



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

129 R 37/19p

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Mag. Iby als Vorsitzenden, den Richter MMag. Sloboda und die Richterin Mag.^a Fitz in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch die Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Laudamotion GmbH**, Concorde Business Park 2/F/10, 2320 Schwechat, vertreten durch die Schuppich Sporn & Winischhofer Rechtsanwälte Partnerschaft in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 30.500,-) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 5.500,-), über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 9.000,--) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 27.000,--) gegen das Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 5.2.2019, GZ 2 Cg 70/18x-14, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der **klagenden Partei** wird **Folge** gegeben, der Berufung der **beklagten Partei** wird **teilweise Folge** gegeben.

Das angefochtene Urteil wird abgeändert, sodass es insgesamt lautet (die Abänderungen des Ersturteiles sind unterstrichen):

„1. Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftli-

chen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hierbei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klausel:

[a] *Sofern das Übereinkommen oder einschlägige Gesetze nichts anderes vorsehen, unterliegen Ihr Beförderungsvertrag mit uns, diese Beförderungsbestimmungen und unsere Regelungen dem Irischen Recht sowie sämtliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag der Zuständigkeit irischer Gerichte*

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

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

[b] *Alle Passagiere müssen auf <https://www.ryanair.com> online einchecken und die Bordkarte ausdrücken und mitführen, außerhalb die Flexi Plus Tickets, die den kostenlosen Flughafen-Check In auch enthalten, bis Sie einen Mobil Bordkarte benutzen (Sie müssen die Kriterien einhalten für die Benutzung der Mobil Bordkarten, klicken Sie hier für die Bedingungen). Der Online Check-in öffnet 60 Tage vor jedem gebuchten Abflug und es schliesst 2 Stunden vor jedem gebuchten Abflug, wenn Sie Sitzplätze reservieren und bezahlen. (...) Aber wenn Sie keine Sitzplätze bezahlen möchten, können Sie den Online Check-in kostenlos zwischen 2 Tagen und 2 Stunden vor jedem Flug machen. Jede Bordkarte muss auf einer eigenen A4-Seite*

ausgedruckt werde oder erreichbar sein auf der Ryanair App auf dem Handy. Passagieren, die es nicht schaffen innerhalb der vorgegebenen Fristen einzuchecken (außerhalb Flexi Plus Kunden), wird die Gebühr für den Flughafen Check-in zu dem in unserer Gebührentabelle angeführten Preis verrechnet. (...)

Gebühr für den Flughafen Check-In (...)

Nach der Buchung / Flughafen € 55

Es ist kostenlos für Business Plus Ticket

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

2. Der klagenden Partei wird die Ermächtigung erteilt, den klagsstattgebenden Teil des Urteilsspruches im Umfang des Unterlassungsbegehrens und der Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung binnen sechs Monaten ab Rechtskraft einmal in einer Samstagsausgabe des redaktionellen Teiles der „Kronen-Zeitung“, bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der beklagten Partei mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

3. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 8.796,64,-- (darin EUR 1.222,84 USt und EUR 1.459,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.358,48 (darin EUR 202,58 USt und EUR 1.143,-- Barauslagen) bestimmten Kosten der Berufung und die mit EUR 2.177,52 (darin EUR 362,92 USt) bestimm-

ten Kosten der Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands 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 :

Der Kläger ist ein klageberechtigter Verein im Sinne des § 29 KSchG. Die Beklagte ist zu FN 248554x in das Firmenbuch der Republik Österreich eingetragen. Sie betreibt ein Luftfahrtunternehmen und unter www.laudamotion.com ein Flugbuchungsportal, wobei sie Flugbuchungen, auch von Verbrauchern, Allgemeine Beförderungsbedingungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrundelegt.

Bei der Beklagten kann man Flüge nur online buchen; Vertriebspartnerschaften mit Reisebüros oder -veranstaltern bestehen nicht. Die Beklagte bietet keine reinen Inlandsbeförderungen innerhalb Österreichs an.

Die Beklagte verwendet im geschäftlichen Verkehr in ihren Allgemeinen Beförderungsbedingungen unter anderem folgende Klauseln:

2.4 Sofern das Übereinkommen oder einschlägige Gesetze nichts anderes vorsehen, unterliegen Ihr Beförderungsvertrag mit uns, diese Beförderungsbestimmungen und unsere Regelungen dem Irischen Recht sowie sämtliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag der Zuständigkeit irischer Gerichte.

6.2 Alle Passagiere müssen auf <https://www.ryanair.com> online einchecken und die Bordkarte ausdrücken und mitführen, außerhalb die Flexi Plus Tickets, die den kostenlosen Flughafen-Check In auch enthalten, bis Sie einen Mobil Bordkarte benutzen (Sie müssen die Kriterien ein-

halten für die Benutzung der Mobil Bordkarten, klicken Sie hier für die Bedingungen).

Der Online Check-in öffnet 60 Tage vor jedem gebuchten Abflug und es schliesst 2 Stunden vor jedem gebuchten Abflug, wenn Sie Sitzplätze reservieren und bezahlen. (...)

Aber wenn Sie keine Sitzplätze bezahlen möchten, können Sie den Online Check-in kostenlos zwischen 2 Tagen und 2 Stunden vor jedem Flug machen. Jede Bordkarte muss auf einer eigenen A4-Seite ausgedruckt werde oder erreichbar sein auf der Ryanair App auf dem Handy. Passagieren, die es nicht schaffen innerhalb der vorgegebenen Fristen einzuchecken (außerhalb Flexi Plus Kunden), wird die Gebühr für den Flughafen Check-in zu dem in unserer Gebührentabelle angeführten Preis verrechnet. (...)

Gebühr für den Flughafen Check-in (...) Nach der Buchung / Flughafen € 55 (Es ist kostenlos für Business Plus Tickets)

Der **Kläger** strebte mit seinem Unterlassungsbegehren an, der Beklagten die Verwendung der oben dargestellten oder von sinngleichen Klauseln zu verbieten und sich auf unzulässig vereinbarte Klauseln zu berufen. Die Klauseln würden gegen gesetzliche Verbote sowie die guten Sitten verstoßen, seien überraschend und für den Vertragspartner des Verwenders der AGBs nachteilig und/oder nicht ausreichend transparent. Es wurde auch ein Veröffentlichungsbegehren erhoben.

Die **Beklagte** beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die ausreichend klar formulierten Klauseln seien weder ungewöhnlich noch gröblich benachteiligend und stünden mit dem Gesetz und den guten Sitten in Einklang.

Für den Fall einer Klagsstattgebung beantragte sie die Festsetzung einer Leistungsfrist von drei Monaten.

Zur besseren Übersichtlichkeit werden das zu den einzelnen Klauseln erstattete Parteivorbringen (soweit jeweils im Berufungsverfahren noch relevant) sowie die Erwägungen des Erstgerichts nicht vorweg, sondern bei der Behandlung der Berufung dargestellt.

Mit dem **angefochtenen Urteil** gab das Erstgericht der Klage hinsichtlich der - laut Bezeichnung im angefochtenen Urteil - Klauseln a) betreffend die Anwendung irischen Rechts und b) die Check-in Gebühr für den Check-in am Flughafen ohne Setzung einer Leistungsfrist statt und ermächtigte den Kläger zur Urteilsveröffentlichung. Hinsichtlich der Klausel über die Zuständigkeit irischer Gerichte wies das Erstgericht die Klage ab.

Gegen die Abweisung des Klagebegehrens im oben aufgezeigten Umfang sowie den Kostenpunkt richtet sich die **Berufung des Klägers** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, der Klage zur Gänze stattzugeben und den Kläger zur Urteilsveröffentlichung auf Kosten der Beklagten zu ermächtigen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Gegen die Stattgebung des Klagebegehrens im oben aufgezeigten Umfang richtet sich die **Berufung der Beklagten** wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Klage zur Gänze abzuweisen, hilfsweise, die Klage zur Klausel a) abzuweisen und zu b) eine Leistungsfrist von drei Monaten zu bestimmen; das Klagebegehren hinsichtlich der Klausel b) teilweise abzuweisen sowie eine Leistungsfrist von drei Monaten zu bestimmen; hilfsweise jedenfalls eine Leistungsfrist von drei Monaten zu bestimmen; zuletzt wird hilfsweise ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Streitteile beantragen jeweils, der Berufung der

Gegenseite keine Folge zu geben.

Die Berufung des Klägers ist berechtigt, die Berufung der Beklagten ist teilweise berechtigt.

I. Vorbemerkungen:

1. Voranzustellen ist, dass im Verbandsprozess nach § 28 KSchG von folgenden, von der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen auszugehen ist (in jüngerer Zeit zusammenfassend etwa 10 Ob 28/14m):

1.1. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er seinen Verträgen zugrunde legt, oder in dabei 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.

1.2 Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089). Objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB 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 ein "Überrumpelungseffekt" innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Die Ungewöhnlichkeit ist objektiv zu verstehen. Die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren. Ein Abstellen auf die subjektive Erkennbarkeit gerade für den anderen Teil ist daher ausgeschlossen (RIS-Justiz RS0014627). Erfasst sind alle dem Kunden nachteiligen Klauseln.

1.3. Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls einen Teil gröblich benachteiligt. Dabei ist einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ zu berücksichtigen. Weicht eine Klausel vom dispositiven Recht ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (stRsp; RIS-Justiz RS0016914). Die Beurteilung, ob eine Klausel den Vertragspartner gröblich benachteiligt, orientiert sich am dispositiven Recht, das als Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs für den Durchschnittsfall dient (RIS-Justiz RS0014676).

1.4. Im Verbandsprozess nach § 28 KSchG hat die Auslegung der Klausel im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen. Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Klausel kann nicht Rücksicht genommen werden, weil eine geltungserhaltende Reduktion im Verbandsprozess nicht möglich ist (stRsp; RIS-Justiz RS0038205; RS0016590).

1.5. Maßgeblich für die Qualifikation einer Klausel als „eigenständig“ im Sinne des § 6 KSchG ist nicht die Gliederung des Klauselwerks. Es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der AGBs enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein

materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen isoliert von einander wahrgenommen werden können (RIS-Justiz RS0121187).

1.6. Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Durch diese Bestimmung übernahm der österreichische Gesetzgeber das in Art 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (idF: EG-Klausel-Richtlinie) enthaltene Transparenzgebot in die österreichische Rechtsordnung (RIS-Justiz RS0037107). Es soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sichergestellt werden, um zu verhindern, dass der Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird, ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden, gegen die er sich nicht zur Wehr setzt, er über Rechtsfolgen getäuscht oder ihm ein unzutreffendes oder unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt wird (RIS-Justiz RS0115219 [T9]). Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden (RIS-Justiz RS0037107 [T6]). 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, wenn die Auswirkung einer Klausel ansonsten unklar bliebe (RIS-Justiz RS0115217 [T12]). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen so gestaltet sein, dass der Ver-

braucher klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RIS-Justiz RS0115217 [T14]). Aufgrund des Richtigkeitsgebots widersprechen Bestimmungen, die die Rechtslage verschleiern oder undeutlich darstellen, dem Transparenzgebot, zumal dadurch der rechtsunkundige Verbraucher über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden kann (4 Ob 221/06p, Punkt 2.23 = ÖBA 2007, 981 [Rummel] = ecolex 2007, 601 [Wilhelm]).

II. Zur Berufung des Klägers:

1.1. Der relevante Teil der Klausel lautet:

„Sofern das Übereinkommen oder einschlägige Gesetze nichts anderes vorsehen, unterliegen (..) sämtliche Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag der Zuständigkeit irischer Gerichte.“

1.2. Der Kläger bringt dazu vor, die Formulierung der Klausel „sofern das Übereinkommen oder einschlägige Gesetze nichts anderes vorsehen“ sei intransparent und verstoße daher gegen § 6 Abs 3 KSchG. Der Verbraucher müsse demnach selber eruieren, ob die vorgesehene Gerichtszuständigkeit zulässig sei. Eine solche Vereinbarung widerspreche überdies § 14 Abs 1 KSchG und sei gröblich benachteiligend und überdies überraschend, weil ein Verbraucher mit einer derartigen Gerichtsstandsvereinbarung nicht zu rechnen brauche.

1.3. Die Beklagte wendet ein, auf die in der Klausel enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung seien die Art 25, 17 und 19 EuGVVO anzuwenden. Art 25 stelle für Gerichtsstandsvereinbarungen ein abschließendes Regime dar. Art 17 Abs 3 EuGVVO nehme Beförderungsverträge von den nach Art 19 EuGVVO geltenden Beschränkungen für Verbraucherverträge aus. § 14 Abs 1 KSchG komme aufgrund des Anwen-

dungsvorranges des Gemeinschaftsrechts nicht zur Anwendung; die Regelung sei daher zulässig.

Die Regelung sei aufgrund des vorhersehbaren Auslandsbezugs nicht überraschend. Sie sei auch nicht intransparent, weil durch den ersten Satz klargestellt werde, dass der hier vereinbarte Gerichtsstand zu den gesetzlichen hinzutrete. Im übrigen sei die Klausel mittlerweile geändert worden und die Wiederholungsgefahr daher weggefallen.

1.4. Das Erstgericht erklärte diesen Teil der Klausel für zulässig. Art 25 EuGVVO gehe in seinem Anwendungsbereich dem nationalen Recht vor. Die Vorschrift sei hinsichtlich Zulässigkeit, Form und Wirkungen von Gerichtsstandsvereinbarungen abschließend. Das nationale Recht werde daher insoweit verdrängt. Dem Abschluss einer solchen Gerichtsstandsvereinbarung stehe auch Art 19 EuGVVO nicht entgegen, weil Art 17 Abs 3 EuGVVO die Art 17 bis 19 (Zuständigkeit in Verbrauchersachen) vom Anwendungsbereich der EuGVVO auf Beförderungsverträge ausnehme.

1.5. Die Berufung argumentiert, Gerichtsstandsvereinbarungen unterliegen aufgrund Art 67 EuGVVO jedenfalls im Umsetzungsbereich der EG-Klausel-Richtlinie einer Missbrauchskontrolle. Dafür spreche auch die Bezugnahme auf die „materielle Ungültigkeit“ in Art 25 EuGVVO.

1.6. Das Berufungsgericht hat dazu erwogen:

1.6.1. Artikel 25 Abs 1 erster Satz EuGVVO [Gerichtsstandsvereinbarungen] lautet: Haben die Parteien unabhängig von ihrem Wohnsitz vereinbart, dass ein Gericht oder die Gerichte eines Mitgliedstaats über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis ent-

springende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen, so sind dieses Gericht oder die Gerichte dieses Mitgliedstaats zuständig, es sei denn, die Vereinbarung ist nach dem Recht dieses Mitgliedstaats materiell nichtig.

Innerhalb seines Anwendungsbereichs geht Art 25 EuGVVO dem innerstaatlichen Recht vor. Art 25 EuGVVO stellt eine abschließende Regelung der Zulässigkeit, Form und Wirkungen von Gerichtsstandsvereinbarungen dar. Auch was den Inhalt der Vereinbarung betrifft, stellt Art 25 EuGVVO eine abschließende Regelung dar. Im Anwendungsbereich des Art 25 EuGVVO wird damit § 104 JN und § 14 KSchG verdrängt (*Czernich in Czernich/Kodek/Mayr, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht*⁴ Art 25 EuGVVO Rz 1 mwN).

Art 25 EuGVVO kennt keine Kontrolle der inhaltlichen Richtigkeit der von den Parteien getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung. Der Schutz der typischerweise schwächeren Partei wird bereits durch die Einschränkung der Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen mit Verbrauchern, Versicherungsnehmern und Arbeitnehmern verwirklicht (*Tiefenthaler/Czernich, aaO Rz 47*).

1.6.2. Artikel 19 [Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbrauchersachen] EuGVVO bestimmt, wann von den Vorschriften dieses Abschnitts im Wege der Vereinbarung abgewichen werden kann, ist aber gemäß Art 17 Abs 3 EuGVVO nicht auf Beförderungsverträge (mit Ausnahme von Reiseverträgen, die für einen Pauschalpreis kombinierte Beförderungs- und Unterbringungsleistungen vorsehen) anzuwenden.

1.6.3. In der vorliegenden Konstellation ist daher die Frage bedeutsam, ob Verbraucherschutzinteressen im Wege einer Missbrauchskontrolle solcher Vereinbarungen

wahrgenommen werden können oder ob die Schutzbestimmungen zugunsten der Verbraucher aufgrund der Ausnahmebestimmung des Art 17 Abs 3 EuGVVO nicht greifen.

1.6.3.1. Eine AGB-Inhaltskontrolle nach einzelrechtlichem Maßstab im Geltungsbereich von Art 25 wurde vom Europäischen Gerichtshof für die Vorgängerregelung des Art 17 EuGVÜ und auch in der Literatur mit dem Argument abgelehnt, eine derartige Kontrolle würde einer Angemessenheitsprüfung nach nationalen Vorstellungen Tür und Tor öffnen und dem europarechtlichen Vereinheitlichungsgedanken zuwiderlaufen (vgl dazu *E. Peiffer/M. Peiffer in Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr* Art 25 Rn 104f mit zahlreichen weiteren Zitaten aus der europäischen Rechtsprechung und der Literatur).

1.6.3.2. In jüngerer Zeit wird dazu aber positiv Stellung genommen:

Der EuGH hat bereits mehrfach entschieden, dass die Missbräuchlichkeit von Gerichtsstandsklauseln vom befassenen Gericht von Amts wegen wahrzunehmen ist. Dies muss umso mehr für internationale Gerichtsstandsklauseln gelten (vgl dazu *Wittwer in Mayr [Hrsg], Handbuch des europäischen Zivilverfahrensrechts*, Rz 3.644 mwN; EuGH 27.6.2000, C-240/98 bis C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA/Rocio Murciano Quintero* ua, sowie die Besprechung von *Heinig*, *ecolex* 2000, 923 mwN; EuGH 09.11.2010, C-137/08 (*Schneider*)).

Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbraucherverträgen, die von der EG-Klausel-Richtlinie bzw den entsprechenden nationalen Umsetzungsvorschriften erfasst sind, unterliegen auch im Anwendungsbereich von Art 25 EuGVVO der Missbrauchskontrolle nach dem Maßstab der EG-Klausel-Richtlinie und können daher im Einzelfall unwirksam sein.

Begründen lässt sich dies mit Art 67 EuGVVO, wonach die Verordnung nicht die Anwendung der Bestimmungen berührt, die für besondere Rechtsgebiete die gerichtliche Zuständigkeit oder die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen regeln und in Unionsrechtsakten oder in dem in Ausführung dieser Rechtsakte harmonisierten einzelstaatlichen Recht enthalten sind. Art 67 erklärt damit den Vorrang von *leges speciales*, nämlich von sekundärem Gemeinschaftsrecht auf besonderen Rechtsgebieten bzw harmonisiertem nationalem Recht, das in Ausführung von sekundärem Gemeinschaftsrecht erlassen wurde, gegenüber der EuGVVO (*Wallner-Friedl in Czernich/Kodek/Mayr, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht*⁴ Art 67 EuGVVO Rz 2 mwN).

Die nationalen Umsetzungsvorschriften der EG-Klausel-Richtlinie erfüllen die Voraussetzungen des Art 67 EuGVVO. Sie stellen eine Regelung der gerichtlichen Zuständigkeit im Sinne von Art 67 EuGVVO dar. Denn gemäß Anh. Nr. 1 lit. q der Richtlinie können Klauseln, die einem Verbraucher die Möglichkeit zur Anrufung staatlicher Gerichte nehmen oder erschweren, als missbräuchlich angesehen werden. Dieses Klauselverbot gilt auch für Gerichtsstandsvereinbarungen und regelt somit mittelbar die gerichtliche Zuständigkeit. Außerdem handelt es sich bei der EG-Klausel-Richtlinie um eine Maßnahme auf dem Gebiet des Verbraucherschutzrechts, das sowohl in Art. 3 I lit. t EGV als auch in Art. 4 II lit. f AEUV als eigenständiger Zuständigkeitsbereich der EG bzw der EU aufgeführt wird (vgl *E. Peiffer/M. Peiffer, aaO Art 25 Rn 107 mwN*; im Ergebnis ebenso bejahend *Slonina in Burgstaller/Neumayr/Geroldinger/Schmaranzer, Internationales Zivilverfahrensrecht, Art 67 EuGVVO, Rz 3 mwN*).

Gerichtsstandsvereinbarungen unterliegen damit Missbrauchsbeschränkungen, die sich aus europäischem Sekundärrecht ergeben. Dies gilt insbesondere für die Beschränkung der Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen nach der EG-Klausel-Richtlinie (*Tiefenthaler/Cernich* in *Czernich/Kodek/Mayr* Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht⁴ Art 25 EuGVVO Rz 48 mwN).

1.6.3.3. Auch in der deutschen Lehre finden sich maßgebliche Stimmen, die eine solche Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im Bereich der Anwendbarkeit der EG-Klausel-Richtlinie bejahen.

Die EuGVVO enthält keine explizite Konkurrenzregel hinsichtlich der EG-Klausel-Richtlinie. Ihrer Anwendbarkeit stehen ebensowenig die auch auf Unionsebene zu beachtenden Grundsätze *lex posterior* und *lex specialis* entgegen. Die Prorogationsschranken der EuGVVO und diejenigen der Richtlinie gelten vielmehr nebeneinander. Eine solche Parallelität von Verbraucherschutzinstrumenten befürwortete der EuGH etwa in der Rechtssache *Heininger* (EuGH 13.12.2001, C-481/99) und bestätigte diesen - wenn auch auch bei einem reinen Inlandssachverhalt - aufgestellten Grundsatz noch einmal (EuGH C-350/03 *Schulte/Badenia AG*). Für eine zweite Kontrolleebene spricht, dass sich die Regelungsbereiche der beiden Sekundärrechtsakte weder in sachlicher noch räumlich-situativer Hinsicht vollständig decken. Schutzlücken drohen überdies bei vorrangigen Spezialabkommen nach Art 71 und im Lichte von Art 17 Abs 3 EuGVVO (vgl. *Staudinger in Rauscher* EuZPR⁴ Art 19 EuGVVO Rn 6 mwN, und *Mankowski in Rauscher* EuZPR⁴ Art 25 EuGVVO Rn 62, der sich ebenfalls dafür ausspricht, Wertungen aus der EG-Klausel-RL über Art 67 EuGVVO dem Regime des Art 25 EuGVVO vorgehen zu lassen).

1.6.4. Zusammenfassend lässt sich daher Folgendes festhalten: In der gegenständlichen Konstellation ist eine Missbrauchskontrolle anhand der EG-Klausel-Richtlinie von besonderer Bedeutung, weil gemäß Art 17 Abs 3 EuGVVO die sonst im Sinne des Verbraucherschutzes erlassenen Beschränkungen aufgrund des Vorliegens eines Beförderungsvertrages nicht anwendbar sind und der Verbraucher hier daher entsprechend schutzwürdig ist. Gemäß Anh. Nr. 1 lit. q der EG-Klausel-Richtlinie können gerade Klauseln, die dem Verbraucher die Möglichkeit zur Anrufung staatlicher Gerichte nehmen oder erschweren, als missbräuchlich angesehen werden; Art 67 EuGVVO 2012 normiert die grundsätzliche Weitergeltung solcher Vorschriften.

Die in Rede stehende Klausel ist daher jedenfalls § 6 Abs 3 KSchG - der in Umsetzung der EG-Klausel-Richtlinie ergangen ist - zu unterwerfen und nach diesen Maßstäben zu überprüfen.

1.7. Zu § 6 Abs 3 KSchG:

Ausgehend von den Einzelwirkungen des Transparenzgebots (Erkennbarkeit und Verständlichkeit), dem Gebot, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, und der Vorgabe, dass der Verbraucher klare und verlässliche Auskunft über seine Rechtsposition erhält (RIS-Justiz [RS0115217](#) [T14]), ist die Klausel durch ihren unbestimmten Hinweis auf „das Übereinkommen und einschlägige Gesetze“ intransparent. Weder kann ein Durchschnittsverbraucher wissen, welches Übereinkommen „das Übereinkommen“ ist, noch, welche die „einschlägigen Gesetze“ sind. Der rechtsunkundige Verbraucher kann durch diese unklaren Formulierungen über die tatsächliche Rechtslage getäuscht werden.

1.8. Da die hier in Rede stehende Klausel einer

Überprüfung nach § 6 Abs 3 KSchG nicht standhält, kann dahingestellt bleiben, inwieweit eine weitere Missbrauchskontrolle nach nationalem Recht iSd §§ 879 Abs 3 und 864a ABGB vorzunehmen wäre (vgl dazu bejahend aufgrund der Bezugnahme des Art 25 Abs 1 EuGVVO auf eine „materielle Nichtigkeit“: *Tiefenthaler/Cernich in Czerlich/Kodek/Mayr* Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht⁴ Art 25 EuGVVO Rz 47 mwN; *Wittwer in Mayr* [Hrsg] Handbuch des europäischen Zivilverfahrensrechts Rz 3.644 mwN).

Der Berufung des Klägers war daher Folge zu geben und in Abänderung des Ersturteils die Beklagte auch zur Unterlassung der Verwendung jenes Teils der Klausel 2.4. zu verpflichten, der die Gerichtsstandsvereinbarung enthält.

Mit seiner Berufung im Kostenpunkt ist der Kläger auf die in Punkt IV. neu getroffene erstinstanzliche Kostenentscheidung zu verweisen.

III. Zur Berufung der Beklagten:

1.1. Die Klausel lautet:

„Sofern das Übereinkommen oder einschlägige Gesetze nichts anderes vorsehen, unterliegen Ihr Beförderungsvertrag mit uns, diese Beförderungsbestimmungen und unsere Regelungen dem Irischen Recht“

1.2. Das Erstgericht hat die Klausel untersagt, weil sie den Vorschriften über die Rechtswahl in Art 5 Abs 2 Rom I-VO widerspreche.

1.3. Die Berufung bestreitet die Unzulässigkeit der Klausel nicht. Sie argumentiert mit einem Wegfall der Wiederholungsgefahr, weil die Klausel mittlerweile geändert worden sei und dazu zwei Unterlassungsvergleiche angeboten worden seien, die der Kläger nicht angenommen

habe.

1.4. Das Berufungsgericht hat dazu erwogen:

1.4.1. Eine Unterlassungsklage setzt ganz allgemein ein (materielles) „Rechtsschutzbedürfnis“ im Sinn eines materiell-rechtlichen schutzwürdigen Interesses und im Besonderen Wiederholungsgefahr voraus, die nach einer erfolgten Verletzungshandlung grundsätzlich vermutet wird. Als Indiz für das Vorhandensein einer Wiederholungsgefahr ist es zu werten, wenn der Beklagte im Prozess seine Unterlassungspflicht bestreitet und keine Gewähr dafür besteht, dass er Eingriffe in absehbarer Zeit unterlässt. Die Wiederholungsgefahr ist daher im Allgemeinen nur dann ausgeschlossen, wenn ausreichende Anhaltspunkte für eine ernstliche Willensänderung des Beklagten bestehen. Eine solche wird vor allem im Fall des Anbots eines umfassenden vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs angenommen. Für den Wegfall der Wiederholungsgefahr muss der Beklagte dem Kläger auch die (berechtigte) Ermächtigung zur Veröffentlichung des Vergleichs auf seine Kosten in angemessenem Umfang anbieten (jüngst zusammenfassend 4 Ob 5/19t mwN).

Die bloße Änderung der Klausel allein kann die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen, diese wird nur dann beseitigt, wenn der Kläger etwa durch einen angebotenen Vergleich alles das erhielte, was er durch ein seinem Begehren stattgebendes Urteil hätte erlangen können (RIS-Justiz RS0079899 [T33]).

1.4.2. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist durch die beiden von ihr angebotenen Unterlassungsvergleiche die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen. Beide Vergleichsangebote sehen nicht nur keine Ermächtigung zur Veröffentlichung des Vergleichs vor, sie sehen auch eine

Verpflichtung des Klägers vor, über die Einigung Stillschweigen zu bewahren.

Gemäß § 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG kann die in einem Verbandsprozess obsiegende Partei vom Gericht zur Urteilsveröffentlichung ermächtigt werden, wenn die obsiegende Partei daran ein berechtigtes Interesse hat. Die Berufung wendet sich inhaltlich gar nicht gegen das Veröffentlichungsbegehren des Klägers; es ist auch berechtigt. Zweck der Urteilsveröffentlichung ist, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein. Dieser Zweck ist nicht auf die unmittelbar betroffenen Vertragspartner beschränkt. Die Urteilsveröffentlichung soll vor allem das Publikum aufklären und einer Weiterverbreitung unrichtiger Ansichten entgegenwirken (9 Ob 16/18w mwN).

Eine Verpflichtung zum Stillschweigen steht diesen Grundsätzen entgegen. Das Vergleichsanbot der Beklagten kann daher die Wiederholungsgefahr nicht beseitigen.

1.4.3. Ob im Vorfeld ein Abmahnungsverfahren durchgeführt wurde, ändert an den inhaltlichen Voraussetzungen eines für die Beseitigung der Wiederholungsgefahr geeigneten Unterlassungsvergleiches nichts. 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, reicht keinesfalls aus, um die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Der Wegfall der Wiederholungsgefahr kann bei Unterbleiben einer Abmahnung allerdings dann angenommen werden, wenn der Unternehmer die Klausel vor Klagseinbringung aus seinen Bedingungen entfernte und keine Anzeichen dafür bestehen, dass er sie in Zukunft neuerlich

verwenden oder sich darauf berufen werde (vgl. RIS-Justiz RS0124304). Beides trifft hier nicht zu: Die Änderung erfolgte erst nach Klageeinbringung und in der Klagebeantwortung wurde das Klagebegehren zunächst zur Gänze bestritten.

Fehlende Feststellungen zum Abmahnungsverfahren und der geänderten Klausel stellen daher - abgesehen von der grundsätzlichen Unstrittigkeit beider Umstände - auch keine sekundären Feststellungsmängel dar.

Das Erstgericht hat daher zu Recht dem Unterlassungsbegehren im Bezug auf diese Klausel stattgegeben.

2.1. Die Klausel lautet:

„Alle Passagiere müssen auf <https://www.ryanair.com/> online einchecken und die Bordkarte ausdrücken und mitführen, außerhalb die Flexi Plus Tickets, die den kostenlosen Flughafen-Check In auch enthalten, bis Sie einen Mobil Bordkarte benutzen (Sie müssen die Kriterien einhalten, für die Benutzung der Mobil Bordkarten, klicken Sie hier für die Bedingungen). Der Online Check-in öffnet 60 Tage vor jedem gebuchten Abflug und es schließt 2 Stunden vor jedem gebuchten Abflug, wenn Sie Sitzplätze reservieren und bezahlen. (...) Aber wenn Sie keine Sitzplätze bezahlen möchten, können Sie den Online Check-in kostenlos zwischen 2 Tagen und 2 Stunden vor jedem Flug machen. Jede Bordkarte muss auf einer eigenen A4-Seite ausgedruckt werden oder erreichbar sein auf der Ryanair App auf dem Handy. Passagieren, die es nicht schaffen innerhalb der vorgegebenen Fristen einzuchecken (außerhalb Flexi Plus Kunden), wird die Gebühr für den Flughafen Check-in zu dem in unserer Gebührentabelle angeführten Preis verrechnet (...)

Gebühr für den Flughafen Check-In (...)

Nach der Buchung / Flughafen € 55

Es ist kostenlos für Business Plus Ticket."

2.2. Der Kläger bringt vor, durch die Klausel seien Verbraucher verpflichtet, den Check-in online über die Webseite www.ryanair.com vorzunehmen, was für den Fall, dass keine kostenpflichtige Sitzplatzreservierung vorgenommen worden sei, nur im Zeitfenster von zwei Tagen und zwei Stunden vor jedem Flug kostenlos möglich sei. Für einen Check-in am Flughafen verrechne die Beklagte - außer bei Buchung eines (wesentlich teureren) Business Plus Tickets - eine Gebühr von EUR 55,--. Im Rahmen des Buchungsvorganges finde sich kein deutlicher Hinweis darauf, dass ein kostenloser Check-in nur in einem bestimmten Zeitfenster möglich sei, und für den Fall, dass der Online-Check-in nicht genutzt werde, Gebühren anfallen.

Zahlreiche andere Fluglinien bieten einen Check-in am Flughafen ohne Zusatzkosten an. Mit der vorliegenden Klausel müsse deshalb nicht gerechnet werden, weshalb sie nach § 864a ABGB unzulässig sei.

Zudem verstoße die Klausel auch gegen die in der Verordnung (EG) 1008/2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft normierten Vorgaben zur Preistransparenz. Gemäß Art 23 *leg cit* müssen die angebotenen Flugpreise den zu zahlenden Endpreis stets ausweisen und alle anwendbaren Steuern und Gebühren, Zuschläge und Entgelte, die unvermeidbar und zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vorhersehbar sind, einschließen. Dazu würden auch Check-in-Gebühren zählen.

Darüber hinaus sei die Klausel auch gröblich benachteiligend. Der Check-in sei Voraussetzung für die Inanspruchnahme eines Fluges. Es handle sich dabei nicht um

eine vom Konsumenten freiwillig in Anspruch genommene, eigens vergütungsfähige Leistung, sondern um eine vertragliche Nebenleistungspflicht der Beklagten, für die kein Entgelt verrechnet werden dürfe. Die Einhebung von Gebühren für diesen Vorgang sei gröblich benachteiligend und verstoße gegen § 879 Abs 3 ABGB.

2.3. Die Beklagte wendet ein, es sei für die Beförderung des Fluggastes weder unerlässlich noch obligatorisch, dass der Check-in am Flughafen vollzogen werde, weil der Check-in - wie vom Großteil der Fluggäste praktiziert - immer auch online durchgeführt werden könne und somit keine Gebühr anfielen. Darum handle es sich bei den Entgelten für den Check-in am Flughafen nicht um unvermeidbare Entgelte iSd Art 23 (1) der Verordnung (EG) 1008/2008, sondern um fakultative Zusatzkosten.

Dass Luftfahrtunternehmen verschiedene Tarife mit verschiedenen Leistungen anbieten, entspreche der durch Art 22 der Verordnung (EG) 1008/2008 eingeräumten Preisfestsetzungsfreiheit.

Eine transparente Gebührentabelle mit dem Entgelt für den Check-in am Flughafen werde auf der Buchungswebseite im Internet sowohl unter „Nützliche Info“ unter dem Reiter „Gebühren“ als auch unter dem Feld „Service Center“ unter dem weiterführenden Link „Unsere Gebühren“ zur Verfügung gestellt. Außerdem sei das Entgelt für einen Check-in am Flughafen sowie Informationen darüber, unter welchen Umständen dieses anfielen, auch in den AGB ersichtlich, die an mehreren Stellen zur Verfügung gestellt würden und bezüglich derer ein Fluggast vor Abschluss einer Buchung bestätigen müsse, diese gelesen und akzeptiert zu haben. Wolle ein Fluggast den Check-in am Flughafen durchführen, könne er dies kostenlos im Wege des

„Flexi Plus“-Tarifs tun.

Die Erhebung eines gesonderten Entgelts für einen Check-in am Flughafen für Fluggäste ohne diesen Tarif sei sachlich gerechtfertigt, weil damit gegenüber dem Online-Check-in ein erhöhter Personal- und Bearbeitungsaufwand verbunden sei.

Mit der beanstandeten Klausel werde überdies die Hauptleistung aus dem Beförderungsvertrag festgelegt, weshalb § 879 Abs 3 ABGB von vornherein nicht anwendbar sei.

2.4. Das Erstgericht stellte dazu den auf den Seiten 9 - 10 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen Sachverhalt fest. Davon sind folgende wesentliche Feststellungen hervorzuheben:

Wenn man die Website www.laudamotion.com besucht, wird man auf die Adresse www.ryanair.com/la/de weitergeleitet. Neben den Informationen zum Flug wird im Zuge des Buchungsvorganges eine Liste mit verschiedenen Tarifen („Standard“, „Plus“ und „Flexi Plus“), deren Preis und die darin enthaltenen Leistungen angezeigt. Dabei ist für einen durchschnittlichen Betrachter anhand der farblichen Gestaltung erkennbar, welche Leistungen im jeweiligen Tarif inkludiert sind (gelbes Häkchensymbol, schwarze Schrift) und welche nicht (hellgraues Häkchensymbol, hellgraue Schrift).

In der Spalte des „Flexi Plus“-Tarifs wird der Punkt „Kostenloser Check-In am Flughafen“ dergestalt als inkludiert angezeigt, während dieser Punkt beim „Standard“- und „Plus“-Tarif als nicht inkludiert angeführt wird. In weiterer Folge wird am Ende des Buchungsvorganges in der Preisaufschlüsselung der zu zahlende Gesamtpreis farblich angezeigt.

Auf allen angezeigten Seiten besteht die Möglichkeit am Seitenende die AGB einzusehen. Weiters gelangt man auf der Website über den Punkt „Nützliche Info“ unter dem Punkt „Kundenbetreuung“ über den Unterpunkt „Service Center“ zu mehreren Infopunkten; darunter die Punkte „Online Check-In“, „Unsere Gebühren“, „Allgemeine Geschäftsbedingungen“. Weiterführende Links zum Online Check-In sowie zu den AGB sind zusätzlich auch am unteren Ende der Homepage angeführt. Unter dem Punkt „Gebühren“ gelangt man zu einer Gebührentabelle für verschiedene fakultative Zusatzleistungen, die auch „Gebühr für den Flughafen Check-In“ enthält, die mit € 55,-- angeführt ist und dem Zusatz „Es ist kostenlos für Business Plus Tickets“.

Unter anderem über den Punkt „Online Check-In“ gelangt man zum Unterpunkt „Wichtige Informationen zum Check-In“, wo zu lesen ist:

„Wenn sie keinen Sitzplatz erwerben möchten, können Sie 48 Stunden vor jedem Abflug einchecken und erhalten (kostenlos) nach dem Zufallsprinzip einen Sitzplatz zugeteilt. Denken Sie bitte daran, dass Sie sowohl für den Hin-, als auch für den Rückflug 48 Stunden vor Abflug einchecken müssen, um in den Genuss eines kostenlosen, per Zufallsprinzip zugewiesenen Sitzplatzes zu kommen.

Sie haben immer die Möglichkeit, einen Sitzplatz zu erwerben, um außerhalb dieses 48-Stunden-Zeitfensters einchecken zu können. Sie können bis zu 2 Stunden vor der geplanten Abflugszeit online einchecken. Flexi Plus Kunden können am Flughafen kostenlos einchecken. Weitere Informationen zu den Check-In Fristen finden Sie in unseren Allgemeinen Geschäftsbedingungen.“

Während des gesamten Buchungsvorganges wird die Höhe des Tarifs für den Flughafen-Check-In nicht automatisch

angezeigt; der Kunde muss daher durch aktives Anklicken der Tariffinformation die Höhe der Gebühr selbständig erfragen (Hervorhebung durch das Berufungsgericht).

Rechtlich kommt das Erstgericht zum Ergebnis, auf das Vertragsverhältnis sei gemäß Art 5 Abs 1 Rom I-VO österreichisches Recht anzuwenden.

Gemäß § 864a ABGB würden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in AGB oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig seien und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht zu rechnen habe brauchen, es sei denn, der eine Vertragsteil hätte den anderen besonders darauf hingewiesen.

Ob eine Vertragsbestimmung einen ungewöhnlichen Inhalt aufweise, sei rein objektiv zu verstehen. Die Subsumtion habe sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren. Objektiv ungewöhnlich sei aber nicht nur eine (nicht verbreitete) branchenunübliche Bestimmung, sondern auch eine (verbreitete) branchenübliche Bestimmung, die nicht der redlichen Verkehrsübung entspreche. Objektiv ungewöhnlich iSd § 864a ABGB seien Klauseln, mit denen der Partner nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauche, die also von seinen berechtigten Erwartungen deutlich abweichen. Neben dem Inhalt der Klausel sei aber auch ihre Stellung im Vertragsgefüge entscheidend. Die Klausel müsse gleichsam einen Überraschungseffekt haben.

Nachteilig sei jede AGB-Klausel, welche die Rechtsposition des Partners des Verwenders in Relation zur Rechtslage ohne die relevante Klausel verschlechtere. Dies sei zu bejahen, wenn die Klausel von den Vorgaben

des dispositiven Rechts zulasten des Vertragspartners des AGB-Verwenders abweiche. Nachteiligkeit liege aber auch dann vor, wenn der Vertragspartner des AGB-Verwenders ohne die relevante Klausel besser stünde.

Unter diesen Gesichtspunkten seien zwar Gebühren für allfällige Zusatzleistungen im Zusammenhang mit Flugreisen per se nicht ungewöhnlich. Die Ungewöhnlichkeit ergebe sich im vorliegenden Fall aus der Höhe der Gebühr für eine Nebenleistung, mit der der Kunde insbesondere deshalb nicht zu rechnen brauche, weil es sich beim Check-in-Vorgang um eine einfache und in kürzester Zeit zu erledigende Dateneingabe handle, die der Kunde - worauf die Beklagte selbst hinweise - ohne besondere intellektuelle Anforderungen und Fähigkeiten auch selbst vornehmen könne (und sogar sollte), sodass die Verrechnung eines Entgelts, **das die von Billigfluglinien vielfach angebotenen Beförderungsentgelte deutlich übersteige** (in der Berufung als dislozierte Feststellung angefochten), jedenfalls überraschend sei. Zwar lasse sich die Höhe des Entgelts vor und während des Buchungsvorgangs in den AGB leicht auffinden; der durchschnittliche Kunde, der während des Buchungsvorgangs nicht explizit auf die Höhe des Entgelts hingewiesen werde, werde aber (selbst wenn er wahrnehme, dass ein Check-in am Flughafen grundsätzlich kostenpflichtig sei) das Entgelt dafür nicht während des Buchungsvorgangs abfragen - wohl auch deshalb, weil er bei der Buchung oft noch gar nicht wisse, auf welche Weise er einchecken werde. Überdies rechne ein Kunde nicht mit einem derart hohen Entgelt für diese einfachste Tätigkeit. Er werde lediglich bereit sein, ein geringfügiges, dem Aufwand angemessenes Entgelt in Kauf zu nehmen.

Dabei spiele auch eine Rolle, dass es sich beim

Check-in um keine fakultative Zusatzleistung, wie etwa eine Bordverpflegung, handle, die den Beförderungsvorgang selbst nicht tangiere, sondern um eine Leistung, die für den Antritt der Flugreise unumgänglich sei. Versäume also ein Kunde das Zeitfenster für den Online-Check-in oder mangle es ihm während dieses Zeitfensters an den technischen Voraussetzungen dafür, sei er gezwungen, den Flughafen-Check-in in Anspruch zu nehmen, wenn er in den Genuss der Hauptleistung kommen wolle. Damit liege eine Überrumpelung vor.

Da die genannte Klausel daher schon aufgrund des Verstoßes gegen § 864a ABGB unwirksam sei, müssten andere Anspruchsgrundlagen nicht mehr geprüft werden.

2.5. Das Berufungsgericht hat dazu erwogen:

Objektiv ungewöhnlich nach § 864a ABGB 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 ein „Überrumpelungseffekt“ innewohnen. Die Ungewöhnlichkeit ist objektiv zu verstehen. Die Subsumtion hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren (jüngst 7 Ob 242/18s mwN).

Das Erstgericht hat diese Grundsätze auf die hier zu beurteilende Klausel richtig angewendet, auf seine überzeugende rechtliche Beurteilung kann verwiesen werden (§ 500a ZPO).

In Erwidierung der Berufung ist zu ergänzen:

2.6. zur Beweisrüge:

Die Berufung bekämpft als dislozierte Feststellung die in der rechtlichen Beurteilung des Erstgericht enthaltene Ausführung: „[...] das die von Billigfluglinien vielfach angebotenen Beförderungsentgelte deutlich über-

steige.“

Die Beklagte wünscht stattdessen die Ersatzfeststellung: „Es kann nicht festgestellt werden, dass das Entgelt für den Check-in am Flughafen die von Billigfluglinien vielfach angebotenen Beförderungsentgelte deutlich übersteigt.“

Sie führt dazu ins Treffen, dass (insbesondere durch die Beklagte selbst) Flugpreise angeboten werden, die bei weitem höher seien. Beweisergebnisse zu anderen von Billigfluglinien angebotenen Flugpreisen gebe es nicht.

Dass die Beklagte selbst und auch andere Fluglinien teilweise weit höhere Flugpreise als EUR 55,-- anbieten, spricht nicht gegen die vom Erstgericht (disloziert) getroffene Feststellung, dass dieses Entgelt die von Billigfluglinien vielfach angebotenen Beförderungsentgelte deutlich übersteigt. Es ergibt sich daher daraus auch nicht die von der Beklagten gewünschte Negativfeststellung.

Dass grundsätzlich auch Flugpreise unter EUR 55,-- angeboten werden, bezweifelt die Beklagte selbst nicht, wendet sie sich doch im erstinstanzlichen Verfahren nicht gegen das Preisbeispiel des Klägers aus seiner Testbuchung bei der Beklagten (vgl. ON 8 Seite 4, Wien-Rom EUR 47,01).

Das Berufungsgericht hat daher keine Bedenken gegen die vom Erstgericht im Rahmen der rechtlichen Beurteilung getroffene Feststellung.

2.7.1. Wenn die Berufung argumentiert, die Gebühr für den Check-in am Flughafen sei leicht auffindbar, ist ihr die unbekämpfte Feststellung des Erstgerichts entgegenzuhalten, wonach die Höhe des Tarifs für den Flughafen-Check-in während des gesamten Buchungsvorganges nicht

automatisch angezeigt wird und der Kunde daher durch aktives Anklicken der Tariffinformation die Höhe der Gebühr selbständig erfragen muss.

Daran vermag es auch nichts zu ändern, dass es weitere als die vom Erstgericht festgestellten Links und Verknüpfungen gibt, um die Gebühr zu erfahren. In deren Nicht-Aufzählung liegt deshalb keine sekundäre Mangelhaftigkeit.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Kunde mit einer solch hohen Gebühr auch deshalb nicht rechnen muss, weil zahlreiche Fluglinien dafür auch bei günstigen oder bei Angebotstarifen nichts zusätzlich verrechnen.

Das wurde vom Kläger in erster Instanz vorgebracht und ergibt sich aus dem unbedenklichen Inhalt der Urkunden ./G - ./M (für Austrian Airlines, Lufthansa und British Airways), deren Echtheit unbestritten blieb. Auch der Umstand an sich wurde von der Beklagten nicht bestritten. Das Berufungsgericht kann daher den Inhalt dieser Urkunden berücksichtigen (RIS-Justiz RS0121557).

Selbst wenn ein Kunde im Rahmen des Buchungsvorganges auf die sich aus dem Vergleich der unterschiedlichen Tarife ergebende Pflicht, für einen Check-in am Flughafen zahlen zu müssen, aufmerksam wird, so braucht er nicht mit einer Gebühr von EUR 55,-- zu rechnen. Insoweit ist auf die zutreffende Rechtsansicht des Erstgerichts zu verweisen, wonach dieser Preis ungewöhnlich hoch ist (auch im Vergleich mit günstigen Flugpreisen).

2.7.2. Die Ausführungen unter dem Punkt „Online-Check-in“ nennen die Höhe der Gebühr nicht:

Wenn sie keinen Sitzplatz erwerben möchten, können Sie 48 Stunden vor jedem Abflug einchecken und erhalten

*(kostenlos) nach dem Zufallsprinzip einen Sitzplatz zuge-
teilt. Denken Sie bitte daran, dass Sie sowohl für den
Hin-, als auch für den Rückflug 48 Stunden vor Abflug
einchecken müssen, um in den Genuss eines kostenlosen,
per Zufallsprinzip zugewiesenen Sitzplatzes zu kommen.*

*Sie haben immer die Möglichkeit, einen Sitzplatz zu
erwerben, um außerhalb dieses 48-Stunden-Zeitfensters
einchecken zu können. Sie können bis zu 2 Stunden vor der
geplanten Abflugszeit online einchecken. Flexi Plus Kun-
den können am Flughafen kostenlos einchecken. Weitere In-
formationen zu den Check-In Fristen finden Sie in unseren
Allgemeinen Geschäftsbedingungen.*

Insgesamt tragen diese als „wichtige Informationen
zum Check-in“ bezeichneten Ausführungen durch ihre mehr-
fache Bezugnahme auf Sitzplatzreservierungen eher zur
Verwirrung bei; eine Klarstellung bezüglich der Gebühr
für den Check-in am Flughafen enthalten sie nicht.

Auch der weitere Hinweis auf die Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen für „Weitere Informationen zu den
Check-In Fristen“ enthält keinen Hinweis auf weitere Ge-
bühren für den Check-in.

2.7.3. Die Argumentation der Beklagten in der Beru-
fung, es sei dem Durchschnittsverbraucher geläufig, dass
gerade Billigfluglinien Leistungen aus günstigen Tarifen
ausnehmen und dafür gesonderte Entgelte verlangen, vermag
nicht zu überzeugen. Das ist dem Durchschnittsverbraucher
sicher geläufig, soweit es zusätzliches Gepäck, Verpfle-
gung oder besonders bequeme Sitze und Ähnliches betrifft.
Für den Eincheck-Vorgang - ohne dessen Vornahme der Flug
nicht angetreten werden kann - gilt das aber nicht.

Auch der Hinweis auf die Möglichkeit, kostenlos on-
line einzuchecken, ändert daran nichts, weil diese Mög-

lichkeit technischen Grenzen unterliegt. Auch der von der Beklagten gezogene Schluss, der Kunde, der online buche, könne immer auch online einchecken, versagt jedenfalls dann, wenn der Kunde an seiner Reisedestination über keinen ausreichenden Internetzugang verfügt.

Dass auch ein technischer Fehler bei der Beklagten selbst einen Online-Check-in unmöglich machen könnte und dafür die Tarif-Regelungen nach dem bisherigen Vorbringen der Beklagten nicht Vorsorge treffen, sei in diesem Zusammenhang nur ergänzend erwähnt.

2.7.4. Dass der Online-Check-in als solcher kostenlos ist, ist unstrittig und bedarf deshalb keiner Feststellung. Dieser Umstand vermag nach dem Ausgeführten nichts am rechtlichen Ergebnis zu ändern, weshalb auch deshalb in diesem Zusammenhang keine sekundäre Mangelhaftigkeit vorliegt.

2.7.5. Das Argument der Beklagten, die Höhe des Entgelts könne kein entscheidender Faktor für die Beurteilung der Klausel als überraschend im Sinne des § 864a ABGB sein, überzeugt nicht. Auch wenn sich dafür nicht verbindlich pro futuro eine Betragsgrenze ermitteln lässt, ab derer diese Bestimmung greifen würde, führt das nicht dazu, dass die hier getroffene Entscheidung mit einer Unklarheit behaftet ist. Ob eine bestimmte Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ungewöhnlich und überraschend gemäß § 864a ABGB ist, ist immer für den jeweiligen konkreten Fall zu beantworten. Die von der Beklagten aufgeworfene Frage eines allgemeingültigen Grenzbetrags stellt sich nicht.

2.7.6. Die Feststellung, dass ryanair ebenfalls Gebühren für den Check-in am Flughafen verlangt, vermag bereits deshalb nichts an der rechtlichen Beurteilung zu

ändern, weil deren Höhe auch aus den Ausführungen der Beklagten zur diesbezüglich geltend gemachten sekundären Mangelhaftigkeit nicht hervorgeht.

2.8.1. Den Ausführungen der Beklagten in der Berufung, wonach Artikel 22 und Artikel 23 der Verordnung (EG) 1008/2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft gegenüber § 864a ABGB vorrangig seien, ist entgegen zu halten, dass der EuGH in der von der Beklagten zitierten Entscheidung C-487/12 „Vueling“ die Frage behandelte, ob für aufgegebenes Gepäck Zusatzgebühren verrechnet werden dürfen (bzw. ob die für die Beförderung des aufgegebenen Gepäcks zu zahlenden Gebühren fakultative Zusatzkosten sind). Dies bejahte der EuGH mit dem Argument, dass ein solcher Dienst nicht als obligatorisch oder unerlässlich für die Beförderung der Fluggäste anzusehen ist (Rz 39).

In weiterer Folge stellte der EuGH jedoch klar, dass dies nicht für nicht aufgegebenes Gepäck, also für Handgepäck, gelte, das „grundsätzlich als unverzichtbarer Bestandteil der Beförderung von Fluggästen anzusehen ist, sodass für seine Beförderung kein Zuschlag verlangt werden darf, sofern sein Gewicht und seine Abmessungen vernünftigen Anforderungen entsprechen und die einschlägigen Sicherheitsbestimmungen erfüllen“ (Rz 40).

Daraus lässt sich ableiten, dass für jene Dienste, die als unverzichtbarer Bestandteil für die Beförderung von Fluggästen anzusehen sind, nicht beliebig Preise festgesetzt werden dürfen, sodass eine Überprüfung einer solchen Preisfestsetzung gemäß § 864a ABGB den Kriterien dieser Verordnung nicht zuwiderlaufen kann.

2.8.2. Unabhängig davon würde der Beklagten eine Berufung auf die erwähnte Verordnung nicht weiterhelfen:

Art 23 Abs 1 der VO (EG) 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft lautet:

Die der Öffentlichkeit zugänglichen Flugpreise und Luftfrachtraten, die in jedweder Form – auch im Internet – für Flugdienste von einem Flughafen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, auf das der Vertrag Anwendung findet, angeboten oder veröffentlicht werden, schließen die anwendbaren Tarifbedingungen ein. Der zu zahlende Endpreis ist stets auszuweisen und muss den anwendbaren Flugpreis beziehungsweise die anwendbare Luftfrachtrate sowie alle anwendbaren Steuern und Gebühren, Zuschläge und Entgelte, die unvermeidbar und zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vorhersehbar sind, einschließen. Neben dem Endpreis ist mindestens Folgendes auszuweisen:

- a) der Flugpreis bzw. die Luftfrachtrate,*
- b) die Steuern,*
- c) die Flughafengebühren und*
- d) die sonstigen Gebühren, Zuschläge und Entgelte, wie etwa diejenigen, die mit der Sicherheit oder dem Kraftstoff in Zusammenhang stehen,*

soweit die unter den Buchstaben b, c und d genannten Posten dem Flugpreis bzw. der Luftfrachtrate hinzugerechnet wurden. Fakultative Zusatzkosten werden auf klare, transparente und eindeutige Art und Weise am Beginn jedes Buchungsvorgangs mitgeteilt; die Annahme der fakultativen Zusatzkosten durch den Kunden erfolgt auf „Opt-in“-Basis.

2.8.2.1. Nach der Entscheidung des EuGH zu C-487/12 wird zwischen fakultativen Zusatzkosten im Sinne von Art 23 Abs 1 der VO (EG) Nr 1008/2008 und den unverzichtbaren Bestandteilen der Beförderung von Fluggästen unterschied-

den. Für Letztere dürfen keine Zuschläge verlangt werden.

2.8.2.2. In C-573/13, Air Berlin, stellte der EuGH klar, dass der Ausdruck „am Beginn jedes Buchungsvorgangs“ in Art 23 Abs 1 Satz 4 VO (EG) Nr 1008/2008 impliziert, dass die fakultativen Zusatzkosten am Beginn des eigentlichen Buchungsvorgangs anzuzeigen sind, damit der Kunde entscheiden kann, ob er die betreffende Zusatzleistung tatsächlich in Anspruch nehmen möchte.

2.8.2.3. Versteht man den Check-in als unerlässlich für die Inanspruchnahme der Flugleistung, resultiert daraus die Pflicht, eine dafür anfallende Gebühr auszuweisen.

Betrachtet man hingegen den Flughafen-Check-in gesondert und aufgrund der Möglichkeit zum Online-Check-in als fakultative Leistung, müssten die Kosten dafür am Beginn des Buchungsvorganges angezeigt werden, um das „opt-in“ zu ermöglichen.

Die Beklagte erfüllt derzeit beide Vorgaben nicht.

2.9.1. Nachdem die Klausel wegen des Verstoßes gegen § 864a ABGB unwirksam ist, muss auf § 879 Abs 3 ABGB nicht mehr eingegangen werden, weil die Geltungskontrolle der Inhaltskontrolle vorgeht (RIS-Justiz RS0037089).

2.9.2. Festzuhalten ist aber, dass nach dem bisher Gesagten auch eine gröbliche Benachteiligung der Kunden durch die Klausel zu bejahen wäre. Sie legt - entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht die Hauptleistungspflicht fest. Dazu ist auf die Grundsätze der ständigen Rechtsprechung zur restriktiven Annahme des Vorliegens von Hauptleistungspflichten im Zusammenhang mit Klauselprüfungen zu verweisen: Die Ausnahme von der in § 879 Abs 3 ABGB verankerten Inhaltskontrolle - die Festlegung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten - ist möglichst

eng zu verstehen und soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben, sodass auch die im dispositiven Recht geregelten Fragen bei der Hauptleistung, also vor allem Ort und Zeit der Vertragserfüllung, nicht unter diese Ausnahme fallen (RIS-Justiz RS0016908; vgl RS0016931). Nur Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen, sollen der Inhaltskontrolle entzogen sein, nicht jedoch Klauseln, die das eigentliche Leistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen (RIS-Justiz RS0016908 [T5, T8]; RS0016931 [T2]).

2.10. Das Unterlassungsgebot ist entgegen der in der Berufung vertretenen Ansicht auch nicht zu weit gefasst. Ein Hinweis darauf, dass bei Einhaltung bestimmter - hier gar nicht Thema gewordener - gesetzlicher Vorschriften die Klausel wirksam sei, ist nicht erforderlich.

3. zur Leistungsfrist:

3.1. Der Kläger beantragte den Zuspruch ohne Setzen einer Leistungsfrist.

3.2. Die Beklagte beantragte eine Leistungsfrist von drei Monaten.

3.3. Das Erstgericht setzte keine Leistungsfrist fest.

3.4. Die Berufung moniert die fehlende Leistungsfrist. Das Umgestalten ihrer Website und des Buchungsvorganges würde eine Frist von drei Monaten rechtfertigen.

3.5.1. § 409 ZPO verpflichtet den Richter, eine Leistungsfrist zu bestimmen, ohne dass es auf einen Antrag ankommt. Enthält das Klagebegehren keine Leistungsfrist, so hat das Gericht sie von Amts wegen festzusetzen (4 Ob 58/18k).

Nach § 409 Abs 2 ZPO kann der Richter auch bei Unterlassungsklagen eine angemessene Leistungsfrist festlegen, wenn die Unterlassungspflicht die Pflicht zur Änderung eines Zustands einschließt. Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Verpflichtung des beklagten Verwenders, seine AGB zu ändern, keine reine Unterlassung, sodass das Gericht gemäß § 409 Abs 2 ZPO eine angemessene Leistungsfrist zu setzen hat. Für die Änderung des Buchungsvorganges auf ihrer Website ist der Beklagten die von ihr beantragte Leistungsfrist von drei Monaten als dem voraussichtlichen Aufwand angemessen zuzugestehen.

3.5.2. Fraglich ist, ob der Beklagten diese Frist auch für das bloße „Sich-nicht-Berufen“ zukommen muss.

Das wird in der jüngeren höchstgerichtlichen Rechtsprechung dahingehend beantwortet, dass diese Frage - je nach den Erfordernissen im Einzelfall - nicht allgemeingültig zu beantworten ist. Einerseits widerspräche es dem Zweck der Verbandsklage und den Absichten des Gesetzgebers, wenn der Unternehmer sich vorerst nach wie vor auf die als gesetzwidrig erkannten Klauseln berufen dürfte, weshalb grundsätzlich keine Leistungsfrist zu setzen ist. Es kann Klauselwerke geben, die ein sofortiges Abstandsnehmen von einem Sich-darauf-Berufen erlauben und zur Umsetzung dieses Unterlassungsgebots keine weiteren aktiven Vorkehrungen erfordern. Angesichts des weiten Verständnisses des Sich-Berufens auf eine Klausel - so wenn sie etwa Inhalt oder Kalkulationsgrundlage einer Mitteilung an den Verbraucher ist - kann es aber ebenso Klauselwerke geben, die sehr wohl bestimmter betrieblicher und/oder organisatorischer Maßnahmen bedürfen, um zu verhindern, dass sie weiter der Gestion von Altverträgen zugrunde gelegt werden (vgl RIS-Justiz RS0041265).

Hier hat die Beklagte weder Umstände vorgebracht noch sind solche ersichtlich, die für das sofortige Nicht-Berufen größere organisatorische Maßnahmen erfordern würden. Der Aufwand erschöpft sich darin, eine Gebühr nicht in Rechnung zu stellen.

Der Unternehmer soll seine Rechtsposition aus den rechtswidrigen Klauseln keinesfalls ohne Notwendigkeit aufrechterhalten können (RIS-Justiz RS0041265 [T13]).

Es war daher in teilweiser Stattgebung der Berufung eine dreimonatige Leistungsfrist ausschließlich für das Verbot der Verwendung der Klausel b festzusetzen.

Die andere Klausel wurde nach dem Vorbringen der Beklagten bereits geändert; für die bloße Änderung der Gerichtsstandsvereinbarung ist überdies kein gesonderter Aufwand erforderlich.

IV. Zur erstinstanzlichen Kostenentscheidung:

Aufgrund der Abänderung der angefochtenen Entscheidung war auch die erstinstanzliche Kostenentscheidung neu zu fassen. Sie gründet auf § 41 ZPO. Einwendungen gemäß § 54 Abs 1a ZPO wurden nicht erhoben, sodass das Kostenverzeichnis des Klägers der Entscheidung zugrundezulegen war. Eine aufzugreifende offenkundige, von der Beklagten nicht kritisierte Unrichtigkeit liegt nicht vor.

Die Änderung der Leistungsfrist ist nicht kostenwirksam (4 Ob 58/18k mwN), weshalb der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren als zur Gänze obsiegend anzusehen ist.

V. Die Kostenentscheidung im Berufungsverfahren gründet auf §§ 41, 50 ZPO; auch hier war die teilweise Stattgebung der Berufung der Beklagten zur Leistungsfrist außer Betracht zu lassen. Der Kläger hat den Berufungstreitwert richtigerweise mit einem Viertel des Gesamt-

streitwerts (die Hälfte einer von insgesamt zwei bekämpften Klauseln) berechnet.

VI. Zum Bewertungsausspruch/Revisionszulässigkeit:

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO orientiert sich an der Bewertung der Parteien.

Es liegt eine wesentliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO vor, weil es sich zumindest teilweise um vom Obersten Gerichtshof bisher noch nicht beurteilte Klauseln einer Branche handelt, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind (vgl RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 129, am 28. Mai 2019

Mag. Fritz Iby
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG