

**Lothar Müller-Güldemeister, Rechtsanwalt**

**Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 13. März 2019**

**zum Thema „Kundenschutz von Fluggästen“**

**Übersicht**

1. Ausgangssituation
2. Fehlendes Einschreiten des Luftfahrtbundesamtes trotz Schieflage der Air Berlin
  - 2.1. Ertrags- und Vermögensentwicklung von Air Berlin seit 2003
  - 2.2. Bilanzielle Überschuldung
  - 2.3. Keine stillen Reserven
  - 2.4. Beurteilung der Fortführungsprognose der Air Berlin Anfang 2017
  - 2.5. Der „Letter of Support“
  - 2.6. Absicherung der Vorstandsvergütung Thomas Winkelmann
  - 2.7. Keine Aussetzung oder Widerruf der Betriebsgenehmigung durch das LBA
3. Das strukturelle Ungleichgewicht bei der Durchsetzung der Ansprüche von Verbrauchern und Kleingläubigern
4. Verbesserungen der Fluggastrechte de lege lata
  - 4.1. Entschädigung der Air-Berlin-Fluggäste
  - 4.2. Intensivere Überwachung der finanziellen Leistungsfähigkeit von Luftfahrtunternehmen
  - 4.3. Absicherung der Ansprüche der Fluggäste gegen Insolvenz des Unternehmens

**Zusammenfassung**

Fluggäste, die ihre Flugpreise häufig lange im Voraus bezahlen, sind anders als Pauschalreisende nicht ausreichend gegen die Insolvenz der Fluggesellschaft geschützt. Dies hat die Insolvenz der Air Berlin gezeigt.

Die wirtschaftlichen Probleme der Air Berlin waren seit Jahren offenkundig. Die Air Berlin war bereits vier Jahre vor der Stellung des Insolvenzantrages bilanziell überschuldet, es war klar, dass die Vorauszahlungen der Fluggäste im Fall einer Betriebseinstellung verloren waren. Wenn das LBA in dieser Situation nicht zum Schutz der Rechte der Fluggäste eingeschritten ist, so ist dies offenbar auf ein unzureichendes Überwachungsregime oder unzureichende Richtlinien dazu zurückzuführen, in welchen Fällen eine Betriebsgenehmigung zu widerrufen oder auszusetzen ist. Hieraus dürften sich Schadensersatzansprüche der geschädigten Fluggäste gegen den Bund ergeben.

Wäre die vorgeschriebene staatliche Kontrolle der Luftfahrtunternehmen effektiv, so würde es einer weiteren Absicherung der Fluggäste, wie bei Pauschalreisen vorgeschrieben, nicht unbedingt bedürfen. Im Übrigen könnte eine solche Absicherung durch den Gesetzgeber leicht vorgenommen werden. Z.B. könnte er bestimmen, dass eine Vorauszahlungspflicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann wirksam vereinbart werden kann, wenn der Vorauszahlende durch ein entweder bestehendes Leistungsverweigerungsrecht oder eine vom Verwender angebotene Sicherheit ausreichend gegen Leistungsstörungen abgesichert ist.

Im Übrigen zeigt die Insolvenz der Air Berlin erneut, dass eine Verbesserung der Rechtsstellung des Verbrauchers und des Kleinkunden im Prozess gegen Unternehmen generell notwendig wäre, um eine auch verfassungsrechtlich gebotene Waffengleichheit zwischen solchen Vertragsparteien herzustellen.

## 1. Ausgangssituation

2013 hatte ein Verbraucherschutzverband gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen geklagt, aufgrund derer Fluggesellschaften sich ihre Leistungen von ihren Fluggästen viele Monate im Voraus in voller Höhe bezahlen lassen. Die Verbraucherschützer sahen darin eine sachlich nicht gerechtfertigte Abweichung von dem gesetzlichen Leitbild der Vorleistungspflicht des Unternehmens. Sie machten geltend, damit würden die Rechte der Fluggäste in unangemessener Weise verkürzt und ihnen u.a. das Risiko einer Insolvenz der Fluglinie aufgebürdet.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat die Klage im Februar 2016 letztinstanzlich abgewiesen. Die Vorauszahlungspflicht ergebe sich, so der BGH, aus Sachzwängen, die in der Natur des Fluggastbeförderungsvertrages lägen. Auch wirkten bereits die Entschädigungsansprüche von Fluggästen bei Ausfall oder Verspätung präventiv auf die Fluggesellschaften ein, ihren Leistungsverpflichtungen nachzukommen. Nicht von der Hand zu weisen sei zwar, dass der vorauszahlende Fluggast das volle Risiko der Leistungsfähigkeit des Luftfahrtunternehmens zu tragen habe. Dies führe jedoch nicht zu einer Unangemessenheit der Vorauszahlungsklausel, denn, so der BGH,

*Das Insolvenzrisiko ist bei einem Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft durch die unionsrechtlichen Zulassungs- und Aufsichtsbestimmungen im Vergleich zu einem Unternehmen, das keiner staatlichen Aufsicht unterliegt, deutlich verringert. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines in der Europäischen Union niedergelassenen Luftfahrtunternehmens gehört gemäß Art. 4, 5 VO (EG) Nr. 1008/2008 zu den Schwerpunkten des Verfahrens bei der Erteilung einer Betriebsgenehmigung. Um die Gültigkeit der Genehmigung aufrechtzuerhalten, unterliegt das Luftfahrtunternehmen der staatlichen Überwachung und ist jederzeit verpflichtet, seine finanzielle Leistungsfähigkeit nachzuweisen (Art. 8, 9 VO (EG) Nr. 1008/2008).*

*Erscheinen die finanziellen Bedingungen für eine Aufrechterhaltung des Betriebs nicht gesichert, hat die Genehmigungsbehörde - nicht zuletzt zur Verringerung des Risikos für Fluggäste (Erwägungsgrund 6 der VO (EG) Nr. 1008/2008) - die Betriebsgenehmigung auszusetzen oder zu widerrufen.*

(BGH, Urteil vom 16. Februar 2016 – X ZR 97/14 –, BGHZ 209, 20-31, Rn. 29)

Keine anderthalb Jahre nach Verkündung dieses Urteils sind die Annahmen des Bundesgerichtshofes durch die Pleite der Air Berlin widerlegt worden.

Die staatliche Aufsicht durch das Luftfahrtbundesamt (LBA) hat jedenfalls nicht verhindert, dass Fluggäste der Air Berlin durch die Insolvenz Ansprüche in einer Größe von rund einer halben Milliarde EUR verloren haben. Ob dies auf strukturelle Mängel der Aufsicht zurückzuführen ist oder möglicherweise politische Einflussnahmen eine Rolle gespielt haben, kann nach dem momentanen Kenntnisstand nicht entschieden werden. Das LBA verweigert dazu die Akteneinsicht. In jedem Fall muss von einem eklatanten Versagen der staatlichen Überwachung gesprochen werden. Das Insolvenzrisiko bei der Air Berlin musste sich jedem, der sich dazu sachkundig machte, aufdrängen (dazu im Folgenden unter 2). Dass es sich hierbei nicht um einen Einzelfall handelt, offenbart die weitere Insolvenz der Fluggesellschaft Germania mit – Presseberichten zufolge – Forderungsausfällen von Fluggästen im ebenfalls dreistelligen Millionenbereich.

Auch die Annahme des BGH, dass die zivilrechtlichen Ansprüche benachteiligter Fluggäste eine präventive Wirkung gegen mangelhafte Leistungen der Fluggesellschaften entfalten, erscheint zweifelhaft. Bei der Durchsetzung solcher Ansprüche gibt es nämlich das strukturelle (und nicht auf die Branche beschränkte) Problem der Rechtsdurchsetzung. Denn generell ist der Verbraucher oder der Kleinkunde gegenüber dem Unternehmen, wenn nicht rechtlich, so doch faktisch benachteiligt. Eine Waffengleichheit zwischen marktmächtigen Unternehmen und ihren privaten oder kleinen Kunden ist nicht gegeben. Im Ergebnis macht der überwiegende Teil der geschädigten und anspruchsberechtigten Kunden ihre Rechte nicht geltend. Hierauf richten sich die Unternehmen erkennbar in ihrem Verhalten ein. Dazu i.F. unter 3.

## 2. Fehlendes Einschreiten des Luftfahrtbundesamtes trotz Schieflage der Air Berlin

### 2.1. Ertrags- und Vermögensentwicklung von Air Berlin seit 2003

Die Ertrags- und Vermögenssituation der Air Berlin war seit Jahren gekennzeichnet durch hohe Verluste im operativen Geschäft. Daraus ergab sich eine sich ständig vergrößernde bilanzielle Überschuldung. In den Jahren 2003 bis 2017 konnte sie lediglich einmal, im Jahr 2006, ein positives Ergebnis aus dem operativen Geschäft erwirtschaften und lediglich zweimal, infolge von Sondereffekten, Jahresüberschüsse. Die Jahre von 2014 bis 2017 waren von weiter massiv steigenden Betriebsverlusten bestimmt, wie sich aus dem Bericht des Insolvenzverwalters für an das Insolvenzgericht vom 27.10.2018, S. 54ff. ergibt:

Jahr	Betriebsergebnis Mio, EUR	Jahresfehlbetrag/-überschuss Mio, EUR
2003	-24,526	-20,428
2004	-0,164	4,370
2005	-29,059	-12,355
2006	7,815	-28,661
2007	-65,943	-59,328
2008	-48,762	-83,329
2009	-30,143	-72,120
2010	-162,417	-173,119
2011	-337,663	-268,240
2012	-5,769	-38,160
2013	-245,858	-278,251
2014	-43,442	74,298
2015	-228,773	-188,118
2016	-489,477	-549,979
2017*	-541,438	-371,949

\* Im Zeitraum vom 01.01. bis 16.08.2017

Allein im ersten Quartal 2017 erhöhte sich laut Quartalsbericht der Air Berlin deren Verlust um weitere 311 Millionen EUR.

Im zweiten Halbjahr erhöhte sich der Verlust nochmals und stieg für das gesamte Halbjahr auf rd. 476 Millionen EUR.

### 2.2. Bilanzielle Überschuldung

Infolge der laufenden und sich ständig steigenden Verluste der Air Berlin war diese ausweislich ihrer Geschäftsberichte bilanziell wie folgt überschuldet:

	Mio EUR
31.12.2013	-186
31.12.2014	-415
31.12.2015	-719
30.09.2016	-1.032
31.12.2016	-1.470
31.03.2017	-1.781
30.06.2017	-1.946

Von den zur Überschuldung führenden Verbindlichkeiten entfielen nach dem Bericht des Insolvenzverwalters vom 27.10.2017, S. 122, rund 1.095 Mio. EUR auf Verbindlichkeiten gegenüber

dem Großaktionär Etihad. Bei Abzug dieser Beträge von dem bilanziellen Negativkapital verblieb immer noch per 31.12.2016 eine bilanzielle Überschuldung von rund 375 Millionen EUR.

### 2.3. Keine stillen Reserven

Stille Reserven befanden sich in den Bilanzposten der Air Berlin nicht. Dies ergibt sich ebenfalls aus dem Bericht des Insolvenzverwalters vom 27.10.2017 auf S. 122, wo er ausführt, dass sich die Überschuldung bei Zugrundlegung von Zerschlagungswerten auf mindestens 360 Millionen EUR belief.

### 2.3. Finanzierung durch Vorauszahlungen der Fluggäste

Die Air Berlin hat sich im erheblichen Umfang über Vorauszahlungen finanziert, welche die Fluggäste auf zukünftige Flüge geleistet haben. Die Vorauszahlungen betragen ausweislich ihrer Geschäftsberichte für 2014-2016, des ersten Quartals- und des Halbjahresberichts 2017:

	erhaltene Vorauszahlungen auf Flüge Mio. EUR
31. Mrz 2014	755
30. Jun 2014	663
30. Sep 2014	409
31. Dez 2014	396
31. Mrz 2015	655
31. Jun 2015	621
30. Sep 2015	405
31. Dez 2015	374
31. Mrz 2016	619
30. Jun 2016	620
30. Sep 2016	443
31. Dez 2016	368
1. Mrz 2017	601
30. Jun 2017	663

Die sich aus den Anzahlungen ergebenden Verpflichtungen waren nur zu einem kleinen und in der Zeit vor dem Insolvenzantrag weiter schwindenden Teil durch liquide Mittel gedeckt, wie sich aus den jeweiligen Quartals-, Halbjahresberichten sowie Geschäftsberichten ergibt:

	erhaltene Anzahlungen von Fluggästen Mio EUR	Barmittel und Bankguthaben Mio EUR	Deckungsgrad %
31.12.2013	428	223	52,10
31.12.2014	396	259	65,40
31.12.2015	373	165	44,24
31.12.2016	368	220	59,78
31.03.2017	601	220	36,61
30.06.2017	663	198	29,86

Angesichts der sich im Jahresverlauf 2017 ständig weiter erhöhenden Verluste aus dem operativen Geschäft bedeutete dies, dass die Air Berlin die von den Fluggästen bereits angezahlten und noch nicht erbrachten Flugleistungen nur erbringen konnte, wenn ihr von außen weiter Kapital zugeführt wurde. In dem Insolvenz-Eigenantrag gegenüber dem Insolvenzgericht heißt es diesbezüglich, es

könne,

*„in Anbetracht der Verlustsituation ohne den Beitrag eines Investors der weitere Liquiditätsbedarf nicht gedeckt werden. Vielmehr wird der erforderliche Finanzierungsbedarf bis zum 30. November 2017 auf rd. EUR 293 Mio. ansteigen.*

Zwar verfügte die Air Berlin Ende Juli 2017 noch über eine von Etihad eingeräumte Kreditlinie über 350 Mio. EUR, die zu diesem Zeitpunkt zu 250 Mio. EUR in Anspruch genommen war. Der Liquiditätsbedarf von 293 Mio EUR bis November 2017 war durch diese Kreditlinie jedoch nicht mehr gedeckt.

Ende Juli verweigerte Etihad die Auszahlung noch nicht in Anspruch genommener Mittel aus der Kreditlinie unter Hinweis auf fehlende Ziehungsvoraussetzungen. Daraufhin stellte Air Berlin den Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

#### **2.4. Beurteilung der Fortführungsprognose der Air Berlin Anfang 2017**

In dem Geschäftsbericht der Air Berlin für 2016 heißt es auf S. 108 unter „Fortführungsprinzip“:

*„Das Board hat ferner den mittelfristigen Ausblick berücksichtigt in dem Bewusstsein, dass im Jahr 2019 Verbindlichkeiten in Höhe von ca. 653 Mio. EUR zu refinanzieren sind. Das Board ist der Ansicht, dass die neue Air Berlin-Strategie mindestens ein Jahr, bevor diese Verbindlichkeiten refinanziert werden müssen, Wirkung entfalten muss und dass der Großaktionär die Gruppe weiterhin - wie oben ausgeführt - unterstützen wird. Das Board ist daher zu dem Schluss gekommen, dass es möglich sein sollte, diese Verbindlichkeiten bei Fälligkeit zu refinanzieren. Es besteht jedoch keine Garantie, dass dies der Fall sein wird.*

*Während die Gruppe weiterhin finanzielle Unterstützung von Etihad erhalten hat und zu erkennen gegeben wurde, dass weitere Unterstützung erfolgt, ist darauf hinzuweisen, dass ein Letter of Support von der Gesellschaft möglicherweise nicht durchgesetzt werden kann, wenn dies erforderlich werden sollte.*

*Die Directors sind zu dem Schluss gekommen, dass die Kombination dieser Umstände eine wesentliche Unsicherheit darstellt, die hinsichtlich der Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft (going concern) erhebliche Zweifel aufwirft, und dass daher die Gesellschaft möglicherweise nicht in der Lage ist, weiterhin im Rahmen ihrer gewöhnlichen Geschäftstätigkeit ihre Vermögensgegenstände zu veräußern und ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen.“*

In dem nämlichen Geschäftsbericht, S. 95, heißt es im Bestätigungsvermerk der Abschlussprüfer:

#### **„HINWEISENDER ZUSATZ – UNTERNEHMENSFORTFÜHRUNG**

*Der Konzern ist angewiesen auf einen Letter of Support eines wesentlichen Anteilseigners. Bei solchen Erklärungen verbleiben Zweifel, ob diese im Falle der Notwendigkeit durchgesetzt werden können. Dieses, zusammen mit den anderen in Abschnitt 2 des Konzernanhangs erläuterten Sachverhalten, weist auf die Existenz einer wesentlichen Unsicherheit hin, die bedeutsame Zweifel an der Fähigkeit der Unternehmensfortführung der Muttergesellschaft und des Konzerns begründen könnte.“*

## 2.5. Der „Letter of Support“

Bei dem im Geschäftsbericht wie oben dargestellt in Bezug genommenen *Letter of Support* handelt es sich offenbar um das in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Schreiben folgenden Inhalts:

*The Directors  
Air Berlin PLC  
c/o Browne Jacobson LLP  
6 Bevis Marks  
Bury Court  
London  
EC3A 7BA*

*„ETIHAD AIRWAYS  
ABU DHABI*

*Abu Dhabi, 28 April 2017*

*Gentlemen,*

*For the purpose of the finalisation of the financial statement of Air Berlin plc for the year ended 31 December 2016, having had sight of your forecasts for the two years ending 31 December 2018, we confirm our intention to continue to provide the necessary support to Air Berlin to enable it to meet its financial obligations as they fall due for payment for the foreseeable future and in any event for 18 months from the date of this letter. Our commitment is evidenced by our historic support through loans and support on obtaining financing for Air Berlin.<sup>1</sup>*

*Yours sincerely*

*gez. Unterschrift (unleserlich)*

*James Hogan  
President and Chief Executive Office  
Etihad Aviation Group“*

## 2.6. Absicherung der Vorstandsvergütung Thomas Winkelmann

Der Vertrag mit dem im Februar zur Air Berlin gekommenen neuen Vorstandsvorsitzenden Thomas Winkelmann sah vor, dass diesem vom 01.02.2017 bis zum 31.01.2021 eine Mindestvergütung von 4.500.000,00 EUR zustand. Die Zahlung dieser Mindestvergütung ließ sich Herr Thomas Winkelmann durch eine Bankgarantie absichern (Geschäftsbericht Air Berlin für 2016, S. 75).

## 2.7. Keine Aussetzung oder Widerruf der Betriebsgenehmigung durch das LBA

Bei der geschilderten Sachlage ist nicht nachvollziehbar, wie das LBA im Frühjahr 2017 noch zu der Überzeugung kommen konnte, dass die Air Berlin während eines Zeitraums von 12 Monaten seinen tatsächlichen oder möglichen Verpflichtungen würde nachkommen können. Dies wäre aber nach Art. 9 der VO (EG) Nr. 1008/2008 aber Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Betriebsgenehmigung gewesen.

Wie dargestellt, ergab sich aus den eigenen Liquiditätsprognosen der Air Berlin per November 2017 ein nicht gedeckter Liquiditätsbedarf von 293 Mio. EUR. Angesichts der anhaltenden Verlustsituation

<sup>1</sup> „Zum Zweck der Fertigstellung des Geschäftsberichts der Air Berlin plc für das am 31.12.2016 endende Geschäftsjahr, nachdem wir Ihre Prognoserechnungen für die zwei am 31.12.2018 endenden Geschäftsjahre eingesehen haben, bestätigen wir unsere Absicht, damit fortzufahren, für die notwendige Unterstützung für Air Berlin zu sorgen, um dieser zu ermöglichen, ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen, wie sie zur Zahlung fällig werden für die absehbare Zukunft und jedenfalls für 18 Monate ab dem Datum dieses Schreibens. Unser Engagement wird bewiesen durch unsere in der Vergangenheit getätigte Unterstützung durch Darlehen und Unterstützung beim Erhalt von Finanzierungen für Air Berlin.“

der Air Berlin und der sich ständig steigenden Überschuldung seit 2013 war diese Unterdeckung seit geraumer Zeit erkennbar und spätestens im Frühjahr 2017 manifest. Der neu hinzutretende Vorstand Herr Thomas Winkelmann ließ sich Anfang 2017 sein Vorstandsgehalt durch Bankgarantie absichern. Dies demonstrierte besser als alles andere, dass selbst die Geschäftsleitung nicht mehr daran glaubte, die Air Berlin würde ihre Leistungsverpflichtungen erfüllen können.

Auf den *Letter of support* des Großaktionärs Etihad konnte das LBA eine Einschätzung der Fortführungsfähigkeit der Air Berlin nicht stützen. Hiergegen spricht bereits dessen Wortlaut. Jedoch kommt es auf semantische Überlegungen nicht an. Denn selbst dann, wenn der *Letter of support* eine bindende Verpflichtung der Etihad zur finanziellen Unterstützung der Air Berlin dargestellt hätte, wäre diese nicht geeignet gewesen, Grundlage einer positiven Fortführungsprognose der Air Berlin zu sein. Denn die Verpflichtung der Etihad aus dieser Erklärung war im Zweifelsfall nicht durchsetzbar. Diese negative Einschätzung bringen der Vorstand der Air Berlin und die Abschlussprüfer in dem Geschäftsbericht selbst zum Ausdruck (s.o., 2.4).

Der *Letter of Support* konnte allenfalls eine vage Hoffnung vermitteln, dass der Großaktionär Etihad „es schon richten werde“. Diese Hoffnung konnte aber für das LBA nicht eine seriöse Entscheidungsgrundlage sein, wenn es für die Fluggäste, deren Interessen das LBA zu wahren hatte, um dreistellige Millionenbeträge ging. Auch dem LBA musste klar sein, dass Etihad nicht bereit sein würde, der Air Berlin dauerhaft und bedingungslos Mittel in drei- oder gar vierstelliger Millionenhöhe zur Verfügung zu stellen, wenn sich die Air Berlin weiterhin als ein Fass ohne Boden erweisen würde.

Sich auf eine derartige vage Hoffnung zu stützen, war unvertretbar und verantwortungslos.

Dem LBA waren die selbst von der Geschäftsleitung und den Abschlussprüfern im Geschäftsbericht kommunizierten Zweifel an den Durchsetzungsmöglichkeiten des *Letter of Support* bekannt. Ihm war ebenfalls bekannt, dass die Air Berlin ohne von außen kommende Unterstützung bereits im November 2017 mit fast 300 Millionen EURO unterfinanziert sein und illiquide werden würde. Eine solche Unterstützung war angesichts der Überschuldung der Air Berlin und der bei dieser sich weiter anhäufenden Verluste, wenn überhaupt, dann allenfalls von dem Großaktionär zu erwarten. In dieser Situation hätte das LBA sich ohne Weiteres dadurch Gewissheit über die Fortführungsfähigkeit der Air Berlin verschaffen können, dass es von Air Berlin verlangt hätte, eine auch dem Wortlaut nach eindeutig verbindliche Patronatserklärung von Etihad beizubringen, die durch eine liquide Bankbürgschaft, die Einräumung eines sofort abrufbaren Bankkredits oder ein ähnliches Instrument hätte abgesichert werden müssen. Wenn sich Etihad explizit geweigert hätte, so wäre klar gewesen, dass deren Bereitschaft zu einer weiteren Unterstützung nicht überwiegend wahrscheinlich war und nicht als zur Grundlage einer positiven Fortführungsprognose dienen konnte. Gerade die gewundene und verschwommene Formulierung der Erklärung im *Letter of Support* bezeugt besser als alles andere die Tatsache, dass Etihad sich jede Möglichkeit eines Rückzugs offenhalten wollte.

Nach alledem hat das LBA die ihm zum Schutz der Flugpassagieren von Air Berlin obliegenden Aufsichtspflichten verletzt. Die Bundesrepublik Deutschland ist diesen Flugpassagieren gegenüber schadensersatzpflichtig.

In der Praxis stößt allerdings die Durchsetzung solcher Ansprüche auf die Schwierigkeiten, die im Folgenden aufgezeigt werden.

### **3. Das strukturelle Ungleichgewicht bei der Durchsetzung der Ansprüche von Verbrauchern und Kleingläubigern**

Ob, wie vom BGH in seiner o.a. Entscheidung ausgeführt, die unionsrechtlichen Vorschriften über die Entschädigung von Fluggästen bei Verspätungen und Annullierungen tatsächlich präventiv wirken, darf bezweifelt werden. Schätzungen zufolge setzen nur rund 10% der Fluggäste ihre Rechte tatsächlich durch (Quelle: <https://www.welt.de/regionales/hamburg/article152225118/Warum-diese-Maenner-massenhaft-Flugtickets-aufkaufen.html>) und verzichten damit europaweit auf Ansprüche in der Größenordnung von bis zu 700 Mio EUR pro Jahr.

Die Erfahrung zeigt, dass dieses Manko nicht auf den Luftverkehr beschränkt ist. Große marktbeherrschende Unternehmen aller Branchen reagieren auf Beschwerden oder die Geltendmachung von Ansprüchen von Verbrauchern und Kleinkunden häufig zunächst ablehnend, versuchen, solche Geltendmachung zu erschweren und die Anspruchsteller auf den Klageweg zu verweisen. Die Kosten

einschließlich Opportunitätskosten der Anspruchsdurchsetzung halten dann die meisten Anspruchsinhaber davon ab, ihre Rechte tatsächlich durchzusetzen.

Die Ansprüche liegen regelmäßig im dreistelligen oder niedrigen vierstelligen Eurobetrag. Bei solchen Streitwerten sind die Anwaltsgebühren für den Anwalt nicht kostendeckend, für den Anspruchsinhaber aber im Verhältnis zu dem streitigen Betrag sehr hoch. Beides wirkt prohibitiv. Klagt dann ein Berechtigter im Einzelfall dennoch, erkennen die Unternehmen die Ansprüche häufig an oder vergleichen sich, um Urteile zu vermeiden, die eine Signalwirkung entfalten könnten. Soweit die Unternehmen dann Verfahrenskosten aufbringen müssen, wirkt dies nicht präventiv, wenn sie durch diese Strategie gleichzeitig eine Vielzahl von berechtigten Kunden von der Geltendmachung ihrer Ansprüche abhalten.

Auch im Übrigen besteht keine Waffengleichheit im Prozess zwischen Privatpersonen und Unternehmen. Das Unternehmen erhält die Umsatzsteuer auf seine Anwaltskosten als Vorsteuer erstattet, was diese Position für das Unternehmen gegenüber dem Privaten bereits um rund ein Sechstel verbilligt. Außerdem kann es im Gegensatz zum Verbraucher sämtliche Kosten auch eines verlorenen Rechtsstreits als Betriebskosten geltend machen.

Weiter profitiert das Unternehmen in der Regel von der "Prozessdividende": es kann darauf bauen, dass nur ein Teil derjenigen, die berechnete Ansprüche haben, diese auch durchsetzen. Im Fall von Verspätungsentschädigungen bei Fluggesellschaften kam anfänglich ohne Anwalt und Gerichtsverfahren kaum ein Verbraucher zu seinem Recht. Bei dem, was die Unternehmen auf diese Weise sparen, sind in den Fällen, die sie dann tatsächlich führen und verlieren, die Prozesskosten längst schon eingespielt.

Ohne spezialisierte „Legal Tech“ Unternehmen, die die Geltendmachung der Ansprüche von Fluggästen weitgehend automatisiert haben, würde diese Situation wahrscheinlich noch immer so sein. Bezeichnenderweise versuchen einzelne Fluggesellschaften dies dadurch zu verhindern, dass sie in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Abtretung der Ansprüche aus Flugverspätungen und -annullierungen ausschließen.

Die genannte Waffenungleichheit besteht für den Verbraucher auch im Fall Air Berlin für mögliche Ansprüche gegen Gesellschaftsorgane wegen Insolvenzverschleppung oder für seine Amtshaftungsansprüche. Auch wenn diese Ansprüche in ihrer Gesamtheit dreistellige Millionenbeträge erreichen, werden sie nicht justitiabel, weil für den einzelnen Anspruchsinhaber die Geltendmachung seines in der Regel geringen Anspruchs zu aufwändig ist. Klagt dennoch ein Betroffener und hat damit Erfolg, dürften in die nicht rechtshängig gemachten Ansprüche anderer Betroffener inzwischen verjährt sein.

Die Musterfeststellungsklage nach § 606 ZPO hat die Situation der Anspruchsberechtigten nicht verbessert. Zum einen beschränkt sich ihr Anwendungsbereich auf Ansprüche zwischen Verbrauchern und Unternehmen, so dass Schadensersatzansprüche gegen die Unternehmensorgane oder aus Amtshaftung nicht erfasst sind. Außerdem schränkt das Gesetz den Kreis der Klageberechtigten derart massiv ein, dass seine praktische Bedeutung im Ergebnis minimal bleiben wird.

#### **4. Verbesserungen der Fluggastrechte de lege lata**

Aus Vorstehendem ergeben sich nach meiner Überzeugung folgende vom Bundesgesetzgeber bzw. der Bundesregierung zu fordernde Konsequenzen:

##### **4.1. Entschädigung der Air-Berlin-Fluggäste**

Angesichts des Versagens der Luftverkehrsaufsicht stehen Schadensersatzansprüche der geschädigten Air-Berlin-Fluggästen gegen die Bundesrepublik Deutschland in dreistelliger Millionenhöhe im Raum. Anstatt hier das Ergebnis von Gerichtsverfahren abzuwarten, würde es sich anbieten, einen Entschädigungsfonds zu bilden, aus dem diese Ansprüche erfüllt werden. Die Regierung hat nach dem Insolvenzantrag bereits 150 Millionen EUR zur temporären Aufrechterhaltung des Flugbetriebs von Air Berlin zur Verfügung gestellt. Von diesem haben aber nur die Fluggäste profitiert, deren Flüge für die Zeit zwischen dem Insolvenzantrag und der Betriebseinstellung gebucht waren. Dafür, dass diese Fluggäste gegenüber denen privilegiert werden sollen, die Flüge für einen späteren Zeitraum gebucht haben, gibt es keine sachliche Rechtfertigung.



#### **4.2. Intensivierung der Überwachung der finanziellen Leistungsfähigkeit von Luftfahrtunternehmen**

Wie dargestellt, waren die wirtschaftlichen Probleme der Air Berlin seit Jahren offenkundig. Die Air Berlin war bereits vier Jahre vor der Stellung des Insolvenzantrages bilanziell überschuldet, es war klar, dass die Vorauszahlungen der Fluggäste im Fall einer Betriebseinstellung verloren waren. Wenn das LBA in dieser Situation nicht zum Schutz der Rechte der Fluggäste eingeschritten ist, so ist dies offenbar auf ein unzureichendes Überwachungsregime oder unzureichende Richtlinien dazu zurückzuführen, in welchen Fällen eine Betriebsgenehmigung zu widerrufen oder auszusetzen ist. Grundsätzlich sollte ein solcher Widerruf stets dann erfolgen, wenn die Gesellschaft bilanziell überschuldet ist oder die Vorauszahlungen der Fluggäste nicht mehr durch Eigenkapital gedeckt sind. Ggf. könnte die Aufrechterhaltung der Betriebsgenehmigung davon abhängig gemacht werden, dass das Luftfahrtunternehmen die Vorauszahlungen der Fluggäste durch eine Versicherung, eine Bankbürgschaft oder ein ähnliches Instrument absichert.

#### **4.3. Absicherung der Ansprüche der Fluggäste gegen Insolvenz des Unternehmens**

Wäre die ohnehin vorgeschriebene staatliche Kontrolle der Luftfahrtunternehmen effektiv, so würde es einer weiteren Absicherung der Fluggäste, wie bei Pauschalreisen vorgeschrieben, nicht unbedingt bedürfen. Im Übrigen könnte eine solche Absicherung durch den Gesetzgeber leicht vorgenommen werden. Z.B. könnte er bestimmen, dass eine Vorauszahlungspflicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur dann wirksam vereinbart werden kann, wenn der Vorauszahlende durch ein entweder bestehendes Leistungsverweigerungsrecht oder eine vom Verwender angebotene Sicherheit ausreichend gegen Leistungsstörungen abgesichert ist. Weiterhin sollte in solchen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Abtretungsausschluss nicht wirksam vereinbart werden können.

#### **4.4. Fehlende Waffengleichheit im Prozess als generelles Problem**

Im Übrigen halte ich generell, nicht nur im Luftfahrtbereich eine Verbesserung der Rechtsstellung des Verbrauchers und des Kleinkunden im Prozess gegen Unternehmen für notwendig, um eine auch verfassungsrechtlich gebotene Waffengleichheit zwischen solchen Vertragsparteien herzustellen.

Die schematische Verteilung der Prozesskosten und -risiken in der Zivilprozessordnung benachteiligt den wirtschaftlich Schwächeren. Alternativen hierzu gäbe es und gibt es bereits, z.B. im Aktienrecht. Klagt ein Aktionär gegen eine Entscheidung der Hauptversammlung, dann können die Kosten, die er der Gegenseite zu erstatten hat, wenn er verliert, nach dem Gegenstandswert seines Interesses an dem Rechtsstreit festgesetzt werden, während die Kosten, die die Gesellschaft ihm zu erstatten hat, nach dem Wert deren – regelmäßig weit höheren – Interesses an dem Ausgang des Rechtsstreites zu bemessen sind. In Klagen von Verbrauchern und Kleinkunden gegen Unternehmen dürfte das Interesse des Unternehmens an dem Verfahren in der Regel das des Kunden um das zehnfache bis zwanzigfache übersteigen, da auf einen Kunden, der seine Rechte geltend macht, erfahrungsgemäß zehn bis zwanzig kommen, die aus eben diesem Grund von der Geltendmachung ihrer Rechte absehen. Nur in diesem Fall dürfte die Belastung mit Prozesskosten auf das Unternehmen die präventive Wirkung ausüben, auch ohne Gerichtsverfahren berechnete Ansprüche des Kunden ernst zu nehmen.