daraus alle Konsequenzen, insbesondere die der Nichtigkeit der von der Feststellung betroffenen Tarifabsprachen nach Artikel 85 Absatz 2, ziehen.

5. Die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag betreffen zwar das Verhalten von Unternehmen und nicht Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, gleichwohl begründet der EWG-Vertrag aber für letztere die Verpflichtung, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmungen ausschalten könnten. Ein solcher Fall ist insbesondere gegeben, wenn ein Mitgliedstaat Artikel 85 zuwiderlaufende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt.

6. Es widerspricht den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nach Artikel 5 in Verbindung mit den Artikeln 3 Buchstabe f und 85, insbesondere Absatz 1, EWG-Vertrag, Flugtarife zu genehmigen und damit ihre Wirkungen zu verstärken, wenn in Ermangelung einer vom Rat nach Artikel 87 erlassenen Regelung in den Formen und Verfahren der Artikel 88 oder 89 Absatz 2 festgestellt wurde, daß diese Tarife das Ergebnis von Vereinbarungen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen oder abgestimmten Verhaltensweisen sind, die Artikel 85 zuwiderlaufen.

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ
vom 24. September 1985

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

A. 1. Im Mittelpunkt der Vorabentscheidungsverfahren, zu denen ich heute Stellung nehme, steht die Frage, ob die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags auf die Tariffestsetzung im Luftverkehr in der Gemeinschaft und im internationalen Luftverkehr anwendbar sind.

Diese Problematik hat sich in Strafverfahren gestellt, die in Frankreich gegen Verantwortliche von Luftfahrtgesellschaften, gegen die Luftfahrtgesellschaften selbst, gegen Verantwortliche von Reiseunternehmen und die Reiseunternehmen selbst eingeleitet wurden. Unter den Luftfahrtgesellschaften befindet sich ein Unternehmen, dessen Sitz nicht in der Gemeinschaft liegt, nämlich die Fluggesellschaft Air Lanka aus Ceylon.

Den Angeklagten wird vorgeworfen, im Jahre 1981 unter Verletzung der Artikel L 330-3, R 330-9 und R 330-15 des französischen Code de l'aviation civile (Luftverkehrsgesetzbuch) beim Verkauf von Flugtickets vom Minister für die Zivilluftfahrt nicht genehmigte Tarife verwendet zu haben, im Klartext die Tickets billiger verkauft zu haben. Die Flugtickets waren für die Linien Paris-Amsterdam-Bangkok, Paris-London-San Francisco, Paris-London-New York, Paris-London-Miami, Paris-London-Hongkong, Paris-London-Tokio, London-Paris-Bombay und Paris-Colombo ausgestellt.

Gemäß Artikel L 330-3 darf Flugverkehr nur von vom Minister für Zivilluftfahrt zugelassenen Unternehmen durchgeführt werden. Diese Unternehmen müssen ihre Tarife demselben Minister zur Genehmigung vorlegen.

Artikel R 330-9 regelt Einzelheiten des Genehmigungsverfahrens. Nach dessen Absatz 2 Satz 1 gelten diese Bestimmungen auch für ausländische Unternehmen. Nach Absatz 2 Satz 2 können die Vorschläge entweder durch die Luftfahrtunternehmen selbst oder durch eine Berufsvereinigung vorgelegt werden, die vom Minister anerkannt worden ist. Nach Absatz 2 Satz 3 gelten die eingereichten Tarife als genehmigt, wenn der Minister nicht binnen Monatsfrist Widerspruch erhebt. Aufgrund von Artikel R 330-15 können Verstöße gegen diese Bestimmungen mit Gefängnis von zehn Tagen bis zu einem Monat und mit Geldstrafe von 600 bis 1 000 FF oder mit einer dieser Strafen belegt werden [1].

Das Tribunal de police Paris (Strafgericht erster Instanz), vor dem die Anklage erhoben worden war, hat zunächst entschieden, daß die genannten Bestimmungen des Code de l'aviation civile nur für die Luftverkehrsunternehmen gälten, die Reiseunternehmen und deren Verantwortliche jedoch nicht in den persönlichen Geltungsbereich dieser Bestimmungen fielen. Es hat danach festgestellt, nach den genannten nationalen Bestimmungen müßten die Flugverkehrsgesellschaften Flugtarife für jede einzelne Linie festlegen und sie zur Vermeidung strafrechtlicher Sanktionen dem Minister zur Genehmigung vorlegen.

Dem folgt die nachstehende Erörterung des Gerichts, die ich wegen ihrer Bedeutung wörtlich zitieren möchte:

„Diese Bestimmungen, die eine Abstimmung unter den Luftverkehrsunternehmen herbeiführen, bewirken sicherlich eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes.

Diese Praktiken sind deshalb mit Artikel 85 EWG-Vertrag unvereinbar.

Der unmittelbaren Anwendung des Artikels 85 kann auch nicht Artikel 84 Absatz 2 EWG-Vertrag entgegengehalten werden.

Artikel 84 ist die letzte Bestimmung des die gemeinsame Verkehrspolitik betreffenden Titels IV des Zweiten Teils des EWG-Vertrags, deren Organisation für die Luftfahrt er einer Entscheidung des Rates überläßt [2]. Zugleich wird die ausschließliche Anwendung des Artikels auf den Titel, an dessen Ende er sich findet, klargestellt.

Artikel 85 findet sich in Titel I Kapitel 1 des Dritten Teils des EWG-Vertrags und betrifft die Regeln für den Wettbewerb unter Unternehmen.

Die unter Luftverkehrsgesellschaften abgesprochenen und aufgrund gemeinsamer Vereinbarung zur Genehmigung vorgelegten Tarife können folglich als gemeinschaftsrechtswidrig nicht berücksichtigt werden.

Gleichwohl bleibt die Frage, ob die in der Anklage angezogenen französischen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen (Artikel L 330-3, R 330-9 und R 330-15 des Code de l'aviation civile) im Hinblick auf Gemeinschaftsrecht gültig sind.

Diese Frage kann nur vom Gerichtshof der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft entschieden werden."

Aus diesen Gründen hat das Tribunal de police Paris mit Urteilen vom 2. März 1984 zunächst die Verantwortlichen der Reiseunternehmen freigesprochen und die Reiseunternehmen selbst außer Verfolgung gesetzt, sodann die Strafverfahren gegen die Verantwortlichen der Luftverkehrsgesellschaften und die Luftverkehrsgesellschaften selbst abgetrennt und die Akten dem Gerichtshof der „Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft"

1 — Der Originaltext dieser Bestimmungen ist im Anhang zu diesen Schlußanträgen wiedergegeben.

2 — Damit ist wohl gemeint, daß der Rat durch besonderen Beschluß darüber entscheiden kann, ob, inwieweit und nach welchen Verfahren geeignete Vorschriften für die Luftfahrt zu erlassen sind.

zur Vorabentscheidung über die Frage vorgelegt, „ob die Artikel L 330-3, R 330-9 und R 330-15 des französischen Code de l'aviation civile dem Gemeinschaftsrecht entsprechen".

Gegen diese Urteile hat die Staatsanwaltschaft am 9. März 1984 Berufung bei der Cour d'appel eingelegt und u. a. beantragt, unverzüglich über die Zulässigkeit der Berufung zu entscheiden.

Mit Beschluß vom 28. März 1984 hat der Präsident der dreizehnten Kammer der Cour d'appel Paris entschieden, daß kein Anlaß bestehe, unverzüglich über die Zulässigkeit der Berufung zu entscheiden, da dies im Interesse einer ordentlichen Rechtspflege nicht geboten sei.

Ob die Berufungsverfahren vor der Cour d'appel inzwischen fortgeführt wurden, läßt sich den dem Gerichtshof vorliegenden Akten nicht entnehmen. Nach dem unwidersprochenen Vortrag des Vertreters des Herrn Maillot in der mündlichen Verhandlung vom 9. Juli 1985 ruhen z. Z. einige Strafverfahren in Erwartung einer Entscheidung des Gerichtshofes.

2. Bevor ich auf die Erklärungen der an diesem Rechtsstreit beteiligten Parteien eingehe, ist es zunächst angebracht, den völkerrechtlichen Rahmen darzustellen, innerhalb dessen sowohl die Fluggesellschaften als auch die staatlichen Behörden bei der Genehmigung von Flugtarifen tätig werden [3].

Die europäische Zivilluftfahrt ist im wesentlichen nach denjenigen rechtlichen Grundsätzen geregelt, die weltweit Anwendung finden. Insofern läßt sich das System des europäischen Luftrechts grundsätzlich als Teil des weltweiten Systems von luftrechtlichen Rechtsbeziehungen auffassen. Sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft sind Mitglieder der Convention on International Civil Aviation vom 7. Dezember 1944 (Abkommen von Chicago) [4]. Dieses Abkommen, das inzwischen quasi universelle Anwendung gefunden hat, legt die tragenden rechtlichen Grundsätze für die internationale Zivilluftfahrt nieder und enthält in seinem Abschnitt II die Satzung der internationalen Zivilluftfahrtorganisation (International Civil Aviation Organization — ICAO).

Der wohl wichtigste Grundsatz ist in Artikel 1 des Abkommens enthalten:

„Die Vertragsstaaten erkennen an, daß jeder Staat über seinem Hoheitsgebiet volle und ausschließliche Lufthoheit besitzt."

Aus dieser grundlegenden Bestimmung zieht Artikel 6 des Abkommens folgende Konsequenz:

„Planmäßiger internationaler Fluglinienverkehr über oder in das Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats darf nur mit der besonderen Erlaubnis oder mit einer sonstigen Ermächtigung dieses Staates und nur in Übereinstimmung mit den Bedingungen dieser Erlaubnis oder Ermächtigung betrieben werden."

Auf der Grundlage des Artikels 6 des Abkommens von Chicago haben zahlreiche Staaten untereinander bilaterale Verkehrsabkommen über Liniendienste abgeschlossen; das auf diese Weise entstandene Netzwerk vertraglicher Luftfahrtbeziehung ist nach Angaben der ICAO auf etwa 1 700 Abkommen angewachsen.

Der Regelungsgegenstand eines solchen Abkommens besteht üblicherweise in der Einräumung bestimmter Verkehrsrechte, bezogen auf bestimmte Routen, in der Einräumung bestimmter Hilfsrechte, die die

3 — Siehe J. Erdmenger, Kommentar zu Artikel 84 EWG-Vertrag, Anmerkung 48 ff., in: Groeben-Boeckh-Thiesing-Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, 1983; L. Weber, *Die Zivilluftfahrt im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Berlin, Heidelberg, New York, 1981, S. 42 ff.

4 — *United Nations Treaty Series (UNTS)*, Band 15, S. 295.

Durchführung der Liniendienste ermöglichen sollen, und schließlich in der Festlegung von Einzelheiten über die Ausübung der Verkehrsrechte. Zu den letzteren gehören insbesondere die Bestimmungen über die Kapazität, über die Festsetzung der Tarife, über die Designierung der Luftfahrtunternehmen sowie in vielen Fällen über die Zusammenarbeit zwischen den Luftfahrtunternehmen [5].

Für unsere Rechtssachen von besonderer Bedeutung sind die Tarifklauseln. Sie legen das Verfahren fest, nach dem die Tarife auf den ausgehandelten Routen bestimmt werden sollen.

In den allermeisten Fällen wird dies ausdrücklich den Luftfahrtunternehmen überlassen, meist mit einem besonderen Hinweis auf die Tarifabsprachen im Rahmen der International Air Transport Association (IATA), einer privatrechtlichen Vereinigung kanadischen Rechts, der zahlreiche Fluggesellschaften aus vielen Staaten angehören. Die Tarifabsprachen unterliegen stets der Genehmigung beider beteiligten Regierungen.

Eine Reihe europäischer Staaten, unter ihnen sechs Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften — darunter Frankreich —, haben sich im Internationalen Abkommen über das Verfahren zur Festsetzung der Tarife für Liniendienste im Luftverkehr, unterzeichnet am 10. Juli 1967 in Paris, auf eine einheitliche Regelung dieser Fragen geeinigt [6]. Der Inhalt des Abkommens zielt auf die Vereinheitlichung, Verbesserung und Erhöhung der Praktikabilität des Konsultationsverfahrens in Tariffragen ab. Die Vereinheitlichung wurde technisch dadurch erzielt, daß der Inhalt des Abkommens an die Stelle sämtlicher Tarifklauseln in den bilateralen Übereinkommen zwischen den Partnern des Abkommens tritt.

3. Zu den vom Tribunal de police vorgelegten fünf fast identischen Vorabentscheidungsersuchen haben sich eine Reihe von Beteiligten geäußert, nämlich der — in erster Instanz freigesprochene — Herr Maillot, die — ebenfalls außer Verfolgung gesetzte — Firma Nouvelles Frontières, die Fluggesellschaften KLM und Air France, die Regierungen der Französischen Republik, der Italienischen Republik, des Königreichs der Niederlande und des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften. Die genannten Erklärungen enthalten Ausführungen zum völkerrechtlichen Rahmen und zur internationalen Praxis der Tariffestsetzung im Luftverkehr, zur Auslegung des französischen Rechts durch das Tribunal de police und zum Stand der Gesetzgebungsarbeiten der Gemeinschaft auf dem Luftverkehrssektor. Die Stellungnahmen zu den durch die Vorabentscheidungsersuchen aufgeworfenen Problemen des geltenden Gemeinschaftsrechts betreffen im wesentlichen drei Schwerpunkte, nämlich die Frage nach der Zulässigkeit der Vorabentscheidungsersuchen bzw. der Zuständigkeit des Gerichtshofes, über diese zu entscheiden, die Frage der Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften auf die Tariffestsetzung im Luftverkehr sowie die Frage, welche Folgen sich ergeben, falls die Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften auf diesem Wirtschaftssektor bejaht wird.

a) *Zur Zulässigkeit der Vorabentscheidungsersuchen*

Die Fluggesellschaften *Air France* und *KLM*, die *Französische* und die *Italienische Republik* halten die Vorlagefragen für unzulässig. Das vorlegende Gericht habe die Geltung des Artikels 85 EWG-Vertrag für den Luftverkehrssektor bejaht und folglich die Tarifabsprachen, die den genehmigten Tarifen zugrunde gelegen hätten, bereits gemäß Ar-

5 — Siehe als Beispiel das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Frankreich vom 4. Oktober 1955 (*UNTS*, Band 353, S. 203, BGBl. 1956, II, S. 1078), insbesondere Artikel 18.

6 — *UNTS*, Band 696, S. 31.

tikel 85 Absatz 2 für nichtig erklärt. Angesichts der Begründung der Vorlageurteile sei die vom Gerichtshof erbetene Auslegung für die Entscheidung der vor dem nationalen Gericht anhängigen Verfahren nicht erforderlich.

Selbst wenn man die Praxis des Gerichtshofes in Betracht ziehe, Vorabentscheidungsersuchen umzuformulieren, um dem vorlegenden Gericht die erforderlichen Erkenntnisse zur Entscheidung seines eigenen Rechtsstreits zu vermitteln, könne man im hier vorliegenden Fall nach Auffassung der *Regierung der Italienischen Republik* nicht zu einer zulässigen Vorlagefrage gelangen. Das Tribunal de police lege nicht dar, welche Norm des Gemeinschaftsrechts für seine eigene spätere Entscheidung ausgelegt werden müsse. In den Vorabentscheidungsersuchen sei zwar von der Unvereinbarkeit der abgestimmten Flugtarife mit Artikel 85 EWG-Vertrag die Rede, sie enthielten jedoch keinerlei Hinweis auf die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, mit denen die nationalen Vorschriften in Konflikt stehen könnten.

Nach Auffassung der beiden *Fluggesellschaften* hätte das Tribunal de police aufgrund seiner Rechtsauffassung alle Angeklagten freisprechen müssen. Eine eventuelle Entscheidung des Gerichtshofes könne somit die konkrete Entscheidung des Tribunal de police nicht beeinflussen. Diese Auffassung werde durch das Urteil des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1981[7] bestätigt. Dort habe der Gerichtshof entschieden, es sei nicht seine Aufgabe, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben, sondern einen Beitrag zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten zu leisten. Daher wäre der Gerichtshof nicht für die Beantwortung von Auslegungsfragen zuständig, die ihm im Rahmen konstruierter Verfahren vorgelegt würden, mit deren Hilfe die Parteien den Gerichtshof zur Stellungnahme zu gemeinschaftsrechtlichen Fragen veranlassen wollten, deren Beantwortung für die Entscheidung eines Rechtsstreits nicht objektiv erforderlich sei.

Im übrigen beruhe die Vorlagefrage auf einer falschen Auslegung des französischen Rechts, da die Tarifabstimmung zwischen den Luftverkehrsgesellschaften nicht von diesem, sondern vom einschlägigen Völkerrecht verlangt werde.

Das vorlegende Gericht gebe nicht an, anhand welcher gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen der Gerichtshof das einschlägige französische Recht prüfen solle, da nur von der Vereinbarkeit mit dem „Gemeinschaftsrecht" die Rede sei. Dieser Ausdruck sei so unbestimmt, daß der Gerichtshof auch unter Berücksichtigung der Begründung der Vorlageurteile die Vorlagefrage nicht in einer Weise umformulieren könne, daß sie unter Artikel 177 EWG-Vertrag und damit in die Zuständigkeit des Gerichtshofs falle.

Die *Kommission* der Europäischen Gemeinschaften weist ebenfalls zunächst darauf hin, daß die Vorlagefrage in ihrer konkreten Formulierung als unzulässig anzusehen sei. Der Gerichtshof könne im Verfahren nach Artikel 177 EWG-Vertrag nicht über die Vereinbarkeit von Bestimmungen eines nationalen Gesetzes mit dem Vertrag befinden. Die Kommission stützt sich jedoch dann auf die ständige Praxis des Gerichtshofes, in einem derartigen Falle die Vorabentscheidungsfrage umzuformulieren, um dem vorlegenden Gericht alle Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts an die Hand zu geben, die dieses in die Lage versetzen, über die Frage der Vereinbarkeit selbst zu entscheiden. Die Kommission schlägt somit vor, die Frage wie folgt zu fassen:

„Sind nach dem EWG-Vertrag nationale Bestimmungen eines Mitgliedstaates über die Festsetzung von Luftverkehrstarifen ver-

7 — Urteil vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80, Pasquale Foglia/Mariella Novello, Slg. 1981, 3045 ff., hier 3062 f.

boten, wenn diese Bestimmungen die betroffenen Luftverkehrsunternehmen dazu zwingen, sich über diese Tarife vorab abzustimmen, oder wenn sie die Beachtung der derart abgestimmten Tarife durch ein Genehmigungsverfahren seitens der öffentlichen Gewalt erzwingen, welches mit Strafsanktionen für die Mißachtung der genehmigten Preise verbunden ist?"

Ähnlich sieht das Reiseunternehmen *Nouvelles Frontières* das Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal de police. Diesem Ersuchen liege die Frage zugrunde, ob der EWG-Vertrag auf dem Gebiet des Luftverkehrs es zulasse, daß ein Mitgliedstaat ein Genehmigungsverfahren vorschreibe, welches seinerseits eine Absprache über die Dienstleistungen und ihre Preise verlange, und zwar insbesondere dann, wenn diese Verpflichtung eine Verfälschung des Wettbewerbs zwischen Mitgliedstaaten zur Folge habe.

b) *Zur Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften auf den Luftverkehr*

Die Firma *Nouvelles Frontières*, Herr Maillot, die niederländische und die britische Regierung sowie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften halten die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags für anwendbar auf dem Gebiet der Luftfahrt, während die Fluggesellschaften Air France und KLM sowie die italienische und die französische Regierung gegenteiliger Auffassung sind.

Nach Auffassung von *Nouvelles Frontières* gelten die Wettbewerbsregeln auch für den Luftverkehr. Zwar sei die Verordnung Nr. 17 über die Anwendung der Artikel 85 und 86 [8] gemäß der Verordnung Nr. 141 [9] auf den Verkehr nicht anwendbar. Die *direkte Zuständigkeit der Kommission* sei auch in der Verordnung Nr. 1017/68 [10] nur für den Eisenbahn-, den Straßenbahn- und den Binnenschiffahrtsverkehr wiederhergestellt worden. Gleichwohl ergebe sich aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 4. April 1974 [11], daß der Verkehrssektor nicht wegen Artikel 84 Absatz 2 EWG-Vertrag den allgemeinen Bestimmungen des EWG-Vertrags entzogen sei; zu diesen allgemeinen Bestimmungen gehörten die Wettbewerbsregeln. Dieser Grundsatz sei mit dem Urteil vom 12. Oktober 1978 in der Rechtssache 156/77 [12] bestätigt worden, wonach Verkehrsbeihilfen der allgemeinen Vertragsregelung über die von den Mitgliedstaaten gewährten Beihilfen und über die einschlägigen Kontrollen und Verfahren unterlägen.

Die *niederländische Regierung* beruft sich ebenfalls auf das genannte Urteil vom 4. April 1974 zur Begründung ihrer Auffassung, daß die Wettbewerbsregeln auf dem Verkehrssektor gälten. Die allgemeinen Vorschriften des Vertrages umfaßten insbesondere die Bestimmungen der Artikel 85 bis 90, also der Wettbewerbsregeln, die ohne weitere Entscheidung des Rates im Luftverkehr anwendbar seien. Da jedoch die gemäß Artikel 87 EWG-Vertrag erforderlichen Durchführungsvorschriften für den Luftverkehr noch nicht erlassen worden seien, obliege es gemäß Artikel 88 und 89 EWG-Vertrag den nationalen Behörden unter Aufsicht der Kommission, die Beachtung der Wettbewerbsregeln durch die Luftverkehrsunternehmen durchzusetzen.

Abschließend weist die niederländische Regierung noch auf die Besonderheit des Vorabentscheidungsersuchens 213/84 hin, bei dem auch ein Luftverkehrsunternehmen mit

8 — Verordnung Nr. 17 — Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. vom 21. 2. 1962, S. 204).

9 — Verordnung Nr. 141 des Rates über die Nichtanwendung der Verordnung Nr. 17 des Rates auf den Verkehr (ABl. vom 28. 11. 1962, S. 2751).

10 — Verordnung Nr. 1017/68 des Rates vom 19. Juli 1968 über die Anwendung von Wettbewerbsregeln auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffahrtsverkehrs (ABl. L 175 vom 23. 7. 1968, S. 1).

11 — Urteil vom 4. April 1974 in der Rechtssache 167/73, Kommission/Französische Republik, Slg. 1974, 359.

12 — Urteil vom 12. Oktober 1978 in der Rechtssache 156/77, Kommission/Königreich Belgien, Slg. 1978, 1881.

Sitz außerhalb der Gemeinschaft betroffen sei. Man könne sich die Frage stellen, ob die allgemeinen Vertragsvorschriften über den Luftverkehr in gleicher Weise auf Fluggesellschaften aus Drittländern anzuwenden seien wie auf Gesellschaften mit Sitz in der Gemeinschaft.

Auch die Regierung des *Vereinigten Königreichs* vertritt die Auffassung, daß Artikel 84 Absatz 2 der Anwendung des Artikels 85 EWG-Vertrag auf den Luftverkehr nicht entgegenstehe. Zu den allgemeinen Bestimmungen des Vertrages, die der Gerichtshof in seinem Urteil vom 4. April 1974 [11] angesprochen habe, seien auch die Wettbewerbsregeln des Vertrages zu rechnen.

Die *Kommission* teilt diese Auffassung. Die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag seien auf den Luftverkehrssektor zweifelsfrei anwendbar, da sie zu den Grundregeln gehörten, die der Gerichtshof in seinem genannten Urteil vom 4. April 1974 erwähnt habe.

Die *Fluggesellschaften* Air France und KLM weisen zunächst darauf hin, daß der Luftverkehrssektor nach der Verordnung Nr. 141 dem Geltungsbereich der Verordnung Nr. 17 entzogen sei; daran habe sich trotz zahlreicher Vorschläge der Kommission bis heute nichts geändert. Auch aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 4. April 1974 [11] sei nicht zu folgern, daß der Gerichtshof den Verkehrssektor unbeschränkt den allgemeinen Vertragsbestimmungen unterwerfen wollte. Im übrigen seien die Wettbewerbsregeln im Dritten Teil des EWG-Vertrags („Die Politik der Gemeinschaft") enthalten, nicht jedoch im Zweiten Teil, der die Grundlagen der Gemeinschaft zum Inhalt habe und der allein zu den allgemeinen Vorschriften zu rechnen sei.

Die Regierung der *Französischen Republik* hält die vom Gerichtshof in seinem genannten Urteil vom 4. April 1974 [11] für die Bestimmungen des Zweiten Teils des EWG-Vertrags gefundene Lösung ebenfalls nicht für auf die Wettbewerbsbestimmungen übertragbar, die sich im Dritten Teil des Vertrages befänden. Wenn schon Artikel 78 EWG-Vertrag, wonach jede Maßnahme auf dem Gebiet der Beförderungsentgelte und -bedingungen, die im Rahmen dieses Vertrages getroffen werde, der wirtschaftlichen Lage der Verkehrsunternehmer Rechnung zu tragen habe, niemals durch eine Entscheidung nach Artikel 84 Absatz 2 EWG-Vertrag auf Luftverkehrsunternehmen anwendbar gemacht worden sei, so wäre es paradox, schärfere Bestimmungen wie die der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag für ohne weiteres auf diesen Sektor anwendbar zu erachten.

c) *Die Folgen der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf den Verkehrssektor*

Auch zu der Frage, welche Folgerungen aus der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf den Verkehrssektor für die hier vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen zu ziehen seien, gehen die Erklärungen der Beteiligten auseinander.

Die Regierung der *Französischen Republik* weist zunächst darauf hin, daß Adressaten der Wettbewerbsregeln die Unternehmen, nicht jedoch die Mitgliedstaaten seien. Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag beschränkten sich darauf, das Verhalten von Unternehmen zu beschreiben und zu sanktionieren; die Staaten seien nicht verpflichtet, entsprechende Verhaltensweisen der Unternehmen zu verbieten. Die Mitgliedstaaten seien lediglich gehalten, keine Maßnahmen zu treffen, die es privaten Unternehmen ermöglichten, sich den ihnen durch die Artikel 85 bis 94 des Vertrages auferlegten Bindungen zu entziehen. Die Frage aufzuwerfen, ob die französischen Vorschriften ein derartiges Verhalten der Unternehmen zuließen, heiße, sie zu verneinen. Daß Frankreich wie auch die anderen Mitgliedstaaten Tarifabsprachen der Unternehmen zuließe, könne

11 — Urteil vom 4. April 1974 in der Rechtssache 167/73, Kommission/Französische Republik, Slg. 1974, 359.

den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags nicht zuwiderlaufen. Zwar untersage Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag insbesondere Preisvereinbarungen zwischen Unternehmen, jedoch sehe Absatz 3 die Möglichkeit einer Freistellung von diesem grundsätzlichen Verbot vor. Da die gemäß Artikel 87 Absatz 2 b EWG-Vertrag vorgesehenen Durchführungsvorschriften noch nicht erlassen seien, obliege es gemäß Artikel 88 EWG-Vertrag den Mitgliedstaaten, über die Einhaltung der Wettbewerbsregeln zu wachen. Deswegen sei Frankreich berechtigt gewesen, sein System zur Genehmigung der Flugtarife beizubehalten, ohne Absprachen zwischen den Fluggesellschaften untersagen zu müssen, soweit den Grundsätzen des Artikels 85 Absatz 3 EWG-Vertrag Rechnung getragen werde.

Im übrigen habe sich auch die Kommission nicht veranlaßt gesehen, von der ihr in Artikel 89 EWG-Vertrag eingeräumten Aufsichtsmöglichkeit Gebrauch zu machen und gegen etwaige Verletzungen der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag einzuschreiten.

Die Regierung der *Italienischen Republik* vertritt ebenfalls die Ansicht, daß die Mitgliedstaaten befugt seien, gemäß Artikel 88 in Verbindung mit Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag Absprachen zwischen Fluggesellschaften hinzunehmen. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts hindere keine Bestimmung des EWG-Vertrags die Mitgliedstaaten daran, ihre Befugnisse zur Genehmigung von Flugtarifen auszuüben, selbst wenn diese Gegenstand einer Abstimmung zwischen den betroffenen Gesellschaften seien. Diese Befugnisse müßten allerdings zu den Zwecken ausgeübt werden, zu denen sie verliehen wurden, und nicht beispielsweise zu ausschließlich protektionistischen Zwecken. Im übrigen würde die sofortige und vorbehaltlose Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Luftverkehr schwerwiegende Störungen zur Folge haben, die zu Lasten der Dienstleistungserbringer und schließlich der Verbraucher gehen müßten.

Auch die Regierung des *Königreichs der Niederlande* vertritt die Auffassung, daß nach Artikel 88 EWG-Vertrag die nationalen Kartellbehörden befugt seien, über die Zulässigkeit von Kartellen und über die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung nach nationalem Recht und den Bestimmungen der Artikel 85 Absatz 3 und 86 EWG-Vertrag zu entscheiden. Sie weist zusätzlich darauf hin, daß Tarifabsprachen nicht isoliert gesehen werden könnten, sondern daß auch andere Elemente eine bedeutende Rolle spielten. In diesem Zusammenhang seien Absprachen über den Zugang zum Markt oder über zugelassene Verkehrskapazitäten zu nennen. Es sei kaum möglich, zu einer Liberalisierung des Luftverkehrs zu gelangen, wenn diese Zusammenhänge nicht erkannt würden. Ob die Mitgliedstaaten ihre Gemeinschaftsverpflichtungen verletzen könnten, wenn sie Vorschriften erließen, die es Unternehmen erlaubten, unter Verletzung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag zu handeln, könne dahingestellt bleiben. Eine Bestimmung, die die Genehmigung von Tarifen vorschreibe, stelle als solche keine Maßnahme dar, die Privatunternehmen zwinge, sich ihren Verpflichtungen aus Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag zu entziehen.

Die Fluggesellschaften *KLM* und *Air France* räumen zwar ein, daß sich aus Artikel 3, 5, 85 und 86 EWG-Vertrag gewisse Verpflichtungen der Mitgliedstaaten ableiten ließen, jedoch sei erforderlich, daß diese Verhaltenspflichten hinreichend konkretisiert seien. Dies sei jedoch auf dem Luftverkehrssektor nicht der Fall. Sie berufen sich dabei auf das Urteil des Gerichtshofes vom 10. Januar 1985 [13]. Dort habe der Gerichtshof festgestellt, daß bisher in bezug auf rein nationale

13 — Urteil vom 10. Januar 1985 in der Rechtssache 229/83, Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc u. a./SARL „Au blé vert" u. a., Slg. 1985, 1.

Systeme oder Praktiken im Buchsektor keine Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft bestehe, welche die Mitgliedstaaten aufgrund ihrer Verpflichtung, Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Vertragsziele gefährden könnten, zu respektieren hätten. Daraus folge, daß beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts die Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Artikel 5 in Verbindung mit Artikel 3 f und 85 EWG-Vertrag nicht hinreichend bestimmt sei, um ihnen den Erlaß von Rechtsvorschriften über den Wettbewerb bei den Endverkaufspreisen von Büchern zu verbieten. Im Klartext solle dies heißen, daß man auch keine indirekte Bindung der Mitgliedstaaten an Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag annehmen könne, wenn die Pflichten der Mitgliedstaaten nicht hinreichend klar seien, wie dies insbesondere bei der Frage des Wettbewerbs im Luftverkehrssektor der Fall sei. Dem Gemeinschaftsrecht fehle es auf dem Luftverkehrssektor nicht nur an Klarheit, es existiere vielmehr kaum, jedenfalls sei eine Politik auf diesem Sektor nicht zu erkennen.

Die Regierung des *Vereinigten Königreichs* betont zunächst, daß ein nationales Genehmigungssystem an sich nicht unvereinbar mit den Vertragsbestimmungen sei. Dies gelte selbst dann, wenn vorher abgestimmte Tarife genehmigt würden. Es werde erst dann unvereinbar, wenn es den Fluggesellschaften auferlege, ihre Tarife untereinander abzustimmen. Ein Mitgliedstaat könne sich dabei nicht auf die Sonderregelung des Artikels 90 EWG-Vertrag für öffentliche Unternehmen berufen, da die Nichtanwendung der Wettbewerbsregeln nicht erforderlich sei, um den Luftverkehrsunternehmen die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erlauben. Verfahrensrechtlich sei es Aufgabe der Mitgliedstaaten, gemäß Artikel 88 EWG-Vertrag die Einhaltung der Wettbewerbsregeln zu gewährleisten. Artikel 88 EWG-Vertrag sage zwar nicht, welche nationalen Behörden dafür zuständig seien, jedoch könne man annehmen, daß damit entweder die Wettbewerbsbehörden oder aber die für den Flugverkehr zuständigen Behörden gemeint seien. Diese Behörden seien imstande, bei der Genehmigung von Flugtarifen zu prüfen, ob die Bestimmungen der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag eingehalten worden seien, und gegebenenfalls zu untersuchen, ob bei Absprachen zwischen Fluggesellschaften eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag in Betracht komme. Die nationalen Gerichte könnten die Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag zwar nicht selbst erteilen, sie könnten jedoch die Erteilung oder die Verweigerung einer Freistellung im Gerichtsverfahren überprüfen. Eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag dürfe jedoch nicht implizit erteilt werden, erforderlich sei vielmehr, daß sie in Form einer mit Gründen versehenen Entscheidung ergehe. Wäre dies nicht der Fall, könnte nicht mit Sicherheit überprüft werden, ob die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 EWG-Vertrag wirklich vorlägen.

Eine rückwirkende Anwendung dieser Grundsätze komme jedoch nicht in Betracht, da es bisher an Klarheit darüber gefehlt habe, wer die Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag erteilen müsse. Bereits genehmigte Flugtarife seien somit als vorläufig gültig anzusehen; dafür spreche auch, daß die Kommission bislang ihre Aufsichtsbefugnis gemäß Artikel 89 Absatz 2 EWG-Vertrag nicht genutzt habe. Den Wettbewerbsregeln volle Wirksamkeit für die Vergangenheit zuzuerkennen hätte nachteilige Auswirkungen. Andererseits könne nicht hingenommen werden, daß die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf diesem Gebiet fast dreißig Jahre nach Inkrafttreten des EWG-Vertrags weiterhin ausgeschlossen bliebe.

Auch die *Kommission* betont, daß sich die Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag zunächst an die Unternehmen richteten. Nach der

Rechtsprechung des Gerichtshofes dürften die Mitgliedstaaten aber keine Maßnahmen treffen, die zum Zweck oder zur Folge hätten, Unternehmen dazu zu veranlassen oder zu zwingen, sich im Widerspruch zu Artikel 85 oder 86 EWG-Vertrag zu verhalten. Die Durchsetzung der Wettbewerbsregeln auf dem Luftverkehrssektor sei gemäß Artikel 88 und 89 EWG-Vertrag noch Aufgabe der nationalen Behörden und der Kommission. Die nationalen Gerichte seien gegebenenfalls befugt, über die Vereinbarkeit einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise mit den Wettbewerbsregeln zu entscheiden. Die Grundsätze des Urteils vom 6. April 1962 in der Rechtssache 13/61 [14] über die einstweilige Gültigkeit von Vereinbarungen während der Übergangszeit vor dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 können auf die Lage des Luftverkehrs nicht übertragen werden, da die Umstände — vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags geschlossene Vereinbarung, Anmeldepflicht gemäß Artikel 5 der Verordnung Nr. 17, Vorliegen dieser Verordnung im Zeitpunkt des Rechtsstreits — dieses Urteils beim Luftverkehr nicht gegeben seien.

Sei einmal anerkannt, daß die nationalen Gerichte im Bereich des Luftverkehrs Artikel 85 EWG-Vertrag insbesondere dann anwenden könnten, wenn der Flug zwischen Mitgliedstaaten stattfinde, so sei die Möglichkeit zu prüfen, ob eine Vereinbarung oder eine Praxis bei der Tariffestsetzung Gegenstand einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag sein könnte. Eine Tarifabsprache beschränke zwar unvermeidbar den Wettbewerb, sie könne aber auch die Verkehrsbedingungen verbessern. Eine Freistellung könne nicht gewährt werden, wenn die Tarifabsprachen ausschließen sollten, daß die betroffenen oder andere Unternehmen andere Tarife unabhängig vorschlagen oder praktizieren könnten. Soweit dies nicht der Fall sei, könnten die nationalen Behörden auf der Grundlage des Artikels 88 EWG-Vertrag eine Freistellung gewähren.

Da das französische Recht den nationalen Luftfahrtbehörden ein sehr weites Ermessen einräume, hänge alles davon ab, wie diese Behörden ihr Ermessen ausübten. So sei zu prüfen, ob diese Behörden nur Tarife genehmigten, die vor der Vorlage zur Genehmigung unter den Unternehmen abgesprochen worden seien. Sei dem nicht so, so stehe die Vereinbarkeit des nationalen Rechts über die Genehmigung der Luftverkehrstarife mit dem EWG-Vertrag nicht in Frage.

d) *Sonderproblem: Flugverkehr in Drittstaaten*

Die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission gehen weiterhin auf das Sonderproblem der Flüge in Drittstaaten ein. Die Regierung des *Vereinigten Königreichs* wirft zunächst die Frage auf, ob Tarifabsprachen bei Flügen in Drittländer überhaupt den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen könnten. Sie weist weiter auf die Schwierigkeit hin, die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln auf diese Flüge anzuwenden, da hier häufig älteres Völkervertragsrecht dem Gemeinschaftsrecht vorgehe und dies in Artikel 234 EWG-Vertrag anerkannt sei.

Die *Kommission* hingegen ist der Auffassung, daß Tarifabsprachen bei Flügen in Drittstaaten durchaus den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen könnten. Deren Einfluß auf den innergemeinschaftlichen Handel sei allerdings nur schwierig festzustellen. Oft stünden der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln bi- oder multilaterale Abkommen entgegen. Gemäß Artikel 234 EWG-Vertrag würden die Rechte und Pflichten aus Übereinkünften, die mit Drittstaaten vor Inkrafttreten des EWG-Vertrages geschlos-

14 — Urteil vom 6. April 1962 in der Rechtssache 13/61, Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd/Robert Bosch u. a., Slg. 1962, 97.

sen worden seien, durch den EWG-Vertrag nicht berührt. Allerdings seien die Mitgliedstaaten gemäß Absatz 2 des genannten Artikels verpflichtet, alle geeigneten Mittel anzuwenden, um festgestellte Unvereinbarkeiten mit dem EWG-Vertrag zu beheben. Solange dies nicht geschehen sei, sei die Anwendung von Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag auf entsprechende Tarifabsprachen nicht möglich. Die Kommission habe nichts unternommen, um die Mitgliedstaaten zu veranlassen, gemäß Artikel 234 EWG-Vertrag zu handeln.

Die Fluggesellschaften *Air France* und *KLM* weisen ebenfalls auf Artikel 234 Absatz 2 EWG-Vertrag hin und betonen, solange über die Pflichten der Mitgliedstaaten auf den Gebieten Wettbewerb und Luftfahrt keine Klarheit bestehe, seien die Mitgliedstaaten auch nicht gehalten, Maßnahmen gemäß Artikel 234 Absatz 2 EWG-Vertrag zu ergreifen.

Die Regierungen der *Französischen Republik*, der *Italienischen Republik* und des *Königreichs der Niederlande* haben auf Fragen des Gerichtshofes mitgeteilt, daß sich das Problem der Vereinbarkeit früherer internationaler Verpflichtungen mit dem EWG-Vertrag nicht gestellt habe und sie es nicht für erforderlich erachtet hätten, ihre einschlägigen internationalen Verpflichtungen wegen einer Unvereinbarkeit mit dem EWG-Vertrag an dessen Bestimmungen anzupassen.

Die Regierung des *Vereinigten Königreichs* hat geantwortet, es sei nicht klar, ob und inwieweit die internationalen Übereinkommen, die das Vereinigte Königreich vor seinem Beitritt zur Gemeinschaft geschlossen habe, mit dem EWG-Vertrag unvereinbar seien. Sollte dies der Fall sein, so müßten diese Übereinkommen mit den betroffenen Drittländern neu ausgehandelt werden.

Das Vereinigte Königreich habe jedoch bereits Maßnahmen getroffen, um einen möglichen Widerspruch zwischen diesen Übereinkommen und dem EWG-Vertrag zu verringern. So habe es z. B. den Mitgliedstaaten der europäischen Zivilluftfahrtkommission und auch Drittstaaten mitgeteilt, daß es von den Luftfahrtgesellschaften nicht mehr verlange, andere Luftfahrtgesellschaften vor Einreichung ihrer Anträge auf Genehmigung der Tarife zu konsultieren.

e) *Vorschläge für eine Antwort des Gerichtshofes*

Formulierte Vorschläge für eine Antwort des Gerichtshofes auf die ihm vom Tribunal de police Paris gestellte Frage haben nur die Fluggesellschaften KLM und Air France sowie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften unterbreitet. Diese lauten wie folgt:

Air France und KLM:

„Der Gerichtshof ist zur Entscheidung über die ihm vom Polizeigericht Paris mit Urteilen vom 2. März 1984 vorgelegte Vorabentscheidungsfrage nicht zuständig, da diese es auch in Verbindung mit der Begründung dieser Urteile dem Gerichtshof nicht ermöglicht, eine Gemeinschaftsbestimmung in einer Weise auszulegen, die der Entscheidung der vor dem Polizeigericht anhängigen Verfahren objektiv nützlich sein könnte, da weiter dieses Gericht die Vorlagefrage auf eine offenkundig falsche Auslegung des nationalen Rechts stützt, dessen Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht der Gerichtshof überprüfen soll, und da schließlich der Wortlaut der Vorlagefrage es dem Gerichtshof jedenfalls nicht erlaubt festzustellen, welche spezifische Auslegung des Gemeinschaftsrechts von ihm erbeten wird."

Kommission: [15]

„Nationale Bestimmungen, die die behördliche Genehmigung von Luftverkehrstarifen

15 — Siehe hierzu die von der Kommission vorgeschlagene Frage, oben S. 1431 f.

vorschreiben und eine vorgängige Abstimmung zwischen den betroffenen Luftverkehrsgesellschaften über die zur Genehmigung einzureichenden Tarife verlangen, widersprechen dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere Artikel 5, gegebenenfalls Artikel 90, in Verbindung mit Artikel 85 und 86, wenn die vorherige Abstimmung nicht nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt werden kann.

Unvereinbarkeit besteht insbesondere, wenn die vorherige Abstimmung für den Vorschlag der zur Genehmigung vorgelegten Tarife erforderlich ist oder die zuständige Behörde ihr Tarifgenehmigungsermessen in einer Weise ausübt, die es einem oder mehreren Luftfahrtunternehmen erlaubt, ihre beherrschende Stellung auf einer Route mißbräuchlich auszunutzen, oder die eine solche mißbräuchliche Ausnutzung durch staatliche Sanktionen gewährleistet.

Soweit Verpflichtungen aus von Artikel 234 EWG-Vertrag gedeckten Luftverkehrsabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern dem nicht entgegenstehen, ist es Sache des nationalen Gerichts, nationale Bestimmungen außer Anwendung zu lassen, die nach alledem mit dem EWG-Vertrag unvereinbar sind."

Die übrigen Beteiligten haben keine ausdrücklichen Formulierungsvorschläge unterbreitet.

B. In meiner Stellungnahme zu diesen Vorabentscheidungsersuchen muß ich zunächst betonen, daß es nicht Aufgabe des Gerichtshofes ist, die Auslegung des französischen Rechts durch das vorlegende Gericht sowie dessen Sachverhaltsfeststellungen zu überprüfen. Einige der Beteiligten haben zwar zu erkennen gegeben, daß sie die Auslegung der französischen Rechtsvorschriften durch das Tribunal de police Paris für falsch halten und daß auch seine Ausführungen zu den Tarifabsprachen zwischen den Fluggesellschaften nicht zutreffend seien. Darauf kann der Gerichtshof jedoch nicht eingehen, da die genannten Feststellungen bzw. rechtlichen Wertungen in den Verantwortungsbereich des vorlegenden Gerichts fallen. Ebenso ist es nicht Aufgabe des Gerichtshofes nachzuprüfen, ob die Absprachen zwischen den Fluggesellschaften wirklich vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag erfaßt werden. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob durch solche Abstimmungen der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, was gerade bei Flügen in Drittländer vielleicht nur schwierig nachgewiesen werden kann.

Der Gerichtshof wird sich vielmehr bei seiner Entscheidung von der Auffassung leiten lassen müssen, daß die vom vorlegenden Gericht festgestellten Tatsachen und ihre rechtliche Bewertungen zutreffend sind. Auch ich werde deswegen von dieser Hypothese ausgehen.

Auch auf den recht umfangreichen Vortrag, der uns zu den laufenden Gesetzgebungsarbeiten im Rat unterbreitet wurde, will ich nicht näher eingehen, da der Gerichtshof seine Entscheidung auf der Grundlage des geltenden Rechts und nicht unter Berücksichtigung künftiger Rechtsentwicklungen treffen muß. Dies gilt um so mehr, als es sich bei den Ausgangsverfahren um Strafverfahren handelt und die Strafbarkeit von Verstößen gegen Tarifabsprachen bzw. staatlich genehmigte Tarife nur aufgrund der Rechtslage zur Tatzeit und nicht aufgrund des künftig geltenden Rechts festgestellt werden kann, auch wenn sie dann möglicherweise gegeben sein könnte. Die Kenntnis dessen, was an künftigem Verordnungsrecht ins Auge gefaßt wird, mag hilfreich sein für das nationale Gericht, weil es aus diesen Gesetzgebungsarbeiten Anregungen gewinnen kann für die Maßstäbe, an denen Tarifabsprachen im Luftverkehr insbesondere im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag zu messen sein werden. Für die dem Gerichtshof jedoch hier

unterbreitete grundlegende Frage nach der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln im Luftverkehr sind die laufenden Gesetzgebungsarbeiten des Rates nicht von Bedeutung.

1. *Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens bzw. zur Zuständigkeit des Gerichtshofes*

Von einer Reihe von Beteiligten wurde die Zulässigkeit der Vorabentscheidungsersuchen bzw. die Zuständigkeit des Gerichtshofes, sie zu beantworten, verneint. Die Behauptung der Unzulässigkeit wurde auf drei Gründe gestützt: Im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 EWG-Vertrag sei der Gerichtshof nicht zuständig, über die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht zu befinden; auf die Entscheidung des Gerichtshofes komme es zur Entscheidung des konkreten Rechtsstreites nicht an, weil das vorlegende Gericht die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags auf die Tarifabsprachen im Luftverkehr bereits bejaht habe; im übrigen sei die Vorlagefrage so unpräzise formuliert, daß nicht erkennbar sei, an welchen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts die nationalen Rechtsvorschriften gemessen werden sollten.

a) Der auf die Frage der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht begründete Einwand der Unzulässigkeit greift nicht durch. Es steht zwar fest, daß im Verfahren nach Artikel 177 EWG-Vertrag der Gerichtshof nicht ermächtigt ist, über die Vereinbarkeit einer innerstaatlichen Maßnahme mit dem Vertrag zu entscheiden. Gleichwohl entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, ein Vorabentscheidungsersuchen nicht wegen einer unvollkommen gestellten Frage als unzulässig abzuweisen. Bereits in seinem Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64 [16] hat der Gerichtshof festgestellt, er könne aus der unvollkommen gefaßten Frage des staatlichen Gerichts die Fragen herausschälen, welche die Auslegung des Vertrages betreffen. Er habe also nicht über die Vereinbarkeit einer nationalen Rechtsvorschrift mit dem Vertrag zu entscheiden, sondern nur den Vertrag auszulegen, soweit dies nach den Angaben, die das vorlegende Gericht zur Rechtssache gemacht habe, erforderlich sei [17].

b) Gewichtiger sind die Einwände, die sich auf die fehlende Entscheidungserheblichkeit der Vorabentscheidungsersuchen gründen. In der Tat hat das vorlegende Gericht *festgestellt,* daß die unter den Fluggesellschaften getroffenen Tarifabsprachen gemäß Artikel 85 Absatz 2 nichtig und deswegen nicht beachtlich seien. Dagegen hat es die *Frage* der Vereinbarkeit der nationalen Straf- und der ihnen zugrunde liegenden Genehmigungsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht aufgeworfen.

Es hat bisher der fast ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes entsprochen, die Entscheidungserheblichkeit eines Vorabentscheidungsersuchens nicht nachzuprüfen. In dem bereits genannten Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64 [16] hat der Gerichtshof ausgeführt, Artikel 177 EWG-Vertrag gehe von einer klaren Trennung der Aufgaben der staatlichen Gerichte und des Gerichtshofes aus. Er ermächtigt den Gerichtshof weder zur Entscheidung über den konkreten Fall noch zur Nachprüfung der Gründe und Ziele des Auslegungsersuchens.

Gleichwohl werden die Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Vorabentscheidungsersuchen auf Ausführungen gestützt, die der Gerichtshof in seinen beiden Urteilen Foglia/Novello [18] gemacht hat. In dem

16 — Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64, Flaminio Costa/ENEL, Slg. 1964, 1253.

17 — Urteil in der Rechtssache 6/64, a. a. O., 1268.

18 — Urteil vom 11. März 1980 in der Rechtssache 104/79, Pasquale Foglia/Mariella Novello, Slg. 1980, 745; und Urteil vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80, Foglia/Novello, Slg. 1981, 3045.

ersten dieser Urteile hatte sich der Gerichtshof in der Tat für die Beantwortung der vom nationalen Gericht gestellten Fragen für unzuständig erklärt, weil er der Auffassung war, es liege kein wirklicher Rechtsstreit vor, sondern eine „Konstruktion" von „künstlichem Charakter". Im zweiten der genannten Verfahren hat der Gerichtshof dann betont, nach Sinn und Zweck von Artikel 177 EWG-Vertrag habe zwar das innerstaatliche Gericht zu beurteilen, ob die Beantwortung der aufgeworfenen Auslegungsfragen im Hinblick auf die tatsächlichen und rechtlichen Merkmale des Streits in der Hauptsache erforderlich sei, es obliege jedoch dem Gerichtshof, zur Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit erforderlichenfalls die Umstände zu untersuchen, unter denen er von dem innerstaatlichen Gericht angerufen werde. Diese Ausführungen hat der Gerichtshof auf den Gedanken gestützt, daß Artikel 177 EWG-Vertrag dem Gerichtshof nicht die Aufgabe zuweise, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben, sondern daß er nach dieser Vorschrift einen Beitrag zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten zu leisten habe. Daher wäre der Gerichtshof nicht für die Beantwortung von Auslegungsfragen zuständig, die ihm im Rahmen konstruierter Verfahren vorgelegt würden, mit deren Hilfe die Parteien den Gerichtshof zur Stellungnahme zu gemeinschaftsrechtlichen Fragen veranlassen wollten, deren Beantwortung zur Entscheidung eines Rechtsstreits nicht objektiv erforderlich sei.

Isoliert betrachtet könnte man aufgrund dieser Ausführungen, die fehlende Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen unterstellt, vielleicht geneigt sein, die Unzuständigkeit des Gerichtshofes in dem hier vorliegenden Fall zu bejahen. Es muß jedoch betont werden, daß es sich in den beiden Rechtssachen Foglia/Novello [18] um einen höchst „exzeptionellen Fall" [19] gehandelt hat, da vor einem italienischen Gericht die Frage der Vereinbarkeit einer französischen Rechtsvorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht aufgeworfen war, die beiden Parteien des Rechtsstreits sich über die Beantwortung dieser Frage einig waren, es jedoch unterlassen hatten, die entsprechenden Fragen durch das zuständige französische Gericht klären zu lassen. Angesichts dieser exzeptionellen Konstellation dürfte es nicht berechtigt sein, aus den genannten Urteilen weitgehende Folgerungen zu ziehen und etwa auf eine restriktive Tendenz des Gerichtshofes gegenüber Vorlagen zu schließen.

Im übrigen bin ich der Auffassung, daß man bei einem Strafverfahren wohl nicht von einer Konstruktion künstlichen Charakters sprechen kann.

Darüber hinaus scheint mir auch in dem — zugegebenermaßen sehr knapp gehaltenen — Gedankengang des Tribunal de police nicht unbedingt ein Widerspruch vorzuliegen. Das vorlegende Gericht stellt zwar von sich aus fest, daß die Tarifabsprachen der Fluggesellschaften gemäß Artikel 85 Absatz 2 EWG-Vertrag nichtig seien; es wirft dann aber die Frage der Vereinbarkeit der französischen Rechtsnorm mit dem Gemeinschaftsrecht auf. Es erscheint mir nicht absolut zwingend, daß aus der Feststellung der Nichtigkeit der Tarifabsprachen notwendigerweise die Unanwendbarkeit der nationalen Strafvorschriften abgeleitet werden kann. Unter Strafe gestellt ist ja nicht die Nichtanwendung der *vereinbarten* Tarife, sondern die Nichtanwendung der vom zuständigen Minister *genehmigten* Tarife. Ich kann hier nicht in die Feinheiten des französischen Strafrechts eindringen, ich halte es jedoch nicht für ausgeschlossen, daß die

18 — Urteil vom 11. März 1980 in der Rechtssache 104/79, Pasquale Foglia/Mariella Novello, Slg. 1980, 745; und Urteil vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80, Foglia/Novello, Slg. 1981, 3045.

19 — Siehe U. Everling, *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften — Praxis und Rechtsprechung*, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986, Band 121, S. 43.

Frage nach der zivilrechtlichen Gültigkeit der Tarifabsprachen einerseits und die nach der Gültigkeit der Strafnorm andererseits unterschiedlich beantwortet werden könnten, wenn z. B. dem Umstand der Genehmigung im nationalen Recht eine besondere Bedeutung vielleicht im Sinne einer Heilung eines fehlerhaften Rechtsgeschäftes zukommen könnte oder wenn die Strafbarkeit völlig isoliert von der zivilrechtlichen Gültigkeit eines der Tatbestandsmerkmale der Strafnorm bestehen würde. Ob dem so ist, darf ich nicht beurteilen. Diese Würdigung innerstaatlichen Rechts obliegt dem Urteil des nationalen Gerichts. Fest steht für mich jedoch, daß die fehlende Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage nicht offenkundig ist. Es obliegt somit dem vorlegenden Gericht, es in eigener Verantwortung selbst zu beurteilen, ob für den Erlaß seines Urteils die Beantwortung einer Frage im Wege der Vorabentscheidung erforderlich ist.

c) Um die Vorlagefrage des Tribunal de police Paris endgültig umformulieren zu können, ist noch zu ermitteln, welche Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts das nationale Gericht ausgelegt haben möchte. Die Vorlagefrage ist zwar sehr allgemein gehalten, wenn sie das Problem aufwirft, ob die französischen Bestimmungen dem Gemeinschaftsrecht entsprechen. Dennoch bin ich der Ansicht, daß die Frage präzise eingegrenzt werden kann.

In den Vorabentscheidungsersuchen beschäftigt sich das vorlegende Gericht — abgesehen von Artikel 84 Absatz 2 EWG-Vertrag — ausschließlich mit den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags. Artikel 85 EWG-Vertrag wird in der Begründung des Vorabentscheidungsersuchens zweimal zitiert, und es wird vermerkt, daß er die Regeln für den Wettbewerb unter Unternehmen betrifft.

Auch Artikel 84 Absatz 2 mit seiner Sonderregelung für den Luftverkehr im Rahmen der Verkehrspolitik wurde lediglich in dem Sinne herangezogen, daß er der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf den Luftverkehr nicht entgegenstehe.

Daß das vorlegende Gericht lediglich die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags bei der Abfassung seiner Frage im Auge gehabt haben muß, läßt sich noch an einem weiteren Indiz aufzeigen: Soweit aus den von dem vorlegenden Gericht dem Gerichtshof übermittelten Akten ersichtlich, wurde die Frage der Vereinbarkeit der französischen Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht nur im Ausgangsverfahren der Rechtssache 211/84 im Namen der — inzwischen freigesprochenen — Angeklagten Chadoutaud und der Firma Wagons Lits aufgeworfen. In dem entsprechenden Schriftsatz ist bezüglich der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ebenfalls ausschließlich auf die Wettbewerbsregeln hingewiesen. Die Frage der Vereinbarkeit der französischen Rechtsvorschriften mit anderen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts wurde nicht aufgeworfen.

Ich komme somit zu dem Schluß, daß die Vorlagefrage dahin gehend auszulegen ist, daß die Auswirkung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags auf das französische Genehmigungssystem für Flugtarife geklärt werden soll. Ich schlage dem Gerichtshof deswegen vor, die Vorlagefrage des Tribunal de police Paris umzuformulieren und sich dabei auf den konkreten Formulierungsvorschlag der Kommission zu stützen, der wie folgt lautet:

„Sind nach dem EWG-Vertrag nationale Bestimmungen eines Mitgliedstaates über die Festsetzung von Luftverkehrstarifen verboten, wenn diese Bestimmungen die betroffenen Luftverkehrsunternehmen dazu zwingen, sich über diese Tarife vorab abzustimmen, oder wenn sie die Beachtung der derart abgestimmten Tarife durch ein Genehmigungsverfahren seitens der öffentlichen Gewalt erzwingen, welches mit Strafsanktionen für die Mißachtung der genehmigten Preise verbunden ist?"

2. *Zur Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Luftverkehr*

Die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf den Luftverkehr beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts wurde aus zwei Gründen in Frage gestellt: Einmal solle Artikel 84 Absatz 2 EWG-Vertrag der Anwendbarkeit entgegenstehen, der eine besondere Entscheidung des Rates über die Vorschriften für die Seeschiffahrt und die Luftfahrt vorsehe. Zum anderen sei durch die Verordnung Nr. 141 nicht nur die Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 17, sondern insgesamt die Anwendung der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag auf den Luftfahrtsektor ausgeschlossen.

a) Artikel 84 EWG-Vertrag lautet wie folgt:

„1) Dieser Titel gilt für Beförderungen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr.

2) Der Rat kann einstimmig darüber entscheiden, ob, inwieweit und nach welchen Verfahren geeignete Vorschriften für die Seeschiffahrt und Luftfahrt zu erlassen sind."

Die rechtliche Bedeutung des Artikels 84 EWG-Vertrag war zunächst umstritten gewesen. Schließt Artikel 84 EWG-Vertrag den See- und Luftverkehr *lediglich* vom Anwendungsbereich des Titels IV über den *Verkehr* aus, oder hat er die sehr viel weiter reichende Wirkung, diese beiden Verkehrsarten der Anwendung des *EWG-Vertrags insgesamt* zu entziehen?

Der Ansicht, daß lediglich und ausschließlich die Bestimmungen des Titels über den Verkehr, nicht aber der übrige Vertrag auf den Verkehr anwendbar seien, weil sich der Gemeinsame Markt nicht auf den Verkehrssektor erstrecke, sondern nur von einer gemeinsamen Verkehrs*politik* spreche, ist der Gerichtshof bereits in seinem Urteil vom 4. April 1974 in der Rechtssache 167/73 entgegengetreten. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, daß Artikel 74 EWG-Vertrag die Vertragsziele erwähne und damit Bezug auf die Artikel 2 und 3 EWG-Vertrag nehme, zu deren Verwirklichung vor allem die für das gesamte Wirtschaftsleben geltenden Grundsatzbestimmungen beitrügen. Die Vorschriften über die gemeinsame Verkehrspolitik dienten nicht dazu, diese Grundsatzbestimmungen außer Kraft zu setzen, sondern gerade dazu, ihnen Wirksamkeit zu verleihen und sie durch gemeinsame Aktionen auszufüllen. Sofern sich demnach diese Ziele mit Hilfe der besagten allgemeinen Vorschriften irgend erreichen lassen, sind diese Vorschriften auch anzuwenden [20].

Der Gerichtshof weist weiter darauf hin, daß Artikel 61 Absatz 1 EWG-Vertrag für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs ausdrücklich vorschreibe, daß „die Bestimmungen des Titels über den Verkehr" gälten, wodurch bestätigt werde, daß dort, wo keine Abweichungen vorgesehen seien, die allgemeinen Bestimmungen des Vertrages Geltung beanspruchten. Laut Artikel 84 Absatz 2 EWG-Vertrag könne der Rat darüber entscheiden, ob, inwieweit und nach welchem Verfahren geeignete Vorschriften für die Seeschiffahrt zu erlassen seien. Weit davon entfernt, die Anwendbarkeit des Vertrages auf diese Verkehrsart auszuschließen, sehe diese Vorschrift lediglich vor, daß die in dem Titel über den Verkehr getroffenen Sonderbestimmungen nicht automatisch auch für diese Verkehrsart gälten. Mithin entzögen sich Seeschiffahrt und Luftfahrt gemäß Artikel 84 Absatz 2 EWG-Vertrag zwar, solange der Rat nichts anderes bestimme, den Vorschiften des Titels IV über die gemeinsame Verkehrspolitik im Zweiten Teil des Vertrages, sie unterlägen jedoch aus den gleichen Gründen wie die übrigen Verkehrsarten den allgemeinen Vertragsvorschriften.

20 — Urteil in der Rechtssache 167/73, a. a. O., Randnr. 26.

Nach dem Erlaß dieses Urteils, welches die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Rahmen der Seeschiffahrt betroffen hat, hätte man annehmen sollen, daß die Frage der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften des Vertrages auf die Seeschiffahrt und die Luftfahrt klargestellt sei. Dem war jedoch nicht so, wie es sich u. a. an den Erklärungen der Beteiligten dieses Verfahrens aufzeigen läßt. Allerdings hatte sich die Diskussion verlagert. So wird nun darüber gestritten, was unter den „allgemeinen Vorschriften" des Vertrages zu verstehen sei. In der Tat hatte sich der Gerichtshof ausdrücklich nur mit Titel I (freier Warenverkehr) und Titel III (Freizügkeit, freier Dienstleistungs- und Kapitalverkehr) des Zweiten Teils des Vertrages — Grundlagen der Gemeinschaft — befaßt. Daraus wird nun der Schluß gezogen, daß die gemeinsamen Regeln, die im Dritten Teil des Vertrages niedergelegt sind, nicht auf den Luftverkehr anwendbar seien.

Zu dieser Argumentation ist zunächst zu bemerken, daß für den Gerichtshof in seinem Urteil vom 4. April 1974 keine Veranlassung bestanden hatte, sich zu anderen als den genannten Teilen des Vertrages zu äußern. Darüber hinaus ist festzustellen, daß er mit dem Begriff „allgemeine Vorschriften" keinen Rechtsbegriff des Vertrages verwendet hat. Ich bin der Auffassung, daß der Gerichtshof mit diesem Begriff der „allgemeinen Vorschriften" alle diejenigen Vorschriften gemeint hat, die nicht als „Sonderbestimmungen" im Titel IV über den Verkehr enthalten sind. Diese Ansicht läßt sich auch auf die Schlußanträge stützen, die Generalanwalt Reischl zu der genannten Rechtssache gehalten hat. Aufgrund einer Analyse der Artikel 61 Absatz 1 und 77 EWG-Vertrag gelangt er bei der Frage, welche Bestimmungen auf den Verkehr anwendbar sind, zu folgendem Ergebnis: Wenn Artikel 61 Absatz 1 EWG-Vertrag bestimme, für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs gälten die Bestimmungen des Titels über den Verkehr, mache dies klar, daß das Kapitel über die Dienstleistungen auf den Verkehr nicht anzuwenden sei. Diese Sonderbestimmung wäre jedoch nicht erforderlich gewesen, wenn ohnehin die allgemeinen Vertragsbestimmungen für den Verkehrssektor keine Geltung hätten.

In Artikel 77 EWG-Vertrag, einer Bestimmung aus dem Titel über den „Verkehr", heiße es, mit diesem Vertrag vereinbar seien Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprächen. Stelle man dem die Vorschrift des Artikels 42 EWG-Vertrag gegenüber — nach der das Kapitel über die Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen nur insoweit Anwendung finde, als der Rat dies bestimme — und halte man sich den Wortlaut von Artikel 77 EWG-Vertrag vor Augen, der die Anwendung der Beihilfenregelung der Artikel 92 bis 94 EWG-Vertrag offenbar voraussetze, so dränge sich der Schluß geradezu auf, Artikel 77 EWG-Vertrag habe die Funktion, die Anwendung des Wettbewerbsrechts des Vertrages nur für gewisse Beihilfen im Verkehrssektor auszuschließen. Auch das deute zweifellos darauf hin, daß der Vertrag von der Geltung seiner allgemeinen Vorschriften, zu denen die über die Wettbewerbsregeln einschließlich der Beihilfevorschriften gehörten, auch im Bereich des Verkehrs ausgehe.

Der Rat sei ebenfalls von der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf dem Verkehrssektor ausgegangen. Wenn die Verordnung Nr. 141 über die Nichtanwendung der Verordnung Nr. 17 auf den Verkehr in Artikel 1 die Verordnung Nr. 17 auf dem Gebiet des Verkehrs schlechthin für unanwendbar erkläre und in Artikel 3 bestimme, daß dies für den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffahrtsverkehr bis zum 31. Dezember 1965 gelte, so sei dem zu entneh-

men, daß Artikel 1 auch den Seetransport — und ich ergänze: auch den Luftverkehr — miterfasse. Dies setze jedoch voraus, daß die allgemeinen Vertragsvorschriften für diesen Sektor gleichermaßen gälten. Wäre dem nicht so, so müßte es unverständlich erscheinen, daß der Rat es für notwendig befunden habe, eine Ausnahmeverordnung für den Verkehr schlechthin zu erlassen, und dies im übrigen allein gestützt auf Artikel 87 des Vertrages — nicht auf Artikel 84 Absatz 2 EWG-Vertrag.

Nach alledem bin ich der Auffassung, daß der Gerichtshof mit dem Begriff der „allgemeinen Vorschriften" lediglich eine Abgrenzung zu den „Sonderbestimmungen" über den Verkehr treffen wollte.

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß der gesamte Vertrag, soweit er einschlägig ist, mit Ausnahme der „Sonderbestimmungen des Verkehrssektors" auf die Luftfahrt anwendbar ist. In Anlehnung an eine Formulierung des Gerichtshofes ziehe ich somit die Folgerung, daß die Anwendung der Artikel 85 ff. EWG-Vertrag auf dem Gebiet des Verkehrs für die Mitgliedstaaten nicht bloß eine Befugnis, sondern eine Verpflichtung darstellt.

b) Auch aus dem Umstand, daß die Verordnung Nr. 17 auf den Luftverkehr nicht anwendbar ist und der Rat bisher noch keine Durchführungsvorschriften über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Luftverkehr erlassen hat, obwohl ihm entsprechende Vorschläge der Kommission vorliegen[21], läßt sich nicht der Schluß ziehen, daß die Wettbewerbsregeln auf diesem Sektor überhaupt nicht gälten. Gemäß Artikel 87 EWG-Vertrag erläßt der Rat alle zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 85 und 86 EWG-Vertrag niedergelegten Grundsätze. Gemäß Absatz 2 bezwekken die genannten Vorschriften insbesondere, „c) gegebenenfalls den Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 für die einzelnen Wirtschaftszweige näher zu bestimmen".

Der Rat verfügt somit über die Möglichkeit, die Anwendung der Wettbewerbsregeln u. a. auch für den Luftverkehr näher zu konkretisieren, er ist jedoch nicht befugt, deren Nichtanwendung zu beschließen.

Daß der Rat die entsprechenden „zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien" bislang nicht erlassen hat, hat somit lediglich zur Folge, daß die Kommission derzeit keine Handhabe besitzt, um mutmaßliche Verstöße gegen Artikel 85 und 86 des Vertrages im Luftverkehr unmittelbar zu untersuchen oder zu sanktionieren. Daraus folgt jedoch nicht die Unanwendbarkeit der Wettbewerbsregeln im allgemeinen, sondern lediglich, daß es zunächst nicht der Kommission, sondern den Mitgliedstaaten obliegt, für die Einhaltung der Artikel 85 ff. EWG-Vertrag zu sorgen. Schließlich bestimmt Artikel 88 EWG-Vertrag, daß bis zum Inkrafttreten der gemäß Artikel 87 EWG-Vertrag erlassenen Vorschriften die Behörden der Mitgliedstaaten über die Zulässigkeit von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sowie über die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt entscheiden. Die Bestimmungen der Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag sind somit nicht suspendiert, lediglich die Befugnis und die Pflicht, über ihre Einhaltung zu wachen, sind noch bei den Mitgliedstaaten verblieben.

Es gilt somit für den Luftverkehr noch ein Übergangsregime, wie es vor Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 für alle Wirtschaftszweige gegolten hat.

21 — Z. B. Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Modalitäten der Anwendung der für die Luftverkehrsunternehmen geltenden Wettbewerbsregeln, ABl. 1982, C 317, S. 3.

c) Kurz fassen kann ich mich in meinen Bemerkungen zu der Ansicht, durch die Ausnahmeregelung des Artikels 90 Absatz 2 EWG-Vertrag seien die Fluggesellschaften von der Beachtung der Wettbewerbsregeln des Vertrages entbunden.

Artikel 90 EWG-Vertrag lautet wie folgt:

„1. Die Mitgliedstaaten werden in bezug auf öffentliche Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 7 und 85 bis 94 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

2. Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

3. Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten."

Zunächst wird also grundsätzlich die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf öffentliche Unternehmen, zu denen die Fluggesellschaften gehören können, bejaht. Für Unternehmen jedoch, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, gelten die Wettbewerbsregeln nur insoweit, als die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Ob Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag somit eine Sonderbehandlung der Fluggesellschaften zuläßt, kann jedoch dahingestellt bleiben, da der Gerichtshof in nunmehr gefestigter Rechtsprechung geklärt hat, daß diese Vertragsbestimmung beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht geeignet ist, „individuelle Rechte [des Angeklagten] zu begründen, die die nationalen Gerichte zu beachten haben" [22].

Für den Fall, daß der Gerichtshof dennoch zur Anwendbarkeit des Artikels 90 Absatz 2 EWG-Vertrag auf die Tarifabsprachen im Luftverkehr inhaltlich Stellung nehmen möchte, wäre folgendes anzuführen: Um das Eingreifen dieser Bestimmung bejahen zu können, ist es erforderlich, daß mit der Einhaltung der Vertragsvorschriften die Aufgabenerfüllung durch die betroffenen Unternehmen *nachweislich* [23] verhindert würde. Es ist somit eine „strenge Prüfung" [24] angezeigt. Bevor eine Abweichung von den Vertragsregeln geltend gemacht werden kann, müssen z. B. die im Vertrag vorgesehenen Verfahren für Freistellungen gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag durchlaufen sein. Erst wenn sonst kein vertragsgemäßes Verfahren die widerstreitenden Interessen in Einklang bringen kann, kommt Artikel 90 Absatz 2 zum Zuge [25].

Die Regierung des Vereinigten Königreichs bestreitet, und auch ich halte es für äußerst

22 — So bereits im Urteil vom 14. Juli 1971 in der Rechtssache 10/71, Staatsanwaltschaft von Luxemburg/Madeleine Muller, Witwe J. P. Hein, u. a., Slg. 1971, 723, 730; Ansätze einer gegenteiligen Auffassung, die dem Urteil vom 21. März 1974 in der Rechtssache 127/73, Belgische Radio en Televisie und Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs/SV SABAM und NV Fonior, Slg. 1974, 313, 318, entnommen werden könnten, erscheinen durch die Urteile vom 30. April 1974 in der Rechtssache 155/73, Giuseppe Sacchi, Slg. 1974, 409, und vom 10. März 1983 in der Rechtssache 172/82, Syndicat national des fabricants raffineurs d'huile de graissage u. a./Groupement d'intérêt économique „Inter-Huiles" u. a., Slg. 1983, 555, 567, überholt.

23 — Rechtssache 155/73, a. a. O., 431.

24 — So Generalanwalt Roemer in seinen Schlußanträgen zur Rechtssache 82/71, Slg. 1972, 146.

25 — Siehe zum Meinungsstand in der Literatur die Angaben von I. Pernice, Anmerkung 53 zu Artikel 90 EWG-Vertrag, in Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, München 1983 ff.

zweifelhaft, daß diese Voraussetzungen bei den Tarifabsprachen im Luftverkehr vorliegen. Da selbst abgesprochene Tarife gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag vom Kartellverbot freigestellt werden können, sehe ich nicht, wodurch die Anwendung des Artikels 85 EWG-Vertrag auf die Tarifgestaltung im Luftverkehr die Aufgaben der Fluggesellschaften *nachweislich verhindern* sollte. Die Entwicklung des Luftverkehrs im inneramerikanischen Bereich, auf den Nordatlantikrouten und im Verkehr zwischen den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich läßt es sogar fraglich erscheinen, ob der Luftverkehr insgesamt durch ein Mehr an Wettbewerb überhaupt auch nur behindert wird — was ja auch nicht reichen würde, Artikel 90 Absatz 2 EWG-Vertrag anzuwenden.

d) Wenn somit die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln des Vertrages auf den Luftverkehr und somit auch auf die unter den Fluggesellschaften getroffenen Tarifabsprachen feststeht, können diese Tarifabsprachen auch nicht mit dem Hinweis darauf gerechtfertigt werden, daß sie von nationalen Rechtsvorschriften vorausgesetzt oder gar erzwungen würden. Artikel 85 EWG-Vertrag gilt nach seinem Wortlaut für Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen. Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 123/83[26] festgestellt hat, „ist der rechtliche Rahmen, in dem solche Vereinbarungen geschlossen und solche Beschlüsse gefaßt werden, für die Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Wettbewerbsbestimmungen, insbesondere des Artikels 85 EWG-Vertrag, ebensowenig erheblich wie die rechtliche Einordnung dieses Rahmens durch die nationale Rechtsordnung."

26 — Urteil vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 123/83, Bureau national interprofessionnel du cognac/Guy Clair, Slg. 1985, 391.

3. *Die Folgen der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf den Luftverkehrssektor*

Ich wende mich nunmehr der Prüfung der Frage zu, welche Folgerungen aus der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf den Luftverkehrssektor für die Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten zu ziehen sind. Wir haben festgestellt, daß gemäß dem in Artikel 3 f EWG-Vertrag festgelegten Ziel in Verbindung mit Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung von An- oder Verkaufspreisen oder sonstiger Geschäftsbedingungen. Wir haben weiter festgestellt, daß diese Vorschriften auch auf dem Verkehrssektor, insbesondere auf dem Sektor des Luftverkehrs, gelten.

Diese Vorschriften betreffen zunächst nur das Verhalten von Unternehmen und nicht durch Gesetz oder Verordnungen getroffene Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, die ich nunmehr als eine „ständige" bezeichnen möchte, dürfen die Mitgliedstaaten nach Artikel 5 Absatz 2 EWG-Vertrag durch ihre nationalen Rechtsvorschriften jedoch nicht die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und die Wirksamkeit der zu dessen Vollzug ergangenen oder zu treffenden Maßnahmen beeinträchtigen und keine Maßnahmen, auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, ergreifen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unter-

nehmen geltenden Wettbewerbsregeln ausschalten könnten [27].

Auf die hier vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen angewandt, obliegt somit den Mitgliedstaaten nach Artikel 5 Absatz 2 EWG-Vertrag die Pflicht, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die es den Fluggesellschaften ermöglichten, sich den ihnen durch die Wettbewerbsregeln des Vertrages auferlegten Bindungen zu entziehen, konkret ausgedrückt, ihre Flugtarife untereinander abzustimmen, wenn nicht die Voraussetzungen einer Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag vorliegen.

Wenden wir uns nun den entsprechenden Bestimmungen des französischen Code de l'aviation civile zu, so ist zunächst festzustellen, daß sie Tarifabsprachen weder erwähnen noch gar vorschreiben. Lediglich in Artikel R 330-9 Absatz 3 findet sich ein Hinweis, daß Tarifvorschläge entweder von dem Unternehmen direkt oder aber durch Vermittlung einer vom Minister anerkannten Berufsorganisation eingereicht werden können.

Diese Bestimmung spricht zwar auch weder von einem Recht noch von einer Verpflichtung, Tarifabsprachen zu treffen, sie ermöglicht jedoch die Einreichung von Tarifvorschlägen, die innerhalb der Berufsorganisation abgestimmt sein könnten.

Eine abschließende Wertung dieser französischen Rechtsvorschriften allein anhand ihres Textes ist somit nicht möglich. Um ihrer Bedeutung voll gerecht zu werden, muß man sie folglich im Zusammenhang mit den völkervertragsrechtlichen Bestimmungen, die im Regelfall Tarifabsprachen vorsehen, der tatsächlichen Praxis der Fluggesellschaften sowie ihrer tatsächlichen Handhabung durch die nationalen Genehmigungsbehörden sehen. Eine Überprüfung dieser einzelnen Elemente ist dem Gerichtshof allerdings im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag nicht möglich; diese Überprüfung obliegt dem nationalen Gericht.

Wie wir aus den Vorabentscheidungsersuchen und den Erklärungen von Beteiligten vor dem Gerichtshof erfahren haben, steht es für das vorlegende Gericht fest, daß Tarifabsprachen praktiziert werden und die französische Genehmigungspraxis darauf hinausläuft, derartige Absprachen nicht nur zu dulden, sondern herbeizuführen. Unabhängig davon, ob diese Feststellung zutreffend ist oder nicht, hat der Gerichtshof für die Beantwortung der Vorlagefrage von dieser Feststellung auszugehen.

Eine Praxis, die derartige Absprachen zumindest duldet oder herbeiführt, muß jedoch nicht unbedingt im Widerspruch zu den Wettbewerbsregeln des Vertrages stehen, da diese selbst gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag die Möglichkeit vorsehen, das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag für nicht anwendbar zu erklären. Voraussetzung dafür ist, daß die Vereinbarungen unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder Verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind, oder b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Es ist nicht von vornherein auszuschließen, daß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag auf Tarifabsprachen im Luftverkehr angewandt

27 — Urteil vom 10. Januar 1985 in der Rechtssache 229/83, Association des centres distributeurs Édouard Leclerc u. a./SARL „Au blé vert" u. a., Randnr. 14, Slg. 1985, 1; Urteil vom 29. Januar 1985 in der Rechtssache 231/83, Henri Cullet/Centre Leclerc Toulouse u. a., Randnr. 16, Slg. 1985, 305; Urteil vom 13. Februar 1969 in der Rechtssache 14/68, Walt Wilhelm u. a./Bundeskartellamt, Slg. 1969, 1, 14; Urteil vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77, GB-Inno-BM/Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak, Slg. 1977, 2115, 2145 ff.

werden kann und somit abgestimmte Tarife vom Wettbewerbsverbot des Artikels 85 Absatz 1 freigestellt werden können.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, daß Freistellungen gemäß Artikel 85 Absatz 3 Buchstabe b EWG-Vertrag nicht erteilt werden können, wenn für einen wesentlichen Teil der betreffenden Dienstleistungen der Wettbewerb ausgeschaltet würde. Dabei ist von Bedeutung, daß der Wettbewerb schon aus einem anderen Grund beschränkt ist: Da nach Artikel 61 Absatz 1 EWG-Vertrag für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiete des Verkehrs die Bestimmungen des Titels über den Verkehr gelten, die es aber insbesondere für die Luftfahrt noch nicht gibt, besteht die Dienstleistungsfreiheit auf dem Luftverkehrssektor noch nicht. Die Zulassung von Fluggesellschaften ist somit nach wie vor beschränkt. Wenn dann noch zusätzlich der Preiswettbewerb ausgeschaltet wird, könnte der Umfang des noch verbleibenden Wettbewerbs so weit eingeschränkt sein, daß eine Freistellung nicht mehr in Betracht käme.

Für eventuelle Freistellungserklärungen sind bis zum Erlaß der entsprechenden Durchführungsvorschriften durch die Gemeinschaft gemäß Artikel 88 EWG-Vertrag die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig. Diese Vorschrift verweist damit auf die nationalen Zuständigkeits- und Verfahrensnormen. Es ist somit Sache der Mitgliedstaaten, die verfahrensmäßigen und organisatorischen Voraussetzungen für die Anwendungen der Wettbewerbsregeln durch eigene Behörden zu schaffen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes[28] gehören zu diesen nationalen Behörden auch Gerichte, die besonders damit betraut sind, das nationale Wettbewerbsrecht anzuwenden oder die Gesetzmäßigkeit seiner Anwendung durch die Verwaltungsbehörden zu überwachen.

Aus diesen Erwägungen folgt nun zweierlei:

Grundsätzlich sind die Mitgliedstaaten frei, die gemäß Artikel 88 EWG-Vertrag zuständigen nationalen Behörden zu bestimmen. Sie können mit der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln z. B. die Kartellbehörden betrauen, aber auch andere Behörden, wie z. B. — auf dem Gebiet der Luftfahrt — die Luftverkehrsbehörden.

Da die Gesetzmäßigkeit der Anwendung der Wettbewerbsregeln durch die Verwaltungsbehörden durch die Gerichte zu überwachen ist, müssen die Gerichte auch in der Lage sein, Entscheidungen über die Freistellung von Tarifabsprachen gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag überprüfen zu können. Dies setzt jedoch voraus, wie uns insbesondere der Vertreter des Vereinigten Königreichs dargelegt hat, daß Freistellungserklärungen in der Form von ausdrücklichen, mit Gründen versehenen Entscheidungen zu ergehen haben. Um eine wirksame gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen zu ermöglichen, reicht es nicht aus, daß Freistellungserklärungen implizit erteilt werden. Somit kann z. B. nicht angenommen werden, daß bereits in der staatlichen Genehmigung von Flugtarifen eine Freistellungserklärung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag mit enthalten ist, falls Tarifabsprachen vorliegen, sich die Genehmigungsbehörde zur Möglichkeit der Freistellung aber nicht ausdrücklich äußert. Dies gilt insbesondere dann, wenn, wie in unserem Fall, die eingereichten Tarife als genehmigt gelten, wenn der Minister nicht binnen Monatsfrist Einspruch erhebt[29].

In einem derartigen Fall läge eine wirksame Freistellungserklärung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag nicht vor.

28 — Urteil vom 30. Januar 1974 in der Rechtssache 127/73, Belgische Radio en Televisie u. a./SV SABAM, Slg. 1974, 51, 62 ff.

29 — Siehe Artikel R 330-9 des französischen Code de l'aviation civile.

Aus diesen Ausführungen folgt, daß die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus Artikel 5 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 3 Buchstabe f, 85 und 88 EWG-Vertrag schon beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts hinreichend bestimmt sind. Es ist somit nicht erforderlich, daß diese Bestimmungen erst durch eine gemeinschaftliche Wettbewerbspolitik auf dem Luftfahrtsektor präzisiert werden müßten.

In diesem Umstand liegt der wesentliche Unterschied zu der Rechtssache 229/83 [13], in der der Gerichtshof über *rein nationale* Systeme und Praktiken im Buchsektor zu entscheiden hatte, während es sich hier um Absprachen im *zwischenstaatlichen/innergemeinschaftlichen* Luftverkehr handelt. Auf dem Buchsektor hatte der Gerichtshof wegen der fehlenden Wettbewerbspolitik beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts keine hinreichend bestimmten Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in diesem Bereich feststellen können. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, daß nach der in der Rechtssache 229/83 zu prüfenden nationalen Regelung Absprachen zwischen Unternehmen gerade nicht erforderlich waren, sondern durch *einseitiges* Vorgehen der Verleger ersetzt wurden, dem durch staatliche Maßnahmen allgemeine Gültigkeit verliehen wurde. Im hier zu entscheidenden Falle jedoch werden Tarifabsprachen von der staatlichen Regelung gerade vorausgesetzt oder herbeigeführt.

Wenn der Gerichtshof es in dem Urteil vom 10. Januar 1985 auch nicht ausdrücklich als seine eigene Auffassung gekennzeichnet hat — und in seinen Ausführungen zu Artikel 36 EWG-Vertrag distanziert er sich auch etwas von dieser Auffassung [30] —, so ist diese Entscheidung doch durch eine Besonderheit gekennzeichnet, die es nicht zuläßt, ihre vorsichtige Beurteilung unbesehen auf andere Wirtschaftszweige zu übertragen: Ich meine die Besonderheit des Buches als Kulturträger. Generalanwalt Darmon hat in seinen Schlußanträgen ausdrücklich auf diesen Umstand hingewiesen, der das Buch von anderen Wirtschaftsgütern unterscheide. Und auch der Gerichtshof ist wenigstens in seinen Ausführungen zu Artikel 85 EWG-Vertrag diesem Gedanken nicht ausdrücklich entgegengetreten, der zumindest erklären kann, warum es auf dem Buchsektor noch keine Wettbewerbs*politik* der Gemeinschaft gibt.

Bei den Dienstleistungen, die die Fluggesellschaften erbringen, handelt es sich jedoch um rein wirtschaftliche Leistungen, die nicht durch kulturelle Besonderheiten gekennzeichnet sind, die beim Buch vorliegen mögen.

4. *Zur vorläufigen Gültigkeit von „Altabsprachen"*

Die Regierung des Vereinigten Königreichs hat vorgeschlagen, bestehende Tarifabsprachen zwischen Fluggesellschaften trotz der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf diesem Sektor als vorläufig gültig anzusehen, da es bisher insbesondere unklar gewesen sei, wer Freistellungserklärungen gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag erteilen könne. Der Grundsatz der Rechtssicherheit verlange, nicht in bereits geschlossene Abmachungen einzugreifen.

Die Kommission ist dieser Auffassung entgegengetreten. Insbesondere hält sie die Grundsätze des Urteils des Gerichtshofes vom 6. April 1962 in der Rechtssache 13/61 auf den hier vorliegenden Fall wegen der Besonderheiten der Rechtssache 13/61 nicht für übertragbar. Die konkreten Umstände, die der Rechtssache 13/61 zugrunde gelegen hätten — Absprachen, die vor Inkrafttreten des EWG-Vertrages geschlossen worden seien, Anmeldepflicht der Altabsprachen

13 — Urteil vom 10. Januar 1985 in der Rechtssache 229/83, Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc u. a./SARL „Au blé vert" u. a., Slg. 1985, 1.

30 — Randnr. 30 der Entscheidungsgründe.

gemäß Artikel 5 der Verordnung Nr. 17, die im Zeitpunkt des Rechtsstreites bereits in Kraft gewesen sei —, ließen eine Übertragung auf den vorliegenden Fall nicht zu.

In dem genannten Urteil hat der Gerichtshof die Anwendbarkeit von Artikel 85 EWG-Vertrag vom Inkrafttreten des EWG-Vertrags an im Grundsatz bejaht. Indem Artikel 88 und 89 des Vertrages den nationalen Behörden und der Kommission Zuständigkeiten zur Anwendung von Artikel 85 übertrügen, setzten sie voraus, daß diese Vorschrift schon vom Inkrafttreten des Vertrages an anwendbar gewesen sei.

Der Gerichtshof fährt sodann jedoch fort, Artikel 88 und 89 EWG-Vertrag seien nicht geeignet, die vollständige Anwendung von Artikel 85 EWG-Vertrag zu gewährleisten. Artikel 88 EWG-Vertrag sehe eine Entscheidung der Behörden der Mitgliedstaaten über die Zulässigkeit von Kartellen nur für den Fall vor, daß ihnen ein Kartell nach dem geltenden innerstaatlichen Kartellrecht zur Genehmigung vorgelegt werde. Artikel 89 EWG-Vertrag erkenne der Kommission zwar eine allgemeine Zuständigkeit zur Überwachung und Aufsicht zu, ermächtige sie aber nur, etwaige Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag festzustellen, ohne ihr die Zuständigkeit für die Abgaben von Erklärungen nach Artikel 85 Absatz 3 zu verleihen. Schließlich enthalte keiner der beiden Artikel eine Übergangsregelung für die bei Inkrafttreten des Vertrages bereits bestehenden Kartelle. Überhaupt würde es dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit widersprechen, bestimmte Vereinbarungen der Nichtigkeit zu unterwerfen, bevor es noch möglich gewesen wäre zu entscheiden, auf welche Vereinbarung Artikel 85 in seiner Gesamtheit anwendbar sei.

Sicherlich kann die Frage nach der Gültigkeit von Absprachen problematisch sein, wenn aufgrund dieser Vereinbarungen Flugtarife von den nationalen Behörden genehmigt wurden, ohne daß ausdrücklich eine Freistellungserklärung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag erteilt wurde. Dennoch braucht der Gerichtshof diese Frage nicht zu beantworten, da sie ihm nicht unterbreitet wurde. Über die Gültigkeit der Altvereinbarungen hat das vorliegende Gericht nämlich bereits selbst entschieden und sie verneint. Die Frage, um die es hier geht, ist, ob die Nichtbeachtung von behördlich genehmigten Flugtarifen, die ihrerseits auf gemeinschaftsrechtswidrigen Tarifabsprachen beruht haben, strafrechtlich sanktioniert werden kann.

Es ist an dieser Stelle erneut darauf hinzuweisen, daß es sich bei den nationalen Ausgangsverfahren, die zu den hier zu behandelnden Vorabentscheidungsersuchen geführt haben, um Strafverfahren handelt. Ohne hier näher in die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts eindringen zu wollen, ist doch festzuhalten, daß der Grundsatz der Rechtssicherheit auf diesem Gebiet verlangt, strenge Maßstäbe an die Gültigkeit von Strafnormen zu stellen. Es mag zwar noch angehen, aus Gründen der Rechtssicherheit, gemeinschaftsrechtswidrige Absprachen zivilrechtlich als vorläufig gültig anzusehen; nicht mehr zulässig ist es jedoch, die Beachtung dieser gemeinschaftsrechtswidrigen Absprachen strafrechtlich zu erzwingen, und zwar selbst dann nicht, wenn dies mittelbar geschieht wie hier, da die gemeinschaftsrechtswidrigen Absprachen die Grundlage für die von den staatlichen Behörden genehmigten Tarife darstellen, die ihrerseits strafbewehrt sind. Hier ist es Aufgabe der Gerichte, sich schützend vor den Bürger zu stellen.

Die gegenteilige Auffassung würde nicht nur dazu führen, daß die Mitgliedstaaten es privaten Unternehmen ermöglichten, sich den ihnen durch die Wettbewerbsregeln des Vertrages auferlegten Bindungen zu entziehen. Es würde die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbe-

werbsregeln nicht nur ausgeschaltet, vielmehr würde durch die vorgesehenen Strafsanktionen den gemeinschaftsrechtswidrigen Tarifabsprachen gerade erst die praktische Wirksamkeit verliehen.

Es bleibt für mich somit bei dem Ergebnis, zumindest im strafrechtlichen Bereich von der Unanwendbarkeit von Bestimmungen auszugehen, die Sanktionen wegen der Nichtbeachtung von Tarifen androhen, die ihrerseits nicht im Einklang mit den Bestimmungen von Artikel 85 EWG-Vertrag aufgestellt worden sind. Ob dem Gerichtshof vorzuschlagen wäre, in einem Fall, in dem es lediglich um die Beurteilung der zivilrechtlichen Gültigkeit dieser Absprachen geht, etwa in Anlehnung an die in seinem Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75 [31] entwickelten Grundsätze anders zu entscheiden, kann dahingestellt bleiben, da diese Frage in den vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen nicht aufgeworfen wurde.

5. *Zur Sonderbehandlung von Fluggesellschaften aus Drittländern*

Die niederländische Regierung hat noch angedeutet, der Fall einer in einem Drittstaat ansässigen Fluggesellschaft, wie der im Vorabentscheidungsverfahren 213/84 betroffenen Fluggesellschaft Air Lanka, könne möglicherweise eine differenzierte Betrachtung verlangen.

Sollten auch hier Tarifabsprachen vorgelegen haben, die als Grundlage der staatlich genehmigten Tarife herangezogen wurden, so genügt zur Beantwortung dieses Sonderproblems ein Hinweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, der bereits in seinem Urteil vom 25. November 1971 in der Rechtssache 22/71 [32] zur Anwendbarkeit des Artikels 85 EWG-Vertrag auf einen Alleinvertriebsvertrag, bei dem einer der Vertragspartner in einem dritten Land ansässig war, folgendes festgestellt hat:

„Eine Vereinbarung ist nur dann mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und nach Artikel 85 untersagt, wenn sie geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und wenn sie eine Störung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt.

Daß einer der Vertragspartner in einem dritten Land ansässig ist, steht der Anwendung dieser Vorschrift nicht entgegen, wenn die Wirkungen der Vereinbarungen sich auf das Hoheitsgebiet des Gemeinsamen Marktes erstrecken."

Zu einem vergleichbaren Ergebnis kommt Generalanwalt Mayras in seinen Schlußanträgen vom 2. Mai 1972 zu den Rechtssachen 48, 49 und 51 bis 57/69 [33], in denen er aufgrund eingehender rechtsvergleichender Untersuchungen die Befugnis der Kommission bejaht, bei Verstößen gegen Artikel 85 EWG-Vertrag Geldbußen auch gegenüber Unternehmen zu verhängen, die ihren Sitz außerhalb der Gemeinschaft haben.

Auch nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 20. Juni 1978 in der Rechtssache 28/77 [34] steht es der Anwendung des Artikels 85 EWG-Vertrag nicht entgegen, daß einer der Vertragspartner in einem dritten Land ansässig ist — sofern nur die Wirkungen der Vereinbarung sich auf das Hoheitsgebiet des Gemeinsamen Marktes erstrekken; allerdings sei diese Vereinbarung nach Artikel 85 EWG-Vertrag nur verboten, wenn sie den Binnenhandel der Gemeinschaft spürbar berühre.

31 — Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75, Gabrielle Defrenne/Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Slg. 1976, 455, 480.

32 — Urteil vom 25. November 1971 in der Rechtssache 22/71, Béguelin Import Co. u. a./S.A.G.L. Import Export u. a., Slg. 1971, 949, 959 ff.

33 — Schlußanträge vom 2. Mai 1972 in den verbundenen Rechtssachen 48, 49 und 51 bis 57/69, Imperial Chemical Industries Ltd u. a./Kommission, Slg. 1972, 669.

34 — Urteil vom 20. Juni 1978 in der Rechtssache 28/77, Tepea BV/Kommission, Slg. 1978, 1391, 1416.

Es ist somit festzuhalten, daß Tarifabsprachen, an denen Fluggesellschaften mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft beteiligt sind, unter die Regelung des Artikels 85 EWG-Vertrag fallen, wenn sich diese Absprachen auf dem Gebiet der Gemeinschaft spürbar auswirken.

6. *Das Sonderproblem der Flüge in Drittstaaten*

Ein Sonderproblem wirft noch die rechtliche Einbindung des Luftverkehrs in ein System bilateraler und multilateraler Abkommen auf, die häufig Tarifabsprachen zwischen den Fluggesellschaften vorsehen oder gar zur Pflicht machen. Soweit es sich hier um Abkommen handelt, die zwischen den Mitgliedstaaten untereinander vor Inkrafttreten des EWG-Vertrags geschlossen worden sind, sind diese Verträge durch das Inkrafttreten des EWG-Vertrags abgelöst worden. So hat der Gerichtshof bereits in seinem Urteil vom 27. Februar 1962 in der Rechtssache 10/61 [35] festgestellt, der EWG-Vertrag gehe auf den von ihm geregelten Gebieten dem vor seinem Inkrafttreten zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkommen vor.

Anders jedoch ist die Rechtslage bei völkerrechtlichen Abkommen, die vor Inkrafttreten des EWG-Vertrags mit dritten Staaten geschlossen worden waren, denn nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen waren die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft nicht in der Lage, sich durch den Abschluß des EWG-Vertrags aus ihren Pflichten dritten Ländern gegenüber zu lösen. Artikel 234 Absatz 1 EWG-Vertrag gibt somit einen allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatz wieder, wenn er anordnet:

„Die Rechte und Pflichten aus Übereinkommen, die vor Inkrafttreten dieses Vertrages zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten einerseits und einem oder mehreren dritten Ländern andererseits geschlossen wurden, werden durch diesen Vertrag nicht berührt."

Mit dieser Respektierung der Rechte dritter Staaten hat es jedoch nicht sein Bewenden. Absatz 2 des Artikels 234 EWG-Vertrag gibt nämlich den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft die folgende Verpflichtung auf:

„Soweit diese Übereinkünfte mit diesem Vertrag nicht vereinbar sind, wenden der oder die betreffenden Mitgliedstaaten alle geeigneten Mittel an, um die festgestellten Unvereinbarkeiten zu beheben. Erforderlichenfalls leisten die Mitgliedstaaten zu diesem Zweck einander Hilfe; sie nehmen gegebenenfalls eine gemeinsame Haltung ein."

Welche Folgerungen sind nun aus diesen Bestimmungen für die vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen zu ziehen?

Zunächst ist festzustellen, daß bei Abkommen, die vor Inkrafttreten des EWG-Vertrags — bzw. vor dem Beitritt der neuen Mitgliedstaaten zur EWG [36] — geschlossen wurden, die Rechte dritter Länder und die Pflichten der Mitgliedstaaten zunächst fortbestehen, auch wenn sie sich im Widerspruch zum EWG-Vertrag befinden [35].

Sollten derartige „Altverträge" für die in den vor dem Tribunal de police Paris anhängigen Strafverfahren maßgeblichen Flugrouten vorliegen, so wird das Tribunal de police zunächst zu prüfen haben, ob es in den Bereich der „Rechte der dritten Länder" bzw. „Pflichten des Mitgliedstaats" fällt, Absprachen über Flugtarife hinzunehmen oder zu begünstigen und darüber hinaus Verstöße gegen die dann national festgesetzten Flugtarife strafrechtlich zu sanktionieren.

35 — Urteil vom 27. Februar 1962 in der Rechtssache 10/61, Kommission der EWG/Regierung der Italienischen Republik, Slg. 1962, 1, 22 f.

36 — Siehe Artikel 5 der Beitrittsakte vom 22. Januar 1972 für Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich, Artikel 5 der Beitrittsakte vom 28. Mai 1979 für Griechenland.

Aber auch falls dies bejaht wird, kann es angesichts der Bestimmung des Artikels 234 Absatz 2 EWG-Vertrag damit noch kein Bewenden haben. Artikel 234 Absatz 2 EWG-Vertrag statuiert nämlich für die Mitgliedstaaten eine Rechtspflicht zur Behebung von Vertragskollisionen. Die Mitgliedstaaten müssen nämlich alle geeigneten Mittel anwenden — und ich betone: völkerrechtlich zulässigen Mittel —, um die festgestellten Unvereinbarkeiten zu beheben. Zu diesen geeigneten Mitteln sind z. B. Neuverhandlungen mit dem Ziel einer Vertragsanpassung oder gegebenenfalls die Kündigung[37] eines Luftverkehrsabkommens zu rechnen, falls der Drittstaat zu einer Vertragsanpassung nicht bereit ist.

Sollte das vorlegende Gericht zu der Überzeugung gelangen, daß „Altverträge" Tarifabsprachen und deren strafrechtliche Bewehrung vorschreiben, wird es weiter zu prüfen haben, ob der betreffende Mitgliedstaat seiner Verpflichtung aus Artikel 234 EWG-Vertrag nachgekommen ist. Artikel 234 Absatz 2 EWG-Vertrag verpflichtet die Mitgliedstaaten zwar nicht, die Beseitigung der Unvereinbarkeiten zwischen Altverträgen und dem EWG-Vertrag *herbeizuführen* — dies mag, wenn der Drittstaat zu einer Anpassung des Abkommens nicht bereit oder auch eine Kündigung nicht möglich ist, rechtlich nicht erreichbar sein —, er ist jedoch gehalten, mit „allen geeigneten Mitteln" *tätig zu werden*, um die Anpassung zu erreichen.

Erst wenn auch das ergebnislose Bemühen des Mitgliedstaats, die Altverträge anzupassen, festgestellt wurde, kann vom Fortbestand der Befugnis des Mitgliedstaats die Rede sein, Marktteilnehmer zu bestrafen, die gemeinschaftsrechtswidrige Tarifabsprachen von Fluggesellschaften und die darauf gegründeten staatlich genehmigten Flugtarife nicht respektiert haben.

In diesem Zusammenhang wird es dann auch von Bedeutung sein, daß die Regierung der Französischen Republik auf eine Frage des Gerichtshofes mitgeteilt hat, daß sich für sie die Frage der Vereinbarkeit ihrer internationalen Verpflichtungen mit dem EWG-Vertrag nicht gestellt habe.

Insgesamt dürfte somit der Geltungsbereich der in Artikel 234 Absatz 1 EWG-Vertrag enthaltenen Unberührtheitsklausel 27 Jahre nach dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags nicht mehr sehr groß sein, falls die Mitgliedstaaten ihren Handlungsverpflichtungen aus Artikel 234 Absatz 2 EWG-Vertrag nachgekommen sind. Sind sie hingegen dieser Handlungsverpflichtung aus Artikel 234 Absatz 2 EWG-Vertrag nicht nachgekommen, so können sie sich nicht auf diese gemeinschaftsrechtswidrige Unterlassung berufen, um Marktteilnehmer zu bestrafen, die ihrerseits nicht bereit gewesen sind, gemeinschaftsrechtswidrige Tarifabsprachen der Fluggesellschaften und entsprechendes Handeln der staatlichen Genehmigungsbehörden zu respektieren.

Mit diesem Ergebnis wird keineswegs die völkerrechtliche Gültigkeit der Altverträge in Zweifel gestellt, sondern ihnen lediglich ein Teil ihrer innerstaatlichen und damit innergemeinschaftlichen Durchsetzbarkeit genommen. Dies könnte dann die völkerrechtliche Haftung des Mitgliedstaats auslösen, der nichts unternommen hat, sich widersprechende Vertragsverpflichtungen auszuräumen.

37 — Die oben als Beispiel genannten Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Frankreich vom 4. Oktober 1955 sowie das Internationale Abkommen über das Verfahren zur Festsetzung der Tarife für Liniendienste im Luftverkehr vom 10. Juli 1967 sehen z. B. Kündigungsfristen von 12 Monaten vor.

C. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die ihm vom Tribunal de police Paris vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

Nationale Bestimmungen, die die behördliche Genehmigung von Luftverkehrstarifen vorschreiben und eine vorgängige Abstimmung zwischen den betroffenen Luftverkehrsgesellschaften über die zur Genehmigung einzureichenden Tarife verlangen oder zulassen, widersprechen dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere Artikel 5 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 3 Buchstabe f, 85 — gegebenenfalls 90 — EWG-Vertrag, wenn die vorherige Abstimmung nicht nach Artikel 85 Absatz 3 vom Kartellverbot freigestellt worden ist.

Es ist Sache des nationalen Gerichts, entsprechende Bestimmungen außer Anwendung zu lassen. Dies gilt lediglich dann nicht, wenn Verpflichtungen aus von Artikel 234 EWG-Vertrag gedeckten Luftverkehrsabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern dem Mitgliedstaat ein gemeinschaftsrechtswidriges Verhalten vorschreiben und es dem Mitgliedstaat bislang nicht möglich gewesen ist, das Abkommen mit einem Drittstaat an das Gemeinschaftsrecht anzupassen oder sich aus ihm zu lösen.

ANHANG

Auszug aus dem Code français de l'aviation civile

Article L 330-3

Le transport des passagers ne peut être effectué que par des entreprises agréées à cet effet par le ministre chargé de l'aviation civile.

Ces entreprises doivent soumettre à son approbation préalable:

— leurs programmes généraux d'achat et de location de matériel volant;

— leurs programmes d'exploitation comportant, en particulier, l'indication des types de matériel normalement utilisés sur chacun des services de passagers prévus dans ces programmes.

Les tarifs sont soumis à l'homologation du ministre chargé de l'aviation civile.

Ne sont pas soumis aux obligations du présent article les transports d'au plus six passagers effectués à l'aide d'aéronefs dont le poids est inférieur à un maximum fixé par arrêté du ministre chargé de l'aviation civile.

Article R 330-9

(Décret n° 76-711 du 23 juillet 1976, article 1er)

Les entreprises agréées doivent présenter au ministre chargé de l'aviation civile, en vue de l'homologation de leurs tarifs, des propositions détaillées par ligne et, à l'intérieur de chaque ligne, par classe. Ces propositions doivent préciser également les conditions générales de transport ainsi que les réductions de tarifs que ces entreprises envisagent d'appliquer au cours de certaines périodes, ou au profit de certaines catégories de passagers.

Ces dispositions s'appliquent également aux entreprises étrangères de transport aérien autorisées à embarquer ou débarquer des passagers par un vol régulier ou non régulier sur le territoire de la République française, sauf en ce qui concerne les transports prévus au dernier alinéa de l'article L 330-3.

Les propositions peuvent être présentées soit par les entreprises directement, soit par l'intermédiaire d'une association professionnelle agréée par le ministre.

A l'expiration d'un délai de un mois à compter de la réception des propositions, les tarifs sont considérés comme homologues si le ministre n'a pas fait connaître son opposition.

Article R 330-15

(Décret n° 73-331 du 14 mars 1973, article 1er)

Sans préjudice de l'application des autres sanctions prévues par la législation en vigueur, et en particulier de celles qui sont édictées par l'article L 330-4, sera punie d'un emprisonnement de dix jours à un mois et d'une amende de 600 à 1 000 FF ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne qui aura contrevenu aux prescriptions des articles L 330-1, L 330-2 ou L 330-3, et notamment:

1) aura exercé une activité de transport aérien sans avoir obtenu l'autorisation prévue à l'article L 330-1 ou sans avoir respecté les conditions ou limitations qui lui avaient été imposées dans ladite autorisation;

2) aura, contrairement à l'article L 330-3, omis de soumettre à l'homologation les tarifs qu'elle pratique ou pratiqué des tarifs différents de ceux qui avaient été homologués.

(Décret n° 80-170 du 18 février 1980, article 2) „Sera punie de la même peine, sans préjudice de l'application des autres sanctions prévues par les conventions internationales ou par la législation en vigueur, toute personne qui aura contrevenu aux prescriptions des articles R 330-3, R 330-7 (alinéa 2), R 330-9 (alinéa 2), R 330-11 ou des règlements pris en application de l'article R 330-4."

En cas de récidive, la peine d'emprisonnement pourra être portée à deux mois et celle d'amende à 2 000 FF.