

Zeitschrift für

VERKEHRS- RECHT



Redaktion Karl-Heinz Danzl, Christian Huber,
Georg Kathrein, Gerhard Pürstl

November 2011

11

345 – 380

Beiträge

Ahndung von Verkehrsübertretungen

Brigitte Nedbal-Bures ➔ 348

Randunschärfen des Luftverkehrs-Binnenmarkts:
Anmerkungen zur Rechtssache *Neukirchinger*

Sigmar Stadlmeier ➔ 351

Pistenkreuzungen Johannes Stabentheiner ➔ 356

Gesetzgebung und Verwaltung

Bundesrecht Gerhard Pürstl ➔ 360

Rechtsprechung

Voller Schadenersatz bei sehr langer Anmietung eines Kfz nach unberechtigter Zurückbehaltung

Christian Huber ➔ 362

Unrichtig kundgemachte Geschwindigkeitsbegrenzung
bei Baustelle ➔ 368

Zum Umfang allfälliger Aufklärungspflichten bei
privatem Pkw-Kauf ➔ 375

Judikaturübersicht Verwaltung

Unmöglichkeit der Atemluftuntersuchung:
bis dahin unbekannte Krankheit ist beachtlich ➔ 377

Normaler Fahrbetrieb umfasst auch Vollbremsung ➔ 380

Randunschärfen des Luftverkehrs-Binnenmarkts: Anmerkungen zur Rechtssache *Neukirchinger*

EuGH C-382/08

Der Luftverkehr teilt mit den anderen Verkehrsträgern die europarechtliche Sonderstellung, dass auf ihn – obwohl Dienstleistung – wegen der Anordnung in Art 58 Abs 1 AEUV nicht die Vertragsvorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr, sondern jene des Verkehrskapitels anzuwenden sind. Dieses wiederum macht in Art 100 AEUV die Anwendung der Vertragsbestimmungen auf Seeschifffahrt und Luftverkehr davon abhängig, dass entsprechende sekundärrechtliche Vorschriften (idR Verordnungen oder Richtlinien) von den Organen der EU erlassen werden. Wo dies (noch) nicht der Fall ist, stellt sich regelmäßig die Frage, welche anderen, allgemeineren Regeln der EU-Verträge auf solche Sachverhalte anzuwenden sind, und insb, ob unter Berufung auf solche allgemeinen Regeln wie das generelle Diskriminierungsverbot eine Marktöffnung „durch die Hintertür“ erreicht werden kann.

Von **Sigmar Stadlmeier**

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangssachverhalt
- B. Nationales Recht
- C. Europäisches Recht und die Vorlagefragen des UVS OÖ
- D. Der Schlussantrag des Generalanwalts
- E. Das Urteil des EuGH
- F. Kommentar

A. Ausgangssachverhalt

Am 25. 8. 2008 reichte der UVS OÖ ein Ersuchen um Vorabentscheidung¹⁾ beim EuGH ein. Der UVS hatte die Rechtmäßigkeit einer Geldstrafe zu überprüfen, die eine Bezirksverwaltungsbehörde gegen einen deutschen Ballonfahrer verhängt hatte, weil dieser, ohne im Besitz der nach österr Recht erforderlichen Bewilli-

gungen zu sein, gewerbliche Ballonfahrten angeboten und durchgeführt hatte.²⁾

Dem Betroffenen wurde zur Last gelegt, er habe im Juni 2007 in Oberösterreich Fluggäste mit einem Heißluftballon im gewerblichen Luftverkehr vorschriftswidrig ohne Beförderungsbewilligung gem den §§ 104 ff LFG und ohne Betriebsaufnahmegenehmigung gem § 108 LFG befördert. Daher wurde gegen ihn mit einem Straferkenntnis vom Jänner 2008 gem § 169 LFG eine Geldstrafe von € 3.630,- (und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 181 Tagen) verhängt.

Herr *Neukirchinger*, der Inhaber einer in Deutschland erteilten Betriebsgenehmigung zur Beförderung von Personen und Sachen mit Ballonen im gewerbli-

1) Art 267 AEUV.

2) C-382/08, *Neukirchinger*, noch nicht in Slg.

ZVR 2011/205

Art 18, 58, 100
AEUV

EuGH 25. 1. 2011,
C-382/08

Dienstleistungsfreiheit;

Luftverkehr;

Bewilligung;

Anerkennungspflicht

chen Luftverkehr ist, erhob gegen dieses Straferkenntnis Berufung an den UVS, wobei er insb geltend machte, dass ein Flugunternehmer, der Inhaber einer in Deutschland erteilten Betriebsgenehmigung sei, aufgrund der Freizügigkeit in Österreich tätig werden dürfe.

B. Nationales Recht

Die hier einschlägigen österr Rechtsvorschriften zählen Heißluftballone zweifelsfrei zu den Luftfahrzeugen³⁾ und sehen im Einzelnen vor, dass Unternehmen, die im gewerblichen Luftverkehr Fluggäste, Post und/oder Fracht mit Luftfahrzeugen ohne Motorantrieb oder mit ultraleichten Motorflugzeugen befördern oder ausschließlich Rundflüge, mit denen keine Beförderung zwischen verschiedenen Flugplätzen verbunden ist, durchführen wollen, eine Beförderungsbewilligung gem den §§ 104ff LFG und eine Betriebsaufnahmebewilligung gem § 108 LFG benötigen.⁴⁾ Bei der Beantragung sind Eckdaten des geplanten Betriebs wie Antragsteller, Vertretungsbefugte, vorgesehene Tätigkeit, Betriebsorganisation und Luftfahrzeugmuster anzugeben. Die Bewilligung ist zu erteilen, wenn der Antragsteller EU-Staatsangehöriger (oder Gleichgestellter) ist, in Österreich wohnhaft ist, verlässlich und fachlich geeignet ist, die Sicherheit des Betriebs gewährleistet ist, die finanzielle Leistungsfähigkeit des Unternehmens glaubhaft gemacht wurde und entsprechende Versicherungen nach nationalem Recht oder der VO (EG) 785/2004 nachgewiesen werden. Ist der Unternehmer keine physische Person, so muss das Unternehmen seinen Sitz im Inland haben und die Anteilsrechte müssen überwiegend im Eigentum von Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten der EU oder Gleichgestellten stehen.⁵⁾ Im Falle gewerbmäßiger Beförderung ohne die notwendigen Bewilligungen ist eine Geldstrafe von mindestens € 3.630,- zu verhängen.⁶⁾

C. Europäisches Recht und die Vorlagefragen des UVS OÖ

Art 58 Abs 1 AEUV⁷⁾ bestimmt, dass für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs die Vertragsvorschriften des Verkehrskapitels anzuwenden sind. Dieses wiederum macht in Art 100 die Anwendung der Vertragsbestimmungen auf Seeschifffahrt und Luftverkehr davon abhängig, dass entsprechende sekundärrechtliche Vorschriften von den Organen der EU erlassen werden. Die einschlägigen Vorschriften des Dritten Liberalisierungspakets, deren Urfassung auf den vorliegenden Sachverhalt noch anwendbar waren, nahmen die Beförderung mit Luftfahrzeugen ohne Motorantrieb grundsätzlich aus der einschlägigen VO aus, gingen aber dennoch von der Geltung anderer unionsrechtlicher Vorschriften, soweit vorhanden, zum AOC („air operator’s certificate“) aus.⁸⁾ Schließlich bleibt unklar, welche Rolle Art 61 AEUV in diesem Fall spielt, der dort, wo Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs noch nicht aufgehoben sind, eine Gleichbehandlung aller Marktbürger verlangt.⁹⁾

Der UVS vertrat die Auffassung, dass der im Ausgangsverfahren vorliegende Sachverhalt grundsätzlich unter die Dienstleistungsfreiheit falle, und legte dem EuGH folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Sind die Art 56ff AEUV dahingehend auszulegen, dass sie einer nationalen Norm entgegenstehen, die für eine in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Person, die über eine nach dessen Rechtsordnung erteilte Bewilligung zur Durchführung gewerblicher Ballonfahrten (in Deutschland) verfügt, für die Durchführung von Ballonfahrten in Österreich den Sitz oder Wohnsitz im Inland fordert (§ 106 LFG)?

2. Sind die Art 56ff AEUV dahingehend auszulegen, dass diesen eine nationale Norm entgegensteht, wonach ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassener und nach dessen Rechtsordnung anerkannter Bewilligungsinhaber zur Durchführung gewerblicher Ballonfahrten für die Durchführung von Ballonfahrten in einem anderen Mitgliedstaat eine weitere Bewilligung zu erwirken hätte, deren Prüferfordernisse im Ergebnis inhaltsgleich mit der ihm im Herkunftsland bereits verliehenen Bewilligung sind, jedoch mit der zusätzlichen Voraussetzung, dass der Antragsteller seinen Sitz oder Wohnsitz im Inland (hier: in Österreich) hat?

3. Stehen die Regelungen des § 102 iVm §§ 104 und 106 LFG dem Art 56 AEUV entgegen, wenn der in Deutschland niedergelassene Bewilligungsinhaber in Ausübung seiner Bewilligung in Österreich verwaltungsstrafrechtlich belangt und ihm dadurch der Zugang zum Markt verwehrt wird? Dies vor dem Hintergrund, dass nach § 106 Abs 1 LFG eine derartige Bewilligung und Betriebsaufnahmebewilligung ohne Gründung einer gesonderten Niederlassung und/oder eines Wohnsitzes und ohne österreichische Umregistrierung eines bereits in Deutschland registrierten Heißluftballons nicht erlangt werden kann?

3) § 11 Abs 1 LFG, BGBl 1957/253 i d F BGBl I 2008/83, bestimmt: „Luftfahrzeuge sind Fahrzeuge, die sich zur Fortbewegung von Personen oder Sachen in der Luft ohne mechanische Verbindung mit der Erde eignen, gleichgültig, ob sie schwerer als Luft (zum Beispiel Flugzeuge, Segelflugzeuge, Hänge- oder Paragleiter, Schwingenflugzeuge, Hubschrauber, Tragschrauber und Fallschirme) oder leichter als Luft (zum Beispiel Luftschiffe und Freiballone) sind.“

4) § 102 Abs 1 LFG.

5) § 106 LFG.

6) § 169 LFG.

7) Alle Bestimmungen der EU-Verträge werden hier aus Gründen der Lesbarkeit in der Zählung nach dem Vertrag von Lissabon angeführt. Den Vorlagefragen und dem Urteil liegt noch die alte Nummerierung zugrunde.

8) Art 1 Abs 2 VO 1992/2407, ABIL 1992/240, 1. – Zum Vergleich: Die Nachfolge-VO 2008/1008, die auf den vorliegenden Fall noch nicht anzuwenden war, nimmt in ihrem Art 3 diese Flüge nur von der AOC-Pflicht aus.

9) Die Mehrheitsauffassung zu Art 61 begrenzt dessen Wirkungen auf Marktbürger, vgl. *Holoubek in Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar² (2009) Art 54 Rn 2 (alte Nummerierung vor dem Vertrag von Lissabon), im Ergebnis auch *Kluth in Calliess/Ruffert*, EUV-EGV-Kommentar³ (2007) Art 54 Rn 1 (detto). Die Mindermeinung, die die Wirkung auch gegenüber Drittstaaten annimmt, führt für die Zwecke dieses Aufsatzes zu keinen anderen Ergebnissen und kann daher außer Betrachtung bleiben.

Die ursprünglich befasst gewesene Zweite Kammer des EuGH hatte zunächst, weil keine der Parteien mündliches Parteiengehör beantragt hatte, beschlossen, den Fall ohne mündliche Verhandlung und ohne Schlussantrag des Generalanwalts zu entscheiden. Wegen der grundlegenden Natur der aufgeworfenen Rechtsfragen wählte sie jedoch eine andere Vorgangsweise und gab den Fall dem GH zurück, der ihn der Großen Kammer (die gemeinhin für grundlegende Richtungsentscheidungen herangezogen wird) zuwies und eine mündliche Verhandlung anberaumte, was der Entscheidung eine Bedeutung über den Einzelfall hinaus gibt.

D. Der Schlussantrag des Generalanwalts

In seinem Schlussantrag identifizierte GA Mengozzi sogleich das Hauptproblem der vorgelegten Rechtssache in der Frage, ob sie unter die Bestimmungen der Dienstleistungsfreiheit oder unter jene der Verkehrspolitik falle. Immerhin seien Zweifel daran möglich, ob Heißluftballone im Hinblick auf ihre Windabhängigkeit und die Unmöglichkeit, einen genauen Bestimmungsort sicher zu erreichen, Beförderungsmittel seien, oder dass im Lichte der Umstände der konkreten Fahrt samt „Ballontaufe“ solche Ballonfahrten eher als touristische Attraktion denn als Beförderungsleistung anzusehen wären. Der GA wies dabei auf die E des EuGH in Sachen *Sardische Tourismusabgabe*¹⁰⁾ hin, in der der EuGH eine Abgabe, die (auch) auf Landungen privater Luftfahrzeuge erhoben wurde, unter Tourismusgesichtspunkten als Hindernis für die Empfänger touristischer Dienstleistungen und somit im Lichte der Dienstleistungsfreiheit geprüft (und abgelehnt) hatte.

GA Mengozzi verwarf diese Möglichkeiten jedoch, zumal sowohl das internationale Luftfahrtrecht¹¹⁾ als auch das Unionsrecht¹²⁾ die Heißluftballone zu den Luftfahrzeugen zählen (was auch im hier in Rede stehenden österr Luftfahrtrecht so vorgesehen ist). Zwar überzeugt es nicht unbedingt, dass der GA den Unterschied zur *Tourismusabgabe* in der Tatsache sah, dass nur der Betreiber des Beförderungsmittels und nicht die Beförderungsleistung selbst Gegenstand der Besteuerung war, denn auch in diesem Fall waren – uzw ohne die verbliebenen diesbezüglichen Fragezeichen rund um die Heißluftballone – eindeutig Luftfahrt-Beförderungsmittel betroffen. Der GA schloss jedoch aus seiner Festlegung ohnedies nicht auf eine vollständige Unanwendbarkeit der Dienstleistungsvorschriften: Er erinnerte an die Rs *Corsica Ferries*¹³⁾ und *Kommission/Griechenland*¹⁴⁾ sowie daran, dass der EuGH in der Letzteren festgehalten hatte, dass Dienstleistungen im Seeverkehr (hier: Schleppdienste auf Hoher See), die nicht in den Anwendungsbereich sekundärrechtlicher Regelungen fielen, von mitgliedstaatlichem Recht geregelt seien, „wobei [Art 61 AEUV] und andere allgemeine Vorschriften des Vertrages zu beachten sind.“¹⁵⁾ Zwar gestand der GA zu, dass die Vorschrift des Art 61 AEUV auf die Übergangszeit bis zur Herstellung der Dienstleistungsfreiheit zugeschnitten war, ortete jedoch eine „Residualfunktion“¹⁶⁾ für jene Bereiche, in denen eben – hier: mit den Mitteln der Verkehrspolitik – noch keine vollständige Liberalisierung erreicht ist. Alternativ ging er davon

aus, dass an Stelle von Art 61 AEUV auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV angewendet werden könnte, und bezog hier eine andere Position als GA Lenz in *Corsica Ferries*, der eine Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots auf Verkehrsdienstleistungen, in denen noch keine sekundärrechtliche Regelung mit Mitteln der Verkehrspolitik erfolgt war, kategorisch ausgeschlossen hatte.¹⁷⁾ GA Mengozzi interpretierte die Ausnahmestellung der See- und Luftfahrt so, dass zur Zielerreichung zwar Instrumente der Verkehrspolitik heranzuziehen seien, die Zielerreichung selbst aber an den allgemeinen Vertragsregeln gemessen werden müsse, wozu jedenfalls Eckpfeiler wie das allgemeine Diskriminierungsverbot gehörten. Aus beiden Alternativen ergebe sich aber, so der GA, nur eine Pflicht, im Rahmen der Erteilung nationaler Bewilligungen bereits erfüllte Erfordernisse (etwa im Rahmen bestehender Bewilligungen im Heimatstaat) zu berücksichtigen. Eine darüber hinausgehende generelle Anerkennungspflicht bestehender Bewilligungen ließe sich weder aus Art 61 AEUV noch aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV ableiten; dies würde im Ergebnis den allgemeinen Vertragsbestimmungen eine größere Tragweite einräumen als den Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit selbst.¹⁸⁾

Auf dieser Basis schlug er dem EuGH vor, die Vorabentscheidungsfragen des UVS OÖ dahingehend zu beantworten, dass

1. Art 61 AEUV oder gegebenenfalls Art 18 AEUV nationalen Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats entgegenstehen, die für die Durchführung von gewerblichen Fahrten im Heißluftballon in seinem Hoheitsgebiet fordern, dass ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassener Dienstleistungserbringer seinen Gesellschaftssitz oder einen Wohnsitz im ersten Mitgliedstaat hat;

2. abgesehen von der Voraussetzung eines inländischen Wohn- oder Gesellschaftssitzes weder 61 AEUV noch Art 18 AEUV der Forderung eines Mitgliedstaats entgegensteht, dass ein Mitgliedstaat von einem Dienstleistungserbringer, der Inhaber von im Mitgliedstaat seiner Niederlassung erteilten Bewilligungen für die Durchführung von gewerblichen Fahrten im Heißluftballon ist, den Erwerb neuer Bewilligungen in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Dienstleistungen erbracht werden, verlangt, sofern die zuständigen Behörden dieses Mitgliedstaats bei der Erteilung dieser Bewilligungen die vom Antragsteller im Mitgliedstaat seiner Niederlassung bereits erbrachten Garantien berücksichtigen; →

10) C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione Sardegna*, Slg 2009, I-10821.

11) Annex 2 zum Abk über die internationale Zivilluftfahrt von Chicago 1944.

12) Etwas die Ur-EASA-VO 2002/1592 ABI L 2002/240, 1, oder die VO 2004/785 ABI L 2004/138, 1, über Versicherungserfordernisse.

13) C-49/89, *Corsica Ferries (France)*, Slg 1989, I-4441.

14) C-251/04, Slg 2007, I-67.

15) AaO Rn 26.

16) Rn 44 des Schlussantrags in *Neukirchinger*.

17) FN 13, Schlussantrag von GA Lenz Rn 12 f.

18) Rn 66–68 des Schlussantrags in *Neukirchinger*.

3. verwaltungsrechtliche Sanktionen unangewendet bleiben müssen, die gegenüber einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer von gewerblichen Fahrten im Heißluftballon mit der Begründung verhängt wurden, dass dieser Dienstleister nicht über die Beförderungs- und Betriebsaufnahmebewilligungen verfügt, die nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaats, in dem die Dienstleistung erbracht wird, erforderlich sind, das deren Erteilung unter Verstoß gegen 61 AEUV oder gegebenenfalls Art 18 AEUV von der Bedingung abhängig macht, dass in diesem Mitgliedstaat ein Geschäfts- oder Wohnsitz besteht.

E. Das Urteil des EuGH

Der EuGH teilte zunächst die Einschätzung des GA, wonach **auch die Beförderung in Heißluftballonen unter den Begriff der Luftfahrt fällt**, und wiederholte eingangs den Stehsatz aus seiner bisherigen Judikatur, dass See- und Luftfahrt ungeachtet ihrer Sonderstellung – aus den gleichen Gründen wie die anderen Verkehrsarten auch – den allgemeinen Vertragsvorschriften unterliegen.¹⁹⁾ Er ging auf die Überlegungen des GA zum Verhältnis der primärrechtlichen Bestimmungen des AEUV zu Dienstleistungsfreiheit und Verkehrspolitik jedoch nicht näher ein, berief sich nur auf *Corsica Ferries* und analysierte dann die Bedeutung der Tatsache, dass der hier in Rede stehende Verkehrsträger „Heißluftballon“ vom einschlägigen Sekundärrecht des Dritten Liberalisierungspakets ausgenommen war. Er reduzierte diese Ausnahme schon auf der Basis der VO EG 92/2407 (bloß) auf eine solche vom AOC-Erfordernis²⁰⁾ und stellte dem das generelle Ziel gegenüber, das aus der Präambel der Verordnungen des Dritten Pakets hervorleuchtet, nämlich einen Luftverkehrsbinnenmarkt zu schaffen. Dieses Ziel müsse, so der EuGH, auch für eine Beförderung in Heißluftballonen gelten.²¹⁾ Ohne weitere Diskussion entschied sich der EuGH dann für die Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Art 18 AEUV, um zu diesem Ziel zu gelangen. In weiterer Folge stuft er – im Einklang mit seiner ständigen Judikatur – ein Wohnsitz- bzw Niederlassungserfordernis, wie es das österr LFG für eine Beförderungsbewilligung verlangt, als indirekte Diskriminierung ein, das sich typischerweise zum Nachteil der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten auswirke;²²⁾ das Erfordernis einer neuerlichen Bewilligung ohne Berücksichtigung bereits erteilter Bewilligungen des Heimatstaats aufgrund inhaltsgleicher Erfordernisse habe eine ebensolche Wirkung.²³⁾ Diese Feststellung ist insofern interessant, als der vorliegende UVS OÖ von dieser Annahme ausgegangen war, die Rep Österreich dies jedoch bestritten hatte. Der EuGH erinnerte daran, dass er im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nur gehalten sei, den Inhalt einer Norm des EU-Rechts auszulegen, und im Übrigen von den Feststellungen des vorlegenden Gerichts auszugehen habe.

Da somit von einer doppelten Diskriminierung auszugehen war, legte der EuGH das Schwergewicht der Prüfung auf allfällige objektive, von einer konkreten Staatsangehörigkeit unabhängige Erwägungen, die eine

solche im Ergebnis rechtfertigen könnten. Er sah die von Österreich geltend gemachten Gründe, Schutz des Lebens und der Gesundheit der Beförderten sowie Sicherheit der Luftfahrt, zwar dem Grunde nach als rechtmäßig an, stufte die österr Maßnahme zu ihrer Erreichung jedoch als unverhältnismäßig ein (hinter dieser sehr oberflächlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung steckt offenbar das Argument, eine neuerliche Prüfung gleicher Voraussetzungen erbringe keinen Mehrwert an Sicherheit und sei damit zur Zielerreichung bereits abstrakt ungeeignet).²⁴⁾

Daher **antwortete der EuGH** dem UVS OÖ, dass Art 18 AEUV „*einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die für die Durchführung von Ballonfahrten in diesem Mitgliedstaat unter Androhung von verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen im Fall der Nichtbeachtung dieser Regelung*

- *verlangt, dass eine Person, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnhaft oder niedergelassen ist und in diesem zweiten Mitgliedstaat über eine Bewilligung zur Durchführung gewerblicher Ballonfahrten verfügt, im ersten Mitgliedstaat einen Wohnsitz oder einen Gesellschaftssitz hat, und*
- *diese Person verpflichtet, eine weitere Bewilligung zu erwirken, ohne dass angemessen berücksichtigt wird, dass die Prüferfordernisse im Ergebnis inhaltsgleich mit denen für die Bewilligung sind, die ihr im zweiten Mitgliedstaat bereits verliehen wurde.“*

F. Kommentar

Die Vorlagefragen des UVS OÖ und das vorliegende Urteil betreffen einmal mehr Natur und Reichweite der doppelten Ausnahme für Luftverkehrsdienstleistungen im AEUV: Einerseits bestimmt Art 58 Abs 1 AEUV, dass für Verkehrsdienstleistungen die Bestimmungen über den Verkehr gelten, andererseits gelten diese nach Art 100 Abs 2 für See- und Luftverkehr nur nach Maßgabe sekundärrechtlicher Vorschriften. Hinzu kommt, dass sich für die hier streitgegenständlichen Ballonfahrten wiederum Ausnahmen im Sekundärrecht finden. Die Komplexität des Problems rechtfertigt ebenso wie die Divergenz der einschlägigen Vorjudikatur eine neuerliche Vorlage zur Vorabentscheidung an den EuGH.

Zum Verhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit und Verkehrspolitik hat der EuGH in *Parlament/Rat*²⁵⁾ bereits 1985 die grundsätzliche Feststellung getroffen, Art 58 AEUV bedeute eben, dass die Dienstleistungsfreiheit im Verkehrswesen mit Mitteln der Verkehrspolitik hergestellt werden müsse, und insofern einer Untätigkeitsklage des Parlaments gegen den Rat

19) Rn 20 f des Urteils, unter ausdrücklichem Verweis auf die „Klassiker“ 167/73, *Kommission/Frankreich (Französische Seeleute)*, Slg 1974, 359, und 209–213/84, *Asjes (Nouvelles Frontières)*, Slg 1986, 1425.

20) Diese Auffassung des EuGH findet Bestätigung in der Nachfolge-VO 2008/1008, vgl oben FN 8.

21) Rn 27 f des Urteils.

22) Rn 34, unter Verweis ua auf die von Österreich ausgegangene C-224/97, *Ciola*, Slg 1999, I-2517.

23) Rn 38.

24) Rn 42. Zur Dogmatik der Verhältnismäßigkeitsprüfung vgl *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007) 360.

25) 13/83, Slg 1985, 1513.

stattgegeben.²⁶⁾ Bereits in der Frage, welche Rechtsnormen bis zu diesem Zeitpunkt anzuwenden sind, sind jedoch schon Divergenzen erkennbar: Art 61 AEUV ist erkennbar als Übergangsvorschrift konzipiert, um sicherzustellen, dass bis zur Erreichung dieses Regelungsziels, Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt, verbliebene Beschränkungen in nichtdiskriminierender Weise anzuwenden sind. Begrenzt man die Bereichsausnahme in Art 58 AEUV auf die Instrumente zur Zielerreichung, dann kann Art 61 herangezogen werden, um bis zu diesem Zeitpunkt Diskriminierungen in Sachen Verkehrsdienstleistungen hintanzuhalten. Dies hat GA Mengozzi mit der „Residualfunktion“ gemeint, und dies hat der EuGH in der Rs *Kommission/Griechenland*²⁷⁾ auch anerkannt. Die Auffassung der Kommentatoren der Verträge zu Art 61 AEUV ist nicht einheitlich: Während die einen ihn als inzwischen obsoleter Vorschrift ansehen²⁸⁾ oder sich sogar wundern, warum er nicht anlässlich einer der jüngsten Vertragsrevisionen getilgt wurde,²⁹⁾ sehen andere einen Anwendungsbereich für diese Vorschrift, solange Beschränkungen der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung bestehen.³⁰⁾

Interpretiert man die Bereichsausnahme hingegen strikt und schließt die Anwendung aller Bestimmungen des Dienstleistungskapitels auf Verkehrsdienstleistungen aus, können eben nur die „allgemeinen Bestimmungen der Verträge“ darauf Anwendung finden. Während sich der Hinweis auf diese allgemeinen Bestimmungen als Stehsatz in so gut wie jedem Urteil des Gerichtshofs findet,³¹⁾ lässt sich nur aus den einzelnen bisher ergangenen Urteilen ableiten, welche Vertragsbestimmungen damit gemeint sind: Waren es im *Französische Seeleute*-Fall die Bestimmungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und in *Nouvelles Frontières* jene über das Wettbewerbsrecht,³²⁾ so hat der EuGH in *Neukirchinger* die zweite vom GA vorgeschlagene Alternative aufgegriffen und das allgemeine Diskriminierungsverbot zum Tragen gebracht – und dies, obwohl GA Lenz in seinem Schlussantrag in *Corsica Ferries* den EuGH ausdrücklich vor der Systemwidrigkeit einer solchen Vorgangsweise gewarnt hat.³³⁾ Daraus muss nun jedenfalls geschlossen werden, dass der EuGH die beiden Bereichsausnahmen (Verkehr aus der Dienstleistungsfreiheit, See- und Luftverkehr bis zum Erlass sekundärrechtlicher Vorschriften aus der Verkehrspolitik) restriktiv auslegt und jedenfalls nicht der Auffassung ist, dass der sekundärrechtlich nicht geregelte Luftverkehr überhaupt nicht vom AEUV erfasst wird: Ansonsten wäre die Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Art 18 AEUV in der Tat systemwidrig, weil auch dieses nur „im Anwendungsbeereich der Verträge“ (!) gilt.

Was die Sonderstellung des See- und Luftverkehrs innerhalb der Verkehrspolitik betrifft, hatte der EuGH in *Französische Seeleute* noch mit grundsätzlichen primärrechtlichen Erwägungen argumentiert, nämlich Vertragsbestimmungen, die im Ergebnis zu Ausnahmen von den Grundfreiheiten führen (wie die hier diskutierte doppelte Bereichsausnahme), eng auszulegen – eine Argumentation, die in *Neukirchinger* eigentlich direkt zur Anwendung von Art 61 AEUV hätte führen müssen. Stattdessen hat sich der EuGH hier auf den

Stand der sekundärrechtlichen Erfassung konzentriert, hat aus dem in den Präambeln verankerten Ziel des Dritten Liberalisierungspakets, einen Luftverkehrsbinnenmarkt zu schaffen, einen im Ergebnis ähnlichen Schluss gezogen und die Nicht-Einbeziehung motorloser Luftfahrzeuge – im Einklang mit der aktuellen Entwicklung der Rechtssetzung – auf eine Ausnahme von den unionsrechtlichen AOC-Bestimmungen reduziert.

Trotzdem verbleibt ein **Wermutstropfen**: Wenn die doppelte Bereichsausnahme wirklich auf die Mittel zur Zielerreichung zu reduzieren ist und das Ziel des Luftverkehrsbinnenmarkts davon unbeeinträchtigt bleiben soll, erscheint die Übergangsvorschrift des Art 61 AEUV das systemkonformere Instrument zur Bekämpfung von Diskriminierungen im verbliebenen (noch) nicht liberalisierten Bereich, kann er doch als *lex specialis* zum allgemeinen Diskriminierungsverbot angesehen werden. Im Lichte des für alle geltenden Binnenmarktziels bedürfte es einer dogmatischen Begründung, warum nur die *lex generalis*, nicht aber die *lex specialis* trotz ihres schon in der Systematik des Vertrags evidenten Binnenmarktbezugs Anwendung finden soll. Wenigstens hat der EuGH die Warnungen des Generalanwalts ernst genommen, das allgemeine Diskriminierungsverbot, auf dessen Anwendung er ausgewichen ist, nicht zu überdehnen und darauf eine generelle Anerkennungspflicht für Bewilligungen zu stützen, denn er hat nur eine Berücksichtigung der im Rahmen bestehender Bewilligungen geprüften Voraussetzungen verlangt.

Schließlich erinnert der vorliegende Fall einmal mehr daran, dass die Sonderstellung des Luftverkehrs in der Verkehrspolitik in Art 100 Abs 2 AEUV – und nicht so sehr die Übergangsvorschrift des Art 61 in der Dienstleistungsfreiheit – der eigentliche Anachronismus ist: Sie stammt aus der Urfassung des EWGV 1957, als der Luftverkehr nahezu ausschließlich Gegenstand bilateraler zwischenstaatlicher Regelung nach dem vergleichsweise restriktiven Modell *Bermuda I* war. Ein halbes Jahrhundert und drei Liberalisierungspakete später ist diese Bestimmung nicht mehr zeitgemäß und von der Rechtsentwicklung innerhalb der Europäischen Union völlig überholt worden.³⁴⁾ Ihre Streichung erscheint längst überfällig. →

26) AaO Rn 64 ff – Im deutschsprachigen Schrifttum hat dies *Erdmenger*, Die Anwendung des EWG-Vertrages auf Seeschifffahrt und Luftfahrt (1962) 76, als einer der Ersten erkannt. Vgl dazu auch *Stadlmeier*, International Commercial Aviation (1998) 437 ff, und *ders*, Rechtssetzung im Dienste des Gemeinwohls: 30 Jahre europäisches Luftfahrtrecht, in *Fischer/Karollus/Stadlmeier* (Hrsg), Die Welt im Spannungsfeld zwischen Globalisierung und Regionalisierung (FS Köck) (2009) 345.

27) Siehe oben FN 14. *Epiney* in *Dauses*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (Loseblatt), Bd 2, Kapitel Verkehrsrecht Rn 49, vertritt im Ergebnis den gleichen Ansatz.

28) *Holoubek* in *Schwarze*, s oben FN 9.

29) *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar zu Art 54 (Nizza-Nummerierung, entspricht Art 61 AEUV Lissabon, *Anm d Verf*) Rn 3; *Hakenberg* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag⁴ (2006) 766 Art 54 (alt) Rn 2; so jetzt auch *Seyr* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU-Verträge² (2010) 935 nunmehriger Art 61 Rn 2.

30) *Kluth* in *Calliess/Ruffert*, s oben FN 9.


31) Vgl oben FN 19.

32) AaO, s FN 19.

33) Vgl oben FN 17.

34) Vgl dazu *Stadlmeier*, International Commercial Aviation, aaO 188 ff und 423 ff, sowie *ders* in FS Köck 345 ff.

→ In Kürze



Im Ausgangsfall für das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen wurde eine Geldstrafe gegen einen deutschen Ballonfahrer verhängt, weil dieser, ohne im Besitz der nach österr Recht erforderlichen Bewilligungen zu sein, gewerbliche Ballonfahrten angeboten und durchgeführt hatte. Der Bestrafte berief sich auf seine deutsche Bewilligung und verlangte unter Berufung auf den EU-Binnenmarkt, dass Österreich seine deutsche Bewilligung anerkennen müsse und keine eigene fordern dürfe. Der EuGH bekräftigte seine bisherige Judikatur, nach der in den vom Sekundärrecht nicht geregelten Bereichen die allgemeinen Vorschriften der EU-Verträge anzuwenden seien, stützte sich jedoch nicht direkt auf die Grundfreiheiten, sondern auf das allgemeine Diskriminierungsverbot und entschied, dass ein Mitgliedstaat weder Sitz- noch Wohnsitzerfordernisse noch nationale Berechtigungen verlangen darf, ohne bestehende Bewilligungen anderer Mitgliedschaften und deren Erteilungserfordernisse zu berücksichtigen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

a. Univ.-Prof. Mag. Dr. Sigmar Stadlmeier, LL. M. (London), habilitierte sich 1997 mit einer Monographie zum Luftverkehrsrecht, ist Vorstand des Instituts für Völkerrecht der Johannes Kepler Universität Linz und Mitautor der Website www.luftfahrtrecht.at. Näheres auch unter www.jku.at/intlaw

Vom selben Autor erschienen:

Benkő/de Graff (Hrsg), *International Commercial Aviation: From Foreign Policy to Trade in Services*, Bd 5 des *Forum for Air and Space Law* (1998, Nachdruck 2000); *Die Liberalisierung des Luftverkehrs in der EU und die Beziehungen zu Drittstaaten: Divide et Impera?* in *Simma* (Hrsg), *Akten des 23. Österreichischen Völkerrechtstages* (1999) 163; *Das Ende einer Ära? Die Open Skies-Urteile des EuGH*, ZÖR 58 (2003) 163; *Zum Steuerprivileg für Flugzeugtreibstoff*, in *Geistlinger/Fussek* (Hrsg), *Umweltrecht in Mittel- und Osteuropa im internationalen und europäischen Kontext* (FS Uibopuu) = Bd 46 der Schriftenreihe „Osteuropaforschung“ der Deutschen Gesellschaft für Osteuropakunde (2004) 115; *Rumersdorfer/Stadlmeier*, *Sonderkonditionen für Low Cost Carriers als Beihilfen*, in *Karollus/Köck/Stadlmeier* (Hrsg), *Gegenwärtiger Stand und zukünftige Entwicklung des EU-Binnenmarktes*. Tagungsband des 5. Österreichischen Europarechtstages 2005 (2006) 291; *Rechtssetzung im Dienste des Gemeinwohls: 30 Jahre Europäisches Luftfahrtrecht*, in *Fischer/Karollus/Stadlmeier* (Hrsg), *Die Welt im Spannungsfeld zwischen Regionalisierung und Globalisierung* (FS Köck) (2009) 341.

Literatur:

Schwarze (Hrsg), *EU-Kommentar*² (2009); *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, *Europarecht* (2007).

Links:

www.luftfahrtrecht.at