SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN ELEANOR SHARPSTON

vom 2. Juli 2009 [1]

1. In diesen verbundenen Rechtssachen ersuchen der Bundesgerichtshof (Deutschland) und das Handelsgericht Wien (Österreich) den Gerichtshof um die Klärung der Unterscheidung zwischen den Begriffen „Verspätung" und „Annullierung" eines Fluges in der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 [2] (im Folgenden: Verordnung). Das Handelsgericht Wien fragt zudem nach der Bedeutung des Begriffs „außergewöhnliche Umstände" in Art. 5 Abs. 3 dieser Verordnung.

Einschlägige Rechtsvorschriften

Das Übereinkommen von Montreal [3]

2. Mit dem Übereinkommen von Montreal, das von der Gemeinschaft unterzeichnet wurde, wird das Warschauer Abkommen [4] modernisiert und konsolidiert. Es zielt u. a. darauf ab, die Verbraucherinteressen bei der Beförderung im internationalen Luftverkehr zu schützen und einen angemessenen Schadensersatz nach dem Grundsatz des vollen Ausgleichs vorzusehen. [5]

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 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 (ABl. L 46, S. 1).

3 — Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr, Montreal, 28. Mai 1999, im Namen der Gemeinschaft genehmigt mit dem Beschluss 2001/539/EG des Rates vom 5. April 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 194, S. 38). Das Übereinkommen trat für die Gemeinschaft am 28. Juni 2004 in Kraft.

4 — Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr, Warschau, 12. Oktober 1929, *League of Nations Treaty Series*, Band 137, S. 11.

5 — Vgl. die Erwägungsgründe 2 und 3.

3. Art. 19 des Übereinkommens von Montreal („Verspätung“) bestimmt:

„Der Luftfrachtführer hat den Schaden zu ersetzen, der durch Verspätung bei der Luftbeförderung von Reisenden, Reisegepäck oder Gütern entsteht. Er haftet jedoch nicht für den Verspätungsschaden, wenn er nachweist, dass er und seine Leute alle zumutbaren Maßnahmen zur Vermeidung des Schadens getroffen haben oder dass es ihm oder ihnen nicht möglich war, solche Maßnahmen zu ergreifen.“

Der EG-Vertrag

4. Art. 3 EG sieht vor:

„(1) Die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2[6] umfasst nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge:

…

t) einen Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes;

…“

Die Verordnung Nr. 261/2004

5. Die Verordnung enthält folgende Erwägungsgründe:

„…

(2) Nichtbeförderung und Annullierung oder eine große Verspätung von Flügen sind für die Fluggäste ein Ärgernis und verursachen ihnen große Unannehmlichkeiten.

6 — „Aufgabe der Gemeinschaft ist es, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie durch die Durchführung der in den Artikeln 3 und 4 genannten gemeinsamen Politiken und Maßnahmen in der ganzen Gemeinschaft [eine Reihe von Zielen, darunter etwa eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung] zu fördern.“

…

(12) Das Ärgernis und die Unannehmlichkeiten, die den Fluggästen durch die Annullierung von Flügen entstehen, sollten ebenfalls verringert werden. Dies sollte dadurch erreicht werden, dass die Luftfahrtunternehmen veranlasst werden, die Fluggäste vor der planmäßigen Abflugzeit über Annullierungen zu unterrichten und ihnen darüber hinaus eine zumutbare anderweitige Beförderung anzubieten, so dass die Fluggäste umdisponieren können. Andernfalls sollten die Luftfahrtunternehmen den Fluggästen einen Ausgleich leisten und auch eine angemessene Betreuung anbieten, es sei denn, die Annullierung geht auf außergewöhnliche Umstände zurück, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären.

…

(17) Fluggäste, deren Flüge sich um eine bestimmte Zeit verspäten, sollten angemessen betreut werden, und es sollte ihnen möglich sein, ihre Flüge unter Rückerstattung des Flugpreises zu stornieren oder diese unter zufrieden stellenden Bedingungen fortzusetzen.

…“

6. Art. 2 Buchst. l definiert „Annullierung“ im Sinne der Verordnung als „die Nichtdurchführung eines geplanten Fluges, für den zumindest ein Platz reserviert war“. Eine entsprechende Definition des Begriffs „Verspätung“ gibt es nicht.

7. Art. 5 („Annullierung“) sieht vor:

„(1) Bei Annullierung eines Fluges werden den betroffenen Fluggästen

a) vom ausführenden Luftfahrtunternehmen Unterstützungsleistungen gemäß Artikel 8[7] angeboten,

b) vom ausführenden Luftfahrtunternehmen Unterstützungsleistungen gemäß Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a) und Absatz 2[8] angeboten und im Fall einer anderweitigen Beförderung, wenn die nach vernünftigem Ermessen zu erwartende Abflugzeit des neuen Fluges erst am Tag nach der planmäßigen Abflugzeit des annullierten Fluges liegt, Unterstüt-

7 — Vgl. unten in Nr. 10.
8 — Vgl. unten in Nr. 11.

zungsleistungen gemäß Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben b) und c) angeboten und

c) vom ausführenden Luftfahrtunternehmen ein Anspruch auf Ausgleichsleistungen gemäß Artikel 7 eingeräumt, es sei denn,

i) sie werden über die Annullierung mindestens zwei Wochen vor der planmäßigen Abflugzeit unterrichtet, oder

ii) sie werden über die Annullierung in einem Zeitraum zwischen zwei Wochen und sieben Tagen vor der planmäßigen Abflugzeit unterrichtet und erhalten ein Angebot zur anderweitigen Beförderung, das es ihnen ermöglicht, nicht mehr als zwei Stunden vor der planmäßigen Abflugzeit abzufliegen und ihr Endziel höchstens vier Stunden nach der planmäßigen Ankunftszeit zu erreichen, oder

iii) sie werden über die Annullierung weniger als sieben Tage vor der planmäßigen Abflugzeit unterrichtet und erhalten ein Angebot zur anderweitigen Beförderung, das es ihnen ermöglicht, nicht mehr als eine Stunde vor der planmäßigen Abflugzeit abzufliegen und ihr Endziel höchstens zwei Stunden nach der planmäßigen Ankunftszeit zu erreichen.

(2) Wenn die Fluggäste über die Annullierung unterrichtet werden, erhalten sie Angaben zu einer möglichen anderweitigen Beförderung.

(3) Ein ausführendes Luftfahrtunternehmen ist nicht verpflichtet, Ausgleichszahlungen gemäß Artikel 7 zu leisten, wenn es nachweisen kann, dass die Annullierung auf außergewöhnliche Umstände zurückgeht, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären.

(4) Die Beweislast dafür, ob und wann der Fluggast über die Annullierung des Fluges unterrichtet wurde, trägt das ausführende Luftfahrtunternehmen."

8. In Art. 6 („Verspätung") heißt es:

„(1) Ist für ein ausführendes Luftfahrtunternehmen nach vernünftigem Ermessen absehbar, dass sich der Abflug

a) bei allen Flügen über eine Entfernung von 1 500 km oder weniger um zwei Stunden oder mehr oder

b) bei allen innergemeinschaftlichen Flügen über eine Entfernung von mehr als 1 500 km und bei allen anderen Flügen über eine Entfernung zwischen 1 500 km und 3 500 km um drei Stunden oder mehr oder

c) bei allen nicht unter Buchstabe a) oder b) fallenden Flügen um vier Stunden oder mehr

gegenüber der planmäßigen Abflugzeit verzögert, so werden den Fluggästen vom ausführenden Luftfahrtunternehmen

i) die Unterstützungsleistungen gemäß Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a) und Absatz 2[9] angeboten,

ii) wenn die nach vernünftigem Ermessen zu erwartende Abflugzeit erst am Tag nach der zuvor angekündigten Abflugzeit liegt, die Unterstützungsleistungen gemäß Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben b) und c) angeboten und,

iii) wenn die Verspätung mindestens fünf Stunden beträgt, die Unterstützungsleistungen gemäß Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a)[10] angeboten.

(2) Auf jeden Fall müssen die Unterstützungsleistungen innerhalb der vorstehend für die jeweilige Entfernungskategorie vorgesehenen Fristen angeboten werden."

9. Art. 7 („Ausgleichsanspruch") bestimmt:

„(1) Wird auf diesen Artikel Bezug genommen, so erhalten die Fluggäste Ausgleichszahlungen in folgender Höhe:

a) 250 EUR bei allen Flügen über eine Entfernung von 1 500 km oder weniger,

b) 400 EUR bei allen innergemeinschaftlichen Flügen über eine Entfernung von mehr als 1 500 km und bei allen anderen Flügen über eine Entfernung zwischen 1 500 km und 3 500 km,

9 — Vgl. unten in Nr. 11.

10 — Vgl. unten in Nr. 10.

c) 600 EUR bei allen nicht unter Buchstabe a) oder b) fallenden Flügen.

Bei der Ermittlung der Entfernung wird der letzte Zielort zugrunde gelegt, an dem der Fluggast infolge der Nichtbeförderung oder der Annullierung später als zur planmäßigen Ankunftszeit ankommt.

(2) Wird Fluggästen gemäß Artikel 8 eine anderweitige Beförderung zu ihrem Endziel mit einem Alternativflug angeboten, dessen Ankunftszeit

a) bei allen Flügen über eine Entfernung von 1 500 km oder weniger nicht später als zwei Stunden oder

b) bei allen 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 nicht später als drei Stunden oder

c) bei allen nicht unter Buchstabe a) oder b) fallenden Flügen nicht später als vier Stunden

nach der planmäßigen Ankunftszeit des ursprünglich gebuchten Fluges liegt, so kann das ausführende Luftfahrtunternehmen die Ausgleichszahlungen nach Absatz 1 um 50 % kürzen.

…“

10. Art. 8 („Anspruch auf Erstattung oder anderweitige Beförderung“) sieht vor:

„(1) Wird auf diesen Artikel Bezug genommen, so können Fluggäste wählen zwischen

a) — der binnen sieben Tagen zu leistenden vollständigen Erstattung der Flugscheinkosten … zu dem Preis, zu dem der Flugschein erworben wurde, für nicht zurückgelegte Reiseabschnitte sowie für bereits zurückgelegte Reiseabschnitte, wenn der Flug im Hinblick auf den ursprünglichen Reiseplan des Fluggastes zwecklos geworden ist, gegebenenfalls in Verbindung mit

— einem Rückflug zum ersten Abflugort zum frühestmöglichen Zeitpunkt,

b) anderweitiger Beförderung zum Endziel unter vergleichbaren Reisebedingungen zum frühestmöglichen Zeitpunkt oder

c) anderweitiger Beförderung zum Endziel unter vergleichbaren Reisebedingungen zu einem späteren Zeitpunkt nach Wunsch des Fluggastes, vorbehaltlich verfügbarer Plätze.

…“

11. Art. 9 („Anspruch auf Betreuungsleistungen“) zählt die Formen von Betreuungsleistungen auf, auf die Fluggäste Anspruch haben:

„(1) Wird auf diesen Artikel Bezug genommen, so sind Fluggästen folgende Leistungen unentgeltlich anzubieten:

a) Mahlzeiten und Erfrischungen in angemessenem Verhältnis zur Wartezeit,

b) Hotelunterbringung, falls

— ein Aufenthalt von einer Nacht oder mehreren Nächten notwendig ist oder

— ein Aufenthalt zusätzlich zu dem vom Fluggast beabsichtigten Aufenthalt notwendig ist,

c) Beförderung zwischen dem Flughafen und dem Ort der Unterbringung (Hotel oder Sonstiges).

(2) Außerdem wird den Fluggästen angeboten, unentgeltlich zwei Telefongespräche zu führen oder zwei Telexe oder Telefaxe oder E-Mails zu versenden.

(3) …“

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Rechtssache C-402/07, Sturgeon

12. Herr Christopher Sturgeon und seine Ehefrau buchten für sich und ihre beiden Kinder bei der Condor Flugdienst GmbH (im Folgenden: Condor) einen Flug von Frankfurt nach Toronto und zurück. Ich werde auf die Familie zusammen als „Familie Sturgeon" Bezug nehmen.

13. Die Familie Sturgeon sollte mit einem Flug am 9. Juli 2005 um 16.20 Uhr ab Toronto zurückkehren. Tatsächlich flogen sie erst am Tag darauf ab. Dementsprechend kamen sie erst am 11. Juli 2005 um 7.00 oder 7.15 Uhr, etwa 25 Stunden später als geplant, in Frankfurt an.

14. Die Familie Sturgeon trägt vor, dass der Flugkapitän am 9. Juli 2005 gegen 23.30 Uhr mitgeteilt habe, der Flug werde annulliert, und dass es so auch auf der Anzeigetafel gestanden habe. Das bereits abgegebene Gepäck sei den Fluggästen wieder ausgehändigt worden, die dann zur Übernachtung in ein Hotel gebracht worden seien, wo sie gegen 2.30 Uhr eingetroffen seien. Am nächsten Tag hätten sie am Schalter einer anderen Fluggesellschaft erneut einchecken müssen. Ihnen seien andere Sitzplätze zugewiesen worden, und sie hätten die Sicherheitsprüfung wiederholen müssen. Allerdings habe die Flugnummer des nunmehr einen Tag später durchgeführten Rückflugs der Flugnummer laut ihrer Buchung entsprochen.

15. Die Familie Sturgeon macht geltend, dass ihr Flug angesichts dieser Umstände, insbesondere der 25-stündigen Dauer der Verzögerung, in Wirklichkeit nicht verspätet gewesen, sondern annulliert worden sei und dass ihnen deshalb die bei einer Annullierung geschuldete Ausgleichszahlung von 600 Euro pro Person zustehe [11].

16. Condor macht geltend, dass der Flug lediglich verspätet gewesen sei.

17. Das Amtsgericht Rüsselsheim war der Auffassung, dass der Flug verspätet gewesen und nicht annulliert worden sei. Demzufolge wies es die Anträge der Familie Sturgeon auf Ausgleich ab.

18. Ihre Berufung wurde vom Landgericht Darmstadt zurückgewiesen, das allerdings die Revision zum Bundesgerichtshof auf der Grundlage zuließ, dass die Abgrenzung zwischen „Annullierung" und „Verspätung" ungeklärt sei und grundsätzliche Bedeutung habe.

11 — Daneben begehren sie Schadensersatz für Verdienstausfall, nutzlose Sitzplatzreservierungen und Bahnfahrscheine. Hilfsweise machen sie eine Minderung des Flugpreises um 30 % geltend. Keiner dieser Umstände ist allerdings für die vorgelegten Fragen relevant.

19. Der Bundesgerichtshof ist der Ansicht, dass der Erfolg der von der Familie Sturgeon eingelegten Revision von der Auslegung von Art. 2 Buchst. l und eventuell Art. 5 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung abhänge. Er hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist bei der Auslegung des Begriffs „Annullierung“ entscheidend darauf abzustellen, ob die ursprüngliche Flugplanung aufgegeben wird, so dass eine Verzögerung unabhängig von ihrer Dauer keine Annullierung darstellt, wenn die Fluggesellschaft die Planung des ursprünglichen Fluges nicht aufgibt?

2. Falls die Frage zu 1 verneint wird: Unter welchen Umständen ist eine Verzögerung des geplanten Fluges nicht mehr als Verspätung, sondern als Annullierung zu behandeln? Hängt die Beantwortung dieser Frage von der Dauer der Verspätung ab?

Rechtssache C-432/07, Böck und Lepuschitz

20. Herr Stefan Böck und Frau Cornelia Lepuschitz buchten bei der Air France SA (im Folgenden: Air France) einen Flug von Wien nach Mexico City. Ihre Reise war in folgende Teilstrecken unterteilt: am 18. Februar 2005 von Wien nach Paris und von Paris nach Mexico City, am 7. März 2005 von Cancún nach Mexico City und von Mexico City nach Paris, am 8. März 2005 von Paris nach Wien.

21. Herrn Böck und Frau Lepuschitz wurde beim geplanten Check-in für den Flug AF439 am 7. März 2005 um 21.30 Uhr ab Mexico City, ohne dass sie überhaupt eingecheckt worden wären, sogleich mitgeteilt, dass dieser Flug wegen eines technischen Problems gecancelt sei. Auf ihre Nachfrage nach einem anderen Flug wurde ihnen ein Flug mit Continental Airlines (Continental), Flugnummer CO1725Y, angeboten, der Mexico City am 8. März 2005 um 12.20 Uhr verließ.

22. Herr Böck und Frau Lepuschitz nahmen dieses Angebot an. Zur Lösung von Tickets mussten sie zunächst eine Bestätigung aus dem Büro von Air France in Mexico City anfordern, mit der sie Tickets am Schalter von Continental erhalten konnten. Air France stellte ihnen eine Unterkunft in einem Hotel, Verpflegung und die Transfers zum und vom Hotel zur Verfügung. Herr Böck und Frau Lepuschitz trafen letztlich 21 Stunden später als geplant in Wien ein.

23. Die übrigen Fluggäste, die am 7. März 2005 mit dem Flug AF439 hätten fliegen sollen — und die nicht auf den Flug von Continental umgebucht worden waren —, nahmen am 8. März 2005 ein Flugzeug mit der Flugzeugnummer FGSPV von Mexico City nach Paris. Dieses startete um 19.35 Uhr mit einer leicht geänderten Flugnummer (AF439A) und traf am 9. März 2005 um 13.09 Uhr in Paris ein. Der Flug wurde parallel zu dem von Air France regulär für den 8. März angesetzten Flug durchgeführt.

24. Herr Böck und Frau Lepuschitz begehren von Air France nach Art. 5 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung jeweils 600 Euro als Ausgleich für die Annullierung ihres Fluges.

25. In erster Instanz wies das Bezirksgericht für Handelssachen Wien das Klagebegehren ab, da es der Auffassung war, der für den 7. März 2005 angesetzte Flug sei verspätet gewesen, aber nicht im Sinne der Verordnung annulliert worden, und bei bloßer Verspätung gebe es keinen Anspruch auf Ausgleich.

26. Herr Böck und Frau Lepuschitz erhoben Berufung beim Handelsgericht Wien, das beschlossen hat, dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Sind Art. 5 in Verbindung mit Art. 2 Buchst. l und Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 dahin gehend auszulegen, dass eine Abflugverzögerung von 22 Stunden eine „Verspätung“ im Sinne des Art. 6 darstellt?

2. Ist Art. 2 Buchst. l der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 dahin gehend auszulegen, dass Fälle, in denen Fluggäste zu einem erheblich späteren Zeitpunkt (22 Stunden) unter ergänzter Flugnummer (ursprüngliche Flugnummer mit Zusatz „A“) befördert werden, wobei nur ein — wenn auch großer — Teil der ursprünglich gebuchten Fluggäste, zusätzlich aber weitere, ursprünglich nicht gebuchte Fluggäste befördert werden, anstelle einer „Verspätung“ eine „Annullierung“ darstellen?

Im Fall der Bejahung der Frage 2:

3. Ist Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 dahin gehend auszulegen, dass ein technisches Gebrechen des Flugzeugs und die dadurch hervorgerufenen

Flugplanänderungen außergewöhnliche Umstände darstellen (die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären)?

27. Schriftliche Erklärungen wurden von der Familie Sturgeon, Herrn Böck und Frau Lepuschitz, Condor, Air France, der österreichischen, der französischen, der griechischen, der italienischen, der polnischen und der schwedischen Regierung, der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission abgegeben.

28. In der mündlichen Verhandlung haben die Familie Sturgeon, Herr Böck und Frau Lepuschitz, Condor, die griechische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission vorgetragen.

Zur Unterscheidung zwischen „Verspätung“ und „Annullierung“

29. Mit seinen beiden Fragen möchte das vorlegende Gericht in der Rechtssache Sturgeon wissen, ob für eine „Annullierung“ entscheidend ist, dass die ursprüngliche Flugplanung aufgegeben wird, und, falls dies nicht der Fall sein sollte, ob eine Verspätung nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums zu einer Annullierung werden kann. Mit der ersten und der zweiten in der Rechtssache Böck und Lepuschitz vorgelegten Frage wird der Gerichtshof um Auskunft darüber ersucht, ob eine Verzögerung von 22 Stunden noch eine „Verspätung“ im Sinne von Art. 6 der Verordnung darstellt oder ob es sich bei einer solchen Verzögerung — in Verbindung mit den Umständen, dass die Fluggäste mit einem Flug mit abweichender Flugnummer und dabei nicht alle auf den ursprünglichen Flug gebuchten Fluggäste befördert werden — nicht eher um eine Annullierung handelt.

30. Beide vorlegenden Gerichte möchten daher im Wesentlichen wissen, wie eine „Verspätung“ von einer „Annullierung“ im Sinne von Art. 2 Buchst. l der Verordnung zu unterscheiden ist und ob eine „Verspätung“ nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums als „Annullierung“ im Sinne der Verordnung behandelt werden kann.

Vorbemerkung — Entstehungsgeschichte der Verordnung

31. In der Begründung zu ihrem ursprünglichen Vorschlag für eine Verordnung [12] führt die Kommission in Randnr. 20 aus, dass „[d]ie Annullierung von Flügen durch das Luftfahrtunternehmen … die Verweigerung einer vertraglich vereinbarten Dienstleistung dar[stellt], sofern nicht außergewöhnliche Umstände vorliegen, die nicht vom Luftfahrtunternehmen zu vertreten sind, z. B. politische Instabilität, extreme meteorologische Bedingungen, unzureichende Sicherheit und unerwartete Flugsicherheitsmängel. Dem Fluggast werden durch die Annullierung

12 — Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Betreuungsleistungen für Fluggäste im Falle der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen, KOM(2001) 784 endg. (im Folgenden: Begründung zum ursprünglichen Vorschlag der Kommission).

unter gewöhnlichen Umständen und aus wirtschaftlichen Gründen Unannehmlichkeiten und Wartezeiten zugemutet, die insbesondere bei Unterlassen einer entsprechenden Vorankündigung inakzeptabel sind." In Randnr. 23 heißt es: „Obwohl Fluggäste bei Verspätungen vergleichbaren Unannehmlichkeiten und Einschränkungen ausgesetzt sind wie in Fällen von Nichtbeförderung oder Flugannullierung, besteht ein Unterschied darin, dass Luftfahrt- und Reiseunternehmen für Nichtbeförderung und Annullierungen verantwortlich sind (es sei denn, sie hätten die Gründe hierfür nicht selbst zu vertreten), jedoch nicht immer für Verspätungen. Andere häufige Ursachen sind im Flugverkehrsmanagement und in begrenzten Flughafenkapazitäten begründet. Die Kommission hatte bereits in ihrer Mitteilung über den Schutz der Fluggäste zum Ausdruck gebracht, dass Luftfahrt- und Reiseunternehmen in der gegenwärtigen Situation nicht verpflichtet werden sollten, Fluggäste bei Verspätungen zu entschädigen."

32. Es ist alles andere als leicht, die Logik hinter der Unterscheidung zu erkennen, die die Kommission hier vornimmt. In der Begründung wird zunächst ausgeführt, dass Luftfahrtunternehmen für Annullierungen immer verantwortlich seien, soweit sie nicht durch außergewöhnliche Umstände von dieser Verantwortung befreit würden (ein Grundsatz, der später im Text von Art. 5 der Verordnung in der erlassenen Form Ausdruck findet) [13]. Sodann wird in der Begründung eine Reihe von Umständen genannt, unter denen Luftfahrtunternehmen für Verspätungen (objektiv) nicht verantwortlich sind. Dabei handelt es sich — wie bei den zuvor im Hinblick auf Annullierungen genannten außergewöhnlichen Umständen — um Umstände, für die das Luftfahrtunternehmen (objektiv) keine Verantwortung trägt. Logischerweise würde man erwarten, dass in der Begründung im Folgenden vorgeschlagen wird, dass Luftfahrtunternehmen (sowohl bei annullierten als auch bei verspäteten Flügen) nicht zur Zahlung von Ausgleich verpflichtet sein sollen, wenn die Verspätung oder Annullierung objektiv nicht ihre Schuld war. Stattdessen begnügt sich die Begründung mit der dürftigen Erklärung, dass „[d]ie Kommission [meint], dass Luftfahrt- und Reiseunternehmen in der gegenwärtigen Situation nicht verpflichtet werden sollten, Fluggäste bei Verspätungen zu entschädigen".

33. Im Vorschlag der Kommission wurde für Annullierungsfälle derselbe Ausgleich angeregt wie für Fälle von Nichtbeförderung, der nach Randnr. 11 der Begründung „in exemplarischer Höhe" festgesetzt werden sollte. In Randnr. 14 wird die Berechnung näher erläutert: „Um die Luftfahrtunternehmen in allen Fällen, ungeachtet der gebuchten Klasse, von der Nichtbeförderung abzuhalten, schlägt die Kommission vor, die feste Ausgleichszahlung auf das Doppelte des üblichsten Tarifs in der Business-Klasse festzulegen".

13 — Vgl. unten, Nrn. 98 bis 101.

34. Es kann sein, dass die Unterscheidung zwischen „Annullierung“ und „Verspätung“, die die Kommission bei ihrem Vorschlag im Sinn hatte, nicht auf die Auswirkungen auf die Fluggäste, sondern auf den Grad der Verantwortlichkeit des Luftfahrtunternehmens gestützt war — den Unterschied zwischen einer bewussten Entscheidung, einen Flug aus wirtschaftlichen Gründen zu annullieren („Annullierung“), wovon mit Ausgleich in exemplarischer Höhe abgeschreckt werden sollte, und einem aufrichtigen Bemühen, Fluggäste angesichts externer Schwierigkeiten wie spät auch immer zu ihrem Zielort zu bringen („Verspätung“), einem Fall, in dem Luftfahrtunternehmen nur verpflichtet werden sollten, ein bestimmtes Maß an Unterstützung zu leisten. Wenn es sich so verhält, dann besteht offensichtlich ein gewisses Maß an Verwirrung zwischen „Ursache“ und „Verschulden“. Es lassen sich unschwer Fälle vorstellen, in denen ein aufrichtiges Bemühen, Fluggäste so schnell wie möglich zu ihrem Zielort zu bringen, bedeuten kann, dass der geplante Flug (da eindeutig ist, dass er keinesfalls rechtzeitig starten kann) annulliert und dann sichergestellt wird, dass die Fluggäste mit einem anderen Flug abfliegen können. [14] Umgekehrt kann die Verspätung eines Fluges, für den nur wenige Fluggäste gebucht haben, aus im Wesentlichen wirtschaftlichen Gründen ausgedehnt werden, weil das Luftfahrtunternehmen das erste verfügbare Ersatzflugzeug dafür verwendet hat, an erster Stelle Probleme bei einem anderen Flug, für den mehr Fluggäste gebucht haben, zu beheben. [15] Sollte dem Vorschlag der Kommission der Grundsatz „Luftfahrtunternehmen sollten bei Verschulden Ausgleich zahlen, sonst aber nicht“ zugrunde gelegen haben, dann würde man darin Regelungen für die Feststellung (und Ahndung) von Verspätungen aufgrund wirtschaftlicher Entscheidungen erwarten.

35. Im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens, insbesondere nach der Herabsetzung der Höhe des Ausgleichs, spielte diese Unterscheidung aber offensichtlich keine wesentliche Rolle. Aus der schließlich erlassenen Fassung des Textes lassen sich kaum Kriterien für die Unterscheidung zwischen „Annullierung“ und „Verspätung“ ableiten.

Warum ist die Unterscheidung zwischen „Verspätung“ und „Annullierung“ wichtig?

36. Art. 2 Buchst. l der Verordnung definiert eine „Annullierung“ als „die Nichtdurchführung eines geplanten Fluges, für den zumindest ein Platz reserviert war“. Die Verordnung enthält keine entsprechende Definition für den Begriff „Verspätung“. Auch im Warschauer Abkommen und im Übereinkommen von Montreal wird „Verspätung“ nicht definiert. Art. 19 des Übereinkommens von Montreal sieht lediglich in einer eher allgemeinen Formulierung vor, dass der Luftfrachtführer den Schaden zu ersetzen hat, der durch „Verspätung bei der Luftbeförderung von Reisenden, Reisegepäck oder Gütern“ entsteht. Dieser Ausdruck erfasst offensichtlich viele — wenn nicht alle — Fälle der „Annullierung eines Fluges“ und ist viel weiter als der der „Verspätung eines Fluges“ in der Verordnung.

37. Nach der Verordnung kommt es indessen auf die Unterscheidung zwischen „Verspä-

14 — Da eine Annullierung bedeutet, dass den Fluggästen nach Art. 7 der Verordnung Ausgleich zu zahlen ist, kommt es in diesem Beispiel zu dem widersinnigen Ergebnis, dass es für das Luftfahrtunternehmen (aber nicht für die Fluggäste) „besser“ ist, den Flug „nur“ zu verzögern.

15 — Vgl. den dem Vorabentscheidungsersuchen in der Rechtssache Kramme (C-396/06) zugrunde liegenden Sachverhalt, den ich in meinen Schlussanträgen in jener Rechtssache (erhältlich über die Website des Gerichtshofs) dargelegt habe. Das Vorabentscheidungsersuchen wurde vor der Verkündung des Urteils zurückgenommen.

tung“ und „Annullierung“ an. Nach Art. 5 der Verordnung haben Fluggäste, deren Flug annulliert wurde, Anspruch auf einen bestimmten Ausgleich. Art. 6 der Verordnung enthält keine entsprechende Vorschrift hinsichtlich eines Ausgleichs bei Verspätungen.

38. Der Verordnung kommt das beträchtliche Verdienst zu, dass damit Fluggästen, deren Flüge annulliert wurden, automatisch Ausgleich gewährt wird. Wie jedoch die polnische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen ausführt, kann die mit der Verordnung eingeführte Unterscheidung zwischen Annullierung und Verspätung dazu führen, dass Fluggäste, die sich in objektiv gleichartigen Situationen befinden, unterschiedlich behandelt werden.

39. Damit wird unausweichlich die (grundlegende) Frage aufgeworfen, ob die Verordnung gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstößt.

Auswirkungen des Grundsatzes der Gleichbehandlung

40. Nach ständiger Rechtsprechung verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. das Diskriminierungsverbot, dass gleiche Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist. [16]

41. In der Rechtssache IATA und ELFAA wurde die Gültigkeit der Art. 5, 6 und 7 der Verordnung unter dem Aspekt des Grundsatzes der Gleichbehandlung angegriffen, allerdings eher aus der Sicht der Luftfahrtunternehmen denn aus der der Fluggäste.

42. In jener Rechtssache machte ELFAA geltend, dass die von ihr vertretenen Niedrigtarif-Fluggesellschaften diskriminiert würden, da die in diesen Artikeln vorgesehenen Maßnahmen allen Luftfahrtunternehmen dieselben Verpflichtungen auferlegten, ohne nach ihrer Preispolitik und den von ihnen angebotenen Dienstleistungen zu unterscheiden. Außerdem belaste das Gemeinschaftsrecht die übrigen Beförderungsmittel nicht mit entsprechenden Verpflichtungen, und es sei deshalb diskriminierend, den Luftbeförderungssektor in dieser Weise herauszuheben.

43. Der Gerichtshof entschied, dass die Lage der in den verschiedenen Beförderungssektoren tätigen Unternehmen nicht die gleiche sei und dass die Fluggäste, die Opfer einer Annullierung oder erheblichen Verspätung eines Fluges geworden seien, sich in einer objektiv anderen Situation als die Reisenden mit anderen Beförderungsmitteln im Fall

16 — Vgl. z. B. Urteile des Gerichtshofs vom 10. Januar 2006, IATA und ELFAA, C-344/04, Slg. 2006, I-403, Randnr. 95, und vom 10. Juli 2008, Emirates Airlines, C-173/07, Slg. 2008, I-5237, Randnr. 39.

gleichartiger Vorkommnisse befänden. Überdies entstehe den Fluggästen der Luftfahrtunternehmen im Fall der Annullierung oder erheblichen Verspätung von Flügen unabhängig davon der gleiche Schaden, mit welchen Gesellschaften sie einen Vertrag geschlossen hätten; dieser Schaden stehe in keinem Zusammenhang mit der Preispolitik der Unternehmen. [17] Der Gerichtshof zog den Schluss, dass „[d]er Gemeinschaftsgesetzgeber … daher, wollte er nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz, gemessen am Ziel der Verordnung Nr. 261/2004, den Schutz aller Fluggäste der Luftfahrtunternehmen zu verbessern, verstoßen, alle Luftfahrtgesellschaften gleichbehandeln [musste]". [18]

44. Im Urteil IATA und ELFAA hat der Gerichtshof ausdrücklich bestätigt, dass das Hauptziel der Verordnung in einem verbesserten Schutz für alle Fluggäste liege. Tatsächlich bildet diese Feststellung die Grundlage für die Analyse und die Zurückweisung der Argumente von ELFAA durch den Gerichtshof. ELFAA argumentierte, dass die Luftbeförderung und andere Beförderungsformen gleichartig seien. Der Gerichtshof erklärte, dass dies für Fluggäste, die mit einer Annullierung oder großen Verspätung konfrontiert seien, nicht zutreffe. ELFAA argumentierte, dass Linienflugunternehmen und Niedrigtarif-Fluggesellschaften nicht vergleichbar seien. Der Gerichtshof erklärte sie für Fluggäste, die mit einer Annullierung oder großen Verspätung konfrontiert seien, für durchaus vergleichbar. ELFAA ersuchte den Gerichtshof, kurz gesagt, um eine Überprüfung der Verordnung aus Sicht der Luftfahrtunternehmen. Der Gerichtshof wies diesen Ansatz zurück und prüfte das Vorbringen von ELFAA (und die Verordnung) aus der *Sicht der Fluggäste*.

45. Bemerkenswert ist ferner, dass der Gerichtshof bei seiner Analyse Fluggäste, deren Flüge annulliert werden, und Fluggäste, deren Flüge erheblich verspätet sind, als zu einer *einzigen Kategorie* gehörend behandelt hat.

46. Wie der Gerichtshof im Urteil Arcelor Atlantique et Lorraine u. a. dargelegt hat, setzt „[d]ie Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes durch eine unterschiedliche Behandlung … voraus, dass die betreffenden Sachverhalte im Hinblick auf alle Merkmale, die sie kennzeichnen, vergleichbar sind". Diese Merkmale und somit die Vergleichbarkeit der Sachverhalte „sind u. a. *im Licht des Ziels und des Zwecks der Gemeinschaftsmaßnahme*, die die fragliche Unterscheidung einführt, zu bestimmen und zu beurteilen. Außerdem sind die Grundsätze und Ziele des Regelungsbereichs zu berücksichtigen, dem die in Rede stehende Maßnahme unterfällt." [19]

17 — Zur Natur dieses Schadens hat der Gerichtshof in Randnr. 43 ausgeführt, dass jede, insbesondere jedoch erhebliche, Verspätung bei der Beförderung von Reisenden im Luftverkehr generell zu zwei Arten von Schäden führen könne. Zum einen werde eine zu große Verspätung zu einem Schaden führen, der für alle Fluggäste praktisch identisch sei und dessen Wiedergutmachung die Form standardisierter sofortiger Unterstützungs- oder Betreuungsleistungen für sämtliche Betroffene (durch die Bereitstellung beispielsweise von Erfrischungen, Mahlzeiten, Unterbringung und Telefonverbindungen) annehmen könne. Zum anderen könne den Fluggästen je nach Grund ihrer Reise ein individueller Schaden entstehen, dessen Wiedergutmachung die Prüfung seines Umfangs im Einzelfall erfordere. Ein solcher Schaden könne deshalb nur Gegenstand eines nachträglichen und individualisierten Ausgleichs sein.

18 — Urteil IATA und ELFAA, Randnrn. 94 bis 98; vgl. auch das Urteil Emirates Airlines, Randnr. 35.

19 — Urteil des Gerichtshofs vom 16. Dezember 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine u. a., C-127/07, Slg. 2008, I-9895, Randnrn. 25 und 26 (Hervorhebung nur hier), unter Bezugnahme auf Urteile vom 27. Oktober 1971, Rheinmühlen Düsseldorf, 6/71, Slg. 1971, 823, Randnr. 14, vom 19. Oktober 1977, Ruckdeschel u. a., 117/76 und 16/77, Slg. 1977, 1753, Randnr. 8, vom 5. Oktober 1994, Deutschland/Rat, C-280/93, Slg. 1994, I-4973, Randnr. 74, und vom 10. März 1998, T. Port, C-364/95 und C-365/95, Slg. 1998, I-1023, Randnr. 83.

47. Im Urteil IATA und ELFAA führt der Gerichtshof eindeutig aus, dass sich das Ziel der Art. 5 (Annullierung) und 6 (Verspätung) der Verordnung aus dem ersten und dem zweiten Erwägungsgrund dieser Verordnung ergebe, wonach die Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich des Luftverkehrs u. a. darauf abzielen sollten, ein hohes Schutzniveau für Fluggäste sicherzustellen und den Erfordernissen des Verbraucherschutzes im Allgemeinen Rechnung zu tragen, da die Annullierung oder eine große Verspätung von Flügen für die Fluggäste ein Ärgernis seien und ihnen große Unannehmlichkeiten verursachten. [20]

48. Der Gerichtshof hat somit im Urteil IATA und ELFAA den Schutz der Fluggäste klar als das „unmittelbar angestrebte Ziel" oder das „unmittelbare und vom Gemeinschaftsgesetzgeber ausdrücklich dargelegte Ziel" identifiziert, auch wenn er akzeptiert hat, dass die Verordnung implizit weitere, nachrangige Ziele haben kann (etwa das, im Vorfeld die Zahl der Annullierungen und erheblichen Verspätungen von Flügen zu reduzieren). [21]

49. Dieser Ansatz wird dadurch bestätigt, dass, wie der Gerichtshof dargelegt hat, der Umfang der einzelnen vom Gemeinschaftsgesetzgeber festgelegten Leistungen „sich nach der Schwere des Schadens richtet, der den Fluggästen entstanden ist und der entweder anhand des Ausmaßes der Verspätung und der Wartezeit auf den nächsten Flug oder anhand der Frist, innerhalb deren die Betroffenen über die Annullierung des Fluges unterrichtet wurden, bemessen wird" [22]. Obwohl für die Berechnung der Zeit ein unterschiedlicher Bezugspunkt verwendet wird, wird die Schwere des Schadens sowohl bei Annullierung als auch bei großer Verspätung unter Bezugnahme auf den Zeitablauf beurteilt.

50. Die Verbesserung des Verbraucherschutzes ist überdies eine der in Art. 3 Abs. 1 Buchst. t EG ausdrücklich genannten Tätigkeiten, die der Gemeinschaft in Verfolgung der in Art. 2 EG niedergelegten allgemeinen Ziele obliegen. [23]

51. Die Verordnung sieht indessen ungeachtet der Schwere der verursachten Unannehmlichkeiten vor, dass die Annullierung eines Fluges automatisch einen Ausgleichsanspruch (nach Art. 7) auslöst, während dies bei einer Verspätung nie der Fall ist. Wie im Vorlagebeschluss in der Rechtssache Sturgeon nahegelegt wird und von der Kommission in der mündlichen Verhandlung angegeben worden ist, liegt der Verordnung dem-

20 — Urteile IATA und ELFAA, oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 69, und vom 22. Dezember 2008, Wallentin-Hermann, C-549/07, Slg. 2008, I-11061, Randnr. 18. Der zweite Erwägungsgrund der Verordnung führt in einem Zug die „Annullierung oder eine große Verspätung von Flügen" an, ohne dass eine Unterscheidung zwischen den beiden Fällen getroffen würde.

21 — Urteil IATA und ELFAA, oben in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 82 und 83, Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed, Nrn. 121 und 122.

22 — Urteil IATA und ELFAA, oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 85.

23 — Vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed in der Rechtssache IATA und ELFAA, oben in Fn. 16 angeführt, Nrn. 117 bis 119, wo der Generalanwalt auf Art. 153 Abs. 2 EG (wonach die Gemeinschaftsgesetzgebung den Erfordernissen des Verbraucherschutzes in anderen Politikbereichen Rechnung zu tragen hat) und Art. 95 Abs. 3 EG (der ein hohes Verbraucherschutzniveau gebietet) Bezug nimmt und zu dem Schluss kommt, dass der Verbraucherschutz unzweifelhaft ein legitimes Ziel ist, das im Vertrag ausdrücklich vorgesehen ist.

nach die Annahme zugrunde, dass eine Annullierung den Fluggästen notwendigerweise mehr Unannehmlichkeiten verursacht und damit einen stärkeren Schutz gebietet als eine „bloße" Verspätung. [24]

52. Mir ist völlig unklar, warum dem so sein sollte. Tatsächlich räumt die Kommission dies in ihren schriftlichen Erklärungen ein, indem sie anerkennt, dass Annullierungen tatsächlich nicht immer mehr Unannehmlichkeiten verursachen als Verspätungen.

53. Nehmen wir an, dass Fluggast A und Fluggast B bei verschiedenen Luftfahrtunternehmen jeweils einen Flug von Brüssel nach New York mit Abflugzeit um 8.30 Uhr gebucht haben. Als Fluggast A auf dem Flughafen eintrifft, wird ihm mitgeteilt, dass sein Flug annulliert worden sei. Ihm wird ein Platz mit einem anderen Flug nach New York angeboten, der einen Tag später um 8.30 Uhr startet. Dem Fluggast B wird beim Eintreffen auf dem Flughafen mitgeteilt, dass sein Flug verspätet sei. Sein Flug startet schließlich gleichzeitig mit dem neuen Flug von Fluggast A, d. h. einen Tag nach der planmäßigen Abflugzeit. Die beiden Fluggäste A und B treffen zur selben Zeit in New York ein. Tatsächlich befinden sich beide Fluggäste in identischen Situationen. Gleichwohl wird nach der Verordnung nur Fluggast A ein Anspruch auf automatischen Ausgleich gewährt.

54. Die Unterscheidung zwischen Annullierung und Verspätung in ihrer gegenwärtig in der Verordnung niedergelegten Form steht somit im Widerspruch zum Ziel der Verordnung.

55. Das wird noch klarer, wenn man bedenkt, dass die Verordnung zu dem (widersinnigen) Ergebnis führen kann, dass den Fluggästen, die größere Unannehmlichkeiten erlitten haben, ein automatischer Ausgleich verweigert wird, während er denjenigen, die weniger Unannehmlichkeiten erlitten haben, gewährt wird. Nehmen wir an, dass dieselben Fluggäste A und B (offensichtlich Vielflieger) bei verschiedenen Luftfahrtunternehmen jeweils einen Flug von Brüssel nach New York mit Abflugzeit um 10.30 Uhr gebucht haben. Fluggast A erfährt beim Eintreffen auf dem Flughafen, dass sein Flug annulliert wurde. Das Luftfahrtunternehmen bietet allerdings sofort einen alternativen Flug mit einem anderen Luftfahrtunternehmen mit Abflugzeit um 11.00 Uhr an. Fluggast B wird beim Eintreffen auf dem Flughafen mitgeteilt, dass sein Flug verspätet sei. Sein Flug startet schließlich um 22.30 Uhr, zwölf Stunden nach der planmäßigen Abflugzeit. Es versteht sich von selbst, dass Fluggast B größere Unannehmlichkeiten erlitten hat.

56. Fluggast A (der kaum beeinträchtigt war) kann nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. c und Art. 7 der Verordnung Ausgleich beanspruchen. Fluggast B kann mit den verstreichenden Stunden lediglich Mahlzeiten und Erfrischungen [25] und ein paar unentgeltliche Telefonge-

24 — Vgl. die Erwägungsgründe 12 (Annullierung) und 17 (Verspätung) der Verordnung. Die dort vorgeschlagenen unterschiedlichen Ansätze stehen in direktem Widerspruch zum zweiten Erwägungsgrund, in dem anerkannt wird, dass sowohl „Nichtbeförderung [als auch] Annullierung oder eine große Verspätung von Flügen … für die Fluggäste ein Ärgernis [sind] und … ihnen große Unannehmlichkeiten [verursachen]".

25 — Art. 6 Abs. 1 Buchst. c Ziff. i unter Bezugnahme auf Art. 9 Abs. 1 Buchst. a. Da es sich in meinem Beispiel um einen Transatlantikflug handelt, muss Fluggast B vier Stunden warten, bevor er einen „Anspruch auf Betreuungsleistungen" nach Art. 9 erwirbt.

spräche (oder Telexe, Telefaxe oder E-Mails) [26] beanspruchen und dann (nach fünf Stunden) Erstattung wählen, wenn das Warten nicht länger zweckmäßig erscheint [27]. So nützlich der Anspruch auf Unterstützungsleistungen unzweifelhaft ist — er entspricht kaum dem Ausgleich, den Fluggast A erhält.

57. In der Begründung zu ihrem Vorschlag für die Verordnung nimmt die Kommission vor dem Hintergrund, dass die Maßnahme den Verbraucherschutz verbessern soll, wie folgt zur Unterscheidung zwischen Annullierung und Verspätung Stellung:

„Obwohl Fluggäste bei Verspätungen vergleichbaren Unannehmlichkeiten und Einschränkungen ausgesetzt sind wie in Fällen von Nichtbeförderung oder Flugannullierung, besteht ein Unterschied darin, dass Luftfahrt- und Reiseunternehmen für Nichtbeförderung und Annullierungen verantwortlich sind (es sei denn, sie hätten die Gründe hierfür nicht selbst zu vertreten), jedoch nicht immer für Verspätungen.“ [28]

26 — Ebd. unter Bezugnahme auf Art. 9 Abs. 2.

27 — Art. 6 Abs. 1 Buchst. c Ziff. iii unter Bezugnahme auf Art. 8 Abs. 1 Buchst. a.

28 — Begründung zum ursprünglichen Vorschlag der Kommission, oben in Fn. 12 angeführt, Randnr. 23.

58. Diese Begründung hält einer genaueren Prüfung nicht stand.

59. Die Kommission erkennt ausdrücklich an, dass die von den Fluggästen erlittenen Unannehmlichkeiten unabhängig davon vergleichbar sind, ob ihr Flug erheblich verspätet ist oder annulliert wurde. Wenn das zutrifft (was offensichtlich der Fall ist), würde man erwarten, dass die beiden Kategorien von Fluggästen gleichbehandelt werden, weil sie in gleicher Weise Schutz benötigen und verdienen (sie werden aber nicht gleichbehandelt). Die Kommission führt sodann aus, dass der Unterschied zwischen Annullierung und Verspätung (und damit zumindest implizit die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung) darin bestehe, dass das Unternehmen immer für Annullierungen verantwortlich sei (außer in Fällen, in denen es sich nicht so verhalte), nicht aber für Verspätungen (außer, so lässt sich vermuten, in denen es doch verantwortlich ist). Das ist eine Unterscheidung, der kein Unterschied zugrunde liegt.

60. Mir scheint, dass dem (wiederum vor dem Hintergrund eines verbesserten Verbraucherschutzes) die Logik zugrunde gelegen haben muss, dass das Unternehmen nicht zur Ausgleichszahlung verpflichtet sein sollte, wenn es für die (durch eine Annullierung oder große Verspätung) verursachten Unannehmlichkeiten *nicht verantwortlich* ist, und dass es umgekehrt zur Zahlung verpflichtet sein sollte, wenn es verantwortlich *ist*. Das Kriterium für den Ausgleich ist, anders gesagt, nicht ein Verursachen, sondern ein (weit definiertes) Verschulden auf Seiten des Unternehmens.

61. Wenn dies zutrifft, so erklärt es noch nicht, warum Fluggäste, die der Unannehmlichkeit einer Annullierung ausgesetzt sind, und solche, die der Unannehmlichkeit einer großen Verspätung ausgesetzt sind, unterschiedlich behandelt werden. Sowohl eine große Verspätung als auch eine Annullierung können (müssen aber nicht) in die Verantwortlichkeit des Unternehmens fallen. Die unterschiedliche Behandlung nach der Verordnung hängt aber nicht von einem Verschulden des Unternehmens ab. Sie richtet sich schlicht danach, ob das Vorkommnis als Verspätung oder als Annullierung klassifiziert wird. In den vorbereitenden Arbeiten findet sich auch keine andere objektive Erklärung für die Ungleichbehandlung.

62. Die Ungleichbehandlung kollidiert somit mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung.

63. Das wird dadurch bestätigt, dass der Gerichtshof im Urteil IATA und ELFAA klar und eindeutig entschieden hat, dass der Verbraucherschutz das Hauptziel der Verordnung ist. Aus der Sicht der Fluggäste werden Personen in einer vergleichbaren Situation unterschiedlich behandelt — zum Vorteil einer Kategorie (Fluggäste, deren Flüge annulliert wurden) und zum Nachteil der anderen Kategorie (Fluggäste, deren Flüge erheblich verspätet sind).

64. Zumindest auf den ersten Blick sieht es auch so aus, als könne das Hauptziel der Verordnung (ein verbesserter Verbraucherschutz) mit Maßnahmen erreicht werden, die den Gleichheitsgrundsatz beachten. Es ist natürlich Sache der Gemeinschaftsgesetzgebung, solche Maßnahmen zu prüfen und darüber zu entscheiden. [29]

65. Im vorliegenden Verfahren hat der Gerichtshof, von einer kurzen Erwähnung durch die polnische Regierung abgesehen, kein Vorbringen zu den potenziellen Auswirkungen des Grundsatzes der Gleichbehandlung auf die vorgelegten Fragen gehört. Die Möglichkeit, dass eine Untersuchung der Unterscheidung zwischen Verspätung und Annullierung zu dem Schluss führt, dass die Art, in der diese beiden Begriffe in der Verordnung eingesetzt werden, gegen das genannte grundlegende Prinzip des Gemeinschaftsrechts verstößt, ist daher nicht angemessen behandelt worden. Ich bin mir dessen bewusst, dass es Gegenargumente geben mag, die mir entgangen sind. Sowohl die Organe als auch die Mitgliedstaaten sollten die Gelegenheit erhalten, zu der von mir dargelegten Analyse Stellung zu nehmen und Argumente in Bezug auf eine objektive Rechtfertigung vorzutragen.

29 — Nur zur Veranschaulichung: Der automatische Ausgleich könnte auf Annullierungsfälle beschränkt werden, in denen innerhalb eines bestimmten Zeitraums (z. B. zwei Stunden) keine anderweitige Beförderung erfolgt, und es könnte ein automatischer Ausgleich für Verspätungen über diesen bestimmten Zeitraum hinaus vorgesehen werden. Bei Annullierungen wäre das Luftfahrtunternehmen (wie jetzt auch) nicht zum finanziellen Ausgleich verpflichtet, wenn es nachweisen könnte, dass die Verspätung oder die Annullierung auf außergewöhnliche Umstände zurückgeht, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären. Eine entsprechende Vorschrift wäre erforderlich, um Verspätungen zu erfassen, bei denen die Fluggesellschaft nachweisen kann, dass sie nicht verantwortlich war. Der bestimmte Zeitraum könnte, wenn erforderlich und angemessen, in Abhängigkeit von der Distanz des Fluges unterschiedlich ausfallen (wie es bei den gegenwärtigen Art. 6 Abs. 1 und 7 Abs. 2 der Verordnung der Fall ist). Eine solche Regelung würde, denke ich, auch den (im Urteil IATA und ELFAA, oben in Fn. 16 angeführt, Randnr 79, ausdrücklich angeführten) Erfordernissen der Verhältnismäßigkeit genügen.

66. Daher schlage ich dem Gerichtshof vor, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen und die Mitgliedstaaten, die Kommission, das Europäische Parlament und den Rat um Stellungnahme zu dieser Frage zu ersuchen.

67. Für den Fall, dass der Gerichtshof diesem Ansatz nicht zustimmen sollte, nehme ich im Folgenden zu der Frage Stellung, ob die Verordnung im Einklang mit dem Gleichheitsgrundsatz ausgelegt werden kann. [30]

Anzeichen dafür, dass ein Flug annulliert wurde

68. Zu den vor dem Gerichtshof, in der nationalen Rechtsprechung und im juristischen Schrifttum [31] als mögliche Anzeichen für die Annullierung eines Fluges angeführten Faktoren gehören: ein Wechsel des Luftfahrtunternehmens, ein Wechsel des Flugzeugs, eine Änderung der Flugnummer, eine Änderung des Start- oder Zielflughafens, die Rückgabe des Gepäcks an die Fluggäste, eine neue Fluggastabfertigung, eine neue Sitzzuteilung, die Umsetzung aller Fluggäste in ein oder mehrere andere Flugzeuge, die Ausgabe neuer Bordkarten und der Umstand, dass der Flug durch den Piloten (oder anderes Personal des Luftfahrtunternehmens) oder auf der Abfluganzeige als „annulliert" bezeichnet wird.

69. Der gesunde Menschenverstand legt nahe, dass alle diese Faktoren Anzeichen dafür sein können, dass ein Flug annulliert wurde und nicht nur verspätet ist. Je mehr Faktoren zusammen auftreten, desto wahrscheinlicher wird es, dass tatsächlich eine Annullierung vorlag. Umgekehrt meine ich nicht, dass irgendein einzelner Faktor ausschlaggebend sein kann.

70. Wird etwa ein Flugzeug außer Betrieb gesetzt, so führt dies nicht automatisch zur Annullierung des Fluges, für den es vorgesehen war. Der Flug kann noch durchgeführt werden, wenn ein Ersatzflugzeug zum Einsatz gebracht wird. [32] Dabei scheint mir unerheblich zu sein, ob die Fluggäste auf ein einziges Ersatzflugzeug oder mehrere Ersatzflugzeuge verwiesen werden. [33]

71. Eine ähnliche Analyse kann auf die meisten anderen vorgebrachten Faktoren angewandt werden. Sie sind ein fester Bestandteil von Luftreisen. Sie können im Kontext

30 — Eine Bestimmung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts ist möglichst so auszulegen, dass sie mit dem Vertrag und den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist (vgl. z. B. Urteil vom 10. Juli 2008, Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, Slg. 2008, I-4951, Randnr. 174 und die dort angeführte Rechtsprechung).

31 — Vgl. z. B. R. Schmid, „Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis — Ausgewählte Probleme bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004" *NJW* 2006, Nr. 26, S. 1843, E. Gaedtke, „Fluggastrechte: Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004", *VuR* 2007, S. 203 und 204, B. Wagner, „Verbesserung der Fluggastrechte durch die Verordnung (EG) Nr. 261/2004?", *VuR* 2006, S. 338 und 339, und die in diesen Aufsätzen angeführte Rechtsprechung.

32 — Vgl. meine in Fn. 15 angeführten Schlussanträge in der Rechtssache Kramme, Nr. 39.

33 — Ein im Vorlagebeschluss in der Rechtssache Böck und Lepuschitz erwähnter Faktor.

eines sonst normalen (nicht einmal unbedingt verspäteten) Fluges auftreten.

72. Die Kommission, die insoweit in der mündlichen Verhandlung von Herrn Böck und Frau Lepuschitz, Condor und der griechischen Regierung unterstützt worden ist, macht in ihren schriftlichen Erklärungen geltend, dass eine Änderung der Flugnummer [34] ein starkes Anzeichen dafür sei, dass ein Flug annulliert worden sei. [35] Ich stimme dem zu.

73. Dessen ungeachtet ist eine neue Flugnummer kein unfehlbarer Anhaltspunkt zur Unterscheidung verspäteter Flüge von annullierten Flügen. Die Flugnummer kann aus rein technischen Gründen, die von dem Luftfahrtunternehmen nicht kontrolliert werden, geändert worden sein, auch wenn sich keiner der Parameter des Fluges ändert. [36] Unter solchen Umständen kann die Änderung der Flugnummer kein schlüssiger Beweis für eine Annullierung sein. Umgekehrt zeigt die Beibehaltung der ursprünglichen Flugnummer nicht zwingend an, dass ein Flug nicht annulliert wurde.

74. Dasselbe gilt für Erklärungen des Personals des Luftfahrtunternehmens oder von anderem Flughafenpersonal dahin gehend, dass der Flug annulliert worden sei. Man kann sich unschwer einen endlosen Streit vor dem nationalen Gericht darüber vorstellen, ob das bedrängte Mitglied des Personals, das einem Fluggast in einer drängelnden, auf Aufmerksamkeit wartenden Menge an einem überfüllten Schalter mitgeteilt hat, dass der Flug annulliert sei, zu einer solchen Erklärung befugt war (oder ob sich das Mitglied des Personals und der Fluggast überhaupt hinreichend in einer gemeinsamen Sprache verständigen konnten, damit das, was auch immer gesagt wurde, eine eindeutige Bedeutung hat). Eine Ankündigung des Piloten oder ein offizieller Eintrag auf der Abflugtafel wäre verbindlicher, aber nicht notwendigerweise entscheidend.

75. Da keiner der oben angeführten Faktoren für sich allein ausschlaggebend sein kann, müssen die nationalen Gerichte die Bedeutung jedes einzelnen Faktors, wenn sie zusammen vorliegen, in jedem einzelnen Fall beurteilen. Das kann zu erheblichen Problemen hinsichtlich der Rechtssicherheit führen. [37]

76. Klar ist auch, dass Luftfahrtunternehmen selbst erheblichen Einfluss auf eine Reihe der Faktoren haben, die zur Unterscheidung von

34 — Ebenfalls im Vorlagebeschluss in der Rechtssache Böck und Lepuschitz als Faktor erwähnt.

35 — In ihrem Informationsdokument zu der Verordnung führt die Kommission desgleichen aus, dass ihrer Ansicht nach ein Flug „allgemein als annulliert betrachtet werden kann, wenn die Flugnummer für die Strecke geändert wird, für die der Fluggast einen Vertrag für einen bestimmten Tag und eine bestimmte Zeit hat“ (Informationsdokument der Generaldirektion Energie und Verkehr: Antworten auf Fragen zur Anwendung der Verordnung Nr. 261/2004, S. 3, einsehbar [in englischer Sprache] unter http://ec.europa.eu/transport/air_portal/ passenger_rights/doc/2008/q_and_a_en.pdf.

36 — Beispielsweise ist es auf einer Strecke, auf der ein Linienflugunternehmen einen täglichen Flug durchführt, ziemlich wahrscheinlich, dass die Flüge von Montag und Dienstag dieselbe Flugnummer haben. Wenn dem so ist und der Flug von Montag um 24 Stunden verspätet sein sollte, wäre es geboten, seine Flugnummer zu ändern, um eine potenzielle Verwirrung bei Anweisungen der Luftverkehrskontrollstellen zu vermeiden, da der Pilot des Fluges von Montag und der des Fluges von Dienstag zur selben oder annähernd zur selben Zeit den Start vorbereiten, um eine Abflugzeitspanne ersuchen, um die Erlaubnis zum Rollen bitten (usw.) würden.

37 — Vgl. unten, Randnrn. 89 und 90.

Verspätung und Annullierung herangezogen werden können. Es liegt im wirtschaftlichen Interesse dieser Unternehmen, Schritte dahin gehend zu unternehmen, dass ein Vorfall unhabhängig von der Dauer einer Verspätung als Verspätung und nicht als Annullierung eingestuft wird, und den Vortrag von Fluggästen, dass der Flug tatsächlich annulliert worden sei, (wo immer möglich) zu bestreiten. [38]

Die Zeit als Faktor zur Feststellung einer Annullierung

77. Anders als die oben aufgezählten Faktoren lässt sich der Zeitablauf nicht manipulieren. [39] Kann eine „übermäßig lange" Verspätung zu einer *De-facto*-Annullierung werden, die den Anspruch auf Ausgleich nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung entstehen lässt?

78. Die Familie Sturgeon, Herr Böck und Frau Lepuschitz, die österreichische, die französische, die griechische, die italienische, die polnische und die schwedische Regierung sowie die Kommission vertreten die Auffassung, dass eine Verspätung nach einem bestimmten Zeitablauf als Annullierung klassifiziert werden könne. Die Regierung des Vereinigten Königreichs dagegen meint, dass der Zeitablauf als Mittel zur Unterscheidung zwischen diesen beiden Vorkommnissen nur im Wege der Gemeinschaftsgesetzgebung ordnungsgemäß eingeführt werden könne. Condor argumentiert, dass Art. 19 des Übereinkommens von Montreal Fluggästen Anspruch auf Schadensersatz gewähre, wenn ihr Flug verspätet sei. Es sei daher unter dem Aspekt des Fluggastschutzes nicht erforderlich, eine große Verspätung als Annullierung im Sinne von Art. 5 der Verordnung zu verstehen.

79. Dieses letztgenannte Argument kann ich rasch abhandeln. Das Übereinkommen von Montreal ist in der Gemeinschaft tatsächlich anwendbar. Es sieht Schadensersatz entsprechend dem Grundsatz der Wiederherstellung vor. Ein solcher Schadensersatz kann in einem speziellen Fall für einen speziellen Fluggast günstiger sein als der ohne Nachweis eines tatsächlichen Schadens gewährte automatische und pauschale Ausgleich für die Annullierung eines Fluges nach Art. 7 Abs. 1 der Verordnung. Die Regelung nach der Verordnung weicht von dem System nach Art. 19 des Übereinkommens von Montreal ab und ergänzt es. [40] Fluggäste, deren Flug annulliert wurde, erhalten nach Art. 7 Abs. 1 der

38 — In einem Bericht zu den praktischen Auswirkungen der Verordnung äußert die Kommission die Befürchtung, dass Luftfahrtunternehmen Annullierungen nachträglich als große Verspätungen einstufen, um Ansprüche auf Ausgleichszahlungen zu vermeiden, doch war sie nicht in der Lage, eindeutige statistische Nachweise (ein Sinken der Zahl der Annullierungen und einen entsprechenden Anstieg der Zahl der Verspätungen) für diese Praxis finden: vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat gemäß Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 über die Anwendung und die Ergebnisse der Verordnung über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Betreuungsleistungen für Fluggäste im Falle der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen, KOM(2007) 168 endg., Nr. 4.1.2. Die vorliegenden Bezugnahmen zeigen das potenzielle Problem.

39 — Vgl. die scharfsinnige Bemerkung von Screwtape (ein älterer Teufel, der seinen Neffen in der Kunst der Versuchung unterrichtet) dahin gehend, dass Menschen immer für sich in Anspruch nähmen, „ihre" Zeit zu besitzen: „Die Menschen erheben immer Eigentumsansprüche, die im Himmel wie in der Hölle gleich komisch klingen" (C. S. Lewis, *The Screwtape Letters*, 1942, S. 112 und 113).

40 — Art. 12 Abs. 1 der Verordnung stellt klar, dass der pauschale Ausgleich nach Art. 7 Abs. 1 Schadensersatz nach dem Übereinkommen von Montreal nicht ersetzen soll.

Verordnung „ohne die Mühen gerichtlicher Geltendmachung“ [41] Ausgleich. Wenn große Verspätungen und Annullierungen Fluggästen ähnliche Unannehmlichkeiten verursachen, dann lässt es der Fluggastschutz angebracht erscheinen, dass Fluggäste in beiden Fällen in ähnlicher Weise in den Genuss eines praktischen Systems eines automatischen und pauschalen Ausgleichs kommen. Damit ist das Argument von Condor hinreichend abgehandelt.

80. Was ist von dem zentralen Argument zu halten, dass eine Verspätung nach einer bestimmten Zeit zu einer *De-facto*-Annullierung wird?

81. Nach dem gesunden Menschenverstand ist die Zeit natürlich ein Faktor für die Feststellung, ob ein Flug annulliert wurde. Wenn eine Reihe der oben aufgelisteten Faktoren zusammen auftritt und/oder der Flug über einen übermäßigen Zeitraum verspätet ist, ist dies ein sehr starkes Indiz dafür, dass der entsprechende Flug tatsächlich annulliert wurde.

82. Außerdem wird, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, bei der Buchung eines Fluges durch einen Fluggast implizit ein Vertrag mit dem Luftfahrtunternehmen über die Beförderung zwischen zwei Orten zu einer bestimmten Zeit geschlossen. Wenn die Abflugzeit übermäßig verzögert wird, lässt sich kaum behaupten, dass es sich bei dem Flug noch um den „geplanten Flug“ [42] handelt. Wenn also z. B. ein regelmäßiger Flug jeden Tag zur selben Zeit durchgeführt wird, dann ist der Umstand, dass der Flug nach dem Start des Fluges vom nächsten Tag noch nicht gestartet ist, unter normalen Umständen ein starker Anhaltspunkt dafür, dass der erste Flug annulliert wurde. [43]

83. In Ermangelung einer Definition muss der Begriff „Verspätung“ im Licht der Vorschriften der Verordnung insgesamt und im Hinblick auf ihre Ziele ausgelegt werden. [44] Wenn der Zeitablauf als bedeutender Faktor für die Feststellung einer Annullierung behandelt würde, so würde dies das Ziel der Verordnung, den Schutz der Fluggäste zu verbessern, eindeutig stärken. Allerdings stößt dieser Ansatz auf zwei Schwierigkeiten. Erstens stellt sich die Frage, was unter „übermäßiger“ Verspätung zu verstehen ist. Und zweitens die, ob es zulässig ist, die Verordnung so auszulegen, dass eine übermäßige Verspätung als *De-facto*-Annullierung eingestuft wird.

41 — Vgl. Urteil IATA und ELFAA, oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 45, wo der Gerichtshof den Unterschied zwischen dem System des Übereinkommens von Montreal und dem automatischen Anspruch nach Art. 6 der Verordnung auf Unterstützungsleistungen bei Verspätungen erläutert hat.

42 — Vgl. die Definition der „Annullierung“ in Art. 2 Buchst. l der Verordnung.

43 — Ich behaupte nicht, dass die Anwendung dieser Leitlinie bei einem wöchentlich durchgeführten Flug bedeuten sollte, dass ein Ausgleich wegen Annullierung erst nach dem Start des Fluges der folgenden Woche beansprucht werden kann.

44 — Vgl. entsprechend Urteil Emirates Airlines, oben in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 27 und 28.

Wann ist eine Verspätung „übermäßig“?

84. Die Kommission weist zu Recht darauf hin, dass die Verordnung keine Grundlage dafür bietet, irgendeinen bestimmten Zeitpunkt zu identifizieren, ab dem eine Verspätung als Annullierung eingestuft werden kann. Die Verordnung stellt klar, dass eine Verspätung länger als fünf Stunden dauern (Art. 6 Abs. 1 Ziff. iii) und sich zumindest auf den nächsten Tag erstrecken kann, vielleicht sogar darüber hinaus (Art. 6 Abs. 1 Ziff. ii in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Buchst. b erster Gedankenstrich).

85. Die französische Regierung bemerkt, dass die Verordnung eine Reihe von Elementen enthalte, die als Hinweise dienen könnten. Nach Art. 6 Abs. 1 der Verordnung variiert der Zeitraum, der zu einer Pflicht zum Angebot bestimmter Formen von Unterstützung führt, entsprechend der Länge des Fluges: zwei Stunden oder mehr bei Flügen über eine Entfernung von 1 500 km oder weniger [45], drei Stunden oder mehr bei allen innergemeinschaftlichen Flügen über eine Entfernung von mehr als 1 500 km und bei allen anderen Flügen über eine Entfernung zwischen 1 500 km und 3 500 km [46] und vier Stunden oder mehr bei allen anderen Flügen [47]. Die Gemeinschaftsgesetzgebung hat den Anspruch auf Unterstützungsleistungen somit von der Distanz des Fluges abhängig gemacht — Fluggäste, die weiter reisen, müssen länger warten, bevor ihnen ein Anspruch auf Unterstützungsleistungen zusteht. [48]

86. Bei der Beurteilung, wann eine Verspätung „übermäßig“ wird und damit als Annullierung eingestuft werden kann, könnten die in diesen Bestimmungen angegebenen unterschiedlichen Zeiträume herangezogen werden. Damit eine Verspätung „übermäßig“ ist, müsste sie allerdings zwingend nennenswert länger dauern als diese jeweiligen Bezugsgrößen. Die Frage wäre dann: um wie viel länger?

87. Es erscheint mir unmöglich, mit einem akzeptablen Maß an Präzision festzustellen, welcher Zeitraum genau verstrichen sein muss, bevor eine Verspätung „übermäßig“ wird.

88. Es wäre daher Sache des nationalen Gerichts, in jedem Einzelfall den Sachverhalt zu beurteilen und sich — gestützt eher auf eine Mischung aus nationaler Rechtstradition, gesundem Menschenverstand und Instinkt als auf eine präzise Norm des Gemeinschaftsrechts — eine Meinung darüber zu bilden, ob die bei ihm in Rede stehende Verspätung „übermäßig“ war und demnach als *De-facto*-Annullierung anzusehen ist. Die

45 — Buchst. a.
46 — Buchst. b.
47 — Buchst. c.

48 — Vgl. in ähnlicher Weise Art. 7 Abs. 2 und entsprechend Art. 5 Abs. 1 Buchst. c Ziff. ii und iii der Verordnung. Die Erwägungsgründe der Verordnung bieten keine Erklärung für den gestaffelten Anspruch auf Unterstützungsleistungen, der eher einer pragmatischen Beurteilung der Frage geschuldet sein mag, welche wirtschaftliche Belastung den Luftfahrtunternehmen akzeptablerweise auferlegt werden kann (unter Berücksichtigung bekannter Verspätungsmuster bei Kurz-, Mittel- und Langstreckenflügen), als einer tieferen Logik betreffend die jeweiligen Bedürfnisse der Fluggäste.

bisherige Rechtsprechung lässt darauf schließen, dass die nationalen Gerichte sehr unterschiedliche Standpunkte dazu vertreten, ob bei der Entscheidung darüber, ob eine Annullierung vorliegt, der Zeitablauf zu berücksichtigen ist und, wenn ja, in welchem Umfang. [49] Abgesehen von der Bestätigung, dass der Zeitablauf ein wichtiger Faktor bei der Feststellung einer Annullierung sein kann und dass die geplante Distanz des Fluges bei der Beurteilung, ob eine Verspätung übermäßig geworden ist, zu berücksichtigen ist, kann der Gerichtshof den nationalen Gerichten an speziellen hilfreichen Leitlinien nur wenig an die Hand geben.

Ist es zulässig, eine Verspätung als eine De-facto-Annullierung zu behandeln?

89. Die sich daraus ergebende Unbeständigkeit der Ergebnisse dürfte in Konflikt mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit geraten.

90. Nach ständiger Rechtsprechung gebietet der Grundsatz der Rechtssicherheit — der einer der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ist — insbesondere, dass Rechtsvorschriften, vor allem dann, wenn sie nachteilige Folgen für Einzelne und Unternehmen haben können, klar, bestimmt und in ihren Auswirkungen voraussehbar sein müssen. [50] Die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit sind somit Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung und müssen dementsprechend von den Gemeinschaftsorganen beachtet werden. [51] Es ist eindeutig wichtig, dass sowohl Fluggäste als auch Luftfahrtunternehmen den Umfang ihrer Rechte und Pflichten kennen. Wenn es den nationalen Gerichten in den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, zu entscheiden, wann eine Verspätung „übermäßig" ist, wird es für beide Parteien wenig Klarheit, Bestimmtheit oder Vorhersehbarkeit hinsichtlich des Ergebnisses geben.

91. Wenn es möglich wäre, entweder einen präzisen Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem eine Verspätung übermäßig wird, oder eine Reihe von Kriterien aufzustellen, die dem nationalen Gericht als effektive Leitlinie dienen könnten, dann wäre die Beantwortung dieser Frage mit einer Wahl zwischen einer sehr teleologischen Herangehensweise an den Verbraucherschutz und dem reinen Wortlaut der Verordnung verbunden.

92. Im vorliegenden Fall scheint mir die Wahl eine einfachere zu sein.

49 — Vgl. etwa die Rechtsprechung, die in den in Fn. 31 zitierten Aufsätzen angeführt wird.

50 — Vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 18. Dezember 2008, Altun, C-337/07, Slg. 2008, I-10323, Randnr. 60 und die dort angeführte Rechtsprechung. Zu diesem Grundsatz und dem berechtigter Erwartungen allgemein vgl. etwa S. Schønberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, 2000.

51 — Urteil des Gerichtshofs vom 19. März 2009, Mitsui & Co. Deutschland, C-256/07, Slg. 2008, I-1951, Randnr. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung.

93. Mit jeder in einer Zahl ausgedrückten Schwelle für die mögliche Beanspruchung eines Rechts werden zwei Gruppen umrissen — die Glücklichen und die Unglücklichen —, und der Gesetzgeber muss bei der Festlegung der entsprechenden Schwelle darauf achten, dass er nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstößt. Der Gesetzgeber hat das Recht, eine Zahl festzulegen und sie, soweit seine Wahl als gegen diesen Grundsatz verstoßend angegriffen wird, als objektiv gerechtfertigt zu verteidigen. Die tatsächliche Wahl der magischen Zahl ist ein Vorrecht der Gesetzgebung. Soweit *jede* Zahl in gewissem Grad willkürlich ist, wird ihre Willkürlichkeit durch dieses Vorrecht (den Ermessensspielraum des Gesetzgebers) gedeckt.

94. Der Gemeinschaftsgesetzgeber kann somit eine besondere zeitliche Grenze (23 1/2 Stunden, 24 Stunden, 25 Stunden oder 48 Stunden — welche auch immer) festlegen, die einen Anspruch auf Ausgleich auslöst. Der Gerichtshof kann dies nicht. Jede Zahl, die man herausgreifen würde, würde implizieren, dass etwas in die Verordnung hineingelesen wird, was sie einfach nicht enthält, und wäre ein Übergreifen der Rechtsprechung auf Vorrechte der Gesetzgebung.

95. Noch grundlegender ist: Nach dem gegenwärtigen System der Verordnung hätten, *welche Schwelle auch immer gewählt wird*, alle Fluggäste annullierter Flüge weiterhin einen automatischen Anspruch auf Ausgleich, während nur Fluggäste übermäßig verspäteter Flüge (wie auch immer der Gerichtshof diesen Begriff definieren sollte) einen solchen Anspruch hätten. Einige Fluggäste in objektiv gleichartigen Situationen würden immer noch unterschiedlich behandelt. Einige Fluggäste, die nur geringen Unannehmlichkeiten ausgesetzt waren, würden immer noch automatisch Ausgleich erhalten, während andere, die erheblich größeren Unannehmlichkeiten ausgesetzt waren, ohne Ausgleich blieben. [52]

Ergebnis hinsichtlich der Fragen betreffend Verspätung und Annullierung

96. Mir scheint, dass man in dem Bemühen, Scylla zu entgehen (offensichtliche Diskriminierung solcher Fluggäste, deren Flüge übermäßig verspätet sind, im Vergleich zu Fluggästen, die automatischen Ausgleich für ihren annullierten Flug erhalten), sofort zu Charybdis geschwemmt wird (rechtliche Unsicherheit). Überdies werden die tiefer liegenden Schwierigkeiten, die ich oben in Bezug auf den Grundsatz der Gleichbehandlung ausgemacht habe, unglücklicherweise nicht dadurch gelöst, dass man einen teleologischen Ansatz hinsichtlich der „übermäßigen Verspätung“ wählt. Diese Schwierigkeiten sind, so scheint es mir, der Struktur der Verordnung in ihrer gegenwärtigen Gestalt inhärent.

52 — Vgl. die oben in den Nrn. 53, 55 und 56 angegebenen Beispiele.

97. Weil ich meine, dass das zugrunde liegende Problem nicht durch eine — auch noch so schöpferische — Auslegung „festgelegt“ werden kann, schlage ich dem Gerichtshof vor, nach Art. 61 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen und die Mitgliedstaaten, die Kommission, das Europäische Parlament und den Rat um Stellungnahme zu der Frage zu ersuchen, ob die Art. 5 und 7 der Verordnung sowie deren Art. 6 und insbesondere die damit vorgenommene Unterscheidung zwischen Annullierung und Verspätung angesichts des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungültig sind.

Zum Begriff der „außergewöhnlichen Umstände“

98. Mit der dritten in der Rechtssache Böck und Lepuschitz vorgelegten Frage soll geklärt werden, ob technische Gebrechen eines Flugzeugs und die dadurch hervorgerufenen Flugplanänderungen von der Definition außergewöhnlicher Umstände erfasst werden.

99. Ich habe diese Frage ausführlich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Kramme [53] behandelt, doch wurde das Vorabentscheidungsersuchen vor dem Erlass des Urteils durch den Gerichtshof zurückgenommen. Ein ähnliches Ersuchen wurde anschließend in der Rechtssache Wallentin-Hermann [54] vorgelegt.

100. In seinem Urteil hat der Gerichtshof entschieden, dass Art. 5 Abs. 3 der Verordnung „dahin auszulegen ist, dass ein bei einem Flugzeug aufgetretenes technisches Problem, das zur Annullierung eines Fluges führt, nicht unter den Begriff ‚außergewöhnliche Umstände‘ im Sinne dieser Bestimmung fällt, es sei denn, das Problem geht auf Vorkommnisse zurück, die aufgrund ihrer Natur oder Ursache nicht Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit des betroffenen Luftfahrtunternehmens sind und von ihm tatsächlich nicht zu beherrschen sind“ [55].

101. Die dritte Frage in der Rechtssache Böck und Lepuschitz ist natürlich genauso zu beantworten.

53 — Angeführt in Fn. 15.
54 — Angeführt in Fn. 20.
55 — Urteil Wallentin-Hermann, angeführt in Fn. 20, Randnr. 34.

Ergebnis

102. Dementsprechend schlage ich vor:

1. Vor der Entscheidung über die Fragen des Bundesgerichtshofs und die erste und die zweite Frage des Handelsgerichts Wien sollte der Gerichtshof nach Art. 61 der Verfahrensordnung die mündliche Verhandlung wiedereröffnen und die Mitgliedstaaten, die Kommission, das Europäische Parlament und den Rat um Stellungnahme zu der Frage ersuchen, ob die Art. 5 und 7 sowie Art. 6 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 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 angesichts des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungültig sind, soweit damit zwischen Annullierung und Verspätung (ungeachtet ihrer Dauer) unterschieden wird.

2. Beim Erlass des Urteils sollte die dritte Frage des Handelsgerichts Wien wie folgt beantwortet werden:

   Art. 5 Abs. 3 der Verordnung Nr. 261/2004 ist dahin auszulegen, dass ein bei einem Flugzeug aufgetretenes technisches Problem, das zur Annullierung eines Fluges führt, nicht unter den Begriff „außergewöhnliche Umstände“ im Sinne dieser Bestimmung fällt, es sei denn, das Problem geht auf Vorkommnisse zurück, die aufgrund ihrer Natur oder Ursache nicht Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit des betroffenen Luftfahrtunternehmens sind und von ihm tatsächlich nicht zu beherrschen sind.