



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 99/19x

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden sowie den Richter des Oberlandesgerichts Dr. Teply und den KR Dobcak, MSc, in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Travelgenio SL**, C/Albasanz, 15, Edificio A, 2º Izq, E-28037 Madrid, vertreten durch Ruggenthaler, Rest & Borsky Rechtsanwälte OG in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,--) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,--), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 22.5.2019, 53 Cg 21/17k-19, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht** Folge gegeben.

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 EUR 30.000,--.

Die ordentliche Revision ist **nicht** zulässig.

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

Der Kläger ist ein nach § 29 KSchG und § 14 Abs 1 UWG klagebefugter Verein.

Die Beklagte ist ein Unternehmen mit Sitz in Madrid, welches in zweiunddreißig Ländern ein Online-Flug- und Hotelbuchungsservice anbietet.

Der Kläger begehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, es zu unterlassen,

1. im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich, insbesondere unter Verwendung der Website <http://at.travelgenio.com/> ein von ihr zusätzlich zu Flugbuchungen angebotenes Zusatzservice mit der Beschreibung

„Ihr Ticket erlaubt keine Änderungen? Keine Sorge! Wir garantieren Ihnen, dass Sie immer zu den von Ihnen gewünschten Zeiten fliegen.

- ALLE Arten von Änderungen inkludiert:
 - . HINFLUG
 - . RÜCKFLUG
 - . HIN- UND RÜCKFLUG [sic]
 - . MEHRERE SEGMENTE
- KEINE Tarif-Einschränkungen
- KEINE Bearbeitungskosten“

oder mit Bestandteilen dieser Beschreibung zu kennzeichnen, wenn tatsächlich nicht alle Arten von Änderungen inkludiert sind oder diese Änderungen in der Beschreibung nicht genannten Einschränkungen unterliegt.

In eventu:

1. im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Österreich, insbesondere unter Verwendung der Website <http://at.travelgenio.com/> ein von ihr zusätzlich zu

Flugbuchungen angebotenes Zusatzservice mit der Beschreibung

„Ihr Ticket erlaubt keine Änderungen? Keine Sorge! Wir garantieren Ihnen, dass Sie immer zu den von Ihnen gewünschten Zeiten fliegen.

- ALLE Arten von Änderungen inkludiert:
 - . HINFLUG
 - . RÜCKFLUG
 - . HIN- UND RÜCKFLUG [sic]
 - . MEHRERE SEGMENTE
- KEINE Tarif-Einschränkungen
- KEINE Bearbeitungskosten“

oder mit sinngleichen Bestandteilen dieser Beschreibung zu kennzeichnen, wenn sie nicht in unmittelbarer Nähe (wie beispielsweise direkt unter dem zuvor genannten Text, welcher sich im Buchungsformular findet) zu dieser Ankündigung darauf hinweist, dass Kunden das Zusatzservice nur unter bestimmten Bedingungen in Anspruch nehmen können, insbesondere,

- dass die Änderung der Buchung mindestens 48 Stunden vor dem geplanten Abflug erfolgen muss,

- dass für teilweise verwendete Tickets keine Änderungen mehr möglich sind,

- dass, wenn die Services „Flexibles Ticket“ und „Reiserücktrittsversicherung oder „Reiserücktrittsversicherung PLUS“ zusammen verwendet werden, durch die Verwendung des Services „Flexibles Ticket“ die abgeschossenen Versicherungen annulliert werden, jedoch trotzdem zu zahlen sind.

2. in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern, die Klauseln

a) „Die Änderung der Buchung muss innerhalb der Öffnungszeiten unseres Kundeservices erfolgen, sowie mindestens 48 Stunden vor dem geplanten Abflug.“

b) „Für teilweise verwendete Tickets sind keine Änderungen mehr möglich.“

c) „Wenn die Services FLEXIBLES Ticket und REISERÜCKTRITTSVERSICHERUNG oder REISERÜCKTRITTSVERSICHERUNG PLUS zusammen verwendet werden, werden durch die Verwendung des Services FLEXIBLES Ticket die abgeschlossenen Versicherungen annulliert“

oder sinngleiche Klauseln zu verwenden.

3. im Zusammenhang mit umbuchbaren Tickets den Verbraucher, bevor dieser durch einen Vertrag oder seine Vertragserklärung gebunden ist, nicht in klarer und verständlicher Weise über die wesentlichen Eigenschaften des umbuchbaren Tickets, insbesondere, jedoch nicht ausschließlich, über die Bedingungen und allfälligen Einschränkungen in Bezug auf die Umbuchungen zu informieren;

in eventu:

im Zusammenhang mit umbuchbaren Tickets den Verbraucher, bevor dieser durch einen Vertrag oder seine Vertragserklärung gebunden ist, nicht in klarer und verständlicher Weise über die Bedingungen für die Umbuchung zu informieren.

Ferner stellte der Kläger ein Urteilsveröffentlichungsbegehren.

Zur Begründung brachte der Kläger - soweit für das Berufungsverfahren noch relevant - vor, die Beklagte verwende im Rahmen des Buchungsvorgangs des „Flexiblen-Flugtickets“ auf der österreichischen Website irreführende Geschäftspraktiken iSd § 2 Abs 1 Z 2 und Z 4

UWG. Durch die Buchung des Zusatzservices „Flexibles Ticket“ um EUR 99,-- erwecke sie nämlich den falschen Eindruck, dass durch die Ausübung der Option alle Arten von Umbuchungen möglich seien. Die Beschreibung sei nicht verbraucherfreundlich, da ein Durchschnittsverbraucher dadurch zu dieser Zusatzbuchung veranlasst werde, zumal er nicht erkenne, dass für teilweise verwendete Tickets keine Änderungen möglich seien, die Änderungen mindestens 48 Stunden vor dem geplanten Abflug erfolgen müssen und bei einer Kombination von „Flexiblen Ticket“ und Reiserücktrittsversicherung oder Reiserücktrittsversicherung Plus durch das Ausüben der Option des „Flexiblen Tickets“ die abgeschlossenen Versicherungen annulliert würden. Ein Verbraucher erkenne nämlich nicht, dass durch das Anklicken des Feldes „i“ in der Überschrift der Beschreibung des Zusatzservices „Flexibles Ticket“ weitere, den in der auf ersten Blick ersichtlichen Beschreibung angegebenen Informationen geradezu widersprechende Auskünfte über dieses Zusatzservice aufscheinen. Dies sei als irreführende Handlung iSd der Rechtsprechung des EuGH zu qualifizieren. Sollte das Vorgehen der Beklagten als irreführende Unterlassung gemäß § 2 Abs 4 UWG zu werten sein, so seien die durch das Anklicken des Buttons „i“ zur Verfügung gestellten Informationen nicht geeignet, die Irreführung zu beseitigen, da ein aufklärender Hinweis eine Täuschung nur dann verhindern könne, wenn dieser von dem angesprochenem Verkehrskreis auch wahrgenommen werde, was hier jedoch nicht der Fall sei. Jedenfalls gelte bei mehrdeutigen Angaben die Zweifelsregel, dass der Werbende die ungünstigste Auslegungsregel gegen sich gelten lassen müsse.

Hinsichtlich des Verbraucherbildes gelte, dass gerade junge Kunden häufig Flüge buchen. Da im gegenständlichen Fall auch die finanzielle Belastung nicht besonders hoch sei, werde kein höherer Aufmerksamkeitsgrad des Konsumenten verlangt.

Darüber hinaus verletze die Beklagte die Informationspflicht nach § 4 FAGG, da sie den Verbraucher nicht in angemessenem Umfang in klarer und verständlicher Weise über die wesentlichen Eigenschaften der Ware bzw. der Dienstleistung informiere. Deshalb stehe dem Kläger ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 28a und 29 KSchG zu. Die Gesetzesverletzung stelle als Rechtsbruch eine unlautere Geschäftspraktik gemäß § 1 Abs 1 Z 2 UWG dar. Sie sei geeignet, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreiche oder an den sie sich richte, wesentlich zu beeinflussen, und stelle eine Absatzförderung eines Produktes dar. Zudem widerspreche dieses Verhalten der Beklagten den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt.

Darüber hinaus seien folgende Bestimmungen in den AGB der Beklagten nachteilig iSd § 864a ABGB:

1. „Die Änderung der Buchung muss innerhalb der Öffnungszeiten unseres Kundenservices erfolgen sowie mindestens 48 Stunden vor dem geplanten Abflug.“ (Klausel 1.)

2. „Für teilweise verwendete Tickets sind keine Änderungen mehr möglich.“ (Klausel 2.)

3. „Wenn die Services FLEXIBLES Ticket und REISERÜCKTRITTSVERSICHERUNG oder REISERÜCKTRITTSVERSICHERUNG PLUS zusammen verwendet werden, werden durch die Verwendung des Services FLEXIBLES Ticket die abgeschlossenen Versicherungen annulliert.“ (Klausel 3.)

Ungewöhnliche AGB-Bestimmungen würden gemäß § 864a ABGB nicht Vertragsbestandteil werden, wenn sie nachteilig seien und der Vertragspartner nicht mit ihnen rechnen müsse. Dies treffe auf die inkriminierten Klauseln zu. Der Kunde müsse nicht davon ausgehen, dass in den AGB Bestimmungen enthalten seien, die der Kurzbeschreibung des Zusatzservices „Flexibles Ticket“ widersprechen. Der Erwerb der Zusatzleistung würde dann nämlich für den Kunden sinnlos und stelle keinen Vorteil für die Kunden dar, zumal diese EUR 99,-- zahlen müssten. Folglich seien diese Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil der Verträge zwischen der Beklagten und ihren Kunden geworden.

Sollten die Bestimmungen Vertragsbestandteil geworden sein, so seien sie nichtig, da sie intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG und gröblich benachteiligend iSd 879 Abs 3 ABGB seien. Es sei nämlich nicht ersichtlich, 48 Stunden vor welchem Abflug die Änderungen erfolgen müssten und wann ein Ticket als teilweise verwendet gelte. Ferner stellten die Klauseln eine den Zweck aushöhlende Einschränkung des Zusatzservice „FLEXIBLES Ticket“ dar. Die dritte Klausel sei überraschend und nachteilig, da man nicht davon ausgehen müsse, dass eine abgeschlossene und bezahlte Versicherung annulliert werde. Mangels sachlicher Rechtfertigung stelle die Annullierung darüber hinaus eine gröbliche Benachteiligung dar. Mangels Hinweises auf die Annullierung im Rahmen der Buchung sei die Bestimmung auch intransparent.

Aufgrund der UWG-Verstöße stehe dem Kläger ein Unterlassungsanspruch zu. Nach ständiger Rechtsprechung begründe bereits ein einmaliger UWG-Verstoß

Wiederholungsgefahr; dies selbst dann, wenn der Kläger vor Klagseinbringung nicht abgemahnt habe.

Aufgrund der Publizität des Verstoßes sei die Urteilsveröffentlichung in der „Kronen Zeitung“ notwendig. Hilfsweise werde die Veröffentlichung auf der Homepage der Beklagten begehrt.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, dass der Vorwurf der Irreführung nicht gerechtfertigt sei. Es fänden sich nämlich sämtliche Informationen unmittelbar bei jedem Buchungsschritt und werde auf Verweisungen, Weiterleitungen, Verästelung auf Subsites oder ähnliches verzichtet. Sowohl bei der alten als auch bei der neuen Version befinde sich unmittelbar bei der Buchungsoption „FLEXIBLES Ticket“ der graphisch hervorgehobene Informationshinweis „i“, über den eine detaillierte, aber übersichtliche Beschreibung dieses Services aufgerufen werden könne, die für den Durchschnittsverbraucher verständlich sei und die zur Fortsetzung der Buchung aktiv geschlossen werden müsse.

In dieser Beschreibung werde beispielsweise erklärt, dass 48 Stunden vor Abflug des ersten Fluges der Buchung die Änderung zu erfolgen habe, also nach Antreten des ersten Hinfluges keine Änderung mehr möglich sei. Auch auf die Annullierung der Versicherung bei Ausübung der Umbuchungsoption werde hingewiesen. Die Annahme, dass ein Kunde diese Beschreibung nicht lese, sei lebensfremd, da ein Konsument, der nicht oft buche und einen günstigen Flug buchen möchte, Zusatzkosten genau studiere. Da es sich um kein Alltagsgeschäft handle, wende der Konsument einen höheren Aufmerksamkeitsgrad an. Abgesehen von der Beschreibung werde ein Kunde mittlerweile auch in den AGB über Modalitäten des „Flexiblen Tickets“ informiert.

Der Kunde werde auch ausreichend über die wesentlichen Eigenschaften iSd Bestimmungen des FAGG informiert. Es sei Allgemeinwissen, dass „i“ eine Abkürzung für Information sei. Diese werde oft im Internet verwendet. Da die kurze Beschreibung nicht ausreichend sei, um zu begreifen, worum es sich bei dem Zusatzservice handle, würde ein Konsument nähere Informationen unter „i“ suchen.

Die beanstandeten Klauseln seien nicht überraschend, da der Kunde im Zuge der Buchung mittels „i“ besonders auf diese Bestimmungen hingewiesen werde, sodass kein Überraschungs- oder Übertölpelungseffekt bestehe. Gewisse zeitliche Einschränkungen seien objektiv verständlich und befänden sich mit üblicher Schriftgröße an gewöhnlicher Platzierung. Die Klauseln seien auch nicht nachteilig, da der Kunde durch das „Flexible Ticket“ im Gegensatz zu der Situation ohne Zusatzservice (oft keine Umbuchung möglich oder nur gegen Zahlungen) nur Vorteile erhalte.

Die Einschränkung auf noch nicht teilweise verwendete Tickets sei nicht nachteilig oder unverständlich, da Hin- und Rückflug mit einem Pauschalpreis verrechnet würden, der nicht mehr gesplittet werden könne. Auch die Annullierung der Versicherung bei Optionsausübung sei nicht nachteilig, da die Änderung eines Fluges die Absage eines Fluges ausschließe. Die Klauseln seien somit nicht gröblich benachteiligend und außerdem aufgrund der eindeutigen Hinweise und der Tatsache, dass für die ersten beiden beanstandeten Klauseln aus dem Kontext ersichtlich sei, dass zB aufgrund des Pauschalpreises für beide Flüge nur der Abflug des ersten Fluges gemeint sein könne, nicht

intransparent. Auch werde der Kunde über die mögliche Annullierung der Versicherungen im Rahmen der Buchung informiert.

Ein Unterlassungsanspruch stehe bereits dem Grunde nach nicht zu. Darüber hinaus bestehe auch keine Wiederholungsgefahr aufgrund der Anpassung des Buchungspfades. Bei Unterbleiben einer vorhergehenden Abmahnung genüge es nach der Rechtsprechung, die Klauseln vor Klagseinbringung zu entfernen, sofern keine Anzeichen bestünden, dass sie in der Zukunft wieder verwendet werden. Darüber hinaus sei das Klagebegehren als Exekutionstitel untauglich und das Begehren im Zusammenhang mit den AGB überschießend und unzulässig.

Das Urteilsveröffentlichungsbegehren sei überschießend.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Unterlassungsbegehren zur Gänze und dem Veröffentlichungsbegehren teilweise statt. Dazu traf es zusätzlich zu dem dem Parteilvortrag vorangestellten unstrittigen Sachverhalt die auf den Seiten 12 bis 33 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird, und bejahte in rechtlicher Hinsicht die Zuständigkeit des Handelsgerichtes Wien und die Anwendbarkeit österreichischen Rechtes auf den vorliegenden Rechtsstreit.

Die Irreführungseignung der inkriminierten Äußerungen sei am Maßstab des informierten und verständigen Durchschnittsverbrauchers zu messen. Die Gruppe jener Personen, die Flüge online buchen, sei sehr groß. Für das durchschnittliche Mitglied dieser Gruppe stelle die Flugbuchung kein alltägliches Geschäft dar,

weshalb von einem höheren Aufmerksamkeitsgrad auszugehen sei.

Durch die Beschreibung des Zusatzservices „Flexibles Ticket“ insbesondere mit den Worten „alle Änderungen, ... keine Tarifeinschränkungen, ... keine Bearbeitungskosten“ erwecke der Anbieter beim Durchschnittsverbraucher die Erwartung der Flexibilität. Unabhängig von dem hier in concreto anzusetzenden Aufmerksamkeitsgrad des Kunden könne nicht erwartet werden, dass dieser mit der Computermaus den Bildschirm nach möglichen weiterführenden Links absuche. Aufgrund der bloßen Abbildung des Zeichens „i“ auf Höhe der Überschriften „Persönlicher Service“, „Flexibles Ticket“, „fixes Ticket“ und dergleichen erwarte der Durchschnittsverbraucher nicht, dass es weiterführende Information gebe. Vielmehr verstehe er die Angaben so, dass die Beschreibung unter den jeweiligen Überschriften die Information darstelle. Andernfalls müsste die Beklagte ihre Kunden ausdrücklich auf die weiterführenden Informationen verweisen, was aber nicht geschehen sei. Überdies führe die Tatsache, dass die Beklagte im Kapitel „Persönlicher Service“ mit einem Sternchen „*“ einschränkende Informationen zu diesem Zusatzservice nenne, dazu, dass ein Durchschnittsverbraucher davon ausgehen könne, dass es beim „Flexiblen Ticket“ keine weiteren Einschränkungen gebe.

Insgesamt liege eine - nicht als Unterlassung sondern als Handlung zu qualifizierende - unzureichende bzw. falsche Beschreibung vor. Da diese geeignet sei, einen Durchschnittsverbraucher irrezuführen, liege ein Verstoß gegen § 2 Abs 1 UWG vor, der einen Unterlassungsanspruch begründe.

Da die Beklagte als Unternehmerin mithilfe des Internets als Fernkommunikationsmittel mit Verbrauchern iSd KSchG Verträge schließe, sei das FAGG anwendbar, welches besondere Pflichten des Unternehmers vorsehe. Gemäß § 4 Abs 1 Z 1 FAGG müsse der Unternehmer den Verbraucher bevor dieser durch einen Vertrag oder seine Vertragserklärung gebunden sei, in klarer und verständlicher Weise über die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung in dem für das Kommunikationsmittel und die Ware oder Dienstleistung angemessenen Umfang informieren. Dadurch solle es dem Verbraucher ermöglicht werden zu prüfen, ob die angebotene Leistung seinen Bedürfnissen entspricht oder ob diese anders befriedigt werden könnten. Der Verweis auf den angemessenen Umfang führe dazu, dass je nach Medium die Aufklärung auf unterschiedliche Art und Weise erfolgen könne, sofern sie „angemessen“ sei. Nach der Rspr des OGH müssten diese Informationen im engen Zusammenhang mit der eigentlichen Kommunikation mit dem Kunden erfolgen. Im gegenständlichen Fall erfolge die Kommunikation über die Homepage der Beklagten, wo sich auch tatsächlich weitergehende Informationen befänden. Unabhängig davon, ob die unter „i“ erteilten Informationen den Anforderungen des FAGG entsprechen, fehle der Nahebezug der Kommunikation zum Buchungsvorgang, da nicht ausdrücklich auf die weitergehenden Informationen unter „i“ hingewiesen werde. Ein Durchschnittsverbraucher nehme die unter „i“ abrufbare Information nämlich ohne ausdrücklichen Hinweis trotz gehöriger Aufmerksamkeit nicht wahr.

Die im Rahmen des Buchungsvorganges aufscheinende Kurzbeschreibung entspreche nicht den Anforderungen des

§ 4 FAGG, da sie zu wenig detailliert sei und einen anderen (kundenfreundlicheren) Anschein erwecke als die unter „i“ abrufbare Information. Insofern würden die notwendigen Informationen gemäß § 4 Abs 1 Z 1 FAGG als nicht erteilt gelten. Diese Verletzung der Informationspflicht der Beklagten begründe gemäß § 28a Abs 1 KSchG einen Unterlassungsanspruch, zu dessen Geltendmachung der Verein für Konsumenteninformation gemäß § 29 Abs 1 KSchG legitimiert sei.

Die Klausel 1. halte der Geltungskontrolle des § 864a ABGB stand, da es branchenüblich sei, dass eine Umbuchung bis zu einem gewissen Zeitpunkt zu erfolgen habe und die Bestimmung nicht an einer überraschenden Stelle zu finden sei. Doch sei die Bestimmung intransparent, da nicht ersichtlich sei, welche Abflugzeit gemeint sei.

Die Klausel 2. in ihrer ursprünglichen Fassung sei für den Kunden nachteilig, da sie eine Einschränkung darstelle, ohne die er länger umbuchen könnte. Da es aber branchenüblich sei, dass Umbuchungsmöglichkeiten zeitlichen Beschränkungen unterworfen seien und die Einschränkung an zugehöriger Stelle in den AGB genannt werde, sei die Klausel nicht ungewöhnlich oder überraschend, sodass sie Vertragsbestandteil werde. Die Bestimmung sei jedoch intransparent. Das Wort „Ticket“ werde üblicherweise so verstanden, dass man gegen dessen Vorweisung eine Leistung in Anspruch nehmen könne. Der Durchschnittsverbraucher gehe davon aus, dass er bei der Buchung von Hin- und Rückflug zwei Tickets erwerbe. Die Beklagte hätte ihr davon abweichendes Verständnis des Begriffs „Ticket“ dem Kunden vermitteln müssen, was sie - nach den alten AGB-Klauseln - nicht getan habe. Die

Beklagte habe ihre AGB-Bestimmungen zwar im Sinne des Klägers geändert, doch sei dadurch mangels Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt worden, da die Beklagte jederzeit zur alten AGB-Regelung zurückkehren könnte.

Die Klausel 3. sei benachteiligend und überraschend iSd § 864a ABGB, da sie sich nicht im Zusammenhang mit der Reise- und Rücktrittversicherung finde, sondern im Zusammenhang mit dem „Flexiblen Ticket“. Selbst wenn die Klausel Vertragsbestandteil geworden wäre, sei sie gemäß § 879 Abs 3 ABGB nichtig, weil eine abgeschlossene Zusatzleistung ohne sachliche Rechtfertigung annulliert werde.

Die Wiederholungsgefahr sei weder durch die - unzureichenden - Vergleichsangebote der Beklagten noch durch die Anpassung der AGB beseitigt worden, da diese keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben habe.

Gegen den stattgebenden Teil dieses Urteils richtet sich die Berufung der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Beantragt wird die gänzliche Klagsabweisung, in eventu die Abänderung des Ausspruchs über das Urteilsveröffentlichungsbegehren. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Ferner bekämpft die Beklagte auch die Kostenentscheidung.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

1. Nach Auffassung der Berufungswerberin hätte das Erstgericht das Klagebegehren infolge Wegfalls der Wiederholungsgefahr abweisen müssen, da sie ihr Verhalten

bereits vor Klagszustellung und auch noch während des Rechtsstreites nachhaltig geändert habe. Die Beklagte habe dem Kläger mit Schreiben vom 17.10.2018 und vom 2.11.2018 (Beilagen ./9 und ./10) und zuletzt in der Verhandlung vom 2.11.2018 Vergleichsangebote unterbreitet (Beilage ./11), welche von diesem abgelehnt worden seien. Das Erstgericht habe die Vergleichsangebote Beilagen ./9 und ./10 deshalb als unzureichend angesehen, weil diese keine Veröffentlichungspflicht enthalten hätten, und das Vergleichsangebot Beilage ./11 deshalb, weil es keinen Geld- bzw. Kostenersatz enthalten habe. Letztere Begründung sei verfehlt, da ein angebotener Unterlassungsvergleich Kosten- und Schadenersatzforderungen des Klägers nicht umfassen müsse. Jedenfalls durch das Vergleichsangebot Beilage ./11 sei die Wiederholungsgefahr weggefallen, da durch dessen Punkte 1. bis 3. der geltend gemachte Unterlassungsanspruch vollinhaltlich abgedeckt worden sei und darin eine dem Talionsprinzip entsprechende Veröffentlichungspflicht enthalten gewesen sei.

Überdies habe die Beklagte freiwillig ihre Website und ihre AGB geändert und versucht, eine vergleichsweise Regelung mit dem Kläger herbeizuführen. Auch aufgrund dieses Verhaltens der Beklagten hätte das Erstgericht vom Wegfall der Wiederholungsgefahr ausgehen müssen.

Dazu war zu erwägen:

Nach ständiger Rechtsprechung schließt ein - wenngleich vom Kläger abgelehntes - Angebot des Beklagten, sich in einem vollstreckbaren Vergleich zu der vom Kläger begehrten Unterlassung zu verpflichten, die Wiederholungsgefahr regelmäßig aus (RIS-Justiz RS0079899). Ob der Beklagte gleichzeitig auch den

Rechtsstandpunkt des Klägers als richtig bezeichnet oder aber weiterhin daran festhält, durch die beanstandete Handlung keinen Gesetzesverstoß begangen zu haben, macht dabei in der Regel keinen Unterschied, sofern er nur einen den ganzen Unterlassungsanspruch umfassenden, an keinerlei Bedingungen geknüpften Vergleich anbietet und nach den Umständen des Falles keine Bedenken gegen die Ernstlichkeit seines Willens bestehen, von gleichartigen Handlungen künftig tatsächlich Abstand zu nehmen (4 Ob 267/02x; RIS-Justiz RS0079899[T28]). Begehrt der Kläger (berechtigt) auch Urteilsveröffentlichung, muss das Vergleichsangebot zur Beseitigung der Vermutung der Wiederholungsgefahr auch die Veröffentlichung des Vergleichs auf Kosten des Beklagten in angemessenem Umfang enthalten (*Kodek/Leupold in Wiebe/G.Kodek, UWG² § 14 Rz 38 mwN*). Nicht erforderlich ist hingegen, dass das Vergleichsangebot den Kostenersatz und vom Unterlassungsbegehren unabhängige Ansprüche wie etwa Schadenersatzansprüche umfasst (*Leupold/Kodek, aaO Rz 41ff mwN*).

Die Berufungswerberin bestreitet nicht, dass ihre Vergleichsangebote vom 17.10.2018 und vom 2.11.2018 (Beilagen ./9 und ./10) unzureichend waren, weil darin keine Urteilsveröffentlichung enthalten war. Entgegen der Auffassung der Berufung führte aber auch das in der mündlichen Verhandlung vom 7.11.2018 erstattete Vergleichsanbot (Beilage ./11) nicht zum Wegfall der Wiederholungsgefahr. Richtig ist zwar, dass dieses auch ein Angebot zur Urteilsveröffentlichung auf der Website der Beklagte beinhaltet, und dass der Umstand, dass es keinen Geld- bzw. Kostenersatz anbietet, für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr nicht relevant ist,

doch enthalten sowohl die angebotenen Unterlassungserklärungen als auch die angebotene Veröffentlichung Einschränkungen gegenüber den (letztlich zugesprochenen) Urteilsbegehren:

In Bezug auf das erste Hauptbegehren verknüpfte die Beklagte den Anspruch mit der Bedingung *„wenn sie nicht in unmittelbarer Nähe (wie beispielsweise direkt unter dem zuvor genannten Text, welche sich im Buchungsformular findet) zu dieser Ankündigung darauf hinweist, dass Kunden das Zusatzservice nur unter bestimmten Bedingungen in Anspruch nehmen können [...]“*. Damit entspricht die angebotene Unterlassungserklärung lediglich dem Eventualbegehren des Klägers. Dieses stellt aber ein Minus gegenüber dem tatsächlich zugesprochenen Hauptbegehren dar, welches die inkriminierte Bewerbung grundsätzlich verbietet, wenn tatsächlich nicht alle Arten von Änderungen inkludiert sind oder diese Änderungen in der Beschreibung nicht genannten Einschränkungen unterliegen.

Die angebotene Unterlassungserklärung hinsichtlich der AGB Klauseln (zweites Hauptbegehren) hat die Beklagte mit einem Exekutionsverzicht betreffend die neu formulierten AGB-Klauseln verknüpft. Überdies umfasst die Erklärung - abweichend vom Begehren - nicht auch sinngleiche Klauseln. Lehnt der Beklagte eine Unterwerfungserklärung hinsichtlich der Verwendung "sinngleicher" Vertragsklauseln ab, bietet er damit keine ausreichende Sicherheit gegen die Wiederholung von Gesetzesverstößen und beseitigt die Wiederholungsgefahr nicht (RIS-Justiz RS0111640).

Hinsichtlich des dritten Hauptbegehrens enthält die Unterlassungserklärung nur die Verpflichtung, über die

„Bedingungen der Umbuchung“ zu informieren. Demgegenüber bezieht sich das zugesprochene dritte Hauptbegehren auch auf die „Erteilung von Information über wesentliche Eigenschaften des flexiblen Tickets, insbesondere, jedoch nicht ausschließlich über die Bedingungen und zufälligen Einschränkungen in Bezug auf die Umbuchungen.“ Damit umfasst der angebotene Unterlassungsvergleich auch in diesem Punkt nicht das sachlich berechtigte Begehren des Klägers und führt daher nicht zum Wegfall der Wiederholungsgefahr.

Schließlich bleibt auch die angebotene Urteilsveröffentlichung insoweit hinter dem sachlich berechtigten Begehren zurück, als diese nur eine Veröffentlichung in der unmittelbaren Nähe zu dem Zusatzservice „Flexibles Ticket“ und nicht direkt in einem Fenster auf der Startseite, welches sich weder verkleinern lässt noch sich automatisch verkleinert und ein Viertel der Bildschirmoberfläche einnimmt, vorsieht.

Das Erstgericht hat dem von der Beklagten angebotenen Unterlassungsvergleich Beilage ./11 daher zu Recht die Eignung abgesprochen, den Wegfall der Wiederholungsgefahr zu bewirken.

Soweit die Berufung meint, das Erstgericht hätte die freiwillige Änderung der Website und der AGB durch die Beklagte im Rahmen einer Gesamtbeurteilung als zum Wegfall der Wiederholungsgefahr führende nachhaltige Verhaltensänderung werten müssen, übersieht sie, dass eine bloße Änderung der Geschäftsbedingungen, die zudem keine Gewähr dafür bietet, dass sich das Unternehmen nicht für bereits bestehende Verträge auf eine frühere Fassung beruft, keinesfalls ausreicht, um die

Wiederholungsgefahr zu beseitigen (2 Ob 153/08a mwN; 6 Ob 81/09v; 10 Ob 25/09p).

2. Des Weiteren releviert die Berufungswerberin, dass das Erstgericht zu Unrecht eine marktrelevante Irreführungseignung des inkriminierten Buchungsvorgangs bejaht habe. Auszugehen sei von einem höheren Aufmerksamkeitsgrund des Kunden. Der Buchungsvorgang sei einfach, transparent und übersichtlich. Es sei daher auszuschließen, dass der Durchschnittskunde der Beklagten nicht in der Lage gewesen wäre, die konkrete Ausgestaltung der Zusatzoption „Flexibles Ticket“ zu verstehen, zumal er darüber nicht nur unmittelbar bei dem Angebot bzw. der Buchungsoption aufgeklärt worden sei, sondern auch nochmals in den AGB, die er aktiv annehmen habe müssen.

Doch ist die Argumentation des Erstgerichtes überzeugend, wonach die Beklagte die Beschreibung des Zusatzservices „Flexibles Ticket“ bei einem Durchschnittsverbraucher, dessen Aufmerksamkeitsgrad vor allem von der Höhe der mit dem Flugticketkauf verbundenen finanziellen Belastung abhängt, aufgrund der Wendungen „*ALLE ... Änderungen, Keine Tarifeinschränkungen, keine Bearbeitungsgebühren,*“ die Erwartung hoher Flexibilität auslöse, die auch durch den verhältnismäßig hohen Preis für diese Zusatzleistung von EUR 99,-- genährt werde. Der Hinweis „i“ befinde sich nicht direkt beim Zusatzservice „Flexibles Ticket“, sondern auf Höhe mehrerer Überschriften (nämlich „Persönlicher Service“ „Flexibles Ticket“, „Fixes Ticket“). Der Durchschnittsverbraucher gehe davon aus, dass die Beschreibung unter den jeweiligen Unterschriften die (vollständige) Information darstelle, und erwarte aufgrund der bloßen Abbildung des Zeichens

„i“ keine weiterführenden Informationen. In dieser Meinung werde er durch den Umstand bestärkt, dass die Beklagte im Kapitel „Persönlicher Service“ durch einen Sterchenhinweis auf einschränkende Informationen hinweist, weshalb der Durchschnittsverbraucher nicht annehme, dass es beim „Flexiblen Ticket“ keine Einschränkungen gebe. Selbst wenn der Durchschnittsverbraucher das Zeichen „i“ als Link zu weitergehenden Informationen verstehe, müsse er nicht davon ausgehen, dass dort die angebotene Zusatzleistung derart einschränkende Bestimmungen enthalten seien, die mit der durch deren Beschreibung im Rahmen des Buchungsvorgangs verursachten Erwartungshaltung in diametralem Widerspruch stünden.

Die Beurteilung des Buchungsvorgangs durch das Erstgericht als irreführend iSd § 2 Abs 1 UWG ist daher nicht zu beanstanden.

3. Als rechtlich verfehlt beanstandet die Berufung ferner die Auffassung des Erstgerichtes, die Beklagte habe gegen das Fernabsatzgesetz verstoßen. Vielmehr sei diese ihren Informationspflichten gemäß § 4 Abs 1 Z 1 FAGG nachgekommen, zumal sie sämtliche Informationen über die Eigenschaften der Dienstleistung in unmittelbarem Zusammenhang mit dieser bereitgestellt habe.

Auch in diesem Punkt vermag die Berufung nicht zu überzeugen:

Gemäß § 4 Abs 1 Z 1 FAGG muss der Unternehmer den Verbraucher, bevor er durch einen Vertrag oder eine Vertragserklärung gebunden ist, in klarer und verständlicher Weise (Transparenzgebot) über die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung in dem für das Kommunikationsmittel und die Ware oder

Dienstleistung angemessenen Umfang informieren. Diese Informationspflicht dient dem Zweck, klare Verhältnisse zu schaffen. Sie soll dem Verbraucher die Beurteilung ermöglichen, ob die Ware oder Dienstleistung seinen Bedürfnissen entspricht (*Leupold in Kosesnik/Wehrle, KSchG⁴ § 4 FAGG Rz 6*), ihm den Vergleich mit anderen Angeboten erleichtern und ihm eine rationale Entscheidung über den Vertragsabschluss ermöglichen (4 Ob 18/08p). Das Erfordernis der „Klarheit“ und „Verständlichkeit“ bezieht sich nicht nur auf den Bedeutungsinhalt, sondern muss die Information ganz allgemein so erteilt werden, dass sie vom Verbraucher - bei gehöriger Aufmerksamkeit - überhaupt wahrgenommen wird. Ob diese Voraussetzung zutrifft, ist im Einzelfall nach der Maßfigur des durchschnittlich informierten und verständigen („europäischen“) Verbrauchers zu beurteilen (4 Ob 18/08p). Inhaltlich ist auch die Parallelität zwischen dem Fernabsatz- und dem Lauterkeitsrecht zu beachten: Eine irreführende und damit unlautere Geschäftspraktik bei der Erteilung einer Information über wesentliche Vertragspunkte iSv § 2 UWG bzw. Art 6 RL-UGP schließt im Regelfall auch die „Klarheit“ und „Verständlichkeit“ dieser Information iS der fernabsatzrechtlichen Vorgaben aus (*Dehn in Kodek/Schwimann, ABGB-Praxiskommentar⁴ § 4 FAGG Rz 5; 4 Ob 18/08p; RIS-Justiz RS0123548*).

Im vorliegenden Fall wurde durch die (Kurz-)Beschreibung des Zusatzservices „Flexibles Ticket“ für den Durchschnittsverbraucher der - irreführende - Eindruck erweckt, dass der Kunde, der dieses Service in Anspruch nimmt, uneingeschränkt Umbuchungen vornehmen kann. Unter diesen Umständen bestand für ihn auch bei gehöriger Aufmerksamkeit keine Veranlassung, auf der

Homepage nach den Umfang der angekündigten Leistung einschränkenden oder gar ausschließenden Informationen zu suchen. Von einer „klaren und verständlichen Information“ über die wesentlichen Eigenschaften des umbuchbaren Tickets kann daher nicht gesprochen werden, weshalb auch der Verstoß gegen § 4 Abs 1 Z 1 FAGG zu Recht bejaht wurde.

4. Einen weiteren Angriffspunkt der Rechtsrüge bildet die Stattgebung des Unterlassungsbegehrens in Bezug auf die inkriminierten Klauseln.

Die Berufungsausführungen, wonach diese Klauseln für den Kunden weder überraschend noch nachteilig und daher Vertragsbestandteil geworden seien, gehen hinsichtlich der Klauseln 1. und 2. ins Leere, weil das Erstgericht ohnedies davon ausgegangen ist, dass die beiden Klauseln der Geltungskontrolle des § 864a ABGB standhalten. Ob dies auch auf die Klausel 3. zutrifft, kann dahingestellt bleiben, weil das Erstgericht diese Klausel auch als nichtig iSd § 879 Abs 3 ABGB qualifiziert hat.

Im Übrigen bestreitet die Berufungswerberin die Nachteiligkeit der beanstandeten Klauseln, weil der Konsument ohne diese Regelungen nicht günstiger dastünde. Ohne das in den AGB der Beklagten beschriebene Zusatzservice wäre der Passagier nämlich darauf angewiesen, dass die durchführende Fluglinie die Umbuchung zulasse, was diese in der Regel nicht bzw. nur gegen einen Aufpreis und Strafzahlung mache. Die Klausel 2. sei nicht nachteilig, da Flüge nicht teilweise angetreten werden könnten. Bei Buchung eines Hin- und Rückfluges werde ein Pauschalpreis verrechnet, der in der Regel günstiger sei, als würde man beide Strecken einzeln buchen. Daraus folge aber auch, dass der Pauschalpreis

nicht nachträglich gesplittet werden könne. Die Klausel 3. sei schließlich nicht nachteilig, weil sich die Zusatzservices „Flexibles Ticket“ und „Reiserücktrittversicherung“ auf unterschiedliche Fälle der Veränderung des gebuchten Fluges, nämlich die Umbuchung und die Absage beziehen würden, wobei die Ausübung der einen Option die andere obsolet mache. Schließlich seien die inkriminierten Klauseln auch nicht intransparent.

Dazu ist auf die zutreffende Beurteilung des Erstgerichts (§ 500a ZPO) zu verweisen, der die Berufung letztlich nichts Stichhältiges entgegensetzt.

Das Erstgericht hat die Klausel 1. als intransparent qualifiziert, weil nicht ersichtlich sei, welcher Abflug gemeint sei, der die 48-Stundenfrist auslöse. Entgegen der Auffassung der Berufung wird die notwendige Klarheit nicht durch die Zusammenschau der Klauseln 1. und 2. herbeigeführt, weil auch nicht ersichtlich ist, was unter einem „teilweise verwendeten“ Ticket zu verstehen ist.

Die Klausel 2. erachtete das Erstgericht als intransparent, weil der Durchschnittsverbraucher nach dem allgemeinen Sprachgebrauch davon ausgehe, dass er bei gleichzeitiger Buchung von Hin- und Rückflug zwei Tickets erwerbe. Die Beklagte habe es verabsäumt, ihr davon abweichendes „Ticketverständnis“, dass keine Umbuchungsmöglichkeit mehr bestehe, sobald der Hinflug angetreten worden sei („teilweise verwendetes Ticket“), dem Kunden näher zu bringen. Mit dieser Argumentation setzt sich die Berufung in keiner Weise auseinander. Der Umstand, dass der Kunde bei Buchung eines Hin- und Rückfluges einen Gesamtpreis bezahlt, ändert nichts

daran, dass er vom Erwerb zweier eigenständiger Tickets ausgeht.

Die Klausel 3. hat das Erstgericht nicht nur als überraschend, sondern auch als nichtig iSd § 879 ABGB qualifiziert. Die Argumentation der Berufung, die Ausübung einer der beiden Optionen mache die jeweils andere obsolet, überzeugt nicht, kann doch nach erfolgter Umbuchung noch immer ein Reiserücktrittsgrund eintreten, der die Inanspruchnahme der annullierten Reiserücktrittsversicherung notwendig macht. Die Beurteilung der Klausel als für den Kunden gröblich benachteiligend begegnet daher keinen Bedenken.

5. Schließlich bekämpft die Berufungswerberin den Ausspruch über die Urteilsveröffentlichung und führt aus, das Erstgericht habe das Talionsprinzip nicht beachtet. Richtigerweise wäre die Urteilsveröffentlichung nicht auf der Startseite der Website der Beklagten, sondern in unmittelbarer Nähe des „Flexiblen Tickets“ anzuordnen gewesen.

Die Urteilsveröffentlichung dient der Aufklärung des Publikums. Dadurch soll die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und ihnen erleichtert werden, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen (RIS-Justiz RS0079764; 2 Ob 198/10x). In der Regel ist die Urteilsveröffentlichung in einem solchen Umfang zuzusprechen, dass die Verkehrskreise, denen gegenüber die Rechtsverletzung wirksam geworden ist, über den wahren Sachverhalt bzw. den Gesetzesverstoß aufgeklärt werden (RIS-Justiz RS0121963).

Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung. Dieses liegt

bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz-/ und/oder sittenwidrig sind. Gemessen an diesem Zweck ist über die Rechtsverletzungen aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - also nicht nur den unmittelbar betroffenen Geschäftspartnern - Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren und vor Nachteilen zu schützen (RIS-Justiz RS0121963; 7 Ob 44/13s). Nach der Rspr wird die Bereitstellung einschlägiger Informationen auf der Website des Unternehmers dem Aufklärungsbedürfnis der Allgemeinheit für sich allein im Regelfall nicht gerecht (8 Ob 49/12g; RIS-Justiz RS0121963 [T10], zuletzt etwa 7 Ob 44/13s), weshalb in mehreren oberstgerichtlichen Entscheidungen die Veröffentlichung der zu unterlassenden Klauseln in einer bundesweit erscheinenden Tageszeitung als angemessen betrachtet wurde. Damit erweist sich die hier zugesprochene Veröffentlichung auf der Startseite der Website der Beklagten aber jedenfalls als angemessen und gerechtfertigt. Für die von der Berufung begehrte Anordnung der Urteilsveröffentlichung mit einer wesentlich weniger „bestrafenden“ Platzierung in unmittelbarer Nähe des Zusatzservices „Flexibles Ticket“ besteht daher keine Veranlassung, zumal nicht nur alle Verbraucher, die bereits ein Ticket bei der Beklagten gebucht haben, sondern alle potentiellen Kunden in Österreich über die irreführende Geschäftspraktiken bzw. die gesetzwidrigen Geschäftsbedingungen der Beklagten informiert werden sollen.

Damit konnte der Berufung auch in diesem Punkt kein Erfolg beschieden sein.

6. Mit ihrer Berufung im Kostenpunkt nimmt die Berufungswerberin den Standpunkt ein, dass das Erstgericht die Änderung des Unterlassungsbegehrens durch Beschränkung seines Umfangs auf Verbraucher in Österreich, insbesondere unter Verwendung der Website <http://at.travelgenio.com/> zu Unrecht als bloße Präzisierung des Begehrens und nicht als Klagseinschränkung qualifiziert habe. Tatsächlich sei das ursprünglich auf 32 Länder samt jeweiligen Websites gerichtete Begehren des Klägers auf ein einziges Land, nämlich Österreich eingeschränkt worden. Der Kläger sei daher im Verfahrensabschnitt bis zur Klagseinschränkung im Ausmaß dieser Einschränkung, dh zu 31/32stel als unterliegend anzusehen und daher kostenersatzpflichtig.

Doch ist auch in diesem Punkt der Auffassung des Erstgerichtes zu folgen, wonach der Kläger keine Klagseinschränkung, sondern eine durch die Klagserzählung gedeckte Präzisierung des Begehrens vorgenommen hat, zumal dieser als österreichische Interessenvertretung nur die Interessen der österreichischen Verbraucher wahrnimmt und bereits durch Behauptung des Schadenseintritts in Österreich unter Bezugnahme auf die Top-Level-Domain „at“ in der Klage die Beschränkung des Unterlassungsbegehren auf Österreich deutlich zum Ausdruck gebracht hat. Damit kommt auch der Rüge im Kostenpunkt keine Berechtigung zu.

Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Kostenrüge mangels ziffernmäßiger Bestimmtheit und mangels rechnerischer Darlegung der begehrten bzw. bekämpften Kosten (vgl. 3 Ob 159/02g; 1 Ob 2049/96x; OLG Wien 4 R 195/08p ua; *Obermaier*, Das Kostenhandbuch³ Rz 1.94) nicht gesetzmäßig ausgeführt ist, sodass sie auch aus diesem Grund nicht erfolgreich sein kann.

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

Bei der Bewertung iSd § 500 Abs 2 ZPO wurde dem vom Kläger angegebenen Interesse gefolgt.

Die ordentliche Revision war nicht zuzulassen, weil der Oberste Gerichtshof auch zur Auslegung von AGB-Klauseln nicht jedenfalls berufen ist und für die Beurteilung auf bereits gefestigte Rechtsprechung zurückgegriffen werden konnte, sodass sich keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO gestellt hat.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 27. Februar 2020

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG