mit der großen LFG-Novelle durch BGBl I 2006/88 wäre in § 115a (heute § 113)¹³⁷² LFG die Möglichkeit einer Verbandsklage auf Unterlassung eingeführt worden, worin eine solche Maßnahme im Sinne von Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung zu erblicken wäre, geht ins Leere. Zweifellos wurde die genannte Bestimmung in das LFG integriert um den dort taxativ aufgezählten Verbänden die Möglichkeit zu geben, „(...) *auf Verstöße gegen die sich aus der VO (EG) Nr 261/2004 ergebenden, an die Luftfahrtunternehmen gerichteten Ge- oder Verbote zu reagieren, soweit dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt werden*“.¹³⁷³ Diese Möglichkeiten stehen jedoch nicht der von Österreich nach Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung benannten Stelle, dem BM für Verkehr, Innovation und Technologie zu, sondern den in § 113 Abs 2 genannten Verbänden. Der BM hat auch keine Möglichkeit einer rechtlichen Einflussnahme auf die dort genannten Verbände. Punkt 3. Abs 7 des allgemeinen Teils der Erläuterungen kann Näheres über die Hintergründe dieser österreichischen Regelung entnommen werden. Dem zivilrechtlichen Charakter der Ansprüche und der Systematik des österreichischen Rechtssystems entsprechend, sollte an der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nicht gerüttelt werden. Stattdessen wurde in § 113 der per Verbandsklage geltend zu machende Unterlassungsanspruch und in § 139a das Streitbeilegungsverfahren etabliert.¹³⁷⁴ Vor diesem

¹³⁶⁹ Ruffert in Callies/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 291 AEUV Rz 4.

¹³⁷⁰ Ruffert in Callies/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁴ (2011) Art 291 AEUV Rz 3.

¹³⁷¹ Gellermann in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV² (2012) Art 291 AEUV Rz 8.

¹³⁷² Änderung durch BGBl I 2013/108.

¹³⁷³ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 9.

¹³⁷⁴ ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 5.

Hintergrund gilt es, sich nochmals die Anforderungen nach Art 16 Abs 1 der VO 261/2004 bzw Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 vor Auge zu führen.

Nach Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung sowie nach Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 müssen die Mitgliedstaaten eine Durchsetzungsstelle benennen, die in der Lage ist, mit den notwendigen **Maßnahmen** die Wahrung der Fluggastrechte sicherzustellen. Nach Art 16 Abs 2 der Fluggastverordnung muss diese oder eine andere Stelle darüber hinaus Beschwerden von Passagieren hinsichtlich Verstößen gegen die Fluggastverordnung entgegen nehmen. Bei der für Beschwerden nach Abs 2 zuständigen Stelle kann, muss es sich aber nicht, um die gleiche zuständige Stelle wie nach Abs 1 *leg cit* handeln. Die VO 1107/2006 nimmt hier wie erwähnt keine derartige Differenzierung vor.

Dem Schutzzweck der VO entsprechend ist davon auszugehen, dass die Stelle nach Art 16 Abs 2 nicht bloß wie es dem Wortlaut zu entnehmen ist, Beschwerden entgegen nehmen, sondern diese (natürlich) auch bearbeiten muss. Entgegen der gültigen Fassung der VO, war dies im Entwurf der Kommission noch ausdrücklich enthalten.¹³⁷⁵ Auch in der Stellungnahme des Parlaments nach der ersten Lesung war dies in Art 19 der Fluggastverordnung klar vorgesehen.¹³⁷⁶ Selbst der geänderte Vorschlag der Kommission enthielt in Art 18 diese Verpflichtung.¹³⁷⁷ Angemerkt sei hier auch, dass in diesen Dokumenten, gleich der Regelung für das Beschwerdeverfahren in Art 15 Abs 3 der VO 1107/2006, entgegen der gültigen Fassung der Verordnung auch die Verpflichtung der Beschwerdestelle vorgesehen war, Beschwerden, für die sie nicht zuständig ist, an die entsprechende zuständige Stelle des jeweiligen Mitgliedstaates weiterzuleiten.

Der Entwurf der VO 261/2004 sah auch noch vor, dass eine eigene Stelle einzurichten ist, die für die Durchsetzung der Verordnung zuständig ist. Teil dieser Aufgabe sollte sein, Beschwerden über die Einhaltung der Verordnung zu untersuchen. Diese sollte schließlich Maßnahmen ergreifen können um sicherzustellen, dass die Fluggastrechte geachtet werden, Art 17. Art 18 enthielt die Möglichkeit der Passagiere, sich an die in Art 17 beschriebene Stelle wenden zu können. Dort war nochmals verankert, dass die Stelle Maßnahmen ergreifen können muss um sicherzustellen, dass die Fluggastrechte gewahrt werden. Diese Klarheit lässt die gültige Version der Verordnung leider

¹³⁷⁵ KOM (2001) 784 endg.

¹³⁷⁶ P5_TC1-COD(2001)0305.

¹³⁷⁷ KOM (2002) 717 endg.

vermissen. Nur in Art 16 Abs 1 ist in Verbindung mit den Aufgaben der Durchsetzungsstelle von „Maßnahmen“ die Rede. Mit dieser Bestimmung ist jedoch zu folgern, dass unabhängig von Passagierbeschwerden die Durchsetzungsstelle die **Wahrung der Rechte der Fluggäste sicherstellen** können muss, wovon auch *Isermann* ausgeht: *„Die Prüfung erfolgt durch selbst vorgenommene Kontrollen. Dabei üben sie (die Durchsetzungsstellen, Anm) (...) eine hoheitliche Funktion aus und können bei Verstößen durch ein von ihnen veranlassenes Verfahren auch Sanktionen verhängen. Sie werden von Amts wegen tätig oder aber auf Grund der bei ihnen eingehenden Individualbeschwerden von Fluggästen und prüfen bei Verstößen gegen die VO, welche „notwendigen Maßnahmen zur Wahrung der Fluggastrechte“ zu ergreifen sind. Eine Entscheidung über individuell geltend zu machende zivilrechtliche Ansprüche nach der VO (...) liegt nicht im Zuständigkeitsbereich der meisten NEB (National Enforcement Body, Anm). Diese können dem Wunsch des Fluggastes nach Vornahme einer Ausgleichzahlung im Einzelfall auch nicht direkt entsprechen. Sie können dem einzelnen Fluggast nur mittelbar helfen, indem sie bei Verstoß gegen die VO eine Sanktion verhängen und so das Flugunternehmen indirekt veranlassen, dass ein Fluggast sein auf diese Weise festgestelltes Recht bekommt.“*¹³⁷⁸. Demnach muss die Durchsetzungsstelle auch von sich aus tätig werden können, andernfalls den Anforderungen der VO nicht entsprochen ist.¹³⁷⁹ Genau dies ist dem BM für Verkehr, Innovation und Technologie als Durchsetzungsstelle nach Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung und Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 aufgrund des LFG aber nicht möglich. Unabhängig davon hat dieser als benannte Durchsetzungsstelle auch keine Möglichkeit, wie *Isermann* es beschreibt, ein Luftfahrtunternehmen zu einem rechtskonformen Verhalten zu veranlassen. Im Gegensatz dazu kann das Deutsche Luftfahrt Bundesamt (die Durchsetzungsstelle der BRD gemäß Art 16) zB Geldstrafen als Zwangsmittel verhängen.¹³⁸⁰ Selbst die nach Art 16 Abs 3 der Fluggastverordnung bzw Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 von den Mitgliedstaaten für Verstöße vorzusehenden Sanktionen kann die österreichische Durchsetzungsstelle nicht selbst verhängen. Allerdings hat der BM die rechtliche Möglichkeit, auf die für die Sanktionen zuständige Behörde, die Bezirksverwaltungsbehörde, mittels Weisung Einfluss zu nehmen. Nach § 140 Abs 1 LFG ist der BM gegenüber dem Landeshauptmann die sachlich in Betracht

¹³⁷⁸ *Isermann/Christof*, Durchsetzungsstellen und Schlichtungsstellen für Fluggastrechte in Europa, RRA 2010, 207 (208).

¹³⁷⁹ Ebenso *Tonner*, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15 Rz 151.

¹³⁸⁰ *Ehlers/Müller-Rostin* in *Hobe/Ruckteschell* (Hrsg), Kölner Kompendium des Luftrechts 3. (2009) Teil III A. Rz 44.

kommende Oberbehörde, zudem ist der Landeshauptmann in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung an die Weisungen des Bundesministers gebunden, Art 103 Abs 1 B-VG. Nach Art 102 Abs 1 B-VG üben im Bereich der Länder (soweit keine Bundesbehörden bestehen) der Landeshauptmann und die ihm unterstellten Landesbehörden (Bezirksverwaltungsbehörden) die Vollziehung des Bundes aus (mittelbare Bundesverwaltung¹³⁸¹). Die jeweils vorgesetzten Organe sind dabei befugt, den ihnen unterstellten Behörden Weisungen zu erteilen, Art 20 Abs 1 B-VG. Somit könnte der BM der für die Sanktionierung von Verstößen nach § 139a LFG, der VO 261/2004 und der VO 1107/2006 zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde eine Weisung zur Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens gegen ein bestimmtes Luftfahrtunternehmen nach § 169 Abs 1 Z 1 und Z 3 lit r und s LFG erteilen.

Denkbar wäre zudem, dass die ordentlichen Gerichte (§ 1 JN) Durchsetzungsstellen iS der Verordnungen sind (bei den den Passagieren zuerkannten Rechten handelt es sich um solche zivilrechtlicher Natur, da es „um Rechte und Pflichten der Bürger untereinander geht“, somit um „bürgerliche Rechtssachen“ iS von § 1 JN)¹³⁸². Vorweg ist anzumerken, dass die Verordnungen selbst an einigen Stellen auf die jeweiligen nationalen Gerichte Bezug nehmen. Sowohl in Erwägungsgrund 22 als auch in Art 15 Abs 2 der Fluggastverordnung, jeweils letzter Satz, wird ausdrücklich verankert, dass durch die VO den Passagieren nicht die Möglichkeit genommen werden soll (zusätzlich zur bestehenden Durchsetzungsstelle, Erwägungsgrund 22 iVm Art 16), Forderungen nach dem im nationalen Recht vorgesehenen Verfahren (auch über die in der VO vorgesehenen Ansprüche hinaus, Art 12) geltend zu machen. Ebenso Erwägungsgrund 15 der VO 1107/2006. Dadurch wird nicht a priori zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei der Durchsetzungsstelle um eine von den Gerichten verschiedene Stelle handeln muss. Vielmehr soll dadurch die Möglichkeit erhalten bleiben, die genannten Ansprüche nach

¹³⁸¹ Ob im gegebenen Fall von einer mittelbaren Bundesverwaltung gesprochen werden kann, erscheint angesichts der Rspr fraglich. Demnach liegt eine solche nur dann vor, wenn in der Landesinstanz der Landeshauptmann mit dem Vollzug betraut ist (zB VfSlg 2978/1956, 2500/1953). Der administrative Instanzenzug wurde jedoch im Zuge der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (BGBl I 2012/51) zu Gunsten einer Verwaltungsgerichtsbarkeit abgeschafft. Das Kriterium des Landeshauptmannes als Instanz ist daher zur Qualifizierung nicht mehr geeignet. Hinzuzufügen ist, dass dies wohl schon nach der Einführung der Unabhängigen Verwaltungssenate nicht mehr der Fall war, *Perthold-Stoitzner*, Instanz, in *Mayer* (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) 253, die Problematik war hier ähnlich, wenn gleich die Instanzenzüge bis Ende 2013 Fortbestand hatten. Stattdessen werden zukünftig andere Parameter entscheidend sein, wie das nach wie vor bestehende Weisungsrecht des Landeshauptmannes. In diesem Sinne wohl *Lienbacher*, Verwaltungswissenschaftliche Fragestellungen – Allgemeines zur Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit 1. Instanz, JRP 2011, 328 (332 ff).

¹³⁸² Zum Begriff der „bürgerlichen Rechtssachen“ siehe *Ballon in Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (2000) I § 1 JN Rz 61 ff und S 28 f.

dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaats gerichtlich geltend machen zu können. Dies steht einem Tätigwerden der ordentlichen Gerichte als Durchsetzungsstellen nach Art 16 der Fluggastverordnung nicht entgegen.

Sodann muss man sich allerdings vor Augen halten, dass es, wie oben erläutert, die Verordnungen verlangen, dass die jeweilige Durchsetzungsstelle von sich aus tätig werden kann, um den unionsrechtlichen Anforderungen zu genügen. Genau dies ist jedoch im österreichischen Zivilverfahrensrecht, wo (mit Ausnahmen, wie zB in bestimmten Außerstreitverfahren) der Dispositionsgrundsatz herrscht (insb §§ 168, 204, 226, 235, 237 und 405 ZPO)¹³⁸³, nicht möglich. Stattdessen liegt es an den Parteien ein Verfahren einzuleiten, durch ihre Anträge dessen Inhalt zu bestimmen und durch entsprechendes Disponieren (Klagszurücknahme, etc) zu beenden. Zudem existiert grundsätzlich auch keine Klagebefugnis des Staates.¹³⁸⁴ Betrachtet man nun diese Kriterien vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der gegenständlichen Verordnungen und führt man sich erneut die Bestimmungen des Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung bzw Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 vor Augen, wonach die – wie oben durch Interpretation ermittelt wurde – nationale Durchsetzungsstelle (auch) von Amts wegen tätig werden können muss, so ist eindeutig, dass die österreichischen ordentlichen Gerichte als Durchsetzungsstellen im gegebenen Zusammenhang nicht in Betracht kommen.

Zu dieser Problematik existiert auch eine Mitteilung gemäß Art 17 der Fluggastverordnung der Kommission aus dem Jahr 2007.¹³⁸⁵ Demnach sind die Befugnisse der nationalen Durchsetzungsstellen im Hinblick auf die nach Art 16 Abs 3 der Fluggastverordnung von dieser zu ergreifenden Sanktionen sehr unterschiedlich ausgestaltet. In einigen Ländern sind dafür Verwaltungsstrafen, in anderen solche nach dem gerichtlichen Strafrecht vorgesehen. Wie angeführt, hat die österreichische Durchsetzungsstelle selbst keine (unmittelbaren) Sanktionsmöglichkeiten.

An dieser Stelle lohnt sich jedoch ein Blick auf das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit von Behörden im Verbraucherschutz (VBKG)¹³⁸⁶, welches zeitnahe mit

¹³⁸³ *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁷ (2011) Rz 17.

¹³⁸⁴ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht - Erkenntnisverfahren⁹ (2009) Rz 401 f; *Fucik* in *Rechberger* (Hrsg), ZPO³ (2006) Vor § 171 Rz 2; *Fasching* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (2002) II/1 Einleitung Rz 6 ff.

¹³⁸⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, KOM (2007) 168 endg, 9 ff.

¹³⁸⁶ Bundesgesetz über die Zusammenarbeit von Behörden im Verbraucherschutz (Verbraucherbehörden-Kooperationsgesetz – VBKG) BGBl I 2006/148 idgF.

der großen Novelle des LFG durch BGBl I 2006/88 (die beiden Bundesgesetzblätter stammen vom Juni und August 2006) erlassen wurde. Grundlage für das Gesetz ist die VO über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz¹³⁸⁷, die eine „(...) *wirksame und effektive Zusammenarbeit der für die Vollziehung von Verbraucherschutzvorschriften zuständigen nationalen Behörden ermöglichen*“ soll. Dabei waren die Mitgliedstaaten verpflichtet nationale Behörden zu benennen, „*die gegen „innergemeinschaftliche“, also grenzüberschreitende, Verstöße gegen Vorschriften vorgehen können, die auf bestimmten, zum Schutz der Verbraucher im Binnenmarkt erlassenen EG-Richtlinien oder Verordnungen beruhen*“. ¹³⁸⁸ Dazu zählt gemäß § 3 Abs 1 Z 2 iVm Z 2 des Anhangs auch die VO 261/2004. Demnach ist der BM für Verkehr, Innovation und Technologie die für die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz zuständige Behörde. Als solche kann er gemäß § 5 leg cit in die Rechte von Unternehmen und anderen Personen eingreifen, als dies gesetzlich vorgesehen und zur Erfüllung seiner Aufgaben nötig ist. In diesem Zusammenhang kommen dem BM auch gewisse Ermittlungsbefugnisse zu. So ist er befugt von Unternehmen, bei denen der begründete Verdacht eines innergemeinschaftlichen Verstoßes besteht, Einsicht in die relevanten Unterlagen zu verlangen bzw Duplikate davon zu erhalten, von diesem und anderen Personen Auskünfte über den vermuteten Verstoß und Zutritt zu den vom Unternehmer genützten Räumlichkeiten zu erhalten, § 6 Abs 1. Weiters kann die zuständige Behörde nach § 7 Abs 1 wegen eines Verstoßes gegen Unionsrecht bei Gericht einen Antrag auf Unterlassung einbringen. Für die Vollziehung der genannten Bestimmungen (und einiger anderer) ist iVm § 13 Abs 1 Z 2 der BM zuständig, in dessen Wirkungsbereich die jeweils zuständige Stelle fällt, in diesem Zusammenhang somit der BM für Verkehr, Innovation und Technologie.

Auch wenn dem Initiativantrag zu diesem Gesetz kein Zusammenhang zu Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung oder Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 und den von der Durchsetzungsstelle zu ergreifenden Maßnahmen entnommen werden kann, so weisen nicht nur die dadurch geschaffenen Kompetenzen des BM auf eine mit den genannten Verordnungen im Zusammenhang stehende Zielsetzung hin. Die historische Auslegung anhand der stenografischen Protokolle als Teil der Gesetzesmaterialien,¹³⁸⁹ verstärkt

¹³⁸⁷ Verordnung (EG) Nr 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden („Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz“), ABi L 2004/364, 1 idgF.

¹³⁸⁸ IA 836/A zu BGBl I 2006/148 22. GP 7.

¹³⁸⁹ Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 449.

diese Vermutung. Dort findet sich unter Bezug auf die VO 261/2004 die Aussage, dass in Österreich zuvor hunderte Beschwerden zu dieser nicht erledigt werden konnten und die Hoffnung bestünde, dass „(...) einerseits durch die Novelle zum Luftfahrtgesetz Streitschlichtung durch das Verkehrsministerium betrieben wird, und andererseits diese Behörde, wenn sie eingerichtet ist, die rechtlichen Möglichkeiten ausschöpft, nämlich mit Unterlassungsklagen gegen jene Airlines vorzugehen, die sich an den europäischen und österreichischen Rechtsbestand nicht halten“.¹³⁹⁰ Damit ist neben der behördlichen Tätigkeit des Streitbeilegungsverfahrens nach Art 16 Abs 2, eindeutig auch die der Durchsetzungsstelle nach Art 16 Abs 1 angesprochen. Daraus geht auch klar hervor, dass es bislang an den nach Art 16 Abs 1 geforderten Maßnahmen, welche die Behörde zum Schutz der Fluggäste ergreifen können muss, fehlte. Mit den somit bestehenden Möglichkeiten des BM für Verkehr, Innovation und Technologie kann den Anforderungen des Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung aber schon deswegen nicht Genüge getan sein, als eine Klage auf Unterlassung nur darauf gerichtet ist, bestimmte Handlungen zu unterlassen, nicht aber auf ein aktives Tun. Außer Acht gelassen wurden ebenso Maßnahmen seitens der Durchsetzungsstelle gemäß Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006; in diesen beiden Fällen ist der österreichische Gesetzgeber daher säumig.

Im Zuge einer parlamentarischen Anfrage an den BM für Verkehr, Innovation und Technologie aus dem Jahr 2007 wurde an diesen die Frage nach den der Behörde gemäß Art 16 Abs 2 der VO 261/2004 zur Verfügung stehenden Mitteln gerichtet, um die Fluggastrechte nach der Fluggastverordnung für den Fall von Verstößen der Luftfahrtunternehmen gegen diese zu wahren.¹³⁹¹ Zur Setzung von Maßnahmen muss jedoch die Durchsetzungsstelle nach Art 16 Abs 1 befugt sein. Überhaupt scheint auch der Gesetzgeber nicht klar zwischen der Durchsetzungsstelle nach Art 16 Abs 1 und der Beschwerdestelle nach Art 16 Abs 2 der VO 261/2004 zu unterscheiden. So ist in der Regierungsvorlage zu § 139a Abs 2 und 3 LFG von einer Durchsetzungsstelle die Rede, obwohl die in den Bestimmungen beschriebenen Aufgaben der Vorgabe des Art 16 Abs 2 der Fluggastverordnung, und somit jener für die Beschwerdestelle entsprechen.¹³⁹² In der Anfragebeantwortung wird auf die Regelungen im LFG verwiesen.¹³⁹³

¹³⁹⁰ Sten Prot 158 BlgNR zu BGBl I 2006/148 22. GP 203.

¹³⁹¹ 13.04.2007, 656/J 23. GP 2.

¹³⁹² ErläutRV 537 BlgNR zu BGBl I 2008/83 23. GP 12.

¹³⁹³ 13.06.2007, 661/AB 23. GP 1 f.

Zusammenfassend bleibt somit festzuhalten, dass der österreichische Gesetzgeber den in Art 16 Abs 1 und 2 der Fluggastverordnung und Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 vorgegebenen Verpflichtungen entsprechend nachgekommen ist, mit Ausnahme der der Durchsetzungsstelle zu gebenden Möglichkeit, Maßnahmen zur Sicherstellung der Wahrung der Fluggastrechte ergreifen zu können – hier wurden bis heute keine Änderungen des LFG vorgenommen. Auch die im LFG schon vor Inkrafttreten der Fluggastverordnung vorgesehenen Möglichkeiten auf Missstände zu reagieren, durch Untersagung bzw Widerruf des Beförderungsbetriebes (darüber hinaus existieren im gegebenen Zusammenhang keine auch nur annähernd in Frage kommenden Bestimmungen), sind keine geeigneten bzw angemessenen Maßnahmen nach Art 16 Abs 1 der VO 261/2004 bzw Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006. Es handelt sich in den Fällen der Untersagung bzw des Widerrufs der Beförderungsbewilligung nach § 109, bzw § 110 LFG schon gemäß den Materialien um (vorläufige) Maßnahmen¹³⁹⁴, zudem wäre auch das bloß temporäre Verbot der Aufrechterhaltung des Beförderungsbetriebes bereits überschießend und zudem aufgrund der im LFG genannten Kriterien aus Gründen des Verstoßes gegen die VO 261/2004 gar nicht anwendbar. Schließlich kommen diese Maßnahmen nur bei jenen Unternehmen in Betracht, denen die genannten Bewilligungen in Österreich erteilt wurden, wohingegen Art 16 Abs 1 der VO 261/2004 bzw Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 keine derartige Einschränkung vorsieht. Österreich verstößt hier gegen Sekundärrecht der Union.

Hinsichtlich der unionsrechtlichen Vorgaben, nach Art 16 Abs 3 der Fluggastverordnung bzw Art 16 der VO 1107/2006 wirksame, verhältnismäßige und abschreckende **Sanktionen** bei Verstößen gegen die Fluggastverordnung vorzusehen, wurde diesen mit § 169 Abs 1 Z 3 lit r bzw lit s LFG entsprochen, wonach die Bezirksverwaltungsbehörde (uU auf Weisung des Landeshauptmannes über den BM) Sanktionen verhängen kann.

In diesem Zusammenhang hätte ein beim EuGH anhängiges Vorabentscheidungsverfahren¹³⁹⁵ (am Rande) vielleicht für mehr Klarheit hinsichtlich der Verpflichtungen der Durchsetzungsstellen gesorgt. In diesem hatte sich der Gerichtshof mit der Frage zu beschäftigen, ob die nationalen Durchsetzungsstellen bei Nichtzahlung eines Verspätungsausgleichs (der ja nur aufgrund der Jud des EuGH zusteht) Durchsetzungs-

¹³⁹⁴ ErläutRV 307 BlgNR zu BGBl 1957/253 8. GP 38.

¹³⁹⁵ C-227/12.

maßnahmen nach Art 16 der Fluggastverordnung ergreifen müssen bzw dürfen. Dies vor dem Hintergrund der Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung nach Art 33 MÜ (welches ja der Fluggastverordnung vorgeht), wodurch die Möglichkeit eines Verstoßes von Unions- gegen Völkerrecht besteht.¹³⁹⁶ Bedauerlicherweise wurde das Ersuchen um Vorabentscheidung jedoch zurückgezogen und das Verfahren mittels Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes mit 24.04.2013 aus dem Register gestrichen. ME hätte der EuGH wahrscheinlich im Sinne der VO entschieden. Bereits bisher hat er stets so argumentiert, dass die beiden Regelungswerke nebeneinander Bestand haben können und damit die Frage im Grunde schon beantwortet. Da das MÜ und die VO 261/2004 mit den in ihnen verankerten Ansprüchen unterschiedliche Ziele verfolgen, sind auch die Verfahren nicht vergleichbar. Die Durchsetzungsstelle dient demnach der Geltendmachung von Nachteilen, die alle Passagiere in nahezu identer Weise erfahren – im Gegensatz zum MÜ, das den Ersatz des individuell entstandenen Schadens vorsieht.¹³⁹⁷ Das Verfahren nach Art 33 MÜ dient nämlich ausdrücklich der Durchsetzung von Schäden iS des Übereinkommens – eine pauschale Entschädigung wie in der VO 261/2004 ist im MÜ nicht geregelt. Folglich hätte der EuGH argumentieren können, da beide Regelungswerke unterschiedliche Ziele verfolgen würden, diene das vom MÜ abweichende Verfahren der Geltendmachung eines anderen Nachteils. Somit könne durch die Fluggastverordnung kein Verstoß gegen das völkerrechtliche Übereinkommen bewirkt werden.

¹³⁹⁶ *Schuster-Wolf*, Aktuelle Probleme bei der Anwendung der Fluggastrechte-VO 261/2004/EG und Perspektiven bei der geplanten Reform aus der Sicht des Passagiers, *eufr* 2012, 149 (151, FN 25).

¹³⁹⁷ EuGH 10.01.2006, C-344/04 *IATA und ELFFA*, NJW 2006, 351 (354 f); kritisch dazu *Dempsey/Johansson*, *Montreal v. Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage*, *Air and Space Law* 2010, 207 (218 ff.)

2.2 Behörde des Streitbeilegungsverfahrens nach § 139a LFG

In § 139a Abs 1 und Abs 2 LFG ist der **BM für Verkehr, Innovation und Technologie** als die für das Streitbeilegungsverfahren zuständige Stelle verankert; eingerichtet wurde diese hingegen im gleichnamigen Bundesministerium. Gemäß Art 77 B-VG sind Bundesministerien mit den Geschäften der Bundesverwaltung zu betrauen (Abs 1), und mit der Leitung dieser der BM (Abs 3). **Organ** im Rechtssinn ist der BM, beim Bundesministerium handelt es sich um eine monokratisch organisierte Behörde, deren Leitung dem BM obliegt (BM als „Behördenchef“).¹³⁹⁸ *Schwartz/Muzak* führen dazu aus, dass „(...) in Vollziehungsklauseln regelmäßig oberste Organe mit der Vollziehung des vorstehenden Gesetzes betraut werden“; dies aufgrund der Annahme, das B-VG enthalte hinsichtlich der individuellen Vollziehung den Grundsatz, ein Instanzenzug¹³⁹⁹ gehe (in Ermangelung anderslautender Bestimmungen) bis zum zuständigen BM.¹⁴⁰⁰

Die Zuständigkeiten der einzelnen Bundesministerien und BM ergeben sich in erster Linie aus Bestimmungen in den besonderen Bundesgesetzen (77 Abs 2 B-VG). Von besonderer Relevanz sind dort jeweils die sog „Vollzugsklauseln“ am Ende der Gesetze. Darüber hinaus sind bundesverfassungsgesetzliche Bestimmungen sowie Delegationen des Bundespräsidenten nach Art 66 B-VG zu beachten, zudem die Ressortkataloge in Teil 2 der Anlage zu § 2 BMG¹⁴⁰¹,¹⁴⁰² wo unter lit L die Einteilung für das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie zu finden ist. In Z 2 leg cit finden sich die Angelegenheiten des Verkehrswesens bezüglich der Eisenbahn, der Schifffahrt und der Luftfahrt, in Z 7 leg cit die Angelegenheiten des gewerblichen Personen- und Güterverkehrs.

Gemäß § 7 Abs 1 BMG sind Bundesministerien in Sektionen, und diese wiederum in Abteilungen gegliedert. Gemäß Abs 8 leg cit wird die Geschäftseinteilung jeweils vom BM für das von diesem geleitete Bundesministerium erlassen, und hat zur

¹³⁹⁸ *Zeleny*, Bundesminister in *Mayer* (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) 88.

¹³⁹⁹ Mit Wirkung zum 01.01.2014 wurden die Instanzenzüge im Zuge der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (BGBl I 2012/51) abgeschafft und durch eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit ersetzt.

¹⁴⁰⁰ *Schwartz/Muzak*, Die sachliche Zuständigkeit zur Verordnungserlassung, ZÖR 1997, 159 (170) mwN.

¹⁴⁰¹ Bundesministeriengesetz über die Zahl, den Wirkungsbereich und die Einrichtung der Bundesministerien (Bundesministeriengesetz 1986 – BMG), BGBl 1986/76 idgF.

¹⁴⁰² *Holzinger*, Die Organisation der Verwaltung, in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer*, Österreichische Verwaltungslehre² (2006) 125.

öffentlichen Einsicht aufgelegt zu werden. Diese Zuteilung hat mindestens einmal im Jahr zu erfolgen. Aufgrund § 7 Abs 8 BMG wurde zuletzt der Abteilung L 1 der Sektion IV des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie, die Agenda „Passagierrechte“ übertragen. Dieser Abteilung obliegen ua die Aufgaben einer nationalen Umsetzungsbehörde nach den Verordnungen 261/2004 und 1107/2006.¹⁴⁰³ Der BM hat grundsätzlich gemäß § 9 BMG mit der Leitung von Sektionen, Gruppen, Abteilungen und Referaten geeignete Bedienstete zu betrauen. Nach § 10 Abs 1 leg cit kann dieser aus Gründen einer raschen und zweckmäßigen Geschäftsbehandlung den nach § 9 BMG mit der Leitung betrauten Personen die Bearbeitung bestimmter Angelegenheiten zur selbständigen Behandlung übertragen, welche im Namen des BM zu erledigen und zu unterfertigen sind, § 10 Abs 1 leg cit. Nach § 10 Abs 3 BMG hat der BM jedoch die Möglichkeit, die derart übertragenen Agenden wieder an sich zu ziehen bzw einer Genehmigung vorzubehalten.¹⁴⁰⁴

Mit § 139a Abs 3 LFG hat der Gesetzgeber dem BM für Verkehr, Innovation und Technologie aufgetragen, Richtlinien zur Ausgestaltung des Streitbeilegungsverfahrens zu erlassen. Bis heute wurden nach Auskunft des BMVIT jedoch die in § 139a Abs 3 LFG vorgesehenen Richtlinien nicht – wie vorgesehen – in geeigneter Form veröffentlicht, obwohl der BM dem Wortlaut nach dazu verpflichtet ist (arg „*Der BM (...) hat (...)*“). Die Bestimmung enthält allerdings keine Frist und es ist daher fraglich, bis wann die Richtlinien erlassen werden hätten müssen bzw welche Folgen sich aus der Untätigkeit des BM ergeben, und ob Österreich seine Verpflichtung aus der VO 261/2004 Artikel 16 bzw aus der VO 1107/2006 Art 14 Abs 1, eine entsprechende Stelle einzurichten, die für die Durchsetzung der VO in Bezug auf Flüge von in seinem Hoheitsgebiet gelegenen Flughäfen und Flüge von einem Drittland zu diesen Flughäfen zuständig ist, damit hinreichend erfüllt hat.

¹⁴⁰³ Organisation des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie, 21; zu finden unter http://www.bmvit.gv.at/ministerium/organisation/downloads/geschaeftseinteilung_20131107.pdf (27.01.2014).

¹⁴⁰⁴ Zeleny, Bundesministerium in Mayer (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) 91.

3. Die Richtlinien des Streitbeilegungsverfahrens

Zuallererst ist die Rechtsnatur des Streitbeilegungsverfahrens nach § 139a LFG zu klären. Im LFG und in den Materialien finden sich dazu keine weiteren Anhaltspunkte. Da das Verfahren jedoch jenem nach § 122 TKG 2003 nachgebildet ist, empfiehlt sich an dieser Stelle ein Rechtsvergleich der beiden Bestimmungen.

Ähnlich wie in § 139a LFG können sich gemäß § 122 TKG 2003, mit welchem auch Art 20 der sog Rahmenrichtlinie¹⁴⁰⁵ in österreichisches Recht umgesetzt wurde,¹⁴⁰⁶ bestimmte Parteien an die Regulierungsbehörde wenden, damit diese – unbeschadet der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte – eine einvernehmliche Lösung herbeiführen kann. Auch hier sind von der zuständigen Stelle – im Falle des § 122 Abs 2 TKG 2003 der Regulierungsbehörde, bei welcher es sich gemäß § 115 Abs 1 um die Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH handelt – Richtlinien für die Durchführung des Streitbeilegungsverfahrens zu erlassen. Weder der Bestimmung des § 122 TKG 2003, noch dessen Vorgängerregelungen (§§ 66 und 116 TKG)¹⁴⁰⁷ oder den Materialien kann zu deren Rechtsnatur Näheres entnommen werden.

Feiel und Lehofer sind der Ansicht, dass es sich bei dem **Streitbeilegungsverfahren nach § 122 TKG 2003** um ein **formfreies Verfahren** handelt. Dies deswegen, da die Behörde gemäß § 39 Abs 1 KOG zwar grundsätzlich das AVG¹⁴⁰⁸ anzuwenden hat, soweit die zu vollziehenden Bundesgesetze nichts anderes bestimmen, aber aufgrund der nach § 122 Abs 2 TKG 2003 zu veröffentlichenden Richtlinien für das Streitbeilegungsverfahren gehen *Feiel* und *Lehofer* davon aus, dass „die Anwendung des AVG in diesem Bereich vom Gesetzgeber nicht gefordert wird“. „Zumal das Verfahren auch nicht mit Bescheid abzuschließen ist und ausdrücklich (nur) Schlichtungs- bzw

¹⁴⁰⁵ Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, AB I L 2002/108, 33 idF Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 25. November 2009, AB I L 2009/337, 37.

¹⁴⁰⁶ ErläutRV 128 BlgNR zu BGBl I 2003/70 22.GP 22.

¹⁴⁰⁷ Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird, das Telegraphenwegesetz, das Fernmeldegebührengesetz und das Kabel- und Satelliten-Rundfunkgesetz geändert werden sowie ergänzende Bestimmungen zum Rundfunkgesetz und zur Rundfunkverordnung getroffen werden BGBl I 1997/100 idF BGBl I 2002/32.

¹⁴⁰⁸ Seit der Novelle des KOG durch BGBl I 2013/84 findet sich die Anwendbarkeit des AVG nicht mehr in § 39 KOG, da sich seit dem Verwaltungsgerichts-Ausführungsgesetz 2013 (BGBl I 2013/33) der Anwendungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze nicht mehr aus der Aufzählung bestimmter Behörden, sondern aus der Generalklausel des Art I EGVG ergibt; siehe auch ErläutRV 2169 BlgNR zu BGBl I 2013/84 25. GP 4. Inhaltlich kam es hierbei zu keiner Änderung.

Empfehlungscharakter hat, handelt es sich um ein – abseits der Verfahrensrichtlinien – grundsätzlich formfreies Verfahren (...).¹⁴⁰⁹ *Zu dem gleichen Ergebnis gelangen auch Damjanovic/Holoubek/Kassai/Lehofer/Urbantschitsch.*¹⁴¹⁰ Deutlicher wird Klicka, wenn er unter Verweis auf die Ansicht von *Feiel/Lehofer* festhält, dass es sich bei dem Verfahren nach § 122 Abs 1 Z 1 TKG 2003 „(...) um ein provisoriales, nicht-hoheitliches Verwaltungsverfahren handelt (...)“.¹⁴¹¹

Allerdings ist die Bestimmung des § 122 TKG 2003 nicht völlig neu. Bereits vor dem TKG 2003 gab es ein Telekommunikationsgesetz¹⁴¹², dessen §§ 66 und 116 in § 122 TKG 2003 zusammengefasst wurden. Aber auch in den Materialien¹⁴¹³ zu diesen Bestimmungen finden sich keinerlei Aussagen über die Rechtsnatur der bereits damals vorgesehenen Verpflichtung der Behörde, Richtlinien für die Durchführung des Verfahrens zu erlassen.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass im TKG 2003 keine Möglichkeit der Regulierungsbehörde (Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH – RTR-GmbH) vorgesehen ist, einen Verstoß gegen die erlassenen Richtlinien zu ahnden. Lediglich in formeller Hinsicht kommt dieser behördliche Kompetenz zu („*weigert sich ein Betreiber etwa, erforderliche Unterlagen vorzulegen, so wird dies im Rahmen der Aufsicht gem § 91 zu sanktionieren sein; diesbezüglich ist auch ein Verfahren nach AVG durchzuführen*“).¹⁴¹⁴

Zuständig zur Verfahrensführung nach dem LFG ist nach § 139a Abs 1 bzw Abs 2 der BM für Verkehr, Innovation und Technologie. Gemäß Art I Abs 1 und 2 EGVG¹⁴¹⁵ sind das AVG¹⁴¹⁶, das VStG¹⁴¹⁷ und das VVG¹⁴¹⁸ grundsätzlich (auch) auf

¹⁴⁰⁹ *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) 352.

¹⁴¹⁰ *Damjanovic/Holoubek/Kassai/Lehofer/Urbantschitsch*, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006) 213 f.

¹⁴¹¹ *Klicka*, Anwendung der *laesio enormis* bei Mobilfunkentgelten, MR 2010, 239 (239).

¹⁴¹² Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird, das Telegraphenwegegesetz, das Fernmeldegebührengesetz und das Kabel- und Satelliten-Rundfunkgesetz geändert werden sowie ergänzende Bestimmungen zum Rundfunkgesetz und zur Rundfunkverordnung getroffen werden BGBl I 1997/100 idF BGBl I 2002/134, aufgehoben durch BGBl I 2003/70.

¹⁴¹³ ErläutRV 128 BlgNR zu BGBl I 2003/70 22. GP 22.

¹⁴¹⁴ *Feiel/Lehofer*, Praxiskommentar zum TKG 2003 (2004) 352.

¹⁴¹⁵ Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 – EGVG BGBl I 2008/87 idgF.

¹⁴¹⁶ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG BGBl 1991/51 idgF.

¹⁴¹⁷ Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG BGBl 1991/52 idgF.

¹⁴¹⁸ Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG BGBl 1991/53 idgF.

die **Besorgung behördlicher Aufgaben durch Bundesminister** anzuwenden.¹⁴¹⁹ In diesem Zusammenhang stellt sich somit die Frage, ob es sich beim Streitbeilegungsverfahren des § 139a LFG überhaupt um eine „behördliche Aufgabe“ iS des Art I Abs 1 EGVG handelt.

Anhand dieser Überlegungen wird eine weitere verwaltungsrechtliche Problematik deutlich, welche sich nach *Hattenberger*¹⁴²⁰ auch bei dem Versuch einer Abgrenzung einzelner Formen des Verwaltungshandelns voneinander stellt. Es geht dabei insb um die (oft nicht leicht zu beantwortende)¹⁴²¹ Frage der **Abgrenzung der Hoheits- von der Privatwirtschaftsverwaltung**.

3.1 Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung

3.1.1 Die Begriffe in Judikatur und Literatur

Der Begriff „**behördliche Aufgabe**“ nach Art 1 Abs 1 EGVG ist gemäß den Materialien zur Stammfassung des EGVG aus dem Jahre 1925¹⁴²² gleichzusetzen mit der Hoheitsverwaltung. So ist im Bericht des Verfassungsausschusses zu Art II angemerkt, dass „(...) *die Anwendbarkeit der Verfahrensgesetze selbstverständlich auf das Tätigkeitsgebiet der Behörden eingeschränkt sein muss, auf dem sie behördliche (hoheitliche) Aufgaben zu besorgen haben.*“¹⁴²³ Näher wird auf diese Thematik in den Materialien zur Novelle 1959¹⁴²⁴ des 1950¹⁴²⁵ wiederverlautbarten EGVG eingegangen.

¹⁴¹⁹ Bis zur Novelle des EGVG durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits – Ausführungsgesetz 2013 BGBl I 2013/33 waren dort „Bundesministerien“ noch expressis verbis angeführt. Dass es durch die Novelle hier jedoch zu keiner Änderung gekommen ist, ergibt sich schon aus den Materialien, nach welchen der „Begriff „*Verwaltungsbehörden*“ *im selben Sinn zu verstehen (ist) wie in § 1 ZustG*“, ErläutRV 2009 BlgNR zu BGBl I 2013/33 24. GP 15. Der Anwendungsbereich des § 1 ZustG ist weit und umfasst alle Behörden des Bundes, der Länder und der Gemeinden, soweit diese hoheitlich tätig werden; siehe *N. Raschauer* in *Frauenberger-Pfeiler/N. Raschauer/Sander/Wessely* (Hrsg), Österreichisches Zustellrecht² (2011) § 1 ZustG Anm 4 und *Walter/Mayer*, Das österreichische Zustellrecht (1983) § 1 ZustG Anm 4. Zum Bundesminister als Behörde siehe S 270.

¹⁴²⁰ *Hattenberger*, Zur Grenzziehung zwischen Verordnung und Nicht-Verordnung, ZfV 2001/1215 (547 f).

¹⁴²¹ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 17.

¹⁴²² Bundesgesetz v 21. Juli 1925 zur Einführung der Bundesgesetze über das allgemeine Verwaltungsverfahren, über die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts und das Verwaltungsverfahren sowie über das Vollstreckungsverfahren in der Verwaltung (Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen – E. G. V. G.) BGBl 1925/273.

¹⁴²³ AB 360 BlgNR zu BGBl 1925/273 2. GP 3.

¹⁴²⁴ Bundesgesetz v 18. März 1959, mit dem das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen abgeändert wird und im Zusammenhang damit auch andere Rechtsvorschriften abgeändert werden (EGVG.-Novelle) BGBl 1959/92.

¹⁴²⁵ Kundmachung der Bundesregierung v 23. Mai 1950 über die Wiederverlautbarung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiete des Verwaltungsverfahrens BGBl 1950/172.

Dort heißt es in den erläuternden Bemerkungen zu Artikel 1, dass zu der Frage „*welche Aufgaben sie (gemeint sind die Behörden, Anm) mit behördlichen Mitteln zu erfüllen haben, (...) weder im EGVG 1950 noch in den Verwaltungsverfahrensgesetzen Stellung genommen (...)*“ wird. Daher sei die Lösung nur im materiellen Verwaltungsrecht zu finden. Schließlich wurde auf die Frage „*(...) wann auf Grund der materiellen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen eine behördliche Aufgabe als gegeben anzunehmen ist (...)*“ eingegangen. Dazu in den erläuternden Bemerkungen weiters: „*In behördlicher Funktion haben die Verwaltungsorgane bei der Vollziehung von Rechtsvorschriften einzuschreiten, die sie zur einseitigen Feststellung oder Gestaltung von Rechtsverhältnissen ermächtigen, das heißt also, in jenen Fällen, in denen Akte zu setzen sind, die rechtliche Wirksamkeit deshalb besitzen, weil in ihnen die Hoheitsgewalt des Staates wirksam ist. Den Gegensatz zu diesen Akten bilden solche, die auch von Personen, welche keine Vollziehungsorgane sind, rechtswirksam gesetzt werden können.*“ Daraus folgend wird festgehalten, dass die von dem vorliegenden Gesetz neu erfassten Organe dieses in den Fällen anwenden müssen, in denen sie auch zuvor bereits Bescheide zu erlassen hatten. Ausdrücklich festgehalten wird, dass die Einbeziehung in das EGVG nicht jene Prämissen verändert, die für eine Erledigung mittels Bescheid vorliegen müssen. Klargestellt ist weiters, dass das zuvor Gesagte auch auf Förderungsmaßnahmen zutrifft. Ist ein Verwaltungsorgan vom Geltungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze erfasst, so hat dies keinesfalls zur Folge, dass das AVG bei sämtlichen Förderungsmaßnahmen auch anzuwenden ist. Es bedarf dazu einer „*(...) gesetzlichen Grundlage für den Einsatz von hoheitlichen Mitteln (...)*“. Die Erläuterungen enden mit der Feststellung, dass der bereits zuvor in Verwendung stehende Begriff „behördlich“ auf staatliches Imperium hindeutet und mit „hoheitlich“ gleichzusetzen ist.¹⁴²⁶

Für die Definition des Begriffes der **Hoheitsverwaltung** ist vor allem ein Erkenntnis des VfGH aus dem Jahr 1957¹⁴²⁷ entscheidend. Der Gerichtshof musste in einem Subventionierungsfall eine Abgrenzung der Privatwirtschaftsverwaltung von der Hoheitsverwaltung vornehmen. Dabei hat dieser folgende Grundsätze herausgearbeitet:¹⁴²⁸ Nicht alles was „öffentlich“ ist (iS von „öffentlicher Verwaltung“¹⁴²⁹ bzw „öf-

¹⁴²⁶ ErläutRV 542 BlgNR zu BGBl 1959/92 8. GP 7 f.

¹⁴²⁷ VfSlg 3262/1957.

¹⁴²⁸ Vgl Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 694.

¹⁴²⁹ „Öffentliche Verwaltung“ (Exekutive) ist Teil des Gemeinwesens; siehe dazu Oettle, Öffentliche und verbandliche Verwaltungen als hauswirtschaftliche Produzenten unmittelbarer Gewährleistungen in Festschrift Reinbert Schauer (2003) 381 (387).

fentlicher Aufgabe“¹⁴³⁰), ist auch hoheitlich zu vollziehen (1).¹⁴³¹ Alleine das Faktum, dass etwas öffentlich-rechtlich geregelt ist bedeutet noch nicht, dass darauf fußendes Handeln zwingend als hoheitlich zu qualifizieren ist (2). Ob bei der Besorgung der Angelegenheit öffentliche Mittel verwendet werden ist unerheblich, da der Staat nur über solche Mittel verfügt (3). Ob es sich beim handelnden Akteur um eine Behörde handelt ist nicht entscheidend, denn auch eine Behörde vermag Akte zu setzen, die nicht als Hoheitsakte einzustufen sind (4). In dem Erkenntnis schlussfolgerte der VfGH, dass es für eine Abgrenzung des Gebietes der Privatwirtschafts- von der Hoheitsverwaltung nicht auf Motive und den Zweck der Tätigkeit ankommt; „(...) *entscheidend ist vielmehr, welche rechtstechnischen Mittel die Gesetzgebung zur Verwirklichung der zu erfüllenden Aufgaben bereitstellt*“. Im Bereich der (Hoheits-) Verwaltung (der hier von Interesse ist) existieren als solche Mittel insbesondere die V, der Bescheid und Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.¹⁴³² Ob im konkreten Fall, auf den abzustellen ist, eine V vorliegt, kann jedoch für sich genommen zur mitunter schwierigen Abgrenzungsfrage werden.¹⁴³³ Ein für das Vorliegen einer V notwendiges Kriterium ist, dass die Behörde hoheitlich tätig geworden ist.¹⁴³⁴ Gleichzeitig ist ein vom VfGH zur Abgrenzung zwischen Akten der Hoheits- von der Privatwirtschaftsverwaltung herangezogenes Kriterium jenes der vom Gesetzgeber zur Erledigung der zu erfüllenden Aufgaben bereit gestellten rechtstechnischen Mittel (zB V und Bescheid).¹⁴³⁵ Es bedarf somit einerseits einer gesetzlichen Ermächtigung zu hoheitlichem Handeln, andererseits muss von dieser im jeweiligen Einzelfall, auf den abzustellen ist,¹⁴³⁶ auch Gebrauch gemacht worden sein.¹⁴³⁷

Mit *Korinek/Holoubek* ist dann von hoheitlicher Verwaltung zu sprechen, „*wenn die Verwaltungsorgane mit „Imperium“, also unter Einsatz spezifischer staatlicher Befehls und Zwangsgewalt auftreten. Sie handeln dabei in jenen Rechtssatzformen, die das öffentliche Recht für die Ausübung von behördlichen Befugnissen zur Verfügung stellt* (...)“.¹⁴³⁸ *Raschauer* streicht dabei heraus, dass es zwei Faktoren, nämlich einer gesetz-

¹⁴³⁰ Es handelt sich dabei um einen wissenschaftlichen wie rechtlichen Begriff im Zusammenhang mit der Verfolgung „öffentlicher Interessen“; vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 686.

¹⁴³¹ Siehe auch *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 161 ff.

¹⁴³² *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 698.

¹⁴³³ *Hattenberger*, Zur Grenzziehung zwischen Verordnung und Nicht-Verordnung, ZfV 2001, 546 (547).

¹⁴³⁴ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 155.

¹⁴³⁵ Siehe zB auch VfSlg 6084/1969, 13968/1994.

¹⁴³⁶ *Schragel*, AHG³ (2003) Rz 81.

¹⁴³⁷ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 9 ff.

¹⁴³⁸ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 9.

lichen Ermächtigung und eines faktischen Handelns aufgrund dieser bedarf.¹⁴³⁹ Demgegenüber liegt Privatwirtschaftsverwaltung dann vor, „wenn der Staat wie ein Privater handelt“. ¹⁴⁴⁰

3.1.2 Abgrenzung mit Hilfe der Zweifelsregelung und die Rechtsschutzproblematik

Gemäß *Adamovich*¹⁴⁴¹ und (va diesem folgend)¹⁴⁴² der Jud von VfGH¹⁴⁴³ und VwGH¹⁴⁴⁴, aber auch des OGH¹⁴⁴⁵, hat sich der Grundsatz herausgebildet, dass **im Zweifel Privatwirtschaftsverwaltung anzunehmen** ist. Kein „Zweifel“ im Sinne dieses Grundsatzes besteht jedenfalls dann, wenn das Gesetz – nicht notwendigerweise expressis verbis – vorsieht, dass die Behörde mittels Bescheid zu entscheiden hat und damit das geforderte „Imperium“ zum Ausdruck gebracht wird.¹⁴⁴⁶ *Korinek/Holoubek* präzisieren die formelle Abgrenzung dahingehend, „dass Abgrenzungskriterium die eingesetzte Rechtssatzform, das heißt die verwendete Rechtstechnik insofern ist, als es darauf ankommt, ob – nur dem Staat offenstehende – hoheitliche Handlungsformen oder solche gewählt werden, die auch dem „außerstaatlichen Rechtsorgan“ zur Verfügung stehen“. ¹⁴⁴⁷

In dem oben angeführten Erkenntnis des VfGH aus dem Jahr 1957¹⁴⁴⁸ kam der Gerichtshof zu folgendem Schluss: „Hat der Gesetzgeber den Verwaltungsträger mit keinen Zwangsbefugnissen ausgerüstet, so liegt keine Hoheitsverwaltung, sondern Privatwirtschaftsverwaltung vor.“ „Im Übrigen schließt sich der Verfassungsgerichtshof der in der Lehre vertretenen Auffassung an, dass im Zweifel die Vermutung für die Privatwirtschaftsverwaltung spricht“ und verweist dabei auf *Adamovich*, dessen Ansicht nach es ausschließlich von der Regelung des Gesetzgebers abhängt, „(...) ob im einzelnen Fall (...) ein privatrechtliches Rechtsgeschäft im Rahmen der Privatwirtschaftsver-

¹⁴³⁹ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 250.

¹⁴⁴⁰ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 10; vgl auch *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 23 f; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 9.

¹⁴⁴¹ *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts I⁵ (1954) 11.

¹⁴⁴² *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 155.

¹⁴⁴³ ZB VfSlg 3183/1957, 3952/1961, 5355/1966, 7078/1973.

¹⁴⁴⁴ ZB VwSlg 5128 A/1959; 8542 A/1974.

¹⁴⁴⁵ Für den Bereich der Subventionsverwaltung: ZB SZ 61/261, JBl 1990, 169, 1 Ob 33/94, 7 Ob 187/99x, 7 Ob 308/03z.

¹⁴⁴⁶ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 697.

¹⁴⁴⁷ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 11.

¹⁴⁴⁸ VfSlg 3183/1957.

waltung abgeschlossen oder ein behördlicher Verwaltungsakt im Rahmen der Hoheitsverwaltung erlassen wird (...)“. Schließlich stellt er den Grundsatz auf, dass „(...) im Zweifel, dh soweit der Gesetzgeber nicht ausdrücklich anderes bestimmt, in Fällen der vorerwähnten Art die Vermutung für die Privatwirtschaftsverwaltung spricht, also eine Vereinbarung auf dem Boden des Privatrechts zu treffen sein wird“.¹⁴⁴⁹ Unter „in Fällen der vorerwähnten Art“ werden wohl jene Fälle zu verstehen sein, in denen eine Regelung sowohl durch einen privatrechtlichen Vertrag als auch durch einen hoheitlichen Akt durch die zuständige Behörde möglich ist – *Adamovich* führt beispielshalber die Benützung von Gemeindeeinrichtungen und -anlagen, von Wasserleitungen udgl an – und keine Regelung durch den Gesetzgeber getroffen wurde. Aufgrund der Meinungen aus der Literatur und der Erkenntnisse der Höchstgerichte hat sich – vereinfacht ausgedrückt und wie bereits zuvor erwähnt – der Grundsatz entwickelt, dass im Zweifel Privatwirtschaftsverwaltung anzunehmen ist.¹⁴⁵⁰ Dies ist freilich nicht unproblematisch. Zum einen sind im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung die Legalitätsanforderungen gegenüber der Hoheitsverwaltung stark herabgesetzt, da das Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG nur für den Bereich der Hoheitsverwaltung gilt, somit nur hoheitliche Staatsakte dem Rechtsschutzsystem des B-VG unterliegen, und der gerichtliche Rechtsschutz demgegenüber zurückbleibt.¹⁴⁵¹ Schlechter gestellt ist der Einzelne zudem auch was die Geltung der Grundrechte (mittelbare Drittwirkung)¹⁴⁵² anbelangt.¹⁴⁵³ Nach *Eberhard* waren historisch betrachtet Rechtsschutzgründe für die Entwicklung der Zweifelsregel ausschlaggebend, da im Bereich der Hoheitsverwaltung der Staat einseitig anordnend tätig wird und mit Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattet ist, weswegen hoheitliches Handeln nur dann gegeben sein soll, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist.¹⁴⁵⁴ Es ist auch das Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG, das dafür spricht, dass im Zweifel „(...) eine Aufgabenzuweisung an die nicht hoheitliche Verwaltung anzunehmen“ ist.¹⁴⁵⁵ Wie erwähnt bleibt jedoch der zivilrechtliche Rechtsschutz hinter dem

¹⁴⁴⁹ *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts I⁵ (1953) 11.

¹⁴⁵⁰ Vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 696.

¹⁴⁵¹ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 39.

¹⁴⁵² *ZB Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 741 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1334 ff; *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1984) 152 ff.

¹⁴⁵³ *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 155 mwN.

¹⁴⁵⁴ *Eberhard*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 156 f.

¹⁴⁵⁵ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 196.

öffentlich-rechtlichen zurück, weswegen sich der ursprünglich angedachte Rechtsschutzaspekt geradezu ins Gegenteil verkehrt.¹⁴⁵⁶

Lediglich kurz angemerkt sei, dass Grund für diese Qualifizierung einerseits die Gleichsetzung der öffentlichen Verwaltung mit der Eingriffsverwaltung war, während der Privatwirtschaftsverwaltung lediglich Hilfsfunktion beigemessen wurde, andererseits historisch betrachtet um gegenüber dem übermächtigen Staat im privatrechtlichen Bereich zumindest in vermögensrechtlichen Angelegenheiten einen gewissen Rechtsschutz zu gewähren (Fiskustheorie).¹⁴⁵⁷ Wie *Öhlinger* dazu abschließend bemerkt, wurde durch das Legalitätsprinzip, welches (nur) die hoheitliche Verwaltung an die Gesetze bindet, der Sinn dieser Konzeption geradezu ins Gegenteil verkehrt.¹⁴⁵⁸ Im Gegensatz zum öffentlichen Recht beschränkt sich im Bereich des Zivilrechts der Rechtsschutz nämlich nahezu auf die ordentlichen Gerichte (§ 1 JN), was insofern einen Nachteil für die Rechtsunterworfenen darstellt, als zB der Staat gemäß der Jud des OGH nur sehr beschränkt zum Abschluss von Verträgen gezwungen werden kann. Gleiches gilt für die Vergabe von Förderungsleistungen.¹⁴⁵⁹ Allerdings – und dies ist im gegebenen Zusammenhang von Bedeutung – bejaht der OGH mittlerweile die Geltung von Grundrechten auch für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung (Fiskalgeltung). So dürfen auch Gebietskörperschaften, wenn sie privatrechtlich tätig werden, „(...) *nur im öffentlichen Interesse handeln (...) weil die Grundrechte für die öffentliche Hand auch dann verpflichtend wirken, wenn diese in Form des Privatrechtes tätig wird*“.¹⁴⁶⁰ Für die hier geschilderten Beispiele wäre somit insb der Gleichheitssatz von Relevanz und könnte einen Kontrahierungszwang bedeuten,¹⁴⁶¹ bzw dass, soweit Subventionen betroffen sind, „(...) *eine objektiv bestimmbare, sachlich gerechtfertigte Eingrenzung des Berechtigtenkreises vorgenommen werden*“ muss, so der OGH in der gleichen Entscheidung.

Von Interesse im Zusammenhang mit dem Rechtsschutzaspekt ist auch das sog „Nierensteinzertrümmerer-Erkenntnis“ des VfGH.¹⁴⁶² Die Stadt Wien war öffentlich-rechtlich zur Vorsorge für Anstaltspflege verpflichtet (Versorgungsauftrag, § 18

¹⁴⁵⁶ Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 156 f.

¹⁴⁵⁷ Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 156 f.

¹⁴⁵⁸ *Öhlinger*, Das Problem des verwaltungsrechtlichen Vertrages (1974) 69 mwN; Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005) 156 f.

¹⁴⁵⁹ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 562.

¹⁴⁶⁰ OGH 18.12.1992, 6 Ob 563/92.

¹⁴⁶¹ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 567; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 39 f.

¹⁴⁶² VfSlg 10936/1986.

KAG¹⁴⁶³, heute § 18 KAKuG¹⁴⁶⁴ als Grundsatzgesetz iVm § 19 Wr KAG¹⁴⁶⁵, heute § 30 Wr KAG¹⁴⁶⁶). Diese errichtete und betrieb durch ein Tochterunternehmen eine (private) Sonderkrankenanstalt, welche in eine bestehende öffentliche Krankenanstalt der Stadt örtlich und personell integriert war. Der VfGH erachtete darin eine Umgehung der Verpflichtung des Landes Wien, Krankenanstalten bereitzuhalten, weshalb dieses der klagenden Patientin die Differenz zwischen den angelaufenen Behandlungskosten und jenen, die bei einer Behandlung in einer öffentlichen Krankenanstalt von der Krankenkasse gezahlt werden hätten müssen, zu ersetzen hätte. Die vom Land Wien gewählte Konstruktion würde dazu dienen, der Stadt finanzielle Vorteile zu verschaffen, so der VfGH.¹⁴⁶⁷

Das für den hier behandelten Rechtsschutzaspekt Entscheidende ist, dass der VfGH judizierte, dass in einem derartigen Fall eine Verpflichtung zur Aufwandsentschädigung nach § 1042 ABGB bestünde, die aufgrund Art 137 B-VG vom Patienten vor dem VfGH geltend zu machen sei. Dies deswegen, da die Anspruchsgrundlage für den Rechtsstreit (Versorgungsauftrag nach KAG und Wr KAG) im öffentlichen Recht wurzle, eine Geltendmachung im Verwaltungswege (mangels entsprechender Bestimmung) nicht möglich wäre und es sich nicht um einen Schadenersatzanspruch iS von § 1138 ABGB handle (Subsidiarität des Verfahrens nach Art 137 B-VG)^{1468, 1469}. Der VfGH hatte bereits zuvor erkannt, dass „(...) *Schadenersatzansprüche dem Privatrecht zugehören und demgemäß grundsätzlich die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung über diese Ansprüche berufen sind*“; nach Art 137 B-VG wäre der VfGH nur dann zuständig, „*wenn der erhobene vermögensrechtliche Anspruch weder im ordentlichen*

¹⁴⁶³ Bundesgesetz v 18. Dezember 1956 über Krankenanstalten (Krankenanstaltengesetz - KAG) BGBl 1957/1 idF BGBl 1985/565.

¹⁴⁶⁴ Bundesgesetz v 18. Dezember 1956 über Krankenanstalten und Kuranstalten (Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz – KAKuG) BGBl 1957/1 idgF.

¹⁴⁶⁵ Gesetz v 14. November 1957 zur Ausführung der grundsatzgesetzlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes v 18. Dezember 1956, BGBl 1/1957, über Krankenanstalten (Krankenanstaltengesetz – KAG) und zur Ausführung der grundsatzgesetzlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes v 9. September 1955, BGBl 189, über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG) – (Wiener Krankenanstaltengesetz) LGBI 1958/1 idF 1984/50.

¹⁴⁶⁶ Wiener Krankenanstaltengesetz 1987 - Wr KAG LGBI 1987/23 idgF.

¹⁴⁶⁷ Vgl *Schneider*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Ausgliederung von Krankenanstalten, RdM 2003/66 (135 f); *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 151 f.

¹⁴⁶⁸ *Frank* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 5. Lfg 2007) Art 137 B-VG Rz 14.

¹⁴⁶⁹ *Schneider*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Ausgliederung von Krankenanstalten, RdM 2003/66 (136); *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 152.

*Rechtswege*¹⁴⁷⁰ auszutragen noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen ist“.¹⁴⁷¹

Weiters argumentierte das Höchstgericht in Anknüpfung an seine bisherige Rsp, dass im Gegensatz zu der Bestimmung des § 1138 ABGB für Schadenersatzansprüche keine Regelung existieren würde, die in gleicher Weise Aufwandersatzansprüche iS von § 1042 ABGB der (alleinigen) Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte vorbehalten würde. Stattdessen würde letztere Bestimmung einen Rechtsgrundsatz beinhalten, der Geltung für die gesamte Rechtsordnung besitze.¹⁴⁷² In derartigen Fällen sind Rechtsworterworfene somit nicht auf den (wie geschildert) für sie nachteiligen Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte verwiesen, sondern steht diesen der öffentlich-rechtliche offen. Wie *Adamovich/Funk* es formulieren, ist das Nierensteinzertrümmerer-Erkenntnis „(...) von grundlegender Bedeutung für die (mittelbare) Durchsetzung von öffentlich-rechtlich (gesetzlich) begründeten Pflichtaufgaben des Staates im Rahmen nicht-hoheitlicher Verwaltung“. Verallgemeinernd schlussfolgern diese: „Bei Nichterfüllung solcher Pflichten entsteht dem Betroffenen ein (öffentlich-rechtlicher) Anspruch auf Ersatz des Aufwandes, den er getätigt hat, um in den Genuss der Leistung zu kommen; der Staat kann sich seiner Ersatzpflicht nicht dadurch entziehen, dass er sich zur Erfüllung seiner Pflichtleistung eines anderen (ausgegliederten) Rechtsträgers bedient (...)“.¹⁴⁷³

*Aichldreiter*¹⁴⁷⁴ meint im Zuge eines Abgrenzungsversuches zwischen Verwaltungsmaßnahmen als hoheitliche und nicht-hoheitliche Akte, dass aus dem immer wieder in gesetzlichen Vorschriften vorkommendem Ausdruck „Richtlinie“ keine Schlüsse für eine rechtsdogmatische Einordnung als „hoheitliche“ oder „nicht-hoheitliche“ Maßnahme abgeleitet werden können, da dieser Terminus vom Gesetzgeber uneinheitlich (teilweise im Sinne einer V, teilweise für Dienstanweisungen oder gar ohne normative Funktion) verwendet wird (worauf später noch einzugehen sein wird). Daraus ist zu schließen, dass dieser daher keinesfalls automatisch mit dem Begriff „Verordnung“ gleichgesetzt werden kann. Es handelt sich dabei insofern um einen unbestimmten Ge-

¹⁴⁷⁰ „Ordentlicher Rechtsweg“ meint keine Einschränkung auf die in § 1 JN aufgezählten Fälle, sondern umfasst auch Zuständigkeiten von Außerstreitrichtern, außerordentlichen Gerichten (VfSlg 3287/1957), sowie im Zuge von strafgerichtlichen Verfahren geltend gemachte Vermögensansprüche (VfSlg 12242/1989).

¹⁴⁷¹ VfSlg 2154/1951.

¹⁴⁷² VfSlg 10933/1986 mHa VfSlg 3354/1958 (Aufwandersatz nach § 1042 ABGB als Rechtsgrundsatz) und 8178/1977 (§ 1042 ABGB, Gültigkeit für gesamte Rechtsordnung).

¹⁴⁷³ *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 152.

¹⁴⁷⁴ *Aichldreiter*, Österreichisches Verwaltungsrecht I (1988) 285.

setzesbegriff, zumal der Begriff der „Richtlinie“ jeglicher Definition durch den Gesetzgeber entbehrt. Gleichfalls existiert für die Rechtsform „Verordnung“ keine Legaldefinition. *Raschauer* definiert die Verordnung als „jede von einer (staatlichen) Verwaltungsbehörde im Bereich der Hoheitsverwaltung erlassene generelle außenwirksame Norm“. ¹⁴⁷⁵

Im Fall des Streitbeilegungsverfahrens nach § 139a LFG muss man daher zu dem Schluss kommen, dass es sich bei diesem nicht um eine behördliche Aufgabe iS des Art I Abs 1 EGVG handelt, und damit auch kein behördliches Verfahren des Bundesministers vorliegt. Die zuständige Behörde, der BM für Verkehr, Innovation und Technologie, ist in seiner diesbezüglichen Tätigkeit nicht mit Zwangsbefugnissen ausgestattet, und das Verfahren endet nicht mit der Rechtssatzform des Bescheides. Für diese Auslegung spricht auch, wie der OGH erstmals 1988 in einem Fall der auf Sonderrichtlinien beruhenden Förderungsverwaltung judiziert hat, der Mangel an gesetzlicher Determinierung. Zwar gibt es – im Gegensatz zu den in der Entscheidung des Gerichtshofes vorkommenden Sonderrichtlinien – für die das Verfahren regelnden Richtlinien eine Ermächtigung im LFG (es handelt sich sogar um eine Verpflichtung) zur Veröffentlichung, darüber hinaus finden sich aber – und darin sind die beiden Fälle gleichgelagert – im LFG keinerlei Regelungen für das Verfahren – ein Indiz für ein Handeln im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung. Im Gegensatz dazu argumentiert der Gerichtshof, dass der Wille eines Verwaltungsorgans, einen Bescheid zu erlassen, ein Hinweis für eine Tätigkeit im Rahmen der Hoheitsverwaltung sein kann. ¹⁴⁷⁶ Dies ist im Verfahren nach § 139a LFG jedenfalls nicht der Fall, spricht doch schon der Wortlaut der Bestimmung dagegen, nachdem entweder eine „eilvernehmliche Lösung“ angestrebt oder der BM den Parteien „seine Ansicht“ mitzuteilen hat. Darüber hinaus ist auch den Materialien zu entnehmen, dass das Resultat des Verfahrens für die Parteien nicht verbindlich sein soll. ¹⁴⁷⁷

Damit zusammenhängend stellt sich die Frage der rechtlichen Einordnung des Begriffes „Richtlinien“ in § 139a Abs 3 LFG, welcher sich auch in § 122 Abs 2 TKG 2003 wieder findet. Zwar ergab die bisherige Auslegung, dass die Behörde im Streitbeilegungsverfahren privatwirtschaftlich tätig wird, dennoch ist damit noch nichts für die

¹⁴⁷⁵ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 263.

¹⁴⁷⁶ OGH 6 Ob 694/88, SZ 61/261.

¹⁴⁷⁷ ErläutRV 1429 BldNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 9.

Qualifikation der Richtlinien nach § 139a LFG gewonnen. Von Interesse ist deren Einordnung vor allem auch deshalb, da sich der Gesetzgeber – wie sich zeigen wird – dieses Begriffes gerade im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Bestimmungen immer wieder bedient, ohne dass hieraus hinsichtlich der Rechtsnatur eine klare Aussage getroffen werden kann. Im Folgenden soll anhand dieser Begriffsbestimmung, Meinungen aus der Literatur sowie Jud zu den Handlungsformen der Verordnung und der Richtlinie, eine rechtsdogmatische Einordnung der „Richtlinien“ im Sinne des § 139a LFG vorgenommen werden. Dies beginnend mit der einer verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Darstellung der Verordnung, da diese von entscheidender Bedeutung für die Qualifikation der Richtlinien nach § 139a LFG ist.

3.2 Die Verordnung

Der Begriff „Verordnung“ ist verfassungsrechtlich nicht näher definiert, seine Merkmale sind jedoch für die Abgrenzung zu anderen Formen des Verwaltungshandelns von elementarer Bedeutung. Im Einzelnen bestehen viele Abgrenzungsprobleme, zB zum Bescheid, wobei hier nur ein allgemeiner Überblick gegeben werden kann. Dies dient in erster Linie der Abgrenzung zum Begriff der „Richtlinien“ gemäß Art 139a LFG, welchen ein eigenes Kapitel gewidmet ist.¹⁴⁷⁸

Gemäß VfGH kommt es für das Vorliegen einer Verordnung (lediglich) auf den Inhalt des konkreten Rechtsaktes an.¹⁴⁷⁹ Gemäß der hL und der Jud handelt es sich bei einer Verordnung, um eine *„generelle, von Verwaltungsbehörden erlassene Rechtsvorschrift“*.¹⁴⁸⁰ Für das Vorliegen einer Verordnung ist erforderlich, dass der entsprechende **Akt von einer Verwaltungsbehörde** (im funktionellen Sinn)¹⁴⁸¹ stammt, Art 18 Abs 2 und 139 B-VG.¹⁴⁸² Eine weitere Voraussetzung ist darin zu erblicken, dass *„(...) es sich um einen verwaltungsbehördlichen Willensakt handeln muss, der Rechtsverhältnisse*

¹⁴⁷⁸ Siehe S 298 ff.

¹⁴⁷⁹ ZB VfSlg 2071/1950, 2465/1953, 8351/1978, 8647/1979, 9247/1981, 11472/1987.

¹⁴⁸⁰ Mayer, Die Verordnung (1977) 14.

¹⁴⁸¹ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 595; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 733; im Ergebnis auch Rill in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 18 B-VG Rz 78; Mayer, Die Verordnung (1977) 17 ff; Aichleiter, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 266; VwSlg 15685 A/2001 (Verordnungserlassung durch ein beliehenes Unternehmen).

¹⁴⁸² Rill in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 18 B-VG Rz 78 mwN; Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 155; Aichleiter, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 253 ff.

feststellt oder gestaltet“.¹⁴⁸³ Wie *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer* es ausdrücken, muss es sich um einen **rechtssetzenden**, anstatt eines rechtsvollziehenden Aktes handeln (andernfalls liegt ein Bescheid vor).¹⁴⁸⁴ Es muss sich somit zwingend um einen hoheitlichen Akt handeln;¹⁴⁸⁵ dieser ist dann gegeben, wenn er für die betroffenen Personkreise verbindlich/verpflichtend ist (**imperative Formulierung**)^{1486, 1487} und er nötigenfalls mit Befehl und Zwang durchsetzbar ist.¹⁴⁸⁸ Maßgebliches Kriterium einer Verordnung (vor allem gegenüber dem Rechtsakt Bescheid) ist gemäß dem VfGH¹⁴⁸⁹, dass sich diese unmittelbar **an die Allgemeinheit** (oder an nach Gattungsmerkmalen beschriebene Gruppen) „nach außen“ richtet, sie somit einen nach Gattungsmerkmalen umschriebenen Adressatenkreis hat.¹⁴⁹⁰ Sind Adressaten hingegen Organwalter der jeweiligen Behörde selbst (Innenverhältnis), so ist dieses Erfordernis nicht gegeben und liegt statt einer (Rechts-)Verordnung eine Weisung (auch „Verwaltungsverordnung“¹⁴⁹¹ genannt)¹⁴⁹² vor, welche in Art 20 Abs 1 B-VG geregelt ist.¹⁴⁹³ Wie *Antoniolli/Koja* unter Verweis auf *Kelsen*¹⁴⁹⁴ und *Merkl*¹⁴⁹⁵ ausführen, dient dieses Element aufgrund der „Relativität des Gegensatzes der Merkmale „individuell“ und „generell“ (...)“ nur als

¹⁴⁸³ *Mayer*, Die Verordnung (1977) 25 f; idS auch *Aichreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 32 ff und 242 ff; VfSlg 8647/1979, 13632/1993, 15061/1997, 17244/2004.

¹⁴⁸⁴ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 593.

¹⁴⁸⁵ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 155.

¹⁴⁸⁶ ZB VfSlg 13632/1993, 13784/1994.

¹⁴⁸⁷ *Mayer*, Die Verordnung (1977) 25.

¹⁴⁸⁸ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 155.

¹⁴⁸⁹ VfSlg 2999/1956, 6291/1970.

¹⁴⁹⁰ ZB VfSlg 5511/1967, 8602/1979, 13021/1992, 17244/2004, *Mayer*, Die Verordnung (1977) 23 ff; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 156 f und 164; *Aichreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 76 ff.

¹⁴⁹¹ Zu diesem irreführenden Begriff kritisch *Mayer*, Die Verordnung (1977) 2

¹⁴⁹² Ob diese beiden Begriffe synonym zu verwenden sind, oder ob es sich bei Verwaltungsverordnungen nicht auch um Verordnungen handelt, ist strittig. Dagegen insb *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985) 255 f; *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1987); *Walter*, Die Verwaltungsverordnung, ÖJZ 1965, 29; *Klecatsky*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht² (1973) Art 11 Anm 10; *Mayer*, Die Verordnung (1977) 27 f; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 594; *Zolger*, Österreichisches Verordnungsrecht (1898) 64; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 1005; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 164 f; *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972) 732; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 744; *Ringhofer*, Zur Rechtsüberleitung reichsdeutscher Erlässe, JBl 1953, 558 (564) treten dafür ein, aufgrund der Terminologie des B-VG und einfachgesetzlicher Verordnungen in der Verwaltungsverordnung keine Verordnung zu erblicken; VwSlg 81 F/1949, 13425 A/1991, VwGH 23.02.2007, 2006/12/0125. AA *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶ (1971) 447; *Barfuß*, Die Weisung (1967) 50; *Melichar*, Zur juristischen Bedeutung des Unterschiedes zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnungen im österreichischen Recht, JBl 1955, 53 (53 f); *Ermacora*, Über die derogatorische Kraft der Verwaltungsverordnung, JBl 1955, 185 (186); VfSlg 1636/1948, 3028/1956, 3630/1959, 3811/1960, 4733/1964, 5905/1969, 6786/1972, 8029/1977, 8602/1979, 13635/1993, 14674/1996.

¹⁴⁹³ *Walter*, Die Verwaltungsverordnung, ÖJZ 1965, 33 ff; *Klecatsky*, Die Untergrundbewegung der deutschen „Erlasse“, JBl 1953, 173 (176); *Barfuß*, Die Weisung (1967) 40 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 594.

¹⁴⁹⁴ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925) 235 f.

¹⁴⁹⁵ *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1969) 179.

Richtlinie bei der Ermittlung der Rechtsnatur eines Aktes.¹⁴⁹⁶ Aufgabe des Gesetzgebers wäre es, „Zweifelsfälle durch eindeutige Regelungen vorweg und verfassungsmäßig zu vermeiden. So qualifiziert etwa die Straßenverkehrsordnung (StVO) ausdrücklich bestimmte Akte als Verordnungen und regelt auch deren besondere Kundmachungsweise“. ¹⁴⁹⁷ Dazu ist anzumerken, dass diese Qualifizierung via Gesetz klar zu unterscheiden ist von einer bloßen Titulierung. Die bloße Bezeichnung als „Verordnung“ vermag einen gesetzgeberischen Akt nämlich nicht als eine solche zu qualifizieren. Wie *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer* bemerken, kommt es auf die Bezeichnung nicht an; in Bezug auf die Jud des VfGH stellen sie fest, dass die Abgrenzung der Verordnung von anderen Rechtsakten Schwierigkeiten bereiten kann.¹⁴⁹⁸ Dies vor allem auch deswegen, weil das Gesetz eine Vielzahl an Synonymen an Stelle des Wortes „Verordnung“ gebraucht, wie zB Kundmachung, Entschließung, Erlass, etc.¹⁴⁹⁹

Auch der VfGH hat dies jüngst wiederholt¹⁵⁰⁰ präzise so formuliert: „Maßgebend für die Qualifikation eines Rechtsaktes als Verordnung im Sinne des Art 139 B-VG ist weder der formelle Adressatenkreis noch seine äußere Bezeichnung und auch nicht die Art seiner Veröffentlichung, vielmehr kommt es auf den normativen Inhalt des Verwaltungsaktes an“. ¹⁵⁰¹ So hat er „Runderlässe“ wegen ihres allgemeinen Adressatenkreises und ihrer Normativität als Rechtsverordnungen qualifiziert,¹⁵⁰² aus eben diesen Gründen auch eine „Dienstanweisung“, ¹⁵⁰³ hingegen einen Erlass mangels Außenwirkung, des individuellen Adressatenkreises und mangels Normativität,¹⁵⁰⁴ und einen anderen mangels Rechtsverbindlichkeit („lediglich Bekanntgabe organisatorischer Vorkehrungen“), ¹⁵⁰⁵ nicht als Verordnung eingestuft. Auch hat der VwGH erkannt, dass aus der bloßen Bezeichnung eines Aktes als „generelle Weisung“ alleine keine rechtlichen Schlüsse über dessen Rechtsnatur getroffen werden können (im konkreten Fall wurde der „Weisung“ aufgrund von formalen Mängeln der Verordnungscharakter abgesprochen).¹⁵⁰⁶

¹⁴⁹⁶ Siehe dazu auch *Aichreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 96 ff.

¹⁴⁹⁷ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 157 f.

¹⁴⁹⁸ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 594 .

¹⁴⁹⁹ *ZB Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 159 f; *Aichreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 28 f; *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 74.

¹⁵⁰⁰ *ZB VfSlg* 13632/1993, 15061/1997.

¹⁵⁰¹ *VfSlg* 18112/2007.

¹⁵⁰² *VfSlg* 11467/1987.

¹⁵⁰³ *VfSlg* 13578/1993.

¹⁵⁰⁴ *VfSlg* 13021/1992.

¹⁵⁰⁵ *VfSlg* 18112/2007.

¹⁵⁰⁶ *VwGH* 31.01.2006, 2002/12/0221.

Es entspricht somit der hM, dass der bloßen Bezeichnung eines Aktes einer Verwaltungsbehörde kein Wesensmerkmal einer Verordnung darstellt. Wie später noch aufzuzeigen sein wird, kann eine solche jedoch zur Bestätigung des Ergebnisses einer inhaltlichen Interpretation herangezogen werden.¹⁵⁰⁷

Eine der Voraussetzungen beim Erlassen einer V für deren Gesetzmäßigkeit ist aufgrund der Bundesverfassung deren allgemeine Kundmachung, Art 89 Abs 1 und Art 139 Abs 3 Z 3 B-VG.¹⁵⁰⁸ Ist diese mangelhaft, so führt dies nach dem VfGH¹⁵⁰⁹ zu deren Gesetzwidrigkeit, welche dieser gemäß Art 139 Abs 3 Z 3 nach dem dort geregelten Verfahren aufzuheben hat,¹⁵¹⁰ sofern nur ein Minimum an Kundmachung¹⁵¹¹ vorliegt,¹⁵¹² während der VwGH¹⁵¹³ derartige Verordnungen nicht als Rechts- sondern als sog Verwaltungsverordnungen ansieht, weswegen diese für ihn unbeachtlich iS von rechtlich nicht existent sind (absolute Nichtigkeit).¹⁵¹⁴

Keine Analogie kann im Falle der Richtlinien nach § 139a LFG zu den gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BGBIG¹⁵¹⁵ als „Verwaltungsverordnungen“ bezeichneten Weisungen gezogen werden, da die Richtlinien erstens nicht an unterstellte Verwaltungsorgane¹⁵¹⁶ adressiert sind – der BM für Verkehr, Innovation und Technologie ist sowohl für die Veröffentlichung der Richtlinien als auch für die Führung des Streitbelegungsverfahrens selbst zuständig – und zweitens auch eine Wirkung nach außen beabsichtigt ist. Dies kann zum einen dem Wortlaut der Bestimmung, zum anderen dem Vergleich mit den gemäß § 122 Abs 1 Z 1 TKG 2003 veröffentlichten Verfahrensrichtlinien entnommen werden. Diese regeln nämlich nicht ausschließlich die Tätigkeit der zur Schlichtung zuständigen Stelle, sondern ebenso direkt das Verhalten der Parteien, zB Fristen. Im Gegensatz dazu „(...) sind Weisungen bloß interne Normen, deren einzige Adressaten nachgeordnete Organwalter sind“, so Muzak. Dabei würde es nach der ständigen Jud des VfGH¹⁵¹⁷ für die Qualifikation als Verordnung genügen, wenn sich diese zwar nicht

¹⁵⁰⁷ Siehe S 301; Aichlreiter, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 156 f.

¹⁵⁰⁸ VfSlg 102/1922, 4546/1963, 7725/1975, 12744/1991, 14154/1995.

¹⁵⁰⁹ ZB VfSlg 3982/1961, 4757/1964, 8030/1977.

¹⁵¹⁰ ZB VfSlg 16281/2001; siehe auch Mayer, Die Verordnung (1977) 28.

¹⁵¹¹ ZB VfSlg 7375/1974, 7725/1975, 8997/1980, 9247/1981, 11867/1988, 12744/1991, 14154/1995.

¹⁵¹² Mayer, Die Verordnung (1977) 29; Aichlreiter, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 845 ff.

¹⁵¹³ ZB VwSlg 3696 A/1955, 8877 A/1975, 5628 F/1981.

¹⁵¹⁴ Antonioli-Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 165 f; Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 229 f; Mayer, Die Verordnung (1977) 29.

¹⁵¹⁵ Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 2004 BGBl I 2003/100 idgF.

¹⁵¹⁶ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 741.

¹⁵¹⁷ ZB VfSlg 11867/1988, 8648/1979, 8029/1977.

an Rechtsunterworfenen richtet, es sich jedoch um eine deren Rechtslage verändernde Regelung handelt.¹⁵¹⁸

Was die Verfahrensrichtlinien des LFG mit Verordnungen gemeinsam haben ist, dass bei diesen ebenfalls die Veröffentlichung notwendig ist, allerdings mit dem Unterschied, dass dies bei Verordnungen nach der Begriffsumschreibung stets eine Voraussetzung ist. Nicht störend ist die Bezeichnung des Rechtsaktes als „Richtlinie“, da es – wie erwähnt – für das Vorliegen einer Verordnung iS von Art 18 Abs 2 B-VG lediglich auf den normativen Gehalt eines Verwaltungsaktes ankommt.

Unter einer Verordnung wird gemäß der höchstgerichtlichen Rsp¹⁵¹⁹ allgemein *„jede von einer (staatlichen) Verwaltungsbehörde im Bereich der Hoheitsverwaltung erlassene generelle außenwirksame Norm“* verstanden.¹⁵²⁰ Damit solche Akte der Verwaltung eine rechtliche Außenwirkung haben, bedarf es einer *„förmlichen Manifestation“*¹⁵²¹, einer entsprechenden („gehörig“, Art 89 Abs 1 B-VG) Kundmachung. Bei den Verfahrensrichtlinien ist dies in der einfachgesetzlichen Bestimmung des § 139a LFG vorgesehen. Bis zum heutigen Tag wurden die Verfahrensrichtlinien für das Streitbeilegungsverfahren des LFG jedoch nicht veröffentlicht, obwohl die in Rede stehende Bestimmung bereits 2006¹⁵²² in das LFG integriert wurde.

Schon Art 18 Abs 2 B-VG ermächtigt jede Verwaltungsbehörde auf Grund der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereiches Verordnungen zu erlassen.¹⁵²³ Auch der (einfache) Gesetzgeber vermag im Einzelfall anzuordnen, dass eine Behörde in einem bestimmten Zusammenhang eine Verordnung erlassen kann oder zu erlassen hat.¹⁵²⁴ Wenn das Gesetz vorsieht, dass eine Verordnung zu erlassen ist, sog. „Verordnungsermächtigungen“, wie sie häufig in einfachen Gesetzen zu finden sind, zB § 34 Abs 1 StVO 1960, die zuständige Behörde jedoch keine Verordnung erlässt, so stellt sich die Frage der daraus resultierenden Rechtsfolgen, denn dies könnte von Relevanz für die im gegebenen Fall unterbliebene Veröffentlichung der Verfahrensrichtlinien sein.

¹⁵¹⁸ Muzak, Verfassungsrechtliche Aspekte des Modellversuchs „Außergerichtlicher Tatausgleich im Erwachsenenstrafrecht“, ÖJZ 1993, 690 (692); ebenso Zeleny, Weisung in Mayer (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) 545 mwN.

¹⁵¹⁹ VfSlg 2071/1950, 7717/1975, 10.882/1986, 17023/2003, VwGH 14.05.1998, 97/12/0401.

¹⁵²⁰ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 729.

¹⁵²¹ Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 262.

¹⁵²² BGBl I 2006/88.

¹⁵²³ Vgl Hackl, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (260); Aichlreiter, Österreichisches Ordnungsrecht I (1988) 490 ff.

¹⁵²⁴ Aichlreiter, Österreichisches Ordnungsrecht I (1988) 483 f.

3.2.1 Die Verordnung in der Privatwirtschaftsverwaltung

Im gegebenen Zusammenhang von Interesse sind sowohl das Recht der Behörden, innerhalb ihres Wirkungsbereiches Verordnungen zu erlassen, Art 18 Abs 2 B-VG, als auch das verfassungsgerichtliche Verordnungsprüfungsrecht nach Art 139 B-VG. Auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung, wie er im Fall des Streitbeilegungsverfahrens nach § 139a LFG vorliegt, besteht die Ermächtigung von Verwaltungsbehörden, Verordnungen zu erlassen.¹⁵²⁵ Verwiesen sei in dem Zusammenhang auf ein Erkenntnis des VfGH, in welchem dieser die Benützungsrichtlinien des Staatsarchivs aufgrund ihres normativen Inhalts als Verordnung qualifizierte, obwohl diese nicht im Bereich der Hoheitsverwaltung ergangen waren.¹⁵²⁶ Hingewiesen werden muss allerdings auf zwei wesentliche, im geschilderten Fall vorliegende Aspekte, nämlich die „abstrakte Behördenqualität“ (des Bundeskanzlers) und die „(...) Zugehörigkeit der Tätigkeit des handelnden Organs zur Staatsfunktion Verwaltung (Bundeskanzler) (...)“.¹⁵²⁷ Auch Stimmen aus der Lehre kommen zum gleichen Ergebnis. So ist Aichltreiter der Ansicht, „die Verordnung ist inhaltlich keineswegs auf solche Angelegenheiten beschränkt, die einer bescheidmäßigen oder jedenfalls hoheitlichen Vollzugsweise vorbehalten sind. Sie ergeht vielmehr auch auf Gebieten des Privatrechts und regelt auch die im Übrigen mit dem Instrumentarium dieses Rechtskreises zu gestaltenden Bereiche“. Schließlich münde auch das Privatrecht unter Umständen in ein Verfahren vor einer Behörde (zB einem Gericht) und somit in einen Hoheitsakt.¹⁵²⁸ Dabei räumt er allerdings ein, dass diese Prämisse nicht stets gültig sei, sondern nur dann, wenn die Ermächtigungsregeln Anlass zu Zweifeln über die anzuwendende Rechtsform geben würden.¹⁵²⁹

Auf den ersten Blick aA ist Raschauer, wenn er meint, aufgrund der allgemeinen Begriffsumschreibung der Verordnung müsse diese „im Bereich der Hoheitsverwaltung“ ergehen und allein das Kriterium, dass diese von einer Verwaltungsbehörde erlassen worden sei, wäre nicht ausreichend, da nicht alles was eine Behörde macht auch ein Hoheitsakt wäre.¹⁵³⁰ Mit Rill ist allerdings davon auszugehen, dass Raschauer damit

¹⁵²⁵ Aichltreiter, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 253.

¹⁵²⁶ VfSlg 12.574/1990.

¹⁵²⁷ Hattenberger, Die Grenzziehung zwischen Verordnung und Nicht-Verordnung, ZfV 2001/1215 (563).

¹⁵²⁸ IdS auch Rill in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 18 B-VG Rz 86 mwN.

¹⁵²⁹ Aichltreiter, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 264 f.

¹⁵³⁰ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 735 f.

lediglich meint, dass es sich bei einer Verordnung stets um einen hoheitlichen Akt handelt, nicht jedoch, dass dieser nicht auf dem Gebiet der Privatwirtschaftsverwaltung ergehen könne;¹⁵³¹ schließlich geht aus *Raschauers* Ausführungen dazu hervor, dass auch er eine Regelung im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung mittels Verordnung grundsätzlich als zulässig erachtet.¹⁵³² Gleicher Ansicht ist *Muzak* wenn er ausführt, „(...) alleine aus dem Umstand, dass die geregelte Tätigkeit selbst privatrechtlicher Art ist, (kann) (...) nicht geschlossen werden (...), dass auch der generellen Regelung der sie unterworfen ist, der hoheitliche Charakter fehlt“.¹⁵³³

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen *Schwartz/Muzak* wenn sie meinen, dass „die Erlassung von Verordnungen in Angelegenheiten die Gerichten zur individuellen Vollziehung zugewiesen sind, genauso verfassungsrechtlich unmittelbar aufgrund des Art 18 Abs 2 B-VG zulässig ist, wie in Angelegenheiten, deren Vollziehung Verwaltungsbehörden obliegt“. Dabei stützen sie sich auf gesetzliche Vorschriften, die von den Gerichten zu vollziehen sind und Vollzugsklauseln, welche zusammen mit Art 18 Abs 2 B-VG eine ausreichende Grundlage für die Verordnungserlassung bilden würden. Hinzu kommen materienspezifische Zuständigkeitsvorschriften. Dass dies trotz der Bestimmung des Art 94 B-VG, wonach Justiz und Verwaltung in allen Instanzen voneinander getrennt sind, zulässig ist, ergäbe sich aus Art 89 B-VG. Diese Bestimmung normiere ein „spezielles Fehlerkalkül für Verordnungen, die von den Gerichten anzuwenden sind“. Hat ein Gericht Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit einer Verordnung, so müsse es das Verfahren unterbrechen und einen Antrag auf Aufhebung dieser beim VfGH stellen. Hingegen wäre die ordnungsgemäße Kundmachung der Verordnung vom Gericht selbst zu prüfen. Dürften nun Gerichte nicht durch Verordnungen von Verwaltungsbehörden gebunden werden, käme man zu einer bloßen Anwendbarkeit des Art 89 B-VG auf reine Vorlagefragen, andernfalls wäre der Sinn der Bestimmung fraglich, so *Schwartz/Muzak*. Schließlich belegen sie ihre Sicht durch eine Wortinterpretation sowie historische Interpretation.¹⁵³⁴

¹⁵³¹ Rill in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 18 B-VG Rz 86.

¹⁵³² So schon Rill in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 18 B-VG Rz 86; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 735 ff.

¹⁵³³ *Muzak*, Vorwegnahme des Asylverfahrens durch Ausschluss von der Bundesbetreuung? *migralex* 2003, 13 (14) mwN.

¹⁵³⁴ *Schwartz/Muzak*, Die sachliche Zuständigkeit zur Verordnungserlassung, *ZÖR* 1997, 159 (181).

Gerade diesem Interpretationsergebnis widerspricht *Hattenberger*, wenn sie meint, da das Legalitätsprinzip nach Art 18 Abs 1 B-VG nur für den Bereich der Hoheitsverwaltung gelte, könne dies ebenso für Abs 2 *leg cit* aufgrund des systematischen Zusammenhangs argumentiert werden. Folglich wären auf Art 18 Abs 2 basierende Verordnungen nur dann verfassungskonform, „wenn sie in einem durch hoheitlichen Verwaltungsakt zu individualisierenden Bereich erlassen werden“.¹⁵³⁵

Diese Rechtsansicht deckt sich jedoch nicht mit der herrschenden Lehre und, wie geschildert, Jud des VfGH. Neben *Aichleiter* sowie *Schwartz/Muzak* erachtet auch *Rill* eine Regelung von Agenden der Privatwirtschaftsverwaltung durch Verordnung via Art 18 Abs 2 B-VG als zulässig und lehnt damit die Rechtsmeinung *Hattenbergers* ab.¹⁵³⁶ Wie *Aichleiter* und *Schwartz/Muzak* argumentiert auch er damit, dass sich aus Art 89 Abs 1 B-VG unzweifelhaft ergäbe, dass auch Gerichte Verordnungen anzuwenden hätten, und somit Verordnungen auch in jenen Bereichen zulässig wären, in denen die individuelle Vollziehung den Gerichten obliegt. Somit würden Verordnungen auch Privatrechtsverhältnisse regeln. Gegenteiliges könne Art 18 Abs 2 B-VG nicht entnommen werden.¹⁵³⁷ Eine Art Mittelmeinung zwischen diesen beiden Positionen vertritt *Mayer*, der in jenen Bereichen, in denen die Vollziehung von Gesetzen den Gerichten obliegt, eine Erlassung von Verordnungen grundsätzlich als unzulässig erachtet, allerdings könne der Gesetzgeber auch anderes normieren.¹⁵³⁸

Nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang allerdings eine Entscheidung des VfGH, wo dieser einer im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung ergangenen Regelung („Sonderrichtlinie“) die Verordnungsqualität abgesprochen hat.¹⁵³⁹ Dazu ist jedoch auszuführen, dass Grund dafür nicht das Vorliegen eines Bereichs der Privatwirtschaftsverwaltung war, sondern die inhaltliche Ausgestaltung der Richtlinien selbst, da sie einen rein privatrechtlichen Inhalt (Ausgestaltung zivilrechtlicher Verträge) hatten.

¹⁵³⁵ *Hattenberger*, Die Grenzziehung zwischen Verordnung und Nicht-Verordnung, ZfV 2001/1215 (564).

¹⁵³⁶ *Rill* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 18 B-VG Rz 86.

¹⁵³⁷ *Rill* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 18 B-VG Rz 82 und 86.

¹⁵³⁸ *Mayer*, Die Verordnung (1977) 41.

¹⁵³⁹ VfSlg 15430/1999.

Zusammenfassend ist dazu auszuführen, dass eine Verordnungserlassung grundsätzlich auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zulässig ist, das Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG jedoch (gemäß der höchstgerichtlichen Jud¹⁵⁴⁰ und der herrschenden Lehre¹⁵⁴¹) nur für den Bereich der Hoheitsverwaltung gültig ist. Da dies nun geklärt ist, ist der Frage nach dem Ob und Wann einer Verordnungserlassung nachzugehen, da dies von Bedeutung für die bislang nicht erlassenen Richtlinien des § 139a LFG sein könnte.

3.2.2 Ob und Wann der Verordnungserlassung

Gemäß der herrschenden Lehre besteht keine Verpflichtung der Behörden aufgrund von Art 18 Abs 2 B-VG **Durchführungsverordnungen** zu erlassen.¹⁵⁴² Ausgenommen davon sind jene Fälle, in denen dies im öffentlichen Interesse liegt oder wenn andernfalls das entsprechende Gesetz unvollziehbar wäre.¹⁵⁴³ Nichts anderes kann für in einfachen Gesetzen enthaltene Verordnungsermächtigungen gelten, handelt es sich dabei doch lediglich um *leges speciales* der in Art 18 Abs 2 B-VG normierten Befugnis der Behörden, Durchführungsverordnungen zu erlassen,¹⁵⁴⁴ es sei denn es wäre anderes normiert.¹⁵⁴⁵

Bereits *Zolger* setzte sich mit den Besonderheiten der damals gemäß Art 11 StGG¹⁵⁴⁶, der Vorläuferbestimmung zum heutigen Art 18 B-VG, „Ausführungsverordnungen“ genannten Verordnungen auseinander. Seiner Meinung nach räumte die Bestimmung des Art 11 den Staatsbehörden nur ein Recht zur Verordnungserlassung ein, jedoch keine Pflicht. Wenn es aber das öffentliche Interesse erheischt oder ein Gesetz ohne „Ausführungsverordnung“ in der Praxis unanwendbar wäre, so bestünde eine

¹⁵⁴⁰ VfSlg 7716/1975, 7717/1975.

¹⁵⁴¹ Stellvertretend für viele und mit weiteren Verweisen *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung, ÖZW 1995/1 (4); aA *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 570.

¹⁵⁴² Vgl *Demmelbauer*, Anmerkungen zur Erlassung einer Verordnung, OGZ 1982, 246 (246) unter Verweis auf *Hackl*, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (260 ff mwN); *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 161; *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 73.

¹⁵⁴³ *Zolger*, Österreichisches Verordnungsrecht (1898) 379; *Hackl*, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (260 f); *Aichleiter*, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 486 ff.

¹⁵⁴⁴ *Hackl*, Die Verordnung, in *Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 182.

¹⁵⁴⁵ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 161; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 596.

¹⁵⁴⁶ Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt RGBI 1867/145 idF 1867/147.

Verpflichtung der Behörden tätig zu werden und eine entsprechende Verordnung zu erlassen.¹⁵⁴⁷

Gemäß *Hackl* handelt es sich bei Art 18 Abs 2 B-VG um „eine generelle Verordnungsermächtigung die zwar vom einfachen Gesetzgeber eine inhaltliche Determinierung, nicht jedoch eine nähere Vorausbestimmung des „Ob“ und „Wann“ der Verordnungserlassung fordert und die Verordnungserlassung in der Regel in das Ermessen der Verwaltungsbehörden stellt“. Gemäß *Hackl* besteht aufgrund Art 18 Abs 2 B-VG allenfalls dann eine Verpflichtung eine Verordnung zu erlassen, wenn ohne diese ein Gesetz nicht vollzogen werden kann, oder dies im öffentlichen Interesse gelegen ist,¹⁵⁴⁸ wobei er sich auch auf ein Erkenntnis des VfGH¹⁵⁴⁹ stützt, in dem das Höchstgericht im Zusammenhang mit Wahlsachen ausgesprochen hat, dass eine Verpflichtung zur Erlassung einer Verordnung dann gegeben ist, wenn diese notwendig ist, um eine gleichmäßige Vollziehung eines Gesetzes zu sichern.

Zur Klärung der Frage inwieweit der einfache Gesetzgeber einer Behörde mittels Gesetz Ermessen beim Erlassen einer Verordnung einräumen darf, wird die Bestimmung des Art 130 Abs 2 B-VG herangezogen, wonach der Gesetzgeber Verwaltungsbehörden einen Spielraum zur Gestaltung ihres eigenen Verhaltens im Sinne der Gesetze einräumen kann.¹⁵⁵⁰ Der VfGH hat in diesem Zusammenhang judiziert, dass „(...) Art 130 B-VG dem Gesetzgeber die Verpflichtung auferlegt, den Sinn von Gesetzen, die zur Ermessensausübung ermächtigen, so zum Ausdruck zu bringen, dass die Beurteilung der Frage möglich ist, ob im Einzelfall das Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt worden ist. Gesetze, bei denen ein Urteil darüber nicht möglich ist, sind verfassungswidrig.“¹⁵⁵¹

Nicht erforderlich im Sinne des Art 18 Abs 1 B-VG ist daher eine „(...) bis ins letzte gehende Bindung der Verwaltung an das Gesetz: Dies ergibt sich etwa aus Art 130 Abs 2 B-VG (heute Abs 3, Anm)¹⁵⁵², wonach der Gesetzgeber „von einer bindenden Regelung des Verhaltens der Verwaltungsbehörde absehen“ und der Behörde Ermessen

¹⁵⁴⁷ *Zolger*, Österreichisches Verordnungsrecht (1898) 379.

¹⁵⁴⁸ *Hackl*, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (260 f).

¹⁵⁴⁹ VfSlg 7650/1975.

¹⁵⁵⁰ *Hackl*, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (262).

¹⁵⁵¹ VfSlg 3317/1958.

¹⁵⁵² Geändert durch die Verwaltungs-Gerichtsbarkeits-Novelle 2012 BGBl I 2012/51.

einräumen kann“¹⁵⁵³, gleicher Ansicht ist auch der VfGH¹⁵⁵⁴. Für eine Vollziehung sämtlicher Verwaltungsakte – gleich ob durch Bescheid oder Verordnung – bedarf es stets einer gesetzlichen Vorgabe „nach allen Richtungen hin“¹⁵⁵⁵. Dies bedeutet, dass sowohl hinsichtlich der Verwaltungsorganisation, des Inhalts der Verwaltungstätigkeit und der Regelung des Verwaltungsverfahrens, eine hinreichende gesetzliche Bestimmung gegeben sein muss.¹⁵⁵⁶ Ausgenommen von diesem (Legalitäts-) Prinzip ist nur die innere Organisation, zB die behördeninterne Gliederung (allerdings mit Ausnahmen).¹⁵⁵⁷

Gemäß *Hackl* ist der verfassungsrechtliche **Determinierungsgrad** für Verordnung und Bescheid aufgrund des Wortlauts der Abs 1 und 2 des Art 18 B-VG („auf Grund der Gesetze“) und andererseits der Entstehungsgeschichte (mit der BV-G Novelle 1925¹⁵⁵⁸ wurde die Terminologie des Art 18 Abs 2 an jene des Art 18 Abs 1 angeglichen um klarzustellen, dass auch jede Verordnung auf ein Gesetz gegründet sein muss) Hinweis dafür, dass der Grad an notwendiger gesetzlicher Vorherbestimmung für beide Verwaltungsrechtsakte der gleiche ist, und ein Gesetz – bei sonstiger Verfassungswidrigkeit – auch ohne Dazwischentreten einer Verordnung vollziehbar sein muss.¹⁵⁵⁹ Entgegengesetzter Ansicht war der VfGH in einem Erkenntnis aus 1975, wo es um die Frage der hinreichenden Determinierung einer arbeits- und sozialrechtlichen Wahlrechtsbestimmung ging, in dem er hinsichtlich der verfassungsrechtlich gebotenen Vorherbestimmtheit zwischen Verordnung und Bescheid differenzierte. Einerseits, so das Höchstgericht, verlange Art 18 Abs 2 B-VG für eine Regelung durch Verordnung nur, dass die „wesentlichen Merkmale der Ordnungsregelung durch das Gesetz vorgegeben sein müssen“, andererseits erkannte der VfGH für eine bescheidmäßige Vollziehung, dass es in einem solchen Fall primär der Erlassung einer Verordnung bedürfe, da erst dann „die an den einzelnen zu richtende konkrete Norm – wie dies das Rechtsstaatsprinzip gebietet – auf Grund der generell-abstrakten Rechtslage vorausberechnen-

¹⁵⁵³ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1996) 230.

¹⁵⁵⁴ ZB VfSlg 3317/1958, 5810/1968.

¹⁵⁵⁵ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 264; *Klecatsky*, Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1957, 334; *Kobzina*, Die Ermessensnorm in Sinne des Legalitätsprinzips, JBl 1956, 493; *Stoll*, Ermessen im Steuerrecht – Gutachten, 4. ÖJT I/2 (1970) 63 ff.

¹⁵⁵⁶ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 264; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 229.

¹⁵⁵⁷ *Holzinger*, Die Organisation der Verwaltung, in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer*, Österreichische Verwaltungslehre² (2006) 118.

¹⁵⁵⁸ BGBl 1925/268.

¹⁵⁵⁹ *Hackl*, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (261 f).

bar und überprüfbar“ wäre. Hier wäre daher die zuständige Behörde nach Ansicht des VfGH verpflichtet gewesen, vom allgemeinen Verordnungsrecht nach Art 18 Abs 2 B-VG Gebrauch zu machen, andernfalls die geprüfte Bestimmung nicht vollziehbar wäre.¹⁵⁶⁰

Diese Erkenntnis wurde in der Literatur jedoch kritisiert.¹⁵⁶¹ Während *Funk* nur die Grundprämisse, nämlich die hinreichende gesetzliche Determinierung, bekrittelt, die diesbezügliche Differenzierung zwischen Verordnung und Bescheid aber als zulässige Wertung des VfGH anerkennt,¹⁵⁶² erachten *Aichldreiter* und *Koja*, die ebenfalls wie *Funk* die Grundprämisse anzweifeln, darüber hinaus die auf den Verwaltungsakt abstellende Differenzierung zwischen Verordnung und Bescheid hinsichtlich Art 18 Abs 1 als verfehlt.

Für *Koja* verbietet die Bundesverfassung „sowohl formalgesetzliche *Delegationen* als auch die *Einräumung von Ermessen ohne ausreichende Angabe des „Sinnes des Gesetzes“ als Richtlinie für die Ermessensausübung, als auch die Zurverfügungstellung allzu unbestimmter Gesetzesbegriffe“*. Das Gesetz müsse dabei stets den Anforderungen des Art 18 B-VG genügen. Schließlich schlussfolgert er, dass eine gesetzliche Norm „für die Erlassung einer Durchführungsverordnung wie auch für die Erlassung von Bescheiden inhaltlich ausreichend determiniert sein muss“.¹⁵⁶³ Zusätzlich führt er ein Erkenntnis des VfGH¹⁵⁶⁴ an, in dem dieser eine Gesetzesbestimmung, die dem Verordnungsgeber die Entscheidung hinsichtlich des „Ob“ und „Wann“ komplett freistellte, aufgrund eines Verstoßes gegen das Legalitätsprinzip aufhob.

Aichldreiter führt aus, eine Verordnung diene dazu, „(...) den durch das Gesetz eingeräumten Interpretationsspielraum, also das Konkretisierungsermessen, innerhalb dessen alle Auslegungsergebnisse rechtlich gleichermaßen zulässig sein sollen, gegenüber dem individuellen Vollzug (...)“ zu verengen. Aus diesem Grund könne der Rechtsmeinung im Erkenntnis 7650/1975 des VfGH nicht gefolgt werden, da diese nicht auf eine Präzisierung, sondern auf eine Supplierung des Gesetzes durch die Ver-

¹⁵⁶⁰ VfSlg 7650/1975.

¹⁵⁶¹ *Funk*, Kommentar zu VfGH 16.10.1975, VfSlg 7650/1975, ZAS 1977, 152 (153); *Koja*, Die „Vollziehbarkeit“ von Gesetzen in der Rsp des Verfassungsgerichtshofes – Dargestellt am Beispiel des § 421 Abs 2 ASVG, ZAS 1977, 203; *Aichldreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 490 ff.

¹⁵⁶² *Funk*, Kommentar zu VfGH 16.10.1975, VfSlg 7650/1975, ZAS 1977, 152 (153).

¹⁵⁶³ *Koja*, Die „Vollziehbarkeit“ von Gesetzen in der Rsp des Verfassungsgerichtshofes – Dargestellt am Beispiel des § 421 Abs 2 ASVG, ZAS 1977, 152 (204).

¹⁵⁶⁴ VfSlg 6421/1971.

ordnung hinausliefe. Gestützt auf gleichlautende Rechtsansichten aus der Lehre¹⁵⁶⁵ schlussfolgert er schließlich, dass Durchführungsverordnung und Bescheid im gleichen Maße vom Gesetz vorher zu bestimmen wären, um die Konzeption des Art 18 Abs 2 B-VG zu bewahren.¹⁵⁶⁶

Wie zuvor erwähnt, darf der einfache Gesetzgeber den Behörden Ermessen beim Erlassen einer Verordnung einräumen. Ist eine gesetzliche Bestimmung ohne eine ergangene Verordnung für sich alleine nicht vollziehbar, so liegt ein verfassungswidriges Gesetz vor.¹⁵⁶⁷ Damit sei erwiesen, „*dass die Verwaltungsbehörde keine Pflicht zur Erlassung einer Verordnung treffen kann, wenn ein Gesetz, welches keine spezielle Verordnungsermächtigung enthält, erlassen wird und auch das öffentliche Interesse nicht die Erlassung einer Verordnung erheischt*“, so Hackl.¹⁵⁶⁸ Das Legalitätsprinzip gilt dabei, wie bereits dargelegt, nur für den Bereich der Hoheits-, nicht aber für jenen der Privatwirtschaftsverwaltung.¹⁵⁶⁹

Hackl gelangt somit zu der Ansicht, dass für eine Behörde eine Verpflichtung, eine Verordnung aufgrund einer in einem einfachen Gesetz enthaltenen Verordnungsermächtigung zu erlassen, immer dann gegeben ist, wenn dies vom Gesetzgeber vorgesehen ist. Dabei ist es gleich ob dies ausdrücklich oder konkludent geschieht. Anschließend nennt er drei Unterfälle einer solchen Verpflichtung, welche er nach strukturellen Merkmalen unterscheidet: Verordnungsermächtigungen die eine Verordnungserlassung verpflichtend vorschreiben (1), Verordnungsermächtigungen, bei denen das Erlassen einer Verordnung vom Eintritt einer Bedingung abhängig ist (2), und Verordnungsermächtigungen, die das Erlassen einer Durchführungsverordnung in das Ermessen der Behörde stellen (3). Von Interesse für den Fall der Verfahrensrichtlinien ist der erste Fall einer Verordnungsermächtigung, die eine verpflichtende Verordnungserlassung vorsieht. Ein Vollzug des Gesetzes ohne entsprechende Durchführungsverordnung ist diesfalls unzulässig, Hackl spricht von einem **Verordnungsvorbehalt**, da eine unmit-

¹⁵⁶⁵ ZB Hackl, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (270); Kojas, „Vollziehbarkeit“ von Gesetzen in der Rsp des Verfassungsgerichtshofes – Dargestellt am Beispiel des § 421 Abs 2 ASVG, ZAS 1977, 203 (206); Funk, Kommentar zu VfGH 16.10.1975, VfSlg 7650/1975, ZAS 1977, 152 (153).

¹⁵⁶⁶ Aichleiter, Österreichisches Verwaltungsrecht I (1988) 492.

¹⁵⁶⁷ Hackl, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (262).

¹⁵⁶⁸ Hackl, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (262).

¹⁵⁶⁹ Holzinger in Holzinger/Oberndorfer/Raschauer, Österreichische Verwaltungslehre² (2006) 119; Rill in Kneihns/Lienbacher (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 1. Lfg 2001) Art 18 B-VG Rz 34; VfSlg 7716/1975, 7717/1975.

telbare Vollziehung allein aufgrund des Gesetzes unzulässig sei.¹⁵⁷⁰ Im Falle von Verordnungsermächtigungen in einfachen Gesetzen müsse der (einfache) Gesetzgeber das Ob und Wann der Verordnungsermächtigung determinieren.¹⁵⁷¹

Aichldreiter greift die zuvor zitierten Äußerungen von *Zolger* und *Hackl* auf, wonach grundsätzlich ein Ermessen der Behörde hinsichtlich des Ob und Wann der Verordnungserlassung besteht, mit Ausnahme jener Fälle, in denen entweder ein Gesetz ohne nähere Konkretisierung in einer Verordnung unanwendbar wäre, oder ein entsprechendes öffentliches Interesse an der Erlassung einer Verordnung besteht.¹⁵⁷² Sodann setzt sich *Aichldreiter* näher mit diesen beiden Fällen auseinander. Die Variante, bei der der Vollzug eines Gesetzes aufgrund mangelnder inhaltlicher Determinierung erst durch Hinzutreten einer Konkretisierung mittels Verordnung möglich ist, wird auf Basis von Art 18 B-VG erörtert. Dabei stützt er sich auf den Grundsatz, dass der von der Verfassung geforderte Grad der notwendigen Determinierung stets der gleiche sei, egal um welche Rechtssatzform es sich handle. Folglich bestehe keine Verpflichtung der Verwaltung aufgrund einer Unbestimmtheit eines Gesetzes eine Verordnung zu erlassen. Bei einer derartigen mangelnden Determinierung würde es sich um ein verfassungswidriges Gesetz handeln, anstatt eine Verpflichtung der Behörde zur Verordnungserlassung zu bedeuten.¹⁵⁷³ Wie *Zolger* kommen sowohl *Hackl*¹⁵⁷⁴ als auch *Aichldreiter* zu dem Schluss, dass nur in zwei Fällen eine Verpflichtung zur Verordnungserlassung besteht, nämlich dann, wenn ein einfaches Gesetz eine solche vorsieht,¹⁵⁷⁵ oder aber das öffentliche Interesse die Erlassung einer Verordnung erheischt, diesfalls aufgrund Art 18 Abs 2 B-VG. Eine einfachgesetzliche Verordnungsermächtigung verdrängt – nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali*¹⁵⁷⁶ – die allgemeine Verordnungsermächtigung des Art 18 Abs 2 B-VG.¹⁵⁷⁷ Daraus resultiert aufgrund Art 18 Abs 1 B-VG, dass der einfache Gesetzgeber genaue Vorgaben für den Verwaltungsakt zu treffen hat.¹⁵⁷⁸ Allerdings kann – wie bereits angemerkt – auch diesfalls der Behörde Ermessen einge-

¹⁵⁷⁰ Vgl. *Hackl*, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (268).

¹⁵⁷¹ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1996) 160 f.; *Mayer*, Die Verordnung (1977) 41 f.

¹⁵⁷² *Aichldreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 489.

¹⁵⁷³ *Aichldreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 490 f.

¹⁵⁷⁴ *Hackl*, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (262).

¹⁵⁷⁵ Siehe auch *Mayer*, Die Verordnung (1977) 41 f. und *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 161 f., welche offenbar nur in diesem Fall das Bestehen einer solchen Verpflichtung erkennen.

¹⁵⁷⁶ *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1999) 181 f.

¹⁵⁷⁷ *Hackl*, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (267).

¹⁵⁷⁸ *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 264; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 160 ff.; *Mayer*, Die Verordnung (1977) 33 ff.

räumt werden,¹⁵⁷⁹ welches freilich gemäß Art 18 Abs 1 B-VG („*auf Grund der Gesetze*“) entsprechend vorgegeben sein muss.¹⁵⁸⁰

Wird einem Verordnungsvorbehalt nicht durch Erlassung der Durchführungsverordnung entsprochen, besteht einerseits die staatsrechtliche Verantwortlichkeit einiger Organe gemäß Art 142 B-VG (zB von Mitgliedern der Bundesregierung), für „*die durch ihre Amtstätigkeit erfolgten schuldhaften Rechtsverletzungen*“,¹⁵⁸¹ wobei unter Amtstätigkeit sämtliche Akte der Regierungsgewalt, der Verwaltung und der Privatwirtschaftsverwaltung zu verstehen sind, zu denen das jeweilige Organ berufen ist.¹⁵⁸² Eine Gesetzesverletzung kann dabei sowohl in einem Tun, als auch in einem Unterlassen bestehen, wenn eine Rechtsvorschrift eine Handlung verpflichtend vorsieht, diese jedoch (schuldhaft) unterlassen wird.¹⁵⁸³ Andererseits droht eine mögliche Amtshaftung nach dem Amtshaftungsgesetz (AHG)¹⁵⁸⁴, wenn wie im konkreten Fall, durch das rechtswidrige und schuldhafte Unterlassen der Verordnungserlassung (zu der die Behörde verpflichtet gewesen wäre), jemandem ein Schaden zugefügt wird, § 1 Abs 1 AHG, auch wenn kein subjektives Recht des Geschädigten auf Erlassung einer Verordnung bestanden hat.¹⁵⁸⁵

3.3 Der unbestimmte Gesetzesbegriff der Richtlinien

Da der Begriff Richtlinien mehrdeutig und mittels Interpretation im Einzelfall auszulegen ist,¹⁵⁸⁶ soll im Folgenden die Rechtsnatur der Richtlinien nach § 139a LFG mittels Auslegung ermittelt werden. Immer wieder gab und gibt es Probleme der rechtsdogmatischen Einordnung von als „Richtlinien“ bezeichneten Akten.

¹⁵⁷⁹ VfSlg 3754/1960, 3935/1961, 4107/1961, 4292/1962, 5184/1965, 6421/1971.

¹⁵⁸⁰ Vgl Hackl, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257 (266 f).

¹⁵⁸¹ Kneihs/Lienbacher in Korinek/Holoubek (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 8. Lfg 2007) Art 142 B-VG Rz 16.

¹⁵⁸² Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶ (1971) 465.

¹⁵⁸³ Kneihs/Lienbacher in Korinek/Holoubek (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung, 8. Lfg 2007) Art 142 B-VG Rz 16.

¹⁵⁸⁴ Bundesgesetz v 18. Dezember 1948, womit eine Haftung des Bundes, der Länder, der Bezirke, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für den in Vollziehung der Gesetze zugefügten Schaden geregelt wird (Amtshaftungsgesetz) BGBl 1949/20 idGF.

¹⁵⁸⁵ Welser, Öffentlichrechtliches und Privatrechtliches aus Anlass einer Amtshaftungsklage, JBl 1975, 225 (232 f).

¹⁵⁸⁶ ZB Aichleiter, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 285.

So erblickte zB *Stolzlechner* in den im mittlerweile aufgehobenen Weinwirtschaftsgesetz¹⁵⁸⁷ vorkommenden Richtlinien aufgrund einer Wortinterpretation bzw teleologischen Interpretation (lediglich) eine Art Vertragsschablone, da diese einerseits auf einer freiwilligen Unterwerfung beruhten und mit diesen (bloß) eine „(...) zweckmäßige, sparsame und vor allem wirtschaftliche Steuerung des Einsatzes der Fondsmittel“ gewährleistet werden sollte. Der VfGH¹⁵⁸⁸ habe bereits zuvor judiziert, dass es sich bei einem Akt einer Verwaltungsbehörde nur dann um eine Verordnung handle, wenn dieser **unmittelbar für die Adressaten verbindlich** ist. Dieses Erfordernis wäre bei einer freiwilligen Unterwerfung nicht erfüllt (fehlende Rechtsverbindlichkeit). In diesem Punkt bestünde aber eine Ähnlichkeit der für die Förderungstätigkeit des Fonds bestehenden Richtlinien zur Judikatur des VfGH, als auch bei diesen kein Unternehmen gezwungen würde, sich den Bestimmungen der Förderungsrichtlinien zu unterwerfen. Auch hier käme es auf die Freiwilligkeit der Rechtsunterworfenen an.¹⁵⁸⁹

Hingegen kommt er bei der Interpretation der „Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes“ zu dem Schluss, dass diese Verordnungscharakter besitzen, da sie (über die Verwaltungsbehörden hinaus) auch für die Rechtsanwälte verbindlich wären (normativer Gehalt und nach Gattungsmerkmalen umschriebener, externer Adressatenkreis, Anm).¹⁵⁹⁰ Das gleiche Problem bestand bei der gemäß § 51 LMG¹⁵⁹¹ vorgesehenen Herausgabe des österreichischen Lebensmittelbuches (ÖLMB) und den darin ua vorgesehenen Richtlinien. Beim ÖLMB handelte es sich weder um ein Gesetz, noch um eine Verordnung, allerdings wurde diesem doch eine gewisse normative Wirkung zuerkannt, da es „(...) in einem Erlass des (seinerzeitigen) BM für soziale Verwaltung (...) bestimmten Verwaltungsorganen zur Befolgung verbindlich vorgeschrieben wurde“.¹⁵⁹²

Für *Barfuß* waren die Richtlinien „bekanntlich (...) eine Art kodifizierter Handelsbrauch“.¹⁵⁹³ Ein Argument für *Koja* für einen mangelnden Verordnungscharakter des ÖLMB (neben dem bereits dagegen sprechenden Inhalt) war (ua) auch, dass in der

¹⁵⁸⁷ Bundesgesetz v 9.7.1969 zur Förderung der Weinwirtschaft BGBl 1969/296, aufgehoben durch BGBl 1986/372.

¹⁵⁸⁸ VfSlg 3142/1957.

¹⁵⁸⁹ *Stolzlechner*, Öffentliche Fonds (1982) 165 ff.

¹⁵⁹⁰ *Stolzlechner*, Die Richtlinien zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes, Österreichisches Anwaltsblatt 1978, 240 (243 ff).

¹⁵⁹¹ Bundesgesetz v 23. Jänner 1975 über den Verkehr mit Lebensmitteln, Verzehrsprodukten, Zusatzstoffen, kosmetischen Mitteln und Gebrauchsgegenständen BGBl 1975/86 idF BGBl 1975/381.

¹⁵⁹² *Koja*, Die Rechtsnatur des Lebensmittelbuches, ÖJZ 1979, 385 (385).

¹⁵⁹³ *Barfuß*, Musterbeispiel einer verfehlten Verordnung: BGBl 1977/89, JB1 1977, 408 (409)

Bestimmung des § 51 nicht das oft im Zusammenhang mit Verordnungen verwendete Wort „Erlassen“, sondern „Herausgabe“ gebraucht wurde.¹⁵⁹⁴

Stolzlechner legt anhand einer Klassifikation von Förderungsrichtlinien des Bundes entgegen der Meinung von *Puck*¹⁵⁹⁵ und *Binder*¹⁵⁹⁶ dar, dass es sich dabei nicht um Verwaltungsverordnungen handle, da deren Anwendung auf einer freiwilligen (vertraglichen) Unterwerfung beruhe. Vielmehr würde es sich bei diesen um einen Akt der Privatwirtschaftsverwaltung handeln.¹⁵⁹⁷ Wie der VfGH bereits mehrfach judiziert hat, ist jedoch – wie bereits dargelegt – eines der wesentlichen Merkmale einer Verordnung, dass es sich dabei um eine „von Verwaltungsbehörden erlassene generelle Rechtsnorm“ handelt, was eine „unmittelbare Verbindlichkeit für eine unbestimmte Vielzahl von Personen“ bedeutet.¹⁵⁹⁸ Weiters hat der VfGH im Fall einer Sonderrichtlinie, mit welcher die inhaltliche Ausgestaltung von Förderungsvereinbarungen bezweckt wurde, das Vorliegen eines Hoheitsaktes aufgrund des privatrechtlichen Inhalts (Ausgestaltung zivilrechtlicher Verträge) dieser verneint.¹⁵⁹⁹

Zuallererst ist eine Prüfung der gemäß § 139a Abs 3 LFG zu erlassenden Richtlinien hinsichtlich ihrer Rechtsqualität vorzunehmen, wozu primär auf deren vorgesehenen Inhalt und die erlassende Behörde abzustellen ist. Sieht diese Bestimmung die Erlassung einer Verordnung, oder eines anderen Verwaltungsaktes vor? Für das Vorliegen einer Verordnung müsste es sich – wie bereits dargelegt – gemäß der höchstgerichtlichen Rsp und Lehre um eine **von einer Verwaltungsbehörde im Bereich der Hoheitsverwaltung erlassene generelle Rechtsnorm** handeln.¹⁶⁰⁰ Dieses Kriterium der Behördenqualität ist mit dem für die Richtlinienerlassung zuständigen Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zweifellos erfüllt. Problematisch ist hingegen das Vorliegen der beiden weiteren Elemente einer Verordnung. Es wurde bereits an früherer Stelle näher auf den Begriff „hoheitlich“ eingegangen. Für diesen ist charakterisierend, dass das Verwaltungsorgan mit „Imperium“ auftritt,¹⁶⁰¹ und der jeweilige Akt

¹⁵⁹⁴ *Koja*, Die Rechtsnatur des Lebensmittelbuches, ÖJZ 1979, 385 (387).

¹⁵⁹⁵ *Puck*, Nichthoheitliche Verwaltung – Typen und Formen, in *Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 289.

¹⁵⁹⁶ *Binder*, Die neuen Förderungsrichtlinien des Bundes, ÖZW 1977, 77 (80).

¹⁵⁹⁷ *Stolzlechner*, Öffentliche Fonds (1982) 164 ff.

¹⁵⁹⁸ ZB VfSlg 3142/1957.

¹⁵⁹⁹ VfSlg 15430/1999.

¹⁶⁰⁰ ZB VfSlg 15430/1999 mwN.

¹⁶⁰¹ Siehe S 277.

für die betroffenen Personenkreise verbindlich/verpflichtend ist.¹⁶⁰² Dieses Element ist bei den Richtlinien wohl gegeben. Nehmen die Parteien an dem Streitbeilegungsverfahren nach § 139a teil, so finden auf dieses die in den Richtlinien festgelegten Bestimmungen Anwendung. Gleichzeitig zeigt sich darin aber die wahre Problematik. Ein solches Verfahren kann nicht von einer Behörde eingeleitet werden, sondern ausschließlich von den Fluggästen bzw Luftfahrtunternehmen (§ 139a Abs 1 LFG bezüglich Streitigkeiten nach der VO 261/2004) selbst. Die Richtlinien richten sich somit nicht unmittelbar an die Allgemeinheit bzw eine nach Gattungsmerkmalen umschriebene Gruppe, sondern beruhen auf einer freiwilligen Unterwerfung. Eine Verpflichtung zur Teilnahme an dem Streitbeilegungsverfahren, und somit auch eine verbindliche Anwendung der Richtlinien besteht nur für die Luftfahrtunternehmen (und Zivilflugplatzhalter gemäß Abs 2 leg cit aufgrund der VO 1107/2006, da diese im Gegensatz zur VO 261/2004 über die Luftfahrtunternehmen hinaus, auch die Leitungsorgane von Flughäfen verpflichtet) und auch nur dann, wenn ein solches Verfahren von Fluggästen oder Luftfahrtunternehmen iS von § 139a Abs 1 und 2 LFG eingeleitet wird. Weiters wären die nach Abs 3 leg cit erlassenen Richtlinien auch nicht mit Zwang durchsetzbar. Zwar sieht § 169 Abs 1 LFG bei Verstößen gegen das LFG selbst (Z 1 leg cit) oder den aufgrund dieses erlassenen Verordnungen (Z 2 leg cit) Strafen vor, dies gilt jedoch wohl nicht für die Richtlinien nach § 139a Abs 3 leg cit, worauf nun einzugehen ist. Die Z 1 und 2 des § 169 Abs 1 existierten in ihrer heutigen Form bereits in der Urfassung des heutigen LFG, allerdings in § 146 Abs 1. Somit lange bevor der Terminus „Richtlinien“ im LFG Einzug hielt. Durch BGBl I 1997/102 wurde das LFG novelliert und § 146 in den neu geschaffenen § 169 transferiert. Dabei wurde die Bestimmung insofern geändert, als mit dieser Verstöße gegen EU-Verordnungen sanktioniert können werden sollten.¹⁶⁰³ Hingegen sah das LFG bereits in seiner Stammfassung (Rechts-) Verordnungsermächtigungen, wie jene des § 5 Abs 1 oder § 124 Abs 2 vor. Daraus ergibt sich, dass mittels § 169 Abs 1 Z 2 Verstöße gegen die Richtlinien iS von § 139a Abs 3 LFG nicht sanktioniert werden können, da die zur Durchführung des Streitbeilegungsverfahrens erlassenen Richtlinien nicht vom Terminus „Verordnung“ des § 169 Abs 1 Z 2 erfasst sein können. Gestraft werden kann alleine die Verweigerung der Teilnahme am Streitbeilegungsverfahren selbst, sowie eine solche hinsichtlich der Erteilung von Auskünften oder Aushändigung entsprechender Unterlagen, da diese Verpflichtungen im LFG di-

¹⁶⁰² Siehe S 284.

¹⁶⁰³ 758 BlgNR zu BGBl I 1997/102 20. GP 22.

rekt (Abs 1 und 2) geregelt, und somit aufgrund § 169 Abs 1 Z 1 geahndet werden können.

Somit bleibt festzustellen, dass es sich bei den Richtlinien nach § 139a Abs 3 LFG mangels generellen Adressatenkreises und mangels Durchsetzbarkeit der in den Richtlinien getroffenen Anordnungen, nicht um eine Verordnung iS von Art 18 Abs 2 und § 139 Abs 1 B-VG handelt.

Wie im von *Stolzlechner* geschilderten Fall der Förderungsrichtlinien des Bundes fehlt es somit auch hier an einer selbständigen Rechtsverbindlichkeit der Richtlinie. Ein zusätzliches Indiz für eine fehlende Verordnungseigenschaft ist auch unter Heranziehung der Interpretationsmethode von *Koja* im Fall des ÖLMB, dass der Gesetzgeber bei § 139a Abs 3 LFG im Zusammenhang mit dem Wort „Richtlinien“ nicht wie an anderen Stellen des LFG bei eindeutigen Verordnungsermächtigungen (zB § 3 Abs 2, § 124 Abs 2) von „erlassen“ oder „festzulegen, sondern von „veröffentlichen“ spricht.¹⁶⁰⁴ Auch *Aichlreiter* spricht sich für eine Berücksichtigung der vom Gesetzgeber gewählten **Terminologie** aus.¹⁶⁰⁵ Ein ähnliches Argumentarium verwendete der VwGH in einem Fall, in dem dieser über den Verordnungscharakter einer „Richtlinie“ in der Grazer Dienst- und Gehaltsordnung zu entscheiden hatte. Dieser wurde vom Höchstgericht schließlich verneint, da zum einen die sprachliche Fassung auf eine bloß interne Regelung hindeutete, und für diese die Bezeichnung „Richtlinie“ „im Gegensatz zu den ebenfalls im Amtsblatt verlautbarten Verordnungen“ gewählt worden war.¹⁶⁰⁶

3.4 Conclusio zu der Rechtsnatur des Verfahrens und den Richtlinien nach § 139a LFG

3.4.1 Die Richtlinien

Aus alldem ergibt sich, dass die Frage, ob es sich bei den gemäß § 139a Abs 3 LFG zu veröffentlichenden Richtlinien der Rechtsnatur nach um Verordnungen handeln würde, zu verneinen ist. Zum einen mangelt es – wie oben dargelegt¹⁶⁰⁷ – an dem für eine Verordnung notwendigen generellen Adressatenkreis. Die Richtlinien gelangen nur und erst dann zur Anwendung, wenn (falls) Fluggäste und Luftfahrtunternehmen ein

¹⁶⁰⁴ *Koja*, Die Rechtsnatur des Lebensmittelbuches, ÖJZ 1979, 385 (387).

¹⁶⁰⁵ *Aichlreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 156 f.

¹⁶⁰⁶ VwGH 14.12.1994, 94/12/0121.

¹⁶⁰⁷ Siehe S 299.

Streitbelegungsverfahren (freiwillig) anstrengen (keine unmittelbare Anwendbarkeit). Dass die Luftfahrtunternehmen verpflichtet sind an einem solchen Verfahren mitzuwirken, vermag daran nichts zu ändern, reicht dieses Zwangselement doch nicht aus, um den für eine Verordnung benötigten „nach Gattungsmerkmalen bestimmten Adressatenkreis“¹⁶⁰⁸ zu begründen. Zudem kann ein Verstoß gegen die Richtlinien selbst nicht sanktioniert werden (fehlendes Zwangselement), dies gilt nur für die Verweigerung der Teilnahme am Verfahren selbst (da diese Verpflichtung ihre Grundlage nicht in den Richtlinien, sondern in § 139a LFG selbst hat) oder einer solchen hinsichtlich der Erteilung von Auskünften oder der Aushändigung von Unterlagen (§ 139a Abs 1 u 2), was jeweils eine Verwaltungsübertretung darstellt, die gemäß § 169 Abs 1 Z 1 LFG mit einer Geldstrafe von bis zu € 22.000 zu bestrafen ist. Zuständige Behörde dafür ist allerdings nicht wie in § 139a LFG der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, sondern die Bezirksverwaltungsbehörde, § 169 Abs 1. Mit dieser Verpflichtung erfüllte die Republik die Anforderungen aus Art 16 Abs 3 der Fluggastverordnung, wo zuvor ein Vertragsverletzungsverfahren samt Klage beim EuGH gegen diese von der Kommission eingebracht worden war.¹⁶⁰⁹

3.4.2 Das Verfahren

Wie oben dargelegt, handelt es sich beim Verfahren nach § 122 TKG 2003 um ein formfreies Verfahren. Nichts anderes kann für das Verfahren gemäß § 139a LFG gelten. Aus Art I EGVG¹⁶¹⁰ ergibt sich, dass das AVG, das VStG und das VVG auch auf das Verfahren der Bundesminister anzuwenden sind, wenn diese behördliche Aufgaben besorgen.¹⁶¹¹ Als zuständige Stelle für das Streitbelegungsverfahren ist der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie genannt, § 139a Abs 1 und 2. In § 139a Abs 3 ist jedoch ausdrücklich die Erlassung von Richtlinien für das Verfahren vorgesehen; darüber hinaus findet sich im gesamten LFG keine spezielle Regelung hinsichtlich der anzuwendenden Verfahrensvorschriften. Daher ist mit der Argumentation von *Feiel* und *Lehofer*¹⁶¹² zu § 122 TKG 2003 auch hier davon auszugehen, dass es sich bei dem Streitbelegungsverfahren um ein formfreies, „*provisoriales, nicht-hoheitliches*

¹⁶⁰⁸ ZB VfSlg 10430/1985, 15065/1997.

¹⁶⁰⁹ Siehe S 254.

¹⁶¹⁰ Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 – EGVG BGBl I 2008/87 idgF.

¹⁶¹¹ Siehe bereits S 274, insb FN 1419.

¹⁶¹² Siehe S 273.

Verwaltungsverfahren“¹⁶¹³ handelt. Der Behörde (hier die Bezirksverwaltungsbehörde) kommt Kompetenz insofern zu, als ein Verstoß gegen die Bestimmung des § 139a (sowie Verstöße gegen das LFG generell) zB die Verweigerung eines Luftfahrtunternehmens an einem Streitbeilegungsverfahren teil zu nehmen oder erforderliche Unterlagen vorzulegen, mit Verwaltungsstrafe bis zu EUR 22.000 sanktionierbar ist (§ 169 Abs 1 Z 1 iVm § 139a Abs 1 bzw 2 letzter Satz), somit nur in formeller Hinsicht.¹⁶¹⁴

Zudem endet das Streitbeilegungsverfahren auch nicht mit einem Bescheid, da es sich bei dem Resultat des Streitbeilegungsverfahrens entweder um eine durch den Bundesminister einvernehmlich herbeigeführte Lösung, oder aber um seine Ansicht zum herangetragenen Fall handelt, § 139a Abs 1 bzw 2 vorletzter Satz LFG. Das Ergebnis ist somit in keinsten Weise verbindlich.

3.4.3 Die (Nicht-) Veröffentlichung der Richtlinien für das Streitbeilegungsverfahren

Es stellt sich weiters die Frage, ob auch im Fall der Richtlinien nach § 139a Abs 3 LFG von einem „Verordnungsvorbehalt“, hier besser „Richtlinienvorbehalt“ gesprochen werden kann. Eine Vollziehung alleine auf Grund des Gesetzes erscheint hier zwar nicht unmöglich, dennoch hat der Gesetzgeber der Behörde die Erlassung nicht in das Ermessen gestellt, sondern verpflichtend vorgeschrieben.¹⁶¹⁵

Nach Auskunft des BMVIT wurden die Verfahrensrichtlinien allerdings „erlassen“, sie wurden nur nicht veröffentlicht. Da es sich bei diesen ihrer Rechtsnatur nach aber insb mangels allgemeinen Adressatenkreises und aufgrund der Unverbindlichkeit des Ergebnisses des Streitbeilegungsverfahrens, gerade nicht um Verordnungen handelt,¹⁶¹⁶ vermag ein „Kundmachungsmangel“ eben auch nicht dieselben Folgen wie im Falle eines solchen Mangels bei einer Verordnung nach sich zu ziehen. Liegt nun keine Verordnung vor, aber bestehen die Richtlinien dennoch, handelt sich bei ihnen nicht um ein rechtliches Nichts, da der Bestimmung des § 139a Abs 3 LFG entnommen werden kann, dass die Richtlinien wesentliche Verfahrenselemente verbindlich festlegen sollen

¹⁶¹³ Klicka, Anwendung der *laesio enormis* bei Mobilfunkentgelten? MR 2010, 239 (239) unter Verweis auf *Feiel/Lehofer*, Praxiskommentar zum TKG 2003 (2004) 352.

¹⁶¹⁴ Analogie zu *Feiel/Lehofer*, Praxiskommentar zum TKG 2003 (2004) 352.

¹⁶¹⁵ Vgl dazu *Kojas* Ausführungen bezüglich einer Verpflichtung der Behörde zur Verordnungserlassung, Die „Vollziehbarkeit“ von Gesetzen in der Rsp des Verfassungsgerichtshofes – Dargestellt am Beispiel des § 421 Abs 2 AVG, ZAS 1977, 203 (205).

¹⁶¹⁶ Siehe S 298 ff.

(zB Fristen). Allerdings können Verstöße dagegen nicht geahndet werden, § 169 Abs 1 LFG e contrario (lex imperfecta); allenfalls könnten jedoch die Richtlinien selbst Konsequenzen für den Fall eines Zuwiderhandelns festlegen, wie dies auch bei Vereinbarungen privatrechtlicher Natur – wie bereits dargelegt ist das Verfahren gemäß § 139a LFG Teil der Privatwirtschaftsverwaltung¹⁶¹⁷ – stets möglich ist.

Natürlich bedeutet dies nicht, dass den Anforderungen des Gesetzgebers Genüge getan worden wäre. Der Wortlaut des § 139a Abs 3 ist unmissverständlich und eine Veröffentlichung wäre vor allem auch aus Sicht der Konsumenten sinnvoll und wünschenswert. Die Bestimmung des § 139a soll ihrer Konzeption nach vor allem dem Schutz der Passagiere dienen, heißt es in Art 16 der Fluggastverordnung, welche die Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Schlichtungsstellen verpflichtet; durch diese sollen „(...) die Fluggastrechte gewahrt werden“ (Abs 1 leg cit). Außerdem geht dieser Zweck aus dem Wortlaut des Abs 2 leg cit unzweifelhaft hervor, welcher vorsieht, dass sich Fluggäste wegen behaupteter Verstöße gegen die Verordnung an die Schlichtungsstelle wenden können sollen, ebenso Art 14 und 15 der VO 1107/2006. Dies ist wohl auch ein Grund, warum eine Veröffentlichung der Richtlinien vorgeschrieben wurde, damit der Fluggast sich vor Initiierung eines Streitbeilegungsverfahrens über dieses informieren, und entsprechend danach richten kann. Hinzuzufügen ist, dass der Unionsgesetzgeber eine Verpflichtung zur Veröffentlichung der zur Kontaktaufnahme mit der Streitbeilegungsstelle nötigen Angaben im Zusammenhang mit den Informationspflichten nach Art 14 Abs 2 der VO 261/2004 und Art 14 Abs 1 und 15 Abs 4 der VO 1107/2006 vorgesehen hat. Mit dieser Verpflichtung wird die effektive Durchsetzung der Rechte aus den Verordnungen unterstützt. Da in Erwägungsgrund 20 der VO 261/2004 die umfassende Information der Passagiere über ihre Rechte vorgesehen ist, ist davon auszugehen, dass auch Verjährungsfristen und sonstige (nationale) Bestimmungen soweit wiedergegeben werden müssen, als dies für die Wahrung der Rechte der Fluggäste nötig ist. Sollten für das Streitbeilegungsverfahren besondere Fristen und Ähnliches zur Geltendmachung vorgesehen sein, so wird dies in die Informationsblätter an die Passagiere ebenfalls aufzunehmen sein.

Der Gesetzgeber hat weder in § 139a Abs 3 LFG noch sonst wo eine Frist festgelegt, bis zu der die Richtlinien für die Durchführung der Verfahren zu veröffentlichen

¹⁶¹⁷ Siehe S 274 ff.

sind. In § 173 Abs 25 ist normiert, dass „*Verordnungen aufgrund dieses Bundesgesetzes in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl I Nr. 27/2006 (...) bereits vor dem in Abs 23 bezeichneten Datum erlassen werden (dürfen), sie dürfen jedoch frühestens mit diesem Tag in Kraft gesetzt werden*“. Diese Bestimmung ist jedoch auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden, da – wie die Interpretation des Wortlautes Richtlinien des Art 139a LFG ergeben hat – es sich bei den Richtlinien gerade nicht um eine Verordnung handelt und, selbst wenn dies der Fall wäre, das Streitbeilegungsverfahren des § 139a LFG erst mit BGBl I 88/2006 eingefügt worden, und auf dieses daher die Bestimmung nicht anzuwenden ist. Gemäß § 173 Abs 26 LFG idF BGBl I 2006/88, mit dem das Streitbeilegungsverfahren Einzug in das LFG hielt, trat die Bestimmung des § 139a LFG mit 1. Juli 2006 in Kraft. Mit BGBl I 2008/83 wurde der bisherige Abs 2 in Abs 3 umbenannt, geringfügig geändert und ein neuer Abs 2 eingefügt. Gemäß § 173 Abs 30 idF BGBl I 2008/83 trat der neue § 139a Abs 3 mit 1. Juli 2008 in Kraft. In keinem der beiden Bundesgesetzblätter war eine Frist für die Veröffentlichung der Richtlinien vorgesehen. Wie oben¹⁶¹⁸ ausgeführt, besitzen die gemäß § 139a Abs 3 LFG zu veröffentlichenden **Richtlinien nicht die Rechtsnatur einer Verordnung** und werden im Rahmen der **Privatwirtschaftsverwaltung** erlassen. Doch auch wenn eine Behörde privatwirtschaftlich tätig wird, bleibt die Verwaltung an die (verfassungs-) rechtlichen Prinzipien gebunden, insoweit diesen nicht entnommen werden kann, dass sie für einen bestimmten Teil der Verwaltung nicht gelten, wie zB Art 18 B-VG. Im Gegensatz zur hoheitlichen Verwaltung ist diese relativ frei, im Vergleich mit „Privaten“ unterliegt diese aber einer stärkeren rechtlichen Bindung,¹⁶¹⁹ und muss dies auch im Bereich des Streitbeilegungsverfahrens nach § 139a LFG beachtet werden. Im gegenständlichen Fall ist das Faktum des Unterbleibens der Veröffentlichung der Richtlinien insofern unproblematisch, als dies keine rechtlichen Folgen nach sich zu ziehen vermag. Wie *Aichlreiter* im Bereich von Verordnungen darlegt, gibt es „(...) *kein subjektives Recht, das (...) einen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf die Erlassung einer V gewährleisten würde*“.¹⁶²⁰

Im gegebenen Zusammenhang ist auszuführen, dass es sich bei den Richtlinien für das Streitbeilegungsverfahren wie zuvor erläutert¹⁶²¹ zwar nicht um eine Verordnung handelt, dennoch aus dem Wortlaut und dem Zweck der Bestimmung des § 139a

¹⁶¹⁸ Siehe S 298 ff.

¹⁶¹⁹ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 14.

¹⁶²⁰ *Aichlreiter*, Österreichisches Verwaltungsrecht I (1988) 511 f.

¹⁶²¹ Siehe S 298 ff.

Abs 3 LFG klar hervorgeht, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung des Verfahrens durch die zuständige Behörde beabsichtigt hat. Wenn allerdings schon kein subjektives Recht auf das Erlassen einer Verordnung besteht, so muss dies mittels Größenschlusses umso mehr für die Richtlinien nach § 139a LFG gelten.

3.4.4 Die Unterschiede in den Richtlinien nach § 122 TKG 2003 und § 139a LFG

Im Gegensatz zu den Richtlinien für das Streitbeilegungsverfahren nach § 139a LFG, wurden die Verfahrensrichtlinien gemäß § 122 TKG 2003 nicht nur veröffentlicht, es bestand sogar die Möglichkeit zu diesen Stellung zu nehmen.¹⁶²² Fraglich ist allerdings, worin die RTR-GmbH eine diesbezügliche Verpflichtung zu einer Konsultation sieht, oder ob sie freiwillig den betreffenden Personenkreisen die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme einräumt. In § 128 Abs 1 TKG 2003 über das (zum Teil verpflichtend durchzuführende) Konsultationsverfahren zu bestimmten Vollziehungshandlungen nach dem TKG 2003 ist der gesamte § 122 TKG 2003 vom Anwendungsbereich ausgenommen (§ 128 Abs 1 TKG 2003 vorletzter Satz). Die RTR-GmbH spricht im Zusammenhang mit ihren zu den Richtlinien durchgeführten Konsultationen immer nur von „Konsultationen nach § 128 TKG 2003“¹⁶²³, ohne dabei konkreter zu werden. Gemäß § 128 Abs 4 TKG 2003 haben jedoch der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie sowie die RTR-GmbH „(...) interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu Fragen betreffend Endnutzer- oder Verbraucherrechte in Zusammenhang mit öffentlichen Kommunikationsdiensten“ zu geben. Unklar ist das Verhältnis von § 128 Abs 1 zu Abs 4. *Feiel/Lehofer* stellen sich die Frage, „ob ein Entwurf von Vollziehungshandlungen (Abs 1) auch Fragen betreffend Endnutzer- oder Verbraucherrechte berühren kann (Abs 4)“, und schließen dies nicht aus.¹⁶²⁴ Das würde bedeuten, dass ein Entwurf von Vollziehungshandlungen, dazu zählen wie erwähnt auch formlose Beschlüsse, wie dies im Falle der Richtlinien nach § 122 Abs 2 der Fall wäre,¹⁶²⁵ welcher zwar nach § 128 Abs 1 TKG 2003 von der Verpflichtung zur Durchführung eines Konsultationsverfahrens ausgenommen ist, doch einem Konsultationsverfahren zu unterziehen ist, wenn damit Fragen der Endnutzer- und

¹⁶²² Siehe dazu <http://www.rtr.at/de/komp/Konsultation122TKGErgebnis> (16.02.2014).

¹⁶²³ Siehe dazu <http://www.rtr.at/de/komp/Konsultation122TKGErgebnis> (16.02.2014).

¹⁶²⁴ *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) 366.

¹⁶²⁵ Siehe S 273.

Verbraucherrechte berührt werden. Zusätzlich vor dem Hintergrund des Art 33 der Universalienstrichlinie¹⁶²⁶, auf welcher die Regelung des § 128 TKG 2003 fußt, ist daher davon auszugehen, dass eine Verpflichtung der Behörde zur Anhörung der betroffenen Kreise im Falle der Richtlinien nach Art 122 Abs 2 TKG 2003 besteht. Dies deswegen, da die Richtlinien für die Durchführung des Streitbeilegungsverfahrens nach § 122 Abs 2 sehr wohl unter „*Endnutzer bzw Verbraucherrechte im Zusammenhang mit öffentlichen Kommunikationsdiensten*“ im weitesten Sinne subsumiert werden können.

Der Prozess der Richtlinienerlassung nach dem TKG 2003 ist somit deutlich transparenter, was sowohl im Interesse der Nutzer als auch der Betreiber von Kommunikationsnetzen liegt. Hinzu kommt eine Verpflichtung (von ua) der RTR-GmbH zur Veröffentlichung von Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung nach § 123 Abs 1 TKG 2003. Doch bereits vor Inkrafttreten des TKG 2003 gab es eine solche Veröffentlichungsverpflichtung gemäß § 118 TKG 97¹⁶²⁷. Den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zu dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass die dadurch geschaffene Transparenz „(...) *die Entscheidungen der Regulierungsbehörde den interessierten Kreisen zugänglich (...)*“ machen soll.¹⁶²⁸ Nicht nachvollziehbar ist, warum im LFG keine dem TKG 2003 entsprechende konsumentenfreundliche Regelung geschaffen wurde, auch wenn die unionsrechtlichen Vorgaben im Bereich der Fluggastrechte eine solche nicht vorsehen.

Die Möglichkeit zur Abgabe von Stellungnahmen besteht jedoch nicht nur bei der ursprünglichen Erlassung der Richtlinien nach § 122 Abs 2 TKG 2003, sondern immer dann, wenn es zu Änderungen dieser kommt. Dies kann der Bestimmung des § 128 Abs 4 entnommen werden, und wurde bei einer Änderung der Richtlinien im Jahr 2008 auch praktisch durchgeführt.¹⁶²⁹ Die Bestimmung des § 128 TKG 2003 fußt einerseits auf der Vorgabe des Art 33 der sog Universalienstrichlinie, wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass „*die nationalen Regulierungsbehörden die Ansichten von Endnutzern und Verbrauchern (...), Herstellern und Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze und/oder -dienste bereitstellen, in allen mit Endnutzer und*

¹⁶²⁶ Richtlinie 2002/22/EG über den Universalien und Nutzungsrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, ABl L 2002/108, 51 idgF.

¹⁶²⁷ Erlassung eines Telekommunikationsgesetzes, Änderung des Telegraphenweggesetzes, des Fernmeldegebührengesetzes und des Kabel- und Satelliten-Rundfunkgesetzes sowie Treffen ergänzender Bestimmungen zum Rundfunkgesetz und zur Rundfunkverordnung BGBl I 1997/100.

¹⁶²⁸ ErläutRV 759 BlgNR zu BGBl I 1997/100 22. GP 58.

¹⁶²⁹ Siehe dazu http://www.rtr.at/de/komp/Kons_VerfahrensRL_St (16.02.2014).

Verbraucherrechten bei öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdiensten zusammenhängenden Fragen berücksichtigen, soweit dies angemessen ist (...)“ (Abs 1 leg cit), andererseits auf Art 6 der Rahmenrichtlinie¹⁶³⁰.¹⁶³¹ Im Gegensatz zu den Vorgaben der Fluggastverordnung verpflichtet die Universaldienstrichtlinie die Mitgliedstaaten expressis verbis zu „transparenten Verfahren“. Zum einen ist nicht zu erkennen, warum der europäische Gesetzgeber bei den Vorgaben für die beiden Streitbeilegungsverfahren hier unterschiedliche Vorgaben getroffen hat. Doch dies alleine vermag nicht zu erklären, weshalb (auch) der nationale Gesetzgeber mit § 128 Abs 4 TKG 2003 deutlich strengere Anforderungen an das Verfahren der Erlassung der Richtlinien nach § 122 Abs 2 TKG 2003 legt, als an jene nach § 139a Abs 3 LFG, noch dazu wo er gemäß den Materialien die Bestimmung des § 139a LFG jener des § 122 TKG 2003 nachgebildet hat.¹⁶³² Es wird nicht verkannt, dass die Bestimmungen nach dem TKG 2003 und dem LFG über das Streitbeilegungsverfahren (zum Teil) auf europarechtlichen Gesetzgebungsakten unterschiedlicher Rechtsnatur beruhen, nämlich auf einer Rahmenrichtlinie (§ 122 TKG 2003), einer Richtlinie (§ 128 TKG 2003) und einer Verordnung (§ 139a LFG). So enthalten Art 16 der Fluggastverordnung sowie Art 14 und 15 der VO 1107/2006 keine dem Art 33 Abs 1 Universaldienstrichtlinie oder Art 6 der Rahmenrichtlinie vergleichbare detaillierte Regelung hinsichtlich Konsultationen zu Vollziehungshandlungen (dazu zählen neben hoheitlichen Akten auch formlose Beschlüsse der Behörde)¹⁶³³. Zu bedenken ist, dass es sich bei den VO 261/2004 und 1107/2006 um Verordnungen handelt, welche gemäß Art 288 zweiter Absatz AEUV unmittelbar in den Mitgliedstaaten zur Anwendung gelangen, bei der Universaldienstrichtlinie es sich hingegen um eine Richtlinie handelt, welche nach Art 288 dritter Absatz hinsichtlich des Ziels verbindlich ist, die Wahl der Form und der Mittel ihrer Umsetzung jedoch in die Disposition der Staaten stellt. Dabei sind jene Umsetzungsakte zu wählen, welche sich am besten eignen die „*praktische Wirksamkeit (effet utile) der Richtlinie unter Berücksichtigung des mit ihr verfolgten Zwecks*“ zu gewährleisten.¹⁶³⁴

Im Hinblick auf die Bestimmung des § 139a LFG und dessen europarechtlicher Grundlage wäre es dem österreichischen Gesetzgeber dennoch möglich gewesen ergän-

¹⁶³⁰ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 07. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl L 2002/108, 33 idgF.

¹⁶³¹ *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) 361.

¹⁶³² ErläutRV 1429 BlgNR zu BGBl I 2006/88 22. GP 9.

¹⁶³³ *Feiel/Lehofer*, Telekommunikationsgesetz 2003 (2004) 362.

¹⁶³⁴ EuGH 08.04.1976, C-48/75, *Royer*, Slg 1976, I- 00497 Rz 69/73.

zend zu § 139a LFG eine dem § 128 Abs 4 LFG nachgebildete Bestimmung aufzunehmen, da die Fluggastverordnung nur Mindeststandards vorschreibt, was insbesondere aus Art 1 Abs 1 der VO hervorgeht. Ebenso der VO 1107/2006 kann kein Verbot der Mitgliedstaaten zur Etablierung eines solchen Konsultationsverfahrens entnommen werden. Damit hätten die Betroffenen ebenfalls die Möglichkeit einer Beteiligung gehabt, was im Sinne des Konsumentenschutzes wünschenswert gewesen wäre. Darüber hinaus hat die RTR-GmbH eigene Entscheidungen bzw jene der Telekom-Control-Kommission nach § 123 Abs 1 TKG 2003 „*in geeigneter Weise zu veröffentlichen*“. Eine Verpflichtung, die nach dem LFG ebenfalls nicht besteht, jedoch für ein zusätzliches Maß an Transparenz sorgen würde.

VI. Conclusio

Fluggastrechte sind, beginnend mit dem WA, seit Jahrzehnten Gegenstand der (Völker-) Rechtsordnung. Beginnend mit dem Aufstreben der (zivilen) Luftfahrtindustrie hat die Regelungsdichte in diesem Bereich zum Wohle der Passagiere bis heute – wie aufgezeigt wurde – immer mehr zugenommen. Den vorläufigen Schlusspunkt in dieser Entwicklung bilden dabei die Verordnungen der Union zur Stärkung der Fluggastrechte. Angemerkt sei, dass insbesondere der Europäische Gesetzgeber sich in der Stärkung der Passagierrechte nicht nur auf den Bereich der Luftfahrt beschränkt. Zwar bildete die VO 261/2004 den Ausgangspunkt für sämtliche weitere Regelungswerke (sie war die erste ihrer Art), ihr sollten jedoch noch etliche weitere nachfolgen. So trat die VO 1371/2007¹⁶³⁵ über die Rechte und Pflichten von Fahrgästen im Eisenbahnverkehr mit 03.12.2009 in Kraft (Art 37) und ist das Ergebnis eines Vorschlags der Kommission¹⁶³⁶, in welchem sie auf das Weißbuch „Die europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellungen für die Zukunft“¹⁶³⁷, Bezug nimmt und ua dem Aspekt des Verbraucherschutzes hervorhebt. Auf diese folgten einerseits die VO 1177/2010 über die Passagierrechte im See- und Binnenschiffsverkehr¹⁶³⁸, welche am 06.01.2011 in Kraft trat und seit dem 18.12.2012 gilt (Art 31 leg cit), andererseits die VO 181/2011 hinsichtlich

¹⁶³⁵ Verordnung (EG) Nr 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, AB L 2007/315, 14 idgF.

¹⁶³⁶ KOM 2004/0143 endg v 03.03.2004.

¹⁶³⁷ KOM (2001) 370 v 12.09.2001, Weißbuch – Die europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellungen für die Zukunft 2001.

¹⁶³⁸ Verordnung (EU) Nr 1177/2010 über die Fahrgastrechte im See- und Binnenschiffsverkehr und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr 2006/2004, AB L 2010/334, 1 idgF.

der Fahrgastrechte im Kraftomnibusverkehr¹⁶³⁹, welche am 20.03.2011 in Kraft getreten ist und seit dem 01.03.2013 gilt (Art 34 leg cit). Gemeinsames Ziel all dieser Verordnungen ist die Sicherstellung des Schutzes der Passagierrechte und ferner dem Verbraucherschutz Rechnung zu tragen.¹⁶⁴⁰

Die VO 261/2004 ist jedoch nicht nur die erste „Passagierrechte-Verordnung“ innerhalb der Union, sie ist wohl auch die umstrittenste, wie versucht wurde anhand der geschilderten Meinungen zu verdeutlichen. So spricht zB Schmid von „(...) erheblichen Mängeln und Unzulänglichkeiten bei der Formulierung (...)“,¹⁶⁴¹ weswegen diese als „(...) kein Beispiel guter europäischer Gesetzgebungskunst“ angesehen werden könne und fordert deren Nachbesserung ein.¹⁶⁴² Für ihn liegt nach den vielen Jahren ihres Bestehens „(...) immer noch eine juristische terra incognita“ vor, bei der „(...) nahezu täglich viele ungeklärte Fragen“ auftreten“. ¹⁶⁴³ Auch für Müller-Rostin ist die Verordnung „(...) lückenhaft und in vielen Passagen unscharf formuliert (...)“, weswegen sie für ihn „(...) nicht unbedingt als Musterbeispiel guter Gesetzgebung bezeichnet werden“ kann.¹⁶⁴⁴ Ebenso ist Schladebach der Ansicht, dass die Verordnung aufgrund der Unklarheiten und Mängel „(...) in vielen Punkten einer Änderung bedürfe“. ¹⁶⁴⁵ Auch Staudinger/Schmidt-Bendun halten „(...) in mehrfacher Hinsicht“ eine Überarbeitung für notwendig.¹⁶⁴⁶ Für Gaedtke führt „(...) das Fehlen klarer Definitionen bzw Abgrenzungskriterien (...) zu Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung. Das Ziel der Verordnung, Fluggastrechte zu stärken, ist dementsprechend nur partiell erreicht worden. Solange die Verordnung nicht überarbeitet worden ist, besteht für Passagiere bei der Durchsetzung ihrer Rechte in vielen Fällen ein nicht unerhebliches Prozessrisiko“. Folglich tritt auch er für eine Nachbesserung der Fluggastverordnung ein.¹⁶⁴⁷

¹⁶³⁹ Verordnung (EU) Nr 181/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v 16. Februar 2011 über die Fahrgastrechte im Kraftomnibusverkehr und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr 2006/2004, ABl L 2011/55, 1 idgF.

¹⁶⁴⁰ Siehe jeweils Erwägungsgrund 1 der angeführten Verordnungen bzw die ersten beiden Erwägungsgründe der Verordnung 1371/2007.

¹⁶⁴¹ Schmid, Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2007, 261 (267).

¹⁶⁴² Schmid, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841 (1845).

¹⁶⁴³ Schmid, Die Verordnung (EG) Nr 261/2004 – noch immer eine terra incognita, RRa 2012, 2 (2).

¹⁶⁴⁴ Müller-Rostin, Anmerkungen zu Entscheidungen der Verordnung (EG) 261/2004, NZV 2008, 276 (276 und 279).

¹⁶⁴⁵ Schladebach, Luftrecht (2007) Rz 428.

¹⁶⁴⁶ Staudinger/Schmidt-Bendun, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste, NJW 2004, 1897 (1901).

¹⁶⁴⁷ Gaedtke, Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2007, 201 (205).

Auch ein Blick auf die Rsp des EuGH verdeutlicht dieses Bild. Vergleicht man die höchstgerichtliche Jud zur VO 261/2004 mit der VO 1371/2007, so zeigt sich, dass die Anzahl der Urteile zur VO 1371/2007 nur einen Bruchteil jener der VO 261/2004 ausmacht. Auch die Berücksichtigung der zeitlichen Differenz zwischen dem Inkrafttreten der beiden Regelungswerke kann diesen enormen Unterschied alleine nicht erklären. Und obwohl die VO 261/2004 seit nunmehr gut 9 Jahren in Kraft ist, sind – trotz der zahlreichen Judikate auf europäischer- und nationaler Ebene, die bereits zu einem Mehr an Rechtssicherheit für alle Beteiligten geführt haben – noch etliche Probleme ungeklärt.¹⁶⁴⁸ Hinzuzufügen ist, dass – wie aufgezeigt – die Jud des EuGH gerade im Zusammenhang mit der VO 261/2004 in höchstem Maße unberechenbar ist, da dieser über den Wortlaut hinaus rechtsfortbildend tätig geworden ist, etwa was den Anspruch auf Ausgleichszahlungen bei Verspätungen anbelangt.

Gerade auch im Bereich der **Durchsetzungsstellen/Beschwerdestellen** nach der VO 261/2004 und 1107/2006 wird es Änderungen geben müssen. Die Vorgaben der Verordnungen für den nationalen Bereich sind minimal und haben – wie die Praxis zeigt – zu keiner entsprechenden **Harmonisierung** geführt, wie aus einem Bericht der Kommission hervorgeht.¹⁶⁴⁹ Auch dass nach der VO 1107/2006 gemäß Art 15 Abs 3 bei der Durchführungs- bzw Beschwerdestelle eines nicht zuständigen Staates eingelangte Beschwerden an die jeweils zuständige Stelle weitergeleitet werden müssen, eine solche Verpflichtung aber in der VO 261/2004 nicht vorgesehen ist, sorgt für Nachbesserungsbedarf seitens des Unionsgesetzgebers. Interessant wäre auch das Ergebnis des beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens gewesen, wo dieser die Vereinbarkeit von Durchsetzungsmaßnahmen nach Art 16 der Fluggastverordnung mit der Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung nach Art 33 MÜ zu prüfen hatte.¹⁶⁵⁰ Bedauerlicherweise wurde der Antrag auf Vorabentscheidung jedoch zurückgezogen und das Verfahren mit Beschluss des Präsidenten vom 24.04.2013 aus dem Register gestrichen. Wie dargelegt hätte der EuGH mE – konsequenter Weise – zu dem Urteil gelangen müssen, dass beide Regelungen (aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung) miteinander vereinbar sind. Zudem ist eine Angleichung der Vorgaben an jene für den Telekommunikationssektor wünschenswert. Bei einer Änderung der Verordnungen wäre es

¹⁶⁴⁸ Siehe dazu auch *Schuster-Wolf*, Aktuelle Probleme bei der Anwendung der Fluggastrechte-VO 261/2004/EG und Perspektiven bei der geplanten Reform aus der Sicht des Passagiers, *euivr* 2012, 149 (150).

¹⁶⁴⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, KOM (2007) 168 endg, 9 ff.

¹⁶⁵⁰ C-227/12.

wünschenswert, dass die nationalen Beschwerdestellen auch im Luftfahrtbereich verpflichtet sind, vor dem Erlassen der ihrem Verfahren zu Grunde liegenden Bestimmungen (Richtlinien), die davon Betroffenen anzuhören. Zudem sollen Informationen von grundsätzlicher Bedeutung veröffentlicht werden müssen. Dass der europäische Gesetzgeber solche Transparenz bzw Vertrauen schaffenden Verpflichtungen nicht vorgesehen hat erscheint bedauerlich. Eine Überarbeitung der Verordnungen wäre ein idealer Zeitpunkt um derartige Bestimmungen aufzunehmen.

Hinsichtlich der offenen Fragen, ua ob der Grund für eine Annullierung/Nichtbeförderung/Verspätung iS der VO 261/2004 immer vom Luftfahrtunternehmen ausgehen muss, ob auch eine Umbuchung eine Nichtbeförderung nach Art 4 Abs 3 darstellt, ob für das Vorliegen einer Verspätung mit all ihren Folgen bei einem Anschlussflug auf die Kontinuität in der Person des Luftfahrtunternehmens abzustellen ist, ist davon auszugehen, dass der EuGH – sobald er sich mit diesen im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens auseinander zu setzen hat – von einem weiten Anwendungsbereich dieser VO ausgehen, und im Sinne der Fluggäste entscheiden wird. Dies würde seiner bisherigen Jud zur Verordnung entsprechen, in der er vor allem gestützt auf den Schutzzweck der Verordnung zumeist zu Gunsten der Passagiere geurteilt hat. Dabei ist der Gerichtshof auch zu kritisieren. Gerade was die Ausgleichszahlungen im Fall einer Verspätung anbelangt, ist seine Entscheidung nicht vollständig nachvollziehbar. Die von ihm für einen Ersatzanspruch gezogene zeitliche Grenze von „drei oder mehr Stunden“ ist auch unter Heranziehung von Ziel und Zweck der Verordnung nicht zu erklären, somit nicht nachvollziehbar und abzulehnen, wenngleich die grundsätzliche Bejahung eines Anspruchs auf Ausgleichszahlung auch für den Fall der Verspätung Zustimmung verdient.

Aber auch auf der **nationalen Ebene** herrscht Handlungsbedarf, welcher jedoch (soweit ersichtlich) bislang nicht erkannt wurde. Die österreichische **Durchsetzungsstelle** vermag nicht wie dies Art 16 Abs 1 der Fluggastverordnung¹⁶⁵¹ bzw Art 14 Abs 1 der VO 1107/2006 vorsehen, von selbst tätig zu werden, da sie keine Maßnahmen im Sinne der genannten Bestimmung von Amts wegen zur Sicherstellung der Wahrung der Passagierrechte ergreifen kann. Österreich verstößt hier in seiner Umsetzung gegen eine sekundärrechtliche Vorgabe.

¹⁶⁵¹ Siehe auch *Isermann/Berlin*, Durchsetzungsstellen und Schlichtungsstellen für Fluggastrechte in Europa, RRa 2005, 207 (208).

Ein zu Lasten insb jener Passagiere, die ein Streitbeilegungsverfahren in Erwägung ziehen, gehender weiterer Nachteil ist darin zu erblicken, dass die **Richtlinien für das Streitbeilegungsverfahren** nach § 139a bis heute (contra legem) nicht veröffentlicht wurden. Überhaupt mangelt es hier wie aufgezeigt an Transparenz. Wieso der österreichische Gesetzgeber kein dem § 128 Abs 4 TKG 2003 nachgebildetes Verfahren im LFG vorgesehen hat ist nicht nachvollziehbar. Auch wenn hier im Gegensatz zum TKG 2003 keine unionsrechtliche Verpflichtung besteht (wobei man sich auch fragen kann, warum der Unionsgesetzgeber hinsichtlich der Durchsetzungsstelle nicht ein ähnlich transparentes Verfahren wie im Telekommunikationsbereich schaffen wollte), hätte der nationale Gesetzgeber eine verbraucherfreundlichere Regelung vorsehen können. Ein sachlicher Unterschied, der eine differenzierte Behandlung des Telekommunikations- und des Luftfahrtbereiches rechtfertigen würde, kann nicht erkannt werden. So sollte über die Veröffentlichung der Richtlinien nach Art 139a Abs 3 LFG hinaus, ein dem TKG 2003 nachgebildetes Konsultationsverfahren für die Verfahrensrichtlinien vorgesehen werden. Auch wünschenswert wäre zudem eine Veröffentlichung der vom BM im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens erzielten Ergebnisse. Dies würde wesentlich zur Verbesserung des Konsumentenschutzes beitragen und dem Verfahren nach § 139a Abs 1 LFG die nötige Transparenz geben.

Auch hinsichtlich § 111 Abs 1 FPG besteht im Zusammenhang mit der Kontrolle der Reisedokumente und allenfalls erforderlichen Reiseunterlagen dringender Überarbeitungsbedarf des nationalen Gesetzgebers, um die mit der Bestimmung in ihrer derzeitigen Form bestehende Verfassungswidrigkeit zu beseitigen.

Unabhängig von den Problemen auf europäischer oder nationaler Ebene ist im Zusammenhang mit dem **WA** bzw **MÜ** eine Klarstellung dahingehend erforderlich, dass weder im Fall des Verlusts, noch bei der Zerstörung von Gepäck eine **Anzeige** zur Wahrung der Ansprüche erforderlich ist (Art 26 Abs 2 WA bzw Art 31 Abs 2 MÜ e contrario). Die derzeitige Situation, in der die herrschende Lehre und die Jud entgegengesetzter Ansicht sind, ist für die Konsumenten nicht tragbar, zumal die Gerichte hier eben nicht im Sinne der Konsumenten entscheiden, obwohl eine Verpflichtung zur Anzeige in den beiden geschilderten Fällen den völkerrechtlichen Übereinkommen nicht entnommen werden kann.

Zu bekritteln ist zudem die mangelnde Verpflichtung zur **Vorschussleistung** im Fall von (schuldhaft beschädigtem) Reisegepäck. Wie aufgezeigt wurde, hätte der nationale Gesetzgeber hier unbeschadet der völkerrechtlichen Übereinkommen und europäischen Vorgaben eine konsumentenfreundlichere Regelung treffen können. Dies gilt in gleicher Weise für den europäischen Gesetzgeber selbst. Die bereits begonnene Überarbeitung der VO 261/2004 könnte genutzt werden um eine solche Vorschusspflicht in Verbindung mit Reisegepäck aufzunehmen, was jedoch weder im Entwurf der Kommission¹⁶⁵², noch in der legislativen EntschlieÙung des Parlaments¹⁶⁵³ vorgesehen ist.

Dass eine komplette Überarbeitung der VO 261/2004 in Arbeit ist, ist angesichts der zahlreichen immer noch bestehenden Probleme und zum Teil fragwürdigen Jud der Gerichte, insb des EuGH, sehr zu begrüßen. Der europäische Gesetzgeber muss dabei allerdings besonders auf das WA und das MÜ Bedacht nehmen um nicht gegen geltendes Völkerrecht zu verstoßen. Bei dieser Gelegenheit würde sich mE auch eine Zusammenführung der VO 261/2004 und der VO 1107/2006 anbieten, da bei sämtlichen anderen Verkehrsträgern die für alle Passagiere geltenden Rechte und Pflichten und die jener mit besonderen Bedürfnissen, stets in einer Verordnung zusammengefasst wurden. Bei aller berechtigten Kritik an der Fluggastverordnung darf aber auch nicht übersehen werden, dass sie das erste Regelungswerk ihrer Art und Vorbild für weitere einschlägige Verordnungen war. Allein im Jahr 2011 wurden der Beschwerdestelle in Österreich rund 1000 vom Anwendungsbereich der Fluggastverordnung erfasste Fälle übermittelt¹⁶⁵⁴, was, wenn man bedenkt, dass die Passagiere ihre Forderungen auch direkt vor Gericht geltend machen können und viele Beschwerden an diverse Interessenvertretungen wie die AK herangetragen werden,¹⁶⁵⁵ zeigt, von welcher praktischer Bedeutung die Verordnung ist. Die Kommission ist sich der Unzulänglichkeiten der Verordnung ebenso wie der Rat und das Parlament bewusst. Das weitere Vorgehen des europäischen Gesetzgebers darf daher mit Spannung erwartet werden. Es wird sich freilich zeigen, ob

¹⁶⁵² Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und der Verordnung (EG) Nr. 2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei der Beförderung von Fluggästen und deren Gepäck im Luftverkehr, KOM (2013), 130 endg.

¹⁶⁵³ P7_TA-PROV(2014)0092 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bTA%2b20140205%2bTOC%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fDE&language=DE>) (06.02.2014).

¹⁶⁵⁴ Anfragebeantwortung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie 14.08.2012, 11823/AB, S 3 GP 24.

¹⁶⁵⁵ *Schuster-Wolf*, Aktuelle Probleme bei der Anwendung der Fluggastrechte-VO 261/2004/EG und Perspektiven bei der geplanten Reform aus der Sicht des Passagiers, *eufr* 2012, 149 (153).

mit der „Fluggastverordnung neu“ sämtliche bestehende Probleme „verflogen“ sein werden. Zu hoffen bleibt schließlich, dass die nunmehrige Fluggastverordnung ersetzende Verordnung, nicht die Einschnitte in den Fluggastrechten bringen wird, die im aktuellen Vorschlag der Kommission und des Rates¹⁶⁵⁶ vorgesehen sind. Kurz vor Abschluss dieser Arbeit, am 05.02.2014, wurde im Parlament der Union im Zuge der ersten Lesung zum Vorschlag der Kommission ein Text angenommen¹⁶⁵⁷, der mitunter deutlich von jenem der Kommission abweicht und äußerst passagierfreundlich ausfällt. Die nächsten Monate werden zeigen, wer sich am Ende durchsetzen wird. Aus Sicht der Passagiere bleibt freilich zu hoffen, dass die „Fluggastverordnung neu“ keine Verschlechterungen mit sich bringt, sondern mehr Klarheit und einen verbesserten Schutz schaffen wird.

¹⁶⁵⁶ KOM (2013), 130 endg.

¹⁶⁵⁷ P7_TA-PROV(2014)0092 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0092+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>) (05.03.2014).

Literaturverzeichnis

- Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶ (1971)
- Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts I⁵ (1954)
- Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987)
- Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985)
- Aichleiter*, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988)
- Aichleiter* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung)
- Anfragebeantwortung der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie
14.08.2012, 11823/AB, S 3 GP 24
- Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954)
- Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996)
- Aufner*, Das österreichische Luftfahrt-Haftpflichtrecht auf neuem Kurs, ZVR 2006, 349
- Aufner*, Die neue EU-Überbuchungsverordnung, ZVR 2005/66
- Aufner*, Neuerungen im Luftfahrt-Haftpflichtrecht, ZVR 2002/84
- Ballon* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (2000)
- Barfuß*, Die Weisung (1967)
- Barfuß*, Musterbeispiel einer verfehlten Verordnung: BGBl 1977/89, JBl 1977, 408
- Bast/von Bogdandy* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* Das Recht der Europäischen Union, Kommentar (Loseblattsammlung)
- Berchtold*, Der Bundespräsident (1969)
- Bericht des Parlaments 12.09.2002, A5-0298/2002
- Bergmann* in *Bergmann* (Hrsg), Handlexikon der Europäischen Union⁴ (2012)
- Berka*, Verfassungsrecht⁴ (2012)
- Bernsdorff* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³, Kommentar (2011)
- Binder*, Der Haftentschädigungsanspruch, Entschädigung durch Amtshaftung? ZfV 1977, 124

Binder, Die neuen Förderungsrichtlinien des Bundes, ÖZW 1977, 77

Blankenburg, Leitfaden durch das Zuständigkeitswirrwarr bei Rechtsstreitigkeiten nach der Verordnung (EG) Nr 261/2004, DAR 9/2012

Bläumauer, Reiserecht² (2010)

Boeing/Maxian Rusche in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar (Loseblattsammlung)

Boeing/Maxian Rusche/Kotthaus in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar (Loseblattsammlung)

Bogdandy in *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar (Loseblattsammlung)

Bogdandy/Jacob in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar (Loseblattsammlung)

Borowsky, in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³, Kommentar (2011)

Brande, Wirtschaftslenkung und Kompetenzverteilung (1978)

Bußjäger, Folgerungen aus dem Lissabonurteil des Bundesverfassungsgerichts, JBl 2010, 273

Bußjäger/Heißl, Nationaler Souveränitätsanspruch versus autonome Rechtsordnung? ÖJZ 2008/34

Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991)

Bydlinski in *Rummel* (Hrsg), ABGB³, Kommentar (2000)

Cremer in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴, Kommentar (2011)

Damjanovic/Holoubek/Kassai/Lehofer/Urbantschitsch, Handbuch des Telekommunikationsrechts (2006)

Danda, Die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union im österreichischen Grundrechtsschutz, migraLex 2013, 14

Degott, DAR – Fluggastrechte-Verordnung (EG) 261/2004, DAR 2010, 543

Deixler-Hübner/Klicka, Zivilverfahren⁷ (2011)

Demmelbauer, Anmerkungen zur Erlassung einer Verordnung, OGZ 1982, 246

Dempsey/Johansson, Montreal v. Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage, Air and Space Law 2010, 207

Detting-Ott in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), Warschauer Abkommen, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht (Loseblattsammlung)

Dörr in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg) Das Recht der Europäischen Union, Kommentar (Loseblattsammlung)

Eberhard, Der verwaltungsrechtliche Vertrag (2005)

Eberhard in Lachmayer/Bauer (Hrsg), Praxiswörterbuch Europarecht (2008)

Ecker, Die Verordnung (EG) 2004/261 aus der Perspektive des VKI, ZVR 2010/128

Egger in Schwimann, ABGB-Taschenkommentar (2010)

Ehlers/Müller-Rostin in Hobe/Ruckteschell (Hrsg), Kölner Kompendium des Luftrechts 3 (2009)

Ehlers in Giemulla/Schmid (Bearb), Warschauer Abkommen, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht (Loseblattsammlung)

Ehricke in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV², Kommentar (2012)

Eilmansberger, Die Anwendung der EU-Grundrechte durch nationale Gerichte (und Behörden), *ecolx* 2010, 1024

Erdmenger in Groeben/Schwarze (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ (2003)

Ermacora, Über die derogatorische Kraft der Verwaltungsverordnung, JBl 1955, 185

Ermacora/Hummer, Völkerrecht, das Recht der Europäischen Union und Landesrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I (2004) 111

Fasching in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (2002)

Feiel/Lehofer, Telekommunikationsgesetz 2003, Kommentar (2004)

Feik/Grussmann, Fremdenrecht, in *Bachmann et al* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht³ (2000)

Fischer, Die EU – Eine autonome Rechtsgemeinschaft? in *Hummer* (Hrsg), Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende (2004) 3

Fischer/Köck, Völkerrecht⁶ (2004)

Frank in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung)

Frenz, Die europäische Verkehrspolitik nach dem AEUV, *TranspR* 2010, 419

Fritzsche, Das europäische Luftverkehrsrecht und die Liberalisierung des transatlantischen Luftverkehrsmarktes (2007)

Fucik in Rechberger (Hrsg), ZPO³, Kommentar (2006)

Führich, Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr 261/2004 in der Praxis, MDR Sonderbeilage 2007, 1

Führich, Reiserecht⁶ (2010)

Funk, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrspr, in Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung Band 17 (1989)

Funk, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975)

Funk, Kommentar zu VfGH 16.10.1975, VfSlg 7650/1975, ZAS 1977, 152

Funk, Kommentar zum Erkenntnis des VfGH 14.03.1996, VfSlg 14473/1996, ÖZW 1997, 60

Gaedtke, Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2007, 201

Gansfort, Praktische Anmerkungen zu der Europäischen Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Flugunfällen mit Personenschäden, ZLW 1998, 274

Geiger in *Geiger/Khan/Kotzur* (Hrsg), EUV/AEUV⁵, Kommentar (2010)

Gellermann in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV², Kommentar (2012)

Giemulla in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), Montrealer Übereinkommen, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht (Loseblattsammlung)

Giemulla in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), Warschauer Abkommen, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht (Loseblattsammlung)

Giemulla/Schmid, Die europarechtliche Neuordnung der Haftung bei Flugunfällen und ihre Auswirkungen auf Luftfahrtunternehmen, NVZ 1998, 225

Gogl, Luftfahrtrecht, in *Bauer* (Hrsg), Handbuch Verkehrsrecht (2009) 431

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012)

Grabenwarter/Pabel in *Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz (2006)

Gragl, Anwendungsbereich und Tragweite der Europäischen Grundrechte – Die Bedeutung der Grundrechtecharta für die Bindung der Mitgliedstaaten und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, JAP 2011/2012/7

Hackl, Wann müssen Verwaltungsbehörden Verordnungen erlassen? ZfV 1977, 257

Hackl, Die Verordnung, in *Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 173

Halter, Europarecht² (2007)

Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht⁷ (2010)

- Hatje* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar² (2009)
- Hattenberger*, Zur Grenzziehung zwischen Verordnung und Nicht-Verordnung, ZfV 2001, 546
- Heller*, Zum Begriff der Kernaufgaben des Staates, in Festschrift Heinz Schäffer (2006) 241
- Hengstschläger*, Verwaltungsverfahren⁴ (2009)
- Hofmann*, Die Rechtsstellung der Hochbauten nach dem Eisenbahngesetz, ZVR 1983, 65
- Holoubek*, Rechtsschutzpraxis in Vergabesachen, ecolex 1997, 200
- Holoubek/Lang*, Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht (2006)
- Hölscheidt* in *Meyer* (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³, Kommentar (2011) Art 20 bis 26
- Holzinger*, Die Organisation der Verwaltung, in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer* (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre (2001) 97
- Holzinger*, Die Organisation der Verwaltung, in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer*, Österreichische Verwaltungslehre² (2006) 107
- Hummer*, Subsidiarität und Föderalismus als Strukturprinzipien der Europäischen Gemeinschaften? ZfRV 1992, 81
- Isermann/Berlin*, Durchsetzungsstellen und Schlichtungsstellen für Fluggastrechte in Europa, RRa 2010, 207
- Isermann/Christof*, Durchsetzungsstellen und Schlichtungsstellen für Fluggastrechte in Europa, RRa 2010, 207
- Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar (2010)
- Jung* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴, Kommentar (2011)
- Kahl*, Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht: Von der Konfrontation zur Kooperation, Die Verwaltung 1996, 341
- Kahl* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴, Kommentar (2011)
- Kathrein*, Haftungskriterien des Luftfrachtführers bei Sturz eines Fluggasts auf Flugzeugtreppe- Glosse, ZVR 2011/144
- Kehrberger*, IATA und IATA-Agentur, TranspR 1996, 131
- Keiler*, Anmerkungen zur Entscheidung 8 C 2016/05m des BG HS Wien vom 04.08.2006, RRa 2006, 276
- Keiler*, Die Fluggastrechte-VO vor dem EuGH, ZVR 2009, 236

Keiler, Mut zur Lücke – die Fluggastrechte-VO zur Auslegung und Überprüfung vor dem EuGH, ZVR 2011, 228

Keiler, Reisemangel durch Vorverlegung des Rückflugs – Ansprüche nach der Pauschalreise-RL und der Fluggäste-VO, Zak 2007, 263

Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925)

Khan in *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV⁵, Kommentar (2010)

Klecatsky, Das österreichische Bundesverfassungsrecht² (1973)

Klecatsky, Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1957, 334

Klecatsky, Die Untergrundbewegung der deutschen „Erlasse“, JBl 1953, 173

Klecatsky, Staat und Verkehr (1968)

Klicka, Anwendung der laesio enormis bei Mobilfunkentgelten, MR 2010, 239

Klingenbrunner/Raptis, Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon, JRP 2008, 139

Kneihs/Lienbacher in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (Loseblattsammlung)

Köbler/Pohl in Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuch (1991)

Kobzina, Die Ermessensnorm im Sinne des Legalitätsprinzips, JBl 1956, 493

Koja, Die „Vollziehbarkeit“ von Gesetzen in der Rsp des Verfassungsgerichtshofes – Dargestellt am Beispiel des § 421 Abs 2 ASVG, ZAS 1977, 203

Koja, Die Rechtsnatur des Lebensmittelbuches, ÖJZ 1979, 385

Kokott in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV², Kommentar (2012)

Korinek, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 46

Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung, ÖZW 1995/1

Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993)

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II (1984)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ (2006)

Krieger, Das Effektivitätsprinzip im Völkerrecht (2000)

Kröll, Der EuGH als „Hüter“ des republikanischen Grundprinzips der österreichischen Bundesverfassung? Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 313

Kronke, Warschauer Abkommen, in *Basedow* (Hrsg), Münchener Kommentar zum HGB (1997) 1943

Kucsko-Stadlmayer in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (Loseblattsammlung)

Lachmayer, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung, JBl 2007, 750

Langheinrich/Ryda, Die Staatshaftung, die Amtshaftung und die Organhaftung im Steuerrecht Teil I, FJ 2003, 317

Leitl, Die VO (EG) Nr 261/2004: Die Rechte der Fluggäste – Ein Leitfaden für die Praxis (Teil I), RZ 2012, 170

Leitl, Die VO (EG) Nr 261/2004: Die Rechte der Fluggäste – Ein Leitfaden für die Praxis (Teil II), RZ 2012/190 (194).

Lienbacher, Verwaltungswissenschaftliche Fragestellungen – Allgemeines zur Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit 1. Instanz, JRP 2011, 328

Lienhard, Obligationenrecht, Europäisches Schuldrecht für den Flugverkehr, GPR 2004, 259

Lintschinger, Zum rechtlichen Nachspiel in der Reisebranche auf Grund des Vulkanausbruchs in Island, wbl 2010, 321

Littger/Kirsch, Die Haftung im internationalen Luftverkehr nach Inkrafttreten des Montrealer Übereinkommens, ZLW 2003, 563

Lurger/Augenhofer, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008)

Madner, Effektivitätsgebot und Abgabenverfahrensrecht, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht (2006) 115

Marx in *Lachmayer/Bauer* (Hrsg), Praxiswörterbuch Europarecht (2008)

Mayer, Bundes-Verfassungsrecht⁴, Kommentar (2007)

Mayer, Die Kompetenzen des Bundes zur Regelung des Eisenbahnwesens, ÖJZ 1996, 292

Mayer, Die Verordnung (1977)

Meier, Prozesskosten und Amtshaftung, JBl 1979, 617

MEMO/10/131 der Europäischen Kommission v 15. April 2010,
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/10/131&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=de> (18.05.2012)

Melichar, Zur juristischen Bedeutung des Unterschiedes zwischen Rechts- und Verwaltungsverordnungen im österreichischen Recht, JBl 1955, 53

- Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1999)
- Mögele* in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV², Kommentar (2012)
- Moritz*, Zur kompetenzrechtlichen Bedeutung des Art 15 Abs 9 B-VG, JBl 1989, 72
- Morscher*, Zu den Grenzen der Bundeskompetenzen „Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen und der Luftfahrt“ in Festschrift *Herbert Schambeck* (1994) 527
- Morscher*, Raumordnungskompetenz im Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen und der Luftfahrt, ZfV 1998, 785
- Moser*, Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rsp des EuGH als Katalysatoren einer europäischen Wertegemeinschaft – Anmerkungen zu Entwicklung, Stand und Möglichkeiten der Europäischen Integration durch Recht(-sprechung), ZfRV 2012/2
- Müggenborg/Frenz*, Versteckte Servicegebühren bei Flugbuchungen im Internet, NJW 2012, 1537
- Mühlbauer*, Die Verbesserung des Schutzes der Fluggäste durch die EG-Verordnung Nr 2027/97 v 9.10.1997, VersR 1998, 1335
- Mühlbauer*, Haftung aus dem Luftverkehr, in *Geigel* (Hrsg), Der Haftpflichtprozess²⁶ (2011) 29. Kapitel
- Müller* (Hrsg), Duden - Bedeutungswörterbuch² (1985)
- Müller*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta – „Bereicherung oder Funktionsverlust“? – Thesen zur Frage, ÖJZ 2012/17
- Müller-Rostin*, Anmerkungen zu Entscheidungen zur Verordnung (EG) 261/2004, NZV 2008, 276
- Müller-Rostin*, Auf dem Wege zu einem neuen Warschauer Abkommen? TranspR 1998, 229
- Müller-Rostin*, Neue Entwicklungen bei den Passagierhaftpflichtgrenzen in der internationalen Luftfahrt, TranspR 1996, 5
- Müller-Rostin*, Rechtliche Unsicherheiten bei der Neuregelung von Fluggastrechten, NZV 2007, 221
- Müller-Rostin* in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), Warschauer Abkommen, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht (Loseblattsammlung)
- Muzak*, Österreichisches, Europäisches und Internationales Binnenschiffahrtsrecht (2004)
- Muzak* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Kommentar (Loseblattsammlung)
- Muzak*, in *Muzak/Taucher/Pinter/Lobner* (Hrsg), Fremden- und Asylrecht, Kommentar (Loseblattsammlung)

- Muzak*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Modellversuchs „Außergerichtlicher Tatausgleich“, ÖJZ 1993, 690
- Muzak*, Vorwegnahme des Asylverfahrens durch Ausschluss von der Bundesbetreuung? *migralex* 2003, 13
- Simma*, Das Völkergewohnheitsrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁴ (2004) 33
- Obwexer*, Der Vertrag von Lissabon und die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 2010/110
- Obwexer*, Die Grundsätze der Staatshaftung nach Gemeinschaftsrecht, wbl 1996, 183
- Obwexer* in *Mayer/Stöger* (Hrsg) EUV/AEUV, Kommentar (Loseblattsammlung)
- Oettle*, Öffentliche und verbandliche Verwaltungen als haushaltswirtschaftliche Produzenten unmittelbarer Gewährleistungen, in Festschrift *Reinbert Schauer* (2003) 381
- Öhlinger*, Das Problem des verwaltungsrechtlichen Vertrages (1974)
- Öhlinger*, EU-BeitrittsBVG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht IV, Kommentar (Loseblattsammlung)
- Öhlinger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (Loseblattsammlung)
- Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht⁹ (2012)
- Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁴ (2011)
- Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³ (2006)
- Österreich Konvent, Präsidium 30. Sitzung, Beratungsunterlage umfassende Landesverteidigung (139/PRVOR-K), http://www.konvent.gv.at/K/DE/PRVOR-K/PRVOR-K_00139/fname_047547.pdf
- Pabel*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgliederung, JRP 2005, 221
- Palten*, Unfall oder nicht – das ist hier die Frage! VR 2012, 32
- Pearsall* (Hrsg), Transport, The Concise Oxford Dictionary (1999) 1524
- Pernthaler*, Zivilrechtswesen und Landeskompetenz (1987)
- Perthold-Stoitzner* in *Mayer* (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003)
- Petersmann*, GATT/WTO-Recht: Duplik, EuZW 1997, 651
- Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, in Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Band 175 (1994)

Potacs, Das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Lichte traditioneller Modelle, ZÖR 2010, 117

Potacs, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts – Gutachten, 14. ÖJT I/1 (2000)

Potacs, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465

Potacs, Entwicklungstendenzen beim indirekten Vollzug von Gemeinschaftsrecht, in *Hummer (Hrsg)*, Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende – Ansichten österreichischer Integrationsexperten zu aktuellen Problemlagen. Forschung und Lehre im Europarecht in Österreich (2004) 269

Potacs, Rechtsschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht in Österreich, in *Griller/Rill (Hrsg)*, Verfassungsrechtliche Grundfragen der EU-Mitgliedschaft (1997) 127

Potacs/Hattenberger in *Kneihs/Lienbacher (Hrsg)*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung)

Pöschl, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon – Anmerkungen zum Charta-Erkenntnis des VfGH, ZÖR 2012, 587

Presseverlautbarung, MEMO/10/131 v 15. April, 2010 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/10/131&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=de> (18.05.2012)

Puck, Nichthoheitliche Verwaltung – Typen und Formen, in *Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht – Typen und Formen (1979) 275

Puttler in *Calliess/Ruffert (Hrsg)*, EUV/AEUV⁴, Kommentar (2011)

Rabl, Amtshaftungsimmunität für beliebige juristische Personen! ecolex 2009, 579

Raft-Marwil, Das österreichische Luftrecht, ZVR 1956, 177

Ranacher/Frischhut, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009)

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009)

Raschauer, Die Aufgaben der Verwaltung, in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer (Hrsg)*, Österreichische Verwaltungslehre (2001) 169

Rauschauer, „Kernaufgaben des Staates“: Rechtsfortbildung oder Rechtskreation? ZfV 2005, 18

Raschauer, Staatliche Kernaufgaben – Notwendigkeit oder Fiktion? in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002) 107

Rauschauer, Verwaltungsaufgaben, in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer (Hrsg)*, Österreichische Verwaltungslehre² (2006) 181

- Raschauer* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (Loseblattsammlung)
- N. Raschauer* in *Frauenberger-Pfeiler/N. Raschauer/Sander/Wessely* (Hrsg), Österreichisches Zustellrecht², Kommentar (2011)
- Rebhahn*, Das Diskriminierungsverbot des Art 21 GRC aufgrund des Vermögens als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, JRP 2012, 386
- Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren⁹ (2009)
- Rehulka* in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Kommentar (Loseblattsammlung)
- Reisinger*, Kraftfahrzeugversicherung, in *Bauer* (Hrsg), Handbuch Verkehrsrecht (2009) 113
- Rennig*, Der „letzte Zielort“ iS des Art 7 Abs 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr 261/2004, RRa 2008, 58
- Reuschle*, Montrealer Übereinkommen² (2011)
- Riel/Schrefler-König/Szymanski/Schmalzl*, FPG, Kommentar (Loseblattsammlung)
- Rill* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung)
- Rill/Schäffer* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung)
- Ringhofer*, Zur Rechtsüberleitung reichsdeutscher Erlässe, JBl 1953, 558
- Rohregger* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (Loseblattsammlung)
- Rudolf*, Lohn der Angst bei Flugzeugentführungen? ZLW 1973, 21
- Ruffert* in *Callies/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴, Kommentar (2011)
- Ruhwedel*, Der Luftbeförderungsvertrag³ (1998)
- Ruhwedel*, Das Montrealer Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr v 28.05.1999, TranspR 2001, 189
- Ruhwedel*, Internationaler Luftverkehr, in *Schmidt*, Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch (2009) 1455
- Ruhwedel*, Montrealer Übereinkommen vs Warschauer System, TranspR 2008, 89
- Ruhwedel*, Verordnung (EG) Nr 2027/97 des Rates über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen vom 9.10.1997, TranspR 1998, 13

Rumersdorfer, Rechtsgrundlagen im Gemeinschaftsrecht zur Overbooking-Compensation (2004)

Saria, Legistische Spielräume für ein Europäisches Reiserecht, in *Saria* (Hrsg), Reise ins Ungewisse (2005) 29

Saria, Unternehmensrechtliche Entwicklungen im Tourismusrecht, in *Saria* (Hrsg), Jahrbuch Tourismusrecht 2011, 155

Saria, Unternehmensrechtliche Entwicklungen im Tourismusrecht unter besonderer Berücksichtigung wettbewerbs- und immaterialgüterrechtlicher Fragestellungen, in *Saria* (Hrsg), Jahrbuch Tourismusrecht 2009, 117

Schäfer in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV², Kommentar (2012)

Schäfer, Verkehrspolitik, gemeinsame, in *Bergmann* (Hrsg), Handlexikon der Europäischen Union⁴ (2012)

Schäffer, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private – Beleihung und Inpflichtnahme, in Bundeswirtschaftskammer, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte (1973) 58

Schäffer, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Loseblattsammlung)

Schambeck, Europäische Integration und Föderalismus, ÖJZ 1996, 521

Schärf, Staatshaftung und Föderalismus, ecolex 1997, 547

Schauer, Schengen – Maastricht – Amsterdam (2000)

Schima in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV, Kommentar (Loseblattsammlung)

Schladebach, Europäisches Luftverkehrsrecht: Entwicklungsstand und Perspektiven, EuR 2006, 773

Schladebach, Luftrecht (2007)

Schleicher/Reymann/Abraham, Das Recht der Luftfahrt I³, Kommentar (1960)

Schmalenbach in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴, Kommentar (2011)

Schmid, Anmerkung zum Urteil des AG Frankfurt/Main 21.12.2007, 32 C 1003/07 – 22, RRa 2008, 146

Schmid, Anmerkung zur Entscheidung des BG Schwechat 28.09.2011, 4 C 612/11z-14, RRa 2012, 256

Schmid, Anmerkungen zur Entscheidung des AG Mitte 14.12.2005, 11 C 206/05, RRa 2006, 91

Schmid, Das Zusammenspiel von internationalen und europäischen Vorschriften zur Haftung für Passagier- und Gepäckschäden im internationalen Luftverkehr, RRa 2004, 198

Schmid, Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2006, 1841

Schmid, Die Nichtbeförderung von Fluggästen im Licht der neuesten Rsp des BGH, NJW 2009, 2724

Schmid, Die Verordnung (EG) Nr 261/2004 – Europäischer Verbraucherschutz mit Nachbesserungsbedarf, ZLW 2005, 373

Schmid, Die Verordnung (EG) Nr 261/2004 – noch immer eine terra incognita, RRa 2012, 2

Schmid, Die Vorauszahlungspflicht des Luftfrachtführers bei Passagierunfällen im Rahmen von Luftbeförderungsverträgen, TranspR 2005, 346

Schmid, Editorial, RRa 2009, 1

Schmid, Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2007, 261

Schmid, Fluggastrechte in der Praxis, NJW 2007, 261

Schmid, Rsp zum Charterflug (1997)

Schmid in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), Montrealer Übereinkommen, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht (Loseblattsammlung)

Schmid in *Giemulla/Schmid* (Hrsg), Warschauer Abkommen, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht (Loseblattsammlung)

Schmid/Hopperdietzel, Die Fluggastrechte – eine Momentaufnahme, NJW 2010, 1905

Schneider, Fluglinie darf ihre Passagiere in der Wüste stehen lassen, Die Presse 2012/24/03

Schneider, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Ausgliederung von Krankenanstalten, RdM 2003/66

Schönheit, Aktuelle Probleme des Wettbewerbsrechts in der Touristik unter Berücksichtigung der UWG-Novelle 2008, RRa 2009, 127

Schragel, AHG³ (2003)

Schroeder in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV², Kommentar (2012)

Schulz, EuGH: Ausgleichsansprüche des Flugreisenden bei Verspätung, LMK 2010, 295994

Schuster-Wolf, Aktuelle Probleme bei der Anwendung der Fluggastrechte-VO 261/2004/EG und Perspektiven bei der geplanten Reform aus der Sicht des Passagiers, euvr 2012, 149

Schütz in Straube, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (2009)

Schwartz/Muzak, Die sachliche Zuständigkeit zur Verordnungserlassung, ZÖR 1997, 159

Schwarze, Der Reformvertrag von Lissabon, EuR Beiheft 1/2009

Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (2007)

Schwenk, Handbuch des Luftverkehrsrechts² (1996)

Sendmeyer, Alle Jahre wieder: Europäische Fluggastrechte im Schneechaos, NJW 2011, 808

Shorter Oxford English Dictionary⁵ (2002)

Simma, Das Völkergewohnheitsrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I (2004) 33

Spitzer in Welser (Hrsg), Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (2005)

Stadlmeier, Randunschärfen des Luftverkehrs-Binnenmarkts: Anmerkungen zur Rechtssache Neukirchinger, ZVR 2011/205

Staudinger, Das Urteil des EuGH in den Rechtssachen Sturgeon und Böck – Über den Wolken muss die Freiheit (zur Rechtsfortbildung) wohl grenzenlos sein, RRa 2010, 10

Staudinger, Editorial, RRa 2009, 257

Staudinger, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste, NJW 2004, 1897

Staudinger/Schmidt-Bendun, Neuregelung über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste, NJW 2004, 1897

Staudinger/Schürmann, Die Entwicklung des Reiserechts in den Jahren 2009/2010 – Pauschalreise-, Luftverkehrs-, Seebeförderungs-, Gastschulaufenthalts- und Reiseversicherungsrecht, NJW 2010, 2771

Staudinger/Schürmann, Die Entwicklung des Reiserechts in den Jahren 2010/2011, NJW 2011, 2769

Stefula, Haftung für Personenschäden von Fluggästen, ecolex 2000, 569

Stefula, Neues Lufthaftungsübereinkommen vor In-Kraft-Treten, ecolex 2001, 877

Stefula, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001)

Stefula, Völkerrechtswidrigkeit der EG-Haftungsverordnung? TranspR 2000, 399

Stein, „Bananen-Split“? EuZW 1998, 261

Steiner, Die vertragliche und außervertragliche Haftung der Union nach Art 340 Abs 1 und 2 AEUV, ÖJZ 2012/80

Stöger in *Mayer* (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003)

Stöger in *Mayer/Stöger* (Hrsg) EUV/AEUV, Kommentar (Loseblattsammlung)

Stoll, Ermessen im Steuerrecht – Gutachten, 4. ÖJT I/2 (1970)

Stolzlechner, Die Richtlinien zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes, AnwBl 1978, 240

Stolzlechner, Öffentliche Fonds (1982)

Streinz, Europarecht⁹ (2012)

Strejcek, Kommentar zu VfGH 01.10.2001, VfSlg 16294/2001, ÖZW 2002, 53

Streinz, Vertrauensschutz und Gemeinschaftsinteresse beim Vollzug von europäischem Gemeinschaftsrecht durch deutsche Behörden, Die Verwaltung 1990, 153

Streinz in *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV², Kommentar (2012)

Strejcek/G. Eberhard, Zur Auskunft- und Kostenersatzpflicht von Beförderungsunternehmen nach dem FremdenG 1997, ÖJZ 2001, 665

Szűsz in *Mayer* (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003)

Thienel, Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609

Thienel/Zeleny, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze¹⁸ (2012)

Tonner, Anmerkung zum Urteil des EuGH iS *Emirates/Schenkel*, EuZW 2008, 569

Tonner, Anmerkungen zur Entscheidung 8 C 2016/05m des BG HS Wien v 04.08.2006, RRa 2006, 276

Tonner, Die EG-Verordnung über Ausgleichsleistungen bei Nichterfüllung, Annullierung und großer Verspätung – ein wichtiger Beitrag des Rechts zur Qualitätssicherung im Luftverkehr, RRa 2004, 59

Tonner, Die neue EG-Verordnung über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, RRa 1998, 211

Tonner, Fluggastrechte und der EuGH, VuR 2009, 209

Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss (2005) Kap 13a

Tonner, Haftung von Luftfahrtunternehmen in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss² (2010) Kap 15

Urlesberger, Europarecht: Das Neueste auf einen Blick, wbl 2009, 177

Vcelouch in *Mayer/Stöger* (Hrsg) EUV/AEUV, Kommentar (Loseblattsammlung)

Vogler in *Karl* (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Loseblattsammlung)

Voigt, Die Theorie der Verkehrswissenschaft I/1 (1973)

Wagner, Verbesserung der Fluggastrechte durch die Verordnung (EG) Nr 261/2004, VuR 2006, 337

Wallnöfer in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (Loseblattsammlung)

Walter, Die Verwaltungsverordnung, ÖJZ 1965, 29

Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, System (1972)

Walter/Mayer, Das österreichische Zustellrecht (1983)

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007)

Wegener in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁴, Kommentar (2011)

Weiss, Pauschalreisevertrag (1987)

Welan/Neisser, Der Bundeskanzler im österreichischen Verfassungsgefüge (1971)

Welser, Öffentlichrechtliches und Privatrechtliches aus Anlass einer Amtshaftungsklage, JBl 1975, 225

Wessely, Verhängung von (hohen) Verwaltungsstrafen vor dem Hintergrund des Erfordernisses angemessener und effektiver Sanktionen (Finanzmarktaufsicht), Jahrbuch Öffentliches Recht 2010, 317

Wiederin, Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in *Festschrift Winkler* (1997) 1231

Wiederin, Bundesrecht und Landesrecht (1995)

Wiesbauer/Zetter, Transporthaftung (1984)

Wiesentreu, Grenzen der Ausgliederung – Eine bundesverfassungs- und verwaltungsrechtssystematische Darstellung der Grenzen der Ausgliederung öffentlicher Aufgaben aus dem Bereich der Landes- und Gemeindeverwaltung, 15. ÖJT I/2 (2005) 7

Winkler, Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Staatsverträgen, JBl 1961, 8

Wukoschitz, Anmerkung zum Urteil des EuGH 10.07.2008, C-173/07, RRa 2008, 242

Zechner, Reisevertragsrecht (1989)

Zeleny, Eisenbahnplanungs- und Baurecht (1994)

Zeleny in *Mayer* (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003)

Zeleny in *Mayer/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Kommentar (Loseblattsammlung)

Zellenberg in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (Loseblattsammlung)

Zemanek, Das Völkervertragsrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁴ (2004) 45

Zemanek/Hafner/Wittich, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit und die Sanktionen des Völkerrechts, in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁴ (2004) 505

Ziehensack, AHG-Praxiskommentar (2011)

Zolger, Österreichisches Verordnungsrecht (1898)

Zuleeg in *Groeben/Schwarze* (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁶ I (2003)

Zusammenfassung

Fluggastrechte sind, beginnend mit dem Warschauer Abkommen (WA) über das Übereinkommen von Montreal (MÜ), seit Jahrzehnten Teil der (Völker-) Rechtsordnung. Beginnend mit dem Aufstreben der (zivilen) Luftfahrtindustrie hat die Regelungsdichte in diesem Bereich (zum Wohle der Passagiere) bis heute zugenommen. Den vorläufigen Schlusspunkt in dieser Entwicklung bilden dabei auf Unionsebene die sogenannte Fluggastverordnung, VO 261/2004, und die VO 1107/2006 über die Rechte von behinderten Flugreisenden und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität. Aber auch der dem Flug vorgelagerte Bereich, jener der Buchung, ist aufgrund der immer wieder auftretenden Probleme, insbesondere mit versteckten Kosten, mittlerweile durch die VO 1108/2008 geregelt. Schließlich enthält auch das österreichische Luftfahrtgesetz, vor allem aus Gründen der Umsetzung von internationalen Regelungswerken, zahlreiche einschlägige Bestimmungen. Diese Rechtsquellen werden im Zuge der vorliegenden Arbeit, insbesondere unter Heranziehung der rezenten Judikatur und Meinungen aus der Literatur, einer näheren Betrachtung unterzogen, wobei der Fokus auch auf bislang strittige sowie noch nicht thematisierte Probleme gelegt wird. Gleichzeitig werden Lösungsvorschläge erarbeitet und erörtert.

Die vorliegende Arbeit besteht aus insgesamt sechs Teilen. Ausgangspunkt der Analyse ist die Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Verkehrsrechts, und zwar sowohl auf unionsrechtlicher als auch auf nationaler Ebene, da dies für das Verständnis einiger aktueller Probleme von Bedeutung ist (I.). Der zweite Teil (II.) beschäftigt sich mit dem Verhältnis von Völkerrecht, Unionsrecht und nationalem Recht zueinander, wobei (scheinbare) Überschneidungen der einzelnen Regelungswerke ebenfalls behandelt werden sollen.

Die inhaltliche Auseinandersetzung mit den Rechten, die den Passagieren eingeräumt wurden, beginnt mit dem dritten Teil (III.), der sich mit den auf völkerrechtlicher Ebene ergangenen Verträgen auseinandersetzt. Dabei wird vor allem auch auf das Verhältnis des WA zum MÜ eingegangen sowie auf deren Regelungsumfang. Ein Schwerpunkt dieses Teils liegt auf der, bis heute letztlich nicht geklärten Frage, was unter den für die Übereinkommen essentiellen, da anspruchsbegründenden Begriffen, Zerstörung, Verlust und Beschädigung verstanden wird/zu verstehen ist.

Der vierte Teil (IV.) widmet sich daran anschließend der VO 2027/97, die das MÜ im Bereich der Europäischen Union umsetzt und ergänzt. Schwerpunkt dieses Teils stellt der Abschnitt über die VO 261/2004 dar, welche von Anfang an Gegenstand heftiger Kontroversen war und bis heute ist. Hier wird insbesondere auf die Problematik von Zwischenlandungen sowie auf die Kontrolle von Reiseunterlagen durch Beförderungsunternehmen eingegangen. Letztere wird in einem Exkurs behandelt, der sich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der österreichischen Umsetzung dieser unionsrechtlichen Verpflichtung widmet. Einen Schwerpunkt stellt auch die Auseinandersetzung mit der nicht unproblematischen Judikatur des EuGH zum Tatbestand der Verspätung nach der Fluggastverordnung dar. Aufgegriffen wird ebenso die Problematik eines allfälligen Konflikts der VO 261/2004 mit dem MÜ aufgrund möglicher Überschneidungen. Aus Gründen der Vollständigkeit wird auch kurz auf die bislang in Rechtsprechung und Judikatur weitgehend unbehandelte VO 1107/2006 eingegangen. Der nächste Abschnitt dieses Teils widmet sich der VO 1008/2008, und zwar den Bestimmungen über die Preisfestsetzung von Flugreisen. Hier wird versucht, die bis heute weitgehend ungeklärte Frage, ob die Bestimmungen über die Preisfestsetzung nur für die eigentliche Buchung gelten, oder aber bereits für die Bewerbung von Flugreisen, zu beantworten. Der fünfte Teil (V.) beschäftigt sich mit den im österreichischen Recht verankerten einschlägigen Bestimmungen, mit denen nahezu ausschließlich völker- und unionsrechtliche Regelungen umgesetzt worden sind. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf dem Streitbeilegungsverfahren zwischen Passagier und Luftfahrtunternehmen, das aufgrund der VO 261/2004 und VO 1107/2006 in Österreich eingeführt wurde und der zur Durchsetzung der Verordnungen berufenen nationalen Stelle(n). Es wird aufgezeigt, dass Österreich hier bis heute nicht vollständig den Vorgaben dieser beiden Verordnungen entsprochen hat – eine Problematik, die bislang nicht aufgegriffen worden ist.

Den Abschluss der Arbeit bildet die Conclusio (VI.), in welcher die wichtigsten, im Zuge der Arbeit erlangten, Erkenntnisse, Lösungsvorschläge und angestellten Überlegungen zusammengefasst werden.

Abstract

Since the Warsaw Convention aviation passenger rights have been part of (International) Law. With the rise of the (civil) aviation industry the degree of regulation in this area has (to the benefit of passengers) highly increased. The latest steps of this development have been the Regulations of the European Union for the strengthening of aviation passenger rights. Another topic, arising before the flight itself, the booking, has been regulated by the European Union due to recurring problems with hidden costs. Finally, also the Austrian Act on Aviation also contains several corresponding provisions, which resulted from the implementation of European Union and International Law. These sources of law shall, in the course of this paper, be more closely examined with the focus on contested or unsolved problems as well as problems not yet discussed/addressed. At the same time proposals for solutions shall be developed and discussed.

This (doctoral) thesis consists of six parts. Initial point of this analysis shall be the division of responsibilities in the area of traffic law with the focus both on European Union Law as well as National Law, important for the understanding of some recent problems (I.). The second part (II.) addresses the interrelation of International Law, European Union Law and national law, in particular the overlapping of the individual regulations.

The content-related analysis of aviation passenger rights starts with the third part (III.), which focuses on the treaties of International Law. In this context, the Warsaw Convention and the Montreal Convention on International Carriage by Air shall be covered. Thus, also the relation of these two treaties shall be examined. One focus of this part shall be on the widely contested, but crucial terms destruction, loss and damage.

The fourth part (IV.) addresses the Regulation 2017/97, which implemented and supplemented to Montreal Convention. The emphasis of this part is on the chapter discussing the Regulation of the European Union establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, EC 261/2004, which has from its publication/the beginning been subject of much controversy. The difficulty of intermediate landings and the check-up

of travel documents by transport companies shall be analyzed in particular. The latter will be dealt with in an excursion, examining its implementation into Austrian Law in terms of constitutional law.

Another focus will also be on the controversial ECJ jurisdiction on the delay of aircrafts under Regulation 261/2004 as well as on the potential conflict between this Regulation and the Montreal Convention due to claimed overlapping. For the purpose of completeness, also the until now widely untreated Regulation concerning the rights of disabled persons and persons with reduced mobility when travelling by air, 1107/2006, shall be presented in short. The next chapter of this part addresses the provisions on the fixing of prices of air travels from Regulation 1008/2008 on common rules for the operation of air services in the community. Here the widely unanswered question whether these provisions are only applicable to the booking process itself, or also to the advertising of the flight, shall be debated.

The fifth part (V.) focuses on the Austrian Law on passenger rights, which, for the most part, resulted from the implementation of International or European Union Law provisions. The main emphasis in this context is on the dispute settlement proceedings and the national enforcement bodies, which had to be established following the implementation of Regulations 261/2004 and 1107/2006. It is documented that Austria has not fulfilled its duties under European Union Law entirely until today – a problem that has, (so far) not been the subject of debate. This thesis closes with the sixth part, the conclusion (VI.), in which the findings gained in the course of this work and the observations made will be summarized.

Lebenslauf

Allgemeines

Name:
Geburtsort und -datum
Staatsbürgerschaft

Mag. iur. Nikolaus Authried
Wien, 19.10.1983
Österreich

Bisherige Ausbildung

03.2009 – 2014

Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften
an der Universität Wien

Dissertationsthema: „Fluggastrechte und –
pflichten in der Europäischen Union und im
österreichischen Verkehrsrecht“

Wahlfachkörbe „Bank- und Versicherungs-
recht“ sowie „International Legal Practice
and Language“

02.02.2009

Abschluss des Diplomstudiums mit dem
Titel Mag. iur.

2003 – 2009

Diplomstudium der Rechtswissenschaften
an der Universität Wien

Diplomandenseminare zu den Themen
„Selbstanzeige nach dem Finanzstrafrecht“
und „Kollision von Tierschutz und Religi-
onsfreiheit am Beispiel des Schächtens“

Wahlfachkörbe „Strafrecht und Kriminal-
wissenschaften“ sowie „Medizinrecht“

14.06. 2003

Reife- und Diplomprüfung an der Bildungs-
anstalt für Kindergartenpädagogik Wien 19
mit ausgezeichnetem Erfolg

1998 – 2003

Bildungsanstalt für Kindergartenpädagogik
Wien 19

1994 – 1998

Hauptschule Gerasdorf bei Wien

1990 – 1994

Volksschule Gerasdorf bei Wien und Wien
21

Berufliche Tätigkeiten

Seit 01.2014	ÖAMTC Rechtsdienste , 1010 Wien Interessenvertretung
02.2013 – 12.2013	ÖAMTC Rechtsabteilung , 1010 Wien Rechtsberatung (Reise- und Verkehrsrecht)
12.2012 - 12.2013	Stadtschulrat für Wien , 1010 Wien Lehrtätigkeit in den Fächern Volkswirtschaftslehre sowie Politische Bildung und Recht
09.2010 – 06.2012	Kuratorium für Verkehrssicherheit , 1100 Wien Betreuung nationaler und internationaler Projekte, (Co-) Autor von Fachartikeln bzw -berichten
03.2010 – 07.2010	Kuratorium für Verkehrssicherheit , 1100 Wien Mitarbeit an Fachartikeln, juristische Recherchen
08.2008 – 09.2010	ÖAMTC Rechtsabteilung , 1010 Wien persönliche und telefonische Rechtsberatung (Reise- und Verkehrsrecht)
09.2007 – 07.2008	Dr. Karl Claus & Mag. Dieter Berthold Rechtsanwaltspartnerschaft , 2130 Mistelbach Juristische und administrative Tätigkeiten
02.07.07 – 03.08.07 03.07.06 – 04.08.06 01.07.05 – 05.08.05 28.06.04 – 06.08.04	Dr. Karl Claus & Mag. Dieter Berthold Rechtsanwaltspartnerschaft , 2130 Mistelbach Ferialpraxis: juristische und administrative Tätigkeiten

Fähigkeiten und Kompetenzen

<i>Sprachen</i>	Deutsch (Muttersprache), sehr gute Englischkenntnisse, Grundkenntnisse in Italienisch
<i>Weitere Kompetenzen</i>	Pädagogisch – didaktische Ausbildung, sehr gute Kenntnisse im RIS und in der RDB, Erfahrungen im Projektmanagement