



## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Pisan als Vorsitzende sowie die Richter Mag. Weixelbraun und Mag. Pöhlmann in der Rechtssache des Klägers **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die Beklagte **Austrian Airlines AG**, 1300 Wien-Flughafen, Office Park 2, vertreten durch Jarolim Flitsch Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--) über die Berufung des Klägers (Berufungsinteresse EUR 36.000,--) gegen das Urteil des Handelsgesichtes Wien vom 19.8.2011, 18 Cg 22/11s-7, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **teilweise Folge** gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es einschließlich des bestätigten Teiles lautet:

„Die Beklagte ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern zugrunde legt, die Verwendung folgender oder sinngleicher Klausel sowie die Berufung darauf oder auf eine sinngleiche Klausel zu unterlassen, soweit diese unzulässigerweise vereinbart

wurde:

*Wenn Sie die Flugcoupons nicht in der angegebenen Reihenfolge verwenden, werden wir den anwendbaren Preis für die tatsächlich von ihnen beabsichtigte Reiseroute verrechnen. Bei einer Änderung der vereinbarten Flugstrecken bzw deren Reihenfolge können Sie unbenutzte Coupons nur dann in Anspruch nehmen, wenn Sie die Differenz („Aufpreis“) zwischen dem von ihnen bereits bezahlten Preis und dem Preis für die tatsächlich gewählte Beförderung zum Buchungszeitpunkt bezahlen.*

*Sollten Sie den Aufpreis vor Flugantritt nicht bezahlen, wird Ihr Ticket entsprechend den anwendbaren Tarifbestimmungen refundiert. Wir haften in solchen Fällen nicht für eine allfällige Nichtbeförderung und sonstige daraus resultierende Schäden.*

Das Mehrbegehren, dem Kläger werde die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruchs im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Wochen ab Rechtskraft einmal in der Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleichgroßer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen, wird abgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, dem Kläger binnen vierzehn Tagen die mit EUR 4.125,-- (darin enthalten EUR 508,82 USt und EUR 1.072,10 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens zu ersetzen.“

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger binnen vierzehn Tagen die mit EUR 3.560,10 (darin enthalten

EUR 317,81 USt und EUR 1.653,25 Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

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

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

Die Beklagte betreibt eine Fluglinie und bietet ihre Leistungen im gesamten Bundesgebiet aber auch international an. Im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit Passagierleistungen legt sie allen abgeschlossenen Verträgen, unter anderem auch denen mit Verbrauchern, allgemeine Geschäftsbedingungen mit folgender Klausel zu Grunde:

*„Wenn Sie die Flugcoupons nicht in der angegebenen Reihenfolge verwenden, werden wir den anwendbaren Preis für die tatsächlich von Ihnen beabsichtigte Reiseroute verrechnen. Bei Änderung der vereinbarten Flugstrecken bzw. deren Reihenfolge können Sie unbenutzte Coupons nur dann in Anspruch nehmen, wenn Sie die Differenz („Aufpreis“) zwischen dem von Ihnen bereits bezahlten Preis und dem Preis für die tatsächlich gewählte Beförderung zum Buchungszeitpunkt bezahlen.*

*Sollten Sie den Aufpreis vor Flugantritt nicht bezahlen, wird Ihr Ticket entsprechend den anwendbaren Tarifbedingungen refundiert. Wir haften in solchen Fällen nicht für eine allfällige Nichtbeförderung und sonstige daraus resultierende Schäden.“*

Mit Klage vom 07.03.2011 beehrte der Kläger, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie den von ihr geschlossenen Verträgen und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern zugrunde lege,

die Verwendung der oben wiedergegebenen Klausel oder sinngleicher Klauseln bzw die Berufung darauf zu unterlassen. Weiters begehrte er die Ermächtigung zur Veröffentlichung des klagsstattgebenden Teils des Urteilspruchs im Unterlassungsbegehren. Die Beklagte verwende die beanstandete Klausel im Verkehr mit Verbrauchern in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen („Beförderungsbedingungen Wien, Jänner 2010“), womit sie gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoße (§ 28 KSchG). Die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, weil die Höhe der geforderten Anzahlung bei der Buchung nicht oder nicht leicht feststellbar sei. Auch bei Inanspruchnahme nur einer Teilstrecke der gebuchten Flugroute wegen Krankheit oder höherer Gewalt sei der Reisende zur Erbringung der Anzahlung verpflichtet, um den Flug in Anspruch nehmen zu können. Die Beklagte habe kein sachlich gerechtfertigtes Interesse daran, dass die von ihr angebotenen und gebuchten Flüge auch tatsächlich konsumiert werden würden, weil ihr dadurch kein Schaden entstehe, sondern im Gegenteil, ein Nutzen wegen der aufgrund geringeren Gewichts des Flugzeuges bewirkten Treibstoffersparnis, des Vorteils für die übrigen Passagiere, denen ein größerer Freiraum verbleibe, der Beschleunigung des Check in-Vorgangs und geringerer Inanspruchnahme des Boardservices. Auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG liege vor, weil für den Verbraucher bei Vertragsabschluss völlig unklar bleibe, mit welchen weiteren Kosten er bei Nichtinanspruchnahme eines (Teil-)Fluges belastet werde. Die Klausel sei auch überraschend im Sinne des § 864a ABGB, weil ein Verbraucher nicht damit zu rechnen brauche, dass sich in den allgemeinen Beförderungsbedingungen

Bestimmungen fänden, dass er einen bereits voll bezahlten Teilflug ohne Aufpreis nicht mehr konsumieren könne. Daneben liege auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 1 KSchG vor, weil die Entgeltänderung weder klar nachvollziehbar noch sachlich gerechtfertigt sei oder eine Entgeltsenkung vorsehe und der Beklagten damit das Recht eingeräumt werde, ohne sachliche Rechtfertigung von einem Teil des Vertrages zurückzutreten, ohne dass dies einzeln ausgehandelt worden sei. Der gänzliche Ausschluss der Schadenersatzpflicht des Unternehmens verstoße schließlich auch gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG. Mit Schriftsatz vom 24.05.2011 (ON 4) berichtigte der Kläger sein Vorbringen dahin, dass er sich - entgegen der Darstellung in der Klage - auf die von der Beklagten verwendeten „AGB Februar 2011 und April 2011“ beziehe.

Zum Veröffentlichungsbegehren brachte der Kläger vor, es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verkehrskreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten, wobei eine bundesweite Veröffentlichung nötig sei, weil es sich bei der Beklagten um die größte heimische Fluglinie handle und sie ihre Dienste im gesamten Bundesgebiet anbiete.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte Zurück- und hilfsweise Abweisung der Klage, wobei sie sich primär auf zwei Entscheidungen des BGH (Xa ZR 5/09 und Xa ZR 101/09) stützte, denen sie ihre Beförderungsbedingungen insbesondere in der inkriminierten Klausel angepasst habe. Nach diesen richterlichen Vorgaben zum Konsumentenschutz sei eine Bindung an die Reihenfolge der Flugcoupons zulässig, wenn als Aufpreis nur die Differenz zu einer Buchung der konsumierten Teilleistung zum Zeit-

punkt der Buchung verlangt werde. Für die Fälle der Krankheit und höheren Gewalt verwies sie auf die gesonderte Regelung in Punkt 3.2.3. und 3.3.2. ihrer Beförderungsbedingungen, woraus sich ergebe, dass diese Hinderungsgründe nicht von der beanstandenden Klausel erfasst seien. Die Beklagten habe ein Interesse an einer autonomen Preisgestaltung, weil verschiedene Konsumenten ein und derselben Leistung nach ihren individuellen Bedürfnissen einen unterschiedlichen wirtschaftlichen Wert beimessen. So sei etwa ein Geschäftsreisender eher bereit, für einen Flug einen höheren Preis zu bezahlen als ein Tourist, der typischerweise eine längere Verweildauer am Zielort einplane und damit in seiner Terminplanung flexibler sei. Würde sich die Fluggesellschaft in ihrer Preisgestaltung nur am Geschäftsreisenden orientieren, bliebe der Sitz des Touristen jeweils leer. Durch diese Preisgestaltung solle eine ideale Auslastung des Fluges bewirkt werden, wozu die Beklagte weitere Beispiele nannte, insbesondere jenes des „Cross-Boarder-Sellings“, bei dem ein Abflugort im Ausland liege und eine Zwischenlandung in Österreich erfolge. Bei diesen Flügen müsse zur Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen wegen der Zwischenlandung ein geringerer Preis angeboten werden als bei Direktflügen (etwa eines Konkurrenzunternehmens). Weiters gelte es auch, das sogenannte „Cross-Ticketing“ zu verhindern, wobei jeweils zwei Hin- und Rückflüge gebucht würden, um davon nur den Hinflug aus einem und den Rückflug aus dem anderen in Anspruch zu nehmen, um auf diese Weise Preisvorteile zu lukrieren. Sie habe daher ein sachlich gerechtfertigtes und von der Rechtsprechung anerkanntes Interesse an einer am Markt orientierten Preisgestaltung, sodass die Klausel keineswegs

gröblich benachteiligend sei. Sie sei auch nicht überraschend im Sinne des § 864a ABGB, weil sie nicht objektiv ungewöhnlich sei, sondern eine im Luftfahrtverkehrsbetrieb standardisierte Regelung betreffe. Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG werde ebenso nicht verletzt, weil der Aufpreis ausschließlich „zum Zeitpunkt der Buchung“ für die tatsächlich in Anspruch genommene Reise berechnet werde. In der Klausel sei auch keine Berechtigung der Beklagten zur einseitigen Entgelterhöhung zu erblicken, weshalb sie auch nicht gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstoße. Zur behaupteten Verletzung von § 6 Abs 2 Z 1 KSchG verwies die Beklagte neuerlich auf die zitierten Entscheidungen des BGH, aus denen hervorgehe, dass ein Rücktritt vom Vertrag unter gleichzeitiger Refundierung des Tickets gerechtfertigt sei, wenn ein sachlich gerechtfertigter Aufpreis nicht bezahlt werde. Aufgrund dieser Rückabwicklung werde auch § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht verletzt.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht das Klagebegehren zur Gänze ab, wobei es neben dem bereits eingangs wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalt folgende weiteren Feststellungen zugrunde legte:

*Die beklagte Partei bietet ihre Flugtickets auch über ihre Website in den unterschiedlichsten Varianten und Kombinationen an. Dabei gibt es sowohl die Möglichkeit, einen Hin- und Rückflug im Paket zu buchen, als auch Tickets für Flüge in nur eine Richtung zu erwerben. Bei dem Erwerb eines Hin- und Rückfluges, werden die Flüge im Paket erworben, die beklagte Partei geht durch ihre Tarifstruktur davon aus, dass die gesamte Leistung konsumiert wird. Ein Verbraucher, der beabsichtigt, eine Dienstleistung der beklagten Partei zu buchen, kann ohne*

*Schwierigkeiten über die Website selbstständig alle möglichen Kombinationen und vor allem auch die Preise für Flüge in nur eine Richtung vergleichen.*

*Dabei sieht das Tarifsystem der beklagten Partei vor, dass sich der Fluggast je nach seinem Interesse entweder für einen geringeren Preis oder größere Flexibilität entscheiden kann. Vereinfacht gesagt, gibt es für günstige Paketeleistungen - Hin- und Rückflüge - eine geringe Flexibilität und für teurere Hin- und Rückflüge bzw Flüge nur in eine Richtung eine höhere Flexibilität. Der Verbraucher kann daher entsprechend seinen Bedürfnissen das jeweilige Ticket erwerben und sich vor dem Kauf über die Vergleichspreise, insbesondere über den teilweise beträchtlichen Unterschied eines Hin- und Rückfluges gegenüber eines Fluges nur in eine Richtung, informieren.*

*Die klagende Partei ist der Verein für Konsumenteninformation. Die beklagte Partei ist eine bundesweit und international operierende Fluglinie. Sie schließt laufend mit Verbrauchern Beförderungsverträge ab. Dabei legt sie Ihre AGBs zugrunde, die unter anderem auch die gegenseitliche Klausel beinhalten. Diese besagt, dass sobald ein Verbraucher seine Flugcoupons nicht in der gebuchten Reihenfolge verwendet, ein neuer Preis anhand der tatsächlich beabsichtigten Reiseroute berechnet wird. Ergibt sich aus der Berechnung, welche mit den Tarifen zum Zeitpunkt der Buchung durchgeführt wird, dass der Verbraucher einen Aufpreis zu zahlen hat, so kann die Reise nur nach Bezahlung dieses Aufpreises fortgesetzt werden.*

*In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht zusammengefasst die Rechtsansicht, es liege insgesamt kein Verstoß gegen die vom Kläger herangezogenen Bestim-*



mungen vor. Zu § 879 Abs 3 ABGB führte es aus, durch die Klausel ergäbe sich keine Benachteiligung des Verbrauchers, weil die Beklagte auf die unterschiedlichen Bedürfnisse und Interessen des Verbrauchers durch ihr Tarifsysteem Bedacht nehme, wobei es dem Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entspreche, dass es sich beim Kauf eines Hin- und Rückfluges um eine unteilbare Leistung handle. Die konkrete Preisdifferenz für die geänderte Reiseroute sei vom Datum und der Destination abhängig, wobei dem Verbraucher zugemutet werden könne, bei Abschluss des Vertrages die Preise für diese alternativen Reiserouten zu überprüfen. Die Zahlung des Differenzbetrages sei wegen der Tarifstruktur der Beklagten auch sachgerecht, wobei hervorzuheben sei, dass die Aufzahlung ausschließlich durch das Verhalten des Verbrauchers beeinflusst werden könne. Ein durchschnittlicher Verbraucher müsse auch damit rechnen, dass sein Vertragspartner beim Verkauf einer unteilbaren Leistung ein Interesse daran habe, dass die gesamte Leistung in Anspruch genommen werde, insbesondere, wenn diese mit einem günstigen Preis verknüpft sei. Die Schadenersatzpflicht der Beklagten weiche ohnedies nicht vom geltenden Zivilrecht ab.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers wegen unrichtiger Tatsachenfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es im Sinne einer Klagsstattgebung abzuändern.

Die Beklagte beantragt, die Berufung „abzuweisen“.

Die Berufung ist teilweise berechtigt.

In der Beweisrüge richtet sich der Kläger gegen die Feststellung darüber, dass die Flüge beim Erwerb eines Hin- und Rückfluges „im Paket“ erworben würden und der

Verbraucher sich vor dem Kauf über die Vergleichspreise informieren könne. Für diese Feststellung bestünde keine Grundlagen, weil das Erstgericht insofern lediglich die strittige Behauptung der Beklagten wiedergebe. Es könne aber nicht angenommen werden, dass jeder Reisende über einen Internetanschluss verfüge, weil Buchungen vielfach auch telefonisch oder im Reisebüro durchgeführt werden würden, ohne dass hier eine Möglichkeit zum Vergleich der Preise bestünde. Das Erstgericht hätte daher feststellen müssen, dass beim Erwerb eines Hin- und Rückfluges einzelne Flüge erworben würden und ein Verbraucher nicht ohne Schwierigkeiten selbstständig alle möglichen Kombinationen und Preise für Flüge in nur einer Richtung vergleichen könne.

Wie der Kläger in diesem Zusammenhang zutreffend anmerkt, stellt die Feststellung des Erstgerichtes über die Buchung von Hin- und Rückflügen „im Paket“ eine fehlplatzierte rechtliche Beurteilung in dem Sinn dar, dass es die genannte Leistung damit als (rechtlich) unteilbar qualifizierte, sodass darauf erst bei der Behandlung der Rechtsrüge einzugehen sein wird. Bereits an dieser Stelle wird jedoch darauf hingewiesen, dass auch die Beklagte - in Übereinstimmung mit dem Klagsvorbringen - im Ergebnis von einer teilbaren Leistung ausgeht (vgl insb Seite 3 der ON 3).

Soweit sich der Kläger in diesem Zusammenhang auch gegen die festgestellte Möglichkeit über einen Preisvergleich hinsichtlich eines Einzelfluges richtet, kann als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass auch Reisende ohne Internetanschluss bei einer telefonischen oder persönlichen Buchung im Reisebüro (im Rahmen dieses Verkaufsgesprächs) entsprechende Preisauskünfte von ihrem

Verhandlungspartner erhalten können.

Daran anknüpfend begehrt auch die Beklagte eine Abänderung dieser bekämpften Feststellung in dem Sinn, das Erstgericht hätte feststellen müssen, dass sie lediglich „aufgrund der Akzeptanz der Beförderungsbedingungen und des gesonderten Hinweises, dass der Tarif nur gültig ist, wenn die Flüge in der gebuchten Reihenfolge abgeflogen werden und andernfalls eine Neuberechnung der tatsächlichen Reiseroute stattfindet“ davon ausgehe, dass die gesamte Leistung konsumiert werde. Die Tarifstruktur der Beklagten sei daher vom Einhalten der gebuchten Reihenfolge abhängig.

Abgesehen davon, dass aus dem von der Beklagten in diesem Zusammenhang zitierten Screenshot aus einem Buchungsvorgang (Beilage ./3) lediglich eine Berechnung für eine mögliche Kompensationszahlung für den mit einem bestimmten Hin- und Rückflug verbundenen Co<sub>2</sub>-Ausstoß für Klimaschutzprojekte mit EUR 5,-- hervorgeht, sodass sich die daraus ebenso ersichtliche Wendung „Dieser Tarif ist nur gültig, wenn die Flüge in der gebuchten Reihenfolge abgeflogen werden. Andernfalls wird der Tarif entsprechend der tatsächlichen Reiseroute neu berechnet“ nicht zwingend (auch) auf das hier gegenständliche Beförderungsentgelt bezieht (arg dieser Tarif), verweist die Beklagte damit im Ergebnis ohnedies nur auf eine (weitere) Klausel in ihren Vertragsformblättern, die zwar mit der hier bekämpften Klausel im Einklang steht, deren rechtlicher Bestand jedoch den Gegenstand dieses Verfahrens darstellt. Außerdem nimmt die Beklagte damit erkennbar nur auf Online-Buchungen Bezug, womit sie auch unzulässigerweise versucht, die Geltung der Klausel nur auf bestimmte Geschäftsfälle einzuschränken, worauf im Rahmen

der Behandlung der Rechtsrüge noch näher einzugehen sein wird

Weiters richtet sich der Kläger gegen die Feststellungen über das Tarifsysteem der Beklagten, wonach sich der Fluggast je nach seinem Interesse entweder für einen geringeren Preis oder eine größere Flexibilität entscheiden könne, insbesondere für günstigere Paketleistungen. Im Ergebnis bekämpft er lediglich die durch das Erstgericht damit vorgenommene Verknüpfung des Preisniveaus mit der Flexibilität der Fluggäste, wobei er zutreffend darauf verweist, dass dafür keine Beweisergebnisse vorliegen. Diese Feststellung wird daher und auch mangels jeglicher Relevanz durch das Berufungsgericht nicht übernommen.

Das Berufungsgericht übernimmt somit die erstgerichtlichen Feststellungen (mit der oben dargestellten Ausnahme) und legt sie der rechtlichen Beurteilung zu Grunde.

In der Rechtsrüge wiederholt der Kläger im Wesentlichen sein erstinstanzliches Vorbringen und tritt insbesondere der Rechtsmeinung des Erstgerichtes entgegen, wonach unteilbare Leistungen vorlägen.

Vorweg ist klarzustellen, dass im Rahmen einer Verbandsklage die Auslegung von Klauseln nach ständiger Rechtsprechung im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen hat (RIS-Justiz RS0016590), wobei sich der Unternehmer auch nicht dadurch entlasten kann, dass er sich im einzelnen Geschäftsfall nicht auf diese Bedingungen berufe oder er sie in der Praxis anders handhabe (*Kathrein* in KBB<sup>3</sup>, § 28 KSchG Rz 3 mwN). Daher ist auch nicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingung Rücksicht zu nehmen, es hat somit keine „geltungser-

haltende Reduktion“ stattzufinden (RIS-Justiz RS0038205; *Krejci in Rummel ABGB*<sup>3</sup> §§ 28 - 30 KSchG Rz 5, *Apathy in Schwimann ABGB*<sup>3</sup>, § 30 KSchG Rz 12, je mwN).

Wer im geschäftlichen Verkehr in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zu Grunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden. Dieses Verbot schließt auch das Verbot ein, sich auf eine solche Bedingung zu berufen, soweit sie unzulässigerweise vereinbart wurde.

Nach ständiger Rechtsprechung geht die Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB nach (RIS-Justiz RS0037089), sodass der festgestellte Sachverhalt primär an der letztgenannten Bestimmung zu prüfen war.

Nach § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in allgemeinen Geschäftsbedingungen 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. Dabei ist die Ungewöhnlichkeit des Inhalts objektiv zu verstehen, wobei sich die Subsumtion an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren hat. Ein Abstellen auf die subjektive Erkennbarkeit gerade für den anderen Teil ist daher ausgeschlossen (RIS-Justiz RS0014627). Objektiv ungewöhnlich ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners

deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss also ein Überraschungs- oder Übertölpelungseffekt innewohnen (RIS-Justiz RS0014646; *Bollenberger* in KBB<sup>3</sup> § 864a Rz 10 mwN). Erfasst werden alle dem Kunden nachteiligen Klauseln, ohne dass eine grobe Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB erforderlich wäre (RIS-Justiz RS0123234).

Da sich die beanstandete Klausel erkennbar nur darauf bezieht, dass der Konsument lediglich einen Teil der vereinbarten Beförderung in Anspruch nimmt, ist zunächst auf die Frage der Teilbarkeit dieser Leistung einzugehen. Dem Erstgericht ist insofern zuzustimmen, dass die Teilbarkeit oder Unteilbarkeit einer Leistung nach dem Willen beider bzw nach dem dem Kontrahenten bei Vertragsabschluss bekannten oder erkennbaren Willen einer Partei zu beurteilen ist (RIS-Justiz RS0018438). Teilbar ist eine Leistung in diesem Sinn dann, wenn sie sich in Teilleistungen zerlegen lässt, die von der Gesamtleistung nur in der Größe, nicht aber in der Beschaffenheit verschieden ist, sodass die Teilleistungen zusammen genommen den Wert der ganzen Leistung ausmachen. Unteilbar ist eine Leistung hingegen, wenn die Einzelleistung für sich alleine für den Leistungsempfänger nicht von Wert ist (RIS-Justiz RS0051685).

Vor diesem Hintergrund geht auch die Beklagte im Ergebnis zutreffend von einer Teilbarkeit der Leistungen aus, weil sie ausdrücklich vorbrachte, dass das Recht des Kunden, die geschuldete Beförderungsleistung nur teilweise in Anspruch zu nehmen, durch die gegenständliche Klausel nicht ausgeschlossen werde (Seite 3 der ON 3). Für die gegenteilige Annahme des Erstgerichtes, wonach

ein Hin- und Rückflug als „Paket“ gebucht würden, besteht daher schon gemäß § 266 ZPO keine Grundlage.

Hauptleistungspflichten eines Personenbeförderungsvertrages sind einerseits die Beförderungsleistung und andererseits das dafür zu zahlende Entgelt. Die Beförderungsleistung wird gekennzeichnet durch den Abflug- und Zielort, sowie die zeitliche Konkretisierung und die Nennung der zu befördernden Person. Um beim Beispiel eines gemeinsam gebuchten Hin- und Rückfluges zu bleiben, ist daher auch objektiv kein Grund ersichtlich, warum diese Leistungen nach dem dem Reisenden erkennbaren Willen der Beklagten unteilbar sein sollen, weil sich die Gesamtleistung (Hin- und Rückflug) in der Beschaffenheit nicht von den einzelnen (Teil-)Flügen unterscheidet. Entgegen der Annahme des Erstgerichtes liegt somit eine teilbare Leistung vor.

Da die beanstandete Klausel voraussetzt, dass der Reisende nur einen Teil der vereinbarten Leistung in Anspruch nimmt, liegt daher - bei seinem Verzicht auf eine Teilleistung - ein (teilweiser) Gläubigerverzug vor. Mangels eines besonderen Interesses an der Erbringung dieser Teilleistung kann die Beklagte daher auch nicht auf ihre Erbringung bestehen, weil den Gläubiger grundsätzlich nur eine Obliegenheit, aber keine Verpflichtung zur Abnahme trifft (*Reischauer in Rummel ABGB<sup>3</sup> § 1419 Rz 3; Heidinger in Schwimann ABGB<sup>3</sup> § 1419 Rz 7ff, Koziol in KBB<sup>3</sup> § 1419 Rz 2, je mwN*).

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass der Fluggast berechtigt ist, nur einen Teil der vereinbarten Beförderungsleistungen in Anspruch zu nehmen.

Zweck der beanstandeten Klausel ist es zweifellos, es der Beklagten zu ermöglichen, bestimmte Hin- und Rück-

flüge bzw bestimmte Fernflüge im Verbund mit Zubringerflügen billiger anbieten zu können, als dies bei den jeweils vom Gesamtleistungsversprechen erfassten einzelnen Flügen alleine (insb auch von Konkurrenzunternehmen) der Fall wäre (vgl insofern auch die von beiden Parteien zitierten Entscheidungen des BGH Xa ZR 5/09; Xa ZR 101/09). Wie der BGH ausführlich darlegte, eröffnen solche Angebote insbesondere die Möglichkeit, geringeren Preiserwartungen am Abflugort des Zubringerflugs gerecht werden zu können. Diese Erwartungen könnten aus unterschiedlichen Preisniveaus an einzelnen Abflugorten resultieren, ergäben sich häufig aber schon daraus, dass eine Umsteigeverbindung nur dann gebucht werde, wenn diese günstiger sei als eine Direktverbindung. Durch das Angebot von Hin- und Rückflügen, die eine gewisse Mindestaufenthaltsdauer vorsehen, könne auch den Preisvorstellungen von Touristen entsprochen werden, die typischerweise eine längere Verweildauer am Zielort einplanten und in ihrer Terminplanung flexibler und deshalb eher geneigt seien, gegen einen günstigeren Preis ungünstigere Flugtermine in Kauf zu nehmen. Eine solche Tarifgestaltung würde aber ihr Ziel verfehlen, wenn das Flugunternehmen hinnehmen müsste, dass sich ein Fluggast etwa den niedrigeren Preis einer Umsteigeverbindung zu Nutze mache, um auf diese Weise einen Anspruch auf einen Direktflug zu erwerben, den das Flugunternehmen zwar auch anbiete, für den es aber einen höheren Preis verlange und auf dem Markt durchsetzen könne. Sie habe daher ein legitimes Interesse daran, ihre Preise privatautonom zu gestalten, um sich damit den jeweiligen Markterfordernissen anzupassen. Diesen Interessen stehe jedoch das Interesse der Kunden gegenüber, bei einer nachträglichen Änderung ihrer Pla-



nung oder bei Eintritt sonstiger Umstände, die sie an der Inanspruchnahme der ersten Teilleistung hinderten oder ihr Interesse danach nachträglich entfallen ließen, nicht ihren gesamten Leistungsanspruch zu verlieren. Zur Vereinbarung der wechselseitigen Interessen beider Seiten genüge daher zur Vermeidung einer Umgehung dieser Struktur eine Regelung, die den Kunden gegebenenfalls zur Zahlung eines höheren Entgelts verpflichte, wenn die Beförderung auf einer vorangehenden Teilstrecke nicht angetreten werde (BGH 29.4.2010 Xa ZR 5/09 und Xa ZR 101/09).

Es kann hier aber dahingestellt bleiben, ob diese durch den BGH vorgenommene Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB auch auf die österreichische Rechtslage übertragbar ist, weil in den zitierten Entscheidungen die Frage einer überraschenden oder mehrdeutigen Klausel (im Sinne der mit § 864a ABGB vergleichbaren Regelung des § 305c BGB) nicht zu beurteilen war. Bei bereits festgestellter Unwirksamkeit einer Klausel bedarf es nämlich nach deutschem Recht keiner Entscheidung darüber, ob die Nichtigkeit der Vertragsbestimmung darüber hinaus auch gemäß § 305c Abs 1 BGB (überraschende Klausel) zu bejahen ist (BGH 13.1.2011 III ZR 78/10 mwN). Wie bereits dargelegt wurde, geht - davon abweichend - nach der österreichischen Rechtslage die Geltungskontrolle vor, sodass bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 864a ABGB keine weitere Inhaltskontrolle erforderlich ist.

Aus der Formulierung der beanstandeten Klausel, wonach lediglich eine Differenz („Aufpreis“) zwischen dem vom Kunden bereits bezahlten und dem Preis für die tatsächlich gewählte Beförderung zum Buchungszeitpunkt zu bezahlen sei, ergibt sich, dass nur Fälle erfasst sind, in denen die Preise für die einzeln verrechneten

(Teil)Flüge insgesamt höher liegen, als jener für die Buchung der Gesamtstrecke. Zur Verdeutlichung sei als Beispiel ein (separater) Hinflug um EUR 400,-- und ein (ebenso separater) Rückflug um EUR 400,-- genannt, denen ein Preis für eine gemeinsame Buchung mit EUR 600,-- gegenübersteht. Nach der Klausel müsste der Reisende in diesem Fall bei Verzicht auf einen der beiden Flüge somit neben den bereits bezahlten EUR 600,-- keine weitere Leistung erbringen, weil sich für die konsumierte Einzelstrecke kein „Aufpreis“ errechnet. Ein die Summe des Werts der Einzelleistung (EUR 800,--) übersteigender Preis für Hin- und Rückflug kann hier (abgesehen von marktwirtschaftlichen Erwägungen) von vornherein außer Betracht bleiben, weil damit ohnedies bereits mehr als die Summe für beide Einzeltickets bezahlt worden wäre, sodass ebenso kein „Aufpreis“ denkbar ist. Würde der Hin- und Rückflug hingegen bei gemeinsamer Buchung lediglich EUR 300,-- kosten, müsste er weitere EUR 100,-- zahlen, um den Preis für die gesonderte Buchung nur eines Fluges von EUR 400,-- auszugleichen. Diese Erwägungen lassen sich problemlos auch auf das von der Beklagten genannte weitere Beispiel des „Cross-Boarder-Sellings“ übertragen.

Es mag nun durchaus zutreffen, dass einem durchschnittlichen Fluggast aufgrund der auch stark beworbenen Billigpreise für bestimmte Destinationen oder Flugrouten erkennbar ist, dass es sich dabei um besondere Angebote handelt, welche lediglich zu bestimmten Bedingungen gewährt werden. Es ist daher grundsätzlich auch nicht als objektiv ungewöhnlich zu beurteilen, dass im Falle einer nachträglichen (einseitigen) Änderung dieser Voraussetzungen (Umbuchung) eine Aufzahlung fällig werden kann. Allerdings gilt dies keineswegs uneingeschränkt und vor

Allem nicht in dem Sinn, dass der Reisende auch bei einem Verzicht auf einen Teil der vereinbarten Beförderungsleistung mit einer Nachzahlung rechnen muss, obwohl er bereits einen für die Gesamtleistung durch die Beklagte nach marktwirtschaftlichen Erwägungen gestalteten Preis bezahlt hat. Anders als bei sonstigen zeitlichen oder inhaltlichen Änderungen der ursprünglichen Vertragsleistung, ist für ihn im Fall eines Verzichts auf eine Teilleistung nur erkennbar, dass die Beklagte in diesem Umfang keine Leistung erbringen muss. Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass er lediglich bei einer (nachträglich vereinbarten) Änderung der durch die Beklagte zu erbringenden Leistung aufgrund der damit erforderlichen Dispositionen einen entsprechenden Aufwand der Beklagten oder geänderte Voraussetzungen (zB durch einen anderen Marktpreis nach Umbuchung auf einen höher ausgelasteten Flug) erkennen kann, was jedoch bei Verzicht auf eine Teilleistung nicht der Fall ist, weil die Beklagte in diesem Fall keine zusätzlichen oder anderen Leistungen zu erbringen hat, sondern daraus sogar eine Reihe von Vorteilen zieht. Durch den frei bleibenden Platz im Flugzeug entsteht ihr schon deshalb kein Schaden, weil sie die vollständig bezahlte Beförderungsleistung ohnedies auch für andere Fluggäste zu erbringen hat und bei (rechtzeitiger) Bekanntgabe dieses Teilverzichts den Flug sogar noch einmal verkaufen kann. So würde etwa auch niemand bei einem vergleichbaren Beförderungsvertrag mit einem Bahn- oder Busunternehmen annehmen, dass er ein weiteres Entgelt leisten muss, wenn er bereits einen (geringeren) Gesamtpreis für die Hin- und Retourfahrt beglichen hat, wovon er jedoch nur eine Fahrt antritt.

Die Klausel weicht daher bei vernünftiger Betrachtung

tung deutlich von den Erwartungen eines durchschnittlichen Fluggastes ab, sodass die Voraussetzung des § 864a ABGB vorliegen. Auf die Frage, ob sie (auch) der Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB widerspricht, muss daher ebenso nicht näher eingegangen werden, wie auf die auf die oben zitierten Bestimmungen des KSchG gestützten weiteren Argumente des Klägers.

Hinsichtlich des Veröffentlichungsbegehrens verweist der Kläger pauschal auf sein in erster Instanz erstattetes Vorbringen, ohne inhaltlich auf die dafür erforderlichen Voraussetzungen einzugehen, sodass die Berufung insofern nicht gesetzmäßig ausgeführt ist (RIS-Justiz RS0043616).

Der Berufung war daher nur teilweise Folge zu geben und das angefochtene Urteil im abgewiesenen Unterlassungsbegehren im Sinne einer Klagsstattgebung abzuändern, was auch eine Neufassung der erstinstanzlichen Kostenentscheidung erforderte. Der Kläger ist (nur) im Unterlassungsbegehren durchgedrungen und hat damit zu rund 85 % obsiegt. Er hat daher gemäß § 43 Abs 1 ZPO Anspruch auf 70 % seines Verdienstes und 85 % der in § 43 Abs 1 dritter Satz ZPO genannten Barauslagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf die §§ 50, 43 Abs 1 ZPO, wobei der Kläger auch hier nur im Unterlassungsbegehren durchgedrungen ist und daher zu 85 % obsiegt hat. Er hat damit auch im Berufungsverfahren Anspruch auf 70 % seines Verdienstes und 85 % der Pauschalgebühr.

Bei der Bewertung des Entscheidungsgegenstandes ist das Berufungsgericht den übereinstimmenden Angaben beider Seiten gefolgt, wogegen keine Bedenken bestehen.

Die Senatszusammensetzung stützt sich auf § 30 Abs 2

KSchG.

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, dass die Auslegung von Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmter Geschäftsbranchen, welche - wie hier - regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind, eine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO darstellt (RIS-Justiz RS0121516). Da - soweit ersichtlich - eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu der hier zu beurteilenden Klausel nicht vorliegt, war die ordentliche Revision zuzulassen.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 15, am 23. Mai 2012

**Dr. Eva Maria Pisan**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG