

## POSITIONSPAPIER

### Zur Änderung von § 21 Abs. 2 LuftVG und § 1 AGG

### Rechtlicher Schutz israelischer Staatsangehöriger im Luftverkehr

#### Zusammenfassung

Staatliche arabische Fluggesellschaften haben israelischen Reisenden wiederholt unter Berufung auf nationale Boykottvorschriften die Beförderung verweigert. Auslöser der Debatte war eine Entscheidung des OLG Frankfurt a. M.: Ein in Berlin lebender israelischer Staatsangehöriger hatte bei der staatlichen kuwaitischen Fluglinie einen Flug von Frankfurt nach Bangkok mit Zwischenlandung in Kuwait-City gebucht. Obwohl deutsches Recht anwendbar war, verweigerte die Airline die Beförderung, weil das kuwaitische Recht den Transport israelischer Passagiere untersagt.

Die deutschen Oberlandesgerichte lehnten es ab, dem kuwaitischen Boykottgesetz nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO Wirkung zu verleihen, weil sein Zweck Grundwertungen der deutschen Rechtsordnung widerspricht. Auf einer zweiten Stufe berücksichtigten sie das Gesetz jedoch als tatsächliches Leistungshindernis nach § 275 Abs. 1 BGB und unterliefen damit die Filterfunktion des europäischen Kollisionsrechts. Zugleich fehlt dem AGG ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit.

**Dieses Positionspapier empfiehlt, § 21 Abs. 2 LuftVG so zu ergänzen, dass sich staatseigene Luftfahrtunternehmen, deren Hauptanteilseigner einen nach § 7 AWW unzulässigen Boykott mitträgt, nicht mehr auf eine Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB berufen können, um die Beförderung zu verweigern. Ergänzend soll § 1 AGG um das Merkmal der Staatsangehörigkeit erweitert werden.**

#### I. Ausgangslage: Boykottrecht vor deutschen Zivilgerichten

Das auf Beförderungsverträge anwendbare Kollisionsrecht richtet sich nach der Rom I-VO (VO (EG) Nr. 593/2008), die auch gegenüber Drittstaaten gilt. Nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 Rom I-VO ist das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Reisenden u.a. anwendbar, wenn dieser mit dem Abflugort übereinstimmt; der Verbraucherschutz des Art. 6 Rom I-VO ist für Beförderungsverträge ausgeschlossen. In den kuwaitischen Fällen gilt damit deutsches Recht.

Das kuwaitische Boykottgesetz ist eine Eingriffsnorm im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO: eine zwingende Vorschrift, die Kuwait für seine politischen Interessen als unverzichtbar ansieht.

Maßgeblich ist allein die Perspektive des Erlassstaates; ob die Norm deutschen Wertvorstellungen entspricht, spielt auf dieser Ebene keine Rolle.

Ob das Gesetz nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO als drittstaatliche Eingriffsnorm Wirkung entfalten kann, hängt von der Bestimmung des Erfüllungsorts ab. Bei Umsteigeflügen gelten zwar im Internationalen Verfahrensrecht grundsätzlich nur Ausgangs- und Bestimmungsort als Erfüllungsorte, nicht bloße Transitstationen. Nach herrschender Meinung im Internationalen Privatrecht kann jedoch auch der Transitstaat (Teil-)Erfüllungsort sein, wenn er die Erfüllung tatsächlich blockieren kann – wobei Art. 9 Rom I-VO nach EuGH-Rechtsprechung eng auszulegen ist.

Die nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 Rom I-VO gebotene Abwägung fällt einheitlich zulasten des Gesetzes aus: Der Ausschluss israelischer Staatsangehöriger widerspricht fundamentalen Wertungen der deutschen Rechtsordnung, sodass eine Wirkungsverleihung ausscheidet. So sahen es auch die Oberlandesgerichte; die eigentliche Diskussion setzt erst auf der nächsten Prüfungsebene an.

Quelle: OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 25.9.2018 – 16 U 209/17, NJW 2018, 3591; OLG München, Urt. v. 24.6.2020 – 20 U 6415/19, NJW-RR 2020, 1061

## **II. Berücksichtigung des Boykottgesetzes über § 275 Abs. 1 BGB**

Obwohl eine Wirkungsverleihung nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO ausscheidet, betrachteten die Oberlandesgerichte Frankfurt und München die Sache nicht als erledigt. In einem zweiten Schritt berücksichtigten sie das Boykottgesetz als tatsächliche Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB. Sie knüpfen damit an eine ältere Praxis an, nach der ausländische Eingriffsnormen über zivilrechtliche Generalklauseln (§§ 138, 242, 275 BGB) einbezogen werden konnten.

Der BGH hatte schon früher betont, dass der Begriff der Unmöglichkeit nicht starr, sondern nach § 242 BGB elastisch an den Einzelfall anzupassen sei – jedoch nur bis zur Grenze der Zumutbarkeit für eine der Vertragsparteien.

Die gleichzeitige Anwendung von Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO (Ablehnung als Rechtsnorm) und § 275 Abs. 1 BGB (Berücksichtigung als Tatsache) auf dieselben Rechtsnormen ist dogmatisch fragwürdig. Die Unterscheidung zwischen normativer und rein faktischer Berücksichtigung führt zu kaum lösbaren Abgrenzungsproblemen und lässt die in Art. 9 Abs. 3 S. 2 Rom I-VO vorgeschriebene Folgenabwägung leerlaufen; damit wird die Einheitlichkeit des unionsrechtlichen Kollisionsrechts untergraben.

Bedenklich ist zudem die Argumentation des OLG München, das eine Einflussmöglichkeit der Fluggesellschaft auf ihren staatlichen Alleingesellschafter verneinte. Dies ist zirkulär, da solche Einflussmöglichkeiten gar nicht entstehen können, solange die Gerichte den Boykott als hinzunehmendes Hindernis behandeln. Zumindest wäre der Airline zuzumuten, alternative Routen ohne Zwischenhalt in Kuwait zu wählen – zumal im Zuge der Abraham Accords bereits einzelne arabische Staaten ihren Luftraum geöffnet haben.

Quelle: BGH, Urt. v. 28.1.1965 – Ia ZR 273/63, LM Nr. 15 zu § 275 BGB; MünchKomm-BGB/von Hein, 9. Aufl. 2024, Einl. IPR Rn. 316, m.w.N.

### III. Europarechtlicher Rahmen: Die Rechtssache Nikiforidis

In der Rechtssache Nikiforidis hatte das Bundesarbeitsgericht den EuGH gefragt, ob griechische Spargesetze als Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO oder zumindest als tatsächliche Umstände nach § 241 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen seien. Da der Erfüllungsort in Deutschland lag, schied eine Sonderanknüpfung nach Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO von vornherein aus.

Der EuGH entschied, dass Art. 9 Rom I-VO zwar die Anwendung fremder Eingriffsnormen als Rechtsnormen verbietet, aber nur das Kollisionsrecht harmonisiert, nicht das materielle Vertragsrecht. Erlaubt das anwendbare Recht die tatsächliche Berücksichtigung fremder Eingriffsnormen, steht Art. 9 Rom I-VO dem nicht entgegen. Die abschließende Entscheidung überließ der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht.

Für die kuwaitischen Fälle ist die Tragweite dieser Aussage begrenzt: Der EuGH äußerte sich nur zu Eingriffsnormen eines Drittstaates, in dem nicht der Erfüllungsort im Sinne des Art. 9 Abs. 3 S. 1 Rom I-VO liegt. Ob auch Eingriffsnormen des Erfüllungsorts selbst, die bereits die Abwägung nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 Rom I-VO nicht bestanden haben, anschließend materiellrechtlich berücksichtigt werden dürfen, hat der EuGH bislang nicht explizit entschieden. Die deutschen Oberlandesgerichte haben diese Übertragung vielmehr stillschweigend selbst vorgenommen.

Quelle: EuGH, Urt. v. 18.10.2016 – C-135/15 (Nikiforidis), ECLI:EU:C:2016:774 = NZA 2016, 1389; BAG, Urt. v. 25.2.2015 – 5 AZR 962/13, NZA 2015, 542

### IV. Antidiskriminierungsrechtlicher Schutz israelischer Staatsangehöriger

Das AGG verbietet nach § 1, gestützt auf die Richtlinie 2000/43/EG, Benachteiligungen wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft und der Religion. Da das Gesetz unionsrechtskonform auszulegen ist, kann es ein Gericht nicht eigenmächtig auf die Staatsangehörigkeit erstrecken. Unionsbürger sind insoweit ohnehin durch Art. 18 AEUV geschützt; Drittstaatsangehörige wie Israelis fallen dagegen nur unter die Antidiskriminierungsrichtlinien, die das Merkmal der Staatsangehörigkeit nicht erfassen.

Häufig lässt sich gleichwohl eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG wegen ethnischer Herkunft oder Religion begründen: Wer israelische Staatsangehörige ausschließt, knüpft regelmäßig auch an deren mehrheitlich jüdische Zugehörigkeit an – auch wenn die Maßnahme arabische Israelis miterfasst. Entscheidend ist die Motivation, die in den Boykottfällen typischerweise auf den israelisch-arabischen Konflikt mit seinen religiösen und ethnischen Konnotationen verweist.

Die Oberlandesgerichte ließen die Frage der mittelbaren Diskriminierung bislang offen, weil die Prüfung nach § 275 Abs. 1 BGB bereits zu dem Ergebnis führte, dass eine Beförderungspflicht abzulehnen sei.

Quelle: Richtlinie Nr. 2000/43 v. 29.6.2000, ABl. L 180, 22–26; OLG München, Urt. v. 24.6.2020 – 20 U 6415/19, NJW-RR 2020, 1061, Rn. 49 ff.

## V. Gesetzgebungsvorschläge

Die folgende Tabelle stellt die geltende Rechtslage dem vorgeschlagenen Reformstand gegenüber.

Geltende Rechtslage	Vorgeschlagene Änderung
<b>Aktuelle Fassung § 21 Abs. 2 LuftVG</b>	<b>Vorgeschlagene Ergänzung des § 21 Abs. 2 LuftVG</b>
§ 21 Abs. 2 LuftVG enthält gegenwärtig keine Regelung, die einem Luftfahrtunternehmen mit staatlichem Hauptanteilseigner die Berufung auf eine boykottbedingte Unmöglichkeit der Beförderung untersagt.	Bisherige Regelung beibehalten und folgende Ergänzung als neue Sätze 4 und 5 einfügen: <i>Ein Luftverkehrsunternehmen, dessen Hauptanteilseigner ein Staat ist, der sich einem nach Maßgabe des § 7 AWW unzulässigen Boykott gegen einen anderen Staat angeschlossen hat, kann sich nicht auf eine Unmöglichkeit der Leistungserbringung (§ 275 Abs. 1 BGB) berufen, um die Beförderung von Angehörigen des boykottierten Staates zu verweigern. Dies gilt entsprechend, wenn der Beförderungsvertrag einem ausländischen Recht unterliegt.</i>
<b>Aktuelle Fassung des § 1 AGG</b>	<b>Vorgeschlagene Ergänzung des § 1 AGG</b>
§ 1 AGG nennt als verbotene Anknüpfungsmerkmale: Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität. Die Staatsangehörigkeit ist nicht aufgeführt.	§ 1 AGG ist um das Merkmal der Staatsangehörigkeit als verbotenen Differenzierungsgrund zu ergänzen. Die Ergänzung bezieht sich auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse gemäß § 19 AGG und ist de lege ferenda mit dem europäischen Mindestharmonisierungsgebot vereinbar.

Zur Änderung des LuftVG:

Erstens sollte auf den Hauptanteilseigner abgestellt werden, nicht auf beliebige „Eigner“; nur eine beherrschende Beteiligung schafft Einfluss und Rechtssicherheit.

Zweitens sollte nicht allein an die „rechtliche“ Unmöglichkeit angeknüpft werden, deren Abgrenzung von der tatsächlichen Unmöglichkeit hier zweifelhaft ist.

Drittens schafft die Anknüpfung an § 7 Satz 2 AWW eine allgemeine Schutznorm ohne Nennung Israels. Mit dem vorgeschlagenen § 21 Abs. 2 Satz 6 LuftVG wird klargestellt, dass die

vorgeschlagenen § 21 Abs. 2 Sätze 4 und 5 LuftVG Eingriffsnormen darstellen, die gemäß Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO auch dann anzuwenden sind, wenn der Beförderungsvertrag einem ausländischen Recht unterliegt.

Zur Änderung des AGG: Die Erweiterung von § 1 AGG um die Staatsangehörigkeit ist unionsrechtlich zulässig, allein aber wirkungslos, solange die Gerichte die Beförderungsverweigerung als tatsächliches Leistungshindernis nach § 275 Abs. 1 BGB werten. Beide Reformen müssen daher koordiniert erfolgen.

---

Für die fachliche Beratung danken wir aus dem Arbeitskreis Jura der Wertinitiative e.V. sehr herzlich:

**Prof. Dr. Jan von Hein** (Universität Freiburg)

Unter Mitwirkung von:

**Dr. Fiete Kalscheuer** (Kiel)

**RA Nathan Gelbart** (Berlin)

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages