



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

1 R 96/12p

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Jesionek als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichts Dr. Rassi und Mag. Bartholner in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, Linke Wienzeile 18, 1060 Wien, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, gegen die beklagte Partei **Deutsche Lufthansa AG**, Von-Gablenz-Straße 2-6, D-50679 Köln, vertreten durch Siemer-Siegl-Füreder & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 36.000,-- sA), über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 27.02.2012, GZ 39 Cg 29/11z-11 (Berufungsinteresse EUR 36.000,--), in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

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

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

Die ordentliche Revision ist **zulässig**.

Entscheidungsgründe :

Der Kläger ist ein Verein iSd § 29 Abs 1 KSchG.

Die Beklagte ist eine im Handelsregister beim Amtsgericht Köln zu HRB 2168 protokollierte Aktiengesellschaft. Sie betreibt eine Fluglinie und bietet ihre Leistungen auch in Österreich an. Sie unterhält am Flughafen Wien ein eigenes Büro und stellt von Österreich aus kostenlos erreichbare Informationstelefonnummern zum Vertrieb ihrer Leistungen zur Verfügung.

Im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern legt sie sämtlichen Verträgen ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zugrunde. Diese enthalten ua folgende Klauseln, wobei die hier zu prüfenden Klauseln unterstrichen sind:

„Artikel 1: Begriffsbestimmungen

...

Flugpreis

ist das für die Fluggastbeförderung auf einer bestimmten Strecke zu entrichtende, falls vorgeschrieben, von den zuständigen Luftverkehrsbehörden genehmigte oder diesen zur Kenntnis gegebene Entgelt.

...

Artikel 3: Flugscheine

...

Verlängerung der Gültigkeit

3.2.3. Sind Sie nach Antritt Ihrer Reise wegen Krankheit nicht in der Lage, die Reise innerhalb der Gültigkeitsdauer Ihres Flugscheins fortzusetzen, so können wir die Gültigkeitsdauer des Flugscheins verlängern, bis Ihnen aus gesundheitlichen Gründen die Fortsetzung der Reise möglich ist. Die Verlängerung erfolgt bis zu dem Tage, an dem Sie gemäß eines ärztlichen Zeugnisses reisefähig sind, oder an dem wir nach Feststellung der Reisefähigkeit den nächsten Flug auf dieser Strecke in der gebuchten Beförderungsklasse anbieten können. Die Krankheit muss durch ärztliches Attest nachgewiesen werden.

...

Reihenfolge der Benutzung der Flugcoupons

3.3.

3.3.1. Sofern Sie sich für einen Tarif entschieden haben, der die Einhaltung einer festen Flugscheinreihenfolge vorsieht, beachten Sie bitte:

Wird die Beförderung auf einer vorangehenden Teilstrecke nicht oder nicht in der im Flugschein vorhergesehenen Reihenfolge angetreten, so wird derjenige Flugpreis berechnet, der zum Zeitpunkt der Buchung für Ihre abweichende, tatsächliche Streckenführung maßgeblich gewesen wäre. Sofern dieser Flugpreis höher ist, als für die im Flugschein angegebene Strecke, können wir die weitere Beförderung davon abhängig machen, dass Sie den anfallenden Aufpreis nachentrichten.

Umschreibung auf Wunsch des Fluggastes

...

3.3.3.1. Insbesondere sind wir im Falle der Nichtinanspruchnahme des im Flugschein eingetragenen Rückfluges berechtigt, Ihnen, vorbehaltlich Nichteingreifens von Art 3.2.3., den für einen One-Way-

Flug zugrunde liegenden Flugpreis zum Zeitpunkt der ursprünglichen Buchung in Rechnung zu stellen. Dieser kann höher sein als der ursprünglich bezahlte Flugpreis.

...

**Artikel 7: Beschränkung und Ablehnung der Beförderung
Beförderungsverweigerungsrecht**

7.1. Wir können Ihre Beförderung oder Weiterbeförderung verweigern, wenn wir Sie im Rahmen unseres pflichtgemäßen Ermessens vor der Buchung schriftlich davon in Kenntnis gesetzt haben, dass wir Sie vom Zeitpunkt der schriftlichen Benachrichtigung an nicht mehr auf unseren Flügen befördern werden. Dies kann der Fall sein, wenn Sie auf einem früheren Flug gegen die in den Artikeln 7 und 11 genannten Verhaltensregeln verstoßen haben und Ihre Beförderung deshalb unzumutbar ist. Wir dürfen ferner Ihre Beförderung oder Weiterbeförderung verweigern oder Ihre Platzbuchung streichen, wenn ...

7.1.9. Sie die Zahlung des anfallenden Aufpreises nach 3.3.1. verweigern oder einen Flugschein vorlegen, der durch andere als uns oder zur Flugscheinausstellung berechtigtes Reisebüro ausgestellt wurde oder nicht unerheblich beschädigt ist, ..."

Die Beklagte bietet ihre Flugtickets auch über ihre Website www.lufthansa.com an. Der Kunde kann zwischen verschiedenen Möglichkeiten wählen und etwa einen Hin- und Rückflug im Paket oder einen Flug für eine bestimmte Richtung buchen. Dabei kann er die unterschiedlichen Preise vergleichen.

Entscheidet sich der Kunde etwa für einen kombinierten Hin- und Rückflug, wird unterhalb der Preisberechnung folgender Hinweis eingeblendet: „Dieser Flugpreis ist nur gültig, wenn die Flüge in gebuchter Reihenfolge absolviert werden. Andernfalls erfolgt eine Neukalkulation des Flugpreises auf Basis des tatsächlichen Reisewegs.“

In Österreich hebt die Beklagte ein Bearbeitungsentgelt von EUR 35,-- für die Erstattung von Steuern und Gebühren von Tickets mit einem nicht erstattbaren Tarifwert bis zu EUR 250,-- ein, was auf ihrer Website ersichtlich ist. Die zu erstattenden Steuern und Gebühren werden beim Kauf des Flugtickets (vor ihrer Fälligkeit) eingehoben.

Der Kläger begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern mit Wohnsitz in Österreich in AGB, die sie den von ihr

geschlossenen Verträgen zugrunde lege und/oder in dabei verwendeten Vertragsformblättern, die Verwendung der oben wiedergegebenen (unterstrichenen) Klauseln sowie jener über das Bearbeitungsentgelt von EUR 35,-- für Erstattungen in Österreich oder sinngleicher Klauseln bzw die Berufung darauf zu unterlassen. Weiters stellt er ein Urteilsveröffentlichungsbegehren.

Die Beklagte verwende die beanstandeten Klauseln im Verkehr mit Verbrauchern in AGB bzw in Vertragsformblättern, womit sie gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstoße (§ 28 KSchG).

Die Klauseln zu 3.3.1. und 3.3.3.1. seien gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil die Höhe der geforderten Aufzahlung bei der Buchung nicht oder nicht leicht feststellbar sei. Auch bei Inanspruchnahme nur einer Teilstrecke der gebuchten Flugroute wegen Krankheit oder höherer Gewalt sei der Reisende zur Erbringung der Aufzahlung verpflichtet, um den Flug in Anspruch nehmen zu können.

Die Beklagte habe kein sachlich gerechtfertigtes Interesse daran, dass die von ihr angebotenen und gebuchten Flüge auch tatsächlich konsumiert werden, weil ihr dadurch kein „Schaden“ entstehe. Sie ziehe daraus vielmehr einen Nutzen und zwar wegen der aufgrund geringeren Gewichts des Flugzeugs bewirkten Treibstoffersparnis, des Vorteils für die übrigen Passagiere, denen ein größerer Freiraum verbleibe, der Beschleunigung des Check in-Vorgangs und geringerer Inanspruchnahme des Bordservices.

Es liege auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG vor. Für den Verbraucher bleibe bei Vertragsabschluss nämlich völlig unklar, mit welchen weiteren Kosten er bei Nichtinanspruchnahme eines

(Teil-)Flugs belastet werde.

Die Klauseln seien auch überraschend iSd § 864a ABGB, weil ein Verbraucher nicht damit zu rechnen brauche, dass sich in den allgemeinen Beförderungsbedingungen Bestimmungen fänden, wonach er einen bereits voll bezahlten Teilflug ohne Aufpreis nicht mehr konsumieren könne.

Daneben liege auch ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 1 KSchG vor, weil die Entgeltänderung weder klar nachvollziehbar noch sachlich gerechtfertigt sei oder eine Entgeltsenkung vorsehe und der Beklagten damit (iVm Punkt 7.1.9.) das Recht eingeräumt werde, ohne sachliche Rechtfertigung von einem Teil des Vertrags zurückzutreten, ohne dass dies einzeln ausgehandelt worden sei.

Die für den Zusatzaufwand bei der Rückerstattung von Steuern und Gebühren an den Verbraucher verrechnete Bearbeitungsgebühr von EUR 35,-- sei ebenfalls gröblich benachteiligend iSd 879 Abs 3 ABGB. Die Beklagte hebe die zu erstattenden Steuern und Gebühren bereits mit dem Ticketkauf ein, obwohl die Gebühren erst mit der tatsächlichen Inanspruchnahme des Flugs fällig würden. Der Zusatzaufwand entstehe somit allein dadurch, dass die Beklagte entgegen § 1170 ABGB, wonach das Entgelt nach vollendetem Werk zu entrichten ist, die Steuern und Gebühren im Voraus verrechne. Dies sei zwar zulässig, dürfe jedoch nicht dazu führen, dass dem Verbraucher die aus der Rückabwicklung resultierenden Kosten aufgebürdet werden. Auch diese Klausel sei intransparent, weil für den Verbraucher nicht ersichtlich sei, ob die Gebühr pro Buchung oder pro Person anfalle.

Zum Veröffentlichungsbegehren brachte der Kläger vor, es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verkehrskreise an der Aufklärung

des gesetzwidrigen Verhaltens der Beklagten. Dabei sei eine bundesweite Veröffentlichung in einer Samstagausgabe der „Kronen Zeitung“ nötig, auch um ein Umsichgreifen des gerügten Verhaltens zu verhindern.

Die Beklagte wandte ein, sie habe ihre Beförderungsbedingungen durch die beanstandeten Klauseln an die neuen Vorgaben zum Verbraucherschutz angepasst, wobei sie sich primär auf zwei Entscheidungen des BGH (Xa ZR 5/09 und Xa ZR 101/09) stützte. Demnach sei eine Bindung an die Reihenfolge der Flugcoupons zulässig, wenn als Aufpreis nur die Differenz zu einer Buchung der konsumierten Teilleistung zum Zeitpunkt der Buchung verlangt werde. Vom Verbraucher unverschuldete Vorfälle wie Krankheit oder Flugausfälle hätten mit den beanstandeten Klauseln nichts zu tun. Für die Fälle der Krankheit verwies sie auf die gesonderte Regelung in Punkt 3.2.3., woraus sich ergebe, dass diese Hinderungsgründe nicht von den beanstandenden Klausel erfasst seien.

Die Beklagte habe ein Interesse an einer autonomen Preisgestaltung, weil verschiedene Konsumenten ein und derselben Leistung nach ihren individuellen Bedürfnissen einen unterschiedlichen wirtschaftlichen Wert beimessen. So sei etwa ein Geschäftsreisender eher bereit, für einen Flug einen höheren Preis zu bezahlen als ein Tourist, der typischerweise eine längere Verweildauer am Zielort einplane und damit in seiner Terminplanung flexibler sei. Würde sich die Fluggesellschaft in ihrer Preisgestaltung nur am Geschäftsreisenden orientieren, bliebe der Sitz des Touristen jeweils leer. Durch die gewählte Preisgestaltung solle eine ideale Auslastung des Flugs bewirkt werden.

Die Beklagte führte weitere Beispiele an, insb jenes

des „Cross-Boarder-Sellings“ (auch „Hidden City Ticketing“), bei dem der Abflugort zB in Kairo sei, eine Zwischenlandung in Frankfurt erfolge und das Ziel in São Paulo liege. Bei diesen Flügen müsse zur Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen wegen der Zwischenlandung in Frankfurt ein geringerer Preis angeboten werden als bei Direktflügen (etwa eines Konkurrenzunternehmens). Deutsche Kunden könnten „unberechtigt“ in den Genuss des günstigeren, ägyptischen Marktes kommen, wenn sie den Flug Kairo - São Paulo buchen, tatsächlich aber erst in Frankfurt zusteigen und den Zubringerflug von Kairo verfallen lassen.

Es müsse auch das sogenannte „Cross-Ticketing“ verhindert werden, wonach jeweils zwei Hin- und Rückflüge gebucht würden, um aus Gründen der Ersparnis davon nur den Hinflug aus einem und den Rückflug aus dem anderen Vertrag in Anspruch zu nehmen. Die Beklagte habe daher ein sachlich gerechtfertigtes und von der Rechtsprechung anerkanntes Interesse an einer am Markt orientierten Preisgestaltung, sodass die Klauseln keineswegs gröblich benachteiligend seien.

Es sei auch möglich, dass der Verbraucher nach der Änderung günstiger fliege als zuvor, weil der neue Flugpreis rückwirkend zum Zeitpunkt der Buchung berechnet werde. Dem Verbraucher sei es zumutbar, sich über Alternativpreise im Zeitpunkt der Buchung zu informieren. Für die Beklagte sei es hingegen unmöglich, den erst bei einseitiger Vertragsänderung durch den Verbraucher neu zu berechnenden Preis vorab ziffernmäßig bekannt zu geben.

Die Klauseln seien transparent, weil der Verbraucher den neuen Preis einerseits online oder durch Anfragen bei der Beklagten oder bei einem Reisebüro überprüfen könne,

andererseits Art und Weise der Berechnung bereits in den Klauseln beschrieben seien.

Die Klauseln seien auch nicht überraschend iSd § 864a ABGB, weil bei jedem Buchungsvorgang auf die AGB der Beklagten verwiesen werde, und sie eine im Luftfahrtverkehrsbetrieb standardisierte Regelung betreffen würden.

Das bei Rückerstattungen von Steuern und Gebühren anfallende Bearbeitungsentgelt von EUR 35,-- werde kostendeckend und legitim für jenen Aufwand eingehoben, der der Beklagten im Zusammenhang mit (in der Sphäre des Verbrauchers liegenden) Stornierungen entstehe. Es sei nicht unüblich, dass die Beklagte die Steuern und Gebühren vorab verrechne. Die Beklagte wandte in diesem Zusammenhang die mangelnde Aktivlegitimation des Klägers ein, weil diese Gebühr nicht in ihren AGB enthalten sei.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage zur Gänze statt, wobei es neben dem bereits eingangs wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalt folgende weitere Feststellung traf:

Durch die Änderung der im Flugschein angeführten Reihenfolge oder den Nichtantritt eines bereits gebuchten Teilflugs entstehen der Beklagten keine Mehrkosten.

In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht davon aus, dass Klauseln, die den gänzlichen Verlust der Gültigkeit des Flugscheins bei Nichtinanspruchnahme eines (Teil)Flugs bzw Nichteinhaltung der vorgegebenen Flugreihenfolge vorsehen, jedenfalls unzulässig seien. Formal würden die von der Beklagten verwendeten Klauseln zwar der vom BGH offensichtlich noch als zulässig erachteten Klausel entsprechen. Inhaltlich gingen sie jedoch über diese hinaus. Sinn und Zweck der vom BGH angeführten Klausel sei es, eine Umgehung der Tarifstruktur der

Beklagten durch den Verbraucher zu vermeiden. Aufgrund der gewählten Formulierungen könne die Beklagte jedoch bei „kundenfeindlichster“ Auslegung über den eigentlichen Zweck hinaus auch dann einen Aufpreis verlangen, wenn der Fluggast aus in der Sphäre der Beklagten liegenden Gründen oder aufgrund höherer Gewalt den (Teil)Flug nicht antritt. In den meisten Fällen werde der vom Verbraucher endgültig zu zahlende Preis deutlich höher sein als jener für die konsumierte Einzelleistung zum Buchungszeitpunkt.

Derartige nachteilige Folgen für den Verbraucher seien aber mit dem ausschließlich auf das Tarifsystem bezogenen Schutzbedürfnis der Beklagten - ohne dass sie durch das Freibleiben eines Sitzes im Flugzeug nennenswerte Nachteile erleide - nicht zu rechtfertigen und würden der Intention des BGH widersprechen, wonach bei Nichtinanspruchnahme einer Teilleistung für die verbleibende(n) Teilleistung(en) dasjenige Entgelt zu zahlen sei, das zum Zeitpunkt der Buchung für diese Teilleistung(en) verlangt wurde. Insgesamt seien die Klauseln daher ungewöhnlich und für den Verbraucher nachteilig iSd § 864a ABGB, sodass er mit ihnen nicht rechnen müsse.

Die Klauseln seien für den Verbraucher auch gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB, weil er unter Umständen - unabhängig davon, ob ihn an der Versäumnis eines Teilflugs ein Verschulden treffe oder nicht - für einen einzelnen Flug mehr zahlen müsse als für alle gebuchten Flüge zusammen, wodurch die objektive Äquivalenz zwischen den einzelnen Leistungen empfindlich gestört werde.

Gröblich benachteiligend für Kunden der Beklagten sei auch der Hinweis zum Bearbeitungsentgelt für Erstattungen in Österreich, weil die Einhebung dieser Steuern

und Gebühren vor deren Fälligkeit nur der Beklagten zugute komme, die sich dadurch einen nachträglichen Verwaltungsaufwand erspare. Da das Bearbeitungsentgelt - zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung - von Kunden offensichtlich selbst dann verlangt werde, wenn die Gebühren für einen Flug rückerstattet werden sollen, der aus in der Sphäre der Beklagten liegenden Gründen unterblieben ist, fehle dem ebenfalls eine sachliche Rechtfertigung.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten wegen unrichtiger Tatsachenfeststellung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung (bzw. „alternativ“ wegen Mangelhaftigkeit) mit dem Antrag, es sei einer Klagsabweisung abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

In ihrer Tatsachenrüge beantragt die Beklagte die „Streichung“ der Feststellung, dass ihr durch die Änderung der im Flugschein angeführten Reihenfolge oder den Nichtantritt eines bereits gebuchten Teilflugs keine Mehrkosten entstünden. Eine Ersatzfeststellung wird nicht begehrt.

Das Begehren auf Streichung der Feststellung (ist eines ersatzlosen Entfalls) ist systemwidrig. Ist nämlich das Beweisthema, zu dem eine Feststellung getroffen wurde, für die rechtliche Beurteilung relevant, würde ein ersatzloses Streichen der Feststellung zu seinem sekundären Feststellungsmangel führen. Ist das Beweisthema jedoch rechtlich nicht relevant, erübrigt sich eine Bekämpfung der Feststellung, aber auch eine Auseinander-

setzung mit einer diesbezüglichen Rüge. Ein Antrag auf „ersatzloses Streichen“ ist somit logisch falsch und stellt daher keine gesetzmäßige Ausführung des Berufungsgrunds dar (*Pochmarksi/Lichtenberg*, Die Berufung in der ZPO² 123).

Davon abgesehen konnte das Erstgericht davon ausgehen, dass der nun bekämpfte Umstand unstrittig war. Der Kläger hat ausdrücklich vorgebracht, dass die Beklagte durch einen Nichtantritt nicht nur nichts verliere, sondern sich Aufwendungen (Treibstoff, Verwaltungsaufwand, Essen etc) erspare (vgl ON 5, Seite 4). Die Beklagte brachte nur lapidar vor, es würde sich die Frage stellen, ob und inwieweit der Verbraucher bei einer Änderung der Buchung Kosten für die administrativen Vorgänge zu zahlen hätte (vgl ON 6, Seite 6), ohne konkret Mehrkosten bei einem Nichtantritt eines Flugs zu behaupten. Bloßes unsubstantiiertes Bestreiten ist dann als Geständnis anzusehen, wenn die vom Gegner aufgestellte Behauptung offenbar leicht widerlegbar wäre, dazu aber nie konkret Stellung genommen wird (vgl etwa 17 Ob 1/11p; 4 Ob 101/11y; 17 Ob 19/11k). Das klägerische Vorbringen wurde von der Beklagten aber nicht substantiiert bestritten und gilt daher als zugestanden.

Die in diesem Zusammenhang „alternativ und vorsorglich“ mit Blick auf die unterlassene Vernehmung der Zeugen Kreillechner und Wienold-Neubert erhobene Mängelrüge ist nicht berechtigt. Diese Zeugen wurden nämlich nicht zum Nachweis von (gar nicht behaupteten) Mehrkosten für eine Umbuchung beantragt, sondern sollten die „Umgehung des Tarifsystems der beklagten Partei und ihre Auswirkungen“ beweisen. Die Vernehmung der Zeugen wäre somit nicht abstrakt geeignet gewesen, die Behauptungen des Klägers

zu widerlegen.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die erstgerichtlichen Feststellungen und legt sie der rechtlichen Beurteilung zu Grunde.

In der Rechtsrüge wiederholt die Beklagte im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen und tritt den rechtlichen Schlussfolgerungen des Erstgerichts entgegen, „mag man auch von der kundenfeindlichsten Interpretation ausgehen“.

Im Rahmen einer Verbandsklage hat die Auslegung von Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590), wobei sich der Unternehmer auch nicht dadurch entlasten kann, dass er sich im einzelnen Geschäftsfall nicht auf diese Bedingungen berufe oder er sie in der Praxis anders handhabe (*Kathrein* in KBB³, § 28 KSchG Rz 3 mwN). Daher ist auch nicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingung Rücksicht zu nehmen, es hat somit keine „geltungserhaltende Reduktion“ stattzufinden (RIS-Justiz RS0038205; *Krejci* in *Rummel*³ §§ 28 - 30 KSchG Rz 5, *Apathy* in *Schwimann*³ § 30 KSchG Rz 12, je mwN).

Wer im geschäftlichen Verkehr in AGB, die er seinen Verträgen zu Grunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, kann nach § 28 Abs 1 KSchG auf Unterlassung geklagt werden.

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

Nach § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen

Inhalts in AGB oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte, es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen. Dabei ist die Ungewöhnlichkeit des Inhalts objektiv zu verstehen, wobei sich die Subsumtion an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren hat. Ein Abstellen auf die subjektive Erkennbarkeit gerade für den anderen Teil ist daher ausgeschlossen (RIS-Justiz RS0014627).

Objektiv ungewöhnlich ist eine Klausel, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Der Klausel muss ein Überraschungseffekt innewohnen (RIS-Justiz RS0014646; *Bollenberger* in KBB³ § 864a ABGB Rz 10 mwN). Erfasst werden alle dem Kunden nachteiligen Klauseln, ohne dass eine grobe Benachteiligung iSd § 879 Abs 3 ABGB erforderlich wäre (RIS-Justiz RS0123234).

Da sich die beanstandeten Klauseln zu 3.3.1. und 3.3.3.1. erkennbar nur darauf beziehen, dass der Konsument lediglich einen Teil der vereinbarten Beförderung in Anspruch nimmt, ist zunächst auf die Frage der Teilbarkeit dieser Leistung einzugehen. Die Teilbarkeit oder Unteilbarkeit einer Leistung ist nach dem Willen beider bzw nach dem dem Kontrahenten bei Vertragsabschluss bekannten oder erkennbaren Willen einer Partei zu beurteilen (RIS-Justiz RS0018438). Teilbar ist eine Leistung idS dann, wenn sie sich in Teilleistungen zerlegen lässt, die von der Gesamtleistung nur in der Größe, nicht aber

in der Beschaffenheit verschieden ist, sodass die Teilleistungen zusammen genommen den Wert der ganzen Leistung ausmachen. Unteilbar ist eine Leistung hingegen, wenn die Einzelleistung für sich alleine für den Leistungsempfänger nicht von Wert ist (RIS-Justiz RS0051685).

Wenngleich die Beklagte in rechtlicher Sicht „vom Vorliegen einer grundsätzlich unteilbaren Leistung“ ausgeht (vgl. ON 9, Seite 4) geht sie im Ergebnis selbst von einer Teilbarkeit der Leistungen aus. Dies allein schon deshalb, um die Anforderungen an die BGH-Entscheidungen zu erfüllen, wonach das Recht des Kunden, die geschuldete Beförderungsleistung nur teilweise in Anspruch zu nehmen, nicht ausgeschlossen werden dürfe. Die Beklagte spricht auch ausdrücklich von einer zulässigen Änderung der im Flugschein vorgesehenen Reihenfolge (ON 6, Seite 4) bzw. von einer teilweise Inanspruchnahme der Beförderungsleistung (ON 6, Seite 12).

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

Da die beanstandeten Klauseln zu 3.3.1. und 3.3.3.1. voraussetzen, dass der Reisende nur einen Teil der vereinbarten Leistung in Anspruch nimmt, liegt daher - bei

seinem Verzicht auf eine Teilleistung - ein (teilweiser) Gläubigerverzug vor. Mangels eines besonderen Interesses an der Erbringung dieser Teilleistung kann die Beklagte daher auch nicht auf ihre Erbringung bestehen, weil den Gläubiger grundsätzlich nur eine Obliegenheit, aber keine Verpflichtung zur Abnahme trifft (*Reischauer in Rummel*³ § 1419 ABGB Rz 3; *Heidinger in Schwimann*³ § 1419 ABGB Rz 7ff, *Koziol in KBB*³ § 1419 ABGB Rz 2, je mwN).

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Fluggast berechtigt ist, nur einen Teil der vereinbarten Beförderungsleistungen in Anspruch zu nehmen (idS bereits hg 15 R 203/11z).

Mit den beanstandeten Klauseln soll es der Beklagten ermöglicht werden, bestimmte Hin- und Rückflüge bzw bestimmte Fernflüge im Verbund mit Zubringerflügen billiger anbieten zu können, als dies bei den jeweils vom Gesamtleistungsversprechen erfassten einzelnen Flügen alleine (insb auch von Konkurrenzunternehmen) der Fall wäre (vgl BGH Xa ZR 5/09 und Xa ZR 101/09). Wie der BGH ausführlich darlegte, eröffnen solche Angebote insb die Möglichkeit, geringeren Preiserwartungen am Abflugort des Zubringerflugs gerecht werden zu können. Den Interessen der Flugunternehmen stehe jedoch das Interesse der Kunden gegenüber, bei einer nachträglichen Änderung nicht ihren gesamten Leistungsanspruch zu verlieren. Zur Vereinbarung der wechselseitigen Interessen beider Seiten genüge eine Regelung, die den Kunden gegebenenfalls zur Zahlung eines höheren Entgelts verpflichte, wenn die Beförderung auf einer vorangehenden Teilstrecke nicht angetreten werde (BGH Xa ZR 5/09 und Xa ZR 101/09).

Es kann hier aber dahinstehen, ob diese durch den BGH vorgenommene Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB auch

auf die österreichische Rechtslage übertragbar ist, weil in den zitierten Entscheidungen die Frage einer überraschenden oder mehrdeutigen Klausel (iSd mit § 864a ABGB vergleichbaren Regelung des § 305c BGB) nicht zu beurteilen war. Bei bereits festgestellter Unwirksamkeit einer Klausel bedarf es nach deutschem Recht nämlich keiner Entscheidung darüber, ob die Nichtigkeit der Vertragsbestimmung darüber hinaus auch gemäß § 305c Abs 1 BGB (überraschende Klausel) zu bejahen ist (BGH III ZR 78/10 mwN). Nach der österreichischen Rechtslage geht die Geltungskontrolle vor, sodass bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 864a ABGB keine weitere Inhaltskontrolle erforderlich ist.

Aus der Formulierung der zu 3.3.1. und 3.3.3.1. beanstandeten Klauseln, wonach lediglich eine Differenz („Aufpreis“) zwischen dem vom Kunden bereits bezahlten und dem Preis für die tatsächlich gewählte Beförderung zum Buchungszeitpunkt zu bezahlen sei, ergibt sich, dass nur Fälle erfasst sind, in denen die Preise für die einzeln verrechneten (Teil)Flüge insgesamt höher liegen als der Preis für die Gesamtstrecke. Zur Verdeutlichung sei als Beispiel ein (separater) Hinflug um EUR 400,-- und ein (ebenso separater) Rückflug um EUR 400,-- genannt, denen ein Preis für eine gemeinsame Buchung mit EUR 600,-- gegenübersteht. Nach den Klauseln müsste der Reisende in diesem Fall bei Verzicht auf einen der beiden Flüge neben den bereits bezahlten EUR 600,-- keine weitere Leistung erbringen, weil sich für die konsumierte Einzelstrecke kein „Aufpreis“ errechnet. Ein aus der Summe des Werts der Einzelleistungen (EUR 800,--) übersteigender Preis für Hin- und Rückflug kann hier (abgesehen von marktwirtschaftlichen Erwägungen) außer Betracht

bleiben, weil damit ohnedies bereits mehr als die Summe für beide Einzeltickets bezahlt worden wäre. Würde der Hin- und Rückflug bei gemeinsamer Buchung aber insgesamt nur EUR 300,-- kosten, müsste der Konsument weitere EUR 100,-- zahlen, um den Preis für die gesonderte Buchung nur eines Flugs von EUR 400,-- auszugleichen. Diese Erwägungen lassen sich problemlos auch auf die von der Beklagten genannten weitere Beispiele des „Cross-Boarder-Sellings“ übertragen (hg 15 R 203/11z).

Es mag durchaus zutreffen, dass einem durchschnittlichen Fluggast aufgrund der auch stark beworbenen Billigpreise für bestimmte Destinationen oder Flugrouten erkennbar ist, dass es sich dabei um besondere Angebote handelt, die lediglich zu bestimmten Bedingungen gewährt werden. Es ist daher grundsätzlich auch nicht als objektiv ungewöhnlich zu beurteilen, dass im Falle einer nachträglichen (einseitigen) Änderung dieser Voraussetzungen (Umbuchung) eine Aufzahlung fällig werden kann. Allerdings gilt dies keineswegs uneingeschränkt und vor allem nicht in dem Sinn, dass der Reisende auch bei einem Verzicht auf einen Teil der vereinbarten Beförderungsleistung mit einer Nachzahlung rechnen muss, obwohl er bereits für die Gesamtleistung einen durch die Beklagte nach marktwirtschaftlichen Erwägungen gestalteten Preis bezahlt hat (hg 15 R 203/11z).

Anders als bei sonstigen zeitlichen oder inhaltlichen Änderungen der ursprünglichen Vertragsleistung ist für den Verbraucher im Fall eines Verzichts auf eine Teilleistung nur erkennbar, dass die Beklagte in diesem Umfang keine Leistung erbringen muss. Der Fluggast kann lediglich bei einer (nachträglich vereinbarten) Änderung der durch die Beklagte zu erbringenden Leistung aufgrund

der damit erforderlichen Dispositionen einen entsprechenden Aufwand der Beklagten oder geänderte Voraussetzungen (zB durch einen anderen Marktpreis nach Umbuchung auf einen höher ausgelasteten Flug) erkennen. Das ist jedoch bei Verzicht auf eine Teilleitung nicht der Fall, weil die Beklagte in diesem Fall keine zusätzlichen Leistungen zu erbringen hat, sondern daraus sogar eine Reihe von Vorteilen zieht. Durch den frei bleibenden Platz im Flugzeug entsteht ihr schon deshalb kein Schaden, weil sie die vollständig bezahlte Beförderungsleistung ohnedies auch für andere Fluggäste zu erbringen hat und bei (rechtzeitiger) Bekanntgabe dieses Teilverzichts den Flug sogar noch einmal verkaufen kann.

So würde etwa auch niemand bei einem vergleichbaren Beförderungsvertrag mit einem Bahn- oder Busunternehmen annehmen, dass er ein weiteres Entgelt leisten muss, wenn er bereits einen (geringeren) Gesamtpreis für die Hin- und Retourefahrt beglichen hat und davon nur eine Fahrt antritt.

Die Klauseln zu 3.3.1. und 3.3.3.1. weichen daher bei vernünftiger Betrachtung deutlich von den Erwartungen eines durchschnittlichen Fluggasts ab, sodass die Voraussetzung des § 864a ABGB vorliegen (hg 15 R 203/11z).

Ein besonderer Hinweis iSd § 864a ABGB auf den Umstand, dass die Inanspruchnahme eines Teils einer bereits bezahlten Gesamtleistung von einem Aufpreis abhängig gemacht werden kann, auch wenn der andere Teil verfällt, geht aus den Feststellungen nicht hervor. Derartige ergibt sich auch nicht aus dem Hinweis bei der Buchung (*„Dieser Flugpreis ist nur gültig, wenn die Flüge in gebuchter Reihenfolge absolviert werden. Andernfalls erfolgt eine Neukalkulation des Flugpreises auf Basis des*

tatsächlichen Reisewegs.") Auch ein allgemein gehaltener Verweis bei der Buchung auf die AGB reicht dafür nicht aus. Entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl ON 6, Seite 14) kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, ein verständiger Verbraucher „müsste nur die Bedingungen lesen, um Klarheit (darüber) zu erlangen,“ dass bei einer bereits bezahlten Gesamtleistung trotz Verfalls eines Teils eine Nachzahlung in Betracht kommen kann.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass sich die Berufung mit der Bestimmung des § 864a ABGB in keiner Weise argumentativ auseinandersetzt, obwohl das Erstgericht der Klage hinsichtlich der Klauseln zu 3.3.1. und 3.3.3.1. in erster Linie wegen § 864a ABGB stattgegeben hat.

Die Voraussetzungen der Bestimmung des § 879 Abs 3 ABGB und der oben zitierten Bestimmungen des KSchG mussten nicht weiter geprüft werden. Es waren deshalb auch weitere Feststellungen zum Geschäftsmodell der Beklagten entbehrlich, sodass der Vorwurf des primären bzw sekundären Verfahrensmangels auf Seite 4 der Berufung ins Leere geht.

§ 879 Abs 3 ABGB kommt allerdings für das pauschal mit EUR 35,-- festgelegte Bearbeitungsentgelt zur Anwendung. Das Erstgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Hinweis auf der Website der Beklagten eine Vertragsbestimmung iSd § 879 Abs 3 ABGB ist. Während im Fall von AGB die Vertragsbedingungen einen äußerlich gesonderten Vertragsteil bilden, liegt ein Vertragsformblatt dann vor, wenn die Bedingungen in die Vertragsurkunde selbst integriert sind (14 ObA 26/87; 4 Ob 213/02f). Eine Differenzierung zwischen den Begriffen AGB und Vertragsformblatt ist entbehrlich, weil die rechtlichen Konsequenzen

der Verwendung gesetzwidriger Klauseln gleich sind. Vorformuliert sind auch Klauseln, die ein Verwender - wie hier - EDV-mäßig speichert oder immer wieder aus dem Gedächtnis reproduziert (*Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 864 a Rz 2*). Schließlich unterwirft Art 3 der Klauselrichtlinie der EG (1993/13/EWG) jede Vertragsklausel der Inhaltskontrolle, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde.

Die Inhaltskontrolle bezieht sich nur auf Nebenbestimmungen des Vertrags, wobei allerdings die Ausnahme der Hauptleistungen möglichst eng zu verstehen ist (zB 6 Ob 104/09a; 4 Ob 112/04f ua). Die Ausnahme soll auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistungen beschränkt bleiben, so dass vor allem auch die im dispositiven Recht geregelten Fragen bei der Hauptleistung nicht unter diese Ausnahme fallen (RIS-Justiz RS0016908; 6 Ob 253/07k). Da die Zahlungspflicht nicht die Hauptleistungspflicht der Beklagten (=Beförderung) betrifft, sondern einen Verwaltungsaufwand für die Erstattung des Tickets abdecken soll, handelt es sich um eine Nebenbestimmung iSd § 879 Abs 3 ABGB (vgl 4 Ob 50/00g für die Bearbeitungsgebühr bei Zahlung mit Zehlschein).

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist darauf abzustellen, ob die Vereinbarung den Kunden „gröblich benachteiligt“. Das ist hier der Fall. Im Sinne der Rsp (vgl RIS-Justiz RS0110991) erscheint es wohl zulässig, wenn sich ein Vertragspartner für den Fall der Nichtinanspruchnahme der Leistung derart absichert, dass er die Kosten für die Rückerstattung von Gebühren und Steuern, die ihm dadurch entstehen, auf den Vertragspartner überwälzt. Eine derartige Vereinbarung ist aber dann jedenfalls gröblich

benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, wenn der verrechnete Betrag die entstandenen Kosten übersteigt.

Der von der Beklagten für die Rückerstattung kalkulierte (bzw geschätzte) Zeitaufwand von 20 bis 30 Minuten scheint deutlich zu hoch gegriffen. Gerade durch den (allgemein bekannten) Einsatz der IT bei administrativen Vorgängen im Bereich der Flugbranche lässt sich ein derartiger standardisierter Vorgang in einem Bruchteil der angeführten Zeit bewerkstelligen.

Selbst wenn man für die Rückbuchung iSd Angaben der Beklagten einen Zeitaufwand von 20 bis 30 Minuten zugrunde legt, kommt man bei den behaupteten Bruttolohnkosten von EUR 4.000,-- unter Berücksichtigung des 13. und 14. Monatsgehalts und einer durchschnittlichen Gesamtjahreszeit von 1.720 Stunden (die sich unter Berücksichtigung von Urlaub, Krankheit etc aus 43 Arbeitswochen pro Jahr errechnen) anstatt der behaupteten „reinen anteiligen Gehaltskosten“ von EUR 20,-- pro Erstattung, auf EUR 10,85 (bei 20 Minuten) bis EUR 16,28 (bei 30 Minuten). Daraus ergibt sich, dass der (auch unter Berücksichtigung von Gemeinkosten) ermittelte Pauschalbetrag nicht „gerade einmal kostendeckend ist“ (vgl ON 6, Seite 18), sondern die Kosten wesentlich übersteigt.

Zudem blieb es im Verfahren unstrittig, dass die Gebühren in vielen Fällen den verrechneten Betrag nicht übersteigen (vgl ON 1, Seite 6), weshalb Kunden durch die Höhe des Pauschalbetrags davon abgeschreckt werden, von ihrem Recht auf Rückerstattung der Gebühren Gebrauch zu machen.

Aufgrund der geschilderten Umstände ist § 879 Abs 3 ABGB erfüllt, weshalb auf die anderen vom Kläger dazu

vorgebrachten Argumente nicht mehr eingegangen werden musste.

Zum Veröffentlichungsbegehren erstattete die Beklagte weder im erst- noch im zweitgerichtlichen Verfahren ein inhaltliches Vorbringen. Es fehlt jegliches konkrete Vorbringen, warum die (rechtliche) Beurteilung des Erstgerichts unzutreffend sein soll. Die Berufung ist insofern nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Der Berufung war daher nicht Folge zu geben.

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

Der Wertausspruch stützt sich auf die Bewertung durch den Kläger. Ein gesonderter Ausspruch war nicht geboten, weil das Unterlassungsbegehren zum Urteilsveröffentlichungsbegehren in einem rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang steht.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass die Auslegung von Klauseln in AGB bestimmter Geschäftsbranchen, welche regelmäßig für eine größere Anzahl von Kunden und damit Verbrauchern bestimmt und von Bedeutung sind, eine erhebliche Rechtsfrage darstellt, sofern solche Klauseln bisher vom Obersten Gerichtshof noch nicht zu beurteilen waren (RIS-Justiz RS0121516). Die ordentliche Revision ist daher zulässig, weil - soweit ersichtlich - eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu den hier zu beurteilenden Klauseln nicht vorliegt.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 1, am 29. Mai 2012

Dr. Regine Jesionek
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG