

Aufsätze

Prof. Dr. Klaus Tonner, Rostock / Prof. Dr. Ernst Führich, Kempten

Die Nichtbeförderung eines israelischen Staatsbürgers durch eine arabische Fluggesellschaft

Zu LG Frankfurt, Urt. v. 16.11.2017 – 2/24 O 37/17, RRa 2018, 32

Die Begründung des LG Frankfurt/M. über § 275 BGB (s. RRa 2018, 32), wonach der beklagten Fluggesellschaft die Beförderung des Klägers wegen einer entgegenstehenden kuwaitischen Vorschrift rechtlich unmöglich ist, überzeugt nicht. Das Gericht setzt sich damit dem Verdacht aus, eine Norm des kuwaitischen Rechts aus dem Boykott-Gesetz von 1964 gegen Israel in Deutschland bei Anwendung deutschen Rechts als ausländische zwingende Eingriffsnorm anzuwenden, obwohl die Werteordnung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union eine Ungleichbehandlung wegen der ethnischen Herkunft verbietet.

I. Einleitung

Selten hat ein deutsches instanzgerichtliches Urteil, das nicht einmal rechtskräftig ist, derart viel Staub aufgewirbelt wie die in RRa 2018, 32 abgedruckte Entscheidung der Reiserechtkammer des LG Frankfurt/M. zur Nichtbeförderung eines israelischen Staatsbürgers durch Kuwait Airways (nachfolgend: KAC).¹ Der Botschafter Kuwaits wurde einbestellt, der Kläger wurde vom geschäftsführenden Bundesverkehrsminister Schmidt empfangen, und die New York Times berichtete über den Fall.² Wegen dieser heftigen Reaktionen soll das Urteil einer näheren Betrachtung unterzogen werden, obwohl der Kläger dagegen Berufung eingelegt hat und es wegen der noch ausstehenden Berufungsentscheidung des OLG Frankfurt nicht rechtskräftig ist.

Wir wollen versuchen, den Fall von der emotionalen Ebene, die er in den Medien erfahren hat, wegzubringen und auf einer nüchternen juristischen Ebene zu diskutieren, die einerseits nicht gleich mit einer Vorverurteilung der Entscheidung des LG Frankfurt/M. beginnt, andererseits aber auch deutlich Begründungsmängel des Frankfurter Urteils benennt. Um es vorweg zusammenzufassen: Die Begründung des LG Frankfurt/M. über § 275 BGB, wonach der beklagten Fluggesellschaft die Beförderung des Klägers wegen einer entgegenstehenden kuwaitischen Vorschrift rechtlich unmöglich ist, überzeugt nicht. Das Gericht setzt sich damit dem Verdacht aus, eine Norm des kuwaitischen Rechts aus dem Boykott-Gesetz von 1964 gegen Israel in Deutschland bei Anwendung deutschen Rechts als ausländische zwingende Eingriffsnorm anzuwenden, obwohl die Werteordnung der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union eine Ungleichbehandlung wegen der ethnischen Herkunft verbietet. Dies kann sich auch mittelbar aus einer Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit ergeben.

Ob das Urteil sich im Ergebnis aber dennoch als richtig erweisen kann, hängt davon ab, ob den Parteien ernsthafte Schwierigkeiten beim Transit des Klägers in Kuwait City drohten. Dazu enthält das Urteil aber keine Tatsachenfeststellungen, so dass sich eine Prognose über die Entscheidung des Berufungsgerichts verbietet. Der Fall wirft überdies eine Reihe von in Rechtsprechung und Literatur nicht eindeutig geklärten Rechtsfragen des internationalen Privatrechts auf, so dass eine Einstufung des Urteils als richtig oder falsch nicht sachgerecht wäre. Insbesondere darf man es sich nicht zu einfach machen, indem man auf Diskriminierungsverbote in supranationalen und internationalen Konventionen abstellt, denn diese Konventionen entfalten regelmäßig keine unmittelbare Wirkung für Privatrechtsverhältnisse. Entscheidend ist vielmehr eine sorgfältige Anwendung des einfachen nationalen Rechts. Man kann dem LG Frankfurt/M. nicht absprechen, dass es sich darum bemüht hat, obwohl sich die Entscheidungsgründe nicht mit dem Problem der Berücksichtigung forumsfremder Eingriffsnormen auseinandergesetzt haben.

II. Hintergrund

Der Fall ist nicht der erste, bei dem KAC einem Israeli die Beförderung verweigerte. In einer Entscheidung des US-amerikanischen Department of Transport (DOT), das die Funktion der Luftaufsichtsbehörde wahrnimmt, ging es um einen Flug von New York nach London.³ Kuwait City wurde nicht berührt, so dass der Einwand, den Fluggast wegen fehlender Ein- bzw. Durchreisedokumente nicht befördern zu wollen, keine Rolle spielen konnte.

Das DOT wendete eine Vorschrift an, wonach eine „unreasonable discrimination“ bei der Beförderung von Passagieren nicht zulässig ist (49 U.S.C. § 41310). Die vom DOT zu den Vorgängervorschriften zitierte Rechtsprechung wendet das Verbot vor allem auf die „discrimination on the basis to race“ an. Eine Beförderungsverweigerung ist nur aus Gründen der Si-

1 Vgl. auch die Anmerkung von Mörsdorf, JZ 2018, 157, und den Beitrag Freitag, Ausländische Eingriffsnormen vor deutschen Gerichten, NJW 2018, 430.

2 Israeli Challenges German Court Ruling on Kuwait Air Travel Ban, New York Times 18.12.2017, thelawfareproject.org/Israeli-challenges-german-court-ruling-on-kuwait-air-travel-ban-new-york-times.

3 www.transportation.gov/sites/dot.gov/files/docs/Kuwait-Airways-Letter-Sept-30-2015.pdf.

cherheit zulässig. Den Einwand von KAC, das Unternehmen erwarte in seinem Heimatland eine harte Bestrafung, falls es einen Israeli befördere, lässt das DOT nicht gelten. Hier besteht ein grundlegender Unterschied zum Ansatz des LG Frankfurt/M., das wegen genau dieses Einwands § 275 BGB anwendet. Das DOT führt dagegen aus:

„This is not a proper justification for the denial of transportation as the penalties that allegedly have compelled KAC's conduct are part of a discriminatory statutory scheme. We know of no authority that would allow an airline to discriminate based simply on penalties that might be imposed under the foreign law that is said to have mandated the discriminatory conduct.“

Das DOT spricht sodann die permit authority an, aufgrund derer KAC Flüge in die USA durchführen darf. Sie sehen die Anwendung des US-amerikanischen Luftfahrtrechts und damit des Diskriminierungsverbots vor. Das DOT wägt die Interessen der USA und Kuwaits an der Anwendung ihres jeweiligen Rechts ab und gelangt dabei zum Vorrang des US-amerikanischen Rechts, nicht zuletzt weil der Flug in ein Land gehen sollte, das der Einreise des Fluggastes keine Hindernisse in den Weg legte – anders als möglicherweise im Frankfurter Fall.

KAC legte gegen die Entscheidung Rechtsmittel ein, stellte dann jedoch den Vertriebs für die Strecke New York – London ein. Daraufhin wurde das Gerichtsverfahren vor dem U.S. Court of Appeals for the D.C. Circuit für erledigt erklärt.⁴

Auch beim Schweizer Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) legte ein israelischer Staatsbürger eine Beschwerde wegen einer Nichtbeförderung auf der Strecke Genf – Frankfurt/M. ein. Auch hier stellte KAC daraufhin den Vertrieb für diese Strecke ein, ohne dass es, soweit bekannt, zu einer förmlichen Entscheidung des BAZL gekommen wäre. Von Europa aus sind jetzt nur noch Flüge über Kuwait buchbar. Der noch bestehende Flug von KAC in die USA wird über Shannon geleitet; separate Flugdienste für den Abschnitt Shannon – New York werden jedoch nicht angeboten.

III. Die Entscheidung des LG Frankfurt/M.

Anders als in dem US-amerikanischen Fall ging es im Frankfurter Fall nicht um einen Anspruch auf Beförderung, sondern nach den Feststellungen des LG Frankfurt/M. um die von KAC so bezeichnete „Stornierung“ eines bereits geschlossenen Beförderungsvertrags. Ebenfalls anders als in den beiden anderen Fällen machte der vom Kläger gebuchte Flug nach Bangkok ein Umsteigen in Kuwait City erforderlich.

Das LG Frankfurt/M. hält die Beklagte zur Leistungserbringung nicht für verpflichtet, weil wegen des kuwaitischen Boykottgesetzes, das Vereinbarungen mit israelischen Staatsbürgern untersagt, rechtliche Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB vorliege. Das Gericht schließt diese Unmöglichkeit aus dem kuwaitischen Boykott-Gesetz, das die Beklagte im Falle einer Beförderung des Klägers mit Strafe bedrohe. Es verweist auf eine Entscheidung des OLG Karlsruhe, dass die Erfüllung eines gesetzlichen Auskunftsanspruchs wegen Unmöglichkeit ablehnte, weil damit eine Verletzung des Bankgeheimnisses nach Schweizer Recht verbunden sei.⁵

Mit dieser Argumentation differenziert das LG Frankfurt/M. nicht zwischen einer Beförderung auf einer Strecke außerhalb

von Kuwait und einer Beförderung auf einer Strecke, die, wie im zu entscheidenden Fall, möglicherweise mit Schwierigkeiten beim Transit in Kuwait City verbunden gewesen wäre. Da das kuwaitische Boykott-Gesetz die Strafandrohung auch für eine Beförderung außerhalb Kuwaits ausspricht, beeinflusst die Frage des Transits in Kuwait City nicht das Ergebnis der Entscheidung. Zwar hatte das LG Frankfurt/M. keinen Grund, eine Kuwait nicht berührende Beförderung zu erörtern, da der ihm vorgelegte Fall einen Transit in Kuwait erforderlich machte. Jedoch passt die von ihm gegebene Begründung auch auf einen Fall ohne Transit in Kuwait, denn das von ihm in Bezug genommene kuwaitische Boykott-Gesetz stellt auf jede Beförderung eines Israeli durch eine kuwaitische Fluggesellschaft ab. Maßgeblich sind jedoch nicht das kuwaitische Gesetz an sich und in jeder Fallkonstellation, sondern tatsächliche Hindernisse bei der Leistungserbringung.

Wir wollen daher über den Fall des LG Frankfurt/M. hinaus zunächst den (fiktiven) Fall einer Beförderung ohne Transit nach deutschem Recht erörtern. Allerdings kann auf der Basis der Tatsachenfeststellungen des LG Frankfurt/M. nicht davon ausgegangen werden, dass der Transit in Kuwait für den Kläger nicht möglich gewesen wäre. KAC hat dazu nichts vorgetragen, sondern sich nur auf das kuwaitische Boykott-Gesetz von 1964 bezogen. Auf der Webseite von KAC befindet sich zudem der Hinweis, dass für Flüge über Kuwait City kein Transitvisum benötigt wird, solange der Transitbereich des Flughafens nicht verlassen wird.⁶ Ohne ergänzenden Tatsachenvortrag von KAC kann der Fall nicht anders behandelt werden als ein Flug, der Kuwait nicht berührt hätte. Ob dennoch Hindernisse für den Transit bestanden hätten, beispielsweise wegen einer Übermittlung der Passagierliste an die kuwaitischen Behörden, bleibt spekulativ. Wir wollen dennoch kurz darauf eingehen, was gelten würde, wenn zu erwarten gewesen wäre, dass die kuwaitischen Behörden dem Transit des Klägers Hindernisse in den Weg gelegt hätten.

IV. Flüge ohne Transit in Kuwait City

1. Beförderungsanspruch aufgrund bereits geschlossenem Beförderungsvertrags

a) Gerichtsstand und anwendbares Recht

Zu Recht nimmt das LG Frankfurt/M. seine internationale Zuständigkeit gem. § 29 ZPO an. Die Vorschrift verweist auf das Recht am Erfüllungsort. Da der begehrte Flug in Frankfurt/M. abgehen sollte, war Frankfurt/M. Erfüllungsort, wobei der Begriff des Erfüllungsorts in entsprechender Anwendung von Art. 7 Brüssel Ia-VO auszulegen ist.⁷ Die speziellen Gerichtsstände nach Art. 33 MÜ sind nicht einschlägig, da das MÜ nicht das Zustandekommen des Beförderungsvertrags regelt, ebenso wenig die Brüssel Ia-VO, da die Beklagte ihren Sitz

4 Vgl. den Bericht in DOT Litigation News Vol. 16 No. 1 of March 30, 2016, p. 5, [cms/dot.gov/sites/dotgov/files/docs/March_2016_Litigation_News_Final.pdf](https://www.dot.gov/sites/dotgov/files/docs/March_2016_Litigation_News_Final.pdf).

5 OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.9.2006 – 1 U 34/06, WM 2007, 350.

6 www.kuwaitairways.com/en/is/faqs.

7 BGH, Urt. v. 18.1.2011 – X ZR 71/10, RRA 2011, 79; *Staudinger*, RRA 2010, 154 (155).

nicht in einem Mitgliedstaat der EU hat und für eine Niederlassung in Deutschland nichts ersichtlich ist.

Nach Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO ist deutsches Recht anzuwenden, da die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben (Art. 3 Rom I-VO), der Kläger in Deutschland seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte und der Abgangsort des begehrten Fluges in Frankfurt/M. lag. Das gilt auch für den Hilfsantrag auf Zahlung einer Entschädigung wegen Diskriminierung nach dem AGG. In der Entscheidung wird jedoch nicht eine Sonderanknüpfung des Boykott-Gesetzes als internationale zwingende Eingriffsnorm gem. Art. 9 Rom I-VO geprüft. Damit umgeht das Gericht eine der Streitigsten Probleme des IPR, inwieweit das zur Entscheidung berufene Gericht gezwungen ist, eine Eingriffsnorm eines anderen Staates neben der *lex causae* des deutschen Rechts anzuwenden. Nach Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO ist eine Eingriffsnorm eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation angesehen wird, dass sie ungeachtet des berufenen nationalen Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Boykott-Vorschriften, welche private Vertragsschlüsse verhindern wollen, sind nach einhelliger Meinung⁸ derartige Eingriffsnormen, welche jedoch inländische Eingriffsnormen unberührt lassen, auch wenn für den Fall ansonsten ein anderes Recht berufen ist (Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO). Eine an einem ausländischen Erfüllungsort geltende Eingriffsnorm *kann* dagegen angewendet werden (Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO: „kann Wirkung verliehen werden“).

Obwohl das Schrifttum der kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung den Vorzug gibt,⁹ war es dem LG Frankfurt/M. entsprechend dem von der Rechtsprechung bisher beschrittenen Weg auch möglich, die Eingriffsnorm auch faktisch im Rahmen der Prüfung der Unmöglichkeit gem. § 275 BGB zu berücksichtigen.¹⁰ Dem Gericht ist hier also ein „gebundenes Ermessen“ eröffnet, wobei es sich nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 Rom I-VO am Zweck der Normen sowie an den Folgen der Anwendung oder Nichtanwendung zu orientieren hat. Dem EuGH zufolge ist die Vorschrift als Ausnahmeregelung eng auszulegen.¹¹ Ob diese Sperrwirkung für eine Anwendung des kuwaitischen Boykottgesetzes eingreift, ist an den gesamten Wertentscheidungen des deutschen Forumstaats zu messen, wozu die Grundfreiheiten des Grundgesetzes, des EU-Rechts sowie die Menschenrechte der EMRK zählen.

Das Ergebnis der Abwägung dürfte davon abhängen, ob die Anwendung der kuwaitischen Vorschrift zu einer zumindest mittelbaren Diskriminierung geführt hätte. Da das Gericht aber eine derartige Diskriminierung ablehnte, hätte es näher begründen müssen, warum es von der Ermessensregelung des Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO keinen Gebrauch gemacht hat.¹²

b) Unmöglichkeit

Dem Gericht ist vom Ansatz her zuzustimmen, wenn es § 275 Abs. 1 BGB heranzieht, denn dem EuGH zufolge kann das mitgliedstaatliche Gericht durch eine ausländische Eingriffsnorm begründete tatsächliche Leistungshindernisse berücksichtigen, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 9 Rom I-VO nicht vorliegen.¹³ Allerdings sind nach unserer Auffassung die Bedingungen einer Unmöglichkeit nicht gegeben, denn die Beförde-

rung war tatsächlich möglich, ungeachtet eines – nicht dargelegten – Einreisehindernisses.¹⁴ Erst recht wäre die Beförderung auf einer Strecke außerhalb Kuwaits möglich.

Es lag auch kein Fall einer rechtlichen Unmöglichkeit vor. Darunter wird verstanden, dass der angestrebte Erfolg bereits besteht, z.B. bei der Verpflichtung, einen Gegenstand an denjenigen zu übereignen, dem er bereits gehört, oder wenn die Rechtsordnung den angestrebten Erfolg nicht anerkennt.¹⁵ In der Literatur wird vertreten, dass rechtliche Unmöglichkeit auch dann besteht, wenn ins Ausland zu liefern ist und dort ein Verbot besteht.¹⁶ Auch zur Durchsetzung eines Handelsembargos soll rechtliche Unmöglichkeit angenommen werden können. Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung aus dem 1. Weltkrieg das englische Embargo-Gesetz gegen das Deutsche Reich (Trading with the Enemy Act 1914) zwar als in Deutschland wegen Verstoßes gegen den deutschen *ordre public* (damals Art. 30 EGBGB) für nicht anwendbar erklärt, gleichzeitig aber ausgeführt, dass das Gesetz i.S.d. deutschen Rechts ein Hindernis für die Vertragserfüllung bilde, eine tatsächliche Unmöglichkeit für die Verkäuferin geschaffen habe.¹⁷ Eine Erfüllung wäre nur auf Schleichwegen möglich gewesen, etwa durch Vorspiegelung, dass die Waren nicht für den deutschen Markt bestimmt gewesen seien. Das sei dem Verkäufer aber nicht zumutbar gewesen. Dass Embargo-Gesetze zur Unmöglichkeit führen können, wird auch für die Gegenwart vertreten.¹⁸

Überträgt man die Entscheidung des Reichsgerichts auf den Fall des LG Frankfurt/M., käme man zu dem Ergebnis, dass das Gericht zu Recht Unmöglichkeit angenommen hat.¹⁹ Unseres Erachtens kann dies aber nur dann gelten, wenn die Erfüllung des Vertrags zumindest teilweise in Kuwait hätte erfolgen sollen (dazu noch unten). Bei einer vollständigen Erfüllung außerhalb von Kuwait würde dies allerdings auf eine extraterritoriale Anwendung der kuwaitischen Norm hinauslaufen. Es ist Kuwait zuzumuten, auf die extraterritoriale Durchsetzung seiner Norm zu verzichten, wenn er der im hundertprozentigen Eigentum Kuwaits stehenden KAC erlaubt, Flugdienste außerhalb des Geltungsbereichs kuwaitischen Rechts anzubieten. KAC wiederum ist es zuzumuten, die Boykott-Vorschrift außerhalb Kuwaits nicht anzuwenden, wenn sie gegen die dort

8 Vgl. *Martiny* in MünchKomm/BGB, [7. Aufl. 2017] Art. 9 Rom I-VO Rz. 11 m.w.N.

9 *Martiny* in MünchKomm/BGB, [7. Aufl. 2017] Art. 9 Rom I-VO Rz. 113 m.w.N.

10 Palandt/*Thorn*, BGB, [77. Aufl. 2018], IPR Rom I, Art. 9 Rz. 13.

11 EuGH, Urt. v. 18.10.2016 – Rs. C-135/15 – Nikiforidis, ECLI:EU:C:2016:774, NJW 2017, 141, Rz. 44.

12 So *Mörsdorf*, JZ 2018, 157 (158), der dies ausführlich begründet.

13 EuGH, Urt. v. 18.10.2016 – Rs. C-135/15 – Nikiforidis, ECLI:EU:C:2016:774, NJW 2017, 141, Rz. 51. Abl. zu diesem Teil des Urteils Maultzsch, EuZA 2017, 241.

14 A.A. *Mörsdorf*, JZ 2018, 157 (159).

15 Vgl. *Ernst* in MünchKomm/BGB [7. Aufl. 2016] § 275 Rz. 41 ff. mit Rspr.-Nachw.

16 Staudinger/*Caspers*, Neubearbeitung 2014, § 275 Rz. 40.

17 RG, Urt. v. 28.6.1918 – II 69/18, RGZ 93, 182.

18 *Bittner*, ZVglRWiss 93 (1994), 268 (273 ff.), für ein gegen den Irak gerichtetes Embargo. Zu drittstaatlichen Embargonormen *Mankowski*, IPRax 2016, 485.

19 So in der Tat *Mörsdorf*, JZ 2018, 157 (159), der von tatsächlicher Unmöglichkeit ausgeht, allerdings ohne auf die RG-Entscheidung einzugehen.

geltenden Gesetze verstößt. In der Fallvariante, die dem DOT vorlag (Flug ohne Berührung von Kuwait) scheidet eine Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB mithin aus.

Auch eine Prüfung von § 275 Abs. 2, 3 BGB führt zu keinem anderen Ergebnis. Nach § 275 Abs. 2 BGB besteht ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn die Leistungserbringung in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Schuldners steht. Damit ist jedoch keine allgemeine Unzumutbarkeitsregel gemeint; vielmehr wird nur eine grobe Unzulässigkeit erfasst, die einer faktischen Unmöglichkeit nahekommt.²⁰ Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Beklagten die Vorschriften ihres Sitzstaates bekannt gewesen sind, sie aber trotzdem die Buchung des Klägers zunächst annahm und erst später den Vertrag kündigte. Zu Recht zieht das LG Frankfurt/M. den § 275 Abs. 2 BGB nicht heran. Unklar ist, ob es das Leistungsverweigerungsrecht auch auf § 275 Abs. 3 BGB stützen will. Nach dieser Vorschrift braucht der Schuldner eine persönlich zu erbringende Leistung nicht zu erbringen, wenn ihm dies unzumutbar ist. An die Zumutbarkeit werden aber hohe Anforderungen gestellt; es wird verlangt, dass die Leistungserbringung in hohem Maße belastend ist.²¹ Damit kommt kein anderes Ergebnis in Betracht als bei § 275 Abs. 2 BGB.

Damit wäre KAC zur Beförderung verpflichtet. Ein Rücktrittsrecht steht ihr nicht zu. Es gibt kein gesetzliches Rücktrittsrecht bei einem Beförderungsvertrag. Ein Rücktrittsrecht kann sich daher nur aus einer zulässigen AGB-Klausel ergeben. Einen Rücktrittsgrund für den Fall, dass sich nachträglich eine bestimmte Staatsangehörigkeit des Fluggastes herausstellt, ist den Beförderungsbedingungen von KAC nicht zu entnehmen.²² Eine derartige Klausel wäre nach deutschem Recht gem. § 307 BGB auch nicht zulässig. Die Anwendbarkeit der kuwaitischen Gesetzesvorschrift über eine Sonderanknüpfung gem. Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO scheidet, wie oben ausgeführt, aus.

2. Anspruch auf Abschluss eines Beförderungsvertrags

a) Beförderungspflicht nach § 21 Abs. 2 LuftVG

Das LG Frankfurt/M. hatte nicht darüber zu entscheiden, ob der Kläger einen Anspruch auf Abschluss eines Beförderungsvertrags hätte, da es davon ausging, dass ein Beförderungsvertrag bereits abgeschlossen war. Auch insoweit unterscheidet sich der Fall von der Entscheidung des US-amerikanischen DOT. Dort hatte KAC bereits den Abschluss des Beförderungsvertrags verweigert. Da in beiden Fällen offensichtlich das gleiche Buchungssystem verwendet wurde, das die Eingabe der israelischen Staatsangehörigkeit nicht vorsah, ist der Unterschied zwar erstaunlich, doch muss von den tatsächlichen Feststellungen des LG Frankfurt/M. ausgegangen werden.

Nach deutschem Recht gilt die Beförderungspflicht nach § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG. Kontrahierungszwänge im Beförderungsrecht mögen zwar ein Überbleibsel aus den Zeiten sein, als die nationalen flag carriers noch Monopolstellung hatten, sie sind aber durch höherrangiges Recht nicht unzulässig geworden, auch wenn die VO (EG) 1008/2008 keine Beförderungspflicht vorsieht. Daraus kann nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass sie nach mitgliedstaatlichem Recht nicht beibehalten oder eingeführt werden kann.²³

Die Beförderungspflicht besteht jedoch nicht uneingeschränkt. Sie steht unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit. Was darunter zu verstehen ist, erschließt sich am ehesten durch einen Blick auf die in den Allgemeinen Beförderungsbedingungen (ABB) der Fluggesellschaften vorbehaltenen Beförderungsverweigerungsrechte. So erlauben die Beförderungsbedingungen von KAC, eine Beförderung zu verweigern, wenn sie „does not apply with any applicable law of any State or country to be flown from, into, into or over, ferner wenn „the passenger does not appear to be properly documented.“ Die übrigen Beförderungsverweigerungsgründe beziehen sich auf „reasons of safety“ und die mit der Sicherheit an Bord zusammenhängenden Verhaltensweisen des Fluggastes.

Die ABB Flugpassage der Deutschen Lufthansa enthalten identische Beförderungsverweigerungsrechte. Die Identität ist kein Zufall, denn die ABB der international tätigen Fluggesellschaften gehen auf die früheren Recommended Practices der IATA zurück.²⁴ Ein Beförderungsverweigerungsrecht wegen der Nationalität eines Fluggastes gehört jedenfalls nicht dazu. Daraus kann geschlossen werden, dass die Fluggesellschaften im Prinzip bereit sind und es für zumutbar halten, Fluggäste jedweder Nationalität zu befördern.

Der Abschluss eines Beförderungsvertrags für eine Strecke außerhalb Kuwaits wird durch die kuwaitische Boykott-Gesetzgebung für KAC nicht unzumutbar i.S.v. § 21 Abs. 2 LuftVG. Die Fluggesellschaft wusste oder hätte bei der Aufnahme von Flügen ab Frankfurt zumindest wissen müssen, dass es in Deutschland eine Beförderungspflicht gibt. Da ihr auch ihre heimatische Gesetzgebung bekannt ist, hätte sie sich bereits bei der Aufnahme ihres Angebots für die Beförderung auf außerkuwaitischen Strecken entscheiden müssen, die Beförderung auf diesen Strecken entweder für alle Fluggäste ohne Rücksicht auf ihre Nationalität zu öffnen oder darauf zu verzichten, die fraglichen Strecken anzubieten. Diese Entscheidung wäre ihr zumutbar gewesen. Eine extraterritoriale Durchsetzung des kuwaitischen Boykott-Gesetzes stand KAC nicht zu. Die Fluggesellschaft hatte lediglich die Wahl, das kuwaitische Gesetz so zu interpretieren, dass es keine extraterritoriale Wirkung entfaltet, also es bei Flügen außerhalb von Kuwait nicht anzuwenden, oder keine Flugdienstleistungen anzubieten, wenn ein Recht zur Anwendung kommt, das eine Beförderungspflicht kennt. Konsequenterweise hat sich KAC nachträglich dazu entschlossen, diese Dienste nicht mehr anzubieten.

b) AGG

Die Nichtbeförderung eines israelischen Staatsbürgers könnte auch einen Verstoß gegen das AGG bedeuten. Einschlägig sind sowohl § 19 Abs. 1 wie Abs. 2 AGG. Luftbeförderungsverträge sind Massengeschäfte i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, da sie typischerweise ohne Ansehen der Person in einer Vielzahl von Fällen abgeschlossen werden. Nach § 19 Abs. 2 AGG ist eine Dis-

²⁰ Ernst in MünchKomm/BGB § 275 Rz. 90.

²¹ Ernst in MünchKomm/BGB, § 275 Rz. 117.

²² Sie können unter www.kuwaitairways.com/en/terms/conditions-of-carriage aufgerufen werden.

²³ Zweifelnd Schaefer ZLW 2015, 695.

²⁴ Dazu Tonner in MünchKomm/BGB [7. Aufl. 2017] nach § 651m Rz. 47.

kriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft bei der Begründung, Durchführung und Beendigung von Schuldverhältnissen, die (u.a.) den Zugang und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, unzulässig.²⁵ Auch eine mittelbare Diskriminierung ist nach Art. 3 Abs. 2 AGG unzulässig. Deswegen kann eine Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, die nicht zu den im AGG geregelten (unmittelbaren) Diskriminierungstatbeständen gehört, eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft bedeuten. Dies ist geradezu das klassische Beispiel einer mittelbaren Diskriminierung.²⁶ Angesichts dessen, dass von den 8,3 Millionen Bewohnern Israels 6,1 Millionen Juden sind, kann man eine derartige Schlussfolgerung auch für den konkreten Fall ziehen.²⁷ Die Nichtbeförderung eines Israelis ist daher auch ein Verstoß gegen §§ 19, 21 AGG und begrenzt daher das Ermessen des Gerichts, die Boykottvorschrift im Rahmen der Unmöglichkeit gem. § 275 BGB oder durch eine Sonderanknüpfung über Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO anzuwenden.

c) Grundgesetz, GR-Charta und EMRK

Auch für Art. 3 GG und Art. 20 GR-Charta gilt das Prinzip der mittelbaren Diskriminierung. Beide Vorschriften enthalten kein Diskriminierungsverbot wegen der Staatsbürgerschaft, doch kann sich aus einer derartigen Diskriminierung eine mittelbare Diskriminierung wegen der Heimat und Herkunft (Art. 3 Abs. 3 GG)²⁸ bzw. der ethnischen Herkunft (Art. 21 Abs. 1 GR-Charta) ergeben. Doch hat beides keine direkte Auswirkung auf den hier in Rede stehenden Beförderungsvertrag, weil Art. 3 GG ebenso wenig wie der Gleichheitssatz nach Art. 20 GR-Charta die Privatrechtssubjekte unmittelbar bindet.²⁹ Auch Art. 18 AEUV und Art. 21 Abs. 2 GR-Charta helfen nicht weiter. In diesen Vorschriften ist zwar die Staatsbürgerschaft erwähnt, doch gilt dies nur zugunsten von EU-Bürgern. Art. 14 EMRK geht zwar weiter als Art. 21 GR-Charta, weil er auch eine Diskriminierung wegen der nationalen Herkunft erfasst, doch gilt auch hier, dass die Privatrechtssubjekte nicht die Grundrechtsverpflichteten sind. Zwar wendet sich die EMRK an die Staaten und fordert diese auf, die Menschenrechte zu respektieren, ohne direkt rechtliche Beziehungen zwischen Bürgern zu regeln, doch muss ein Gericht als Teil der staatlichen Gewalt ihre Wertungen berücksichtigen, wenn ihm ein unbestimmter Rechtsbegriff wie hier einen Wertungsspielraum eröffnet.

d) Zwischenergebnis

KAC hätte also seine Dienste für Flüge ohne Transit in Kuwait City ohne Rücksicht auf die Nationalität der buchungswilligen Fluggäste anbieten müssen. Ein Beförderungsverweigerungsrecht ist für diesen Fall nicht vorbehalten, da sich der Vorbehalt bei Verstößen gegen Gesetze nur auf die am Abflug- und Ankunftszeit geltenden Gesetze und die der überflogenen Staaten bezieht.

V. Flüge mit Transit in Kuwait City

1. Anspruch aufgrund bereits geschlossenem Beförderungsvertrags

Diese Variante entspricht eher der Fallkonstellation, über die das LG Frankfurt/M. zu entscheiden hatte, aber nicht zur Gänze. Das LG Frankfurt/M. hat keine Feststellungen darüber getroffen, ob einem Transit des Klägers in Kuwait voraussichtlich Hindernisse im Wege gestanden hätten und musste dies aus seiner Sicht auch nicht. Ohne derartige Hindernisse wäre der Fall nicht anders zu entscheiden als unter III erörtert.

Interessanter ist jedoch die – allerdings hypothetische – Variante, dass ernsthafte Hindernisse zu erwarten gewesen wären. Wenn der Kläger auch für den Transit besondere Dokumente hätte vorlegen müssen – der Webseite von KAC zufolge ist allerdings ein Transitvisum gerade nicht erforderlich –, hätte KAC aufgrund seiner Beförderungsbedingungen die Beförderung des Klägers ablehnen dürfen, wenn nicht sogar müssen. Gegen die Klausel bestehen keine Bedenken, nicht nur, weil sie aufgrund ihrer Herkunft aus den früheren Recommended Practices der IATA weltweit üblich ist. Es bestehen weltweit gesetzliche Vorschriften, wonach Fluggesellschaften, deren Passagiere keine gültigen Einreisepapiere vorweisen können, diese zurückbefördern und die dabei anfallenden Kosten tragen müssen.³⁰

Es wäre eine Förmelerei, wenn man das Beförderungsverweigerungsrecht so auslegen würde, dass es erst bei Antritt des Fluges ausgeübt werden kann. Üblicherweise kann sich der Fluggast ein nötiges Visum zwar noch zwischen Buchung und Reiseantritt verschaffen. Ob ihm dies gelingt, insbesondere der notwendige Zeitraum verbleibt und er die persönlichen Voraussetzungen erfüllt, liegt in seinem Verantwortungsbereich, denn die Fluggesellschaft trifft – anders als im Pauschalreise-recht – keine Informationspflicht über Visaerfordernisse. Wären diese – hypothetischen – Umstände gegeben, hätte die Fluggesellschaft von ihrem Beförderungsverweigerungsrecht Gebrauch machen können, ohne dass es darauf angekommen wäre, ob auch die Voraussetzungen der Unmöglichkeit nach § 275 BGB vorliegen.

2. Anspruch auf Abschluss eines Beförderungsvertrags

Entsprechend gilt auch für den Anspruch auf Abschluss eines Beförderungsvertrags gem. § 21 Abs. 2 LuftVG, soweit vom Tatbestand des Frankfurter Falls auszugehen ist, der Hindernisse für den Transit nicht festgestellt hat. Auch hier liegen die

25 Vgl. zum Hausverbot des NPD-Vorsitzenden im Beherbergungsrecht *Führich*, Reiserecht [7. Aufl. 2015] § 47 Rz. 22.

26 *Staudinger/Rolfs* [Neubearbeitung 2018] § 19 AGG Rz. 9.

27 So auch *Mörsdorf*, JZ 2018, 157 (158).

28 *Osterloh/Nußberger* in *Sachs*, Grundgesetz [7. Aufl. 2014] Rz. 297.

29 Zu Art. 3 GG *Heun* in *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz [3. Aufl. 2013] Art. 3 Rz. 70; *Osterloh/Nußberger* in *Sachs*, Grundgesetz, Art. 3 Rz. 75; zu Art. 20 GR-Charta *Sachs* in *Stern/Sachs*, GR-Charta [2016] Art. 20 Rz. 15 m.w.N.

30 Vgl. *Führich*, Reiserecht, [7. Aufl. 2015], § 35 (Luftbeförderungsvertrag) Rz. 32.

Dinge für den hypothetischen Fall, dass doch Hindernisse vorliegen, anders. Es kann der Fluggesellschaft nicht zugemutet werden, einen Beförderungsvertrag abzuschließen, der nicht erfüllt werden kann, falls der Fluggesellschaft ein vertragliches Beförderungsverweigerungsrecht zusteht. Entscheidend ist, dass die Fluggesellschaft die Beförderung nicht deswegen verweigert, weil sie selbst eine Beförderung wegen der Nationalität ablehnt, sondern weil ein Einreisehindernis wie ein fehlendes Transitvisum, das infolge einer staatlichen Regelung besteht, vorhanden ist.

V. Ergebnis

Ein deutschem Recht unterliegender Luftbeförderungsvertrag einer kuwaitischen Fluggesellschaft mit einem israelischen Staatsbürger kann nicht deswegen gekündigt werden, weil ein kuwaitisches Gesetz den Vertragsschluss mit israelischen Staatsbürgern verbietet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – anders als im Fall des LG Frankfurt/M. – der Flug kuwaitisches Territorium nicht berühren würde, weil dem Gesetz keine extraterritoriale Wirkung zukommt. Es liegt deswegen weder Unmöglichkeit nach § 275 BGB noch eine Unzumutbarkeit der Beförderungspflicht nach § 21 Abs. 2 LuftVG vor.

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn der Flug einen Transit in Kuwait vorsieht und wegen der kuwaitischen Gesetze mit Hindernissen bei der Vertragsdurchführung zu rechnen ist. Insofern bestehen jedoch erhebliche Bedenken, ob das kuwaitische Luftfahrtunternehmen und seine Mitarbeiter tatsächlich mit einer erheblichen Bestrafung rechnen müssen, steht das Unternehmen doch im Alleineigentum dieses Staates.

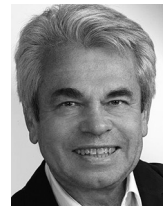
Prof. Dr. Klaus Tonner

Prof. em. für Bürgerliches Recht und Europäisches Recht an der Universität Rostock und Richter a.D. im Nebenamt am OLG Rostock.



Prof. Dr. Ernst Führich

Richter a.D. und Prof. a.D. für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht und Reiserecht an der Hochschule Kempten.



Entscheidungen

Reisevertrag

Reisepreisminderung / Reisemängel / Erhebliche Beeinträchtigung

BGB § 651d Abs. 1; § 651f Abs. 1, 2; § 638 Abs. 3 S. 1 und 2

1. Wird dem Reisenden statt eines Zimmers in dem vertraglich zugesicherten Hotel ein Zimmer in einem anderen Hotel zur Verfügung gestellt, mindert sich der Reisepreis für die Dauer des Mangels auch dann, wenn das andere Hotel in der Nähe des gebuchten liegt und im Wesentlichen den gleichen Standard aufweist.

2. Auch bei einer – auf die gesamte Reise gesehen – eher geringen Minderungsquote liegt regelmäßig eine erhebliche Beeinträchtigung der Reise vor, wenn die Leistungen des Reiseveranstalters an einzelnen Reisetagen so erhebliche Mängel aufweisen, dass der Vertragszweck an diesen Tagen jedenfalls weitgehend verfehlt wird und die Urlaubszeit insoweit nutzlos aufgewendet wird. (alle amtl.)

BGH, Urt. v. 21.11.2017 – X ZR 111/16

Tatbestand

- Die Kläger begehren von dem beklagten Reiseveranstalter eine Erstattung aufgrund eines wegen Mängeln geminderten Reisepreises sowie eine Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit.
- Am 17.3.2015 buchte die Klägerin zu 2 für sich und die übrigen Kläger bei der Beklagten eine Türkeireise für den Zeitraum vom 11. bis 22.8.2015 zum Reisepreis von 3.026 €. Die Parteien vereinbarten eine Unterbringung in einem Zimmer mit Meer-

blick oder seitlichem Meerblick in einem bestimmten Hotel in Antalya. Da dieses überbucht war, wurden die Kläger für drei Tage in einem anderen Hotel untergebracht. Das Zimmer in diesem Hotel bot keinen Meerblick und wies schwerwiegende Hygienemängel auf.

Die Kläger haben, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, wegen der Unterkunft in einem anderen Hotel, den Mängeln des Zimmers in diesem Hotel und der Beeinträchtigung durch den Umzug in das gebuchte Hotel eine Minderung des Reisepreises sowie eine Entschädigung wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit begehrt. Das AG hat der Klägerin zu 2 einen Minderungsbetrag i.H.v. 605,19 € nebst Zinsen sowie die Freistellung von Rechtsanwaltskosten i.H.v. 147,56 € zuerkannt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Kläger hat das LG den Minderungsbetrag um weitere 371,36 € erhöht; im Übrigen hat es die Berufung beider Parteien zurückgewiesen. Mit den vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen begehren die Kläger weiterhin eine Entschädigung nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit i.H.v. mindestens 1.250 € nebst Zinsen sowie eine weitere Freistellung von Rechtsanwaltskosten i.H.v. 187,19 € und die Beklagte eine Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, soweit sie mit dem Berufungsurteil zu mehr als insgesamt 894,02 € nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Reise Mängel aufgewiesen habe, die eine Minderung des Reisepreises um 976,55 € (= 32,3 % des Reisepreises) rechtfertigen. Die Unterbringung in einem anderen als dem gebuchten Hotel begründe