



## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie die Richter Mag. Guggenbichler und Mag. Jelinek in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **CTS Eventim Austria GmbH**, FN 142099w, Mariahilfer Straße 41-43, 1060 Wien, vertreten durch die Proksch & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500; Gesamtstreitwert EUR 36.000), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 16.10.2023, GZ 20 Cg 11/23f-12, in nichtöffentlicher Sitzung zu I. beschlossen und zu II. zu Recht erkannt:

**I.** Die Berufung wegen Nichtigkeit wird **verworfen**.

**II.** Im Übrigen wird der Berufung **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 3.662,52 (darin enthalten EUR 610,42 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

**E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Der Kläger ist ein gemäß § 29 KSchG zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach §§ 28 und 28a KSchG befugter Verband.

Die Beklagte betreibt ein Ticketservice unter der Bezeichnung „Ö-Ticket“ und bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Sie tritt in ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern iSd § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Aufgrund ihrer Tätigkeit ist die Beklagte Unternehmerin iSd § 1 KSchG.

Die Beklagte beschreibt ihre Dienstleistung in den AGB wie folgt:

*„Hinsichtlich des Kartenkaufes tritt der Kunde mit CTS Eventim Austria GmbH in eine Vertragsbeziehung.“ und „XIIIa). Eigentumsvorbehalt; Bei einem Verbraucher behält CTS Eventim Austria GmbH sich das Eigentum an der Kaufsache bis zur vollständigen Zahlung des Rechnungsbetrages vor.“*

Die Kunden habe die Möglichkeit, über einen Hyperlink die konkrete Höhe der jeweils anfallenden Servicegebühr zu erhalten (./1).

**Es kann nicht festgestellt werden, ob die Kunden der Beklagten im unmittelbaren Zusammenhang mit den in Rede stehenden Textpassagen Informationen zur konkreten Höhe der Servicegebühr erhielten bzw erhalten.** [bekämpfte Feststellung]

Der **Kläger** begehrte, die Beklagte zur Unterlassung der Verwendung von insgesamt 6 Klauseln bzw sinngleicher Klauseln und des Berufens darauf zu verpflichten. Weiters

begehrte er die Ermächtigung zur Veröffentlichung in der „Kronen-Zeitung“.

Die **Beklagte** bestritt und beantragte Klagsabweisung.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt. Dabei ging es von dem eingangs dieser Entscheidung wiedergegebenen Sachverhalt aus. Die bekämpfte Feststellung ist durch Fettdruck hervorgehoben.

Der Wortlaut der Klauseln, das Vorbringen der Parteien und die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts werden zur besseren Übersicht bei der Behandlung der einzelnen Klauseln dargestellt.

Gegen das Urteil richtet sich die **Berufung der Beklagten** wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtiger Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das Urteil (in eventu nach Verfahrensergänzung) im klagsabweisenden Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragte, der Berufung nicht Folge zu geben.

## **I. Zur Nichtigkeitsberufung**

1. Die Beklagte macht hinsichtlich der Klauseln 4 und 5 Nichtigkeit gemäß § 477 Abs 1 Z 9 ZPO geltend. Aus der Begründung des Erstgerichts gehe nicht hervor, warum das Erstgericht die Servicegebühren für „unzulässig“ erachte und inwiefern sich aus einer solchen behaupteten Unzulässigkeit ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG (Transparenzgebot) ergebe. Aufgrund des vollständigen Fehlens von Entscheidungsgründen sei die Fassung des Urteils so mangelhaft, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden könne.

2. Die Nichtigkeitssanktion des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO

umfasst drei Fälle: a) die Fassung der Entscheidung ist so mangelhaft, dass ihre Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann; b) die Entscheidung steht mit sich selbst im Widerspruch; c) für die Entscheidung sind gar keine Gründe angegeben (RS0042133 [T12]).

Die Beklagte stützt sich auf den ersten Fall. Eine Nichtigkeit wäre dann gegeben, wenn die Entscheidung so unzureichend begründet wäre, dass sie sich nicht überprüfen ließe (*Kodek in Rechberger/Klicka*<sup>5</sup> § 477 ZPO Rz 38).

Das Erstgericht bejahte einen Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG in Hinblick auf einen Verweis auf „Servicegebühren“. Inhaltlich ist darauf in der Rechtsrüge einzugehen.

Da eine Begründung somit aber auch in Ansehung der Klauseln 4 und 5 vorhanden und überprüfbar ist, war die Berufung wegen Nichtigkeit zu verwerfen.

## **II. Zu den weiteren Berufungsgründen**

Die Berufung ist **nicht berechtigt**.

### **1. Zur Mängelrüge**

**1.1.** Als Verfahrensmangel rügt die Beklagte eine Verletzung der richterlichen Anleitungspflicht gemäß § 182 ZPO, weil es das Erstgericht verabsäumt habe, der Beklagten mitzuteilen, dass es die Beilage ./1 als unzureichend erachtet um festzustellen, dass Kunden der Beklagten im unmittelbaren Zusammenhang mit den in Rede stehenden Textpassagen Informationen zur konkreten Höhe der Servicegebühr erhielten bzw erhalten. Bei entsprechender Erörterung hätte das Erstgericht [gemeint offenbar: die Beklagte] den Beweisantrag ergänzen können.

Obwohl auch eine amtswegige Beweisaufnahme nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, müssen angesichts des im Zivilprozess herrschenden Dispositionsgrundsatzes Beweise von der beweisbelasteten Partei beantragt werden

(vgl. *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*<sup>5</sup> Vor § 266 ZPO Rz 9 u 28). Eine „Verpflichtung zur amtswegigen Wahrheitserforschung“ ist dem streitigen Zivilprozess fremd. Im österreichischen Zivilprozess herrschen die Parteienmaxime und der Dispositionsgrundsatz.

Nach herrschender Ansicht geht die Prozessleitungspflicht des Verhandlungsleiters nicht so weit, zu weiteren Beweisanträgen anzuleiten, weil den bisher aufgenommenen Beweisen kein Glauben geschenkt werden könne. Insbesondere rechtskundig vertretene Parteien müssen nicht angeleitet werden, zur Verbesserung einer unzureichenden Beweislage weitere Beweise anzubieten (*Rassi* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 182a ZPO Rz 36; RS0036869).

Eine Anleitungspflicht besteht nur dann, wenn ein mangelhaftes Beweisanbot nahelegt, dass die Partei die Beweislastverteilung verkennt. Dies ist hier nicht der Fall.

**1.2.** Die Beklagte stützt sich mit ihren Ausführungen in der Tatsachenrüge im Ergebnis darauf, dass ein Geständnis des Klägers vorgelegen sei. Damit macht sie aber eine unrichtige Anwendung des § 267 ZPO geltend. Die Frage, ob § 267 ZPO zutreffend angewendet wurde oder nicht, nämlich ob ein schlüssiges Tatsachengeständnis vorlag oder nicht, ist eine Verfahrensfrage (RS0040078) und damit mit Mängelrüge bekämpfbar, sodass schon hier darauf einzugehen ist.

Der Kläger brachte vor, es werde den Verbrauchern verunmöglicht, sich ein Bild der sie treffenden Rechte und Pflichten zu verschaffen, weil dadurch [bezogen auf Klausel 1] auch unvollständig über die Zusammensetzung des Gesamtpreises informiert werde (ON 1, 3). Die Kunden der Beklagten würden nicht in klarer und verständlicher

Weise über die wesentlichen Eigenschaften der Ware bzw Dienstleistung informiert werden (ON 8, 9).

Wenn sodann in der Urkundenerklärung zu ./1 auf das eigene Vorbringen verwiesen wird, kann darin kein (schlüssiges) Geständnis dahingehend erblickt werden, dass den Verbrauchern im unmittelbaren Zusammenhang mit den in Rede stehenden Textpassagen Informationen zur konkreten Höhe zukommen.

Eine unrichtige Anwendung des § 267 ZPO liegt somit nicht vor.

**1.3.** Die geltend gemachten Verfahrensmängel liegen nicht vor.

## **2. Zur Tatsachenrüge**

**2.1.** Statt der bekämpften Feststellung begehrt die Beklagte die Feststellung, *„dass Kunden der Beklagten im unmittelbaren Zusammenhang mit den in Rede stehenden Textpassagen Informationen zur konkreten Höhe der Servicegebühr erhielten bzw erhalten.“*

Die ./1 zeige neben dem Hyperlink *„Servicegebühr von max. € 2.50“* auch die entsprechende Informationsseite, welche bei Anklicken des Hyperlinks aufgerufen werde. Der Kläger habe die Echtheit der Urkunde zugestanden und zur Richtigkeit auf das eigene Vorbringen verwiesen. Er habe somit mangels weiteren Vorbringens die Richtigkeit der Urkunde nicht bestritten. Es sei daher auch nicht bestritten, dass die Gebühren-Tabelle durch Anklicken des Hyperlinks aufgerufen werden konnte und Kunden sohin im unmittelbaren Zusammenhang mit den in Rede stehenden Textpassagen Informationen zur konkreten Höhe der Servicegebühr erhalten.

**2.2.** Um die Beweisrüge in der Berufung auszuführen, muss der Rechtsmittelwerber nämlich deutlich zum Ausdruck

bringen, welche konkrete Feststellung bekämpft wird, infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde, welche Feststellung begehrt wird und auf Grund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen die begehrte Feststellung zu treffen gewesen wäre. (RS0041835 [T5]).

Dem wird die Berufung nicht gerecht, weil sie nicht darlegt, inwiefern sich aus der ./1 zwingend die von der Beklagten angestrebte Ersatzfeststellung ergibt.

Zur Vollständigkeit ist dennoch festzuhalten, dass aus der ./1 auch nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht ableitbar ist, wo sich der Hyperlink befindet, der zur Informationsseite führt. Es kann daher aus dieser Beilage nicht geschlossen werden, dass die Informationen im unmittelbaren Zusammenhang mit den „Textpassagen“ abrufbar sind. Ergänzend ist noch anzumerken, dass aus der Beilage auch nicht hervorgeht, ob sich der Hyperlink nur bei den Textpassagen der Klausel 1 oder auch auf bei den weiteren Klauseln findet, in denen Servicegebühren vorkommen.

**2.3.** Das Berufungsgericht übernimmt daher die Feststellungen und legt sie der rechtlichen Beurteilung zugrunde.

### **3. Zu den Klauseln im einzelnen**

Der Behandlung des Rechtsmittels sind die nachfolgenden **Grundsätze des Verbandsprozesses** voranzustellen:

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die

„verdünnte Willensfreiheit“ (RS0016914). Die Ausnahme von der Inhaltskontrolle ist dabei möglichst eng zu verstehen (RS0016908; RS0128209). Ein Abweichen vom dispositiven Recht wird unter Umständen schon dann eine „gröbliche“ Benachteiligung des Vertragspartners sein können, wenn sich für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung ergibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechnete Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RS0016914 [T3, T4, T6]). Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall gilt (RS0014676 [T7, T13, T43]).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Dieses Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung allgemeiner Geschäftsbedingungen sicherstellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigte Pflichten abverlangt werden, ohne dass er sich zur Wehr setzt, oder er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RS0115217 [T8]; RS0115219 [T9, T21, T43]). Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG soll es dem Verbraucher ermöglichen, sich aus dem Vertragsformblatt zuver-

lässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (RS0115217 [T6, T8, T41]). Das setzt die Verwendung von Begriffen voraus, deren Bedeutung dem typischen Verbraucher geläufig sind oder von ihm jedenfalls festgestellt werden können. Das können naturgemäß auch Fachbegriffe sein, nicht aber Begriffe, die so unbestimmt sind, dass sich ihr Inhalt jeder eindeutigen Festlegung entzieht. Der durch deren Verwendung geschaffene weite Beurteilungsspielraum schließt es aus, dass der Verbraucher Klarheit über seine Rechte und Pflichten gewinnen kann (RS0115217 [T3]). Aus dem Transparenzgebot kann eine Pflicht zur Vollständigkeit folgen, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden andernfalls unklar bleiben (RS0115219). Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind demnach das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit (RS0115217 [T12]; RS0115219 [T12]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RS0126158).

Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RS0016590 [T14]; RS0038205 [T4, T11]). Es ist von der Auslegungsvariante auszugehen, die für die Kunden des Beklagten die nachteiligste ist (RS0016590 [T5, T17]). Das der Klausel vom Verwender der AGB beigelegte Verständnis ist im Verbandsprozess nicht maßgeblich (RS0016590 [T23]). Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen ist nicht Rücksicht zu nehmen; für eine geltungserhaltende Reduktion ist kein

Raum (RS0038205 [T1]; vgl RS0128735).

### **3.1. Klauseln 1, 2, 3 und 6**

#### Klausel 1 - Homepage (beim jeweiligen Angebot)

*„Angezeigte Preise inkl. der gesetzl. MwSt., Servicegebühr von max. €2.50 [...]“*

#### Klausel 2 - (IV.2. der AGB Stand 16.8.2022)

*„Bei der Internet-Bestellung werden Service- und Versandkosten erhoben, die je nach Veranstaltung bzw. gewähltem Produkt variieren können. Eine Servicegebühr von max. €2,50 ist im ersichtlichen Gesamtpreis eines Tickets, der im Warenkorb angezeigt wird, bereits enthalten;“*

#### Klausel 3 - (IV.2. der AGB Stand 3.2.2023)

*„Bei der Internet-Bestellung werden Service- und Versandkosten erhoben, die je nach Veranstaltung bzw. gewähltem Produkt variieren können [...] Ab einem Ticketpreis von €25 ist eine Servicegebühr von €2,50 im ersichtlichen Gesamtpreis eines Tickets, der im Warenkorb angezeigt wird, bereits enthalten; darüber hinaus entstehen - abgesehen von den Versandkosten bzw. €1,50 International Sales Fee pro Ticket bei Veranstaltungen im Ausland - keine weiteren Kosten. Eine vom Kunden gewünschte Geschenkverpackung wird mit den jeweils angezeigten Kosten zusätzlich in Rechnung gestellt.“*

#### Klausel 6 - (Buchungsmaske)

*„Zwischensumme € ... inkl. MwSt., allfälliger Servicegebühren [...]“*

### **Klagsvorbringen**

Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG, § 6c KSchG, § 879 Abs 3 ABGB und § 4 Abs 1 Z 1 FAGG

Die Klausel 1 sei von der Klauselkontrolle nach § 28 KSchG erfasst, weil ihr die Regelung der Pflicht der Kunden zur Zahlung einer Servicegebühr zuzumessen sei.

Diese Klausel regle, dass die angezeigten Preise inklusive der gesetzlichen Mehrwertsteuer und einer Servicegebühr von maximal EUR 2,50 angezeigt werden. Es bleibe völlig unklar, in welchen Fällen die Servicegebühr in Höhe von EUR 2,50 und in welchen Fällen diese mit einem niedrigeren Betrag verrechnet werde. Unklar bleibe auch, ob diese Servicegebühr immer verrechnet werde. Da die entsprechenden Parameter nicht ersichtlich seien, sei die Klausel intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG.

Die Verrechnung von Entgelten ohne konkrete Zusatzleistung und ohne konkrete Kosten sei auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Die Verrechnung verstoße außerdem gegen § 6c KSchG. Gemäß § 6c KSchG komme eine Vereinbarung, mit der sich Verbraucher neben dem für die Hauptleistung vereinbarten Entgelt (dem Kartenpreis) zu weiteren Zahlungen - wie etwa einem Entgelt für eine vermeintliche zusätzliche (Service-)Leistung des Unternehmers - verpflichten, nur wirksam zustande, wenn ihr die Verbraucher ausdrücklich zustimmten.

Die Klausel 1 sei intransparent, weil sie Pkt IV.2 der AGB idF 3.2.2023 [Anm. Klausel 3] widerspreche.

Schließlich liege auch ein Verstoß gegen § 4 Abs 1 Z 4 FAGG vor.

Hinsichtlich der Klauseln 2, 3 und 6 verwies der Kläger auf sein Vorbringen zu Klausel 1.

#### **Beklagtenvorbringen**

Die Klausel 1 habe nur Informationscharakter; ein Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB oder § 6 Abs 3 KSchG sei

daher ausgeschlossen.

Sie widerspreche nicht dem Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG. Durch den angezeigten Gesamtpreis (inklusive der gesetzlichen Mehrwertsteuer und der Servicegebühr) erhielten die Verbraucher ein vollständigeres und klareres Bild des nach Vertragsabschluss zu leistenden Entgelts. In Pkt IV.2 der AGB erhielten die Kunden weiterführende Informationen. Ein Widerspruch zu dieser Klausel liege nicht vor.

Darüber hinaus werde den Kunden im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Text über einen Hyperlink, welcher durch Anklicken geöffnet werden könne, konkret angezeigt, in welcher Höhe Servicegebühren anfallen.

Bei den Servicegebühren handle es sich im Verhältnis zwischen Kunden und der Beklagten nicht um etwaige Zusatzleistungen, sondern sie stellten in diesem Vertragsverhältnis vielmehr die Hauptleistungspflicht der Kunden dar. Die Servicegebühr sei das pauschale, marktconforme Entgelt für sämtliche Tätigkeiten der Beklagten gegenüber Kunden als Ticketkäufer. § 6c KSchG finde keine Anwendung.

Hinsichtlich der Klauseln 2, 3 und 6 verwies die Beklagte auf ihr Vorbringen zu Klausel 1.

#### **Erstgericht**

Die Klauseln sind **unzulässig**.

Den Klauseln komme kein Informationscharakter zu, sondern sie stellten Willenserklärungen dar.

Es könne von Verbrauchern nicht verlangt werden, jegliche Textpassage auf ihre allfällige Konkretisierung durch weitere Textpassagen auf der Homepage zu durchforschten. Daran ändere sich auch nichts durch Berücksichtigung des Umstandes, dass es - an welcher konkreten Stelle auch

immer - einen Hyperlink gebe, der bei Anklicken die konkreten Details zu den Servicegebühren preisgebe.

Die Klauseln 1, 2 und 6 verstoßen gegen § 6 Abs 3 KSchG. Der Verbraucher werde völlig im Unklaren gelassen, mit welcher Servicegebühr bzw mit welcher Höhe der Servicegebühr er zu rechnen habe.

Bei Klausel 3 liege jedenfalls mit Blick auf die unbestimmten Kosten für die Geschenkverpackung ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vor. Außerdem bleibe völlig unklar, welche Leistungen mit der Servicegebühr tatsächlich einhergehen bzw welche Serviceleistungen die Beklagte ab einem Ticketpreis von EUR 25 erbringe, die sie bei einem darunterliegenden Preis offensichtlich nicht erbringe. Dies lasse den Verbraucher auch im Ungewissen über seine Rechtsposition.

Die Beklagte habe zwar die Erbringung von Leistungen im Zusammenhang mit der Servicegebühr behauptet aber nicht vorgebracht, ob und bejahendenfalls wo sich für den Verbraucher Informationen darüber befänden. Es sei daher für den Verbraucher auch nicht erkennbar, dass es sich bei der Servicegebühr allenfalls um die Hauptleistung handle.

Weiters liege ein Verstoß gegen § 4 Abs 1 Z 4 FAGG vor.

### **Berufungsvorbringen des Beklagten**

Die Beklagte erstattet zu den Klauseln 1, 2, 3 und 6 ein gemeinsames Vorbringen und wiederholt ihren erstinstanzlichen Standpunkt. Ein Verstoß gegen § 4 Abs 1 Z 4 FAGG liege nicht vor. Die Darstellung eines Gesamtkaufpreises sei ausreichend und geboten.

### **Beurteilung des Berufungsgerichts**

**3.1.1.** Nach der Rechtsprechung sind unter Allgemeinen

Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (RS0123499 [T7]). Auch die auf Websites und deren Subpages enthaltenen vorformulierten allgemeinen Vertragsbedingungen, die der Verwender den auf diesem Wege mit Verbrauchern abgeschlossenen Verträgen von vornherein zugrundelegen will, unterliegen dieser Kontrolle. Dass darin Individualelemente des Einzelvertrags, wie zB die Anzahl der bestellten Karten pro Veranstaltung und der daraus resultierende Endpreis, enthalten sind, bzw dass die Website und ihre Subpages allgemeine Informationen enthalten und einer häufigeren Veränderung bzw Aktualisierung unterliegen, ändert an dieser Beurteilung nichts (2 Ob 59/12h [ErwGr 4 f]).

Eine in AGB verwendete Formulierung ist unbedenklich, wenn die Klausel keine Willenserklärung des Verbrauchers enthält, sondern lediglich dessen Aufklärung dient (RS0131601 [T3]). Dies gilt aber nicht, wenn die Klausel dahin verstanden werden kann, dass der Verbraucher über eine Regelung nicht bloß informiert wird, sondern ihr - durch Akzeptieren der AGB - auch zustimmt (T4).

Da bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung die inkriminierten Klauseln dahin verstanden werden können, dass der Verbraucher in Ansehung der Verpflichtung zur Zahlung einer Servicegebühr von bis zu EUR 2,50 durch

Akzeptieren der AGB zustimmen soll, unterliegen sie der Klauselkontrolle nach § 28 KSchG.

**3.1.2.** Bei Klausel 1 handelt es sich um einen an mehreren Stellen der Website, insbesondere bei der Veranstaltungsauswahl aufscheinenden Hinweis darauf, dass die angezeigten Preise eine Servicegebühr von bis zu EUR 2,50 enthalten. Dieser Hinweis kann auch dahin ausgelegt werden, dass der Kunde mit der Fortsetzung des Bestellvorgangs die in der Klausel genannte (unbestimmte) Servicegebühr akzeptiert.

Die Klauseln 2 und 6 lassen zusätzlich offen, ob die Servicegebühr pro Erwerbsvorgang einmal oder gesondert je Ticket anfällt.

Für den Verbraucher geht aus den Klauseln 1, 2 und 6 somit nicht hervor, in welcher Höhe Servicegebühren für die Bestellung tatsächlich anfallen, weil lediglich ein Maximalbetrag angeführt wird.

Dass die Kunden die Möglichkeit haben, über einen Hyperlink die konkrete Höhe der jeweils anfallenden Servicegebühr zu erhalten, genügt nicht. Es widerspricht nämlich dem Transparenzgebot, wenn der Verbraucher gezwungen ist, sich die notwendigen Informationen - hier über die anfallende Servicegebühr - zusammensuchen (RS0122040 [T16]). Dass unmittelbar im Zusammenhang mit der Klausel ein aufklärender Hinweis abrufbar ist, konnte nicht festgestellt werden.

Klauseln 1, 2 und 6 sind daher intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG

**3.1.3.** Bei Klausel 3 ist die Höhe der Servicegebühr für den Kunden zwar nachvollziehbar. Auch dabei bleibt aber - ebenso wie bei den Klauseln 1, 2 und 6 - unklar,

welche Leistungen die Beklagte im Zusammenhang mit der Servicegebühr erbringt.

Die Ausnahme von der im § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle - die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten - ist möglichst eng zu verstehen (RS0016908).

Nicht überzeugend ist der Einwand der Beklagten, bei der Servicegebühr handle es sich um die Hauptleistungspflicht in den Vertragsverhältnissen mit den Kunden.

Die Hauptleistungen zwischen den Kunden und der Beklagten bestehen vielmehr in der Leistung des Gesamtentgelts einerseits und in der Lieferung der Tickets andererseits. Da nach Pkt IV.1 der AGB (./A und ./G), der der Entscheidung zugrunde zu legen ist (vgl RS0121557 [T3]), der Ticketpreis den aufgedruckten Kartenpreis übersteigen kann, erwartet der Kunde, dass mit dem an die Beklagte zu zahlenden höheren Ticketpreis bereits deren Leistungen abgegolten sind.

Dafür, dass es sich nicht um die Hauptleistungspflicht handelt, spricht auch, dass die Beklagte nach dem eigenen Vorbringen bei Tickets unter EUR 25 keine Servicegebühren verrechnet. Bei Tickets unter EUR 25 bestünden demnach keine Hauptleistungspflichten.

Bei den Servicegebühren handelt es sich somit nicht um die Hauptleistungspflichten, sodass sie der Kontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen.

In AGB enthaltene Entgeltklauseln, die ein Zusatzentgelt nicht zur Abgeltung einer nur aufgrund von Besonderheiten im Einzelfall erforderlichen Mehrleistung, sondern zur Abgeltung einer im Regelfall mit der Erfüllung der vertraglichen Pflichten verbundenen Leistung vorsehen, schränken das eigentliche Leistungsversprechen ein, ver-

ändern oder höhlen es aus und unterliegen damit der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB (RS0016908 [T5, T6; vgl auch T8, T16, T32]).

Ebenso wie bei einem Vertrag über die Benützung eines Fitnessstudios (vgl 4 Ob 66/22d [ErwGr 55]; 9 Ob 88/22i [ErwGr 37]) ist auch bei einem Vertrag über die Besorgung von Tickets ein konkreter Konnex zwischen dem ausgewiesenen Sonderentgelt, den tatsächlich erbrachten Dienstleistungen und den dem Unternehmer entstandenen Kosten zu fordern. Wenn auch eine Pauschalierung von Entgelten nicht von vornherein unzulässig ist, solange damit die konkreten Kosten nicht grob überschritten werden (vgl RS0123253), ist die Verrechnung von Entgelten ohne konkrete Zusatzleistung und ohne konkrete Kosten als unzulässig anzusehen.

Wie bereits das Erstgericht ausführte, bleibt unklar, welche konkreten Leistungen der Beklagten mit der Servicegebühr abgegolten werden.

Der Einwand der Beklagten, durch die Klauseln werde den Kunden ein vollständigeres und klareres Bild des nach Vertragsabschluss zu leistenden Entgelts geboten, betrifft nur die Pflichten des Kunden. Darüber, welche Leistungen für die verrechnete Servicegebühr erbracht werden und welche Rechte die Kunden somit haben, wird gerade nicht aufgeklärt. Dies geht weder aus den inkriminierten Klauseln hervor, noch brachte die Beklagte vor, dass dies an anderer Stelle geregelt sei. Zudem bleibt selbst nach dem Vorbringen der Beklagten unklar, ob sie bei einem Kartenpreis von unter EUR 25 die von ihr mit den Servicegebühren in Verbindung gebrachten Leistungen nicht erbringt.

Ein konkreter Konnex zwischen den Servicegebühren, den tatsächlich erbrachten Dienstleistungen der Beklagten und den entstandenen Kosten lässt sich somit nicht ableiten. Die pauschale Verrechnung von Entgelten ohne konkrete Zusatzleistung und ohne konkrete Kosten ist unzulässig (RS0123253 [T4]). Dieser Rechtsprechung liegt die Wertung zugrunde, dass die Verrechnung von zusätzlichen Entgelten in AGB, denen keine konkreten Zusatzleistungen oder konkrete Kosten gegenüberstehen, die also bloß eine in die AGB „verschobene“ Entgeltverrechnung für ohnehin mit der Erfüllung der Hauptleistung üblicherweise verbundenen Aufwendungen darstellt, gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ist (T6).

Die Klauseln 1, 2, 3 und 6 sind daher auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

**3.1.4.** Die Klauseln sind **unzulässig**. Es kann dahingestellt bleiben, ob auch die weiteren geltend gemachten Verstöße vorliegen.

### **3.2. Klauseln 4 und 5**

#### Klausel 4 - (FAQ)

*„Angefallene Service- und Versandgebühren werden aufgrund der erbrachten Leistung von oeticket nicht rückerstattet.“*

#### Klausel 5 - (XV. der AGB)

*„Die angefallenen Service-, Versand- und Sorgenfreigegebühren können aufgrund der erbrachten Leistung von CTS Eventim Austria GmbH nicht rückerstattet werden.“*

### **Klagsvorbringen**

Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG, § 3 Abs 1 KuKuSpoSiG und § 879 Abs 3 ABGB

Die Klauseln seien intransparent gemäß § 6 Abs 3 KSchG, weil völlig unklar bleibe, um welche konkreten

Service- und Versandgebühren es sich handle.

Die Klauseln seien - mangels Einschränkung - sowohl auf covidbedingte Absagen, als auch auf Absagen ganz allgemein anwendbar. Die Klauseln kämen daher auch für den Fall zur Anwendung, dass Verbraucher einen Gutschein iSd KuKuSpoSiG nicht im entsprechenden Zeitraum einlösen und der Gutscheinwert ausbezahlt werde. Ein Vermittler dürfe für die Ausstellung, Übersendung oder Einlösung von Gutscheinen in diesem Sinne, „keine Kosten“ und folglich auch keine Servicegebühr verrechnen bzw bei der Rückerstattung einbehalten. Die geltende Rechtslage werde daher in diesem Zusammenhang falsch dargestellt.

Die Klauseln seien aber auch gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil sie die Beklagte dazu berechtigten, entgegen § 3 Abs 1 KuKuSpoSiG Kosten iS einer Servicegebühr zu verrechnen.

Außerdem sei eine Regelung, wonach nicht näher konkretisierte „Servicegebühren“ im Falle von Veranstaltungsabsagen pauschal vom Ticketunternehmen einbehalten werden, gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB. Finde die Veranstaltung, für die über die Beklagte eine Karte gekauft wurde, nicht statt, dann habe die Beklagte die vertraglich zugesicherte Leistung nicht erbracht und müsste auch die Servicegebühren zurückerstatten.

### **Beklagtenvorbringen**

Die Beklagte verwende die Bezeichnung „Servicegebühr“ vollkommen einheitlich für das Entgelt für ihre Hauptleistung (Besorgung von Tickets und weitere Dienstleistungen, wie etwa Kundenservices, Abwicklung der Plattformleistungen und Access Technologien).

Die Bestimmungen widersprüchen nicht § 3 Abs 1 KuKuSpoSiG bzw § 1 Abs 1a KuKuSpoSiG. § 3 Abs 1 KuKuSpoSiG

regle, dass Kunden für die „Ausstellung, Übersendung oder Einlösung des Gutscheins“ keine Kosten angelastet werden dürften, während die gegenständliche AGB-Bestimmung die Rückerstattung bereits bezahlter Gebühren zum Gegenstand habe. Das Klagsvorbringen sei daher unschlüssig.

Die Voraussetzungen für die Annahme eines Kommissionsmodells lägen nicht vor. Die Beklagte sei bei Veranstaltungen in Österreich lediglich Besorger. Die AGB-Bestimmungen widersprächen auch nicht allgemeinem Leistungsstörungsrecht. Eine Verpflichtung zur Durchführung von Veranstaltungen treffe ausschließlich den jeweiligen Veranstalter, nicht jedoch die Beklagte.

#### **Erstgericht**

Die Klauseln sind **unzulässig**.

Da in beiden Klauseln auf unzulässige Servicegebühren verwiesen werde, liege ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG vor.

#### **Berufungsvorbringen**

Da § 1 Abs 1a KuKuSpoSiG gemäß dem Beschluss des Verfassungsgerichtshofs nicht auf die Beklagte (als Ticketingunternehmen) anwendbar sei, komme ein Verstoß durch die Beklagte nicht in Betracht.

Die Verrechnung von Gebühren für die „Ausstellung, Übersendung oder Einlösung von Gutscheinen“ werde in den Klauseln nicht geregelt, sondern die Rückerstattung von bereits für den ursprünglichen Ticketerwerb bezahlten Gebühren. § 3 Abs 1 KuKuSpoSiG sei sohin (ebenfalls) nicht anwendbar.

#### **Beurteilung des Berufungsgerichts**

**3.2.1.** § 1 Abs 1 KuKuSpoSiG räumte dem Veranstalter eines Kunst-, Kultur- oder Sportereignisses, das aufgrund der COVID-19-Pandemie entfallen ist, die Möglichkeit ein,

dem Besucher anstelle der Rückzahlung des Entgelts einen Gutschein über den zu erstattenden Betrag zu übergeben. Nach Abs 1a leg cit gilt für ab 1. Jänner 2022 neu ausgegebene Gutscheine, dass der Wert des Gutscheins den gesamten Preis einschließlich etwaiger Verkaufs- oder Vermittlungsgebühren umfassen muss.

Nach dem Beschluss des Verfassungsgerichtshofs G 141/2023-18 ist davon auszugehen, dass sich diese Bestimmungen nur an Veranstalter richten und Vermittler von Veranstaltungsverträgen von § 1 Abs 1a KuKuSpoSiG nicht erfasst sind.

Zwar ist § 3 Abs 1 KuKuSpoSiG auch auf Vermittler anwendbar (9 Ob 8/22z), wogegen der VfGH auch keine Bedenken hegt (G 141/2023-18). Diese Bestimmung enthält aber nur das Verbot, dem Besucher oder Teilnehmer oder späteren Karteninhaber für die Ausstellung, Übersendung oder Einlösung eines (vom Veranstalter nach § 1 Abs 1 KuKuSpoSiG ausgestellten) Gutscheins Kosten zu verrechnen. Dieser Fall steht aber - worauf die Beklagte zutreffend hinweist - in keinem Zusammenhang mit den Klauseln 4 und 5.

Nicht überzeugend ist die Begründung des Erstgerichts. Zwar hat der Verweis auf unzulässige Bestimmungen im Klauselwerk die Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung selbst zur Folge (RS0122040 [T4]). Die Klauseln 4 und 5 verweisen aber nicht auf eine unzulässige Bestimmung, sondern führen unmittelbar aus, dass Servicegebühren nicht rückerstattet werden.

**3.2.2.** Der Europäische Gerichtshof hat in mehreren Entscheidungen ausgesprochen, dass Art 6 Abs 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen dahin auszulegen

ist, dass ein nationales Gericht verpflichtet ist, die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel von Amts wegen zu prüfen, sobald es über die hierzu erforderlichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen verfügt. (RS0016435 [T13]). Die amtswegige Klauselprüfung findet nach der Rechtsprechung des EuGH - unter Bedachtnahme auf die Dispositionsmaxime und den Grundsatz ne ultra petita - ihre Grenze grundsätzlich im Streitgegenstand, verstanden als das Ergebnis, das eine Partei mit ihren Ansprüchen im Licht der zu diesem Zweck gestellten Anträge und vorgebrachten Gründen verfolgt (RS0016435 [T16]).

Da die Klauseln ausdrücklich als unzulässig bekämpft wurden, liegen die Voraussetzungen vor. Hinzu kommt, dass sich der Kläger auch auf einen Widerspruch zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht bezog. Die potenzielle Missbräuchlichkeit der in Frage stehenden Klauseln ist auch noch im Revisionsverfahren von Amts wegen aufzugreifen (RS0016435 [T19]). Es ist daher eine umfassende Prüfung der Klauseln geboten.

**3.2.3.** Die inkriminierten Klauseln unterscheiden nicht nach dem Grund der Absage einer Veranstaltung. In der im Verbandsverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (RS0016590 [T14], RS0038205 [T4, T11]) bedeutet dies, dass selbst dann, wenn die Beklagte ein Verschulden an der Absage treffen sollte, sie dennoch nicht zur Rückzahlung der Servicegebühren verpflichtet wäre. Die Klauseln sind daher schon aus diesem Grund gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

**3.2.4.** Wie das OLG Wien in einer rezenten Entscheidung außerdem ausführlich begründet (vgl 1 R 51/23m), ergibt sich die gröbliche Benachteiligung auch aufgrund von Verstößen gegen § 7 Abs 2 MaklerG oder § 396 Abs 1

UGB, wobei offen gelassen wurde, welche der beiden Bestimmungen anzuwenden ist.

**3.2.4.1.** Dazu führte das OLG Wien aus, dass zumindest dann, wenn der Kunde für den Abschluss eines konkreten vermittelten Geschäfts ein Vermittlungsentgelt zu entrichten hat, vermittelnde Online-Plattformbetreiber regelmäßig als Makler einzuordnen sein werden (*Knotzer in Straube/Ratka/Rauter UGB<sup>4</sup> § 19 MaklerG Rz 15 mwN*).

Der Entgeltanspruch der Beklagten gegenüber ihren Kunden hängt nicht allein von der sorgfältigen Durchführung ihrer Tätigkeit ab, sondern vom Zustandekommen des vermittelten Veranstaltungsvertrags zwischen dem Kunden und dem Veranstalter. Dies ist für einen Geschäftsbesorgungs- oder Dienstleistungsvertrag untypisch, für den Maklervertrag hingegen ein den Vertragstyp bestimmendes Hauptmerkmal (RS0118755 [T3]).

Den AGB der Beklagten ist kein anderer Fall als die Vermittlung eines Tickets (also eines Veranstaltungsvertrags) zu entnehmen, in dem ihr ein Entgelt – das ua auch Servicegebühren umfassen kann – zustehen würde. Das einzige Interesse der Kunden an der Plattform und den Serviceleistungen der Beklagten – wie typischer Weise bei Kunden eines Maklers – liegt in der Vermittlung eines Vertrags. Noch so umfangreiche und sorgfältige Bemühungen im Zusammenhang mit der „Besorgung“ von Veranstaltungskarten würden keinen Kunden veranlassen, der Beklagten ohne die erfolgreiche Vermittlung des Zugangs zu einer Veranstaltung ein Entgelt zu versprechen.

Nach § 7 Abs 2 MaklerG entfällt der Anspruch des Maklers auf Provision, wenn und soweit feststeht, dass der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht aus-

geführt wird. Gemäß § 18 MaklerG kann unter anderem von dessen § 7 nicht zum Nachteil des Auftraggebers abgegangen werden. Die Anwendung des § 7 Abs 2 MaklerG setzt einen rechtswirksamen Abschluss des vermittelten Geschäfts voraus. Das Vertragsverhältnis befindet sich im Erfüllungsstadium. „Ausführung“ meint somit die Erfüllung der wechselseitigen Verbindlichkeiten aufgrund des rechtswirksamen Vertrags (*Humpel/Michtner in Illedits, Wohnrecht*<sup>4</sup> (2022) § 7 MaklerG Rz 22). Nach § 7 Abs 2 MaklerG entfällt der bereits „entstandene“ Provisionsanspruch wieder, wenn und soweit feststeht, dass der Vertrag zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber aus nicht vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird (5 Ob 182/04g).

**3.2.4.2.** Weiters betonte das OLG Wien in dieser Entscheidung, dass man auch nach den Regelungen eines Kommissionsgeschäft zum gleichen Ergebnis kommt.

Nach § 396 Abs 1 UGB hat der Kommissionär grundsätzlich nur im Falle der Ausführung des Geschäfts einen Provisionsanspruch, es sei denn, die Ausführung ist nur aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grund unterblieben. Auch dem Kommissionär soll also die Provision nur zustehen, wenn sich der wirtschaftliche Erfolg des Ausführungsgeschäfts realisiert hat, weshalb es nicht auf den Vertragsabschluss, sondern auf die Vertragserfüllung ankommt (siehe *Rauter/Merzo in Straube/Ratka/Rauter UGB*<sup>4</sup> § 396 Rz 2).

**3.2.4.3.** Diese Verpflichtungen umgeht die Beklagte mit den Klauseln 4 und 5. Sie schließen eine Rückerstattung des von den Kunden für die Vermittlung von Veranstaltungsverträgen bezahlten (Teil des) Entgelts auch für den Fall aus, in dem der vermittelte Veranstaltungsver-

trag aus nicht von den Kunden zu vertretenden Gründen nicht ausgeführt wird.

Die Klauseln widersprechen daher einer zwingenden gesetzlichen Bestimmung (§ 7 Abs 2 MaklerG), weichen aber zumindest vom dispositiven Recht (§ 396 Abs 1 UGB) als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs (RS0014676) zum Nachteil der Verbraucher ab. Eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers iSd § 879 Abs 3 ABGB ist in der Regel schon dann anzunehmen, wenn keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RS0016914). Eine solche sachliche Rechtfertigung ist im vorliegenden Fall nicht erkennbar.

**3.2.5.** Die Klauseln sind daher **unzulässig**.

**4.** Die Ermächtigung des Klägers zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs in der Samstagausgabe der „Kronen-Zeitung“ wird von der Beklagten in der Berufung nicht mehr in Frage gestellt.

**5.** Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 41, 50 ZPO.

**6.** Der Bewertungsausspruch orientiert sich an der unbedenklichen Bewertung des Klägers.

**7.** Die ordentliche Revision war zuzulassen, weil vom OGH noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche vorliegen, die regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind (vgl RS0121516).

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 5, am 27. Februar 2024

**Dr. Maria Schrott-Mader**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG

