



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

1 R 28/17w

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungs- und Rekursgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichts Mag. Guggenbichler und Dr. Stefula in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Holidays.ch AG**, Centralbahnstraße 9, 4051 Basel, Schweiz, vertreten durch DDr. Wolfgang Doppelbauer, Rechtsanwalt in Wels, 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 16.12.2016, 19 Cg 26/16v-9, und den Kostenrekurs der klagenden Partei (Rekursinteresse EUR 1.468,44) gegen die im Urteil enthaltene Kostenentscheidung in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt (I.) und beschlossen (II.):

I. Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben. Das angefochtene Urteil wird mit der Maßgabe bestätigt, dass in Punkt 1) des Urteilsspruchs nach dem Wort „Verträgen“ ein Komma und die Wendung *„die auf einer auf Österreich ausgerichteten Tätigkeit von ihr oder der von ihr hierfür*

verwendeten Personen beruhen,“ eingefügt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 3.051,12 (darin EUR 508,52 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

II. Dem Kostenrekurs wird **Folge** gegeben und die angefochtene Kostenentscheidung dahingehend abgeändert, dass sie lautet:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 7.756,08 (darin EUR 1.389,-- Barauslagen und EUR 1.061,18 USt) bestimmten Verfahrenskosten zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 252,31 (darin EUR 42,05 USt) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens zu ersetzen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist eine zur Unterlassungsklage nach § 29 Abs 1 KSchG berechnigte Institution.

Die Beklagte ist Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG mit Sitz in der Schweiz. Sie ist Reiseveranstalter. Ihre Produkte werden zB von der airberlin holidays GmbH und der HLX Touristik GmbH vermittelt.

Die Beklagte bietet als Veranstalter eine Vielzahl von Pauschalreisen an, die aus Flug und Hotel bzw sonstigen „Bausteinen“ vom Kunden zusammengestellt werden können. Das Unternehmen steht mehrheitlich im Besitz von

Karlheinz Kögel, der Hauptgesellschafter der HLX Touristik GmbH und Mitgesellschafter der airberlin holidays GmbH ist.

Der **Kläger** begehrt mit seiner Klage, der Beklagten die Verwendung von 17 Klauseln ihrer AGB im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern zu untersagen und ihm die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteilsspruchs einmal in einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“, in eventu in einem vom Gericht festzusetzenden Medium zu erteilen. Die inkriminierten Klauseln verstießen gegen das zur Anwendung gelangene österreichische Recht. Die Verbandsklage richte sich gegen die Verwendung der unzulässigen Klauseln gegenüber österreichischen Konsumenten. Sie ziele auf Verträge ab, die die Beklagte im Rahmen einer auf Österreich ausgerichteten Tätigkeit oder mit Verbrauchern mit Wohnsitz in Österreich schließe oder geschlossen habe. Eine ausdrückliche Aufnahme dieses Umstandes in das Klagebegehren habe die Judikatur bisher nicht für erforderlich gehalten. Explizit lediglich aus anwaltlicher Vorsicht erhob der Kläger ein mit dem Hauptbegehren identisches, aber auf Verträge der Beklagten, „die auf einer auf Österreich ausgerichteten Tätigkeit von ihr oder der von ihr hierfür verwendeten Personen beruhen“, eingeschränktes Eventualbegehren.

Die **Beklagte** wandte fehlende inländische Zuständigkeit ein und beantragte hilfsweise die Abweisung der Klage. Diese sei aufgrund der Formulierung des Unterlassungsbegehrens unschlüssig, zumal die Beklagte international tätig sei und es nicht einzusehen sei, warum die Unterlassungspflicht auch gegenüber ausländischen Verbrauchern rechtens sein solle. Es gelange allein schwei-

zerisches Recht zur Anwendung. Hiervon abgesehen lägen auch bei Anwendbarkeit des österreichischen Rechts die behaupteten Rechtsverstöße nicht vor.

Das **Erstgericht** stellte den aus den Seiten 7 bis 11 der Urteilsausfertigung ersichtlichen, eingangs des Berufungsurteils in Auszügen wiedergegebenen Sachverhalt fest, auf den verwiesen wird. Rechtlich bejahte es (in den Entscheidungsgründen) die internationale und die örtliche Zuständigkeit, gab dem Unterlassungsbegehren unter Ansetzung einer viermonatigen Leistungsfrist sowie dem Urteilsveröffentlichungsbegehren vollinhaltlich statt und verfallte die Beklagte zum Kostenersatz in Höhe von EUR 6.287,64.

Gegen die Klagsstattgebung richtet sich die aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene **Berufung** der Beklagten mit einem auf Klagsabweisung gerichteten Abänderungs- und hilfsweise einem im Wesentlichen Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag.

Gegen die Kostenentscheidung richtet sich der aus dem Rekursgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobene **Kostenrekurs** des Klägers mit dem Antrag, den Kostenzuspruch auf EUR 7.756,08 zu erhöhen.

Beide Parteien beantragen in ihrer Rechtsmittelbeantwortung, dem gegnerischen Rechtsmittel nicht Folge zu geben.

Die Berufung der Beklagten ist nicht berechtigt, der Kostenrekurs des Klägers ist berechtigt.

I. Zur Berufung:

Zur internationalen Zuständigkeit:

1.1. Gemäß § 42 Abs 3 JN können Prozesshindernisse in höherer Instanz nicht mehr wahrgenommen werden, wenn

diesem Ausspruch eine noch bindende Entscheidung entgegensteht. Die Bindungswirkung gemäß § 42 Abs 3 JN setzt nicht die ausdrückliche Bejahung der maßgebenden Prozessvoraussetzung im Spruch eines Beschlusses voraus. Die Verneinung der Prozessvoraussetzung in den Gründen allein ist der Rechtskraft fähig und kann eine solche Bindungswirkung entfalten (RIS-Justiz RS0114196).

1.2. Hier hat das Erstgericht explizit - wenngleich nur in den Entscheidungsgründen - die internationale Zuständigkeit (sowie auch die örtliche Zuständigkeit) für gegeben erklärt (Urteilsausfertigung Seite 12). Die Beklagte zieht die Gerichtszuständigkeit in ihrer Berufung ausdrücklich nicht mehr in Zweifel, lässt die erstgerichtliche Verwerfung ihrer Prozesseinrede also unbestritten (Punkt 1. der Berufung). Damit liegt eine bindende Entscheidung vor (RIS-Justiz RS0114196 [T7]; 10 Ob 20/11f [in Punkt 2.]).

Zum anzuwendenden Recht:

2. Der EuGH entschied in der Rechtssache *VKI/Amazon*, C-191/15, dass die Verordnungen Rom I (VO [EG] Nr 593/2008) und Rom II (VO [EG] Nr 864/2007) dahin auszulegen sind, dass unbeschadet des Art 1 Abs 3 beider Verordnungen das auf eine Unterlassungsklage im Sinne der Unterlassungsklagenrichtlinie (2009/22/EG), die sich gegen die Verwendung vermeintlich unzulässiger Vertragsklauseln durch ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen richtet, das im elektronischen Geschäftsverkehr Verträge mit Verbrauchern abschließt, die in anderen Mitgliedstaaten, insbesondere im Staat des angerufenen Gerichts, ansässig sind, anzuwendende Recht nach Art 6 Abs 1 Rom II-VO zu bestimmen ist, während das bei der Beurteilung einer bestimmten Vertragsklausel anzuwendende

Recht stets anhand der Rom I-VO zu bestimmen ist, unabhängig davon, ob diese Beurteilung im Rahmen einer Individualklage oder einer Verbandsklage vorgenommen wird.

2.1. Wenn der EuGH ausspricht, welches Recht „auf die Unterlassungsklage“ anzuwenden ist, meint er den Unterlassungsanspruch (*Wilke*, Offensichtliche Doppelsechs: Das IPR der Verbandsklage gegen AGB – Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 28.7.2016, C-191, VKI./Amazon EU Sàrl, GPR 2017, 21 [22]). Für den Unterlassungsanspruch ist nach dem Erkenntnis des EuGH das Deliktsstatut des Art 6 Rom II-VO maßgeblich. Dieses bestimmt zB, was unter einer AGB-Verwendung zu verstehen ist, konkretisiert den Begriff des Verwenders und konturiert das Erfordernis der Begehungsfahr (*Lindacher*, AGB-Verbraucherverbandsklagen bei transnationaler Klauselverwendung, in FS *Hoffmann* [2011] 258 [264]). Mit anderen Worten richten sich nach dem Deliktsstatut des Art 6 Abs 2 Rom II-VO alle Fragen, welche mit dem Unterlassungsanspruch an sich zu tun haben, also auch die Aktivlegitimation, die Verjährung des Unterlassungsanspruchs, ob eine Urteilsveröffentlichung zu erfolgen hat und dergleichen.

2.2. Von der kollisionsrechtlichen Anknüpfung des Unterlassungsanspruchs zu unterscheiden ist die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Frage, ob eine Klausel überhaupt rechtswidrig ist. Dabei handelt es sich um eine Vorfrage des Unterlassungsanspruchs (*Lindacher* in FS *Hoffmann* 263). Ihre Beantwortung richtet sich zufolge der zitierten Vorabentscheidung des EuGH nach der Rom I-VO.

3. Die Vorabentscheidung des EuGH in der Rechtssache *VKI/Amazon* gilt für eine „Unterlassungsklage im Sinne der Unterlassungsklagenrichtlinie“. Es ist daher zu prüfen,

ob hier eine solche vorliegt.

3.1. Die Unterlassungsklagenrichtlinie gilt zum einen für rein nationale Sachverhalte ohne Auslandsberührung (*Stadler in Leible/Terhechte* [Hrsg], Europäisches Rechtsschutz und Verfahrensrecht [2014] § 27 Rz 14). Zum anderen gilt die Richtlinie für „grenzüberschreitende“ Fälle, wobei – wie aus ihren Erwägungsgründen 4 und 12 sowie ihren Art 2 Abs 2 und 4 Abs 1 ersichtlich – hierunter die Situation zu verstehen ist, dass der Verstoß seinen Ursprung in einem Mitgliedstaat hat und sich dieser negativ auf die Interessen in einem anderen Mitgliedstaat auswirkt. Vor der Unterlassungsklagenrichtlinie waren grenzüberschreitende Aktivitäten von Verbraucherschutzeinrichtungen auf rechtliche Hindernisse gestoßen. Um grenzüberschreitende Aktivitäten sicherzustellen, bedurfte es der Richtlinie (eingehend *Stadler* aaO Rz 15).

3.2. Die Unterlassungsklagenrichtlinie ist eine sogenannte „Mindest(harmonisierungs)richtlinie“, zumal nach ihrem mit „Weitergehende Handlungsbefugnisse“ überschriebenen Art 7 die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sind, „Bestimmungen zu erlassen oder beizubehalten, die den qualifizierten Einrichtungen sowie sonstigen betroffenen Personen auf nationaler Ebene weitergehende Rechte zur Klageerhebung einräumen“ (*Binder/Keiler in Keiler/Klauser* [Hrsg], Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht §§ 28–30 KSchG Rz 3). Die Worte „auf nationaler Ebene“ in Art 7 spielen aufgrund des Mindestcharakters der Richtlinie keine Rolle (*Micklitz/Rott in Grabitz/Hilf* [Hrsg], Das Recht der Europäischen Union IV Kap A 25 Art 7 Rz 10). Art 7 gestattet den Mitgliedstaaten eine Erweiterung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches, der Klageziele und der Sanktionen

sowie weitergehende Rechte zur Klageerhebung im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr (*Micklitz/Rott* aaO Rz 4 ff).

3.3. Die Unterlassungsklagenrichtlinie wird in Österreich von den §§ 28 ff KSchG umgesetzt (*Binder/Keieler* aaO Rz 1 f). Die Vorschriften der §§ 28 ff KSchG unterscheiden nicht danach, ob der beklagte Unternehmer in einem Mitgliedstaat oder - wie hier - in einem Drittstaat wie der Schweiz seinen Sitz hat. Insofern §§ 28 ff KSchG auch dafür eine Grundlage bieten, dass eine Verbraucherschutzeinrichtung einen in einem Drittstaat ansässigen Unternehmer auf Unterlassung der Verwendung von AGB klagt, fußt diese Klage in Art 7 der Richtlinie. Auch eine solche Unterlassungsklage ist daher eine „Unterlassungsklage im Sinne der Unterlassungsklagenrichtlinie“. Folglich ist die Frage des auf die vorliegende Klage anzuwendenden Rechts auf Grundlage der Vorabentscheidung des EuGH in der Rechtssache *VKI/Amazon* zu beantworten.

4. Für den Unterlassungsanspruch ist nach Art 6 Abs 1 Rom II-VO „das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet [...] die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden“, das heißt im vorliegenden Fall - die Verbandsklage intendiert erklärtermaßen den Schutz der in Österreich ansässigen Verbraucher - österreichisches Recht.

5.1. Für die (Vor-)Frage der Rechtswidrigkeit der einzelnen Klauseln bestimmt sich das Recht nach der Rom I-VO. Zumal es sich um Verbraucherverträge handelt, ist Art 6 Rom I heranzuziehen. Dessen Abs 2 ermöglicht grundsätzlich eine Rechtswahl. Eine solche ist in Gestalt der

Klausel 14 („*Es gilt schweizer Recht.*“) vorhanden. Nach Art 6 Abs 2 Satz 2 Rom I-VO darf die Rechtswahl „jedoch nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, der ihm durch diejenigen Bestimmungen gewährt wird, von denen nach dem Recht, das nach Abs 1 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf“. Das Recht nach Art 6 Abs 1 Rom I-VO wäre – wie noch zu zeigen sein wird – das österreichische Recht. Dem österreichischen Recht gehört die Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB an, wonach eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Die Bestimmung dient (wie auch § 6 KSchG) zur Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, insbesondere auch ihres Art 3 Abs 1 (vgl. *Docekal/Kiendl-Wendner* in *Keiler/Klauser* § 6 KSchG Rz 1, 17; *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers* [Hrsg], *EC Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its transposition in the Member States* [2008] 228).

Art 3 Abs 1 Klausel-Richtlinie ist nach der Vorabentscheidung des EuGH in der Rechtssache *VKI/Amazon*, dahin auszulegen, dass eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Gewerbetreibenden enthaltene Klausel, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde und nach der auf einen auf elektronischem Weg mit einem Verbraucher geschlossenen Vertrag das Recht des Mitgliedstaats anzuwenden ist, in dem der Gewerbetreibende seinen Sitz hat, missbräuchlich ist, sofern sie den Verbraucher in die Irre führt, indem sie ihm den Eindruck vermittelt, auf

den Vertrag sei nur das Recht dieses Mitgliedstaats anwendbar, ohne ihn darüber zu unterrichten, dass er nach Art 6 Abs 2 Rom I auch den Schutz der zwingenden Bestimmungen des Rechts genießt, das ohne diese Klausel anzuwenden wäre.

Dies muss umso mehr gelten, wenn nicht das Recht eines Mitgliedstaates, sondern jenes eines Drittstaates gewählt wird.

Die Rechtswahl in Klausel 14 enthält keinen Hinweis im Sinne des zitierten Erkenntnisses des EuGH.

§ 879 Abs 3 ABGB ist richtlinienkonform im Sinne des Erkenntnisses des EuGH auszulegen. Folglich verstößt Klausel 14 gegen § 879 Abs 3 ABGB und ist daher unwirksam. Dies hat zur Konsequenz, dass keine Rechtswahl im Sinne des Art 6 Abs 2 Rom I-VO getroffen wurde. Folglich bestimmt sich das auf die Vorfrage, ob die einzelnen Klauseln rechtswidrig sind, anzuwendende Recht nach Art 6 Abs 1 Rom I-VO.

5.2. Nach Art 6 Abs 1 lit b Rom I-VO unterliegt unbeschadet der Art 5 und 7 ein Vertrag, den eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann („Verbraucher“), mit einer anderen Person geschlossen hat, die in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt („Unternehmer“), dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer eine solche Tätigkeit auf irgend eine Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichtet.

Die Unternehmereigenschaft der Beklagten und dass sie Verträge mit Verbrauchern abschließt, ist gewiss.

Der Begriff „Ausrichten“ erfasst alle (auch) auf den

Verbraucherstaat gerichteten absatzfördernden Handlungen, insbesondere eine Werbung im Internet. Zu den für die Frage des „Ausrichtens“ maßgebenden Kriterien gehören insbesondere die Sprache der Website, die Angabe von Telefonnummern mit internationaler Vorwahl und der „internationale Charakter“ der unternehmerischen Tätigkeit (statt vieler *Musger* in KBB⁴ Art 6 Rom I-VO Rz 3 mwN). Bedient sich der Unternehmer wissentlich und willentlich eines Vermittlers, der ihm regelmäßig Kunden aus dem Wohnsitzstaat des Verbrauchers zuführt, ist dies anderen zielgerichteten Marketingmaßnahmen gleichzuhalten, selbst wenn der Unternehmer keinen ausdrücklichen Auftrag zur Akquisition von Kunden in diesem Staat erteilt hat und kein Entgelt an den Vermittler leistet (RIS-Justiz RS0125252 [T9]).

Hier werden der Beklagten ständig von der *airberlin holidays GmbH* und der *HLX Touristik GmbH* Verbraucher als Kunden vermittelt. Auf den von den Vermittlern betriebenen Websites, über die die Verbraucher ihre Reisen buchen, erscheinen die Preise von Anfang an in Euro. Es werden nur Abflughäfen in Deutschland, Österreich und der Schweiz zur Wahl gestellt. Zahlung per Lastschrift ist nur bei deutschen und österreichischen Konten möglich. Die Sprache ist jeweils deutsch. Aufgrund all dessen liegt eine Ausrichtung der Tätigkeit der Beklagten (auch) auf in Österreich ansässige Kunden im Sinne des Art 6 Abs 1 lit b Rom I-VO vor. Folglich bestimmt sich die Vorfrage zur Unterlassungsklage, ob die einzelnen Klauseln rechtswidrig sind, nach österreichischem Recht.

6. Zusammengefasst findet damit auf den gesamten Fall ausschließlich österreichisches Recht Anwendung.

Dass der kollisionsrechtlichen Beurteilung die Ver-

ordnungen der Europäischen Union Rom I und Rom II zugrunde liegen, die Schweiz aber nicht Mitgliedstaat der Union ist, ist entgegen der Ansicht der Beklagten ohne Relevanz, weil für die Anwendbarkeit der beiden Verordnungen nicht Voraussetzung ist, dass es sich um einen Binnenmarktfall handelt; beide Verordnungen gelten auch für Drittstaatsfälle (*Neumayr* in KBB⁴ Art 3 Rom II-VO Rz 1; *Musger* in KBB⁴ Art 2 Rom I-VO Rz 1).

Zu den beanstandeten Klauseln:

7. Zunächst sind der Behandlung der im Rechtsmittel thematisierten Klauseln folgende grundsätzlichen Ausführungen voranzustellen:

7.1. Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt.

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 dient (RIS-Justiz RS0014676). Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zgedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (ua RIS-Justiz RS0016914).

7.2. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen

Geschäftsbedingungen (AGB) oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist.

Dieses sogenannte Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung von AGB sicherstellen, um zu verhindern, dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden (zB RIS-Justiz RS0115217 [T8]). Daraus kann sich konkret eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115219). Zweck des Verbandsprozesses ist nicht nur, das Verbot von Klauseln zu erreichen, deren Inhalt gesetzwidrig ist, sondern es sollen auch jene Klauseln beseitigt werden, die dem Verbraucher ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position vermitteln (RIS-Justiz RS0115219 [T1]).

7.3. Nach § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in AGB oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

Im Hinblick auf die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB ist neben ihrem Inhalt auch die Stellung der Klausel im Gesamtgefüge des Vertragstexts, also ihre Einordnung in den AGB, maßgebend. Sie darf im Text nicht derart „versteckt“ sein, dass sie der Vertragspartner - ein durchschnittlich sorgfältiger Leser - dort nicht vermu-

tet, wo sie sich befindet, und dort nicht findet, wo er sie vermuten könnte. § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteilige Klauseln, eine grobe Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (vgl RIS-Justiz RS0014659).

7.4. Im Verfahren nach §§ 28 f KSchG hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist (RIS-Justiz RS0016590 [T1], [T3], [T15]; RS0038205 [T11]; *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁴ § 28 KSchG Rz 5; *Bollenberger* in KBB⁴ § 879 ABGB Rz 26 mwN).

8. Zur Klausel 1.:

„Treten bei Durchführung der Reise Mängel auf, müssen diese - insbesondere auch zur Wahrung reisevertraglicher Ansprüche - ausschließlich holidays.ch AG oder der örtlichen Reiseleitung angezeigt werden.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, die Klausel sei unter anderem deshalb rechtswidrig, weil sie intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG sei, zumal sie nicht auf die in § 31e Abs 2 KSchG normierten Kriterien abstelle.

Die **Beklagte** bestritt den Vorwurf der Intransparenz. Es sei bei AGB nicht erforderlich, gesetzliche Bestimmungen vollständig abzuschreiben oder Judikaturlinien zu referieren.

Das **Erstgericht** nahm den Standpunkt ein, dass die Klausel der zwingenden Bestimmung des § 31e Abs 2 KSchG widerspreche. Sie sei auch intransparent, weil sich nicht ergebe, welche reisevertraglichen Ansprüche sie erfasse.

In der **Berufung** beharrt die Beklagte auf ihrer Ansicht. Zu Divergenzen zwischen der Klausel und § 31e Abs 2 KSchG führt sie unter anderem aus, der Zusatz „wenn ihm ein solcher bekanntgegeben wurde“ sei entbehrlich sei, weil ein unbekannter Repräsentant nicht kontaktiert werden könne und dem Kunden diesfalls die mangelnde Information des Repräsentanten ohnehin nicht als Obliegenheitsverletzung anzulasten sei. Es bestehe allein insofern eine Divergenz, als nach dem KSchG der Repräsentant an Ort und Stelle ohne nennenswerte Mühe erreichbar sein müsse, worauf die Klausel nicht eingehe. Es komme aber zu keiner Verschlechterung der Position des Kunden, weil die Klausel den Reiseveranstalter als zusätzlichen Rügeempfänger benenne. Außerdem ergebe sich aus der Klausel nicht, dass der im § 31e Abs 2 KSchG genannte Vorbehalt nicht gelte.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Nach der Klausel „müssen“ Mängel zur Wahrung reisevertraglicher Ansprüche „ausschließlich *holidays.ch AG* oder der örtlichen Reiseleitung angezeigt werden“.

Denkbar wäre theoretisch ein Verständnis dieser Wendung in dem Sinne, dass der Verbraucher zur Wahrung reisevertraglicher Ansprüche die Mängel niemandem sonst als den in der Klausel Genannten anzeigen darf, beispielsweise nicht der Rezeption des Hotels. Bei einem solchen Verständnis käme der Klausel gewissermaßen Geheimhaltungsfunktion zu. Es wäre selbstredend sittenwidrig, einem Verbraucher zu verbieten, sich bei einem Reisemangel - zB Ungeziefer im Zimmer - unmittelbar an die Hotelrezeption zu wenden. Zwar ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Verbandsprozess im kundenfeindlichsten Sinn auszulegen, auch die „kundenfeindlichste Auslegung“ darf

allerdings den Rahmen der üblichen Interpretationskunst nicht verlassen (*Krejci* in *Rummel/Lukas*⁴ § 879 ABGB Rz 525), weshalb – wenn eine sinnvolle Auslegung nach den Interpretationsregeln, insbesondere nach dem Verständnis des redlichen Verkehrs möglich ist, nicht „eine allein nach dem Wortlaut gerade noch mögliche, abstruseste Interpretation maßgebend sein soll“ (*Koziol*, Auslegung und Beurteilung der Sittenwidrigkeit von AGB-Klauseln im Verbandsprozess, RdW 2011, 67 [68]; zustimmend *P. Bydlin-ski*, Glosse zu 7 Ob 68/11t, JBl 2012, 310 [313]).

Eine solche sinnvolle Interpretation der Wendung wäre hier denkbar, nämlich sie dahingehend zu verstehen, dass der Verbraucher die Mängel bloß der holidays.ch AG oder der örtlichen Reiseleitung mitzuteilen braucht („Sie müssen *ausschließlich*“ im Sinne von „Sie brauchen *nur*“ verstanden). Diesfalls würde der Verbraucher durch die Klausel aber dahingehend in die Irre geführt, als ihm suggeriert würde, er hätte nur diese beiden Möglichkeiten der Mitteilung von Mängeln. Nach § 31e Abs 2 KSchG ist jeder Repräsentant des Veranstalters ein geeigneter Empfänger der Mängelrüge. Repräsentant ist jeder, der eine leitende Stellung mit selbstständigem Wirkungsbereich innehat, also in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten für den Reiseveranstalter ausübt (vgl zur Repräsentantenhaftung RIS-Justiz RS0009113 [T16]). Der Kreis der Repräsentanten geht jedenfalls über jenen der örtlichen Reiseleitung hinaus. Zumal die inkriminierte Klausel suggeriert, der Verbraucher könne nur bei der Reiseleitung und bei der Beklagten selbst Mängel anzeigen, vermittelt sie dem Verbraucher ein unzutreffendes Bild seiner vertraglichen Position im Sinne der Judikatur (RIS-Justiz RS0115219 [T1]). Folglich

verstößt die Klausel jedenfalls gegen § 6 Abs 3 KSchG.

9. Zur Klausel 2.:

„Ansprüche aufgrund mangelhafter Erbringung vertraglich geschuldeter Reiseleistungen sind innerhalb eines Monats nach der vertraglich vorgesehenen Beendigung der Reise ausschließlich gegenüber holidays.ch AG geltend zu machen. Reiseleitung und Personal sonstiger Leistungsträger sind nicht berechtigt, Ansprüche gegen holidays.ch AG entgegenzunehmen oder anzuerkennen.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, die Klausel sei unter anderem deshalb rechtswidrig, weil sie bei der im Verbandsverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung einen unzulässigen Ausschluss von Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen berge, wenn ein Mangel nicht binnen der statuierten einmonatigen Frist geltend gemacht werde, womit sie gegen § 6 Abs 1 Z 9 und § 9 sowie § 31f KSchG verstoße, da eine Beschränkung von Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen nicht wirksam vereinbart werden könne.

Die **Beklagte** konzedierte in erster Instanz, dass das österreichische Reiserecht die einmonatige Frist nicht kenne. Sehr wohl kenne diese aber das deutsche Reiserecht (§ 651g Abs 1 BGB). Insofern zeige sich die Problematik der Klagsführung nach österreichischem Recht besonders deutlich. In einem konkreten Anwendungsfall werde in Österreich die einmonatige Frist unanwendbar sein, in Deutschland sehr wohl. Daraus ergebe sich aber nicht, dass die Beklagte ihre AGB generell ändern müsse, wie der Kläger dies uneingeschränkt verlange.

Das **Erstgericht** vertrat den Standpunkt, die Klausel stelle inhaltlich eine zumindest §§ 9, 31f KSchG widersprechende Verkürzung der Gewährleistungsfrist dar, da

sie bei verbraucherfeindlicher Auslegung so zu verstehen sei, dass der Anspruch mangels Geltendmachung verfalle.

In der **Berufung** vertritt die Beklagte den Standpunkt, der zweite Satz der Klausel widerspreche nicht der österreichischen Rechtsordnung, sodass das Klagebegehren insofern abzuweisen sei.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Die Beklagte zieht in der Berufung nicht in Zweifel, dass das Erstgericht jedenfalls den ersten Satz der Klausel rechtlich richtig als gegen das österreichische Recht verstoßend qualifiziert hat. Die Überprüfung der Richtigkeit des Ersturteils ist insofern der Kognition des Berufungsgerichts enthoben, ist doch dieses an eine Beschränkung der Klagegründe (und Einwendungen) durch den Rechtsmittelwerber gebunden (RIS-Justiz RS0043352 [T23]).

Der zweite Satz der Klausel knüpft inhaltlich an den ersten dahingehend an, dass erkennbar auch er nur für die Zeit nach Beendigung der Reise Geltung beansprucht. Ohne die inhaltliche Anknüpfung an den - nach der nicht in Zweifel gezogenen erstgerichtlichen Beurteilung unzulässigen - ersten Satz wäre dem zweiten Satz keine zeitliche Beschränkung mehr zu entnehmen. Er würde daher auch für die Zeit während der Reise gelten und für diesen Zeitraum statuieren, dass die Reiseleitung nicht berechtigt sei, Ansprüche entgegenzunehmen (und anzuerkennen). Damit geriete er aber in Konflikt mit § 31e Abs 2 KSchG, aus dem hervorgeht, dass sich der Verbraucher während der Reise wegen Mängeln an jeden Repräsentanten des Reiseveranstalters wenden kann. Der zweite Satz kann daher alleine keinen Bestand haben.

10. Zu den Klausel 3. und 4.:

Hinsichtlich dieser Klauseln enthält die Berufung

keine Ausführungen. Die Beklagte tritt demnach der Rechtsansicht des Erstgerichts, beide Klauseln widersprüchlich § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, nicht entgegen. Die Überprüfung der Richtigkeit des Ersturteils ist insofern der Kognition des Berufungsgerichts entzogen (siehe erneut RIS-Justiz RS0043352 [T23]).

11. Zur Klausel 5.:

„Gelten für eine von einem Leistungsträger zu erbringende Reiseleistung internationale Übereinkommen oder auf solchen beruhende gesetzliche Vorschriften, nach denen ein Anspruch auf Schadensersatz unter bestimmten Voraussetzungen oder Beschränkungen entsteht oder geltend gemacht werden kann oder unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen oder beschränkt ist, so kann sich auch holidays.ch AG gegenüber dem Reisenden hierauf berufen.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, der Gesetzgeber habe eine unterschiedliche Regelung der Pflichten des Reiseveranstalters und der einzelnen Leistungsträger bewusst vorgenommen, weswegen die mit der Klausel beabsichtigte Gleichstellung gesetzlich nicht vorgesehen sei. Das Abweichen vom dispositiven Recht sei mangels sachlicher Rechtfertigung gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Die Klausel sei auch überraschend im Sinne des § 864a ABGB, da der Reisende mit ihr nicht zu rechnen brauche. Sie sei auch intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, da sie den Reisenden über die für ihn maßgebliche Rechtslage im Unklaren lasse.

Die **Beklagte** hielt dem in erster Instanz entgegen, dass die Klausel nach deutschem Recht zulässig sei.

Das **Erstgericht** nahm den Standpunkt ein, die Klausel verstoße gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, „da die Beklagte Haftungsbefreiungen ihr gegenüber auf den Kunden überwälzt“.

In der **Berufung** bestreitet die Beklagte den Verstoß

gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Es liege keine „Überwälzung“ von Haftungsbefreiungen vor, sondern es werde nur die rechtliche Lage korrekt dargestellt, wonach es auf Grund übergeordneter Normen zu Haftungsbefreiungen kommen könne, auf die sich ein Reiseveranstalter berufen könne und dürfe. Es bedürfte der Klausel überhaupt nicht, damit diese Haftungsbegrenzung eintrete, weshalb in ihr auch keine Verschlechterung der rechtlichen Lage des Kunden liege. Nehme ein Kunde beispielsweise am internationalen Luftverkehr teil, unterlägen seine Ansprüche zwingend dem den staatlichen Normen übergeordneten Montrealer Übereinkommen, wobei es nicht darauf ankomme, ob ein Linienflug oder eine Pauschalreise vorliege.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Art 5 Abs 3 vorletzter Unterabsatz der Pauschalreiserrichtlinie 90/314/EWG sieht vor, dass die Mitgliedstaaten bei Schäden aufgrund der Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung der nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen zulassen können, dass die Entschädigung gemäß den internationalen Übereinkommen über diese Leistungen beschränkt wird. Deutschland hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht (§ 651h Abs 2 BGB), Österreich hingegen nicht. Die Klausel entspricht wortwörtlich § 651h Abs 2 BGB; allein das Wort „Reiseveranstalter“ wurde – konkretisierend – durch „*holidays.ch AG*“ ersetzt.

§ 651h Abs 2 BGB geht anerkanntermaßen vom nachvollziehbaren Grundgedanken aus, dass der Reiseveranstalter nicht schärfer haften soll als der Leistungsträger selbst, wenn der Schaden des Reisenden seine Ursache lediglich im Bereich des Leistungsträgers hatte (*Tonner* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV⁶ [2012] § 651h Rz 15; *Staudinger* in *Staudinger*, Kommentar

zum Bürgerlichen Gesetzbuch [2015] § 651h Rz 51 mwN). Damit ist die Vorschrift des § 651h Abs 2 BGB und in ihrer Gefolgschaft die an sie angelehnte Klausel jedenfalls sachlich gerechtfertigt. Eine gröbliche Benachteiligung des Verbrauchers im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB ist anzunehmen, wenn keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (RIS-Justiz RS0016914 [T6]). Eine sachlich ausreichend gerechtfertigte Klausel ist hingegen nicht als gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB anzusehen (RIS-Justiz RS0016688 [T18]; vgl weiters RIS-Justiz RS0128814; RS0126571; RS0014676 [T21]). Aufgrund der vorliegenden sachlichen Rechtfertigung ist eine Verletzung des § 879 Abs 3 ABGB durch die Klausel zu verneinen.

Die Klausel lässt aber - sowie § 651h Abs 2 BGB - im Dunkeln, welche „internationalen Übereinkommen“ und „auf solchen beruhende gesetzliche Vorschriften“ gemeint sind. Im Unterschied zur deutschen Gesetzesbestimmung unterliegt die Klausel aufgrund ihrer privatautonomen Fundierung dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG. Das Transparenzgebot begnügt sich nicht mit formeller Textverständlichkeit, sondern verlangt, dass Inhalt und Tragweite vorgefasster Vertragsklauseln für den Verbraucher „durchschaubar“ sind (RIS-Justiz RS0122169). Diesem Erfordernis entspricht die Klausel nicht, weshalb sie § 6 Abs 3 KSchG verletzt.

12. Zur Klausel 6.:

„Die Bezahlung per Kreditkarte ist bis 7 Tage vor Reiseantritt mit einem einmaligen Zahlungstransaktionsentgelt von EUR 10,-- verbunden. Eine Rückerstattung des Entgelts nach Stornierung findet nicht statt. Bei Buchung 6 Tage und weniger vor Abreise ist die Nutzung von Kredit-

karten gebührenfrei möglich. Für Kunden mit Wohnsitz außerhalb Deutschland oder Österreich ist ausschließlich eine Bezahlung per Kreditkarte möglich, daher entfällt hier die Kreditkartengebühr.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, die Klausel verstoße gegen § 27 Abs 6 ZaDiG, da sie eine unzulässige Kreditkartengebühr in der Höhe von EUR 10,-- vorsehe.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, es liege am Kunden, so zu buchen, nämlich innerhalb von 6 Tagen vor Reiseantritt, dass keine Kreditkartengebühr anfalle, weshalb die Klausel nicht unzulässig sei.

Das **Erstgericht** nahm den Standpunkt ein, die Klausel verstoße gegen die Bestimmung des § 27 Abs 6 ZaDiG, die mit der Richtlinie 2007/64/EG im Einklang stehe.

In der **Berufung** hält die Beklagte dem Erstgericht entgegen, dass das ZaDiG auf die Beklagte nicht anwendbar sei. Es gelte nicht für Zahlungsempfänger in der Schweiz. Es regle gemäß seinem § 1 Zahlungsdienstleistungen, die an in Österreich ansässige Zahlungsdienstnutzer oder von in Österreich ansässigen Zahlungsdienstleistern erbracht würden. Die Beklagte sei in Österreich nicht ansässig. Wenn von in Österreich ansässigen Reisenden Zahlungsdienstleistungen von Zahlungsdienstleistern in Anspruch genommen würden, sei dies etwas anderes. Es stehe nicht fest, welche Zahlungsdienstleister für die Beklagte tätig seien. Der Kläger habe auch nicht vorgebracht noch sei dies festgestellt worden, dass zu Gunsten der Verbraucher von „in Österreich ansässigen Zahlungsdienstleistern“ Zahlungsdienste erbracht würden. Die Klausel verstoße auch nicht deshalb gegen § 27 Abs 6 ZaDiG, weil sie nicht generell verpflichtend vorsehe, dass ein Kunde immer bei

Bezahlung mit Kreditkarte ein Entgelt zu leisten habe. Dies gelte nur bei Bezahlung per Kreditkarte bis 7 Tage vor Reiseantritt. Ein Kunde, der die Gebühr nicht zahlen wolle, sei nicht gezwungen, in diesem Zeitraum zu buchen. § 27 Abs 6 ZaDiG sei so auszulegen, dass eine generelle Gebühr unzulässig sei, eine solche liege hier nicht vor. Daher sei das Begehren zu dieser Klausel abzuweisen. Jedenfalls sei aber der letzte Satz der Klausel zulässig.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Wie bereits eingangs des Berufungsurteils dargelegt, kommt auf den gesamten Fall österreichisches Recht zur Anwendung. Anzuwenden ist daher auch das ZaDiG, nach dessen § 27 Abs 6 Satz 2 die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger im Fall der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments unzulässig ist. § 27 Abs 6 ZaDiG kommt als gesetzliches Verbot zum Tragen und nicht nur als Obliegenheit. Die Bestimmung erklärt ein bestimmtes Handeln für unzulässig. Sie steht in Übereinstimmung mit der Richtlinie 2007/64/EG über Zahlungsdienste im Binnenmarkt und ist ebensowenig verfassungswidrig (eingehend 10 Ob 27/14i).

Soweit in Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 26 bis 46 und 48 ZaDiG betreffend Informationspflichten, Autorisierung und Ausführung von Zahlungsvorgängen sowie Haftung abgewichen wird, sind diese abweichenden Bestimmungen gemäß § 26 Abs 6 ZaDiG unwirksam. Dieser Sanktion unterliegt daher auch eine allgemeine Geschäftsbedingung, die § 27 Abs 6 Satz 2 ZaDiG zuwiderläuft.

Die Klausel sieht vor, dass bei Bezahlung per Kreditkarte bis 7 Tage vor Reiseantritt ein „einmaliges Zahlungstransaktionsentgelt“ in Höhe von EUR 10,-- anfällt.

Die Beklagte als Zahlungsempfänger hebt also im Fall der Nutzung eines bestimmten Zahlungsinstruments, nämlich Zahlung per Kreditkarte, wenn diese im genannten Zeitraum erfolgt, ein Entgelt ein. Dies widerspricht der zwingenden Vorschrift des § 27 Abs 6 ZaDiG. Die Klausel ist daher unzulässig.

Wenn die Beklagte in Bezug auf den letzten Satz der Klausel meint, dieser müsse jedenfalls zulässig sein, übersieht sie, dass er (wie auch die Sätze 2 und 3) durch das Wort „Kreditkartengebühr“ inhaltlich an den (wie dargestellt unzulässigen) ersten Satz anknüpft und durch diese Anknüpfung selbst unzulässig ist.

13. Zur Klausel 7.:

„Stornogebühren Zusatzleistungen wie zB Reiseversicherung, Mietwagen/Transfer

Maßgebend sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des jeweiligen Reiseleistungserbringers. Zuzüglich zu den Stornogebühren des jeweiligen Reiseleistungserbringers erhebt holidays.ch AG zur Abgeltung des eigenen Zusatzaufwandes EUR 30,-- Bearbeitungsgebühr pro betroffene Reiseleistung und pro betroffenen Reiseteilnehmer.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Der Zusatzaufwand durch eine Stornierung werde bereits durch die Stornopauschale abgegolten, den Reisenden parallel dazu auch von Seiten der Beklagten mit einer zusätzlichen Stornogebühr zu belasten, könne mit einem allfälligen Zusatzaufwand nicht sachlich gerechtfertigt werden. Zudem sei die Klausel überraschend im Sinne des § 864a ABGB, da der Reisende nicht damit rechnen müsse, dass ihm Stornogebühren in doppelter Hinsicht auferlegt würden, wenn er eine von dritter Seite angebotene Zusatzleistung storniere.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, dass nicht nur der Leistungsträger einen Stornoaufwand habe, sondern jede Stornierung auch beim Reiseveranstalter einen Aufwand bedinge. Für diesen sei die ohnehin mäßige Pauschale zulässig.

Das **Erstgericht** nahm den Standpunkt ein, die Klausel sei insofern gröblich benachteiligend und überraschend, als die Stornogebühr unabhängig davon fällig werde, ob die Beklagte im Zusammenhang mit diesen Leistungen - etwa als Vermittler oder Bote - überhaupt tätig geworden sei und ob ihr im Zusammenhang mit Buchung oder Stornierung ein Aufwand entstanden sei oder ein Gewinn entgehe.

In der **Berufung** hält die Beklagte dem Erstgericht entgegen, eine Klausel, die einen Aufwandsersatz für eigene Leistungen im Falle des Vertragsbruchs (Storno sei immer ein solcher) vorsehe, könne keinesfalls als auffallende Störung der Äquivalenz im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB verstanden werden. Aus dem Titel und dem Zusammenhang sei klar, dass nur bei Storno durch einen Reisenden pauschaliert notwendiger Aufwand verlangt werde. Vermittelte Zusatzleistungen liefen über den Reiseveranstalter und verursachten bei Storno Zusatzarbeit. Es entspreche den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, dass bei Vertragsbruch Schäden zu ersetzen seien. Gemäß § 458 UGB dürften EUR 40,-- als Entschädigung für Betreibungen verlangt werden, weshalb die in der Klausel angeführten EUR 30,-- im Rahmen seien.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Grundsätzlich hat niemand ein Recht, von einem geschlossenen Vertrag zurückzutreten; es gilt der Grundsatz pacta sunt servanda. Es kann aber eine sogenannte Stornovereinbarung getroffen werden. Dabei erhält der

Kunde das Recht, vom Vertrag zurückzutreten (den Vertrag zu „stornieren“), dies gegen Zahlung einer „Stornogebühr“. Durch deren Zahlung verzichtet der Kunde auf den Empfang der Leistung und befreit sich gleichzeitig von der Verpflichtung zur Zahlung des eigentlich vereinbarten Leistungsentgelts. Eine so geartete Stornovereinbarung unterfällt der Bestimmung des § 909 ABGB über das Reugeld (*Reischauer in Rummel/Lukas*⁴ § 909 ABGB Rz 21; weiters RIS-Justiz RS0014608; RS0118731; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II [2015] Rz 86). Macht der Kunde von seinem Stornorecht Gebrauch, handelt er nicht rechtswidrig (1 Ob 268/03y [in Punkt 2.4.]

Im Unterschied hierzu ist die Vereinbarung, dass der Kunde eine Stornogebühr zahlen muss, wenn er ungerechtfertigt vom Vertrag zurücktritt, eine Vertragsstrafe im Sinne des § 1336 ABGB (RIS-Justiz RS0017722; vgl auch *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II Rz 99).

Die hier zu beurteilende Klausel lässt offen, um was für eine Stornogebühr es sich bei jener „des jeweiligen Reiseleistungserbringers“ handelt. Es ist daher denkbar, dass es sich um eine solche im Sinne eines Reugeldes handelt. Diesfalls hat aber der Kunde ein Rücktrittsrecht erworben. Sein Verhalten ist daher nicht – wovon aber die Beklagte ausgeht – rechtswidrig. Damit erscheint eine Verpflichtung des Kunden, der Beklagten einen pauschalen Schadenersatz von EUR 30,-- zur Abgeltung von deren Vermittlungsaufwand zu zahlen, als gröblich benachteiligend (§ 879 Abs 3 ABGB); der Kunde hat ja lediglich von seinem Rücktrittsrecht (Stornorecht) Gebrauch gemacht.

Die Klausel ist zudem in Bezug auf ihren Satz 1 intransparent. Ein Querverweis in einem Klauselwerk oder ein Verweis auf Preislisten führt zwar an sich noch nicht

zur Intransparenz im Sinn von § 6 Abs 3 KSchG. Allerdings kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben (RIS-Justiz RS01220409). Der Satz 1 der Klausel lässt, wenn er „die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des jeweiligen Reiseleistungserbringers“ für maßgebend erklärt, im Dunkeln, ob diese auch dann „maßgebend“ sein sollen, wenn sie im Einzelfall nicht gelten, beispielsweise weil der Konsument von ihrem Inhalt niemals Kenntnis erlangen konnte (vgl RIS-Justiz RS0014506 [T5], [T8]).

14. Zur Klausel 8.:

„holidays.ch AG behält sich vor, den ausgeschriebenen und in der Buchungsbestätigung festgehaltenen Reisepreis im Falle der Erhöhung der Beförderungskosten oder der Abgaben für bestimmte Leistungen wie Hafen- oder Flughafengebühren oder einer Änderung der für die betreffende Reise geltenden Wechselkurse in dem Umfang zu ändern, wie sich deren Erhöhung pro Person bzw pro Sitzplatz auf den Reisepreis auswirkt, sofern zwischen Vertragsschluss und dem vereinbarten Reiseternin mehr als 4 Monate liegen. Im Falle einer nachträglichen Änderung des Reisepreises oder einer Änderung einer wesentlichen Reiseleistung ist der Reisende unverzüglich, spätestens jedoch 21 Tage vor Reiseantritt, davon in Kenntnis zu setzen.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, die Klausel verstoße gegen § 31c Abs 1 KSchG, da sie nur eine Preiserhöhung, nicht aber auch - bei Vorliegen der selben Voraussetzungen - eine Preissenkung vorsehe.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, dass die Vorschriften des BGB über Preiserhöhungen eingehalten würden und die Abstimmung auf das österreichische KSchG nicht zwingend erforderlich sei.

Das **Erstgericht** nahm den Standpunkt ein, die Klausel

verstoße gegen § 31c Abs 1 KSchG.

In der **Berufung** führt die Beklagte zur Klausel allein aus, dass ihr letzter Satz nicht der österreichischen Rechtsordnung widerspreche und das Klagebegehren insofern abzuweisen sei.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Wie bereits eingangs des Berufungsurteils dargelegt kommt auf den gesamten Fall österreichisches Recht zur Anwendung. Warum ausgehend von diesem die Rechtsansicht des Erstgerichts, die Klausel verstoße gegen § 31c Abs 1 KSchG unrichtig sein soll, wird in der Berufung nicht dargelegt. In Bezug auf den ersten Satz der Klausel wird in der Berufung gar nichts gesagt. Insofern liegt - wie bereits bei anderen Klauseln begründet - die Überprüfung der Richtigkeit der erstgerichtlichen Beurteilung nicht in der Kognition des Berufungsgerichts.

In Bezug auf den zweiten Satz wird in der Berufung lediglich die Behauptung aufgestellt, dieser widerspreche nicht der österreichischen Rechtsordnung. In dieser Hinsicht ist die Rechtsrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt, ist doch hierfür ein konkretes Vorbringen zu verlangen, warum die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts unzutreffend sein soll (5 Ob 234/09m [in Punkt 3.]; 5 Ob 8/12f [in Punkt 4.]; OLG Wien 1 R 37/09g).

15. Zur Klausel 9.:

„Wird der Hinflug nicht wahrgenommen, zieht dies regelmäßig auch eine Stornierung des Rückfluges nach sich.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da allein in der Nichtinanspruchnahme des Hinfluges kein bewusstes Ausnutzen der Tarifstruktur

einer Fluglinie erblickt werden könne und daher eine kostenpflichtige Stornierung des Rückfluges sachlich in keiner Weise gerechtfertigt sei. Zudem sei die Klausel intransparent, da der Verbraucher über die wahre Rechtslage in Unklarem gelassen und ihm suggeriert werde, eine derartige Stornierung wäre rechtmäßig.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, die Klausel sei nach deutscher Judikatur zulässig und werde auch von österreichischen Flugunternehmen unbeanstandet verwendet.

Das **Erstgericht** nahm - unter Hinweis auf 4 Ob 164/12i - den Standpunkt ein, die Klausel sei zum einen intransparent, da nicht erkennbar sei, in welchen Fällen eine Stornierung des Rückfluges tatsächlich erfolge, zum anderen auch gröblich benachteiligend.

In der **Berufung** führt die Beklagte im Wesentlichen aus, dass das Transparenzgebot nicht überspannt werden dürfe. Die Formulierung „zieht dies regelmäßig“ stelle klar, dass eine generalisierende Darstellung vorliege, für die freilich Ausnahmen bestünden. Aus der Formulierung seien keine negativen Auswirkungen auf das Verhalten von Konsumenten zu erwarten. Es sei anerkannt, dass die Inanspruchnahme nur eines von zwei gebuchten Flügen in Ausnutzung der Tarifstruktur eines Luftfahrtunternehmens missbräuchlich sei. Die Klausel sei - für Laien erkennbar - im eigentlichen Sinn auch nicht normativ; sie ordne nichts an sondern verweise nur auf ein bestimmtes Rechtsproblem. Auch werde in ihr im Gegensatz zu 4 Ob 164/12i kein Mehrentgelt verlangt und auch nicht die Anrechnung von Ersparnissen ausgeschlossen, sondern nur auf die mögliche Ungültigkeit des zweiten Flugs verwiesen. Aus der Erfahrung der Flugunternehmen sei es eindeutig, dass „andere Fälle“ wie Erkrankung, Versäumung oder Reiseplan-

änderung in der Praxis die vernachlässigbare Ausnahme darstellten. Das Berufungsgericht möge in realistischer Sicht des Konsumentenverhaltens nicht theoretisch denkbaren Gründen, warum Flüge nicht ausgenützt werden, unzutreffendes Gewicht verleihen. Konsumenten verglichen intensiv via Internet die Tarifstruktur und vermeinten durch Scheinbuchungen Vorteile zu erlangen. Sie schadeten damit dem Flugunternehmen, das ansonsten Einzelflüge teurer verkaufen könnte und von der Nichtausnützung eines Flugs keinen Vorteil habe, wie in der Entscheidung 4 Ob 164/12i fälschlich unterstellt werde.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

In 4 Ob 164/12i entschied der OGH, dass eine Klausel, wonach bei Nichtnutzung eines Flugcoupons in der angegebenen Reihenfolge ein Aufpreis für die tatsächlich beabsichtigte Reiseroute verrechnet wird, sachlich gerechtfertigt ist, soweit sie nur jene Fälle umfasst, in denen der Fluggast von vornherein die Nutzung eines von mehreren Flügen eines Kombinationsangebots beabsichtigt und so das Tarifsystem bewusst umgeht (hierzu RIS-Justiz RS0128814), dass die Klausel aber, soweit sie auch Kunden belastet, die zunächst das Kombinationsangebot nutzen wollten und sich erst später - etwa wegen des Versäumens oder der Verspätung eines Zubringerfluges oder wegen einer Änderung ihrer Reisepläne - anders entschließen, gröblich benachteiligend ist (hierzu RIS-Justiz RS0128814 [T1]).

Die hier zu beurteilende Klausel sieht für den Fall, dass der Hinflug nicht wahrgenommen wird, keinen Aufpreis vor, sondern dass die Nichtwahrnehmung des Hinfluges „regelmäßig auch eine Stornierung des Rückfluges nach sich [zieht]“. Diese Rechtsfolge gleicht im Wesentlichen

jener früher in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Klausel, nach denen der Flugschein seine Gültigkeit verlor, wenn der Passagier nicht alle Flugcoupons vollständig und in der im Flugschein vorgesehenen Reihenfolge ausnutzte. Eine solche Klausel benachteiligt nach dem deutschen Bundesgerichtshof den Fluggast entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und wird von ihm als unwirksam qualifiziert, dies ausgenommen die Situation, dass der Fluggast schon bei der Buchung plant, eine Teilstrecke verfallen zu lassen, um sich einen Preisvorteil zu verschaffen (BGH Xa ZR 101/09 = VRInfo 2010 H 5, 3 = VuR 2010, 311; Xa ZR 5/09 = VRInfo 2010 H 5, 3 = NJW 2010, 1958). Der OGH schloss sich in Punkt 3.4. (iVm Punkt 3.3.) der Entscheidung 4 Ob 164/12i den diesbezüglichen Erwägungen des Bundesgerichtshofs in den beiden zitierten Entscheidungen an und führte weiters aus, das Ziel der Durchsetzung des eigenen Tarifsystems respektive der privatautonomen Gestaltung des Preises jeweils entsprechend der unterschiedlichen Nachfragesituation rechtfertige nicht eine Bestimmung, wonach bei Nichtnutzung eines Flugscheinabschnitts der gesamte Flugschein verfällt. Damit steht aber fest, dass auch aus Sicht des OGH eine Klausel wie die hier vorliegende als gröblich benachteiligend (§ 879 Abs 3 ABGB) anzusehen ist.

Die Klausel ist zudem intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG. Gegen die Anwendung des § 6 Abs 3 KSchG spricht nicht, dass die Klausel - so zumindest die Ansicht der Beklagten - erkennbar keinen selbständigen normativen Charakter habe, da sie lediglich erläutere, ohne selbst etwas anzuordnen. § 6 Abs 3 KSchG fordert lediglich, dass es sich um eine in allgemeinen Geschäfts-

bedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung handeln muss. Ob diese Bestimmung Rechte und Pflichten der Vertragsparteien begründet oder lediglich erläuternden Charakter hat, ist für die Anwendbarkeit des § 6 Abs 3 irrelevant. Einziges Kriterium für die Unwirksamkeit einer in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltenen Klausel ist, ob sie unklar oder unverständlich abgefasst ist.

Die Klausel ist schon deshalb unklar, weil im Dunkeln bleibt, ob sie - wovon die Beklagte ausgeht - nur erläutern oder normative Wirkung beanspruchen will. Für letzteres würde das Wort „regelmäßig“ sprechen, das das Bestehen einer Regel suggeriert (siehe Duden, Bedeutungswörterbuch⁴ [2010] Stichwort „regelmäßig“). Zudem ist wegen der Worte „auch eine Stornierung des Rückflugs“ unklar, ob die Klausel nur dann gilt, wenn der Reisende den Hinflug storniert, oder ob auch eine Nichtwahrnehmung des Hinfluges ohne Vornahme eines Stornos erfasst ist. Ferner ist unklar, wer allfällig die Stornierung des Rückflugs vornimmt oder ob diese automatisch eintritt und vor allem, ob bereits die Nichtwahrnehmung des Hinfluges an sich dazu führt, dass der Rückflug als storniert gilt.

16. Zur Klausel 10.:

„Gleiches gilt bei Unterlassen einer von Fluggesellschaften geforderten Bestätigung des Rückfluges.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, die Klausel sei in Zusammenschau mit der vorstehenden Klausel 9 zu lesen und wie diese gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB. Die Nichtinanspruchnahme des Hinfluges könne eine Stornierung des Rückfluges auch bei Unterlassung einer von der Fluggesellschaft geforder-

ten Bestätigung nicht sachlich rechtfertigen, zumal dem Unterlassen einer derartigen Erklärung von vornherein kein Erklärungswert beigemessen werden könne. Das Abweichen vom dispositiven Recht nach § 863 ABGB sei mangels sachlicher Rechtfertigung gröblich benachteiligend. Keine sachliche Rechtfertigung stelle dar, dass Fluglinien über das Freiwerden eines Sitzplatzes rechtzeitig informiert würden, da der Verbraucher bei Nichtinanspruchnahme sowieso die Kosten trage, sodass ein besonderes Informationsinteresse der Fluggesellschaft zu verneinen sei. Auch würde ein solches Informationsinteresse den Nachteil des Verbrauchers nicht rechtfertigen. Darüber hinaus berge die Klausel eine unzulässige Erklärungsfiktion, da sie nicht auf die in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG normierten Voraussetzungen abstelle, unter denen die Fingierung einer Erklärung des Verbrauchers vereinbart werden könne.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, die Klausel sei sachlich gerechtfertigt, weil Fluggesellschaften manchmal die Bestätigung von Rückflügen verlangten und sie benötigen würden, um zu wissen, ob Sitzplätze in Anspruch genommen würden. So werde bei einer spontanen Verlängerung einer Urlaubswoche ein Sitzplatz frei, über den die Fluglinie verfügen könnte, wüsste sie es rechtzeitig.

Das **Erstgericht** nahm die Ansicht ein, dass zu dieser Klausel das selbe wie zur Klausel 9 gelte und dass die Klausel zudem gegen § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verstoße, da dem Umstand, dass eine Bestätigung des Rückfluges - aus welchem Grund auch immer - nicht eingeholt worden sei, der Inhalt einer Rücktrittserklärung unterstellt werde.

In der **Berufung** führt die Beklagte im Wesentlichen aus, dass die Klausel (wie bereits die Klausel 9) nicht normativer, sondern bloß erläuternder Natur sei. Es werde

bloß darauf verwiesen, dass andere Fluggesellschaften Rückflugbestätigungen verlangen könnten. Weder lege die Beklagte derartige Bestimmungen fest noch gebe sie an, auf wen sie zuträfen. In der Praxis verlangten heute große Fluggesellschaften keine Rückbestätigungen mehr, es könne aber nicht ausgeschlossen werden, dass dies von kleineren Gesellschaften in seltenen Fällen in bestimmten Konstellationen, etwa bei langfristigen Unterbrechungen, der Fall sei. Es sei nicht gesagt, dass per se das Verlangen nach einer Rückbestätigung gröblich benachteiligend oder überraschend sei. Der Hinweis auf § 6 Abs 1 Z 2 KSchG verfange nicht, weil die Klausel keine konkreten Hinweise für die Fristen oder die Durchführung einer Rückbestätigung enthalte und durch nichts darauf zu schließen sei, dass ein Kunde nicht vorher informiert werde, wie, wann oder bei wem er eine Rückbestätigung abzugeben habe. Die Klausel gebe auch in diesem Fall relevante Hinweise, die der Konkretisierung bedürfen.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Die Klausel knüpft ausdrücklich an die zuvor behandelte an („Gleiches gilt ...“). Sie besagt daher, dass das Unterlassen einer von Fluggesellschaften geforderten Bestätigung des Rückfluges „regelmäßig auch eine Stornierung des Rückfluges nach sich zieht“. Wie die zuvor behandelte Klausel ist auch sie intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG; zur Vermeidung von Wiederholungen sei auf die obigen Ausführungen verwiesen. Unklar ist insbesondere (auch) hier, ob der Klausel normative oder bloß erläuternde Natur beizumessen ist, des Weiteren, was damit gemeint ist, dass es „regelmäßig auch eine Stornierung des Rückfluges nach sich zieht“, wenn der Verbraucher eine von Fluggesellschaften geforderte Bestätigung

des Rückfluges unterlässt. Im Übrigen ist die Klausel gröblich benachteiligend, da an das bloße Unterlassen einer Rückmeldung die Rechtsfolge geknüpft wird, dass der Verbraucher seinen Rückflug verliert, was unverhältnismäßig ist. Es ist kein berechtigtes Interesse einer Fluggesellschaft oder der Beklagten als Reiseveranstalter an der „Bestätigung“ des Rückfluges durch den Verbraucher ersichtlich, da dieser auch in dem Fall, dass er zum Rückflug einfach nicht erscheint, denselben zu bezahlen hat, weshalb der Fluggesellschaft (oder der Beklagten) kein Entgelt entgeht.

17. Zur Klausel 11.:

„Die Meldung eines Gepäckschadens/-verlustes hat gegenüber dem Abfertigungsagenten des ausführenden Luftfrachtführers am Zielflughafen unmittelbar durch Aufnahme eines Schadenprotokolls (P.I.R.) zu erfolgen. Bei Gepäckschäden/-verlust ist jede Klage ausgeschlossen, wenn der Berechtigte nicht unverzüglich nach Entdeckung des Schadens, bei internationalen Reisen jedenfalls aber spätestens sieben Tage nach Erhalt des Gepäcks schriftlich Anzeige an den Luftfrachtführer erstattet. Das gleiche gilt für die verspätete Auslieferung von Gepäck mit der Maßgabe, dass diese Anzeige unverzüglich, jedenfalls aber spätestens 21 Tage nach Andienung des Gepäcks zu erstatten ist. Die Anzeige bedarf der Schriftform und muss innerhalb der vorgenannten Fristen abgesandt werden.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, die Klausel sei in zweifacher Hinsicht intransparent. Zum einen gebe sie die Bestimmungen des Montrealer Übereinkommens nicht richtig wieder, da dieses die Möglichkeit vorsehe, die Ansprüche bei Arglist des Luftfrachtführers ohne Einhaltung der Anzeigefristen geltend zu machen. Zum anderen lege sie dem Reisenden nicht dar, dass sich die mit ihr vorgesehene Haftungsbeschränkung lediglich auf gegenüber dem Luftfrachtführer geltend zu machende

Ansprüche in Zusammenhang mit dem Gepäck des Reisenden beziehe; ein Ausschluss von Schadenersatz- oder Gewährleistungsrechten des Reisenden gegenüber dem Reiseveranstalter könne nicht wirksam vereinbart werden.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, die Klausel sei ein Hinweis und keine normative Regel. Sie gebe das Montrealer Abkommen in seinen wichtigsten Bestandteilen wieder. Es sei nicht erforderlich, jede Ausnahme oder Denkmöglichkeit anzuführen. Es wäre an sich nicht erforderlich, diesen Hinweis anzubringen, weil das Montrealer Übereinkommen unabhängig von Parteienvereinbarungen ohnehin zur Anwendung komme.

Das **Erstgericht** nahm den Standpunkt ein, die Klausel sei schon insofern intransparent, als die Beklagte als Reiseveranstalter vertraglicher Luftfrachtführer gemäß Art 39 Montrealer Übereinkommen sei und damit gemäß dessen Art 42 die Beanstandungen auch ihr gegenüber erklärt werden könnten. Darüber hinaus gälten die Fristen des Art 31 Montrealer Übereinkommen gemäß dessen Abs 4 nicht bei Arglist. Abgesehen davon träfen die Beklagte bei Flugmängeln reisevertragliche Gewährleistungspflichten, die nicht durch das Montrealer Übereinkommen geregelt seien. Hier sei hinsichtlich der Rüge § 31e KSchG, der zum Beispiel keine Schriftlichkeit voraussetze, anzuwenden.

In der **Berufung** führt die Beklagte aus, es sei herrschende Ansicht, dass die Haftungsbegrenzungen und Bedingungen des Montrealer Übereinkommens wie auch schon jene des Warschauer Abkommens im Verhältnis von Reiseveranstalter und Reisenden durchschlagen. Die Klausel schließe weitergehende Ansprüche nicht aus. AGB müssten nicht jeden Ausnahmetatbestand erfassen wie hier Arglist. AGB

hätten weder den Zweck juristischer Schulung noch müssten sie alle juristisch denkbaren Aspekte des Einzelfalls darbieten. Der Hinweis auf den vertraglichen Luftfrachtführer sei an sich zwar zutreffend, dennoch verlangten die AGB der Fluggesellschaften die in der Klausel vorgesehene Vorgangsweise. Der zweite Satz der Klausel stelle die wörtliche Wiedergabe von Allgemeinen Beförderungsbedingungen namhafter ausländischer Luftfahrtunternehmen dar. Es würde in der Praxis nichts nützen, wenn diese missachtet werden würden. Von Intransparenz könne keine Rede sein, der Verbraucher werde nicht von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten, im Gegenteil werde ihm nahegelegt, wie dies am effektivsten gelinge.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Die Klausel ist schon deshalb intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil sie im Dunkeln lässt, ob sie bloß die Rechtslage zwischen dem Verbraucher und der Fluggesellschaft beschreiben oder das Rechtsverhältnis zwischen dem Verbraucher und der Beklagten regeln will. Im Übrigen kann auf die zutreffende rechtliche Beurteilung des Erstgerichts verwiesen werden (§ 500a ZPO).

18. Zur Klausel 12.:

„Höhere Gewalt

Wird die Reise infolge höherer Gewalt (zB innere Unruhen oder Naturkatastrophen) erheblich erschwert, gefährdet oder beeinträchtigt, so können sowohl holidays.ch AG als auch der Reisende den Vertrag kündigen. Die Kündigung kann nach Antritt der Reise durch holidays.ch AG konkludent durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Wird der Vertrag gekündigt, so kann holidays.ch AG für die bereits erbrachten oder zur Beendigung der Reise noch zu erbringenden Reiseleistungen eine angemessene Entschädigung verlangen. Erfolgt die Kündigung nach Antritt der Reise, ist holidays.ch AG verpflichtet, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, insbesondere,

falls der Vertrag die Rückbeförderung umfasst, den Reisenden zurückzubefördern. Die Mehrkosten für die Rückbeförderung sind von den Parteien je zur Hälfte zu tragen. Im Übrigen fallen die Mehrkosten dem Reisenden zur Last."

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, bei einem vorzeitigen Abbruch der Reise habe der Veranstalter für den Rücktransport zu sorgen und diesen zu finanzieren, was auch bei zufälligem Unmöglichwerden der Vertragserfüllung gelte, da der Pauschalreisevertrag maßgeblich werkvertragliche Elemente berge. Der Veranstalter schulde einen Erfolg, dessen Ausbleiben sein Risiko und nicht das Risiko des Reisenden sei. Die mit der Klausel vorgesehene Überwälzung von Rückreisekosten auf den Reisenden sei somit unzulässig. Ein anteiliges Gesamtentgelt werde ebenfalls nur in dem Ausmaß geschuldet, als der Reisezweck erfüllt werden konnte. Es liege somit ein Verstoß gegen § 31e Abs 1 KSchG vor. Da die Klausel die maßgebliche Rechtslage nicht richtig wiedergibt, sei sie auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, die Tragung der Kosten üblicher Rückbeförderung durch sie würde in der Klausel nicht ausgeschlossen. Sonderaufwand als Folge höherer Gewalt, die beide Vertragsteile (Reiseveranstalter und Reisender) treffe, dürfe geteilt werden.

Das **Erstgericht** nahm den Standpunkt ein, die Klausel widerspreche § 31e KSchG, wonach die Rückbeförderung durch den Veranstalter immer kostenlos zu erfolgen habe.

In der **Berufung** hält die Beklagte dem Erstgericht entgegen, aus § 31e KSchG könne nicht abgeleitet werden, dass im Falle eines Reiseabbruchs in Folge höherer Gewalt die Mehrkosten einer außerplanmäßigen Rückbeförderung ausschließlich vom Reiseveranstalter zu tragen seien. Die

Klausel entspreche § 651j BGB und sei ausgewogen, weil der Zufall zu Lasten beider Vertragsparteien gehe.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Ergibt sich nach der Abreise, dass ein erheblicher Teil der vertraglich vereinbarten Leistungen nicht erbracht wird oder nicht erbracht werden kann, so hat der Veranstalter nach § 31e Abs 1 Satz 1 KSchG ohne zusätzliches Entgelt angemessene Vorkehrungen zu treffen, damit die Reiseveranstaltung weiter durchgeführt werden kann. Können solche Vorkehrungen nicht getroffen werden oder werden sie vom Reisenden aus triftigen Gründen nicht akzeptiert, so hat der Veranstalter nach § 31e Abs 1 Satz 2 KSchG ohne zusätzliches Entgelt gegebenenfalls für eine gleichwertige Möglichkeit zu sorgen, mit der der Reisende zum Ort der Abreise oder an einen anderen mit ihm vereinbarten Ort befördert wird.

Mit der Bestimmung des § 31e KSchG wird generell das Auftreten von Leistungsstörungen nach der Abreise geregelt. In Anlehnung an die Pauschalreiserichtlinie 90/314/EWG werden keine bestimmten Gründe für die Nicht- bzw Schlechterfüllung der gebuchten Reiseleistung vorausgesetzt. Daher fällt sowohl die Behandlung einfacher Mängel darunter, als auch das subjektive Unvermögen bzw die nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung. Es wird also auch der - hier interessierend - Tatbestand der nachträglichen (Teil-)Unmöglichkeit der Leistung aufgrund höherer Gewalt (Naturkatastrophe) von der Regelung des § 31e KSchG erfasst (10 Ob 2/07b mwH; weiters *Schoditsch*, Der Einfluss der Terrorgefahr auf das Reiserecht, ZVR 2016, 536 [540]). Wenn die Beklagte damit argumentiert, dass die Klausel § 651j BGB entspreche, ist ihr zu erwidern, dass sich das deutsche und österreichische Recht

- wie bereits in 9 Ob 42/04y erläutert - hier maßgeblich unterscheiden, da letzteres gerade keine dem besonderen Kündigungsrecht nach § 651j BGB vergleichbare gesetzliche Bestimmung enthält. Der Ansicht des Erstgerichts, nach § 31e KSchG habe die Rückbeförderung durch den Veranstalter immer - und damit auch bei erzwungenem Reiseabbruch durch höhere Gewalt - kostenlos zu erfolgen, weshalb die Klausel gesetzwidrig sei, ist daher beizutreten.

19. Zur Klausel 13.:

„Datenverwendung und Datenschutz

holidays.ch AG erhebt und verwendet Ihre Daten gemäß den datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu Bewerbung, Verkauf, Vermittlung und Durchführung von Reisen und damit verbundenen Leistungen. Nur soweit gesetzlich zulässig, werden Ihre Daten an Dritte übermittelt, zB Veranstalter, Fluggesellschaft, Hotel, Auftragnehmer.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, die Klausel sei intransparent, da weder der Empfängerkreis der Daten, noch deren Umfang bestimmt werde. Nach ständiger Rechtsprechung müsse der Betroffene wissen, wer welche Daten zu welchem Zweck erhält. Diesen Anforderungen genüge die Klausel nicht.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, es sei in AGB unmöglich, taxativ einen Empfängerkreis von Daten und ihren Umfang darzustellen. Die beschreibende einschränkende Aufzählung sei gesetzeskonform.

Das **Erstgericht** nahm den Standpunkt ein, die Klausel sei intransparent.

In der **Berufung** hält die Beklagte dem Erstgericht entgegen, dass der Klausel im Wesentlichen zu entnehmen sei, dass Daten zunächst im eigenen Bereich verwendet würden, was nicht unzulässig sei. Es werde auch dargestellt, dass Daten an Dritte weitergegeben würden, aber

nur, soweit gesetzlich zulässig. Beispielhaft würden gewisse Empfänger genannt, die über die Daten des Kunden verfügen müssten. Es wäre unmöglich im Rahmen der AGB darzustellen, an wen im Einzelfall welche konkreten Daten weitergegeben werden (müssen), dazu sei der Geschäftsbereich der Beklagten zu breit bzw die Wirklichkeit zu vielfältig. Für den Reisenden nachvollziehbare sinnhafte Abgrenzungen erfolgten durch die Begrenzung auf Reisen und damit verbundene Leistungen. Insofern würden konkret berechnete Zwecke dargestellt.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

§ 4 Z 14 DSG definiert die „Zustimmung“ als gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwillige. Eine wirksame Zustimmung kann demnach nur vorliegen, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden sollen. Nur dann kann davon gesprochen werden, dass er der Verwendung seiner Daten „in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall“ zustimmt (2 Ob 1/09z ua).

Eine wirksame Zustimmung zur Verwendung nichtsensibler Daten liegt jedenfalls nur dann vor, wenn der Betroffene zumindest weiß, welche seiner Daten verwendet werden (RIS-Justiz RS0115216 [T2]). Die Klausel spricht nur von „Ihre Daten“ und lässt damit im Dunkeln, um welche Daten es sich exakt handelt; in Betracht kämen beispielsweise Name, Geschlecht, Geburtstag, Geburtsort, Beruf, Familienstand, Reisedaten wie Abfahrt und Ankunft, Namen und Anzahl der Mitreisenden, Reisepreis, Zusatzleistungen, und vieles mehr. Schon weil die Klausel offen lässt, um welche Daten es sich exakt handelt, erweist sie

sich als intransparent im Sinn des § 6 Abs 3 KSchG (vgl etwa 4 Ob 221/06p; 7 Ob 84/12x [zu Klausel 19]).

20. Zur Klausel 14.:

„Es gilt schweizer Recht.“

Zu dieser Klausel wurde bereits eingangs des Berufungsurteils ausführlich Stellung genommen. Wie dargelegt enthält die Klausel keinen Hinweis im Sinne des Erkenntnisses des EuGH in der Rechtssache *VKI/Amazon*, C-191/15, und verstößt damit gegen die richtlinienkonform auszulegende Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB.

21. Zur Klausel 15.:

„Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten gegen holidays.ch AG ist Basel.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, die Klausel verletze unter anderem § 14 KSchG.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, die Klausel könne zwingende internationale Normen nicht ändern und sei für Nichtverbraucher zulässig und daher korrekt.

Das **Erstgericht** nahm den Standpunkt ein, die Klausel widerspreche den zwingenden Vorschriften des § 14 KSchG und Art 16 und 17 LGVÜ II.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Die Beklagte führt in der Berufung zur Klausel nichts aus. Die Überprüfung der Richtigkeit des Ersturteils ist insofern der Kognition des Berufungsgerichts enthoben, ist doch dieses an eine Beschränkung der Klagegründe (und Einwendungen) durch den Rechtsmittelwerber gebunden (RIS-Justiz RS0043352 [T23]).

22. Zur Klausel 16.:

„Leistungsänderungen

Abänderungen und Abweichungen einzelner Reiseleistungen von den vertraglichen Vereinbarungen sind seitens holidays.ch AG nur zulässig, wenn

sie nach Vertragsabschluss erforderlich werden, nicht gegen Treu und Glauben durch holidays.ch AG veranlasst sind und im übrigen nicht den Gesamtzuschnitt der Reise beeinträchtigen. Kurzfristige Änderungen der Flugzeiten, der Streckenführung wie auch kurzfristige Wechsel von Fluggeräten oder Fluggesellschaften bleiben ausdrücklich vorbehalten.“

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, der mit der Klausel normierte Leistungsänderungsvorbehalt verstoße gegen § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, da weder auf die Zumutbarkeit für den Verbraucher noch auf die Geringfügigkeit und sachliche Rechtfertigung abgestellt werde. Die Klausel verstoße auch gegen § 31c Abs 2 KSchG, da von ihr auch die Änderung wesentlicher Bestandteile erfasst würden, auf die zwingende Wahlmöglichkeit des Reisenden jedoch nicht hingewiesen werde.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, die Leistungsänderungen nähmen auf den „Zuschnitt“ der Reise Bezug und damit auf Zumutbarkeit. Der Vorbehalt schließe nur zumutbare Änderungen von Flugzeiten, Streckenführung, Wechsel von Fluggeräten und Fluggesellschaften ein.

Das **Erstgericht** nahm den Standpunkt ein, die Klausel verstoße gegen § 31c Abs 2 KSchG, da auf die dem Verbraucher zustehende Wahlmöglichkeit nicht aufmerksam gemacht werde.

In der **Berufung** hält die Beklagte dem Erstgericht entgegen, der erste Satz der Klausel verstoße nicht gegen § 31c KSchG, weil diese Bestimmung von einer Änderung wesentlicher Bestandteile des Vertrags spreche und einem dementsprechenden Wahlrecht des Reisenden, die Klausel im ersten Satz aber nur von Änderungen spreche, die den Gesamtzuschnitt der Reise nicht verändern, somit von unwesentlichen Änderungen. Da es auf den Hinweis auf eine

Wahlmöglichkeit insofern gar nicht ankomme, sei das Klagebegehren betreffend den ersten Satz abzuweisen.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Ändert der Veranstalter - soweit ihm gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen dieses Recht geben - vor der Abreise wesentliche Bestandteile des Vertrags, etwa auch den Preis, erheblich, so hat der Reisende nach § 31c Abs 2 Satz 1 KSchG die Wahl, die Vertragsänderung anzunehmen oder vom Vertrag zurückzutreten, ohne zur Zahlung einer Vertragsstrafe oder eines Reugeldes verpflichtet zu sein. Der Veranstalter hat nach § 31c Abs 2 Satz 2 KSchG dem Reisenden die Vertragsänderung unverzüglich zu erklären und ihn dabei über die bestehende Wahlmöglichkeit zu belehren; der Reisende hat sein Wahlrecht unverzüglich auszuüben.

Die Beklagte meint, sie sei nach der Klausel ohnehin nicht zu solchen Änderungen berechtigt, die den „Gesamtzuschnitt der Reise“ beeinträchtigten, und schließt hieraus, sämtliche Änderungen, zu denen sie berechtigt sei, seien unwesentlich, weshalb das Wahlrecht des Reisenden kein Thema sein könne. Dies ist jedoch unrichtig, weil nach der Judikatur Art und Zeit der Beförderung, Fluggerät, Flugdauer und Zwischenstopps genauso wie die Unterkunft wesentliche Bestandteile des Reisevertrages sind (RIS-Justiz RS0114499). Bereits die erhebliche Änderung bloß eines einzigen wesentlichen Bestandteils zieht die in § 31c Abs 2 KSchG genannten Rechtsfolgen nach sich (*Mayrhofer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 31c KSchG Rz 14). Wird beispielsweise bei einer zweiwöchigen Reise der Abflugtermin von Samstag Vormittag auf Samstag Nachmittag verlegt, ist dies eine erhebliche Änderung eines wesentlichen Bestandteils, jedoch noch keine Beein-

trächtigung des „Gesamtzuschnitts der Reise“.

Das Transparenzgebot erfordert zwar in der Regel nicht die vollständige Wiedergabe des Gesetzestextes. Der Unternehmer kann aber bei Beachtung des Transparenzgebots auch dann zur Vollständigkeit verpflichtet sein, wenn andernfalls die Auswirkungen einer Klausel für den Verbraucher unklar blieben (RIS-Justiz RS0121951). Dies ist hier der Fall. Ohne den Hinweis auf das nach § 31c Abs 2 KSchG bei erheblichen Änderungen wesentlicher Vertrags-teile bestehende Wahlrecht entsteht beim Verbraucher der unrichtige Eindruck, bestimmte Abänderungen einzelner Reiseleistungen durch die Beklagte wären zulässig und er müsse sie ohne weiteres akzeptieren. Satz 1 der Klausel verletzt daher das Transparenzgebot.

Mit Satz 2 der Klausel behält sich die Beklagte pauschal kurzfristige Änderungen der Flugzeiten, der Streckenführung wie auch kurzfristige Wechsel von Fluggeräten oder Fluggesellschaften vor. Dies verletzt § 6 Abs 2 Z 3 KSchG, wonach eine Vertragsbestimmung, nach der der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann, unzulässig ist, es sei denn, die Änderung beziehungsweise Abweichung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist, und die Vertragsbestimmung zudem im Einzelnen ausgehandelt worden ist.

23. Zur Klausel 17.:

„Rücktritt

[...]

Stornogebühren holidays.ch AG Pauschalreisen

*Bei Rücktritt bis 30 Tage vor Reiseantritt: 40%
des Reisepreises.*

*Ab 29. bis 15. Tag vor Reiseantritt: 70% des
Reisepreises.*

Ab 14. Tag vor Reiseantritt: 90% des Reisepreises.

Am Tag des Reiseantritts: 95% des Reisepreises.

Der Kunde ist berechtigt, die Entstehung eines geringeren Schadens nachzuweisen. holidays.ch AG ist berechtigt, im Einzelfall gegen Nachweis einen die Rücktrittspauschale übersteigenden Rücktrittschaden geltend zu machen."

Der **Kläger** vertrat in erster Instanz die Ansicht, die in der Klausel enthaltenen Stornosätze seien gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da sie von jenen der Musterbedingungen der Allgemeinen Reisebedingungen (ARB 1992) abwichen, welche einen angemessenen Interessensausgleich darstellten. Die Klausel verstoße auch gegen §§ 6 Abs 1 Z 11 iVm 27a KSchG, da sich bei verbraucherfeindlichster Auslegung der Veranstalter damit aus seiner Pflicht nehme, die Aufwandsersparnis und anderweitige Verdienstmöglichkeiten bei der Berechnung der Pauschalen im Vorhinein zu berücksichtigen. Die Klausel sei überdies gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da einerseits ein Rücktrittsrecht gewährt werde, andererseits jedoch die Geltendmachung eines die Rücktrittspauschale übersteigenden Rücktrittschadens vorbehalten werde. Diesbezüglich sei die Bestimmung auch überraschend, da der Konsument bei einem eingeräumten Rücktrittsrecht - neben den Stornogebühren - nicht mit einem weiteren Ersatzanspruch gegen ihn zu rechnen habe.

Die **Beklagte** hielt dem entgegen, die ARB 1992 seien national unverbindlich und kein Maßstab für § 879 Abs 3 ABGB. Sie würden außerhalb von Österreich gar nicht, in Österreich auch nicht durchgehend angewandt. Auch nach deutscher Judikatur sei die Klausel nicht zu beanstanden, „zumal ja eine Schadenminderung anhand des konkreten Schadens die Pauschale ändern kann und diese Möglichkeit

zweiseitig gestaltet ist“.

Das **Erstgericht** nahm den Standpunkt ein, dass auf Reugeldvereinbarungen § 27a KSchG unmittelbar anwendbar sei. Danach sei bei Werk- und Dienstleistungsverträgen der Unternehmer verpflichtet zu begründen, dass er durch Unterbleiben seiner Leistung sich nichts erspart und auch nichts anderweitig verdient habe. Auf dieser Basis sei eine Pauschalierung, die die gewöhnlich ersparten Aufwendungen und den gewöhnlich erzielbaren anderen Erwerb unberücksichtigt lasse, unzulässig. Einen Anhaltspunkt dafür, dass die Sätze der ARB diesen Komponenten bei der Beklagten nicht ausreichend Rechnung trügen, habe die Beklagte nicht geliefert.

In der **Berufung** hält die Beklagte dem Erstgericht entgegen, dass die Klausel das Recht des Kunden unberührt lasse, bei einem Rücktritt dem Reiseveranstalter die Entstehung eines geringeren Schadens nachzuweisen, somit eine Anrechnung zu verlangen. Eine Pauschalierung als Vertragsstrafe sei grundsätzlich zulässig. § 27a KSchG sei gegenständlich nicht anzuwenden, da es sich bei der Vereinbarung von Stornokosten um keine Reugeldvereinbarung, sondern um die Vereinbarung einer Vertragsstrafe handle. Im Abschlag gegenüber dem Vollpreis kämen die ersparten Aufwendungen bzw die Wahrscheinlichkeit des möglichen anderen Erwerbs hinreichend zum Ausdruck.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Eine hinter dem vereinbarten Werklohn zurückbleibende vertragliche „Stornogebühr“, die der Besteller nach Abbestellung des Werks an den Unternehmer zu zahlen hat, ist Reugeld; es bezweckt die Pauschalierung des Entgeltanspruchs gemäß § 1168 Abs 1 ABGB erster Satz ABGB in - gemessen am Entgelt für den Fall der Werkausführung -

geringerer Höhe. Auf eine solche Reugeldvereinbarung ist § 27a KSchG unmittelbar anwendbar (1 Ob 268/03y - hierzu RIS-Justiz RS0118731; vgl auch *Löwenthal-Philadelphly* in *Keiler/Klauser* § 27a KSchG Rz 10 f; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 7 KSchG Rz 5).

Damit sein Werklohnanspruch gemäß § 1168 Abs 1 erster Satz ABGB fällig wird muss der Werkunternehmer § 27a KSchG genügen. Er muss hierfür konkret zur Frage nach einer Ersparnis infolge Unterbleibens der Arbeit bzw des Werks Stellung nehmen und ausführen, aus welchen - etwa durch den Betriebsgegenstand, die Betriebsstruktur und den Auftragsstand bestimmten - Gründen er „durch eine anderweitige Verwendung“ weder etwas erworben noch zu erwerben absichtlich versäumt habe (1 Ob 268/03y [in Punkt 3.2.]).

Bis der Werkunternehmer dieser Informationspflicht nachgekommen ist, obliegt es daher nicht dem Kunden, nachzuweisen, dass sich der Werkunternehmer mehr als die Stornogebühr erspart und daher die Differenz herauszugeben hat. Nach der Klausel liegt es jedoch pauschal beim Verbraucher, die „Entstehung eines geringeren Schadens“ nachzuweisen. Damit stellt die Klausel die Rechtslage unrichtig dar, weshalb sie intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG ist (siehe RIS-Justiz RS0115219; vgl weiters RIS-Justiz RS0121951 [T2]). Die Klausel bildet eine Einheit, weshalb die genannten Intransparenz die gesamte Klausel unzulässig macht.

24. Zusammengefasst verstoßen alle 17 Klauseln gegen das anzuwendende österreichische Recht und sind daher unzulässig.

25. Zur territorialen Reichweite des Begehrens:

Der Kläger erklärte, dass sich die Verbandsklage gegen die Verwendung unzulässiger Klauseln gegenüber österreichischen Konsumenten richte und dies nach der Judikatur nicht ausdrücklich Aufnahme in des Klagebegehren finden müsse. Ausdrücklich nur aus anwaltlicher Vorsicht erhob er ein auf Österreich beschränktes Eventualbegehren (ON 4 Seiten 16 und 23).

Die Beklagte vertritt demgegenüber die Ansicht, weil das Klage(haupt)begehren keine Einschränkung auf Österreich beinhalte solle mit ihm die Unterlassung der inkriminierten Klauseln auch außerhalb Österreichs untersagt werden, was - zumal außerhalb Österreichs das österreichische Recht nicht gelte - das Begehren unschlüssig mache.

Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen:

Es ist grundsätzlich Sache des Klägers, deutlich zum Ausdruck zu bringen, dass er Schutz nicht nur für das Inland, sondern auch für andere Staaten begehrt. Macht er dies nicht, muss mangels entsprechender Anhaltspunkte angenommen werden, dass er nur Schutz für Österreich anstrebt (RIS-Justiz RS0076843).

Ist das Unterlassungsbegehren territorial uneingeschränkt formuliert, strebt ein Kläger aber die Unterlassung nur für Österreich an, so hat er das Unterlassungsbegehren entsprechend zu adaptieren (in diesem Sinne 4 Ob 161/15b). Das Gericht muss den Kläger zur Verbesserung auffordern, wenn er die Notwendigkeit einer Präzisierung nicht selbst erkannte (RIS-Justiz RS0036355 [T10], [T14]). Das Gericht ist gleichwohl stets berechtigt, dem Urteilsspruch selbst eine klare und deutliche, vom Begehren abweichende Fassung zu geben, wenn sich letztere im

Wesentlichen mit dem Begehren deckt (RIS-Justiz RS0039357), was auch für die Fassung eines Unterlassungsgebotes gilt (RIS-Justiz RS0039357 [T25]).

Hier hat der Kläger unmissverständlich erklärt, dass er gerade keine weltweite Unterlassungspflicht der Beklagten anstrebt, sondern eine solche allein in Bezug auf die österreichischen Verbraucher. Das Klage(haupt)begehren war daher stets dahingehend zu verstehen. Weil der Kläger stets nur eine Unterlassung der inkriminierten Klauseln in Bezug auf Österreich anstrebte und er lediglich irrig der Meinung war, dem müsse nicht im Klagebegehren selbst Ausdruck verliehen werden, hätte das Erstgericht den Kläger zu einer diesbezüglichen Adaptierung des Begehrens aufzufordern gehabt. Zumal die Stoßrichtung des Klägers unzweifelhaft war, ist es dem Berufungsgericht aber gestattet, dem Klagebegehren die entsprechende präzise Fassung zu geben.

Weil der Kläger keine die österreichischen Grenzen überschreitende Unterlassungspflicht der in der Schweiz ansässigen Beklagten erwirken will, muss auf die Frage, ob die österreichischen Gerichte für eine solche Verbandsklage überhaupt die Kognitionsbefugnis hätten, nicht eingegangen werden (dazu *Stadler in Leible/Terhechte* § 27 Rz 39; weiters *Lindacher in FS Hoffmann* 258 ff; *Lindacher in Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht⁶ [2013] Vor § 1 UKlaG Rz 16 ff).

26. Zur Wiederholungsgefahr:

Am Vorliegen von Wiederholungsgefahr ist mangels Abgabe einer Unterlassungserklärung im Sinne des § 28 Abs 2 KSchG und aufgrund der Verteidigung der beanstandeten Klauseln durch die Beklagte im Prozess, was auch abseits des § 28 Abs 2 KSchG Wiederholungsgefahr indi-

ziert (RIS-Justiz RS0031772), nicht zu zweifeln.

Der Unterlassungsanspruch besteht daher zu Recht.

27. Zur Leistungsfrist und Urteilsveröffentlichung:

Die Leistungsfrist und die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung werden von der Berufung nicht thematisiert, weshalb sich diesbezügliche Ausführungen erübrigen (vgl 4 Ob 265/16y [in Punkt 2.2.a.]).

28. Die Kostenentscheidung gründet auf §§ 41, 50 ZPO.

29. Die ordentliche Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO im Hinblick darauf, dass sich die Verbandsklage gegen eine Vielzahl von Klauseln richtet, die für eine größere Anzahl von Verbrauchern bestimmt sind und zu deren Wirksamkeit höchstgerichtliche Judikatur fehlt, zulässig (vgl 6 Ob 212/09h [in Punkt 1.]).

II. Zum Kostenrekurs:

Das **Erstgericht** sprach dem Kläger nach § 41 ZPO vollen Kostenersatz zu, aberkannte ihm aber - erkennbar - einen Ersatzanspruch für die am 31.8.2016 eingebrachte Duplik, für die der Kläger unter Ansatz von TP 3A EUR 1.468,44 (inklusive 20% USt) verzeichnet hatte.

Der Kläger strebt mit dem **Kostenrekurs** eine Abänderung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung dahingehend an, dass ihm (für die Duplik) weitere EUR 1.468,44 an Kostenersatz, somit insgesamt EUR 7.756,08 (darin EUR 1.389,-- Barauslagen und EUR 1.061,18 USt) zuerkannt werden. Als Rekursgrund macht er unrichtige rechtliche Beurteilung geltend.

Die Beklagte beantragt in ihrer **Kostenrekursbeantwortung**, dem Kostenrekurs nicht Folge zu geben.

Der Kostenrekurs ist berechtigt.

Der Schriftsatz ON 7 langte mehr als sieben Tage vor der vorbereitenden Tagsatzung bei Gericht und Gegner ein und war daher im Sinne des § 257 Abs 3 ZPO zulässig. Er enthielt nicht ausschließlich Rechtsausführungen, sodass er nicht nach § 78 Abs 3 ZPO unzulässig war. So wurde mit ihm etwa auch die Urkunde Beilage ./K vorgelegt und hierzu ein Tatsachenvorbringen erstattet.

Dem Schriftsatz kann auch nicht abgesprochen werden, dass er zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Sinne des § 41 ZPO notwendig und zweckmäßig war. Weil sein vorheriger Schriftsatz vom 5.7.2016 stammte, konnte der Kläger erst mit ihm substantiiert auf die am 28.7.2016 ergangene Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-191/15, *VKI/Amazon*, eingehen, der für den Prozess - wie bereits im Rahmen der Erledigung der Berufung ausgeführt - große Bedeutung zukommt. Mit dem Schriftsatz ON 7 ermöglichte der Kläger sowohl dem Gericht als auch der Beklagten eine entsprechende Verhandlungsvorbereitung. Dies wäre nicht der Fall gewesen, wären die Ausführungen erst in der vorbereitenden Tagsatzung erfolgt.

Dem Rekurs war daher Folge zu geben und die angefochtene Kostenentscheidung wie beantragt abzuändern.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens beruht auf §§ 50, 41 ZPO.

Die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses beruht auf § 528 Abs 2 Z 3 ZPO.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 19. April 2017

Dr. Regine Jesionek
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG