

Rechtsgutachten

zur Frage

**der Berechtigung von Privatpiloten
zur Durchführung sogenannter
"Selbstkostenflüge"**

**Institut für Österreichisches und Internationales
Luftfahrtrecht**

**Dr. Herwig Bauer
RA Mag. Joachim J. Janezic**

im Auftrag der



Wien / Graz im August 2005

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	3
1. Die österreichische Gesetzeslage	5
2. Die deutsche Gesetzeslage	8
3. Vergleich der beiden Regelungen	9
4. Das Recht der Europäischen Union (EU)	10
5. Die Gewerbsmäßigkeit	11
6. Die Entgeltlichkeit	14
7. Selbstkostenflüge durch Privatpiloten?	16
8. Der Begriff der "Selbstkosten" und deren Ersatzfähigkeit	18
Literaturverzeichnis	19

Zusammenfassung

- Z.1. Trotz offensichtlicher "Übernahme" der deutschen Regelungen bestehen Unterschiede zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage, weil der Inhaber einer österreichischen Privatpilotenlizenz –im Gegensatz zu seinem "deutschen Pendant" - nicht berechtigt ist, entgeltlich zu befördern. Die Selbstkosten im Sinne der ZLPV werden gemäß Erlass zur ZLPV allerdings nicht als Entgelt angesehen, womit dieser Unterschied im öffentlichen Recht praktisch bedeutungslos wird. Sobald Österreich die "requirements" der JAR-FCL übernehmen wird, fallen – zumindest für die europäischen Lizenzen - diese formalen Unterschiede weg¹. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt allerdings die Entgeltlichkeit für das Privatrecht (und damit besonders für das Haftungsrecht) bedeutsam, weil jede Zuwendung eines materiellen Vorteils, ohne Rücksicht auf die Gewinnabsicht als Entgelt verstanden wird.
- Z.2. Die (seinerzeitige) Neuregelung im Jahre 1999 sollte eine übliche Praxis legalisieren, weil offensichtlich schon davor Selbstkostenflüge von Privatpiloten durchgeführt wurden. Dabei konnte man sich auf die Ausführungen des ZPE berufen, der Selbstkostenflüge als nicht entgeltlich qualifizierte. Verfahren gegen Privatpiloten, die Selbstkostenkostenflüge mit viersitzigen Luftfahrzeugen durchführen sind kaum bekannt, sofern überhaupt welche durchgeführt wurden. Durch Vorwegnahme der entsprechenden Regelungen aus der JAR-FCL (wie dies in mehreren Fällen bereits gemacht wird) könnten bestehende Unterschiede beseitigt werden.

¹ So werden in der JAR-FCL 1.001 unter "Private Pilot's License" eine Berechtigung zur ausschließlich privaten Flugdurchführung verstanden, wobei der Begriff "privat" sich dadurch definiert, dass für die Durchführung des Fluges keine Entlohnung verlangt werden darf (im Originaltext wird der JAR-FCL wird an dieser Stelle von "remuneration" gesprochen (Private pilot: a pilot who holds a licence which prohibits the piloting of aircraft in operations for which remuneration is given)). Es wird also ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit als Pilot einerseits und der Vergütung für diese Tätigkeit andererseits hergestellt. (siehe dazu auch Nordian Air Law, Air Transport Pilot's License JAR-FCL).

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch noch der Verweis auf den ICAO Annex 1, der ja letztlich die völkerrechtliche Grundlage aller nationalen, internationalen und supranationalen Berechtigungsregulative enthält. Der ICAO Annex 1 (2.3.2.1) spricht von einer Berechtigung "... to act, but not for remuneration, as pilot-in-command or co-pilot of any aeroplane engaged in non-revenue flights.", also Flügen, die keine Entlohnung des Piloten zur Folge haben. (siehe diesbzgl. die Ausführungen in Jeppesen Air-Law JAA-ATPL Training).

- Z.3. In jedem Fall – egal ob der Selbstkostenflug von Privatpiloten oder Berufspiloten durchgeführt wird – ist darauf zu achten, dass die übrigen Voraussetzungen der Gewerbsmäßigkeit und der Entgeltlichkeit nicht erfüllt werden.
- Z.4. Darüber hinaus bestehen keinerlei Einschränkungen auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe, die das Recht auf Durchführung von Selbstkostenflügen durch Privatpiloten beschränken. Es gilt der Grundsatz "erlaubt ist, was nicht ausdrücklich verboten ist" und Privatpiloten sind mangels dem entgegenstehender gesetzlicher Verbote berechtigt, die Selbstkostenflugregelung für sich in Anspruch zu nehmen.
- Z.5. Unter Selbstkosten werden in diesem Zusammenhang diejenigen Kosten verstanden, welche der Betrieb des Luftfahrzeuges ohne entsprechenden Gewinnaufschlag für den Flug durchführenden Piloten verursacht; dies jedoch unter Berücksichtigung der Kostenfaktoren, welche die bloße Eintragung des Luftfahrzeuges (zB kalkulatorischer Ansatz für Versicherungsprämien etc...) aber auch der konkret durchgeführte Flug (zB Streckengebühren, Flughafengebühren etc...) verursachen.
- Z.7. Die Selbstkosten dürfen nur anteilig verrechnet werden; eine Vereinnahmung sämtlicher entstehender Kosten ist damit unzulässig.
- Z.8. Ausdrücklich sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass sich die diesem Gutachten zu Grunde liegenden Untersuchungen ausschließlich auf verwaltungsrechtliche Regulative bezogen haben. Die Frage nach zivilrechtlichen Konsequenzen wurde im Rahmen dieses Rechtsgutachtens nicht behandelt und muss weiterführenden Untersuchungen vorbehalten bleiben.

Wien / Graz, im August 2005

Dr. Herwig Bauer
RA Mag. Joachim J. Janezic

1. Die österreichische Gesetzeslage²

1.1. Unternehmen, die im gewerblichen Luftverkehr Fluggäste, Post und/oder Fracht befördern wollen, benötigen

- entweder - **als Luftfahrtunternehmen** – ein so genanntes Luftverkehrsbetreiberzeugnis gemäß der AOCV³ sowie eine Betriebsgenehmigung gemäß der VO (EWG) 2407/92⁴;
- oder - **als Luftbeförderungsunternehmen** - eine Beförderungsbewilligung und eine Betriebsaufnahmebewilligung gemäß den Bestimmungen der §§ 104 ff LFG.⁵

1.2. **Ohne Bewilligung/Genehmigung** dürfen nur durchgeführt werden:

- Flüge die nicht
 - von **Unternehmen** (als eine selbständige, organisierte Erwerbsgelegenheit; gemäß Definition im EU-Recht – siehe Punkt 4.4. dieses Gutachtens - auch jede natürliche Person) oder
 - **nicht gewerblich** durchgeführt werden.
- **nicht gewerbliche Flüge** gegen Ersatz der Selbstkosten mit Luftfahrzeugen, die für höchstens vier Personen im Flug verwendet werden dürfen⁶ (*es kommen somit keine Luftfahrzeuge in Betracht, die für 5 oder mehr Passagiere im Flug verwendet werden dürfen*) und
- **Flüge zum Absetzen von Fallschirmspringern.**

² in diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass im Rahmen dieses Gutachtens das Wort "Gesetzeslage" sich auf positives Recht iW.S. und nicht nur auf Rechtsnormen im Rang eines Gesetzes erstreckt; sohin sind von diesem Begriff auch bspw. Verordnungen (nicht jedoch – mangels Bindungswirkung - Erlässe) mit umfasst.

³ Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie betreffend die Voraussetzungen für die Erteilung des Luftverkehrsbetreiberzeugnisses (AOC) – AOCV 2004, BGBl. II Nr. 425/2004 idF BGBl. II Nr. 528/2004.

⁴ Verordnung (EWG) Nr. 2407/92 des Rates vom 23.07.1992 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen, Amtsblatt Nr. L 240/1 vom 24.08.1992.

⁵ § 102 LFG.

⁶ § 102 Abs. 4 LFG.

- 1.3. Den Fluggästen ist vom Beförderer eine Bestätigung über die Bezahlung des Entgeltes auszustellen, deren Abschnitt vom Beförderer zwei Jahre lang aufzubewahren ist.⁷
- 1.4. Der österreichische Privatpilotenschein (**PPL**) berechtigt den Inhaber⁸ Flugzeuge nur unentgeltlich und nichtgewerbsmäßig im Fluge zu führen. Entgeltliche und gewerbsmäßige Beförderung ermöglicht erst der Berufspilotenschein (**CPL**)⁹.
- 1.5. Zur Historie des § 102 Abs. 4 LFG:

Mit BGL. I Nr. 102/1997 wurde der österreichische Gesetzgeber dem Bedarf einer Anpassung der österreichischen Rechtsvorschriften an die soeben erlassene VO (EWG) 2407/92 vom 23.07.1992 gerecht. Dem entsprechend wurde auch der gesamte VII. Teil des Luftfahrtgesetzes (und somit auch der hier gutachtensrelevante § 102 LFG) novelliert. Im Rahmen dieser Novelle zum LFG wurden jedoch "nur" die ersten drei Absätze dieser Bestimmung eingeführt.

Erst mit BGBl. I Nr. 105/1999 wurde dem im Jahre 1997 eingeführten "europarechtlichen Rechtssystem der gewerblichen Luftfahrt" die so genannte "Selbstkostenregelung" hinzugefügt. Dies mit folgendem Wortlaut:

(4) Flüge gegen Ersatz der Selbstkosten mit Luftfahrzeugen, die für höchstens vier Personen im Fluge verwendet werden dürfen und Flüge zum Absetzen von Fallschirmspringern dürfen ohne die Bewilligungen gemäß den Abs. 1 und 2 durchgeführt werden. Den Fluggästen ist vom Beförderer eine Bestätigung über die Bezahlung des Entgeltes auszustellen, deren Abschnitt vom Beförderer zwei Jahre lang aufzubewahren ist.

⁷ § 102 Abs. 4 letzter Satz LFG.

⁸ § 28 Zivilluftfahrt-Personalverordnung (ZLPV).

⁹ § 36 Zivilluftfahrt-Personalverordnung (ZLPV).

Bereits diese Regelung beinhaltet die problematische Formulierung "Bezahlung des Entgeltes". Problematisch deswegen, weil einem Privatpiloten, der ja nur zur Durchführung unentgeltlicher Flüge berechtigt ist, offensichtlich nunmehr plötzlich eine Möglichkeit eingeräumt wird, einen Flug durchzuführen und dafür ein Entgelt zu vereinnahmen.

Mit BGBl. I Nr. 73/2003 wurde in weiterer Folge der erste Satz des § 102 Abs. 4 LFG novelliert – leider ohne den damals bereits offenkundigen Widerspruch zu beseitigen:

(4) Nicht gewerbliche Flüge gegen Ersatz der Selbstkosten mit Luftfahrzeugen, die für höchstens vier Personen im Fluge verwendet werden dürfen, und Flüge zum Absetzen von Fallschirmspringern dürfen ohne die Bewilligungen gemäß den Abs. 1 und 2 durchgeführt werden.

Für den rechtsunterworfenen Privatpiloten war durch diese (Neu-)Regelung wenig gewonnen, denn offensichtlich wollte man ja nur die Ausnützung dieser begünstigenden Regelung durch gewerblichen Beförderungsunternehmen vermeiden und hat deshalb das Wort "Flüge" der Fassung BGBl. I Nr. 105/1999 durch die Wortfolge "Nicht gewerbliche Flüge" ersetzt.

1.6. Zur Historie des § 28 ZLPV:

Diese Bestimmung ist seit ihrer Einführung im Jahre 1958 (BGBl. Nr. 219/1958) textlich unverändert.

2. Die deutsche Gesetzeslage

2.1. Nach den deutschen Regelungen¹⁰ unterliegen die von juristischen oder natürlichen Personen sowie Personenhandelsgesellschaften durchgeführten nichtgewerbsmäßigen Beförderungen von Fluggästen, Post und/oder Fracht mit Luftfahrzeugen gegen Entgelt der Genehmigungspflicht; ausgenommen hiervon sind¹¹

- ➔ Flüge mit Luftfahrzeugen, die für höchstens vier Personen zugelassen sind (geregelt sind nur solche Flüge, die von den einschlägigen EU-Vorschriften nicht erfasst werden) und
- ➔ Flüge zum Absetzen von Fallschirmspringern.

Der Gesetzgeber orientiert sich bei diesen Regelungen am Schutzbedürfnis der beförderten Personen und deren Interesse an einer **staatlichen Überwachung** des Luftfahrtunternehmens. Eine Genehmigungsfreiheit bei den Selbstkostenflügen wird allerdings – wegen der Kleinheit der eingesetzten Luftfahrzeuge – offensichtlich in Kauf genommen¹².

2.2. Der deutsche Privatpilotenschein (Erlaubnis für Privatflugzeugführer) berechtigt als verantwortlicher Pilot oder Kopilot auf Flugzeugen im nichtgewerbsmäßigen Luftverkehr tätig zu sein¹³.

¹⁰ § 20 Abs.1 Z.2 Luftverkehrsgesetz (LuftVG).

¹¹ § 20 Abs.1 Luftverkehrsgesetz (LuftVG).

¹² Giemulla/Schmid, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, zu § 20 LuftVG.

¹³ Bekanntmachung der Bestimmungen über Lizenzierung von Piloten (JAR-FCL 1 deutsch - 1.110), ähnlich § 4 Abs.2 Z.1 Verordnung über Luftfahrtpersonal (LuftPersV)

3. Vergleich der beiden Regelungen

- 3.1. Der Vergleich der österreichischen und der deutschen Gesetzeslage ist deshalb zulässig und sinnvoll, weil im Bericht des Verkehrsausschusses¹⁴ angeführt wird, dass der (seinerzeit) neue § 102 Abs. 4 LFG – den Forderungen des Aero Club entsprechend – bestimmte bewilligungsfreie Flüge auf Selbstkostenbasis ermöglichen soll und weil zu diesem Zweck offensichtlich der Kern der österreichischen Regelungen fast wörtlich aus dem deutschen Luftverkehrsgesetz übernommen wurde.
- 3.2. Es ergeben sich allerdings zu den deutschen Regelungen folgende wesentliche Unterschiede:
- ➔ Nichtgewerbsmäßige aber entgeltlich durchgeführte Beförderungen (ausgenommen Selbstkostenflüge und Absetzen von Fallschirmspringern) unterliegen nach deutschem Recht der Genehmigungspflicht. In Österreich unterliegen nur Beförderungen durch Unternehmen im gewerblichen Luftverkehr einer entsprechenden Genehmigungs-/Bewilligungspflicht.
 - ➔ Der Privatpilot darf nach deutschem Recht grundsätzlich entgeltliche Flüge durchführen, der österreichische Pilot darf dies nicht.
- 3.3. Somit ist festzuhalten, dass die seinerzeitige Übernahme der deutschen Regelungen in den österreichischen Rechtsbestand – ohne entsprechende Anpassung der Zivilluftfahrt-personalrechtlichen Vorschriften – die Ursache des heutigen Auslegungsproblems ist. Wäre parallel zur Einführung der Selbstkostenregelung auch die maßgebliche Bestimmung über die Berechtigung von Privatpiloten insoweit ergänzt (oder besser: ebenso den deutschen Bestimmungen angepasst) worden, als dass man die "entgeltliche" Durchführung dieser Selbstkostenflüge gestattet hätte, so würde die Regelung diesbezüglich keinen Interpretationsspielraum offen lassen.

¹⁴ Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates GP XX AB 1930 S. 176.

4. Das Recht der Europäischen Union (EU)

- 4.1. Die im Sinne dieses Gutachtens maßgeblichen Rechtsvorschriften finden sich in der bereits zitierten VO (EWG) 2407/92 vom 23.07.1992.
- 4.2. Auf Basis dieser Verordnung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft wurde im Jahre 1997 der Bereich der gewerblichen Luftfahrt in Österreich einer gesetzlichen Neuregelung unterworfen.
- 4.3. Die im Jahre 1999 hinzugefügte begünstigende Selbstkostenregelung ist insoweit aus europarechtlicher Sicht bedenklich, weil die den entsprechenden Gesetzesnovellen der Jahre 1997, 1999 und 2003 zu Grunde liegende VO (EWG) 2407/92 eine europarechtliche Ermächtigung, zur Einführung einer solchen (begünstigenden) Regelung eigentlich nicht vorsieht. Dies sei jedoch nur am Rande bemerkt.
- 4.4. Wesentlich problematischer ist jedoch, dass die VO (EWG) 2407/92 überhaupt nicht auf die Frage der Gewerbsmäßigkeit oder Entgeltlichkeit Bezug nimmt, sondern als Anknüpfungspunkt der entsprechenden Betriebsgenehmigungspflicht ausschließlich auf den Begriff des "Unternehmens" abstellt und für diesen Begriff auch gleich in Art. 2 lit. a die entsprechende Definition beinhaltet:

Demnach ist ein Unternehmen *"jede natürliche oder juristische Person mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht [...]"*.

- 4.5. Diese sehr weit gefasste Definition des Unternehmens hat zur Folge, dass im Rahmen der Prüfung der Gewerbsmäßigkeit das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht nicht mehr von Bedeutung ist¹⁵.
- 4.6. Dass diese Regelung per definitionem buchstäblich für **jedermann** zutrifft, scheint anlässlich der Abfassung der VO (EWG) 2407/92 niemand entsprechend reflektiert zu haben.

¹⁵ Walter Schwenk, Handbuch des Luftverkehrsrechts, Carl Heymanns Verlag KG, 2. Auflage, S. 453

5. Die Gewerbsmäßigkeit

5.1. Das Luftfahrtgesetz enthält selbst keine Definition des Begriffes "Gewerbsmäßigkeit" und so führen Halbmayr/Wiesenwasser hiezu aus¹⁶, dass eine Beförderung dann gewerbsmäßig ist, wenn jemand aus der Beförderung **"sein Gewerbe macht"** und somit diese Tätigkeiten

- mit der Absicht auf Gewinnerzielung
- dauernd
- berufsmäßig und
- selbständig

durchführt werden. Es wird sohin inhaltlich auf die ständige Spruchpraxis der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts verwiesen.

5.2. Halbmayr/Wiesenwasser führen zum Begriff der "Gewerbsmäßigkeit" weiters aus, dass diese Tätigkeiten dann nicht auf Gewinn gerichtet sind, wenn sie nur gegen Ersatz der Selbstkosten erfolgen.¹⁷.

5.3. Schwenk weist in seinem Handbuch des Luftverkehrsrechts¹⁸ darauf hin, dass oft Umfang, Organisation, ständig vorgehaltenes Personal und rechtlicher Status des Betriebes, die Häufigkeit und Vielseitigkeit des Luftfahrzeugeinsatzes und das Auftreten in der Öffentlichkeit (vor allem in der Werbung) einen hinreichenden Schluss auf das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht zulassen.

5.4. Mit der LFG-Novelle 2003¹⁹, wurde die Bestimmung über bewilligungsfreie Selbstkostenflüge abgeändert und dem bisherigen Wortlaut die Wortfolge "Nicht gewerbliche" vorangestellt, so dass (unter Berufung auf die entsprechenden europarechtlichen Regelungen) klargestellt wurde, dass nur solche Personen,

¹⁶ Halbmayr/Wiesenwasser, Das österreichische Luftfahrtrecht, Orac Verlag, Anm.2 zu § 101 LFG

¹⁷ Halbmayr/Wiesenwasser, Das österreichische Luftfahrtrecht, Orac Verlag, Anm.2 zu § 101 LFG

¹⁸ Walter Schwenk, Carl Heymanns Verlag KG, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 2. Auflage, S. 453

¹⁹ BGBl. I Nr. 73/2003.

die nicht gewerbliche Flüge durchführen, diese Ausnahmeregelung in Anspruch nehmen können.

Damit sollte eine Konformität mit dem EU-Recht²⁰ erreicht werden, wobei in den Gesetzesmaterialien nochmals klargestellt wurde, dass der Begriff **gewerblich** – soweit in der EU-Verordnung keine besondere Bestimmung enthalten ist - im Sinne des Begriffes "gewerbsmäßig" in der Gewerbeordnung 1994 und der diesbezüglichen Judikatur zu verstehen ist²¹.

5.5. Nach der Gewerbeordnung 1994²² wird eine Tätigkeit gewerbsmäßig ausgeübt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist; dabei macht es keinen Unterschied, ob der durch die Tätigkeit beabsichtigte Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil im Zusammenhang mit einer in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes fallenden Tätigkeit oder im Zusammenhang mit einer nicht diesem Bundesgesetz unterliegenden Tätigkeit erzielt werden soll.

- **Selbständigkeit** liegt vor, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.
- Auch eine einmalige Handlung gilt als **regelmäßige Tätigkeit**, wenn nach den Umständen des Falles auf die Absicht der Wiederholung geschlossen werden kann oder wenn sie längere Zeit erfordert. Das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen oder bei Ausschreibungen wird der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.
- Die **Absicht einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen** liegt auch dann vor, wenn der Ertrag oder sonstige wirtschaftliche Vorteil den Mitgliedern einer Personenvereinigung zufließen soll. Bei Vereinen gemäß Vereinsgesetz 1951 liegt diese Absicht auch dann vor, wenn die Vereinstätigkeit das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist und diese Tätigkeit – sei es mittelbar oder unmittelbar – auf Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist.

²⁰ Verordnung (EWG) Nr. 2407/92

²¹ Erläuterungen des BMVIT zur Regierungsvorlage der LFG-Novelle 2003 zu § 102 Abs.4

²² § 1 Abs. 2 der Gewerbeordnung 1994

- 5.6. Der wesentlichste Unterschied zwischen der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Begriff der "Gewerblichkeit" und den entsprechenden europarechtlichen Vorgaben durch die VO (EWG) 2407/92 besteht nun darin, dass das Merkmal der "Gewinnerzielungsabsicht" (mit all den obig dazu ergangenen Erläuterungen) für die Beurteilung der "Gewerbsmäßigkeit" in der Luftfahrt keine weitere Rolle mehr zu spielen hat. Dieser Unterschied wurde wohl auch von den Mitgliedern des Ausschusses so erkannt, wird doch ausdrücklich auf diesen begrifflichen Unterschied hingewiesen.²³
- 5.7. Der Vollständigkeit halber sei bemerkt, dass auch der zur Zivilluftfahrt-Personalverordnung ergangene Erlass hinsichtlich des Begriffes der "Gewerbsmäßigkeit" auf die dazu ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes Bezug nimmt, ohne freilich auf die europarechtlich notwendigen Einschränkungen hinsichtlich der Gewinnerzielungsabsicht hinzuweisen. Möglicherweise sind die Ausführungen des Erlasses auch zu einem Zeitpunkt ergangen, zu dem die entsprechenden europarechtlichen Normen noch nicht existiert haben oder für den österreichischen Rechtsbestand unerheblich waren.
- 5.8. Hinsichtlich der letztlich im Rahmen dieses Gutachtens zu klärenden Frage, ob Privatpiloten die Ausnahmebestimmungen des § 102 Abs. 4 in Anspruch nehmen können, ist festzuhalten, dass dem aus dem Blickwinkel des Begriffes der "Gewerblichkeit" nichts entgegen steht, denn Privatpiloten sind grundsätzlich nur zur Durchführung "nicht gewerblicher" Flüge berechtigt; also genau der Art von Flügen, für die auch die Bestimmung des § 102 Abs 4 LFG eine begünstigende Ausnahme schaffen will.

²³ GP XXII AB 181 S. 29.

6. Die Entgeltlichkeit

6.1. Entgeltlichkeit im Privatrecht

Im Privatrecht wird unter Entgelt jede Zuwendung eines materiellen Vorteils im Austausch für eine Leistung verstanden, ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer allfälligen Gewinnabsicht²⁴.

Somit ist unter dem Begriff Entgelt grundsätzlich **jede** Gegenleistung für eine Beförderung zu verstehen²⁵. Dies ergibt sich hinsichtlich der Selbstkosten sogar aus dem Wortlaut des Luftfahrtgesetzes²⁶ selbst, wonach der Beförderer bei Selbstkostenflügen verpflichtet wird, eine Bestätigung über die Bezahlung des Entgeltes auszustellen.

Dazu wäre anzumerken, dass im Sinne der Haftungsvorschriften – da es sich hierbei ja um ein privatrechtliches Rechtsverhältnis handelt - somit **jede** Gegenleistung Entgeltlichkeit bewirkt²⁷.

6.2. Entgeltlichkeit im öffentlichen Recht

Ebenso wie bereits zum Begriff der "Gewerbsmäßigkeit" ausgeführt, wird im Erlass zur Zivilluftfahrt-Personalverordnung hinsichtlich des Begriffes der Entgeltlichkeit auf die Spruchpraxis des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen.

Weiters wird im Erlass zur ZLPV ausgeführt, dass die Entgeltlichkeit (welche nicht vorliegen darf) darin besteht, dass der (Privat-)Pilot für die Durchführung des Fluges entlohnt wird.

Weiters führt der Erlass aus, dass *"[...] dass also der Pilot weder als gewerblicher Unternehmer auftritt, noch für die Flugdurchführung entlohnt wird. Dabei ist besonders zu beachten, dass zwar eine Tätigkeit noch nicht allein deshalb als entgeltlich anzusehen ist, weil sie nur gegen Ersatz der*

²⁴ Halbmayer/Wiesenwasser, Das österreichische Luftfahrtrecht, Orac Verlag, Anm.2c zu § 101 LFG

²⁵ Walter Schwenk, Carl Heymanns Verlag KG, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 2. Auflage, S. 454

²⁶ § 102 Abs.4 letzter Satz Luftfahrtgesetz

²⁷ ZPE zu § 28 ZLPV, 3.Pkt. (Klammerausdruck)

Selbstkosten ausgeübt wird, andererseits jedoch nicht nur die Absicht auf Erzielung eines Ertrages , sondern auch die Absicht auf Erzielung eines sonstigen wirtschaftlichen Vorteiles eine Tätigkeit als entgeltlich qualifiziert [...]". Hier werden vom Autor des Erlasses ganz offensichtlich die beiden Begriffe der "Gewerbsmäßigkeit" und der "Entgeltlichkeit" verwechselt, denn die Gewinnerzielungsabsicht spielt ausschließlich auf der Ebene der Gewerbsmäßigkeit, nicht jedoch auf der Ebene der Entgeltlichkeit eine Rolle.

Aus der genannten Stelle des Erlasses können jedoch zwei ganz wesentliche Aussagen als Substrat gewonnen werden:

- ➔ der Ersatz der bloßen Selbstkosten begründet keine Entgeltlichkeit
- ➔ die Entgeltlichkeit bestünde in einer allfälligen Entlohnung des Piloten

- 6.3. Es kann also als Ergebnis festgehalten werden, dass die bloße Vereinnahmung von Selbstkosten an sich, keine Entgeltlichkeit begründet und diese somit auch der Inanspruchnahme der Begünstigungen des § 102 Abs. 4 LFG durch Privatpiloten nicht entgegensteht.

7. Selbstkostenflüge durch Privatpiloten?

7.1. Nachdem nun festgestellt wurde, dass die beiden Begriffe "Gewerbsmäßigkeit" und "Entgeltlichkeit" der Durchführung von Selbstkostenflügen nicht entgegenstehen, bleibt letztlich noch die Frage zu klären, ob es sonstige rechtlich relevante Einwände dagegen gibt.

7.2. Zu allererst ist nochmals darauf zu verweisen, dass entsprechend den Ausführungen im Ausschussbericht mit der Einführung der Begünstigungen des § 102 Abs. 4 LFG einer Forderung des Aero Club, also einer Interessensvertretung der Privat- und Sportfliegerei, entsprochen wurde. Hinter dieser "Forderung" des Aero Club stand sehr wesentlich, es Privatpiloten, welche höhere Qualifikationen anstreben, zu ermöglichen, Flugstunden zu absolvieren, und die dafür entstehenden Kosten zumindest teilweise auf Dritte abzuwälzen. So sind für den Erwerb einer Berufspilotenberechtigung 200 Flugstunden erforderlich (also 160 mehr als für den Erwerb der Privatpilotenberechtigung).

Eine Regelung, wonach die Durchführung von Selbstkostenflügen nur von Piloten eines höheren Qualifikationsniveaus als einem Privatpiloten durchgeführt werden dürfen, würde die ratio legis mehr als nur in Frage stellen, ja sogar konterkarieren.

7.3. Der bereits vielmals zitierte Erlass zur Zivilluftfahrt-Personalverordnung führt weiters aus: *"Privatpiloten sind unbeschadet der Ausführungen in Punkt 2 jedenfalls aus Gründen der Sicherheit der Luftfahrt und haftungsrechtlichen Gründen von der Verwendung als verantwortliche Piloten bei der entgeltlichen Beförderung von Personen und Sachen ausgeschlossen [...]"*

Diese Regelung des Erlasses widerspricht scheinbar den Zielen der Selbstkostenflüge. Nur scheinbar jedoch aus folgendem Grund: die Regelung spricht von "entgeltlichen Flügen" ohne auf die Vereinnahmung von Selbstkosten explizit Bezug zu nehmen. Da es sich jedoch bei der Zivilluftfahrt-Personalverordnung um öffentliches Recht handelt, ist auch der diesbezüglich klargestellte Entgeltlichkeitsbegriff (und nur dieser) relevant. Es kommt daher ausschließlich auf eine allfällige Bezahlung der Leistung des Piloten an und nicht auf ein Austauschverhältnis schlechthin. Dass jedoch keine Entgeltlichkeit in diesem Sinne gegeben sein darf – jedoch bei bloßen Selbstkostenflügen

auch nicht gegeben ist – ist ohnehin evident. Vielmehr scheint der Erlass in diesem Punkt – und dies erhellt aus den übrigen im entsprechenden Kontext angeführten Beispielen – auf die Rechtslage aus der Sicht des Unternehmens abzielen, in dem klar gestellt werden soll, dass für Flüge, mögen sie auch aus der Sicht der eingesetzten Piloten unentgeltlich sein, diese dann nicht einzusetzen sind, wenn es sich beim entsprechenden Flug dennoch um eine "entgeltliche Beförderung" handelt.

- 7.4. Darüber hinaus wäre auch – und dies sei ausdrücklich betont – ein Erlass im Sinne der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung kein geeignetes Instrument um Berechtigungen, welche mittels Gesetz und Verordnung eingeräumt wurden, abzuändern, abzuschwächen oder gar gänzlich zu entziehen. Dem gegenständlichen Erlass kommt daher lediglich der Status als Interpretationshilfe zu, keinesfalls ist es möglich, damit Recht zu setzen.

Dem entspricht auch die gängige Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, wonach die Anwendung bloßer Erlässe zur Begründung von Entscheidungen der Verwaltungsbehörden nicht dem Legalitätsprinzip entsprechen. Der Verfassungsgerichtshof hebt entsprechende Erlässe – wegen der Kundmachungsmängel, die Erlässen innewohnen – auf, wohingegen der Verwaltungsgerichtshof Erlässe als rein interne Verwaltungsweisungen ohne rechtssetzenden Charakter betrachtet.²⁸

- 7.5. Abschließend ist daher auszuführen, dass es keine Regelung auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe gibt, die Privatpiloten von der Inanspruchnahme der Begünstigungen des § 102 Abs. 4 LFG ausschließt. Eine diesbezügliche Einschränkung ist bei genauem Studium selbst dem ZPE nicht zu entnehmen, wobei dieser eine solche Einschränkung auch nicht vornehmen könnte.

²⁸ zuletzt VwGH 09.03.2005, 2001/13/0062 in ecolex 2005, 476.

8. Der Begriff der "Selbstkosten" und deren Ersatzfähigkeit

8.1. Unter "**Selbstkosten**" sind jene Kosten zu verstehen, die für den Betrieb des Luftfahrzeuges beim jeweiligen Flug anfallen. Der Beförderer darf daher seinen Fluggästen lediglich jene Betriebskosten **anteilig** verrechnen, die ihm durch die Durchführung des konkreten Fluges entstehen. Einen Gewinn, der ja letztlich dem den Flug durchführenden Piloten zukommen würde, und daher eine Entlohnung seiner Leistung bedeutet, darf er somit keinesfalls machen²⁹.

8.2. Schwenk führt in seinem **Handbuch des Luftverkehrsrechts**³⁰ an, dass in der Kalkulation der Selbstkosten keine Gewinnbestandteile enthalten sein dürfen. Als Beispiele für eine Selbstkostenpreiskalkulation werden u.a. folgende Kosten angeführt:

- Luftfahrzeugmiete,
- Treibstoff,
- Landegebühren,
- Streckengebühren,
- Abfertigungsgebühren,
- Abstellgebühren u.ä.

Die Bestimmungen über genehmigungsfreie Selbstkostenflüge kommen selbstverständlich auch dann zur Anwendung, wenn auch nur ein Teil der Selbstkosten erstattet wird.

8.3. Wie bereits oben unter 8.1. ausgeführt, dürfen die Selbstkosten lediglich anteilig verrechnet werden. Das bedeutet, dass bei Kosten in der Höhe von EUR 4.000,00 und vier belegten Sitzplätzen der Pilot zur Vereinnahmung von EUR 3.000,00 unter dem Titel "Selbstkosten" berechtigt ist.

Dies ergibt sich unzweifelhaft aus dem Ausschussbericht des Jahres 1999, in dem Folgendes festgehalten wurde: *"Der Beförderer darf daher seinen Fluggästen lediglich jene (Betriebs)Kosten **anteilig** verrechnen, die ihm durch die Durchführung des konkreten Fluges entstehen."*

²⁹ Bericht des Verkehrsausschusses zur LFG-Novelle 1999, BGBl. I Nr. 105/1999

³⁰ Walter Schwenk, Carl Heymanns Verlag KG, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 2. Auflage, S. 454

Literaturverzeichnis

Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP.

Bericht des Verkehrsausschusses zur Luftfahrtgesetz-Novelle 1999.

Bydlinski, Österreichische Gesetze, Manz Wien C.H.Beck München.

Erläuterungen des BMVIT zur Regierungsvorlage der LFG-Novelle 2003.

GiumullaSchmid, Luftverkehrsgesetz, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Luchterhand.

Giumulla/Schmid/von Elm, Recht der Luftfahrt 4. Auflage, Luchterhand.

Halbmayer-Wiesenwasser, Das Österreichische Luftfahrtrecht, Orac Verlag.

Herwig Bauer/Kurt Lichtl, Österreichisches Luftfahrtrecht, Orac Verlag.

Jeppesen Air Law, JAA ATPL Training.

Jürgen Mies, Luftrecht, Motorbuchverlag.

Nordian Air Law, Air Transport Pilot's License JAR-FCL.

Schäffer, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Manz C.H.Beck München.

Walter Schwenk, Handbuch des Luftverkehrsrechts 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG.