



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

4 R 419/11h

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Curd Steinhauer als Vorsitzenden sowie die Richter Mag. Werner Hofmann und Mag. Thomas Rendl in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer, Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Wiener Mozart Orchester Konzertveranstaltungs GmbH**, Kärntner Straße 51, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Daniela Altendorfer-Eberl, Rechtsanwältin in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert: EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert; EUR 5.500,--; Gesamtstreitwert: EUR 36.000,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 28.04.2011, 22 Cg 60/10g-9, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.724,06 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 454,01 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt EUR 30.000,-.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

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

§ 281 Abs 1 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994; außer

Kraft getreten durch BGBl. I Nr. 111/2002) bestimmte, dass beim Verkauf oder bei der Vermittlung des Verkaufes von Eintrittskarten für öffentliche Vorführungen oder Schaustellungen aller Art nur Eintrittskarten abgegeben werden durften, die mit dem Aufdruck oder der handschriftlichen Angabe des Kassenpreises versehen waren; auf den Anweisungen musste der Kassenpreis ersichtlich sein. Nach Abs 2 leg. cit galt als Kassenpreis der Eintrittspreis zuzüglich aller von jedem Käufer beim unmittelbaren Einkauf dem Unternehmer der öffentlichen Vorführung oder Schaustellung zu entrichtenden sonstigen Beträge. Nach § 3 der nach wie vor geltenden Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten betreffend Preisauszeichnung für bestimmte Leistungen und für Treibstoffe bei Tankstellen vom 23.12.1992, BGBl. II Nr. 813/1992 in der Fassung der Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 23.03.2001, BGBl. II Nr. 130/2001 haben Betreiber von Theaterkartenbüros auf einem Aushang in den für den Verkehr mit Privatpersonen bestimmten Räumen die Vergütungen, die sie für die in § 281 Abs 1 GewO 1994 angeführten Tätigkeiten verrechnen, in Prozentsätzen der Kassenpreise (§ 281 Abs 2 GewO 1994) auszuzeichnen.

Die Beklagte verkauft über ihre Website www.viennaticketoffice.com Eintrittskarten für Konzerte. Beim Buchungsvorgang über dieses Internetportal stehen den Kunden die Subpages „Preise + Infos“ und „Karten buchen“ zur Verfügung. Unter der Subpage „Preise + Infos“ können sie sich über die Veranstaltung, den Termin, den Veranstaltungsort, die Kategorie, die Kartenbeschreibung und den Preis informieren, wobei aus dieser Preisangabe nicht ersichtlich ist, ob es sich um den reinen Kartenpreis des Veranstalters handelt oder

darin die von der Beklagten hinzu geschlagene Vermittlungsgebühr bzw. die Umsatzsteuer enthalten ist. Die eigentliche Buchung der Karten erfolgt über die Subpage „Karten buchen“. Neben anderen Daten findet sich auch dort ein Kartenpreis ohne Angabe der Vermittlungsgebühr. Nach Auswahl der Anzahl der gewünschten Karten und Anklicken des Links „Karten buchen“ ist in der Endzeile nunmehr ein Preis mit dem Zusatz „Gesamtpreis inkl. Buchungsgebühr und Mwst“ ausgewiesen. Angaben oder Hinweise auf die prozentuelle Höhe dieser Buchungsgebühr finden sich jedoch nicht. Nach Anklicken des Links „Weiter“ gelangt man zu einem Bestellformular, in welches der Verbraucher seine persönlichen Daten, die gewünschte Zahlungsart und seinen Zustellwunsch einzutragen hat. Im letzten Feld ist anzukreuzen, dass man die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten akzeptiert, darüber hinaus findet sich der Hinweis, dass man die Beklagte berechtigt, den Gesamtbetrag abzubuchen und in wenigen Minuten eine Auftragsbestätigung erhalte. Eine Angabe über die Höhe der Vermittlungsgebühr findet sich auf der Homepage der Beklagten nur im nachstehenden letzten Punkt ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), welche über einen mit „AGB“ bezeichneten Link in roter Schrift in der in Fettdruck gehaltenen Fußzeile der Homepage erreichbar sind:

„Unsere Preise

*ViennaTicketOffice.com übernimmt die Reservierung, Buchung und den Versand bzw. die Bereitstellung der Tickets im Vorverkauf. Die auf den ViennaTicketOffice.com-Webseiten angegebenen oder telefonisch mitgeteilten Verkaufspreise **sind Endpreise** und verstehen sich inklusive 25% Buchungsgebühren und enthaltener gesetzlicher Mehrwertsteuer.*

Abgesehen von Versandkosten für die etwa gewünschte Zustellung von Karten entstehen keine weiteren Kosten."

Der nach §§ 28a f. KSchG klagsberechtigte klagende Verein begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern das Anbieten von Vertragsabschlüssen im Fernabsatz über Eintrittskarten für öffentliche Aufführungen oder Schaustellungen jeder Art, insbesondere im Internet über ihre Website www.viennaticketoffice.com, zu unterlassen, ohne den Verbraucher klar und verständlich über die Vermittlungsgebühren in Prozentsätzen der Kassenpreise zu informieren, insbesondere wenn auf der Website bei der Information unter „Preis + Info“ wie auch im Zuge des gesamten Online-Buchungsvorganges nur der Gesamtpreis ohne konkreten Hinweis auf die Vermittlungsgebühr im Prozentsatz des Kassenpreises angezeigt wird. Er begehrt darüber hinaus die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teils einer bundesweit erscheinenden Ausgabe der „Kronen-Zeitung“.

Der klagende Verein begründete sein Begehren im Wesentlichen damit, dass den Verbrauchern während des gesamten Buchungsvorgangs nur ein Gesamtpreis bekannt gegeben werde, der keine Informationen über die Höhe der anfallende Vermittlungsgebühr enthalte. Die Beklagte verstoße damit gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG in Verbindung mit § 3 der Verordnung BGBl II Nr. 130/2001. Die Information über die Vermittlungsgebühr in den durch aktives Anklicken zu öffnenden „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ der Beklagten sei unzureichend, weil der Verbraucher nicht damit rechnen könne, dass er erst durch Bestätigen und Anklicken der AGBs - kurz vor Abschluss der Buchung - einen Hinweis auf die prozentuelle Höhe der Vermittlungsgebühr erhalte. Diese

Vorgehensweise sei gröblich benachteiligend und überraschend im Sinne der §§ 879 Abs 3 und § 864a ABGB.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und stellte die behaupteten Verstöße in Abrede. Sie verwies auf die am 31.07.2002 erfolgte ersatzlose Aufhebung des § 281 GewO 1994, weshalb es nunmehr an einer Definition des Begriffes "Kassenpreis" in den einschlägigen Bestimmungen mangle. Aufgrund des in der Praxis gepflogenen Online-Vertriebes und der damit geänderten Modalitäten und Usancen gebe es auch gar keinen einheitlichen Kassenpreis mehr, zumal die Veranstalter ihre Preise je nach abgenommenen Kartenkontingenten, teilweise im Nachhinein, reduzierten. Ihre Kunden, die nur an der Bekanntgabe des zu zahlenden Gesamtpreises und nicht an dessen genauer Zusammensetzung interessiert, würden während des Buchungsvorganges auf die Verrechnung einer - für sie kaum überraschenden - Buchungsgebühr hingewiesen, deren Höhe stets in ihren AGB aufrufbar sei. Damit sei jedenfalls dem Erfordernis der Verordnung BGBI. II Nr. 130/2001 Genüge getan, deren analoge Anwendung auf Internetbuchungen allerdings ohnehin fraglich sei.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren statt. Es traf dazu die auf den AS 99-111 = S 6-12 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen Feststellungen, auf die verwiesen wird. In rechtlicher Hinsicht bejahte es einen Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG. Beim Ankauf von Eintrittskarten erhalte der Verbraucher während des Buchungsvorganges keine Information über die Höhe der Vermittlungsgebühr. Er könne daher keinen Preisvergleich anstellen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten aus den Berufungsgründen der unrichtigen

Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, es im klagsabweisendem Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Die Beweisrüge bekämpft die Feststellungen, dass der Verbraucher kurz vor Abschluss der Buchung die AGB der Beklagten anklicken und einsehen könne, um dort einen Hinweis über die Höhe der Vermittlungsgebühr zu erlangen (Urteil Seite 11), und dass sich ausschließlich im letzten Punkt der AGB eine Information zum Verkaufspreis und zur Höhe der Vermittlungsgebühr der Beklagten für den Verbraucher finden lasse (Urteil Seite 12). Statt dessen hätte das Erstgericht die Ersatzfeststellungen treffen müssen, dass bereits nach Auswahl der gewünschten Plätze der Kunde darauf hingewiesen werde, dass der angezeigte Gesamtpreis die gesetzlichen Steuern sowie eine Buchungsgebühr enthalte; dass die AGB der Beklagten jederzeit - auch während des gesamten Buchungsvorganges - über einen mit „AGB“ bezeichneten Link in der immer verfügbaren Fußzeile eingesehen werden könnten; dass der Kunde im Zuge des Buchungsvorganges aufgefordert werde, mittels Ankreuzen einer Checkbox den AGB der Beklagten zuzustimmen, wobei auch hier über einen zusätzlichen Link die Möglichkeit geboten werde, die AGB zu lesen; und dass schließlich der Kunde in den AGB zusätzlich Preisinformationen über die prozentuelle Höhe der von der Beklagten in Einzelfällen verrechneten „maximalen“ Buchungsgebühr erhalte, die 25 % des der Beklagten selbst verrechneten - im Übrigen auch nicht einheitlichen - „Einkaufspreises“ betrage, den die Beklagte selbst zudem erst nach Abschluss des Kartenverkaufes erfahre (Berufung

Seiten 3 f).

Soweit die genannten Ersatzfeststellungen mit tatsächlich getroffenen Feststellungen korrespondieren und nicht ergänzende Feststellungen begehrt und damit der Rechtsrüge zuzuordnende sekundäre Feststellungsmängel releviert werden, stellt die Beweisrüge im Kern darauf ab, dass die inkriminierte Feststellung über die Möglichkeit des Anklickens der AGB außer Acht lasse, dass diese AGB der Beklagten stets über den in der Fußzeile der Website bestehenden Link abrufbar wären. Das Erstgericht hat jedoch ohnehin Feststellungen über die Existenz dieses Links und die Einsehbarkeit der AGB durch dessen Anklicken getroffen (Urteil Seite 12). In der Wendung, dass der Verbraucher durch dessen Anklicken die AGB einsehen könne, wenn er „die Homepage der Beklagten aufsucht“, kommt die im Rahmen der Beweisrüge angestrebte Hervorhebung, dass dieser Link während des gesamten Buchungsvorgang wählbar sei, deutlich genug zum Ausdruck. Insofern bestehen keine relevanten Unterschiede zwischen bekämpften Feststellungen und den gewünschten Ersatzfeststellungen. Den Inhalt der entsprechenden, über die Höhe der Preise der Beklagten Auskunft gebenden Klausel hat das Erstgericht ohnehin festgestellt. Bei den übrigen „Ersatzfeststellungen“ handelt es sich um zusätzliche Feststellungen, die nicht Gegenstand der Beweisrüge sein können.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die erstgerichtlichen Feststellungen und legt sie seiner rechtlichen Beurteilung zu Grunde (§ 498 ZPO).

Davon ausgehend kommt der Rechtsrüge keine Berechtigung zu.

1.1. Wer im geschäftlichen Verkehr in AGB, die er seinen Verträgen zugrunde 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. Der Unterlassungsanspruch nach § 28 Abs 1 KSchG richtet sich gegen alle gesetz- und sittenwidrigen Vertragsbestimmungen in AGB oder Vertragsformblättern.

1.2. Was unter den Begriffen „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ und „Vertragsformblätter“ zu verstehen ist, hat der österreichische Gesetzgeber weder im ABGB noch im Konsumentenschutzgesetz (KSchG) definiert. Im Hinblick auf eine teleologische Verwandtschaft zwischen dem Anliegen des deutschen ABGB einerseits und dem KSchG andererseits wird nach herrschender Meinung eine Orientierung an § 305 BGB (ehemals § 1 ABGB) für angezeigt erachtet (RS0123499). Wie in Deutschland sind daher auch in Österreich unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (OGH 17.03.2010, 7 Ob 15/10x).

1.3. Ob ein Webportal ein Vertragsformblatt sei, wurde bisher weder in Österreich noch - soweit ersichtlich - in Deutschland durch die Rechtsprechung geklärt. Der Oberste Gerichtshof konnte diese Frage in seiner Entscheidung vom 20.05.2008, 4 Ob 69/08p, offen lassen. Wendet man jedoch die dargelegten Grundsätze auf

den hier zu beurteilenden Sachverhalt an, sind die im Zuge eines Buchungsvorganges und im Internet aufzurufenden Subpages der Website der Beklagten, deren Anklicken für einen Vertragsabschluss mit ihr notwendig ist, im Hinblick auf das weite Verständnis als Vertragsformblätter anzusehen, für die daher das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG gilt. Diesem Ergebnis stehen nach Ansicht des erkennenden Senates auch nicht die Sondervorschriften über den Fernabsatz nach §§ 5a ff KSchG entgegen, welche insbesondere für über das Internet abgeschlossene Verträge Informationspflichten des Unternehmers und Rücktrittsrechte des Verbrauchers normieren. Durch die Anwendung des allgemeinen Transparenzgebotes nach § 6 Abs 3 KSchG auf das Webportal als Vertragsformblatt ist daher gewährleistet, dass auch andere als in § 5c Abs 1 und 2 genannte Inhalte, welchen wegen der daran anknüpfenden Rücktrittsrechte eine besondere Bedeutung zukommt, einer Geltungs- bzw. Inhaltskontrolle unterliegen.

1.4. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die im Rahmen einer Online-Buchung aufzurufenden Seiten des Webportals der Beklagten als Vertragsformblätter im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG anzusehen sind. Unbeschadet der Ausnahme des § 5c Abs 3 KSchG unterliegen sie daher dem in § 6 Abs 3 KSchG festgelegten Transparenzgebot.

2.1. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung wurde die Vertragsklausel-Richtlinie 93/13/EWG umgesetzt und damit ausdrücklich das sogenannte Transparenzgebot für Verbrauchergeschäfte normiert. Dieses soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der 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, ohne dass er sich zur Wehr setzt, oder dass er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird.

Maßstab für die (In-)Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen „Durchschnittskunden“. Einzelwirkungen des Transparenzgebots sind das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot und das Gebot der Vollständigkeit. Die Auslegung der Klauseln hat dabei stets im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (vgl. OGH 07.06.2011, 5 Ob 42/11d). Aus dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG kann sich eine Pflicht zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkungen einer Klausel für den Kunden sonst unklar bleiben (RS0115219). Ein Querverweis in einem Klauselwerk oder ein Verweis auf Preislisten führt zwar an sich noch nicht zur Intransparenz. Allerdings kann im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben. Weiters führt die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen wird, zwingend auch zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (OGH 22.05.2007, 4 Ob 93/07s).

2.2. Der bloße Hinweis auf eine Buchungsgebühr wird dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG nicht gerecht:

Im Rahmen des Buchungsvorganges wird den Kunden der Beklagten zwar der Gesamtpreis inklusive einer Buchungs- bzw. Vermittlungsgebühr und der Umsatzsteuer genannt. Sie

werden jedoch nicht nur über die Höhe der Gebühr im Unklaren gelassen, sondern auch darüber, wo genau sie diese Höhe überhaupt in Erfahrung bringen können. Sie erhalten damit nur ein unklares Bild und müssen dies erst mühsam erkunden. Anders als bei nicht zu beanstandenden Querverweisen fehlen hier wichtige Angaben, was ein unvollständiges und damit intransparentes Bild über die Sachlage bewirkt. Ein Interesse der Kunden, die Höhe des Zuschlags zu erfahren, kann entgegen der Ansicht der Beklagten auch bei variablen Kartenpreisen (siehe sogleich) nicht ernsthaft bezweifelt werden.

Ausgehend von diesem Ergebnis ist daher die Frage, ob der nach seinem Wortlaut nur auf den Aushang in den eigentlichen Geschäftsräumlichkeiten eines Kartenbüros abstellende § 3 der Verordnung BGBl. II Nr. 130/2001 analog auf den Online-Verkauf anzuwenden ist, nicht zu prüfen.

2.3. Soweit die Beklagte auf das Fehlen eines Kassenpreises in der Praxis des Kartenverkaufs abstellt und auf ihr umfangreiches erstinstanzliches Vorbringen zurück kommt, ist daraus für sie nichts gewonnen:

Tatsache ist, dass ihre Kunden ein unvollständiges Bild von der Zusammensetzung des von ihnen zu leistenden Gesamtpreises erhalten und dieses Bild erst mühsam vervollständigen müssen. Sie weist erst im letzten Punkt ihrer AGB die Höhe der verrechneten Gebühr aus, ohne auf die behauptete in der Praxis auftretende Schwierigkeit des Nennens eines Kartenpreises auch nur ansatzweise hinzuweisen. Wie eine Klausel jedoch in der Praxis gehandhabt wird, ist im Verbandsprozess ohnehin unbeachtlich (RS0121943). Selbst wenn in Folge einer nachträglichen Reduktion der Kartenpreise durch den Veranstalter, etwa nach Übersteigen gewisser Abnahmekontingente, keine oder nur eine geringere Gebühr

verrechnet werden sollte, existiert auch ohne die weggefallene gesetzliche Grundlage des § 281 Abs 2 GewO 1994 ein dem dort genannten Kassenpreis gleichwertiger Preis der Karte, der (letztlich) vom Veranstalter der Vorführung verlangt und eingenommen wird. Der im Klagebegehren enthaltene Ausdruck Kassenpreis ist daher weiterhin verwendbar, weshalb es keiner Modifikation des Klagebegehrens bedurfte. Dass ein - den von der Beklagten vorgebrachten Gegebenheiten Rechnung tragender - Hinweis nicht raumsparend im Rahmen der beim Buchungsvorgang abzurufenden Subpages (anstatt nur in den AGB) untergebracht werden könnte, ist durch nichts indiziert.

Die relevierten sekundären Feststellungsmängel zur Preisfestsetzung durch den Veranstalter und der daraus resultierenden fehlenden Existenz eines „Kassenpreises“ liegen daher nicht vor.

Der Berufung war ein Erfolg zu versagen.

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

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstandes nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO beruht auf der Bewertung durch den Kläger.

Die ordentliche Revision ist schon im Hinblick darauf zulässig (§ 500 Abs 2 Z 3 ZPO), dass eine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage, ob das Webportal als Vertragsformblatt anzusehen ist, fehlt; insofern liegt eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO vor.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 27. Dezember 2011

Dr. Curd Steinhauer
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG