

keine mit den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag unvereinbaren Maßnahmen treffen oder beibehalten dürfen. Außerdem wird in den Begründungserwägungen der Verordnungen Nrn. 3975/87 und 3976/87 des Rates klargestellt, daß diese Verordnungen die Anwendung des Artikels 90 EWG-Vertrag nicht berühren.

7. Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag kann auf Verkehrsunternehmen Anwendung finden, die durch Hoheitsakt dazu verpflichtet worden sind, Linien zu bedienen, die zwar aus kommerzieller Sicht

nicht rentabel sind, deren Bedienung aber aus Gründen des allgemeinen Interesses erforderlich ist. Die Wirkung der Wettbewerbsregeln kann aber nur dann gemäß dieser Vorschrift durch die Erfordernisse beschränkt werden, die sich aus der Erfüllung einer im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe ergeben, wenn die für die Genehmigung von Tarifen zuständigen nationalen Behörden wie auch die mit Rechtsstreitigkeiten hierüber befaßten Gerichte feststellen können, um welche Erfordernisse es sich dabei genau handelt und wie sich diese auf die Struktur der von den betroffenen Luftfahrtunternehmen angewandten Tarife auswirken.

SITZUNGSBERICHT in der Rechtssache 66/86 *

I — Sachverhalt und Verfahren

Im allgemeinen werden die Tarife für internationale Fluglinien einvernehmlich von den Luftfahrtunternehmen, die eine bestimmte Linie innerhalb des Internationalen Luftverkehrsverbandes (IATA) bedienen, oder durch direkte Verhandlungen festgesetzt.

Nach den bilateralen oder multilateralen zwischenstaatlichen Verträgen auf dem Gebiet der Zivilluftfahrt und den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der Staaten werden diese Tarife sodann den zuständigen nationalen Behörden zur Genehmigung vorgelegt. Nur die genehmigten Tarife können

im Staatsgebiet des jeweiligen Staates angewandt werden.

Für ein und dieselbe Linie werden jedoch von den betroffenen Luftfahrtunternehmen je nach dem Staat, in dem die Tarife angewandt werden sollen, mehrere Tarife festgelegt. Deshalb decken sich die in einem Staat für eine bestimmte Linie genehmigten Tarife häufig nicht mit den in einem anderen Staat für dieselbe Linie genehmigten Tarifen.

Die Tarifunterschiede von einem Staat zum anderen haben zwei Gründe. Zum einen werden innerhalb der IATA außer über die Tarife auch über die Umrechnungskurse der verschiedenen nationalen Währungen Ab-

* Verfahrenssprache: Deutsch.

sprachen getroffen. Diese Kurse können jedoch zeitweise von den tatsächlichen Devisenkursen abweichen. Sinkt der tatsächliche Wechselkurs unter den in der IATA beschlossenen Umrechnungskurs, ist es für Fluggäste aus Ländern mit harter Währung von Vorteil, ihre Flugscheine in einem Land mit weicher Währung zu kaufen.

Zum anderen neigen die Luftfahrtunternehmen dazu, Sonderpreise oder Preisnachlässe je nach dem Staat, in dem sie gelten sollen, unterschiedlich zu gestalten, um der besonderen Eigenart des jeweiligen nationalen Marktes Rechnung zu tragen.

Der sich daraus ergebende Unterschied zwischen den für dieselbe Reise in einem Hartwährungsland und in einem Weichwährungsland angewandten Preisen kann so bedeutend sein, daß es für einen Kunden aus einem Land mit harter Währung selbst dann vorteilhaft sein kann, seinen Flugschein in einem Land mit weicher Währung zu kaufen, wenn er dazu einen Flugschein für einen längeren Flug erwerben muß, der von dem Weichwährungsland mit einer Zwischenlandung in dem Land des Fluggastes an den Ort führt, an den sich der Kunde tatsächlich begeben will. Im allgemeinen verzichten die Kunden, die sich für ein solches Vorgehen entscheiden, von vornherein auf den ersten Teil der Reise und gehen unmittelbar am Ort der in ihrem Land vorgesehenen Zwischenlandung an Bord. Dennoch sparen sie manchmal bis zu 60 % des Preises, den sie beim Kauf des Flugscheins in ihrem eigenen Land hätten zahlen müssen.

Zwei Reisevermittler mit Sitz in Frankfurt am Main, die Firma Ahmed Saeed Flugreisen und die Firma Silver Line Reisebüro GmbH (im folgenden: „Revisionskläger“),

boten ihren Kunden, die von einem deutschen Flughafen zu einem im Ausland gelegenen Flughafen reisen wollten, Flugscheine der vorstehend beschriebenen Art an (z. B.: Lissabon — Frankfurt am Main — Tokio). Sie bezogen diese Flugscheine von einem Reisebüro in London.

Gegen die Revisionsklägerinnen erhob die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. vor den deutschen Gerichten Klage. Sie warf den Revisionsklägerinnen zum einen einen Verstoß gegen die deutschen Rechtsvorschriften, nach denen im deutschen Staatsgebiet nur die nach § 21 Absatz 2 des Luftverkehrsgesetzes vom zuständigen Bundesminister genehmigten Beförderungsentgelte angewandt werden dürften, und zum anderen unlautere Wettbewerbshandlungen vor, da sie Flugscheine zu niedrigeren als den genehmigten und deshalb von ihren Konkurrenten praktizierten Preisen verkauft hätten.

Das erstinstanzliche und das zweitinstanzliche deutsche Gericht hielten die Klage nach deutschem Recht für begründet. Sie untersagten deshalb den Revisionsklägerinnen unter Androhung von Ordnungsmitteln, weiterhin die streitigen Flugscheine zu verkaufen.

Der Rechtsstreit gelangte im Wege der Revision vor den Bundesgerichtshof. Dieser schloß sich der Auffassung der Instanzgerichte zur Unvereinbarkeit des den Revisionsklägerinnen vorgeworfenen Verhaltens mit dem deutschen Recht an und warf die Frage auf, ob die deutschen Rechtsvorschriften, deren Verletzung im vorliegenden Fall geltend gemacht wird, mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere mit den Artikeln 85 bis 90 EWG-Vertrag übereinstimmen.

Der Bundesgerichtshof hat insoweit ausgeführt, die in den verschiedenen Staaten und namentlich in der Bundesrepublik Deutschland angewandten Flugtarife würden im allgemeinen von den Luftfahrtunternehmen im multilateralen Rahmen der IATA oder in bilateralen Verhandlungen festgesetzt; diese Tarifabsprachen fielen möglicherweise unter die Verbote der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag.

Der Bundesgerichtshof hat aus diesen Gründen mit Beschluß vom 30. Januar 1986 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

„1) Sind bilaterale oder multilaterale Vereinbarungen über Linienflugtarife (z. B. IATA-Resolutionen), an denen mindestens ein Luftfahrtunternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft beteiligt ist, wegen Verstoßes gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag nichtig im Sinne des Artikels 85 Absatz 2 EWG-Vertrag, auch wenn weder die Behörde des Mitgliedstaates (Artikel 88 EWG-Vertrag) noch die Kommission (Artikel 89 Absatz 2 EWG-Vertrag) ihre Unvereinbarkeit mit den Bestimmungen des Artikels 85 EWG-Vertrag festgestellt hat?

2) Liegt in der Erhebung ausschließlich solcher Tarife für Linienflüge die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag?

3) Ist die Genehmigung solcher Tarife durch die Genehmigungsbehörde eines

Mitgliedstaates mit Artikel 5 Absatz 2 EWG-Vertrag und Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag unvereinbar und nichtig, auch wenn die Kommission die Genehmigung nicht beanstandet (Artikel 90 Absatz 3 EWG-Vertrag)?“

Der Beschluß des Bundesgerichtshofes ist am 6. März 1986 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben die Revisionsklägerinnen, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. H. Kroitzsch, Karlsruhe, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Rechtsberater B. van der Esch als Bevollmächtigten, schriftliche Erklärungen abgegeben.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Vor dem Gerichtshof abgegebene schriftliche Erklärungen

Zur ersten Frage

Die *Revisionsklägerinnen* führen aus, die Antwort auf die erste Frage ergebe sich aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 213/84 (Asjes, Slg. 1986, 1425).

Nach Auffassung der *Kommission* beinhaltet diese Frage zwei voneinander getrennte Unterfragen.

Erstens begehre das nationale Gericht zu wissen, ob bilaterale oder multilaterale Vereinbarungen über Linienflugtarife gegen das in Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag niedergelegte Kartellverbot verstießen. Zweitens frage das nationale Gericht danach, ob ein etwaiger Verstoß gegen dieses Verbot ohne weiteres zur Nichtigkeit der Vereinbarungen nach Artikel 85 Absatz 2 führe. Die Antwort auf beide Fragen ergebe sich aus dem genannten Urteil vom 30. April 1986.

Zur ersten Frage führt die Kommission lediglich aus, daß das Vorhandensein eines staatlichen Genehmigungsverfahrens den Absprachen über die Tarife nicht den Charakter eines gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßenden Kartells nehme. Die durch diese Absprachen hervorgerufene Wettbewerbsbeschränkung sei spürbar, da sie den Preis- und Konditionenwettbewerb zwischen den Luftfahrtunternehmen vollständig beseitigten. Die Absprachen seien ferner unabhängig davon, ob sie nur den innergemeinschaftlichen Verkehr oder den Verkehr zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat beträfen, auch geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 werde auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß an einer solchen Absprache nur ein Luftfahrtunternehmen mit Sitz in einem EG-Mitgliedstaat beteiligt sei (siehe Urteil vom 25. November 1971 in der Rechtssache 22/71, Béguelin, Slg. 1971, 949, Urteil vom 15. Juni 1976 in den Rechtssachen 51/75, EMI/CBS United Kingdom, 86/75, EMI/CBS Grammophon A/S, 96/75, EMI/CBS Schallplatten GmbH, Slg. 1976, 811, 871 und 913, und Urteil vom 20. Juni 1978 in der Rechtssache 28/77, Tepra, Slg. 1978, 1391).

Zur zweiten Unterfrage stellt die Kommission fest, nach dem erwähnten Urteil des

Gerichtshofes vom 30. April 1986 seien die vom Bundesgerichtshof angesprochenen Vereinbarungen über Beförderungsentgelte bis auf weiteres als zivilrechtlich gültig anzusehen.

Zur zweiten Frage

Die *Revisionsklägerinnen* sprechen sich für eine Bejahung der zweiten Frage aus, da die Koppelung der im Rahmen der IATA getroffenen Tarifabsprachen mit den deutschen Rechtsvorschriften über den Luftverkehr der Deutschen Lufthansa AG eine marktbeherrschende Stellung verleihe, der sich alle anderen im deutschen Staatsgebiet tätigen Luftfahrtunternehmen beugen müßten.

Auch die *Kommission* hält eine Bejahung dieser Frage für angezeigt.

Der für die Frage, ob die Luftfahrtunternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehaben, im vorliegenden Fall relevante Markt sei in sachlicher Hinsicht der Markt des Linienflugverkehrs, denn die Linienfluggäste (Geschäftsleute, Beamte usw.) könnten nicht auf Charterflüge ausweichen, die ihnen eine Beförderung zu den gewünschten Reisezielen zu einer bestimmten Zeit nicht gewährleisten könnten. In geographischer Hinsicht könne war sogar eine einzelne Flugstrecke zwischen zwei Mitgliedstaaten oder zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat einen Markt für sich darstellen, da die Kundschaft der kürzesten Verbindung den Vorzug einräume und andere, längere Reisewege nicht in Erwägung ziehe.

Im Regelfall werde man jedoch von der Summe der Flugstrecken auszugehen haben, die ein Mitgliedstaat im Rahmen eines bilateralen Abkommens mit einem anderen Mitgliedstaat oder einem Drittstaat vereinbar habe.

Ob ferner diese Strecken einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstellten, sei anhand quantitativer Kriterien, wie Bevölkerungszahl und wirtschaftliche Bedeutung der durch die Flugstrecken miteinander verbundenen Staaten sowie Anzahl der Passagiere usw., zu entscheiden. Nur die Beförderungen auf Strecken von einigem Gewicht könnten als wesentlicher Teil des Gemeinsamen Marktes in Frage kommen.

Die zur Bedienung einer diese Voraussetzungen erfüllenden Strecke zugelassenen Luftfahrtunternehmen hätten auf dieser Strecke gemeinsam eine beherrschende Stellung inne, da der Preiswettbewerb durch die Tarifabsprachen ausgeschlossen werde und infolge von Unternehmensvereinbarungen häufig auch auf anderen Gebieten kein Wettbewerb bestehe.

Die Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung, über die die Unternehmen verfügten, sei mißbräuchlich im Sinne von Artikel 86 EWG-Vertrag. Die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt durch die marktbeherrschenden Unternehmen müsse stets als Mißbrauch betrachtet werden (Urteil vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72, Continental Can, Slg. 1973, 215). Dieses Ergebnis werde bestätigt durch das im Vergleich zu den auf gleichwertigen Strecken innerhalb der USA oder auf der Nordatlantikroute zwischen der EG und den USA angewandten Tarifen unangemessen hohe Niveau der von den Luftfahrtunternehmen für die innergemeinschaftlichen Flüge festgesetzten Flugpreise.

Zur dritten Frage

Die *Revisionsklägerinnen* vertreten den Standpunkt, daß diese Frage zu bejahen sei, da die deutschen Rechtsvorschriften die Wirkungen verstärkten, die von den innerhalb der IATA getroffenen Tarifvereinbarungen ausgingen.

Die *Kommission* führt unter Bezugnahme auf das Urteil des Gerichtshofes vom 30. April 1986 (a. a. O.) aus, im vorliegenden Fall fehle es sowohl an Entscheidungen der zuständigen nationalen Kartellbehörden gemäß Artikel 88 EWG-Vertrag als auch an Entscheidungen der Kommission gemäß Artikel 89. Unter diesen Umständen bestehe für die Gerichte der Mitgliedstaaten keine Möglichkeit, die Wirksamkeit der von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten ausgesprochenen Tarifgenehmigungen in Zweifel zu ziehen.

III — Antworten auf die Fragen des Gerichtshofes

Mit Schreiben vom 17. November 1986 hat der Gerichtshof die *Bundesrepublik Deutschland* aufgefordert, die folgenden Fragen vor der mündlichen Verhandlung schriftlich zu beantworten:

- „1) Welche Behörden sind in der Bundesrepublik Deutschland dafür zuständig, auf dem Gebiet der Luftfahrt im Einklang mit ihren eigenen Rechtsvorschriften und den Bestimmungen der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag über die Zulässigkeit von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie über

die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt zu entscheiden?

- 2) Welche Konsequenzen haben die auf dem Gebiet der Luftfahrt zuständigen Behörden aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 213/84 gezogen (siehe Randnummer 54 der Entscheidungsgründe)?“

Mit einem am 2. Februar 1987 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragenen Schreiben hat die Bundesregierung diese Fragen wie folgt beantwortet:

Zur *ersten Frage* legt sie dar, daß die zuständige Behörde das Bundeskartellamt sei, das auch im Bereich des Luftverkehrs für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs zu sorgen habe.

Zur *zweiten Frage* trägt sie vor, die in dem dort angesprochenen Urteil behandelten Probleme ließen sich weder einzelstaatlich noch kurzfristig lösen. Deshalb unterstütze sie den Gedanken einer Initiative für eine gemeinschaftsrechtliche Regelung dieser Materie entsprechend den dem Rat von der Kommission vorgelegten Vorschlägen. Sie habe ihrerseits die folgenden Maßnahmen ergriffen:

- a) Sie habe das von den deutschen Behörden in den bilateralen Beziehungen auf dem Gebiet des Luftverkehrs angewandte Musterabkommen dahin gehend geändert, daß nunmehr weder eine obligatorische Tarifabstimmung zwischen den beteiligten Luftverkehrsgesellschaften noch eine Ausrichtung der Tarife an den Ergebnissen der im Rahmen der IATA vor-

gesehenen Tariffestsetzungsverfahren vorgeschrieben sei.

- b) Sie habe zusammen mit den anderen Mitgliedstaaten der ECAC (European Civil Aviation Conference) ein „Memorandum of Understanding“ über die vorläufige Anwendbarkeit des Entwurfs für ein internationales Abkommen über das Verfahren für die Festsetzung von Tarifen im innereuropäischen Fluglinienverkehr vom 19. Dezember 1986 unterzeichnet. In Artikel 3 dieses Abkommens sei vorgesehen, daß für die Genehmigung der Tarife in den einzelnen Unterzeichnerstaaten Tarifabsprachen zwischen Luftverkehrsgesellschaften nicht mehr erforderlich seien. Darüber hinaus sehe das Abkommen ein System der automatischen Genehmigung vor, das die vermehrte Anwendung von Sondertarifen ermögliche, sofern diese bestimmte Voraussetzungen erfüllten.

- c) Sie unterstütze die Initiative zum Erlaß einer Gemeinschaftsregelung über Luftverkehrstarife und -kapazitäten, insbesondere die dem Rat zur Zeit vorliegenden Vorschläge auf diesem Gebiet.

Mit Schreiben vom 17. November 1986 hat der Gerichtshof die *Kommission* aufgefordert, vor der mündlichen Verhandlung die folgende Frage zu beantworten:

„Welche Konsequenzen hat die Kommission aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 213/84 gezogen (siehe Randnummer 58 der Entscheidungsgründe), um auf dem Gebiet der Luftfahrt gemäß Artikel 89 EWG-Vertrag auf die Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 niedergelegten Grundsätze zu achten und von Amts wegen die Fälle zu untersuchen, in denen Zuwiderhandlungen gegen diese Grundsätze vermutet werden?“

Mit einem Schreiben, das am 2. Februar 1987 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden ist, hat die Kommission mitgeteilt, daß sie am 18. Juli 1986 gestützt auf Artikel 89 Absatz 1 EWG-Vertrag gegenüber zehn Luftverkehrsgesellschaften der Mitgliedstaaten den Vorwurf erhoben habe, durch die Aufrechterhaltung von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen auf dem Gebiet der Kapazitäten, der Gewinnverteilung und der Kosten sowie auf dem Gebiet von Gemeinschaftsunternehmen und Tarifen gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßen zu haben, ohne daß die Voraussetzungen für eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 vorgelegen hätten. Die betreffenden Unternehmen seien aufgefordert worden, binnen zwei Monaten die gerügten Klauseln aus ihren Vereinbarungen zu entfernen, andernfalls sich die Kommission vorbehalte, mit Gründen versehene Entscheidungen im Sinne von Artikel 89 Absatz 2 zu erlassen. Im Hinblick darauf seien die Unternehmen aufgefordert worden, mitzuteilen, welche Maßnahmen sie zur Abstellung der von der Kommission gerügten Verstöße planten, oder zum Vorliegen derartiger Verstöße Stellung zu nehmen.

Alle angesprochenen Luftverkehrsunternehmen hätten der Aufforderung der Kommission Folge geleistet. Einige von ihnen hätten ihr eine Anpassung ihrer Vereinbarungen oder eine Besprechung zur Vorbereitung einer Anpassung vorgeschlagen. Andere hätten die Rechtmäßigkeit des auf Artikel 89 gestützten Verfahrens angezweifelt und es abgelehnt, ihre Vereinbarungen zu ändern oder hierüber mit der Kommission zu sprechen.

Die Mitgliedstaaten, denen diese Unternehmen angehörten, seien von dem Vorgehen der Kommission unterrichtet und mit Schreiben vom 18. September 1986 aufgefordert worden, den Wortlaut eventueller Vereinbarungen ihrer Unternehmen, von denen die Kommission noch nicht Kenntnis

erlangt habe, mitzuteilen. Fünf von zehn Regierungen seien dieser Aufforderung nachgekommen.

IV — Fortsetzung des schriftlichen und des mündlichen Verfahrens

Mit Schreiben vom 22. Januar 1988 ist den Beteiligten mitgeteilt worden, daß der Präsident des Gerichtshofes mit Rücksicht darauf, daß der Rat eine Reihe von Vorschriften unter anderem über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Luftfahrtunternehmen (ABl. L 374 vom 31. 12. 1987) erlassen hat, die sich möglicherweise auf die für den vorliegenden Fall geltende Rechtslage auswirken, beschlossen hat, den Parteien des Ausgangsverfahrens, den Mitgliedstaaten, der Kommission und dem Rat erneut Gelegenheit zur Abgabe schriftlicher Erklärungen zu geben und die mündliche Verhandlung am 17. März 1988 fortzusetzen.

Schriftliche Erklärungen haben abgegeben die Revisionsklägerinnen, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. H. Kroitczsch, Karlsruhe, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch das Mitglied ihres Juristischen Dienstes B. Jansen. Diese Erklärungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Die *Revisionsklägerinnen*, die Firmen Ahmed Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro, verweisen zunächst darauf, daß die Fluglinientarife nach Artikel 4 der Richtlinie 87/601 des Rates vom 14. Dezember 1987 der Genehmigung durch die Luftfahrtbehörden der beteiligten Staaten bedürften und, soweit diese Tarife nach Konsultationen mit anderen Luftfahrtunternehmen vorgelegt worden seien, die betreffenden Konsultationen den Vorschriften der Freistellungsverordnungen zu entsprechen hätten, die aufgrund der Verordnung Nr. 3976/87 des Rates vom 14. Dezember 1987 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen

und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Luftverkehr erlassen würden. In diesen Verordnungen sei festzulegen, welche aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt seien.

Die erste Vorlagefrage sei somit dahin zu beantworten, daß bilaterale oder multilaterale Vereinbarungen über Linienflugtarife künftig, sofern sie nicht nach den zu erlassenden Gruppenfreistellungsverordnungen erlaubt seien, der Einzelfreistellung bedürften und, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 nicht gegeben seien, Artikel 85 Absatz 1 durch Entscheidung der Kommission für anwendbar erklärt werde.

Im übrigen reiche, da die Tarife nach Artikel 4 der genannten Richtlinie der Genehmigung durch beide beteiligten Mitgliedstaaten bedürften, die Genehmigung des Bundesministers für Verkehr allein nicht mehr aus.

Die Revisionsklägerinnen legen ferner dar, daß durch die genannte Richtlinie des Rates das gesamte Problem der Weichwährungsflugscheine, sofern es sich um Flüge ausschließlich zwischen Städten der Mitgliedstaaten handele, ausgeräumt worden sei. Die deutschen Luftverkehrsbehörden hätten nunmehr keine Möglichkeit mehr, auf der Einhaltung der Tarife der Lufthansa durch ausländische Luftfahrtunternehmen bei der Zwischenlandung in der Bundesrepublik zu bestehen. Da die Genehmigung nicht allein deshalb verweigert werden dürfe, weil ein Fluglinientarif unter dem Tarif liege, der von einem anderen, diese Strecke bedienenden Unternehmen angeboten werde (Artikel 3 Satz 3 der Richtlinie des Rates). Daher könnten die ausländischen Luftfahrtunter-

nehmen ihre Tarife ausschließlich nach den offiziellen Wechselkursen bestimmen, so daß ein Währungsgefälle, wie es der Grund für den Kauf von Weichwährungsflugscheinen gewesen sei, nicht eintreten könne.

Aufgrund der bestehenden Rechtslage entfalle die Beantwortung der zweiten und der dritten Vorlagefrage.

Im Flugverkehr mit Drittländern könne es keine Einzel- oder Gruppenfreistellung geben. Jedoch müsse nach Artikel 10 der Richtlinie der betreffende Mitgliedstaat bei der ersten passenden Gelegenheit alle erforderlichen Schritte zur Behebung der Unvereinbarkeit unternehmen, wenn Vereinbarungen, die einem Luftfahrtunternehmen eines Drittlandes das Recht der fünften Freiheit auf einer Strecke zwischen Mitgliedstaaten zugestünden, Vorschriften enthielten, die mit der Richtlinie nicht vereinbar seien.

Die Revisionsklägerinnen tragen abschließend vor, daß es unabhängig davon bei der Anwendung der Grundsätze bleiben müsse, die der Gerichtshof in seinem Urteil vom 30. April 1986 in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 213/84 (Asjes u. a., a. a. O.) aufgestellt habe.

2. Die *Kommission* verweist zunächst darauf, daß es im vorliegenden Fall um einen Unterlassungsanspruch gehe, mit dem den Revisionsklägerinnen für die Zukunft ein bestimmtes wettbewerbsrelevantes Verhalten untersagt werden solle. Eine Änderung der Rechtslage habe nun aber bei einem in die Zukunft gerichteten Unterlassungsbegehren eine andere Bedeutung als im Rahmen eines auf die Vergangenheit bezogenen Strafanspruchs (verbundene Rechtssachen 209 bis 213/84, Asjes u. a.).

Zu den Folgen des Inkrafttretens der neuen Regelung des Rates führt sie aus, die Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendbarkeit von Artikel 85 Absätze 1 und 2 sowie von Artikel 86 Absatz 1 seien nunmehr erfüllt. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, daß Artikel 85 Absätze 1 und 2, da die Verordnung (EWG) Nr. 3975/87 des Rates vom 14. Dezember 1987 über die Einzelheiten der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Luftfahrtunternehmen keine Übergangsvorschriften für sogenannte Altkartelle enthalte, uneingeschränkt auf alle Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen anwendbar geworden sei, die am 1. Januar 1988 bereits bestanden hätten.

Diese unmittelbare Wirkung könne freilich nur im Anwendungsbereich der vorstehend genannten Verordnung eintreten. Gemäß Artikel 1 Absatz 2 gelte die Verordnung jedoch „nur für den internationalen Luftverkehr zwischen Flughäfen der Gemeinschaft“.

Bei der Beantwortung der Vorlagefrage müsse deshalb danach unterschieden werden, ob die Tarifabsprachen von der genannten Verordnung erfaßt würden oder nicht (Flüge innerhalb eines Mitgliedstaats und Flüge zwischen einem Mitgliedstaat und einem [oder mehreren] Drittstaaten).

Soweit Tarifabsprachen nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 3975/87 fielen, gälten weiterhin die Verfahrensvorschriften der Artikel 88 und 89. Diese Verordnung enthalte nämlich keine abschließende Regelung. Die Auffassung, wonach die Artikel 85 und 86 für andere als

die unter die Verordnung fallenden Wettbewerbsverstöße nicht mehr gälten, sei zurückzuweisen, denn eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Artikel 85 und 86 sei nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Regelungszweck der Verordnung Nr. 3975/87 offensichtlich nicht beabsichtigt gewesen. Was den Regelungszweck dieser Verordnung im besonderen betreffe, so sei jedenfalls ihre Nichtanwendbarkeit auf den Flugverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten keine abschließende Regelung des Anwendungsbereichs der Wettbewerbsregeln im Luftverkehr.

Die Kommission vertritt daher den Standpunkt, daß die vom Gerichtshof im Urteil *Asjes* u. a. entwickelten Auslegungsgrundsätze auch heute noch maßgeblich seien. Es sei davon auszugehen, daß Artikel 85 Absätze 1 und 2 außerhalb des Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 3975/87 keine unmittelbare Wirkung entfalten könne.

Die neue Regelung habe auch Auswirkungen auf die Fragen zur Anwendbarkeit der Artikel 86, 5 Absatz 2 und 90 Absatz 1. Auch insoweit sei zu unterscheiden zwischen Vereinbarungen, die in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 3975/87 fielen, und solchen, für die dies weiterhin nicht gelte. Somit könne namentlich im ersteren Fall entgegenstehendes nationales Recht von den damit befaßten nationalen Gerichten seit dem 1. Januar 1988 nicht mehr angewandt werden, während in bezug auf den internationalen Luftverkehr zwischen Flughäfen in den Mitgliedstaaten und solchen in Drittstaaten die Rechtslage unverändert bleibe.

Schließlich müsse das nationale Gericht ausdrücklich darauf hingewiesen werden, daß ein auf der Grundlage nationaler Vorschriften ergangenes Unterlassungsurteil wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts spätestens bei einer Änderung der vom Gemeinschaftsrecht bestimmten Rechtslage unwirksam werden müsse.

Die Kommission schlägt dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

„Frage 1

Bilaterale und multilaterale Vereinbarungen über Linienflugtarife, an denen mindestens ein Luftfahrtunternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft beteiligt ist und die den internationalen Luftverkehr zwischen den Flughäfen der Mitgliedstaaten zum Gegenstand haben, sind gemäß Artikel 85 Absatz 2 EWG-Vertrag nichtig, soweit sie gegen das in Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag enthaltene Verbot verstoßen und soweit sie nicht nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag und den Verfahrensvorschriften der Verordnungen (EWG) Nrn. 3975/87 und 3976/87 von dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag freigestellt sind.

Soweit die genannten Vereinbarungen den internationalen Luftverkehr zwischen Flughäfen in den Mitgliedstaaten einerseits und in Drittstaaten andererseits betreffen, sind nationale gerichtliche Instanzen nicht befugt, die Nichtigkeit dieser Vereinbarungen festzustellen, solange weder das in Artikel 88 noch das in Artikel 89 des Vertrages vor-

gesehene Verfahren im Einzelfall durchgeführt worden ist und zur förmlichen Feststellung einer Zuwiderhandlung geführt hat.

Frage 2

Im Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 3975/87 sind die nationalen Gerichte befugt, einen Verstoß gegen Artikel 86 Absatz 1 EWG-Vertrag in eigener Zuständigkeit festzustellen und die sich daraus für das nationale Recht ergebenden Konsequenzen zu ziehen.

Soweit die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Luftverkehr nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 3975/87 fällt, sind nationale gerichtliche Instanzen nicht befugt, einen Verstoß gegen Artikel 86 Absatz 1 EWG-Vertrag festzustellen, solange im Einzelfall weder das in Artikel 88 noch das in Artikel 89 EWG-Vertrag vorgesehene Verfahren durchgeführt worden ist und zur förmlichen Feststellung einer Zuwiderhandlung geführt hat.

Frage 3

Eine Genehmigung der Preise und Beförderungsbedingungen für Linienflüge durch die Genehmigungsbehörde eines Mitgliedstaates läßt die sich aus der Antwort auf die Fragen 1 und 2 ergebende Rechtslage unberührt, es sei denn, daß die Kommission festgestellt hat, daß Artikel 90 Absatz 2 anwendbar ist, und die Genehmigung im Rahmen dieser Feststellung bleibt.“

G. Bosco
Berichtersteller