



REPUBLIK ÖSTERREICH
HANDELSGERICHT WIEN

11 CG 89/16 z - 25

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Marxergasse 1a
1030 Wien

Tel.: +43 1 51528

ENDURTEIL:

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr Alexander Sackl in der

RECHTSSACHE:

Klagende Partei

Verein für Konsumenteninformation
Linke Wienzeile 18
1060 Wien

vertreten durch:

Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte
KG
Ölzeltgasse 4
1030 Wien
Tel: +43 1 713 61 92

Beklagte Partei

CTS Eventim Austria GmbH
Heumühlgasse 11
1040 Wien

vertreten durch:

Noll, Keider Rechtsanwalts GmbH
Schellinggasse 3
1010 Wien
Tel: 512 44 10

Wegen: Unterlassung und Urteilsveröffentlichung

nach mündlicher Streitverhandlung zu Recht:

1. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

- Wenn Sie print@home, unser Ticket zum sofortigen Ausdruck, gewählt haben, wird Ihnen eine Servicegebühr von 2,50 EUR berechnet.
- Für mobile tickets wird eine Service-Gebühr von 2,50 EUR berechnet.
- Wenn Sie Hinterlegung an der Abendkasse ausgewählt haben, wird Ihnen eine Servicegebühr von 2,90 EUR berechnet.
- Hinterlegung in einer Libro-Filiale: Die Service Gebühr beträgt 1,90.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen; sie ist ferner schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen;

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung sowie den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens des Urteils des Handelsgerichtes Wien vom 27.7.2017, GZ 11 Cg 89/16z-11, binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.
3. Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger binnen 14 Tagen die mit EUR 17.414,88 bestimmten Verfahrenskosten (darin enthalten EUR 1.389,- an Pauschalgebühren und EUR 2.670,98 an USt) zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der Kläger ist ein gemäß § 29 KSchG zur Erhebung von Unterlassungsansprüchen nach §§ 28 f KSchG befugter Verband. Die Beklagte betreibt ein Ticketservice insbesondere unter der Bezeichnung „Ö-Ticket“ und bietet ihre Leistungen im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Dabei tritt sie auch laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Sie ist daher Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG. Die beklagte Partei verwendet im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, bzw. in Vertragsformblättern die nachstehend genannten Klauseln:

- Wenn Sie print@home, unser Ticket zum sofortigen Ausdruck, gewählt haben, wird Ihnen eine Servicegebühr von 2,50 EUR berechnet.
- Für mobile tickets wird eine Service-Gebühr von 2,50 EUR berechnet.
- Wenn Sie Hinterlegung an der Abendkasse ausgewählt haben, wird Ihnen eine Servicegebühr von 2,90 EUR berechnet.

- Hinterlegung in einer Libro-Filiale: Die Service Gebühr beträgt 1,90.
- oeticket-Tarif-Hinterlegungsgebühr: Hinterlegung oeticket Center EUR 1,90 (je Auftrag unabhängig von der Anzahl der Tickets).

Mit Urteil vom 27.7.2017, GZ 11 Cg 89/16z-11 wurde der Beklagte die Verwendung sämtlicher Klauseln untersagt und die Urteilsveröffentlichung angeordnet. Einer dagegen erhobenen Berufung wurde nicht Folge gegeben. Gegen das Berufungsurteil wurde Revision erhoben. Dieser wurde teilweise Folge gegeben und die angefochtene Entscheidungen, soweit sie die Klausel „oeticket-Tarif-Hinterlegungsgebühr: Hinterlegung oeticket Center EUR 1,90 (je Auftrag unabhängig von der Anzahl der Tickets)“ betrifft, einschließlich der Urteilsveröffentlichung als Teilurteil bestätigt. Im Übrigen wurden die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben. Genstand dieses Endurteils sind daher noch die Unterlassungsansprüche betreffend der übrigen Klauseln sowie die darauf bezüglichen Veröffentlichungsansprüche.

Parteienvorbringen:

Der Kläger begehrt die Beklagte schuldig zu erkennen, die Verwendung der oben dargestellten Klauseln oder sinngleicher Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu unterlassen und es weiters zu unterlassen, sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen. Zudem stellt er ein Urteilsveröffentlichungsbegehren. Die fünf Klauseln seien überraschend und nachteilig iSd § 864a ABGB sowie gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Zudem sei die Preisgestaltung der Beklagten intransparent.

Die Beklagte bestritt die Rechtswidrigkeit der Klauseln. Die von ihr veranschlagten Kosten der jeweiligen Zustellart resultierten nach betriebswirtschaftlichen Überlegungen aus den dafür jeweils von ihr getätigten Investitionen, Aufwendungen bzw Kosten. Nach der Entscheidung des OGH brachte die Beklagte vor, dass es sich bei den Aufwendungen der Beklagte um Aufwendungen für eine komplexe Softwarelösung handele, bei der die reinen Versandkosten nicht vorgebracht werden können.

Rechtlich folgt:

1. Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 25.4.2018, 9 Ob 8/18v im vorliegenden Verfahren wie folgt ausgeführt:

„.....

III. Eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach § 879 Abs 3 ABGB jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Für die Klauselkontrolle sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen. Es reicht nicht aus, dass eine Klausel den anderen benachteiligt, sondern die Benachteiligung muss (unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles) gröblich sein. Bei der Abweichung einer Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften liegt gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners schon dann vor, wenn sie unangemessen ist (RIS-Justiz RS0016914 [T1]). Liegt kein dispositives Recht vor, entspricht die Gröblichkeit der Benachteiligung iSv Abs 3 hingegen der Auffälligkeit des Leistungswertmissverhältnisses iSv § 879 Abs 2 Z 4 ABGB. Diesfalls kommt es somit auf das Vorliegen einer übermäßigen, leicht erkennbaren Äquivalenzstörung, die nicht durch die besonderen Umstände des Falles gerechtfertigt ist, an (Krejci in Rummel/Lukas, ABGB4 § 879 Rz 358, 381 mwN). Grundsätzlich hat jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen (RIS-Justiz RS0037797; RS0039939). Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 879 Abs 3 ABGB muss im Verbandsprozess damit der Verband unter Beweis stellen.

III.1. Im vorliegenden Fall können die Verbraucher bei der Beklagten Tickets (Eintrittskarten) für Theater, Konzerte, Sportveranstaltungen und dergleichen erwerben. Veranstalter der Theater, Konzerte usw ist unstrittig ein Dritter (also nicht die Beklagte). Mit Eintrittskarten ist nach Art der unvollkommenen Inhaberpapiere ein übertragbares Recht des Inhabers gegen den Aussteller (hier: Veranstalter der Theater, Konzerte usw) verknüpft (Ehrenzweig/Mayrhofer, Schuldrecht AT3 246 f; zu Fahrkarten vgl 2 Ob 206/11z [in Punkt 2.3.]). Der Aussteller einer Eintrittskarte gibt zu erkennen, dass er dem jeweiligen Inhaber zur Leistung verpflichtet sein will (Richardi, Wertpapierrecht 72, 93 f). Die Eintrittskarten haben in der Regel Wertpapiercharakter, weil die in ihnen verbriefte Forderung nach den Verkehrsgepflogenheiten nur unter Vorlage des Papiers geltend gemacht werden kann (Marburger in Staudinger [2015] § 807 BGB Rz 2). Eintrittskarten sind damit wertpapierähnlich (Ehrenzweig/Mayrhofer, Schuldrecht AT3 247), sofern sie nicht im Einzelfall sogar tatsächlich ein Wertpapier sein sollten (vgl Keinert, Handbuch des Wertpapierrechts nach österreichischem und deutschem Recht I Rz 132: „zumeist Wertpapiere“). All dem entspricht, dass Eintrittskarten – so wie auch Wertpapiere (Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1. 05 § 1054 Rz 8; Apathy/Perner in KBB5 § 1054 Rz 3; vgl auch Philadelphia, Zur Gewährleistung beim Erwerb von Wertpapieren, in Welser [Hrsg], Haftung bei

Wertpapierveräußerung II [2017] 71 [75 ff] – Gegenstand eines Kaufs sein können (zumindest implizit: 4 Ob 63/94; 6 Ob 160/00y; 9 Ob 86/15k [in Punkt 4.2.]; zu Weitergabe durch anschließendes Tauschen, Verkaufen oder Schenken vgl VwGH 2005/15/0117; zum dt Recht vgl jüngst Wilkens/Müller-Eiselt, Rechtsnatur und Weiterveräußerbarkeit von Eintrittskarten, SpuRt 2018, 46 mwH).

III.2. Einem „Ticketservice“, wie es die Beklagte betreibt, liegt entweder ein Kommissionärsmodell zugrunde, bei dem das Ticketservice als Kommissionär der Veranstalter tätig wird und es den Verkauf der Eintrittskarten im eigenen Namen für Rechnung der Veranstalter durchführt. Oder das Ticketservice verkauft die Eintrittskarten ausschließlich im Namen und für Rechnung der Veranstalter, wofür es sich von diesen Vertretungsmacht einräumen lässt (dt Bundeskartellamt B 6 35/17 = BeckRS 2017, 143034 Rz 21, 58).

III.3. Die AGB der Beklagten beginnen mit folgender Präambel (Beilage ./C; vgl RIS-Justiz RS0121557 [T3]): „Die CTS EVENTIM AUSTRIA GmbH ist nicht selbst Veranstalter der angebotenen Veranstaltungen. Diese werden durch den jeweiligen Veranstalter durchgeführt, der auch Aussteller der Tickets ist. Die Leistungen im Zusammenhang mit dem Veranstaltungsbesuch schuldet ausschließlich der Veranstalter gegenüber dem Karteninhaber (Kunden). Möglicherweise gelten für diese rechtlichen Beziehungen eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen des Veranstalters. Die CTS EVENTIM AUSTRIA GmbH ist bei Veranstaltungen in Österreich lediglich Besorger, bei Veranstaltungen im Ausland lediglich Vermittler der Eintrittskarten, es sei denn, sie ist im Einzelfall ausdrücklich selbst als Veranstalter ausgewiesen. Mit der Bestellung von Tickets beauftragt der Kunde die CTS EVENTIM AUSTRIA GmbH mit der Abwicklung des Kartenkaufes einschließlich Versand. Hinsichtlich des Kartenkaufes tritt der Kunde mit CTS EVENTIM AUSTRIA GmbH in eine Vertragsbeziehung.“ Hieraus ergibt sich, dass die Beklagte bei Veranstaltungen in Österreich die Eintrittskarten „besorgt“, bei Veranstaltungen im Ausland hingegen grundsätzlich nur „vermittelt“. Wenn nach dem letzten Satz der Präambel der Kunde „hinsichtlich des Kartenkaufes mit der Beklagten in eine Vertragsbeziehung tritt“ und zudem nach Punkt VII. Der AGB Beilage ./C (vgl erneut RIS-Justiz RS0121557 [T3]) die Beklagte sich bei einem Verbraucher „das Eigentum an der Kaufsache bis zur vollständigen Zahlung des Rechnungsbetrags vorbehält“, muss all dies dahingehend verstanden werden, dass die Beklagte zumindest in Hinsicht auf Veranstaltungen in Österreich selbst als Verkäufer der Eintrittskarten gegenüber dem einzelnen Verbraucher als Käufer auftritt. Zumal den AGB nicht zu entnehmen ist, dass die Beklagte den jeweiligen Veranstalter lediglich vertreten würde, ist von einem

Kommissionärsmodell auszugehen. Soweit die Vorinstanzen davon ausgehen, die Beklagte sei lediglich Vermittler, vermag sich der Senat dem daher nicht anzuschließen.

III.4. Die Ausnahme von der im § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle – die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten – ist möglichst eng zu verstehen (RIS-Justiz RS0016908 [T24]). Hauptleistungspflicht des Verkäufers beim Kaufvertrag ist die Übereignung der Kaufsache. Wie noch zu zeigen sein wird, liegt hier in Hinsicht auf die Klauseln 1 bis 4 ein Versandungskauf vor, in Hinsicht auf die Klausel 5 eine Holschuld. Wenn die Beklagte für die Versendung der Eintrittskarten eine Gebühr verlangt (Klauseln 1 bis 4), so betrifft dies allein eine Nebenleistung iSd § 879 Abs 3 ABGB. Gleiches gilt, wenn sie für das Bereitstellen der Eintrittskarten in einem ihrer Servicecenter eine Gebühr verlangt (Klausel 5). Nebenleistungen sind durch § 879 Abs 3 ABGB von der Inhaltskontrolle nicht ausgenommen, sodass die Zulässigkeit der fünf Klauseln anhand dieser Bestimmung zu prüfen ist.

III.5. In Ermangelung einer abweichenden, sich allenfalls auch aus der Natur oder dem Zweck des Geschäfts ergebenden Vereinbarung ist im Zweifel der Wohnsitz oder die Niederlassung des Schuldners nach § 905 Abs 1 ABGB der Erfüllungsort und damit eine Holschuld gegeben (Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II14 Rz 150; Bollenberger in KBB5 § 905 ABGB Rz 4; Aichberger-Beig in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 ErgBd § 905 ABGB Rz 41). Schon die Fülle der verschiedenen Alternativen, zum Ticket zu kommen, die etwa eine Abholung in einem Servicecenter der Beklagten, eine Zusendung nach Hause oder eine Abholung bei der Abendkasse ermöglichen, zeigt, dass sich im vorliegenden Fall aus der Natur oder dem Zweck des Geschäfts nicht zwingend ein Erfüllungsort ableiten lässt. Mag auch bei online abgeschlossenen Kaufverträgen im Regelfall ein Versandungskauf vorliegen (Janisch in Jahnel/Mader/Staudegger, IT-Recht3 88), wäre doch im Zweifel in der hypothetischen Situation, dass ein Verbraucher keine Wahl zwischen den ihm angebotenen Varianten, zum Ticket zu kommen, getroffen hat, davon auszugehen, dass der Sitz der Beklagten bzw der Ort ihrer Niederlassung, zu der die engste Beziehung besteht (Aichberger-Beig in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 ErgBd § 905 ABGB Rz 42), der Erfüllungsort ist. Nach der Vorschrift des § 905 Abs 2 ABGB wäre nämlich selbst bei Übernahme der Kosten der Versendung durch die Beklagte als Schuldnerin daraus allein noch nicht zu folgern, dass der Ort, an den die Versendung zu erfolgen hat, für die Beklagte als Erfüllungsort zu gelten hat (Aichberger-Beig in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 ErgBd § 905 ABGB Rz 23, 45). Dies muss umso mehr gelten, wenn es – wie hier nach der vertraglichen

Vereinbarung in den Klauseln – der Käufer (Gläubiger) ist, der die Kosten der Versendung übernimmt.

III.6. Eine andere Frage ist, wer die Versandkosten zu tragen hat. Wie oben begründet ist Kaufrecht anzuwenden. Nach der kaufrechtlichen Bestimmung des § 1063a Halbs 2 ABGB fallen die „Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort“ dem Käufer zur Last. Weil beim Versendungskauf der Verkäufer dem Käufer an einen anderen Ort als den Erfüllungsort die Ware zuzusenden hat, treffen nach allgemeiner Ansicht den Käufer die Versandkosten (Schauer in Krejci, Reform-Kommentar § 1063a ABGB Rz 1; Aicher in Rummel/Lukas, ABGB4 § 1063a Rz 3 uva).

III.7. Dass beim Versendungskauf der Käufer die Versandkosten zu tragen hat, gilt auch nach dem Inkrafttreten des VRUG, weil mit der neu eingeführten – Art 20 Verbraucherrechte-Richtlinie (RL 2011/83/EU) umsetzenden – Regelung des § 7b KSchG über den Gefahrenübergang bei Übersendung der Ware keine Änderung des Erfüllungsorts verbunden ist (Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB4 Va § 7a KSchG 3; Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1 .0 5 § 1063a Rz 4; implizit auch P. Bydlinski, Allgemeines Verbrauchervertragsrecht, in P. Bydlinski/Lurger, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher [2012] 99 [116: Österreich kann Grundsatz der Holschuld nach § 905 Abs 1 ABGB beibehalten]; aA Kronthaler/Schwangler, Zum Erfüllungsort beim Versendungskauf, ÖJZ 2016, 437 ff; dies, Versendungskauf und Werklieferungsverträge nach österreichischem und deutschem Verbraucherrecht, ZfRV 2017, 280 ff). Dies folgt bereits daraus, dass der Ort und die Modalitäten der Lieferung und die Regeln für die Bestimmung der Bedingungen und des Zeitpunkts des Übergangs des Eigentums an den Waren von der Verbraucherrechte-Richtlinie zufolge von deren Erwägungsgrund 51 Satz 3 gerade nicht berührt werden, sondern weiterhin dem einzelstaatlichen Recht unterliegen. Damit geben die Verbraucherrechte-Richtlinie und ihre Umsetzung durch das VRUG keine Veranlassung, den Erfüllungsort beim Versandhandel mit Verbrauchern abweichend vom allgemeinen Zivilrecht zu bestimmen.

III.8. Auch wenn der Verkäufer den Transport selbst oder mit eigenen Leuten durchführt, kann er nach § 1063a ABGB die Versandkosten vom Käufer verlangen (Grunewald in Erman, BGB1 5 I § 448 Rz 3; Faust in Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK-BGB44 § 448 Rz 6 vgl auch Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB2 § 396 Rz 13). Diesfalls dürfen aber die dem Käufer in Rechnung gestellten Kosten jenen Betrag nicht überschreiten, den der Verkäufer aufzuwenden hätte, würde er den Transport nicht selbst durchführen, sondern damit

ein Transportunternehmen beauftragen (vgl Faust aaO § 447 Rz 24).

III.9. Auch die Kosten einer elektronischen Zurverfügungstellung einer Ware sind Kosten der Versendung (vgl Lütcke, Fernabsatzrecht § 312c Rz 37).

III.10. Es ist zulässig, einen Aufwand- bzw Kostenersatzanspruch bereits vorweg festzulegen, was eine Pauschalierung voraussetzt. Dass Kosten pauschal abgegolten werden, ändert am Charakter der Abgeltung als Aufwand- bzw Kostenersatz nichts, sofern die Pauschalzahlungen nicht unrealistisch hoch angesetzt wurden (4 Ob 126/16g [in Punkt 3.3. mwN]; 4 Ob 143/17h [in Punkt 2.3. mwN]). All dies bedeutet für die einzelnen fünf Klauseln:

III.11.1. Die Klausel Nr 1 ermöglicht dem Verbraucher, die Eintrittskarte selbst auszudrucken (und damit über diese sofort verfügen zu können), wofür ihm 2,50 EUR abverlangt werden. Die Beklagte hat dazu unter anderem auch vorgebracht, dass sie für diese Möglichkeit einer Zustellung erst aufwendig eine Software entwickeln habe müssen, was mehrere hundert Tausend Euro gekostet habe. Zusätzlich zur Software-Entwicklung habe Vorsorge getroffen werden müssen und sei auch nach wie vor dafür erforderlich, „dass jedes einzelne Ticket für eine Veranstaltung mit einem unigen Barcode versehen wird; dass das Ticket in ein auf einem A4-Drucker darstellbares Layout gebracht wird; dass Ticket & Barcode elektronisch zugestellt werden können; dass bei der Veranstaltung dann auch spezielle Barcode-Lesegeräte und entsprechendes Personal von der beklagten Partei bereitgestellt wird; und dass das Ticket in Echtzeit elektronisch erfasst und im System verifiziert bzw abgelehnt werden kann. Der Kläger hat dieses Vorbringen nicht substantiiert bestritten, sondern sich auf den rechtlichen Standpunkt gestellt, dass die „Investitionen“ der Beklagten in ihren Betrieb per se keine Rechtfertigung für die Überwälzung der im Interesse des Unternehmens stehenden Kosten auf die Verbraucher bilden könnten. Damit ist aber das Vorbringen der Beklagten in tatsächlicher Hinsicht als unstrittig zu betrachten. Es ist prozessual unbedenklich, unstrittiges Vorbringen ohne Weiteres der Entscheidung zugrunde zu legen. Dies gilt auch für das Verfahren vor dem Revisionsgericht (2 Ob 173/12y [in Punkt 1.2.]; 2 Ob 237/14p [in Punkt 3.]). Es ist jedoch zwischen den Kosten des Produkts und den Kosten der Versendung des Produkts an den Käufer zu unterscheiden. Erstere abzudecken dient der Kaufpreis, nur hinsichtlich letzterer darf der Verkäufer nach § 1063a ABGB einen (wenn gewünscht auch pauschalieren) Aufwandsatz verlangen (vgl Strasser in Rummel, ABGB3 §§ 1014 f Rz 3). Gleichgültig, für welche der insgesamt sieben Varianten sich der Käufer entscheidet, verfügt er letztlich über eine Eintrittskarte. Wie sich die Eintrittskarte gestaltet, ist für ihn ohne Relevanz. Es wird bei Gewährung des Einlasses auch kein Unterschied

gemacht, wie er die Eintrittskarte bezog. Zumal die Übereignung der Eintrittskarte (welche das Recht, an der Veranstaltung als Zuseher teilzunehmen, verbrieft) Hauptleistungspflicht der Beklagten als Verkäuferin ist, können sämtliche Kosten, welche mit der Gestaltung der Eintrittskarte einhergehen, keine Kosten der Versendung iSd § 1063a ABGB sein, möge es auch erforderlich sein, die Eintrittskarte so zu gestalten oder umzugestalten, dass sie der Käufer problemlos zu Hause ausdrucken kann. Verrechenbar (im Wege eines pauschalierten Aufwendersatzes) sind nur jene Kosten, die die Versendung selbst betreffen. Auf diesem Weg dürfen dem Käufer nicht Ersatz für Kosten abverlangt werden, die der Verkäufer auch ohne Versendung hätte (vgl. Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1 .0 3 § 1014 Rz 7; Apathy in Jabornegg/Artmann, UGB2 § 396 Rz 12). Es ist damit das (pauschale) Vorbringen der Beklagten, sie hätte für die Ermöglichung der Zustellart „print@home“ erst aufwendig eine Software entwickeln müssen, was mehrere hundert Tausend Euro gekostet habe, erörterungsbedürftig. Das Gericht darf die Parteien in seiner Entscheidung nicht mit einer Rechtsauffassung überraschen, die sie nicht beachtet haben und auf die sie das Gericht nicht aufmerksam gemacht hat (RIS-Justiz RS0037300). Das Verbot von Überraschungsentscheidungen gilt auch für den Obersten Gerichtshof (Rassi in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze3 §§ 182, 182a ZPO Rz 99 mwN). Es ist daher notwendig, dass das Erstgericht die Rechtslage mit den Parteien erörtert und ihnen Gelegenheit gegeben wird, angesichts der Rechtslage erheblich erscheinendes Vorbringen zu erstatten und entsprechende Beweisanbote zu machen. Im weiteren wird das Erstgericht über das Vorbringen der Streitparteien ein Beweisverfahren durchzuführen und den Sachverhalt festzustellen haben. Keinesfalls unter § 1063a ABGB fallen jedenfalls jene Kosten, die dadurch entstehen, dass „bei der Veranstaltung dann auch spezielle Barcode-Lesegeräte und entsprechendes Personal von der beklagten Partei bereitgestellt wird; und dass das Ticket in Echtzeit elektronisch erfasst und im System verifiziert bzw abgelehnt werden kann“. Diese Kosten gehen der Versendung nach; sie fallen selbst dann an, wenn der Ticketkäufer zur Veranstaltung nicht erscheint.

III.11.2. Das soeben zur Klausel 1 Ausgeführte gilt sinngemäß für die Möglichkeit, dass dem Käufer gegen einen Betrag von 2,50 EUR ein elektronisches Ticket zur Verfügung gestellt wird (Klausel 2). Auch in Bezug auf diese Klausel hat die Beklagte (erkennbar) vorgetragen, enorme EDV-Kosten gehabt zu haben, ohne dass aber dabei unterschieden worden wäre, inwiefern diese die eigentliche (elektronische) Zusendung oder aber die Gestaltung des Produkts (Ticket) betrafen. Auch in Hinsicht auf diese Klausel erscheint daher die Rechtssache noch nicht spruchreif.

III.11.3. Die Klausel Nr 3 bietet die Möglichkeit, die Karte an der Abendkasse abzuholen, wofür dem Verbraucher 2,90 EUR abverlangt werden. Die Abendkasse befindet sich am jeweiligen Veranstaltungsort, somit nicht am Sitz der Beklagten oder in einer ihrer Niederlassungen. Die Beklagte muss daher die Eintrittskarten erst an diesen Ort verbringen, das heißt iSd § 1063a ABGB an einen anderen Ort versenden. Ein „anderer Ort als der Erfüllungsort“ iSd § 1063a ABGB (sowie auch der Bestimmung des § 905 Abs 3 ABGB) ist nämlich jeder vom Gläubiger bestimmte, vom Sitz des Schuldners oder einer seiner Niederlassungen verschiedene Ort, mag es sich dabei auch nicht um den Sitz des Gläubigers handeln (idS Aichberger-Beig in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 ErgBd § 905 ABGB Rz 53). Damit muss nach § 1063a ABGB der Käufer die Kosten der Versendung zur Abendkasse übernehmen. Die Feststellungen lassen nicht erkennen, ob das Ticket von der Beklagten der Abendkasse physisch übermittelt oder erst dort ausgedruckt wird. Im ersteren Fall würde der hierfür verlangte – als pauschalierter Kostenersatz zu betrachtende – Betrag von 2,90 EUR nicht von vornherein unrealistisch hoch erscheinen, wären doch auch in jenem Fall, dass die Beklagte das Ticket an einen Postdienstleister übergibt und diesen mit der Überbringung an die Abendkasse beauftragt, gewisse Kosten verbunden. Diesfalls stünde es der Klägerin – was mit den Parteien noch nicht erörtert wurde – frei, unter Beweis zu stellen, dass die von einem Dritten für die Übermittlung an die Abendkasse verlangten Kosten jene, die die Beklagte den Verbrauchern für ebendieses abverlangt, erheblich unterschreiten. Sollten es hingegen allein Daten sein, die an die Abendkasse übermittelt werden und unter Verarbeitung dieser sodann an Ort und Stelle das Ticket hergestellt (ausgedruckt) werden, wäre nicht ersichtlich, welche Versandkosten die Beklagte haben sollte. Namhafte Kosten der Erstellung einer Software hat sie in Hinsicht auf diese Klausel nicht vorgebracht, ebenso wenig hat sie – wie bereits vom Berufungsgericht ins Treffen geführt – vorgebracht, dass sie hierdurch (ins Gewicht fallende) Datentransferkosten hätte. Eine unzulässige Überraschungsentscheidung wird insoweit in der Revision nicht behauptet.

III.11.4. Selbiges wie für die Klausel Nr 3 gilt für die Klausel Nr 4, wonach sich der Verbraucher für eine Abholung der Eintrittskarte in einer Libro-Filiale seiner Wahl entscheiden kann. Auch hier ist den Feststellungen nicht zu entnehmen, ob die Beklagte die Eintrittskarte physisch an die vom Käufer gewählte Libro-Filiale (und damit an einen vom Erfüllungsort verschiedenen Ort) sendet oder ob sie erst dort ausgedruckt wird.

III.11.5. Bereits spruchreif ist allein die Klausel Nr 5, wonach der Verbraucher für die Abholung in einem „oeticket Center“ – also an dem Sitz oder zumindest einer

Niederlassung der Beklagten – 1,90 EUR zahlen muss. Mangels einer anderen – auf Versendung oder gar Bringschuld lautenden – Vereinbarung hat der Käufer die Kaufsache beim Verkäufer abzuholen, letzter aber die damit korrespondierende Verpflichtung, die Übernahme der Sache durch Bereitstellen zu ermöglichen (Aicher in Rummel/Lukas, ABGB4 § 1062 Rz 22). § 1063a ABGB beruht – wie die ihm als Vorbild dienende Bestimmung des § 448 BGB (Grunewald in Erman, BGB1 5 I § 448 Rz 1; Beckmann in Staudinger [2013] § 448 BGB Rz 2; Westermann in Münchener Kommentar zum BGB7 § 448 Rz 3) – auf der Grundüberlegung, dass der Verkäufer die Kosten für die Handlungen tragen soll, die er schuldet. Somit hat die Beklagte als Verkäuferin die mit der Bereitstellung der Ware (Ticket) zur Abholung in einem ihrer Servicecenter einhergehenden Kosten zu tragen (Binder/Spitzer in Schwimann/Kodek, ABGB4 IV § 1063a Rz 3; Grunewald in Erman, BGB1 5 I § 448 Rz 4; Beckmann in Staudinger [2013] § 448 BGB Rz 6). Für die Erfüllung dieser gesetzlichen Verpflichtung darf ein Verkäufer sich nicht vertraglich einen Kostenersatz versprechen lassen, zumal er ansonsten seine Hauptleistungspflicht – Übergabe der Kaufsache am Erfüllungsort – aushöhlen würde (vgl. RIS-Justiz RS0016908 [T5, T8, T10]). Die Klausel Nr 5 ist damit gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.“

Auf Grund dieser Entscheidung wurde den Parteien aufgetragen, ein Vorbringen unter Berücksichtigung der vom OGH geäußerten Rechtsansichten zu erstatten. Die Beklagte erstattete darauf hin Vorbringen, in dem sie aber wiederum nicht darlegte, wie hoch die Versandkosten bei den einzelnen Ticketversandarten sind. Nach Erörterung brachte sie dazu sogar vor, „der Beklagtenvertreter verweist darauf, dass es sich um eine komplexe Softwarelösung handelt, bei der die reinen Versandkosten nicht vorgebracht werden können.“ Die Beklagte gesteht somit ausdrücklich zu, dass nicht nur Versandkosten in den Service-Gebühren enthalten sind und kann oder will die reinen Versandkosten nicht offen legen. Unter Zugrundelegung der Ausführungen des OGH, wonach für die Erfüllung seiner Verpflichtung zur Warenbereitstellung (die auch nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten in den Service-Gebühren enthalten ist) der Verkäufer sich nicht vertraglich einen Kostenersatz versprechen lassen darf, erweisen sich auch die noch Streitgegenständlichen Klauseln daher als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und waren somit zu untersagen.

2. Die Urteilsveröffentlichung dient der Sicherung des Unterlassungsanspruchs und soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung stören, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen verhindern, also der Aufklärung des Publikums dienen. Sie soll im Interesse der Öffentlichkeit den Verstoß aufdecken und die beteiligten

Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufklären. Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung. Dieses liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- und/oder sittenwidrig sind. Gemessen an diesem Zweck ist über die Rechtsverletzungen aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - also nicht nur den unmittelbar betroffenen – Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. Der Oberste Gerichtshof hat in vielen Entscheidungen eine österreichweite Veröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe der „Neuen Kronen Zeitung“ für notwendig und angemessen erachtet. Im gegenständlichen Fall bietet die Beklagte ihre Leistungen Österreichweit an und nicht nur einem abgeschlossenen Interessentenkreis, sondern der Allgemeinheit. Der Zweck der Urteilsveröffentlichung erfordert daher die Veröffentlichung in einem österreichweit erscheinenden Printmedium, denn nur so ist (weitgehend) sichergestellt, dass sowohl bestehende als auch künftige oder auch ehemalige Kunden der Beklagten und die Allgemeinheit von der Rechtswidrigkeit der beanstandeten Klauseln Kenntnis erlangen. Dem Veröffentlichungsantrag war somit ebenfalls statt zu geben.

3. Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 41 ZPO. Der Kläger hat zur Gänze obsiegt und daher Anspruch auf vollständigen Kostenersatz. Gegen die Höhe der vom Kläger verzeichneten Kosten wendet die Beklagte nur ein, dass die Verhandlung vom 9.6.2017 nur nach TP2 RATG zu entlohnen sei. Damit ist die Beklagte nicht im Recht. In der Verhandlung wurden kontradiktorische Schriftsätze vorgetragen und die Sach- und Rechtslage erörtert, weshalb sie nach TP3 RATG zu entlohnen ist.

Handelsgericht Wien, Abteilung 11
Wien, 19. Oktober 2018
Dr. Alexander Sackl, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG