

20 Jahre europäische Fluggastrechte – Entstehung, Entwicklung und Ausblick*

RONALD SCHMID**/MICHAEL HOCHSTRASSER***

1. Vorbemerkung

Die Entstehung der Fluggastrechte-Verordnung¹ liegt erst 20 Jahre zurück² und doch ist das für viele Juristinnen und Juristen schon so lange her, dass eigene Erinnerungen nicht vorhanden oder völlig verblasst sind.

Es ist zwar nicht unsere Aufgabe, die Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zu verteidigen. Aber einige Bemerkungen drängen sich uns schon auf. Dem Autor Schmid, weil er in seiner früheren Tätigkeit als Syndikusanwalt der Ferienfluggesellschaft Aero Lloyd, die Mitglied im Verband IACA (International Air Carrier Association) war, die Chance hatte, bei Anhörungen der Europäischen Kommission (EU-Kommission) zum Verordnungsentwurf Stellung zu beziehen und die Meinung anderer Interessenvertreter zu hören. Nicht zuletzt auch für die jüngeren Juristinnen und Juristen, die die Entstehung der Verordnung nicht hautnah miterleben konnten, will er das in Kurzform verschriftlichen, damit wichtiges Wissen nicht verloren geht. Der Autor Hochstrasser merkt als Schweizer Anwalt die Besonderheiten bezüglich Geltung der EU-Verordnung in der Schweiz an.

2. Zur Entstehungsgeschichte (Schmid)

2.1 Ziel und Zweck der Verordnung (EG) Nr. 261/2004

Die Kommission Delors hatte bereits in ihrer zweiten Amtszeit (1989–1993) mit der Verordnung (EWG) Nr. 295/91³ geregelt, dass Luftfahrtunternehmen, die Flüge überbuchteten, um das Risiko nicht gut ausgelasteter Flüge bei Nichterscheinen von Fluggästen zu minimieren, mit Sanktionen belegt wurden, wenn Fluggäste, die auf einem Flug gebucht

- * Leicht erweiterte Fassung des gemeinsamen Vortrages, den die beiden Autoren am 25.11.2002 an der Studientagung der SVLR/ASDA in Ittigen bei Bern gehalten haben. Die Autoren vertreten nicht in allen Punkten die gleiche Auffassung. Im Titel der jeweiligen Abschnitte ist vermerkt, welcher Autor für die entsprechenden Aussagen verantwortlich zeichnet.
- ** Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Wiesbaden und Honorar-Professor an den Universitäten Darmstadt und Dresden.
- *** Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Winterthur und Titularprofessor an der Universität Zürich.

¹ Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annulierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (ABl. L 46, 17.2.2004, S. 1–8) (in der Folge: VO).

² Der Vorschlag der Kommission erfolgte im April 2002 (ABl. C 103 E vom 30.4.2002, S. 225, und ABl. C 71 E vom 24.3.2003, S. 188).

³ ABl. L 36, vom 8.2.1991, S. 5 ff.

waren, wegen Überbuchung nicht befördert wurden. Das war ein erster Schritt zur Stärkung der Rechte der Fluggäste.

Die Kommission Prodi (1999–2004) hatte nach Beschwerden von Flugpassagieren beobachtet, dass Fluggesellschaften zunehmend dazu übergegangen waren, gering ausgelastete Flüge zu annullieren und die Passagiere auf einen anderen, ebenfalls nicht gut ausgelasteten (vorhergehenden oder späteren) Flug umzubuchen. Diese Praktiken hatten die damalige Vizepräsidentin Loyola de Palacio, die als Kommissarin u. a. für das Ressort Verkehr zuständig war, veranlasst, auf der Grundlage der bestehenden Verordnung (EWG) Nr. 295/91 eine neue, weitergehende Verordnung zu initiieren. Mit einiger Wahrscheinlichkeit haben dabei – und das hat sie seinerzeit des Öfteren auch öffentlich bekundet – auch eigene Erfahrungen den Handlungsdruck gestärkt: Schliesslich reiste sie selbst regelmässig mit dem Flugzeug von ihrem Wohnort Madrid nach Brüssel und zurück und machte dabei eigene Erfahrungen mit der Zuverlässigkeit der Luftfahrtunternehmen, mit denen sie häufiger flog. Das ist kein «Gründungsmythos», sondern Tatsache.

Das Regelwerk ist als «erzieherische Massnahme» angelegt, allein mit dem Zweck der Stärkung der Rechte der Fluggäste. Luftfahrtunternehmen, die aus Sicht der EU-Kommission die Fluggäste durch ihr Handeln (Überbuchung von Flügen und Annullierung aus kommerziellen Gründen sowie erhebliche Verspätungen) die Fluggäste erheblichen Unannehmlichkeiten ausgesetzt haben, sollten durch schmerzhafte Sanktionierungen (Ausgleichsleistungen, Betreuungsleistungen, Unterstützungsleistungen, aber auch abschreckende⁴ Bussgelder), dazu gebracht werden, Annullierungen und Nichtbeförderungen (vor allem wegen Überbuchung) im eigenen Interesse zu vermeiden.

2.2 Fazit

Die Verordnung ist eine reine Verbraucherschutz-Regelung. Es ging (und geht) also bei den in der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 niedergelegten Fluggastrechten nicht um die Ausgewogenheit der Interessen zwischen Fluggast und Fluggesellschaften, sondern ausschliesslich darum, den Schutzstandard der Fluggäste zu erhöhen. Im Lichte dieses Verordnungswecks geht daher die Kritik, die Verordnung sei nicht ausgewogen und berücksichtige die Interessen der Luftfahrtunternehmen nicht, schon deshalb ins Leere. Sie stimmt im Übrigen auch deshalb nicht, weil der europäische Gesetzgeber den Luftfahrtunternehmen in bestimmten Fällen ja grundsätzlich die Möglichkeit der Entlastung⁵ eingeräumt hat.⁶

⁴ Siehe Art. 16 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004.

⁵ Für Nichtbeförderungen: Art. 2 lit. j), 2. Hs (keine vertretbaren Gründe). Für Annullierungen und Verspätungen: Art. 5 Abs. 3 (aussergewöhnliche Umstände).

⁶ Anmerkung HOCHSTRASSER: Die Möglichkeit der Entlastung ist aber insofern eine theoretische, als der EuGH sehr hohe Anforderungen stellt, sodass die Entlastung z. B. bei technischen Problemen in der Praxis kaum je gelingt (dazu hinten Ziff. 5.2).

3. Die wesentlichen Fehler und Unzulänglichkeiten bei der Ausgestaltung der Fluggastrechte (Schmid)

Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 kann sicherlich nicht als gelungen bezeichnet werden, weil ihr einige erhebliche Konstruktionsfehler zu grunde liegen.

3.1 Fehlende oder unscharfe Begriffe

Die grösste Schwäche der Verordnung ist, dass der europäische Gesetzgeber offensichtlich nur die Grundkonstellation eines Fluges von A nach B im Fokus hatte. Begriffe von zentraler Bedeutung für den Luftverkehr fehlen oder werden nicht oder nur ungenügend definiert.

3.1.1 Der «Flug»

Der Begriff «Flug» ist im Verordnungstext nicht definiert. Solange es sich um einen *Non-stop*-Flug von A nach B handelt, mag das noch angehen. Aber was ist, wenn ein Fluggast eine Flugreise von A über C nach B (Zwischenlandung) oder von A nach B und dann nach C (Anschlussflug) gebucht hat? Sind die Flugabschnitte (*legs*) in diesen Konstellationen jeweils selbst ein «Flug» oder sind sie nur «Teilstüge» eines (Gesamt-) Fluges? Die Antwort lässt sich dem Text der Verordnung nicht unmittelbar entnehmen. Das aber wäre wichtig gewesen, hängt doch die Frage, ob die Verordnung anwendbar ist, ganz entscheidend davon an, auf welchem Flughafen ein Fluggast seinen «Flug» angetreten hat oder antreten wollte (Art. 3 Abs. 1 lit. a) und b) VO). Es konnte (und kann) daher niemanden wirklich überraschen, dass allein infolge dieser Unzulänglichkeit eine Fülle von Entscheidungen des EuGH ergingen.⁷

3.1.2 Die «aussergewöhnlichen Umstände»

Dass auch der Begriff «aussergewöhnliche Umstände», der für die Entlastung der Luftfahrtunternehmen eine zentrale Bedeutung hat, nicht hinreichend klar definiert wurde, ist ein weiterer «Webfehler» des Regelwerkes. Mit der Verwendung nur der weiteren unscharfen Tatbestandsmerkmale «vermeiden» und «zumutbare Massnahmen» war vorgezeichnet, dass die Unklarheiten die nationalen Gerichte und in den Fällen eines «*acte éclairé*» den Gerichtshof beschäftigen würden.⁸

⁷ Siehe dazu etwa die Entscheidungen des Gerichtshofes vom 10.7.2008, Rs. C-173/07, Schenkel g. Emirates; 26.02.2013, Rs. C-11/11, Folkerts J. Air France; 31. 5.2018, Rs. C-537/17, Wegener J. RAM; 11.7.2019, Rs. C-502/18, CS J. České aerolinie; 12.11.2020, Rs. C-367/20, SP J. KLM; 24.2.2022, Rs. C-451/20, Airhelp J. AUA.

⁸ Der Verfasser erinnert sich noch genau, dass die an der Anhörung ebenfalls beteiligten Juristen aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis den deutschsprachigen Juristen immer wieder den Vorwurf machten, zu detailliert formulieren zu wollen. Unklarheiten zu regeln, sei Sache der Gerichte.

3.1.3 Die «grossen Verspätungen»

Nicht nachvollziehbar ist, warum in Art. 6 VO geregelt wurde, dass ein Luftfahrtunternehmen in den Fällen der Nichtbeförderung eines Fluggastes oder der Annulierung eines Fluges eine Ausgleichsleistung erbringen muss, im Fall grosser Verspätung (drei und mehr Stunden nach der planmässigen Ankunftszeit) aber nicht.⁹ Es konnte einen objektiv und vor allem europarechtlich denkenden Juristen nicht überraschen, dass eine solche Regelung nicht Bestand haben würde; allein schon, weil das Ärgernis und die Unannehmlichkeiten für einen Fluggast bei einer grossen Verspätung nicht geringer sind als bei einer Annulierung oder Nichtbeförderung.¹⁰ Es war somit durchaus damit zu rechnen, dass eine grosse Verspätung (z. B. mehrere Tage nach dem geplanten Abflug) zumindest in der Rechtsfolge einer Annulierung eines Fluges gleichgesetzt werden könnte.

3.1.4 Das «ausführende Luftfahrtunternehmen»

Als weiteren erheblichen Konstruktionsfehler muss man es ansehen, dass als Anspruchsverpflichteter nur das «ausführende Luftfahrtunternehmen» benannte wurde. Das bringt bei *Code-share*-Flügen oder *Sub-charter*-Flügen die (vermeidbare) Frage auf, wer von den beiden (oder mehreren) Luftfahrtunternehmen das «ausführende Luftfahrtunternehmen» ist: es hätte nahegelegen, dem Fluggast das Recht einzuräumen, sowohl das vertragliche als auch das ausführende Luftfahrtunternehmen in Anspruch nehmen zu können und es den beiden Luftfahrtunternehmen zu überlassen, zu bestimmen, wer im Innenverhältnis die Haftung übernimmt. Im Montrealer Übereinkommen¹¹ ist das erfolgreich so geregelt worden.¹²

3.1.5 Weitere Unklarheiten

Einige der zahlreichen weiteren Unzulänglichkeiten seien hier aus Platzgründen nur stichwortartig erwähnt: Wo muss der Fluggast zur Abfertigung erscheinen, am *Check-in*-Schalter oder gegebenenfalls auch nur am Flugsteig (*Gate*)? Wie verhält es sich mit dem Fluggast, der *online* eingekennigt wurde und kein Gepäck aufgeben muss? Wer ist

⁹ Ein Grund war die Einlassung der Luftfahrtunternehmen bei Anhörungen, sie selbst hätten das grösste Interesse an einem pünktlichen Abflug. Wenn es zu Verspätungen käme, läge das somit stets in der Verantwortung der Flugsicherungsunternehmen. Dass ein nicht unerheblicher Teil der Gründe für eine Verspätung die nicht rechtzeitige Beendigung der Abfertigung ist (die im Verantwortungsbereich der Luftfahrtunternehmen liegt und die eigentliche Ursache für den Entzug eines Slots für den Abflug durch das Flugsicherungsunternehmen ist), wurde übersehen.

¹⁰ EuGH 19.11.2009, Rs. C-402/07, Sturgeon / Condor (dazu hinten Ziff. 5.1.1).

¹¹ Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr, abgeschlossen in Montreal am 28. Mai 1999 (SR 0.748.411).

¹² Der Grund, das nicht zu tun, lag in der (naiv anmutenden) Vorstellung, dass nur das ausführende Luftfahrtunternehmen im Fall einer Nichtbeförderung wegen Überbuchung oder einer Annulierung den Fluggast idealerweise noch am Abfluggate eine Zahlung in bar vornehmen könnte.

anspruchsberechtigt, wenn ein Fluggast auf einem Flug Unannehmlichkeiten erleidet, den sein Arbeitgeber im Rahmen einer Dienstreise gebucht und bezahlt hat?

3.1.6 Fazit

Somit bleibt festzuhalten, dass wesentliche Situationen des Alltags im internationalen Luftverkehrsbetrieb nicht oder bestenfalls sehr vage abgebildet wurden. Das wurde der Kommission schon bei den Anhörungen vorgetragen, aber im Zuge der weiteren Bearbeitung der Verordnung nicht berücksichtigt, vielleicht, weil es das Regelwerk aus ihrer Sicht unnötig kompliziert gemacht hätte. Es mag aber auch andere Gründe gegeben haben.¹³

4. Zur Geltung der Fluggastrechte-Verordnung in der Schweiz (Hochstrasser)

Europäische Verordnungen sind in der Schweiz grundsätzlich nicht anwendbar. Es gibt aber Ausnahmen – eine betrifft die Fluggastrechte-Verordnung, in der Schweiz besser bekannt als Passagierrechts-Verordnung.

Die europäische Gemeinschaft (EG) und die schweizerische Eidgenossenschaft haben am 21. Juni 1999 ein Abkommen über den Luftverkehr¹⁴ abgeschlossen, als Teil von sieben sektorbezogenen (bilateralen) Abkommen. Das Luftverkehrsabkommen (LVA) ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Es hat zum Ziel, die Regeln für den Luftverkehr innerhalb von Europa zu harmonisieren.¹⁵ Die Schweiz hat mit dem Luftverkehrsabkommen einen bedeutenden Teil des *Acquis Communautaire* im Bereich der Luftfahrt übernommen. Für die Europäische Union (EU) war das Luftverkehrsabkommen das erste Abkommen, das ähnlich wie der Europäische Wirtschaftsraum (EWR), einen gegenseitigen, liberalisierten Marktzugang brachte, indem ein Drittstaat das europäische Sekundärrecht übernahm.¹⁶

Das Luftverkehrsabkommen enthält einen Anhang, der europäische Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse für die Schweiz anwendbar erklärt. Gemäss Art. 23 Abs. 4 LVA kann der Gemischte Ausschuss eine Änderung des Anhangs beschliessen. Insbesondere kann er weitere unionsrechtliche Erlasse für die Schweiz anwendbar erklären, damit die Regeln im Luftverkehr auch nach 1999 harmonisiert bleiben. Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 datiert vom 11. Februar 2004. Sie wurde mit Beschluss Nr. 1/2006 des Gemischten Ausschusses übernommen und für die Schweiz per 1. September 2006 in Kraft gesetzt.¹⁷

¹³ Denkbar wäre z. B. eine massive Einflussnahme von Lobbyisten.

¹⁴ Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68).

¹⁵ «[I]n Anbetracht der engen Verknüpfungen in der internationalen Zivilluftfahrt und vom Wunsche geleitet, die Vorschriften für den Luftverkehr innerhalb Europas einander anzugeleichen» (Präambel, 1. Absatz).

¹⁶ REGULA DFTTLING-OTT, 10 Jahre Luftverkehrsabkommen zwischen der EU und der Schweiz – eine Bilanz, ASDA/SVLR-Bulletin 2012, S. 6 ff., S. 7.

¹⁷ AS 2006 5987 ff., 5988; AbI. L 298 vom 27.10.2006, S. 23 ff.

Im Sinne der angestrebten Harmonisierung wäre wünschenswert, dass die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 (und das weitere von der Schweiz übernommene Sekundärrecht) in der EU und in der Schweiz möglichst einheitlich ausgelegt wird. Aus Sicht der EU sollte die Rechtsprechung des EuGH auch in der Schweiz gelten. Die Schweiz, die keine Richter an den EuGH entsenden kann, möchte sich jedoch nicht «fremden Richtern» unterwerfen. Das Luftverkehrsabkommen löst dieses Dilemma wie folgt: Gemäss Art. 1 Abs. 2 Satz 1 LVA ist die Schweiz verpflichtet, die Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen des EuGH und der EU-Kommission, die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind, zu übernehmen. Die nach der Unterzeichnung ergangenen Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen sind hingegen nur bindend, wenn sie der Schweiz übermittelt werden (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 LVA); dabei stellt der Gemischte Ausschuss auf Verlangen einer Vertragspartei die Folgen dieser Entscheide fest.

Wenn der EuGH nach Unterzeichnung des LVA ein Urteil fällt, dann bindet dieses die schweizerischen Gerichte also erst einmal nicht. Voraussetzung einer Bindung ist, dass die EU das betreffende Urteil der Schweiz übermittelt. Unverständlichweise hat die EU der Schweiz jedoch lange Zeit keine Urteile übermittelt.¹⁸ Soweit ersichtlich hat die EU erst 2016 begonnen, Urteile des EuGH zu übermitteln. Die übermittelten Urteile werden in der Schweiz allerdings nicht publiziert. Beim Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) können die Listen der übermittelten Urteile zwar auf Anfrage bezogen werden, doch sind diese Listen ausdrücklich als unverbindlich deklariert.¹⁹ Es stellt sich deshalb die Frage, wie ein schweizerisches Gericht herausfinden soll, ob ein Urteil des EuGH für seinen eigenen Entscheid verbindlich ist.

Auch wenn die Schweizer Gerichte nicht an die Rechtsprechung des EuGH gebunden sind, so können sie diese nicht einfach ignorieren. Dem Bezirksgericht Bülach stellte sich 2016 die Frage, ob es der Sturgeon-Rechtsprechung des EuGH folgen sollte (was es nicht tat; dazu hinten Ziff. 5.1.2). Das Bundesgericht musste sich in Bezug auf das Luftverkehrsabkommen noch nicht dazu äussern, wie mit einem nicht übermittelten Entscheid umzugehen ist. Beim Freizügigkeitsabkommen²⁰ stellte sich dem Bundesgericht diese Frage aber bereits mehrmals. Dort hielt es fest, das Ziel des Abkommens sei es, die Freizügigkeit auf der

¹⁸ Dies ist erstaunlich, weil es im Interesse der EU läge, für eine einheitliche Auslegung und Umsetzung der übernommenen Verordnungen und Richtlinien in der Schweiz zu sorgen (REGULA DETTLING-OTT, a.a.O., *op. cit.* in Fn. 16, S. 10).

¹⁹ «*The European Commission has communicated to Switzerland, under Article 1 Paragraph 2 of the Agreement between the European Union and Switzerland on air transport, lists of aviation-related rulings and decisions of the European Courts of Justice and the European Commission given after the date of signature of the Agreement. These lists can be obtained by e-mail from the Federal Office of Civil Aviation. They are available for information only. The lists do not bind the Swiss authorities nor do they have any legal effect.*» (<https://www.bazl.admin.ch/bazl/de/home/themen/rechtliche-grundlagen.html>), Seite besucht am 31.01.2023).

²⁰ Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681). Das FZA ist wie das LVA Teil der sieben sektorbezogenen Abkommen von 1999 (Bilaterale I).

Grundlage der in der EU geltenden Bestimmungen zu verwirklichen. Damit eine möglichst parallele Rechtslage bestehe, sei von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach der Unterzeichnung des Abkommens nur bei Vorliegen triftiger Gründe abzuweichen.²¹ So jedenfalls die Praxis der II. öffentlich-rechtlichen Kammer des Bundesgerichts, welche, soweit ersichtlich, noch nie triftige Gründe bejahte. Die sozialrechtliche Abteilung ist von der Rechtsprechung des EuGH auch schon abgewichen.²²

Interessant ist ein Vergleich der Schweiz mit anderen Staaten der Europäischen Freihandelszone (European Free Trade Association EFTA), etwa Norwegen. Norwegen ist Mitglied des gemeinsamen europäischen Luftverkehrsraums (European Common Aviation Area, ECAA). Das ECAA-Agreement vom 9. Juni 2006²³ sieht wie das bilaterale Luftverkehrsabkommen mit der Schweiz vor, dass die norwegischen Gerichte die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen bei der Auslegung der Verordnung zu berücksichtigen haben – die nach der Unterzeichnung ergangenen Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen hingegen nur, wenn sie Norwegen übermittelt worden sind (Art. 16 Abs. 1). Stellt sich einem norwegischen Gericht eine Frage zur Auslegung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004, so legt es diese Frage dem EuGH zur Entscheidung vor (Art. 16 Abs. 2). Damit besteht ein Unterschied zum Luftverkehrsabkommen mit der Schweiz. Mit diesem Vorabentscheidungsverfahren sind norwegische Gerichte (wie EU-Mitgliedstaaten²⁴) berechtigt und verpflichtet, eine Frage dem EuGH vorzulegen, wenn sie dies für den Erlass ihres Urteils für erforderlich halten. Dadurch wird die einheitliche Auslegung sichergestellt.

²¹ BGE 146 II 89 ff., E. 4.3; 142 II 35 ff., E. 3.1; BGE 136 II 5 ff., E. 3.4; leicht relativierend BGE 139 II 393 ff., E. 4.1.1.

²² Vgl. BGE 142 V 2 ff., E. 6.3.3; BGE 132 V 423 ff., E. 9.4; siehe zum Ganzen auch GLASER/BRUNNER, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung, Jusletter vom 18.4.2016, Rn. 19 f.

²³ Übereinkommen vom 9. Juni 2006 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, der Republik Albanien, Bosnien und Herzegowina, der Republik Bulgarien, der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien, der Republik Island, der Republik Kroatien, der Republik Montenegro, dem Königreich Norwegen, Rumänien, der Republik Serbien und der Übergangsverwaltung der Vereinten Nationen in Kosovo zur Schaffung eines gemeinsamen europäischen Luftverkehrsraums (ABL. L 285 vom 16.10.2006, S. 1 ff.). Das Übereinkommen trat nach Genehmigung des Rates am 9. Oktober 2017 in Kraft (Beschluss [EU] 2018/145 des Rates vom 9.10.2017, ABL. L 26 vom 31.1.2018, S. 1 ff.).

²⁴ Vgl. Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

5. Die richterliche Entwicklung der Verordnung

5.1 Die «grosse Verspätung»

5.1.1 Die Rechtsprechung des EuGH (Schmid)

Art. 6 VO regelt seinem Wortlaut nach nur, dass im Falle einer Verspätung eines Fluges das ausführende Luftfahrtunternehmen dem Fluggäst zwar Betreuungs- und Unterstützungsleistungen gewähren, aber keine Ausgleichsleistung zahlen muss. Dem Rechtsstreit Sturgeon gegen Condor,²⁵ der das grundlegend änderte, lag folgender Sachverhalt zugrunde: Das Flugzeug der Kläger startete wegen eines technischen Problems mit einer Verspätung von mehr als 25 Stunden in Toronto und landete mit entsprechender Verspätung in Frankfurt a.M. Als Klägervertreter argumentierte ich, dass ein erheblich verspäteter Flug ab irgendetinem Zeitpunkt faktisch einer Annulierung des geplanten Fluges gleichkomme und daher den Klägern eine Ausgleichsleistung zustehe.

Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) bat den EuGH um Vorabentscheidung. Das dort als Rs. C-402/07 – Sturgeon gegen Condor geführte Verfahren wurde mit der Rs. C-432/07 – Böck und Lepuschitz gegen Air France verbunden. Am 19. November 2009 entschied der Gerichtshof,²⁶ dass – entgegen dem Wortlaut der Verordnung – Fluggästen in analoger Anwendung des Art. 7 Abs. 1 VO auch bei einer «grossen Verspätung»²⁷ Ausgleichsleistungen zustehen. Die Regelungen der Art. 4–6 VO verstossen nach Ansicht des Gerichtshofes gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, da Fluggäste bei einer Flugverspätung die gleichen Unannehmlichkeiten erleiden müssten wie bei einer Flugannulierung oder einer Nichtbeförderung. Dieses Urteil ist in der Literatur auf heftige Kritik gestossen; dem EuGH wurde unter anderem «unzulässige Rechtsfortbildung» vorgehalten.²⁸ Doch das Urteil wurde auch von der grossen Kammer des Gerichtshofes bestätigt.²⁹

5.1.2 Die Sturgeon-Rechtsprechung in der Schweiz (Hochstrasser)

Das Bezirksgericht (BG) Bülach hatte sich 2016 mit der Frage zu befassen, ob die Sturgeon-Rechtsprechung des EuGH auch in der Schweiz gilt.³⁰ Dem Einzelrichter lag folgender Sachverhalt zur Beurteilung vor: Ein Flug von Malé (Malediven) nach Zürich kam wegen eines Lecks

²⁵ Die Klage wurde vom Autor Schmid am 7.10.2005 beim AG Rüsselsheim erhoben.

²⁶ NJW 2010, 43 = RRa 2009, 262.

²⁷ Eine grosse Verspätung im Sinne der Verordnung ist nach Ansicht des EuGH eine Ankunftsverspätung von mehr als drei Stunden.

²⁸ Nachweise bei HOPPERDITZEL, in: Ronald Schmid (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar (25. Edition 2023) Art. 6 Rn. 40 ff.

²⁹ EuGH Urteil vom 23. Oktober 2012, Rs. C-581/10, Nelson J. Lufthansa und C-629/10, TUI / CAA, Rn. 51 ff.; RRa 2012, 272.

³⁰ Geschäft Nr. FV150044-C, publiziert in ASDA/SVLR-Bulletin 2016, S. 52 ff. mit Anmerkungen von HEINRICH HEMPEL.

in der Treibstoffzufuhr mit einer Verspätung von über 14 Stunden am Bestimmungsort an. Die Klägerin berief sich auf die Sturgeon-Rechtsprechung des EuGH und verlangte vom Luftfahrtunternehmen eine Ausgleichszahlung nach Art. 7 VO.

Das BG Bülach stellte einleitend fest, dass das Sturgeon-Urteil nach der Unterzeichnung des Luftverkehrsabkommens ergangen und der Schweiz nicht übermittelt worden war. Gestützt auf Art. 1 Abs. 2 LVA war es für das Gericht nicht bindend. Das Bezirksgericht legte die Verordnung daher selber aus.

Das BG Bülach erwog, massgebend sei in erster Linie der Wortlaut der Verordnung. Dieser sei grundsätzlich klar: Art. 6, der die Verspätung regelt, verweise für die Ansprüche der Passagiere auf die Art. 8 und 9, welche sich mit der Erstattung bzw. der anderweitigen Beförderung und den Betreuungsleistungen befassten – nicht aber auf Art. 7 zum finanziellen Ausgleich. Die Systematik spreche ebenfalls gegen einen Ausgleichsanspruch: Die Verordnung unterscheide klar zwischen Annulierung (Art. 5) und Verspätung (Art. 6) und sehe für diese beiden Fälle unterschiedliche Rechtsfolgen vor. Ebenso werde in den Erwägungsgründen 12 und 17 der Verordnung klar zwischen den Ansprüchen im Falle einer Annulierung und solchen im Falle einer Verspätung unterschieden. Ein Blick in die Entstehungsgeschichte zeige sodann, dass der Verordnungsgeber bewusst darauf verzichtet habe, den Passagieren im Falle einer Verspätung des Fluges eine pauschale Entschädigung zuzusprechen. Das BG Bülach verwies auf die Begründung der EU-Kommission zu ihrem Vorschlag, welche zwar anerkannt habe, dass Fluggäste bei Verspätungen vergleichbaren Unannehmlichkeiten und Einschränkungen ausgesetzt seien wie im Falle einer Annulierung, jedoch einen Unterschied darin gesehen habe, dass Luftfahrt- und Reiseunternehmen für Nichtbeförderung und Annulierungen verantwortlich seien, aber nicht immer für Verspätungen.³¹ Luftfahrt- und Reiseunternehmen sollten daher nach Ansicht der Kommission nicht verpflichtet werden, Fluggäste bei Verspätungen pauschal zu entschädigen.

Dementsprechend erwog das BG Bülach, die grammatischen, systematischen und historischen Auslegungen führen zum Schluss, dass den Passagieren gemäss der Verordnung im Falle einer Verspätung nur ein Anspruch auf Betreuungsleistungen sowie allenfalls auf Erstattung oder anderweitige Beförderung, nicht aber ein pauschaler Ausgleichsanspruch zustehe. Die vom EuGH in der Sache Sturgeon angeführten teleologischen Argumente – insbesondere, dass die Situation von Fluggästen verspäteter Flüge mit jener von Fluggästen annullierter Flüge vergleichbar sei – vermöchten an diesem klaren Auslegungsergebnis

³¹ Wörtlich: «Obwohl Fluggäste bei Verspätungen vergleichbaren Unannehmlichkeiten und Einschränkungen ausgesetzt sind wie in den Fällen von Nichtbeförderung oder Flugannullierung, besteht ein Unterschied darin, dass Luftfahrt- und Reiseunternehmen für Nichtbeförderung und Annulierungen verantwortlich sind (es sei denn, sie hätten die Gründe hierfür nicht selbst zu vertreten), jedoch nicht immer für Verspätungen. Andere häufige Ursachen sind im Flugverkehrsmanagement und in begrenzten Flughafenkapazitäten begründet.» (ABl. C 130 E vom 30.4.2002, S. 225 ff., Rn. 23).

nichts zu ändern. Es handle sich um einen bewussten Entscheid des Verordnungsgebers. Für eine richterliche Lückenfüllung bleibe kein Raum. Das BG Bülach wies deshalb³² die Klage ab.

Das Urteil des BG Bülach überzeugt mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung und das Legalitätsprinzip. Aus den Materialien geht klar hervor, dass der Verordnungsgeber die Tatbestände der Verspätung und der Annulierung ungleich behandeln wollte. Das mag man begrüßen oder bedauern, aber es war der erklärte Wille des Verordnungsgebers. Wenn der EuGH davon abweicht, dann schwingt er sich zum Gesetzgeber auf, und das erscheint problematisch.³³ Anderseits läuft das Urteil der beabsichtigten Harmonisierung der luftrechtlichen Vorschriften zuwider. Es fällt auch auf, dass das BG Bülach – anders als es das Bundesgericht zu tun pflegt³⁴ – nicht prüfte, ob triftige Gründe vorliegen, die ein Abweichen von der Rechtsprechung des EuGH rechtfertigten.

Rückendeckung erhielt das BG Bülach kurze Zeit später vom deutschen Amtsgericht Nürtingen, das in einem Urteil vom 23. Juni 2016 bei einem Flug von Kapstadt nach Zürich ausführte, die Sturgeon-Rechtsprechung gehe weit über den Wortlaut der Verordnung hinaus und widerspreche dem seinerzeitigen Willen des Verordnungsgebers.³⁵ Die Rechtsprechung des EuGH könnte daher auf einen Flug von einem aussereuropäischen Land in die Schweiz keine Anwendung finden. «Alles andere», so das AG Nürtingen, «würde einen Eingriff in die staatliche Souveränität der schweizerischen Eidgenossenschaft bedeuten.»³⁶

³² Zur Abweisung führte zudem ein zweiter Grund prozessualer Art, der für das Luftrecht weniger interessiert: Als Kläger trat im Gerichtsverfahren nicht die betroffene Passagierin auf, sondern ihr Anwalt, der sich den Ausgleichsanspruch hatte abtreten lassen. Er trat sowohl unter dem Namen «Rechtsanwalt X» als auch unter dem Kanzleinamen «X Rechtsanwälte» und «Rechtsanwaltkanzlei X Rechtsanwälte» auf. Dem Kläger gelang es nicht, nachzuweisen, dass diese Personen identisch waren und er zur Klage legitimiert war. Weiter hatte der Kläger nach Ansicht des Gerichts nicht nachgewiesen, dass ein allfälliger Prozessgewinn seiner Klientin zugekommen wäre; das Gericht sah darin ein unzulässiges Erfolgshonorar, welches die Abtretung nichtig mache. Schliesslich hatte der Kläger argumentiert, die Abtretung sei einzig deshalb vorgenommen worden, damit die Passagierin nicht persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen müsste. Da die Parteien jedoch gemäss Art. 204 Abs. 1 ZPO verpflichtet sind, persönlich zur Schlichtungsverhandlung zu erscheinen, wertete das Gericht die Abtretung als unzulässige Gesetzesumgehung (E. 3.2.1–4.1).

Offen lässt das Bezirksgericht Bülach demgegenüber die weitere und brisante Frage, ob die Verordnung im Anwendungsbereich des LVA nur auf Flüge zwischen der Schweiz und der EU oder auch auf Flüge zwischen der Schweiz und Drittstaaten anwendbar sei (E. 2.1.4; vgl. hierzu Hochstrasser, *Vom Umgang der Schweizer Gerichte mit der Verordnung (EG) Nr. 261/2004*, RRA 2017, S. 58 ff., 61 f.).

³³ Anmerkung SCHMID: Der EuGH hat seine Kompetenzen nicht überschritten. Er hat nur für Klarheit gesorgt, wo der Gesetzgeber dies bei Erlass der Verordnung versäumt und die Fehler auch nach dem Inkrafttreten nicht behoben hatte (dazu hinten Ziff. 5.3).

³⁴ Dazu vorne Ziff. 4.

³⁵ Vereinzelte Gerichte von EU-Mitgliedstaaten haben die Sturgeon-Rechtsprechung auch in Fällen ohne Schweizer Bezug abgelehnt: vgl. z. B. den Entscheid des Tribunal de Commerce de Bobigny vom 9.12.2014, der dann jedoch mit Urteil vom 15.6.2016 von der Cour de Cassation annulliert wurde (Revue Française de Droit Aérien et Spatial, 2016, S. 231 ff.).

³⁶ AG Nürtingen, Urteil vom 23. Juni 2016, Rs. 12 C 386/16.

Im Rahmen der laufenden, jedoch ins Stocken geratenen, Revision der Verordnung ist geplant, die Sturgeon-Rechtsprechung in die Verordnung zu überführen.³⁷ Wenn die Ausgleichszahlung im Fall einer grossen Verspätung künftig in der Verordnung festgeschrieben ist und die neue Verordnung vom Gemischten Ausschuss für die Schweiz anwendbar erklärt wird, werden die schweizerischen Gerichte daran gebunden sein.³⁸

Bereits unter der aktuellen Verordnung sollte das Sturgeon-Urteil (und weitere Entscheide) inzwischen verbindlich sein. Im Zeitpunkt des Bülacher Urteils hatte die EU es der Schweiz noch nicht übermittelt. Dies geschah kurz Zeit später, vermutlich³⁹ im Sommer 2016. Das BG Bülach stellte mit Blick auf eine allfällige (damals eben noch nicht erfolgte) Übermittlung die Frage, ob eine derart tiefgreifende Änderung wie im Fall Sturgeon, die faktisch eine Gesetzesänderung darstelle, im Verfahren nach Art. 23 Abs. 3 und Abs. 4 LVA vom Gemischten Ausschuss beschlossen werden könne oder ob nicht eher das Luftverkehrsabkommen geändert werden müsse.⁴⁰ Letzteres ginge wohl zu weit; wenn der Gemischte Ausschuss die Kompetenz hat, den Anhang zu ändern (Art. 23 Abs. 4 LVA) und zusätzliche Verordnungen für die Schweiz anwendbar zu erklären – sozusagen für die Schweiz Recht zu setzen –, sollte er auch ein über den Wortlaut des Sekundärrechts hinausgehendes Urteil des EuGH für die Schweiz verbindlich erklären können. Für Schweizer Gerichte ist es allerdings schwierig, die Entscheide anzuwenden, wenn sie von deren Übermittlung mangels Publikation⁴¹ keine Kenntnis haben.

³⁷ Vgl. den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annulierung oder grosser Verspätung von Flügen und der Verordnung (EG) Nr. 2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei der Beförderung von Fluggästen und deren Gepäck im Luftverkehr (COM (2013) 130 final) und den Bericht des Europäischen Parlaments vom 22.1.2014 A/-0020/2014.

³⁸ Der Bundesrat hat mit Verweis auf die laufende Revision eine Motion von Nationalrat Hans-Ulrich Bigler, welche verlangte, die rechtlichen Grundlagen so anzupassen, dass alle Passagiere, welche in die Schweiz und/oder aus der Schweiz fliegen, die gleichen Fluggastrechte haben wie in der Europäischen Union (dabei hatte er insbesondere die Anwendung der Verordnung auf Flüge zwischen der Schweiz und Drittstaaten sowie die Ausgleichszahlung im Fall einer grossen Verspätung im Auge), am 29. August 2018 zur Ablehnung empfohlen. Am 28. September 2018 lehnte der Nationalrat die Motion ab.

³⁹ Vgl. die Liste Nr. 2 S. 5 f. des BAZL; das genaue Datum ist aus der Liste nicht ersichtlich.

⁴⁰ Urteil vom 2.2.2016 (vollständig zitiert vorne in Fn. 30), E. 4.2.14.

⁴¹ Zur Übermittlung der Urteile siehe vorne Ziff. 4.

5.2 Technische Probleme

5.2.1 Die Rechtsprechung des EuGH (Hochstrasser)

Nach Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 ist ein Luftfahrtunternehmen nicht verpflichtet, Ausgleichszahlungen gemäss Artikel 7 zu leisten, wenn es nachweisen kann, dass die Annulierung auf aussergewöhnliche Umstände zurückzuführen ist, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Massnahmen ergriffen worden wären.

Ein Umstand, der in der Praxis immer wieder zur Annulierung oder Verspätung⁴² von Flügen führt, sind technische Probleme. Es stellt sich die Frage, ob sich ein Luftfahrtunternehmen beim Auftreten technischer Probleme auf den Entlastungsgrund von Art. 5 Abs. 3 VO berufen kann. Dieser hat drei Tatbestandsvoraussetzungen: das Luftfahrtunternehmen muss nachweisen, dass (i) ein aussergewöhnlicher Umstand vorliegt, (ii) die Annulierung oder grosse Verspätung auf einen solchen zurückgeht und (iii) es alle zumutbaren Massnahmen zur Vermeidung der Folgen der Annulierung bzw. grossen Verspätung ergriffen hat.

Im Folgenden konzentriere ich mich auf die erste Voraussetzung. Die «aussergewöhnlichen Umstände» sind ein unbestimmter Rechtsbegriff, der von den Gerichten zu konkretisieren ist. Das hat der EuGH in einer Vielzahl von Entscheiden getan und dem Begriff eine klare – freilich sehr strenge – Kontur gegeben.

Die Verordnung lässt offen, was genau unter einem «aussergewöhnlichen Umstand» zu verstehen ist. Der Begriff der «aussergewöhnlichen Umstände» ist weder in Art. 2 noch andernorts in der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 definiert. Immerhin enthält Erwägungsgrund 14 eine nicht abschliessende Liste: Solche Umstände «können insbesondere bei politischer Instabilität, mit der Durchführung des betreffenden Fluges nicht zu vereinbarenden Wetterbedingungen, Sicherheitsrisiken, unerwarteten Flugsicherheitsmängeln und den Betrieb eines ausführenden Luftfahrtunternehmens beeinträchtigenden Streiks» gegeben sein.

Im Leitentscheid Wallentin-Herrmann/Alitalia⁴³ buchte die Klägerin für sich, ihren Ehemann und ihre Tochter bei Alitalia drei Plätze für einen Flug von Wien über Rom nach Brindisi (Italien). Fünf Minuten vor dem geplanten Abflug in Wien wurde den Passagieren mitgeteilt, dass ihr Flug annuliert sei. Die Klägerin und ihre Familie wurden auf einen andren Flug umgebucht, verpassten ihren Anschlussflug in Rom und errichten Brindisi mit einer Verspätung von drei Stunden und

⁴² Nach dem Wortlaut der Verordnung ist ein Ausgleichsanspruch nur bei der Annulierung vorgesehen (vgl. Art. 5 und 6), Art. 5 Abs. 3 bezieht sich demzufolge nur auf die Annulierung. Der EuGH hat im Sturgeon-Urteil den Anwendungsbereich des Ausgleichsanspruch auf die grosse Verspätung ausgedehnt (vorne Ziff. 5.1.1), dabei aber konsequenterweise dem Luftfahrtunternehmen auch erlaubt, sich auf Art. 5 Abs. 3 der Verordnung zu berufen (Urteil Sturgeon, Rn. 70-72).

⁴³ EuGH, Urteil vom 22. Dezember 2008, C-549/07, Friederike Wallentin-Herrmann / Alitalia.

40 Minuten. Grund für die Annullierung war ein komplexes Motor-gebrechen in der Turbine.

Der EuGH hielt einleitend fest, dass die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 ein hohes Schutzniveau für Fluggäste sicherstellen solle. Ausnahmen vom beabsichtigten Verbraucherschutz, und damit auch von Art. 5 Abs. 3 der Verordnung, seien eng auszulegen. Der 14. Erwägungsgrund zähle mögliche Umstände auf, darunter unerwartete Flugsicherheitsmängel. Die Aufzählung habe jedoch nur Hinweischarakter. Nicht alle Umstände, die mit solchen Vorkommnissen einhergehen, stellten unbedingte Gründe für eine Befreiung dar. Technische Probleme könnten nur dann als aussergewöhnlich qualifiziert werden, wenn sie ein Vorkommnis beträfen, das nicht Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit des betroffenen Luftfahrtunternehmens sei und aufgrund seiner Natur oder Ursache von ihm tatsächlich nicht zu beherrschen sei. Folglich könnten technische Probleme, die sich bei der Wartung von Flugzeugen zeigten oder infolge einer unterbliebenen Wartung auftraten, keine aussergewöhnlichen Umstände im Sinn von Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 darstellen. Nur ganz ausnahmsweise seien technische Probleme nicht mehr Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit eines Luftfahrtunternehmens, etwa bei versteckten Fabrikationsfehlern⁴⁴, Sabotageakten oder terroristischen Handlungen.

Der EuGH und die mitgliedstaatlichen Gerichte hatten in zahlreichen Fällen Gelegenheit, diese Praxis zu verfeinern. Nicht als aussergewöhnliche Umstände anerkannt wurden zum Beispiel: ein plötzlicher Austritt von Hydrauliköl an der Verschlusskappe des Fahrwerks, ein schadhafter Dichtungsring an der Tanköffnung, ein Defekt in der Kerosinzufuhr zu einem Triebwerk, ein Defekt des bordseitigen Wetterradars, ein Fehler der Höhenrudersteuerung, ein Defekt der Höhenruderanzeige, ein Schaden am Stabilisator, ein Ausfall der Servolenkung am Steuerruder, ein geplatzter Hydraulikschlauch, ein sich nicht schliessender Fahrwerkschacht, ein Defekt einer Warnleuchte, eine Anzeige eines Ventildefekts durch den Bordcomputer, eine Fehlanzeige eines Geschwindigkeitsanzeigers, eine Beschädigung eines Cockpitfensterns etc.⁴⁵

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die Ausnahme von Art. 5 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 vom EuGH – und, ihm folgend, den mitgliedstaatlichen Gerichten – sehr eng ausgelegt wird. Technische Probleme lassen sich nur in den seltensten Fällen als aussergewöhnliche Umstände qualifizieren. Praktisch ist eine Entlastung unmöglich, sofern nicht ein die ganze Flotte betreffender Fabrikationsfehler oder ein terroristischer Akt vorliegt.

⁴⁴ Wie der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) später präzisierte, liegt ein Fabrikationsfehler nur dann ausserhalb des Rahmens der normalen Betriebstätigkeit des Luftverkehrsunternehmens, wenn nicht bloss ein einzelnes Flugzeug, sondern die ganze oder ein wesentlicher Teil der Flotte des Luftfahrtunternehmens betroffen ist (BGH 21.8.2012 – X ZR 138/11, NJW 2013, 374 Rn. 16 = RRa 2012, 288 ff., 290).

⁴⁵ Vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei RONALD SCHMID, in: Ronald Schmid (Hrsg.), *Fluggastrechte-Verordnung, Beck-scher Online Kommentar* (25. Edition Stand 1.1.2023), Art. 5 Rn. 73b ff.

Diese Entwicklung ist nicht zwingend, aber konsequent, wenn der EuGH sich am Ziel eines hohen Verbraucherschutzes orientiert. Im Ergebnis tragen die Luftfahrtunternehmen damit das Risiko für sämtliche irgendwie gearteten technischen Probleme – auch für solche, die sie tatsächlich nicht beherrschen können. Die Luftfahrtunternehmen werden dieses Risiko auf den Flugpreis überwälzen (müssen); jeder Passagier zahlt etwas mehr, kommt dafür beim Auftreten eines technischen Problems in den Genuss einer Ausgleichszahlung. Im Grunde liegt damit eine Zwangsversicherung vor. Liberal denkend mag man sich fragen, ob das nötig ist oder ob es nicht besser wäre, wenn der Passagier bei der Buchung wählen könnte, ob er diese «Versicherung» gegen einen Aufpreis abschliessen oder darauf verzichten will. Letztlich ist das eine politische Frage und man wird damit leben können. Weniger gut wäre allerdings, wenn die drohende Pflicht, eine Ausgleichszahlung leisten zu müssen, die Luftfahrtunternehmen dazu bewegen würde, einen Flug im Zweifel durchzuführen, wenn das technische Problem nicht nachgerade zum Absturz führt. Bei einem Langstreckenflug mit 200 Passagieren droht eine Zahlung von 120'000 EUR (200 Passagiere à 600 EUR), da wären solche Überlegungen – aus ökonomischer Sicht – nicht abwegig. Würde die drohende Zahlung tatsächlich zu solchen Überlegungen führen, wären das falsche Anreize, die der Sicherheit nicht zuträglich wären.

5.2.2 Die Rechtsprechung in der Schweiz (Hochstrasser)

Man mag sich auch hier fragen, wie ein schweizerisches Gericht entscheiden würde. Die Urteile des EuGH waren der Schweiz – zumindest bis vor Kurzem⁴⁶ – nicht übermittelt worden, sodass unklar war, ob die Schweizer Gerichte der strengen Praxis des EuGH folgen würden.

Es sind kaum schweizerische Entscheide hierzu bekannt. Soweit ersichtlich hat sich nur der Einzelrichter am BG Bülach im bereits erwähnten Urteil damit befasst. Er tat dies in einem *obiter dictum*, denn wie ausgeführt, war er anders als der EuGH zum Schluss gekommen, dass den Passagieren im Fall einer grossen Verspätung keine Ausgleichszahlung nach Art. 7 VO zusteht. Hatten die Passagiere schon von vornherein keinen Anspruch, musste das BG Bülach auch nicht mehr prüfen, ob das Leck in der Treibstoffzufuhr, das zur Verspätung geführt hatte, ein aussergewöhnlicher Umstand war, der zur Entlastung führte.

Dennoch erwog das BG Bülach in seinem *obiter dictum*, das beklagte Luftfahrtunternehmen habe «durchaus gute Gründe» dafür vorgebracht, dass es sich um einen aussergewöhnlichen Umstand handle.⁴⁷

Diese Erwägung steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH. Auch wenn man die Linie des EuGH zu streng findet, fällt es schwer, der Erwägung zuzustimmen. Denn anders als im Sturgeon-Urteil hat der EuGH im Fall Wallentin-Hermann/Alitalia nichts in die Verordnung hineingelesen, was nicht schon drin gewesen wäre. Er hat nur dem unbestimmten Rechtsbegriff der «aussergewöhnlichen Umstände» eine

⁴⁶ Dazu vorne Ziff. 4.

⁴⁷ Urteil vom 2.2.2016 (vollständig zitiert vorne in Fn. 30), E. 4.2.15.

Kontur verliehen – streng und zum Vorteil der Passagiere –, er hat sich aber nicht zum Gesetzgeber aufgeschwungen und etwas gemacht, was der Gesetzgeber nicht gewollt hatte. Das BG Bülach wäre daher ohne triftige Gründe von der Rechtsprechung des EuGH abgewichen, was der angestrebten Harmonisierung der Rechtsvorschriften im Rahmen des Luftverkehrsabkommens widersprochen hätte.

Heute müsste ein Schweizer Gericht die übermittelten Urteile bei seinem Entscheid berücksichtigen. Es könnte sich der strengen Praxis des EuGH daher kaum mehr entziehen.

5.2.3 Die Flugvorverlegung (Hochstrasser)

Eine weitere richterrechtliche Entwicklung betrifft die Flugvorverlegung.

Dem Leitentscheid des Gerichtshofes i.S. Airhelp Limited gegen Laudamotion GmbH vom 21. Dezember 2021⁴⁸ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Zwei Passagiere buchten einen Flug bei Laudamotion von Palma de Mallorca nach Wien. Der für 14.40 Uhr vorgesehene Flug wurde um mehr als sechs Stunden auf 08.25 Uhr vorverlegt. Airhelp, der die Passagiere ihre Ausgleichsansprüche abgetreten hatten, verlangte eine Ausgleichszahlung nach Art. 7 der Verordnung von je 250 EUR. Das BG Schwechat legte dem EuGH unter anderem die Frage vor, ob eine Vorverlegung um mehrere Stunden eine Annulierung darstelle, die zu einer Ausgleichszahlung berechtige.

Der EuGH erwog, dass die Verordnung zwar nicht regle, wie die Vorverlegung eines Fluges zu behandeln sei. Jedoch nehme sie in Art. 5 Abs. 1 lit. c) Ziff. ii und iii im Zusammenhang mit der anderweitigen Beförderung bei einer Annulierung auf Fälle der Vorverlegung Bezug. Der Unionsgesetzgeber habe damit anerkannt, dass eine erhebliche Vorverlegung eines Fluges in gleicher Weise wie dessen Verspätung zu schwerwiegenden Unannehmlichkeiten für die Flugpassagiere führen könne. Das Hauptziel der Verordnung bestehe darin, ein hohes Schutzniveau für Fluggäste sicherzustellen. Demnach sei auch eine erhebliche Vorverlegung des Flugs als Annulierung anzusehen.

Damit stellte sich die Frage, ab wann eine Vorverlegung des Fluges «erheblich» ist. Der EuGH nahm Bezug auf den Fall *Sturgeon*⁴⁹, in welchem er zum Schluss gekommen war, dass eine Ankunftsverspätung von drei oder mehr Stunden einen Ausgleichsanspruch begründet. Eine Vorverlegung unterscheide sich jedoch von einer Verspätung, weil die Passagiere tätig werden müssten, damit sie das Flugzeug trotz der Vorverlegung erreichen. Deshalb sei bereits eine Vorverlegung von mehr als einer Stunde erheblich.

⁴⁸ EuGH, Urteil vom 21.12.2021, Rs. C-263/20, Airhelp Limited /v. Laudamotion GmbH. Gleichentags befasste sich der EuGH auch in den verbundenen Rechts-sachen C-146/20 (AD, BE und CF /v. Corendon Airlines), C-188/20 (JG, LH, MI und NJ /v. OP als Liquidatorin der Azurair GmbH sowie Streichhelferin alltours flugreisen GmbH), C-196/20 (Eurowings GmbH /v. flightright GmbH) und C-270/20 (AC, MG und HG /v. Austrian Airlines AG) mit der Flugvorverlegung.

⁴⁹ Dazu vorne Ziff. 5.1.1.

Damit hat der EuGH die Haftung der Luftfahrtunternehmen auch auf die Flugvorverlegung ausgedehnt. Was ist davon zu halten? Man kann sich fragen, ob der EuGH kompetent war, die Haftung so auszudehnen. Anders als bei den technischen Problemen hat der EuGH nicht blass einem unbestimmten Rechtsbegriff Konturen verliehen; er hat etwas Neues in die Verordnung hineingelesen. Im Unterschied zum Fall Sturgeon tat er dies aber nicht gegen einen bewussten Entscheid des Unionsgesetzgebers. Vielmehr hat der Gesetzgeber nicht an die Flugvorverlegung gedacht, weshalb eine Lücke vorlag, die der EuGH nun geschlossen hat.

Eine Stunde als Grenze für die Annahme der Erheblichkeit ist knapp. Zwar ist nicht unrichtig, dass eine Vorverlegung für die Passagiere unangenehmer sein kann, weil sie ihr Programm umstellen müssen, um rechtzeitig am Flughafen zu sein, als eine Verspätung, bei der sie schon dort sind und «bloss» warten müssen. Dennoch hätte es näher gelegen, die Grenze zur Erheblichkeit – spiegelbildlich zur Ankunftsverspätung – bei drei Stunden anzusetzen. In der Praxis dürfte der Entscheid vor allem die Bedarfsfluggesellschaften betreffen, bei Linienflügen ist die Vorverlegung eher die Ausnahme.

Wie hätte das BG Bülach entschieden? Mit der gleichen Argumentation wie im Fall der Ankunftsverspätung ist zu vermuten, dass das Gericht keine Ausgleichszahlung zugesprochen und den Ball dem Gesetzgeber zugespielt hätte.

5.3 Hat der Gerichtshof seine Kompetenzen überschritten? (Schmid)

Es war daher nur eine Frage der Zeit, bis über die vielen offenen Rechtsfragen zunächst in den Verfahren bei den mitgliedstaatlichen Gerichten (vornehmlich im deutschen Sprachraum) heftig gestritten wurde, und die Streitfragen dann dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt wurden. Der EuGH musste (und muss) immer eine Antwort finden; er versuchte das unter Anwendung der (europäischen!) Auslegungsregeln, wobei das Ziel des jeweiligen Regelwerkes ein grosses Gewicht hat. Und dieses Ziel heisst im Rahmen der VO (EG) Nr. 261/2004: Stärkung des 2004 schon bestehenden Schutzstandards für Fluggäste, aber auch eine Ausdehnung desselben (siehe Erwägungsgründe 2, 4 und 6).

Wenn dem Gerichtshof dabei vorgeworfen wird, er spiele sich zu oft zum Ersatzgesetzgeber auf, so ist das im Lichte des Vorstehenden einigermassen erstaunlich, vor allem aber neben der Sache. Denn der Gesetzgeber hatte es in der Hand, seine Vorstellungen so klar zu formulieren, dass wenig bis kein Auslegungsspielraum besteht. Die Kritiker des Gerichtshofes schlagen also den Sack, statt den Esel. Waren die Rechtsfragen, die in den zahlreichen Vorlagebeschlüssen formuliert werden mussten, schon vor 2004 im Verordnungstext sauber geregelt worden, hätte der Gerichtshof nicht so oft für Klarheit sorgen müssen (und können!).

Der Unionsgesetzgeber hat aber selbst nach Inkrafttreten der Verordnung zehn Jahre lang die nach und nach sichtbar gewordenen Unzulänglichkeiten nicht nachgebessert. Erst 2013 hat die Kommission (auf Druck des Rates der Verkehrsminister) einen Entwurf einer Verordnung

zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004⁵⁰ vorgelegt. Wer aber erwartet hatte, dass darin (wenigstens auch) die zu erwarteten Nachbesserungen enthalten gewesen wären, wurde enttäuscht: Die Anpassungen hatten im wesentlichen Kern nur das Ziel, den bestehenden (gewollt hohen) Verbraucherschutz zugunsten der Luftfahrtindustrie abzubauen. Das aber hat das Europäische Parlament damals nicht mitgemacht.

Danach verfiel die Reform der Fluggastrechte-Verordnung in einen Dornröschenschlaf, der schon fast zehn Jahre dauert. Doch Vorsicht ist in doppelter Hinsicht geboten: Zum einen muss in der Wirklichkeit – anders als im Märchen – der Prinz nicht erst nach 100 Jahren auftauchen. Und zum anderen muss nicht jeder Prinz zwingend in guter Absicht kommen. Vielleicht kommt demnächst einer mit dem alten Entwurf als Geschenk, garniert mit einem Entwurf für eine Regelung zur Flugpreisabsicherung? Wachsamkeit ist geboten, denn man kann schon ein Rascheln im Dornengestrüpp hören.⁵¹

6. Ausblick

6.1 Einschätzung (Schmid)

Trotz der zahlreichen (nicht abschliessend) aufgezeigten Unzulänglichkeiten und Mängel hat die Fluggastrechte-Verordnung zu einer Stärkung der Rechte der Fluggäste geführt. Das liegt nicht nur, aber auch an den vom Gerichtshof in zahlreichen Entscheidungen geschaffenen Klarstellungen und Präzisierungen.

Das schliesst Änderungen an der Verordnung durch den europäischen Gesetzgeber nicht grundsätzlich aus. Meines Erachtens sind aber zunächst Nachbesserungen geboten. Dabei sollte die gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofes im Verordnungstext ihren Niederschlag finden. Denn es ist nicht akzeptabel, dass ein Verbraucher die Verordnung nicht aus sich heraus (richtig) verstehen kann, sondern allenfalls erst dann, wenn er die Urteile und Beschlüsse des EuGH ergänzend liest.

Soweit Ergänzungen und Erweiterungen vorgenommen werden (z. B. im Hinblick auf die – dringend notwendige – Absicherung der Flugscheinpreise) dürfen diese aber nicht von der Absicht getragen sein, die bestehenden Rechte, und damit den erreichten hohen Schutzstandard, wieder abzubauen. Das würde den klaren Zweck der Verordnung⁵² *ad absurdum* führen.

⁵⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annulierung oder grosser Verspätung von Flügen und der Verordnung (EG) Nr. 2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei der Beförderung von Fluggästen und deren Gepäck im Luftverkehr, COM [2013] 130 final ([https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2013\)130&lang=de](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2013)130&lang=de), Seite besucht am 31.01.2023).

⁵¹ Im Arbeitsprogramm der Kommission für 2023 wird der Änderungsvorschlag noch unter «*priority pending proposals*» geführt.

⁵² Siehe Erwägungsgrund 4: «Erhöhung des Schutzstandards, um die Fluggasrechte zu stärken».

Für einen Abbau der bestehenden Rechte besteht zudem auch kein berechtigtes Interesse der Luftfahrtunternehmen. Zum einen ist mir nicht bekannt, dass der Grund für den Marktaustritt der Luftfahrtunternehmen, die in den letzten Jahren insolvent wurden, in der wirtschaftlichen Belastung durch die Fluggastrechte lag. Zum anderen darf nicht verdrängt werden, dass die Luftfahrtunternehmen es weitgehend in der Hand haben, ob Fluggäste nicht befördert bzw. Flüge annulliert oder verspätet durchgeführt werden.⁵³ Wo sie es aber nicht steuern können, können sie sich regelmässig über Art. 2 lit. j) (vertretbare Gründe) bzw. Art. 5 Abs. 3 (aussergewöhnliche Umstände) entlasten.

6.2 Einschätzung (Hochstrasser)

Es wäre in der Tat zu wünschen, dass die Verordnung aus sich selber verständlich ist. In diesem Sinne ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber tätig wird und die seit nunmehr 10 Jahren laufende Revision zu einem Abschluss bringt.

Der EuGH hat die Passagierrechts-Verordnung in einigen Punkten präzisiert, in anderen weiterentwickelt. Dabei hat er sich stets am hohen Schutzniveau für Passagiere orientiert und den Passagieren mitunter sogar Ansprüche eingeräumt, die der Verordnungsgeber ihnen nicht geben wollte.

Es muss möglich sein, einen Schritt zurück zu machen, wo die Praxis gezeigt hat, dass die Verordnung zu weit geht. Auch wenn ein hoher Schutz beabsichtigt ist, darf er nicht überborden. Zwei Beispiele:

Im Fall McDonagh/Ryanair⁵⁴ entschied der EuGH, dass die Klägerin, die nach dem Ausbruch des isländischen Vulkans Eyjafjallajökull in Portugal festsass, zwar keinen Ausgleichsanspruch nach Art. 7 der Verordnung hatte (der Vulkanausbruch war ein «aussergewöhnlicher Umstand»), Ryanair jedoch nach Art. 9 für die Hotelkosten aufzukommen hatte, und das zeitlich unbegrenzt. Dabei traf Ryanair unbestritten kein Verschulden. Mit der Revision soll die Pflicht zur Erbringung von Betreuungsleistungen auf EUR 100 pro Nacht und höchstens drei Nächte beschränkt werden.⁵⁵

Unverständlich ist auch, weshalb die Passagiere einen fixen Ausgleich von EUR 250, EUR 400 oder EUR 600 erhalten, ungeachtet des Preises, den sie für den Flug bezahlt haben. Bei sogenannten Billigflügen erhalten sie so unter Umständen ein Vielfaches des bezahlten Preises zurück. Bei anderen Transportmitteln steht die Entschädigung in Relation zum Preis. Bei der Bahn sind es z.B. 25% des Preises bei einer Verspätung von mehr als einer Stunde und 50% bei einer solchen von mehr als zwei

⁵³ Z. B. durch Änderung der Überbuchungspraxis oder durch realistische Planungen von Anschlussflügen durch eine «realistische» Umkehrzeiten von Flugzeugen und Mindestumsteigezeiten für Fluggäste bei Anschlussflügen.

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 31. Januar 2013, C-12/11, Denise McDonagh / Ryanair Ltd.

⁵⁵ Vgl. den Vorschlag der Kommission, COM [2013] 130 final, vollständig zitiert vorne in Fn. 50.

Stunden.⁵⁶ Das entspricht den Grundsätzen der Minderung bei mangelhafter Erfüllung (z. B. Art. 386 Abs. 2 OR) und wäre auch bei Flugreisen sinnvoll.

Auch wenn es um den Schutz der Fluggäste geht und dieser Schutz hoch sein soll, ist eine Abwägung der Interessen nötig. Für Luftfahrtunternehmen soll es keinen Freipass geben, durch Zusammenlegen von Flügen, Annulierungen und dergleichen ihren Gewinn auf Kosten der Passagiere zu steigern. Andererseits trägt der Passagier die Eigenverantwortung und das allgemeine Lebensrisiko. Ein Luftfahrtunternehmen ist keine Kaskoversicherung gegen alles und jeden.

⁵⁶ Art. 19 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2021/782 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29. April 2021 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl. L 172 vom 17.5.2021, S. 1 ff.