



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Handelsgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Richter Dr. Hinek (Vorsitzender), Mag. Schimatschek und KR Hofstätter in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Dr. Gerhard Deinhofer, Dr. Friedrich Petri, Dr. Benedikt Wallner, Rechtsanwälte in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **IBERIA Lineas Aereas de Espana, S.A.** 1010 Wien, Opernring 1/E/2, vertreten durch Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH, in 1010 Wien, wegen EUR 1.170,- s.A. Über die Berufung der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 800,-) gegen das Urteil des Bezirksgerichtes für Handelssachen Wien vom 31.08.2012, 10 C 579/11m-13, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahingehend abgeändert, dass es insgesamt zu lauten hat wie folgt:

„1.) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Händen des Klagevertreters EUR 1.421,46 samt 4% Zinsen aus EUR 1.421,46 seit 31.10.2009 binnen 14 Tagen zu bezahlen.

2.) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.251,16 (darin Barauslagen EUR 92,- und 20% USt EUR 342,66) bestimmten Prozesskosten zu Händen des Klagevertreters binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei zu Händen des Klagevertreters die mit EUR 1.170,32 (darin Barauslagen EUR 518,- und 20 % USt EUR 108,72) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

#### Entscheidungsgründe:

Der Kläger stützte die mit Mahnklage geltend gemachten EUR 1.421,46 darauf, dass die Konsumenten ██████████ Z█████████ und ██████████ W█████████ bei der Beklagten online Flugtickets für eine Flug von Wien nach Madrid und retour gebucht hätten. Bei der Ankunft in Madrid hätten sie von der Annullierung des Rückfluges am 26.10.2009 erfahren. Sie haben den Rückflug nicht antreten können und einen Rückflug bei der Lufthansa bzw. Austrian Airlines über Frankfurt am Main nach Wien um EUR 621,46 gebucht, deren Rückzahlung begehrt wird. Die Ankunft in Wien habe sich um mehr als sechs Stunden verzögert gehabt. Die Konsumenten würden weiters einen Ausgleichsanspruch von je EUR 400,- haben. Die Konsumenten haben dem Kläger als einem der in § 29 KSchG genannten bevorrechteten Verbände ihren Anspruch zur Klagsführung abgetreten.

Die Beklagte bestritt unter Hinweis darauf, dass ein außergewöhnlicher Umstand zu der Annullierung geführt habe.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren teilweise Folge, erkannte die Beklagte schuldig, dem Kläger EUR 621,46 samt 4% Zinsen daraus seit 31.10.2009 zu bezahlen, und wies das Mehrbegehren auf Zahlung weiterer EUR 800,- samt 4% Zinsen daraus seit 31.10.2009 ab. In seiner Kostenentscheidung verpflichtete das Erstgericht die Beklagte, dem Kläger die mit EUR 91,- bestimmten Barauslagen zu ersetzen.

Es traf dazu auf den Seiten 3 und 4 Feststellungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Rechtlich kam das Erstgericht dazu, dass die Verordnung EG 261/2004 auf den von ██████████ W█████████ und ██████████ Z█████████ gebuchten Flug anwendbar sei. Ein Anspruch auf Ausgleichsleistung im Sinne des Art 7 der Verordnung bestehe dann nicht, wenn die Annullierung auf außergewöhnliche Umstände zurückzuführen sei, die sich auch nicht durch das Ergreifen aller zumutbaren Maßnahmen vermeiden hätten lassen (Art 5 Abs 3 VO 261/2004). Im Erwägungsgrund 14 der Verordnung werde als ein solcher Umstand ein den Betrieb des ausführenden Luftfahrtunternehmens beeinträchtigender Streik angeführt. Die Annullierung des Rückfluges sei nicht vermeidbar gewesen, obwohl die Beklagte nach den getroffenen Feststellungen alle ihr möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen habe, weswegen kein Ausgleichsanspruch bestehe. Gemäß Art 5 Abs 1 lit a VO 261/2004 würden von Annullierungen betroffenen Fluggästen jedoch Unterstützungsleistungen gemäß Art 8 VO 261/2004 gebühren, weswegen der Ersatz der Kosten des Rückfluges nach Wien zuzusprechen gewesen sei.

Gegen den klagsabweisenden Teil dieses Urteils richtet sich die Berufung des Klägers wegen

unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag das angefochtene Urteil im Sinne einer gänzlichen Klagsstattgebung abzuändern; in eventu wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Berufungswerber releviert, dass ausgehend von der Feststellungen, wonach *die Gewerkschaft des Kabinenpersonals der Beklagten bereits am 08.10.2009 einen Streik in Aussicht stellte; zum Streik am 22.10.2009 für Montag 26.10.2009 und Dienstag 27.10.2009 aufgerufen wurde; die Beklagte am 22.10.2009 erfuhr, dass der Flug IB3576 aufgrund des Streiks ausfallen wird; ihr die Erstellung eines Notfallflugplanes am 23.10.2009 nicht möglich war, weil Personal wegen der international vorgeschriebenen Ruhezeiten nicht so rasch bereit gestellt werden kann und zum Ersatz geeignete Flugzeuge wegen anderweitiger Benützung und Wartechecks nicht ad hoc verfügbar sind*, sich die rechtliche Beurteilung, wonach kein Ausgleichsanspruch gemäß Art 7 Abs 1 VO 261/2004 besteht, zweifach als unrichtig erweise.

Dass in Erwägungsgrund 14 der VO als ein außergewöhnlicher Umstand, der sich dann nicht hätte vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären, ein den Betrieb des ausführenden Luftfahrtunternehmens beeinträchtigender Streik angeführt werde, könne nicht undifferenziert für jede Art des Streiks gelten. So seien Bestimmungen, die eine Ausnahme von unionsrechtlichen Verbraucherschutzbestimmungen darstellen, eng auszulegen, sodass das vom Unionsgesetzgeber gewollte Schutzniveau gewahrt bleibe. In der deutschen Literatur werde zwischen angekündigten und spontanen Streiks unterscheiden und eine Haftungsbefreiung nur bei einem plötzlich stattfindenden Streik als außergewöhnlicher Umstand zugebilligt.

So sei es für Tonner unerheblich, ob innerhalb oder außerhalb des Luftfahrtunternehmens gestreikt werde. Er begründe dies damit, dass eine Differenzierung in Widerspruch zu Art 7 iVm Art 5 Abs 3 zu einer verschuldensunabhängigen Haftung führe. Er unterscheide vielmehr zwischen angekündigten oder spontanen Streiks und billige Luftfahrtunternehmen eine Haftungsbefreiung nur bei einem plötzlich stattfindenden Streik als außergewöhnlichem Umstand zu, auf den das Luftfahrtunternehmen nicht vorbereitet gewesen sei. So, wenn es ihm nicht vorhersehbar gewesen und ihm die nicht vollkommen unzumutbare Möglichkeit geblieben sei, auf den Streik zu reagieren. Bei angekündigter Arbeitsniederlegung des eigenen Personals sei das Luftfahrtunternehmen aber jedenfalls verpflichtet, notfalls (zeitgerecht) Ersatzpersonal einzusetzen (Tonner, Die EG-Verordnung über Ausgleichsleistungen bei Nichtbeförderung, Annullierung und großer Verspätung – ein wichtiger Beitrag des Rechts zur Qualitätssicherung im Luftverkehr, RRa 2004, 59, 60). Auch Zandke-Schaffhäuser unterscheide zwischen ordentlichem Arbeitskampf und unvorhersehbarem Streik: Ein Streik führe dann zur Haftungsbefreiung, wenn er unrechtmäßig oder nicht durch das Personal des Luftfahrtunternehmens durchgeführt werde. Den Entlastungsbeweis müsse aber jedenfalls das Luftfahrtunternehmen erbringen (vgl.

Zandke-Schaffhäuser, Meine Rechte als Fluggast, [www.schlichtungsstelle-mobilitaet.de](http://www.schlichtungsstelle-mobilitaet.de)). Schmid und Staudinger würden Störungen im Betriebsablauf ebenfalls als in der Risikosphäre des Luftfahrtunternehmens liegend ansehen, die nicht auf die Fluggäste abgewälzt werden sollten (vgl. Staudinger, Der Begriff Streik in der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, RRA 6/2006, 254 (256); so auch Schmid, NJW 2006, 1841, 1843, Fn.36).

Ausgehend von der Definition der höheren Gewalt, wonach ein außergewöhnlicher Umstand eingetreten sein muss, der sich auch bei Anwendung aller zumutbarer Maßnahmen nicht hätte vermeiden lassen, sei zunächst jedenfalls eine Unterscheidung danach vorzunehmen, ob sich der Streik innerhalb oder außerhalb des Luftfahrtunternehmens ereignet habe: Den Luftfahrtunternehmen sei einerseits ein vorausschauendes Management innerhalb des eigenen Unternehmens zumutbar. Andererseits könne diese Verpflichtung aber nur für innerhalb des Unternehmens angekündigte Streiks als zulässige Maßnahme des Arbeitskampfes gelten, nicht aber bei unangekündigten plötzlichen Streiks und schon gar nicht bei Streiks außerhalb des Betriebs. Eine Einflussnahme auf allfälliges Fremdverhalten läge völlig außerhalb der Realität und wäre denkunmöglich durchzusetzen. Das Luftfahrtunternehmen könne selbst nicht etwa als Fluglotse agieren oder für den bestreikten Flughafen Ersatzlotsen engagieren. Insofern stelle sich ein plötzlicher Streik außerhalb des Luftfahrtunternehmens für dieses als außergewöhnlicher Umstand im Sinne höherer Gewalt dar. Im Gegensatz dazu könne ein betriebsinterner, angekündigter Streik das Luftfahrtunternehmen nicht von der Haftung entbinden. Ein ordnungsgemäß arbeitendes Unternehmen habe für die angekündigte, also vorhersehbare Streikmaßnahmen in den eigenen Reihen jedenfalls Abhilfe zu schaffen. Dem Luftfahrtunternehmen stehe dafür beispielsweise die nicht vollkommen unzumutbare Möglichkeit der Beschaffung einer Ersatzcrew offen (Leitl, „Fluggastverordnung 2004“ [Dissertation], p.92 ff). Ausgehend von den erstgerichtlichen Feststellungen sei der betriebsinterne Streik 18 Tage vorher angekündigt gewesen und stelle somit keinen außergewöhnlichen Umstand dar.

Zunächst ist festzuhalten, dass das Erstgericht richtigerweise von der Anwendung der Verordnung (EG) Nr.261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleich und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 ausging. So gilt nach dem Artikel 3 (Anwendungsbereich) Abs 1 lit a der VO diese für Fluggäste, die auf Flughäfen im Gebiet eines Mitgliedsstaats, das den Bestimmungen des Vertrags unterliegt, einen Flug antreten. Sowohl der Flughafen Wien als auch der in Madrid liegen im Gebiet eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, wobei sich der vom Kläger relevierte Anspruch auf den Rückflug von Madrid nach Wien bezieht. Auch die weitere Bedingung nach dem Absatz 2

des Artikel 3 der VO, wonach die Fluggäste über eine bestätigte Buchung für den betreffenden Flug verfügen müssen, damit der Absatz 1 des Artikels 3 gilt, wurde vom Erstgericht zutreffend bejaht.

Gemäß Artikel 1 (*Gegenstand*) Abs 1 lit b) der VO werden durch diese Verordnung unter den in ihr genannten Bedingungen Mindestrechte für Fluggäste für den Fall der Annullierung des Flugs festgelegt. Im Artikel 5 (*Annullierung*) der VO werden nach dem Abs 1 lit. c) bei Annullierung eines Fluges den betroffenen Fluggästen vom ausführenden Luftfahrtunternehmen ein Anspruch auf Ausgleichsleistungen gemäß Artikel 7 eingeräumt, es sei denn, es liegen die Fälle des Artikel 1 lit.c) i), ii) oder iii) vor. Diese letzterwähnten Fälle, die zu einer Verneinung eines Anspruchs führen, wurden von der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren nicht eingewendet, weswegen darauf nicht einzugehen ist.

Nach dem Absatz 3 des Artikel 5 der VO ist ein ausführendes Luftfahrtunternehmen nicht verpflichtet, Ausgleichszahlungen zu leisten, wenn es nachweisen kann, dass die Annullierung auf außergewöhnliche Umstände zurückgeht, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären.

Im Berufungsverfahren wird vom Kläger im zweiten Punkt releviert, das entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichts der festgestellte Streik keine „außergewöhnlichen Umstände“ darstellt und bereits deswegen ein Ausgleichsanspruch des Klägers nach Artikel 7 (*Ausgleichsanspruch*) Abs 1 lit b) zu bejahen sei.

Zu den „außergewöhnlichen Umständen“ nach Artikel 5 Absatz 3 der VO im Zusammenhang mit einem Streik ist auszuführen wie folgt:

Der EuGH befasste sich in der Vergangenheit mit dem in Artikel 5 Abs 3 der VO Nr. 261/2004 verwendeten Tatbestand der „außergewöhnlichen Umstände“ im Zusammenhang mit aufgetretenen technischen Problemen (Urteil des EuGH vom 22.12.2008 zu C549/07 Wallentin-Hermann gegen Alitalia; Urteil des EuGH vom 19.11.2009 in den verbundenen Rechtssachen zu C-402/07 und C-432/07 Sturgeon u.a. gegen Condor Flugdienst GmbH sowie Böck und Lepuschitz gegen Air France SA), aber nicht damit, ob ein das Luftfahrtunternehmen betreffender Streik als „außergewöhnliche Umstände“ zu qualifizieren ist. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass in der Rechtssache zu C-22/11 vom 04.10.2012 (Finnair Oyi gegen Timy Lasso), auf die auch in RZ 2012,190 (Leitl, Die VO [EG Nr.261/2004) verwiesen wird, der EuGH im zweiten Punkt seines Urteils festhält, dass Art.2 Buchst. J und Art.4 Abs 3 der Verordnung Nr.261/2004 dahingehend auszulegen sind, dass das Eintreten „außergewöhnlicher Umstände“, die ein Luftfahrtunternehmen dazu veranlassen, Flüge umzuorganisieren, nachdem diese Umstände vorgelegen haben, weder die „Nichtbeförderung“ auf einem dieser nachfolgenden Flüge rechtfertigen noch das

betreffende Luftfahrtunternehmen von seiner Ausgleichsverpflichtungen nach Art 4 Abs 3 der Verordnung Nr.261/2004 gegenüber dem Fluggast befreien kann, dem es die Beförderung auf einem dieser Flüge verweigert, die durchgeführt werden, nachdem die genannten Umstände vorgelegen haben. Dem Sachverhalt zu C-22/11 lag zwar ein Streik zugrunde, der zu einer Umorganisation der Flüge durch das Luftfahrtunternehmen führte, wobei der Streik der Entscheidung als „außergewöhnliche Umstände“ vorausgesetzt wurde, ohne dass in der Entscheidung darauf einzugehen war, wodurch der Streik zu außergewöhnlichen Umständen führte.

Im Erwägungsgrund 14 der Verordnung 261/2004 wird festgehalten, dass wie nach dem Übereinkommen von Montreal die Verpflichtungen für ausführende Luftfahrtunternehmen in den Fällen beschränkt oder ausgeschlossen sein sollten, in denen ein Vorkommnis auf außergewöhnliche Umstände zurückgeht, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären. 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* eintreten.

Für die Frage, ob ein Streik als „außergewöhnliche Umstände“ nach Artikel 5 Absatz 3 anzusehen ist, können die in den Entscheidungen C549/07 Wallentin-Hermann gegen Alitalia und zu C-402/07 und C-432/07 Sturgeon u.a. gegen Condor Flugdienst GmbH sowie Böck und Lepuschitz gegen Air France SA angestellten Erwägungen herangezogen werden.

Der Begriff der „außergewöhnliche Umstände“ wird weder in Art. 2 (*Begriffsbestimmungen*) der Verordnung Nr. 261/2004 noch in den anderen Artikeln dieser Verordnung definiert.

Nach ständiger Rechtsprechung sind Bedeutung und Tragweite von Begriffen, die das Gemeinschaftsrecht nicht definiert, entsprechend ihrem Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und unter Berücksichtigung des Zusammenhangs, in dem sie verwendet werden, und der mit der Regelung, zu der sie gehören, verfolgten Ziele zu bestimmen. Stehen diese Begriffe in einer Bestimmung, die eine Ausnahme von einem Grundsatz oder, spezifischer, von gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften darstellt, so sind sie außerdem eng auszulegen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. März 2005, easyCar, C-336/03, Slg.2005, I-1947, Randnr 21 und die dort angeführte Rechtsprechung ). Zudem können die Erwägungsgründe eines Unionsrechtsakts seinen Inhalt präzisieren und sind daher zur Auslegung heranzuziehen (vgl. in diesem Sinne u.a. Urteil vom 10.Januar 2006 IATA und ELFAA C-344/04, Slg. 2006, I-403, Randnr. 76; Urteil des EuGH vom 22.12.2008 zu C549/07 Wallentin-Hermann gegen Alitalia Randnr. 16-18).

Demnach ist der Inhalt und Reichweite des Tatbestands „außergewöhnliche Umstände“ im Wege der Auslegung des Art. 5 Abs 3 der Verordnung zu ermitteln. Diese erfolgt nach den Ausführungen in den Randnummer 17 zu C549/07 Wallentin-Hermann gegen Alitalia durch Wortinterpretation, sowie systematische und teleologische Auslegung.

Die Ziele, die mit Art. 5 der Verordnung Nr. 261/2004 verfolgt werden, der die Verpflichtungen des ausführenden Luftfahrtunternehmens im Fall der Annullierung eines Fluges festlegt, ergeben sich insoweit klar aus dem ersten und zweiten Erwägungsgrund dieser Verordnung, wonach die Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich des Luftverkehrs u.a. darauf abzielen sollten, ein hohes Schutzniveau für Fluggäste sicherzustellen und den Erfordernissen des Verbraucherschutzes im Allgemeinen Rechnung zu tragen, da die Annullierung von Flügen für die Fluggäste ein Ärgernis ist und ihnen große Unannehmlichkeiten verursacht (vgl. in diesem Sinne Urteil IATA und ELFAA, Randnr. 69).

Wie aus dem zwölften Erwägungsgrund und Art.5 der Verordnung Nr.261/2004 hervorgeht, wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber das Ärgernis und die Unannehmlichkeiten, die Fluggästen durch die Annullierung von Flügen entstehen, verringern, indem er die Luftfahrtunternehmern veranlasst, Annullierungen im Voraus anzukündigen und unter bestimmten Umständen eine anderweitige Beförderung anzubieten, die bestimmten Kriterien entspricht. Für den Fall, dass die Luftfahrtunternehmen solche Maßnahmen nicht ergreifen können, wollte der Gemeinschaftsgesetzgeber, dass sie den Fluggästen einen Ausgleich leisten, sofern die Annullierung nicht auf außergewöhnliche Umstände zurückgeht, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären.

In diesem Zusammenhang zeigt sich klar, dass, wenn Art. 5 Abs.1 Buchst. C der Verordnung Nr.261/2004 den Grundsatz aufstellt, dass Fluggäste bei Annullierung eines Fluges Anspruch auf Ausgleichleistungen haben, Art. 5 Abs 3, der die Voraussetzungen festlegt, unter denen das ausführende Luftfahrtunternehmen von der Zahlung des entsprechenden Ausgleichs befreit ist, als Ausnahme von diesem Grundsatz anzusehen ist. Demzufolge ist diese letztgenannte Bestimmung eng auszulegen.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat, wie aus dem 14. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 261/2004 hervorgeht, dazu anzugeben, dass solche Umstände insbesondere bei politischer Instabilität, mit der Durchführung des betreffenden Fluges nicht zu vereinbarenden Wetterbedingungen, Sicherheitsrisiken, unerwarteten Flugsicherheitsmängeln und den Betrieb eines Luftfahrtunternehmens beeinträchtigenden Streiks eintreten können.

Aus dieser Angabe in den Erwägungsgründen der Verordnung Nr.261/2004 geht hervor, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die genannten Vorkommnisse, deren Aufzählung im Übrigen



nur Hinweischarakter hat, nicht selbst als außergewöhnliche Umstände angesehen hat, sondern nur ausdrücken wollte, dass sie solche Umstände eintreten lassen können. Daraus folgt, dass nicht alle Umstände, die mit solchen Vorkommnissen einhergehen, unbedingt Gründe für eine Befreiung von der in Art. 5 Abs 1 Buchst. c dieser Verordnung niedergelegten Ausgleichspflicht darstellen.

Wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber „unerwartete Flugsicherheitsmängel“ in die entsprechende Aufzählung aufgenommen hat und ein technisches Problem eines Flugzeugs zu solchen Mängeln gezählt werden kann, können die Umstände im Zusammenhang mit einem solchen Vorkommnis nichtsdestoweniger nur dann als „außergewöhnlich“ im Sinne von Art. 5 Abs. 3 der Verordnung Nr. 261/2004 qualifiziert werden, wenn sie ein Vorkommnis betreffen, das wie die im 14. Erwägungsgrund dieser Verordnung aufgezählten nicht Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit des betroffenen Luftfahrtunternehmens ist und aufgrund seiner Natur oder Ursache von ihm tatsächlich nicht zu beherrschen ist (so auch in den verbundenen Rechtssachen zu C-402/07 und C-432/07 Sturgeon u.a. gegen Condor Flugdienst GmbH sowie Böck und Lepuschitz gegen Air France SA).

So verneinte der EuGH bei „technischen Problemen“ das Vorliegen von außergewöhnlichen Umständen bei Problemen, die in Folge einer unterbliebenen Wartung auftreten, und bejaht solche, wenn etwa der Hersteller der Maschinen, aus denen die Flotte des betroffenen Luftfahrtunternehmens besteht, mit einem versteckten Fabrikationsfehler behaftet ist.

In Übereinstimmung mit den obzitierten Ausführungen des EUGH in der Rechtssache Wallentin-Hermann gegen Alitalia und Sturgeon u.a. gegen Condor Flugdienst GmbH sowie Böck und Lepuschitz gegen Air France SA ist dem Berufungswerber darin beizupflichten, dass ein Streik für sich allein keine „außergewöhnlichen Umstände“ nach Artikel 5 Abs 3 der VO begründet. Vielmehr ist zu differenzieren.

Durch die beispielhafte Aufzählung des Streiks im Erwägungsgrund 14 der Verordnung Nr. 261/2004 kann dieser aber ein Vorkommnis sein, das etwa im Zusammenhalt mit seinem Verlauf, seiner Reichweite *„nicht Teil der normalen Ausübung der Tätigkeit des betroffenen Luftfahrtunternehmens ist“* und somit „außergewöhnliche Umstände“ begründet. Zu denken wäre etwa, wenn der spontane Aufruf zum Streik bei einem hohen gewerkschaftlichen Organisationsgrad zur Arbeitsniederlegung nahezu aller Piloten eines Flugunternehmens führt. Keinesfalls kann man mit der bloßen Abgrenzung, ob betriebsinterner oder externer Streik, dazu kommen, dass „außergewöhnliche Umstände“ im Sinne der Verordnung vorliegen oder nicht. Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass weder der Wortlaut des Art. 5 Abs 3 der Verordnung noch Erwägungsgrund 14 oder der Sinn und Zweck der Verordnung für eine solche Unterscheidung einen Anhaltspunkt bieten (siehe auch Führich in RRA 2/2010; BGH Urteil vom 21.12.2012 zu X ZR 138/11 und X ZR 146/11). Überdies ist auch für den Streik zu

zu berücksichtigen, dass die im 14. Erwägungsgrund erwähnten Vorkommnisse, die nicht Teil der Ausübung der Tätigkeit des Luftfahrtunternehmens sind, nur dann als außergewöhnlich zu betrachten, sofern sie *„aufgrund ihrer Natur oder Ursache von ihm tatsächlich nicht zu beherrschen sind“*.

Der Berufungswerber moniert im Punkt 2.5 ihrer Berufungsschrift, dass ausgehend von den erstgerichtlichen Feststellungen der Streik keine „außergewöhnlichen Umstände“ darstelle. Damit releviert der Kläger, dass die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen nicht die rechtliche Beurteilung, die Annullierung sei auf außergewöhnliche Umstände zurückzuführen, zulassen.

Wenn unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht wurde, hat das Rechtsmittelgericht die rechtliche Beurteilung nach allen Richtungen hin zu untersuchen und nicht nur die Lösung jener Rechtsfragen zu überprüfen, die von der Berufung aufgegriffen werden (Klauser/Kodek<sup>17</sup> ZPO, § 462, E16). Ausgehend von einer gesetzmäßig ausgeführten Rechtsrüge ist die rechtliche Beurteilung daher insgesamt zu prüfen. Sogenannte überschießende Feststellungen der ersten Instanz, die an sich nicht durch ein entsprechendes Prozessvorbringen gedeckt sind, können nach älterer Rechtsprechung bei der rechtlichen Beurteilung nicht unberücksichtigt bleiben (RS0037972).

Nach der nunmehrigen Rechtsprechung sind sogenannte überschießende Feststellungen, die in den Prozessbehauptungen der Parteien keine Deckung finden, bedeutungslos und unbeachtlich (RS0037972 [T6,T7,T9 und T14]). Die Frage, ob Feststellungen als überschießend außer Betracht zu bleiben haben, oder ob sie zu berücksichtigen sind, ist eine solche der rechtlichen Beurteilung (RS0036933 [T10,T11,T12]; RS0037972). Das Vorliegen überschießender Feststellungen kann daher im Zuge der Rechtsrüge vom Berufungsgericht aufgegriffen werden.

„Überschießende Feststellungen“ sind bei der Entscheidung nach stRsp des OGH nur dann zu verwerten, wenn sie in den Rahmen geltend gemachter Klagegründe oder erhobener Einwendungen fallen (Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 502 ZPO Rz 99 mwN).

Aus § 178 ZPO ist kein Grundsatz abzuleiten, dass die materielle Wahrheit amtswegig zu erforschen wäre, gewährleistet soll bloß sein, dass die Parteien die tatsächlichen Umstände zur Klärung des - nach dem Dispositionsgrundsatz - von ihnen selbst begrenzten Streitgegenstands vollständig und bestimmt angeben. Diesem Anliegen dient die Erfüllung der richterlichen Pflicht zur materiellen Prozessleitung. Es muss allerdings keine Anleitung zur Geltendmachung eines bisher nicht ausgeführten Rechtsgrundes erfolgen (Zechner aaO). Eine Verwertung solcher Feststellungen in Verfahren, die dem Dispositionsgrundsatz unterliegen, verletzt schutzwürdige Interessen der dadurch belasteten Partei.

Ausgangspunkt dafür, ob nun im konkreten Fall überschießende Feststellungen vorliegen, die das Erstgericht für sein rechtliche Beurteilung nicht verwerten durfte, ist die Frage, aufgrund welcher rechtsvernichtenden Einwendung des materiellen Rechts welche Behauptungslast die Beklagte traf und welches Vorbringen korrespondierend dazu tatsächlich von ihr im erstgerichtlichen Verfahren erstattet wurde.

Zur Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen von „außergewöhnlichen Umständen“ gemäß Artikel 5 Absatz 3 der Verordnung ist festzuhalten, dass sich aus der Formulierung des Artikels („...,wenn es nachweisen kann,...“) ergibt, dass die Beweislast und denklogisch vorausgesetzt die Behauptungslast für Befreiungsgründe beim Luftfahrtunternehmen liegt (Uitz in Zak 2009,231).

Im Einspruch (ON 3) bestritt die Beklagte das Vorliegen einer Buchung, bzw eines Beförderungsvertrages mit █████ █████ Z█████ und █████ █████ W█████ In der Tagsatzung vom 03.01.2011 wurde von der Beklagten vorgebracht, dass der Streik zwar einige Tage zuvor allgemein angekündigt gewesen sei, Zeitpunkt, Ort, Dauer des Streiks sowie konkrete Streikmaßnahmen seien nicht angekündigt gewesen. Diese seien an die Beklagte kurzfristig, also wenige Stunden zuvor, bekannt gegeben worden. Die Beklagte habe sohin keine Möglichkeit gehabt, einen Notfallplan oder Notdienst einzurichten. Es sei im vorliegenden Fall sehr wohl von einem außergewöhnlichen Umstand, der zur Annullierung geführt habe, auszugehen. Den beiden Zeugen Z█████ und W█████ sei im Übrigen ein Ersatzticket angeboten worden, wenn sie zum Schalter der Beklagten in Madrid gekommen wären und ihr Ticket vorgewiesen hätten. █████ H████ könne aus den minutiösen Aufzeichnungen nachvollziehen, welche Anfragen auch durch diese Zeugen gestellt worden wären. Ebenso seien andere Passagiere, die ihr Ticket vorgezeigt hätten, mit anderen Flügen nach Wien mitgenommen worden. In der Tagsatzung vom 09.05.2012 brachte die Beklagte vor, dass sie alles gemacht habe, um weitere Verspätungen und auch weitere Schäden zu vermeiden.

Ein konkretes Vorbringen, wann die Beklagte erstmals vom Streik erfuhr und so bei ihr bekannt war, welche Flüge davon betroffen waren, weiters dazu, dass sie aufgrund dessen weder in zeitlicher noch personeller Hinsicht die Möglichkeit hatte, darauf hinsichtlich des konkret betroffenen Fluges zu reagieren, welches Personal der Beklagten (Flugbegleiter, Piloten) in welchem Umfang, gemessen am gesamt zur Verfügung stehenden Personal, streikte und daher für die Durchführung der vom Streik betroffenen Flüge nicht zur Verfügung stand und inwieweit der Streik nicht beherrschbar war, wurde nicht erstattet, sodass die vom Berufungswerber zitierten erstgerichtlichen Feststellungen für die rechtliche Qualifizierung von „außergewöhnlichen Umständen“ ohne ausreichend substantiiertes Tatsachenvorbringen vom Erstgericht getroffen wurden. Daher sind nach den obigen Rechtsausführungen die vom

Erstgericht getroffenen Feststellungen bedeutungslos, sodass nicht vom Vorliegen eines Streiks im Sinne von „außergewöhnlichen Umständen“ gemäß Artikel 5 Absatz 3 auszugehen ist. Daher ist dem Berufungswerber im Ergebnis darin zuzustimmen, dass keine außergewöhnlichen Umstände vorliegen, die dem Anspruch nach Artikel 7 entgegenstehen.

Es ist aber auch den Ausführungen des Berufungswerbers im Punkt 3. seiner Berufung zuzustimmen, wo er zusammengefasst moniert, dass die Beklagte zum Ergreifen zumutbarer Maßnahmen, mit denen sich die außergewöhnlichen Umstände nicht hätten vermeiden lassen, weder Behauptungen aufgestellt noch Beweise angeboten habe.

So verlangt Artikel 5 Abs 3 der Verordnung nicht nur das Vorliegen von „außergewöhnlichen Umständen“, sondern auch, dass diese sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären, damit sich das Luftfahrtunternehmen von einem Ausgleichsanspruch nach Artikel 7 befreien kann.

Es ist neuerlich darauf hinzuweisen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht alle außergewöhnlichen Umstände als Gründe für eine Befreiung von der Verpflichtung, den Fluggästen im Fall der Annullierung eines Fluges Ausgleich zu leisten, festlegen wollte, sondern nur diejenigen, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen worden wären.

Da nicht alle außergewöhnlichen Umstände zu einer Befreiung führen, obliegt es demnach demjenigen, der sich darauf berufen möchte, darüber hinaus den Nachweis zu führen, dass sie sich jedenfalls nicht durch der Situation angepasste Maßnahmen hätten vermeiden lassen, d.h. solche, die zu dem Zeitpunkt, zu dem die entsprechenden außergewöhnlichen Umstände auftreten, für das betroffene Luftfahrtunternehmen insbesondere in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht tragbar sind.

Dieses hat nämlich nachzuweisen, dass es ihm auch unter Einsatz aller ihm zur Verfügung stehenden personellen, materiellen und finanziellen Mittel offensichtlich nicht möglich gewesen wäre, ohne angesichts der Kapazitäten des Unternehmens zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht tragbare Opfer die außergewöhnlichen Umstände zu vermeiden, mit denen es konfrontiert war und die zur Annullierung geführt haben (C549/07 Wallentin-Hermann gegen Alitalia, Randnummer 39 bis 41).

Welche Maßnahmen einem ausführenden Luftverkehrsunternehmen zuzumuten sind, also in persönlicher, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht erwartet werden können, um zu vermeiden, dass außergewöhnliche Umstände zur Annullierung eines bestimmten Fluges führen, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls zu diesem Zeitpunkt (EuGH, Wallentin-Hermann/Alitalia Rn.42; Urteil vom 12.AMi 2011-Rs.C-294/10, NJW 2011, 2865=RRa 2011, 125 Rn.25, 29f. - Eglitis und Ratnieks). Der Gerichtshof geht von einem

flexiblen und vom Einzelfall abhängigen Begriff der zumutbaren Maßnahme aus, wobei es Sache des nationalen Gerichts ist zu beurteilen, ob in dem ihm vorliegenden Fall angenommen werden kann, dass das Luftverkehrsunternehmen die der Situation angemessenen Maßnahmen getroffen hat (EuGH, Eglitis und Ratnieks, Rn.30). Auch bei einer streikbedingten Beeinträchtigung des Flugplans sind demgemäß die konkreten Umstände des Einzelfalls maßgeblich.

Somit obliegt es dem Luftfahrtunternehmen, darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass es ihm auch unter Einsatz aller ihm zur Verfügung stehenden personellen, materiellen und finanziellen Mittel offensichtlich nicht möglich gewesen wäre, ohne nicht tragbare Opfer die außergewöhnlichen Umstände zu vermeiden, die zur Annullierung des Fluges geführt haben (Helga Kober-Dehm/ Gabriela Schuster, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Personenbeförderungs- und Reiserecht, RRa 6/2011 S.266 ff). Von der Beklagten wurden in erster Instanz keine konkreten Behauptungen dazu aufgestellt, inwiefern sie versuchte für den konkret annullierten Flug betriebsintern oder extern einen Ersatzflug zu organisieren und woran die Bereitstellung eines solchen Fluges im konkreten scheiterte. Insofern kam die Beklagte der vom EuGH für den konkreten Einzelfall geforderten Darlegungs- bzw. Behauptungslast nicht nach, sodass insgesamt der Befreiungstatbestand des Artikels 5 Abs 3 zu verneinen ist.

Der berechtigten Berufung war daher Folge zu geben.

Die Entscheidung über die Prozesskosten erster Instanz beruht auf § 41 Abs 1 ZPO.

Die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren gründet sich auf die §§ 50 und 41 Abs 1 ZPO.

Die Bemessungsgrundlage mit EUR 4.500,- für das Verfahren erster und zweiter Instanz gründet sich in § 10 Abs 6b. RATG.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision gründet sich auf die §§ 502 Abs 5 Z 3 und 502 Abs 3 ZPO. Eine Rechtsfrage im Sinn des § 502 Abs 1 war nicht zu lösen, da die Entscheidung auf einer Auslegung des Artikel 5 Abs 3 der Verordnung und der sich daraus ergebenden prozessualen Behauptungs- und Beweislast gründet, die auf der zitierten Judikatur basiert und im Einzelfall vorzunehmen war.

Handelsgericht Wien  
1030 Wien, Marxergasse 1a  
Abt.1, am 28.8.2013  
**Dr. Andreas HINEK**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG