



Republik Österreich
Handelsgericht Wien

43 Cg 6/16d-6

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Mag. Christian Mosser, LL.M. in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation (VKI)**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in 1030 Wien, wider die beklagte Partei **Airberlin Holidays GmbH**, Deutschland, 76530 Baden-Baden, Augustaplatz 8, vertreten durch DDr. Wolfgang Doppelbauer, Rechtsanwalt in 4600 Wels, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 36.000,-) nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht:

1.) Die beklagte Partei ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

4. Datenverwendung und Datenschutz

airberlin holidays erhebt und verwendet Ihre Daten gemäß den datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu Bewerbung, Verkauf und Durchführung von Reisen. Nur soweit gesetzlich zulässig, werden Ihre Daten an Dritte übermittelt, z.B. Fluggesellschaft, Hotel, sonstige Auftragnehmer sowie Konsumentenauskunft, die zur Ermittlung Ihres wahrscheinlichen Zahlungsverhaltens u.a. Ihre Anschriftendaten heranzieht.

5. Soweit gesetzlich zulässig holen wir ggf. eine Bonitätsauskunft ein - in Deutschland bei Creditreform Boniversum GmbH (Hellersbergstraße 11, D-41460 Neuss) sowie SCHUFA Holding AG (Kormoranweg 5, D-65201 Wiesbaden), in Österreich bei Deltavista GmbH (Diefenbachgasse 35, A-1150 Wien). Hierzu übermitteln wir die zu einer Bonitätsprüfung benötigten personenbezogenen Daten an die oben genannten Auskunftsteile und verwenden die erhaltenen Informationen für eine abgewogene Entscheidung über die Begründung und Durchführung eines Vertragsverhältnisses. Die Bonitätsauskunft kann Wahrscheinlichkeitswerte (Score- Werte) beinhalten, die auf Basis wissenschaftlich anerkannter mathematisch-statistischer Verfahren berechnet werden und in deren Berechnung unter anderem Anschriftendaten einfließen. Ihre schutzwürdigen Belange werden gemäß den gesetzlichen Bestimmungen berücksichtigt.

6. Es gilt deutsches Recht.

7. Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten gegen airberlin holidays ist Baden-Baden.

8. Sollte eine der vorstehenden Bestimmungen unwirksam sein oder werden, so behalten die übrigen Bedingungen gleichwohl Gültigkeit. Die Wirksamkeit des Vermittlungsvertrages als solchem bleibt unberührt.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen 3 (drei) Monaten zu unterlassen. Die beklagte Partei ist weiters schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

2.) Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen

zugrundelegt, und/oder in hiebei verwendeten Vertragsformblättern die Verwendung der Klauseln:

1. Wird der Hinflug nicht wahrgenommen, zieht dies regelmäßig auch eine Stornierung des Rückfluges nach sich.
2. Gleiches gilt bei Unterlassen einer von einigen Fluggesellschaften geforderten Bestätigung des Rückfluges.
3. Die Meldung eines Gepäckschadens/-verlustes hat gegenüber dem Abfertigungsagenten des ausführenden Luftfrachtführers am Zielflughafen unmittelbar durch Aufnahme eines Schadenprotokolls (P.I.R.) zu erfolgen. Bei Gepäckschäden/-verlust ist jede Klage ausgeschlossen, wenn der Berechtigte nicht unverzüglich nach Entdeckung des Schadens, bei internationalen Reisen jedenfalls aber spätestens sieben Tage nach Erhalt des Gepäcks schriftlich Anzeige an den Luftfrachtführer erstattet. Das gleiche gilt für die verspätete Auslieferung von Gepäck mit der Maßgabe, dass diese Anzeige unverzüglich, jedenfalls aber spätestens 21 Tage nach Andienung des Gepäcks zu erstatten ist. Die Anzeige bedarf der Schriftform und muss innerhalb der vorgenannten Fristen abgesandt werden.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln zu unterlassen, sowie es weiters zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen, wird

a b g e w i e s e n .

3.) 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.

4.) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.094,09 bestimmten Prozesskosten (darin enthalten EUR 870,63 Barauslagen und EUR 203,91 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

1. Außer Streit steht:

Die Aktivlegitimation der klagenden Partei ergibt sich aus § 29 KSchG. Die Beklagte ist zu HRB 704943 im Handelsregister beim Amtsgericht Mannheim protokolliert. Sie betreibt das Reisevermittlungsgewerbe und bietet ihre Leistungen u.a. im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Sie tritt im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern im Sinne des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Die Beklagte verwendet die acht im Spruch angeführten Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern und legt sie den abgeschlossenen Verträgen zugrunde (siehe auch KB ON 3, S 2; für die einzelnen Klausel siehe ./1).

Pro Monat vermittelt die beklagte Partei in Österreich (rund) 590 Buchungen (eigenes Vorbringen siehe KB ON 3, S 6 unten).

2. Parteivorbringen:

Mit Klage vom 29.1.2016 **begehrte die klagende Partei** wie im Spruch ersichtlich. Die **beklagte Partei** bestritt und

beantragte die kostenpflichtige Klagsabweisung. Sie sei ausschließlich als Reisevermittlerin (Reisebüro) tätig.

Die klagende Partei brachte zu den einzelnen Klauseln im Wesentlichen vor (die Replik bzw Bestreitung durch die beklagte Partei wird jeweils sogleich gegenübergestellt):

Zur Anwendbarkeit österreichischen Rechts:

Die Beklagte vertreibe ihre Reisen in erster Linie über ihre Website www.airberlinholidays.com. Auf dieser Website sei neben der Sprachauswahl auch eine für Länder angegeben, unter der u.a. auch Österreich angeführt sei; weiters werde eine Hotline (mit deutscher Vorwahl) sowohl für Österreich, Deutschland und die Schweiz angegeben (siehe ./A). Gemäß § 13a Abs 2 KSchG seien daher die §§ 6 KSchG, 864a und 879 Abs 3 ABGB ohne Rücksicht darauf anzuwenden, welchem Recht die von den Beklagten mit Verbrauchern in Österreich geschlossenen Verträge sonst unterliegen. Ferner bestimme auch Art 6 Abs 2 Rom I-VO, dass eine Rechtswahl - wie sie die AGB der Beklagten vorsehen - nicht dazu führen dürfe, dass dem Verbraucher der Schutz der zwingenden Rechtsvorschriften seines Wohnsitzstaates entzogen werde. Die Klausel ziele jedoch auf die ausschließliche Anwendung deutschen Rechts ab, unabhängig davon, ob im Einzelfall günstigere österreichische Regelungen einen erhöhten Schutz vorsehen, der nach Art 6 Abs 2 Rom I nicht entzogen werden kann.

Dazu die Beklagte:

Auf der Homepage der beklagten Partei seien nicht nur wie in der Klage angeführt Deutschland, Österreich und die Schweiz, sondern auch Spanien, Italien, etc. einstellbar, weswegen sich die unternehmerische Tätigkeit der beklagten Partei auf das Ausland schlechthin beziehe. § 13a Abs 2 KSchG sei auf Vertragsverhältnisse zwischen der beklagten Partei und aus Österreich tätig werdenden Kunden nicht anwendbar, weil es an einer „in“ Österreich entfalteteten, auf die Schließung solcher

Verträge gerichteten Tätigkeit des Unternehmers oder der von ihm hierfür verwendeten Personen" mangle. In der bloßen Mitteilung einer Telefonnummer eines Mitarbeiters, der für österreichische Kunden abhebe, liege keine ausschließliche Ausrichtung auf Österreich iSd § 13a Abs 2 KSchG vor.

Die klagende Partei verkenne den Charakter dieser AGB. Es handle sich um zweigeteilte AGB, in denen eingangs klargelegt werde, dass es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen der beklagten Partei als Reisevermittlerin handle (Abschnitt I.), andererseits um die AGB des (dritten) Reiseveranstalters holidays.ch AG (Artikel II.), die nicht klagsgegenständlich seien und für die die beklagte Partei auch nicht verantwortlich sei.

Im Artikel I. der AGB werde darauf verwiesen, dass durch die Buchungsbestätigung der beklagten Partei ein Vertrag über ausgewählte Reiseleistungen zwischen einem Veranstalter bzw. Reiseleistungserbringer (im Folgenden RVA) und dem Kunden der beklagten Partei begründet werde. Die beklagte Partei schulde bei einer Vermittlung von Reiseleistungen keine Erbringung von Reiseleistungen und hafte nicht für die Nicht- oder Schlechterfüllung vermittelter Reiseleistungen.

Zur Klausel 1:

Die Klausel sei gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da allein in der Nicht-Inanspruchnahme des Hinfluges kein bewusstes Ausnutzen der Tarifstruktur einer Fluglinie erblickt werden könne; eine Stornierung des Rückfluges auf Kosten des Reisenden sei sachlich in keiner Weise gerechtfertigt (vgl 4 Ob 164/12i).

Zudem sei die Klausel auch intransparent (§ 6 Abs 3 KSchG), da der Verbraucher über die wahre Rechtslage in Unklarem gelassen und ihm suggeriert werde, dass eine derartige Stornierung rechtmäßig wäre.

[ergänzend; zu Klausel 1 und 2:]

Faktum sei, dass sich die Klausel 1. und 2. sowohl in

Punkt I. „Allgemeine Geschäftsbedingungen von Air Berlin Holidays GmbH als Reisevermittler“, als auch in Punkt II. „Allgemeine Geschäftsbedingungen des Reiseveranstalters Holidays.ch AG“ befinden. Selbst wenn die Klauseln daher in den AGB der Beklagten als Reisevermittlerin keine normative Wirkung entfalten sollten, würde sich dies spätestens aus den AGB des Reiseveranstalters (für welche die Beklagten ebenfalls passivlegitimiert sei) ergeben.

Überdies sei darauf hinzuweisen, dass sich die inkriminierten Klauseln 1 und 2 nicht in den Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Air Berlin bzw. der Niki Luftfahrt GmbH finden. Der Verweis dahingehend sei sohin unrichtig. Bezüglich Pauschalreisen, bei welchen Flüge über Air Berlin oder die Niki Luftfahrt GmbH bezogen werden, habe die Klausel - jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung - daher einen normativen Charakter, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich die Reiseveranstalterin als Vertragspartner auf diese berufe. Es dürfe nicht übersehen werden, dass sich allfällige Erstattungsansprüche hier nicht gegen die Luftfahrtgesellschaften, sondern gegen die Reiseveranstalterin richten.

In den Beförderungsbedingungen der „Etihad Airways“ finde sich unter Artikel 3 „Ticket“ (Unterpunkt 3.3.6) folgende Klausel „sofern Sie zu einem Flug nicht vor der Check-In-Frist erscheinen oder Sie einen Teil Ihres Fluges ändern, ohne uns mindestens 24 Stunden vor Ablauf dieser Frist zu informieren, können wir Ihre Rück- oder Weiterflugbuchungen stornieren [...]“.

Da die Beklagte bei der Vermittlung auch auf die ABB der „Etihad Airways“ verweist, werde diese Klausel (welche mit der inkriminierten als sinngleich anzusehen ist) Vertragsbestandteil, für welche die Beklagte als Vermittlerin ebenfalls einzustehen habe. Sollte man davon ausgehen, dass diese Klausel nicht sinngleich sei bzw die ABB der „Etihad

Airways" nicht Vertragsinhalt werden, gelte das oben (zu Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG oder die Niki Luftfahrt GmbH) gesagte.

Dazu die Beklagte:

In diesem Artikel werde klargelegt, dass es sich um eine Aufzählung von Tatsachen und gängigen Bestimmungen handle, die aber nicht von der beklagten Partei festgesetzt und auch nicht von ihr gehandhabt würden. So heiße es: *„Die Gepäckbeförderungsbedingungen variieren je nach Fluggesellschaft, ...“* oder *„Die Check-in Zeiten variieren – konkrete Zeiten erfahren Sie unter der Service-Telefonnummer oder auf der Webseite der befördernden Fluggesellschaft.“*. Wieder anderswo sei zu lesen: *„Bei Nichtinanspruchnahme von Flügen behalten Fluggesellschaften regelmäßig den Flugpreis in voller Höhe ein.“*

Zu diesem Artikel sei daher unmissverständlich klargelegt, dass es sich um keinen normativen Inhalt von AGB der beklagten Partei handle, sondern um Informationen und Hinweise auf AGB von RVA, zB Flugunternehmen. Daher handle es sich um keine vertragliche Regelung an sich, sondern um Hinweise. Das Klagebegehren sei daher schon dem Grunde nach verfehlt, weil den Hinweisen Regelungsinhalt fehle. Die klagende Partei müsste darlegen, worin ein normativer Inhalt von Hinweisen läge. Insofern sei die Klage auch unschlüssig.

Die klagende Partei übergehe die wesentlichen Grundsätze des Reiserechts, wonach im Verhältnis zum Kunden eine Aufgabenteilung durch Reisevermittler (Reisebüro) und Reiseveranstalter gesetzlich vorgesehen sei. Es gehöre zu den Aufgaben eines sorgfältigen Reisevermittlers, für die gültige Vereinbarung von Reisebedingungen des Reiseveranstalters zu sorgen. Dies bedeute aber nicht, dass er für diese verantwortlich sei, zumal dies zu einer Gleichsetzung dieser Funktionen und juristisch getrennter Personen führen würde.

Zur Klausel 2:

Die Klausel sei in Zusammenschau mit der vorstehenden Klausel 1 zu lesen und sei wie diese gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB, da die Nicht-Inanspruchnahme des Hinfluges eine Stornierung des Rückfluges auch bei Unterlassung einer von der Fluggesellschaft geforderten Bestätigung nicht sachlich rechtfertigen könne, zumal dem Unterlassen einer derartigen Erklärung von Vornherein ein Erklärungswert nicht beigemessen werden könne. Aus diesem Grund verstoße die Klausel auch gegen das Transparenzgebot.

Darüber hinaus berge die Klausel auch eine unzulässige Erklärungsfiktion, da sie auf die in § 6 Abs 1 Z 2 KSchG normierten Voraussetzungen nicht abstelle, unter denen die Fingierung einer Erklärung des Verbrauchers vereinbart werden könne.

Dazu die Beklagte:

Es sei nicht nachvollziehbar, worin die Unzulässigkeit einer Klausel liegen sollte, die darauf verweise, dass bei „einigen“, somit nicht allen Fluggesellschaften bestimmte Regelungen gelten würden. Auch dafür sei die beklagte Partei keineswegs verantwortlich, selbst wenn derartige Klauseln unzulässig sein sollten. Entsprechende Vertragsbestimmungen Dritter existierten, mögen sie nun rechtmäßig sein oder nicht. Die beklagte Partei komme ihrer Informations- und Warnpflicht als Reisevermittlerin nach. Im konkreten Fall wäre der Streit über die Zulässigkeit einer derartigen Regelung nicht mit der beklagten Partei, sondern mit der Fluglinie oder dem RVA auszutragen.

Zur Klausel 3:

Die Klausel siehe vor, dass eine Beschädigung, ein Verlust oder eine Verspätung des Reisegepäcks zur Anspruchswahrung unverzüglich bzw. binnen einer Frist von 7 bzw. 21 Tagen dem Luftfrachtführer angezeigt werden müsse. Entgegen dem

Wortlaut der Klausel siehe die entsprechende - hier nicht korrekt wiedergegebene - Bestimmung des Montrealer Übereinkommens nebst anderen Abweichungen die Möglichkeit vor, die vorgenannten Ansprüche bei Arglist des Luftfrachtführers ohne Einhaltung der Anzeigefristen geltend zu machen. Da die vorliegende Klausel die Rechtslage nicht richtig darstelle, sei sie intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG.

Die Intransparenz der Klausel ergebe sich auch daraus, dass dem Reisenden nicht dargelegt werde, dass sich die mit der Klausel vorgesehene Haftungsbeschränkung lediglich auf gegenüber dem Luftfrachtführer geltend zu machende Ansprüche in Zusammenhang mit dem Gepäck des Reisenden beziehe. Ein Ausschluss von Schadenersatz- oder Gewährleistungsrechten des Reisenden gegenüber dem Reiseveranstalter könne mit dieser Norm hingegen nicht vorgesehen und wirksam nicht vereinbart werden.

[ergänzend]

Auch diese Klausel finde sich sowohl in den AGB der Reiseveranstalterin „holidays.ch AG“, als auch in den AGB der Air Berlin Holidays GmbH als Reisevermittler. Nochmals sei auf die vorliegende Konstellation zu verweisen, wonach die Beklagte Pauschalreisen vermittle, welchen diese AGB zugrunde gelegt werden. Sie sei daher auch für die AGB des Reiseveranstalters passivlegitimiert.

Alleine der Wortlaut der Bestimmung lasse unmissverständlich erkennen, dass die Regelung mit Rechtsfolgewillen ausgestattet sei. So sei etwa jede Klage ausgeschlossen, wenn der Berechtigte nicht unverzüglich nach Entdeckung des Schadens schriftliche Anzeige an den Luftfrachtführer erstatte.

Dazu die Beklagte:

Es handle sich um eine informative, auszugsweise Zusammenfassung von wichtigen Bestimmungen des Montrealer

Übereinkommens, denen kein Regelungsinhalt innewohne. Der Text des Übereinkommens könnte vollständiger mitgeteilt werden, allerdings gelte auch hier, dass überhaupt keine Klausel an sich vorliege, sondern dass Reisende bloß informiert werden.

Es sei legitim, die Kunden grob zu informieren, was bei einem Gepäckschaden/-verlust zu geschehen habe. Es sei auch unrichtig, dass für einen RVA andere Normen gelten würden. Auch der RVA könne sich auf die Haftungsbeschränkungen des Montrealer Übereinkommens beziehen.

Zur Klausel 4:

Die Klausel sei intransparent (§ 6 Abs 3 KSchG), da weder der Empfängerkreis der Daten bestimmt werde, noch die davon betroffenen Daten. Nach ständiger Rechtsprechung (siehe RIS-Justiz RS0115216) müsse der Betroffene wissen, wer welche Daten zu welchem Zweck erhalte. Diesen Anforderungen genüge die Klausel nicht. Der Hinweis, eine Verwendung und Weiterleitung der Daten würde im gesetzlich zulässigen Ausmaß erfolgen, sei nicht geeignet, die Intransparenz zu sanieren.

Dazu die Beklagte:

Diesbezüglich handle es sich erstmals um eine wirkliche Klausel, allerdings sei sie nicht unzulässig bzw sei die Klage bisher unschlüssig. Es seien nicht österreichische, sondern deutsche Datenschutzbestimmungen anzuwenden; dies aufgrund der gültigen Rechtswahl für deutsches Recht.

Ergänzend brachte die klagende Partei daher umfassend zum deutschen Datenschutzrecht vor (vSS ON 4, S 10-13). Auf diese Ausführungen wird verwiesen, zumal hier ohnehin die Geltungs- und Inhaltskontrolle der inkriminierten Klauseln nach österreichischem Sachrecht erfolgt (siehe rechtliche Würdigung, Pkt 4.1. unten). Weil diese deutschen Vorschriften hier nicht allein ausschlaggebend sind, wurde der Antrag der

beklagten Partei auf Einräumung eines weiteren Schriftsatzes in der Verhandlung vom 16.6.2016 wegen Spruchreife zurückgewiesen (ON 5, S 5).

Zusammengefasst führte die klagende Partei aus: Der Konsument gebe der Beklagten beim Buchungsvorgang naturgemäß auch seine Kontodaten und sein Geburtsdatum bekannt (./B, Seite 3 unten). IBAN und BIC seien als Kontodaten personenbezogene Daten, also auch nach deutschem Sachrecht Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse bestimmter oder bestimmbarer Personen (§ 3 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)). Durch IBAN und BIC sei die zweifelsfreie Zuordnung eines Bankkontos bei einem bestimmten Kreditinstitut möglich.

Zwar enthalte das § 28 Abs 3 BDSG bezüglich der Nutzung und Verarbeitung bestimmter Datensätze eine Privilegierung, nämlich solcher, die sich in Listen befinden oder sonst für Werbezwecke zusammengefasst seien. Für diese bedürfe es keiner Einwilligung. Dies seien jedoch nur die sogenannten Katalogdaten: Name einschließlich Titel und akademischem Grad, Anschrift, Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung und Geburtsjahr. Bankdaten und vollständiges Geburtsdatum fielen somit nicht darunter. Die Beklagte mache in ihrer Klausel jedoch keine dahingehenden Einschränkungen.

Auch wenn die Beklagte die Klausel als Zustimmungsklausel qualifizieren sollte, wäre diese unzulässig. Nach § 4a Abs 1 Satz 1 und 4 BDSG sei die Einwilligung unter anderem nur dann wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruhe und wenn sie, soweit sie zusammen mit anderen Erklärungen erteilt werde, besonders hervorgehoben sei. Angesichts der Art ihrer Einbettung in den übrigen Formulartext und der Textgestaltung würde eine Einwilligungserklärung keinesfalls dem Hervorhebungserfordernis des § 4a Abs 1 Satz 4 BDSG gerecht werden.

Aus dem Verstoß gegen deutsches Sachrecht ergebe sich wiederum der Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB.

Zur Klausel 5:

Da ein Verbraucher bei Abschluss eines Reisevermittlungsvertrages nicht damit rechnen müsse, dass seine Daten zur Prüfung der Bonität an Auskunftsteilen übermittelt werden, sei die Klausel bereits überraschend im Sinne des § 864a ABGB. Das Interesse des Reisevermittlers, Informationen zur Kaufkraft bzw. zur finanziellen Situation eines Kunden zu erlangen, könne das entgegenstehende, berechnigte Schutzbedürfnis der Kunden, dass diese Daten nicht weitergegeben werden, nicht überwiegen. Die Klausel sei somit auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Darüber hinaus sei die Klausel auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, da die Klausel die Einholung einer Bonitätsauskunft zwar davon abhängig macht, dass gesetzliche Bestimmungen dem nicht entgegen stehen, jedoch werde dem Verbraucher nicht dargelegt, unter welchen Umständen eine Bonitätsauskunft tatsächlich eingeholt werde bzw. eingeholt werden dürfe.

[ergänzend]

Die Zulässigkeit des sogenannten „Scoring“ durch Dritte setze voraus, dass die Daten für dieses Scoring (nach § 29 BDSG) rechtmäßig weitergegeben worden seien. Die Weitergabe der Daten ohne Einwilligung - zu Zwecken der Werbung bzw an Auskunftsteilen - sei aber nur für sog. Katalogdaten zulässig. Auf diese schränke die Beklagte die Datenweitergabe jedoch nicht ein.

Wie schon zu Klausel 4 folge daraus, dass sich aus dem Verstoß gegen deutsches Sachrecht wiederum ein Verstoß gegen § 6 Abs 3 KSchG und 879 Abs 3 ABGB ergebe.

Dazu die Beklagte:

Hier liege wiederum keine Klausel mit Regelungsinhalt vor. Sie informiere den Kunden nur über das, was die beklagte Partei gesetzmäßig unternehme. Es sei zulässig, über einen Geschäftspartner von dazu befugten Unternehmen eine Bonitätsauskunft einzuholen. Daher könne diese Klausel weder überraschend noch gröblich benachteiligend sein, weil sich gar kein Regelungsinhalt gegenüber dem Konsumenten ergäbe.

Bei der beklagten Partei bestehe im Übrigen teilweise die Möglichkeit, die Rechnung durch Bankeinzug zu bezahlen. Sei das entsprechende Konto aber nicht gedeckt, erhalte die beklagte Partei die ihr zustehende Zahlung nicht oder nicht fristgerecht. Daher sei es gerechtfertigt, vorab die Bonität des Kunden zu überprüfen. Immer wieder werde die beklagte Partei betrogen, indem Kunden ihre Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit bekunden, dann aber mangels Durchführung von Bankeinzug nicht bezahlen. Es sei ein essentielles und gerechtfertigtes Interesse Bonitätsauskünfte einzuholen.

Zur Klausel 6:

Die Klausel sehe einen Ausschluss der Kollisionsnormen vor; es solle jedenfalls deutsches Recht gelten. Sowohl Rom I als Rom II beinhalten aber Kollisionsnormen, die Verbrauchern gegenüber nicht ausgeschlossen werden können. Beide Verordnungen sehen bei der freien Rechtswahl Begrenzungen für Verbrauchergeschäfte vor (hier siehe Art 6 Abs 2 Rom I). Die Klausel verstoße somit auch gegen das Richtigkeitsgebot im Sinne des § 6 Abs 3 KschG (siehe dazu auch vSS ON 4, S 14).

[ergänzend]

Art. 14 Abs 1 Rom II VO begrenze wiederum die freie Rechtswahl im Verhältnis Unternehmer - Verbraucher auf eine Vereinbarung nach Eintritt des schadensbegründeten Ereignisses. Die in der Klausel vorgesehene Rechtswahl stelle nicht auf den Zeitpunkt des Eintritts des schadensbegründeten

Ereignisses ab und verstoße schon allein gegen Art 14 Abs 1 Rom II VO.

Art 3 Rom I VO sei insofern einschränkend zu interpretieren, als die Gültigkeit der Rechtswahl unter dem Vorbehalt stehe, dass sie bei formularmäßigem Abschluss nicht eine Partei gröblich benachteiligen dürfe. Dass eine solche Benachteiligung mangels genereller Vollharmonisierung des Verbraucherschutzes auf EU-Ebene gerade nicht ausgeschlossen werden könne, ist jedoch offensichtlich. Gerade um solche Benachteiligungen auszuschließen fordere die international zwingende Norm des § 13a Abs 2 KSchG die Anwendbarkeit der für die Geltungs- bzw Inhaltskontrolle maßgeblichen Normen des § 6 KSchG bzw der §§ 864a und 879 Abs 3 ABGB ohne Rücksicht darauf, welchem Recht der Vertrag unterliege. Wollte man eine Rechtswahlklausel wie die im vorliegenden Verfahren zulassen, wäre jedoch jeder international zwingenden Norm der Boden entzogen.

Dazu die Beklagte:

Eine Rechtswahl sei zulässig. Durch diese Rechtswahl werde aber der Kunde aufgrund der zwingenden Bestimmungen von Art 6 Abs 2 Rom I-VO nicht um seine Rechte gebracht. Da die Rom I-VO dem Vertragsrecht vorgehe, könne es keine Benachteiligung für den Kunden darstellen, wenn deutsches Recht als solches vereinbart werde. Die Ausnahmen nach Rom I-VO blieben davon unberührt.

Zur Klausel 7:

Gemäß § 14 KSchG könne für eine Klage gegen den Verbraucher nur die Zuständigkeit des Gerichtes begründet werden, in dessen Sprengel der Wohnsitz, der gewöhnliche Aufenthalt oder der Ort der Beschäftigung des Verbrauchers liege. Weiters sei nach § 14 KSchG eine Vereinbarung unzulässig, mit der für eine Klage des Verbrauchers gegen den

Unternehmer ein nach dem Gesetz gegebener Gerichtsstand ausgeschlossen werde.

Darüber hinaus verstoße die vorliegende Klausel auch gegen Art 19 EuGVVO Nr. 1215/2012, wonach vom Verbrauchergerichtsstand der (richtig) Art 17 und 18 EuGVVO abweichende Vereinbarungen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig seien. Der Verbrauchergerichtsstand sei aber gerade für Pauschalreiseverträge zwingend (richtig Art 17 Abs 3 EuGVVO). Die Klausel sei auch intransparent nach § 6 Abs 3 KSchG, weil sie die Rechtslage falsch wiedergebe.

Dazu die Beklagte:

Betreffend die Gerichtsstandsklausel gebe die beklagte Partei zu, dass für Verbraucher besondere Gerichtsstände nach der EuGVVO bestehen, weshalb die beklagte Partei einen entsprechenden Hinweis zeitnah ergänzen bzw ändern, oder die Klausel überhaupt streichen werde. Eine förmliche Anerkennung des Klagebegehrens in diesem Punkt erfolgte durch die beklagte Partei aber nicht, weshalb die klagende Partei ihren Antrag auf Fällung eines Teil-Anerkenntnisurteils zurückzog (Protokoll vom 16.6.2016, ON 5, S 4).

Zur Klausel 8:

Die hier vorliegende salvatorische Klausel widerspreche dem Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, da sie bestimme, dass im Falle der Unwirksamkeit einer Klausel die übrigen Bestimmungen trotzdem aufrecht bleiben sollen. Für den Verbraucher sei es nämlich nicht erkennbar, welche tatsächlichen Rechtsfolgen die Ungültigkeit einzelner Bestimmungen nach sich ziehe.

Dazu die Beklagte:

Diese Klausel sei nicht unzulässig. Eine generelle Norm könne nicht auf jeden Einzelfall eingehen. Das

Transparenzgebot dürfe nicht dazu führen, dass generelle Regelungen unzulässig werden. Es handle sich um keine salvatorische Klausel. Selbst wenn diese Klausel fehle, wäre im Fall einer unwirksamen Bestimmung auf Grundlage des zu vermutenden Willens redlicher Vertragsparteien wie festgelegt vorzugehen.

Wiederholungsgefahr; Veröffentlichungsbegehren:

Die Beklagte sei vor Klagseinbringung aufgefordert worden, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung abzugeben, wobei sie dieser Aufforderung innerhalb gesetzter Frist nicht nachgekommen sei. Somit sei die Wiederholungsgefahr für den nachfolgenden Prozess indiziert. Weiters bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten, weshalb die Urteilsveröffentlichung (wie im Spruch ersichtlich) beantragt wurde. Bloß in eventu wurde beantragt, das klagsstattgebende Urteil in einer vom Gericht festzusetzenden Form bzw. in einem vom Gericht festzusetzenden Medium zu veröffentlichen (vSS ON 4, S 17).

Dazu die Beklagte:

Die beantragte Veröffentlichung in der „Kronen Zeitung“ sei nicht gerechtfertigt. Die beklagte Partei schalte keine Printwerbung. Die klagende Partei stelle weder dar, in welchem Umfang die beklagte Partei Verbraucherkreise anspreche, noch wie diese von den AGB betroffen seien. Es könne keine Rede davon sein, dass eine breite Öffentlichkeit von den AGB der beklagten Partei betroffen wäre.

Die Veröffentlichung habe in angemessenem Verhältnis zur Breite der betroffenen Verbraucherkreise bzw zur Wirkung des Wettbewerbsverstoßes zu stehen. Die Kronen Zeitung habe eine tägliche Auflage von ca. 790.000 Stück. Pro Monat vermittele die beklagte Partei in Österreich nur 590 Buchungen, was

weniger als 1 Promille der täglichen Auflage der Kronen Zeitung entspreche.

3. Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in die Beilagen ./A bis ./E und ./1. Der Sachverhalt ist unstrittig (siehe oben Pkt 1.).

Ergänzend wird festgestellt:

Auf der Website der Beklagten befindet sich der Zugang zu einer „Hotline“: *„Sie wünschen persönlichen Kontakt? Unsere Service-Mitarbeiter freuen sich auf Ihren Anruf“*. Darunter sind eine deutsche, eine österreichische und eine Schweizer Flagge abgebildet und dieser jeweils eine Telefonnummer (mit deutscher Vorwahl) zugeordnet (./A).

4. Rechtlich folgt:

4.1. Zuständigkeit und anzuwendendes Recht:

Die örtliche und sachliche (internationale) Zuständigkeit des erkennenden Gerichts wurde zugestanden (KB ON 3, S 2).

Nach Artikel 6 Abs 1 der Rom I-VO unterliegt ein Vertrag, den ein Verbraucher mit einem Unternehmer abgeschlossen hat, dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer entweder seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder eine solche Tätigkeit auf irgendeine Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates ausrichtet, und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt (*Hammerl in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 13a Rz 1*).

§ 13a Abs 2 KSchG kommt dann zur Anwendung, wenn die Beklagte ihre Tätigkeit selbst in Österreich entfaltet. Bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz ist das Tatbestandsmerkmal „in Österreich entfaltete Tätigkeit“ aber von jenem der auf die Schließung solcher Verträge gerichteten Tätigkeit des

Unternehmers nicht abzugrenzen, da auf die Tätigkeit und Leistungen der Beklagten eben auch im Wege des Internet aus Österreich zugegriffen werden kann. Das erforderliche Naheverhältnis zu Österreich liegt hier ohne Zweifel vor. Die Anbahnungstätigkeit in Österreich erfolgt über das Internet. Die Inhalts- und Geltungskontrolle nach KSchG und ABGB kommt daher zur Anwendung (*Hammerl in Kosesnik-Wehrle, KSchG⁴ § 13a Rz 7*).

Die beklagte Partei hat selbst klargestellt, dass es sich hier um zweigeteilte AGB handelt, wobei Abschnitt I. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Partei als Reisevermittlerin beinhaltet (siehe ./1). Sämtliche inkriminierte Klauseln befinden sich im besagten Abschnitt I., also den AGB der beklagten Partei, und unterliegen daher einer Inhalts- und Geltungskontrolle nach österreichischem Recht.

4.2. Allgemeines:

Im Rahmen der Verbandsklage hat die **Auslegung von Klauseln** im „kundenfeindlichsten Sinn“ zu erfolgen und demnach ist zu prüfen, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorliegt (RIS-Justiz RS0016590). Maßstab für die Beurteilung einer Klausel im Verbandsprozess ist die für den Kunden ungünstigste mögliche Auslegung, mag auch eine kundenfreundlichere Auslegung denkbar sein (RS0016590 [T6]). Das der Klausel vom Verwender der AGB beigelegte Verständnis ist im Verbandsprozess nicht maßgeblich (RS0016590 [T23]).

Im Unterlassungsprozess nach § 28 KSchG kann keine Rücksicht auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen genommen werden; für eine geltungserhaltende Reduktion (durch das Gericht) ist kein Raum (RIS-Justiz RS0038205).

Die Geltungskontrolle nach **§ 864a ABGB** geht der Inhaltskontrolle gemäß § 879 ABGB vor (RIS-Justiz RS0037089).

Bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit des Inhalts einer Klausel nach § 864a ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen. Es geht dabei darum, ob die Klausel von den Erwartungen des Vertragspartners so deutlich abweicht, dass er nach den Umständen vernünftigerweise nicht damit rechnen musste; der Klausel muss also ein Überraschungseffekt inne wohnen (RIS-Justiz RS0014646). Dabei fällt zwar die Üblichkeit der Klausel bei einem Geschäftstyp ins Gewicht, doch kommt es auf die redlichen Verkehrsgepflogenheiten an, sodass selbst eine weite Verbreitung der Klausel in einer bestimmten Branche die Anwendung des § 864a ABGB nicht hindert (4 Ob 164/12i mwN). § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteiligen Klauseln, eine grobe Benachteiligung im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234). Eine Wertung der Benachteiligung findet daher - anders als bei der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB - nicht statt (RIS-Justiz RS0014659).

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist nach **§ 879 Abs 3 ABGB** nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil der Partner gröblich benachteiligt. Mit dieser Bestimmung wurde ein bewegliches System geschaffen, in dem einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“ berücksichtigt werden können (RIS-Justiz RS0016914). Bei der Beurteilung, ob eine gröbliche Benachteiligung des Vertragspartners bewirkt wird, hat sich der Rechtsanwender am dispositiven Recht als dem Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs zu orientieren (RIS-Justiz RS0014676). Ein Abweichen vom dispositiven Recht kann schon dann eine gröbliche Benachteiligung sein, wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das ist der Fall, wenn die dem

Vertragspartner zuge dachte Rechtsposition in auffallendem Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht, wenn also keine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt (ebenso RS0016914).

§ 6 Abs 3 KSchG enthält in Umsetzung der EU-Richtlinie über rechtsmissbräuchliche Vertragsklauseln (93/13/EWG) das sogenannte Transparenzgebot und bezieht sich auf das Erfordernis der Verständlichkeit von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen. Das Transparenzgebot soll es dem Kunden ermöglichen, sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbestandteilen zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren. Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden. Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher durch ein unzutreffendes oder auch nur unklares Bild seiner vertraglichen Position von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Daraus kann sich konkret eine Verpflichtung zur Vollständigkeit ergeben, wenn die Auswirkung einer Klausel sonst unklar bliebe (RIS-Justiz RS0037107 [T1, T3, T6], RS0115219). Das Transparenzgebot soll es dem Verbraucher ermöglichen, sich aus dem Vertragsformblatt zuverlässig über seine Rechte und Pflichten bei der Vertragsabwicklung zu informieren (RIS-Justiz RS0115217 [T41]).

4.3. Die inkriminierten Klauseln im Einzelnen:

Nach dem festgestellten Sachverhalt sind die Klauseln weiterhin in Verwendung.

Zur Klausel 1 bis 3:

Zwischen Reiseveranstalter und Vermittler von Reiseleistungen ist zu unterscheiden. Ob jemand als Vermittler oder Veranstalter abschließt, bestimmt sich danach, wie er gegenüber dem Reisenden auftritt, ob er also erklärt, die

Reiseleistung in eigener Verantwortung zu erbringen oder sie bloß zu vermitteln. Es kommt demzufolge darauf an, wie der Reisende als redlicher Erklärungsempfänger die Erklärungen zB eines Reisebüroinhabers (oder seiner Vertreter) verstehen konnte. Der bloße Vermittler ist gehalten, dem Reisenden den Veranstalter bekannt zu geben, widrigenfalls er neben dem Veranstalter haftet. Die unterlassene Offenlegung seiner Vermittlerstellung führt demzufolge zu einer Haftung als Reiseveranstalter "kraft Anscheins" (1 Ob 80/11p; 6 Ob 22/14z u.a.). Eine Definition über die Stellung des Reisevermittlers findet sich in Art 2 Z 3 Pauschalreise-RL, eine Umsetzung im KSchG erfolgte jedoch nicht (näher dazu *Lindinger, Reiseveranstalter wider Willen*, ZVR 2015/120 [228]).

Im Übrigen ist festzuhalten, dass ein Reisevermittler bei der Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen des Reisenden zum Zweck der Weiterleitung an den Reiseveranstalter nicht als Bote, sondern als Gehilfe des Reiseveranstalters tätig wird (zB 4 Ob 130/09k; *Hammerl in Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 31b Rz 8a).

Für die Beurteilung der Frage, ob jemand als Reiseveranstalter oder als Vermittler aufgetreten ist, sind alleine die Umstände beim jeweiligen Vertragsabschluss relevant (zB HG Wien 18.6.2010, 60 R 23/10b).

Die beklagte Partei hat selbst klargestellt, dass es sich hier um zweigeteilte AGB handelt, wobei Abschnitt I. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der beklagten Partei als Reisevermittlerin beinhaltet, und in Abschnitt II. ausdrücklich detailliert die AGB des Reiseveranstalters angeführt sind (siehe ./1). Nach Ansicht des Gerichts unterscheidet die beklagte Partei hier ausreichend deutlich zwischen ihrer eigenen Stellung und andererseits dem Reiseveranstalter. So wird in Pkt I.) 1. unmissverständlich klargestellt, dass durch ihre Buchungsbestätigung ein Vertrag über die ausgewählten Reiseleistungen zwischen dem in den

Buchungsunterlagen benannten Veranstalter bzw. Reiseleistungserbringer und dem Kunden der beklagten Partei begründet wird.

Was den Ort und die Textierung der Klausel-„Teile“ Klausel 1 bis 3 betrifft, so befinden sich diese unter Pkt 4. „Wichtige Hinweise zu Flugreisen“. Der beklagten Partei ist beizupflichten, dass diese Stellen in ihren eigenen AGB hier nur einen Hinweis- oder Aufklärungscharakter haben, worauf die Kunden bei bestimmten Reisen (insbesondere was konkrete Flüge betrifft), oder im Fall bestimmter Vorfälle (etwa Gepäckverlust) achten sollen. Die beklagte Partei legt hier keine eigenen AGB für eine konkret gebuchte Flugreise zugrunde. Sie maßt sich hier auch nicht an, unter dem Titel eines bloßen „Reisevermittlers“ tatsächlich als Reiseveranstalter aufzutreten, zumal dieselben inkriminierten Klauseln ohnehin deutlich nochmals in Abschnitt II. beim Reiseveranstalter angeführt werden (siehe S 3-4 in ./1). Konkret zu prüfen wäre ein allfällig normativer Charakter der „Hinweise“ in Bezug auf den namentlich genannten Reiseveranstalter holidays.ch AG, der hier jedoch nicht Partei ist. Damit geht aber auch die Argumentation der klagenden Partei zu weit, dass die beklagte Partei für den jeweiligen Ort und den jeweiligen Inhalt von AGB der betreffenden Flugunternehmen verantwortlich ist.

Zur Klausel 4:

Eine Klausel, mit welcher der Kunde der Weitergabe seiner persönlichen Daten an Dritte zustimmt, verstößt gegen das Transparenzgebot, wenn nicht konkret bestimmbar ist, an wen und welche Daten weitergegeben werden (RIS-Justiz RS0115216; insbesondere 2 Ob 1/09z, 2 Ob 198/10x).

Überdies verstößt die Klausel gegen § 6 Abs 3 KSchG, weil an keiner Stelle auf die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit der Zustimmungserklärung hingewiesen wird. Der letzte Satz des

Punkt 6. Abs 1 AGB: „der Verwendung zur Werbung können Sie jederzeit widersprechen“ (siehe ./1) verstärkt die Intransparenz, weil von einer Widerspruchsmöglichkeit gesprochen wird. Dadurch wird der Eindruck vermittelt, dass die Weitergabe der Daten gesetzlich im Sinne einer Art Opt-out-Regelung vorgesehen wird. Überdies ist die „Widerspruchsmöglichkeit“ nur für Werbemaßnahmen vorgesehen.

Zur Klausel 5:

Den Argumenten der klagenden Partei ist zuzustimmen, insbesondere dahingehend, dass ein Kunde nicht damit rechnet, dass seine Daten zur Prüfung der Bonität an Auskunftsteilen übermittelt werden. Die Klausel ist daher überraschend und somit unzulässig gemäß § 864a ABGB. Weil das Interesse des Reisevermittlers, Informationen zur Kaufkraft bzw. zur finanziellen Situation eines Kunden zu erlangen, sicher nicht das berechtigte Schutzbedürfnis der Kunden, dass diese Daten nicht weitergegeben werden, überwiegt, ist die Klausel auch gröblich benachteiligend im Sinne des § 879 Abs 3 ABGB.

Im Übrigen bleibt die Klausel auch intransparent im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG, weil dem Verbraucher nicht dargelegt wird, unter welchen Umständen eine Bonitätsauskunft tatsächlich eingeholt wird bzw. eingeholt werden darf.

Zur Klausel 6:

Die Rechtswahlklausel, die jeder Kunde ohne weitere Alternative oder Verhandlungsmöglichkeit hinnehmen müsse, ist unzulässig. Auf die Ausführungen und Rechtsgrundlagen in Pkt 4.1. oben wird verwiesen.

Zur Klausel 7:

Der Verbrauchergerichtsstand ist für Pauschalreiseverträge zwingend (Art 17 Abs 3, Art 18 Abs 1 und 2 EuGVVO 2012). Im Übrigen verstößt die Gerichtsstandsklausel gegen § 14 Abs 1 und

3 KSchG (*Kosesnik-Wehrle* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 14 Rz 3 und 9 mwN).

Zur Klausel 8:

Der Verbraucher muss aus der Formulierung, dass die Unwirksamkeit einer Klausel die Wirksamkeit der anderen Klausel nicht berühre, den Größenschluss ziehen, dass ungeachtet der Unwirksamkeit der einen - gleich welcher - Klausel der Vertrag und alle anderen Klauseln in jedem Fall aufrecht bleiben, weil dies so vereinbart sei (vgl zu einer sinngleichen Klausel 1 Ob 222/15a, dort insb Pkt 2.2.). Da der Vertrag jedoch als Ganzes nicht bestehen bleiben kann, wenn mehrere Klauseln bzw auch nur eine für das konkrete Rechtsgeschäft von tragender Bedeutung ist, wird damit die wahre Rechtslage verschleiert. Auch können inhaltlich aufeinander aufbauende Klauseln bei Unwirksamkeit einer Klausel sinnlos werden. Überdies führt bei Verweisen in einem Klauselwerk die Unzulässigkeit der Bestimmung, auf die verwiesen werde, zwingend zur Unzulässigkeit der verweisenden Bestimmung (RIS-Justiz RS0122040).

Im konkreten Fall ist dies insbesondere von Bedeutung, da sich mehrere der inkriminierten Klauseln sowohl in den AGB von Air Berlin Holidays GmbH als Reisevermittler (Abschnitt I.), als auch in den „AGB des Reiseveranstalters Holidays.ch AG“ befinden (Abschnitt II.). Eine Substituierung einer Klausel in Abschnitt I. durch eine inhaltsgleiche Klausel in Abschnitt II. muss jedoch ausgeschlossen sein.

Im Wortlaut der Klausel selbst ist auch widersprüchlich, dass einerseits von „vorstehenden Bestimmungen“, andererseits von „übrigen Bedingungen“ gesprochen wird. Die Grenzen zwischen den beiden Abschnitten des Reisevermittlers und des Reiseveranstalters ergeben sich daraus nicht eindeutig. Hier bleibt für den Kunden der beklagten Partei also unklar, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander

bezogenen Bestimmungen ergeben, weshalb die Klausel im Sinne des § 6 Abs 3 KSchG unzulässig ist.

4.4. Zur Leistungsfrist:

Die klagende Partei stellte das Unterlassungsbegehren ohne Leistungsfrist. Die beklagte Partei brachte dazu nichts vor.

Nach § 409 Abs 2 ZPO hat das Gericht eine angemessene Frist zur Erfüllung von Leistungsurteilen zu setzen, wenn eine Pflicht zur Verrichtung einer Arbeit oder eines Geschäfts auferlegt wird. Diese Bestimmung ist auf reine Unterlassungsansprüche nicht anzuwenden (RIS-Justiz RS0041265). Anderes gilt jedoch, wenn die Unterlassungsverpflichtung auch eine Pflicht zur Änderung des gegenwärtigen 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 (zB 6 Ob 24/11i mwN).

Besondere technische Schwierigkeiten einer Umstellung der AGB sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Der Änderungsbedarf ist vom Umfang gesehen überschaubar und erfordert wohl keine gänzliche Neufassung von Vertragsformblättern (vgl zuletzt 1 Ob 105/14v). Die beklagte Partei hat auch nicht vorgebracht, wie lange sie bei ihren internen Abläufen benötigen würde. Daher scheint im Sinne der bisherigen Rechtsprechung eine Leistungsfrist von drei Monaten angemessen (vgl 6 Ob 24/11i mwN; 7 Ob 44/13s).

Zur Klarstellung: Die beklagte Partei hat es ab sofort zu unterlassen, sich auf die im Spruch genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

4.5. Zur Urteilsveröffentlichung:

Zweck der Urteilsveröffentlichung ist es, über die Rechtsverletzung aufzuklären und den beteiligten

Verkehrskreisen Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren, um vor Nachteilen geschützt zu sein (RIS-Justiz RS0121963). Die Urteilsveröffentlichung soll nicht nur eine schon bestehende unrichtige Meinung unterbinden, sondern auch deren weiteres Umsichgreifen verhindern (RIS-Justiz RS0079764).

An diesen Zwecken gemessen ist die hier begehrte Veröffentlichung der zu unterlassenden Klauseln zweckmäßig und angemessen. Die beklagte Partei richtet ihre Leistungen auf das gesamte Bundesgebiet aus und erzielt - hochgerechnet anhand ihrem eigenen Vorbringen - rund 7.000 Abschlüsse jährlich. Die Veröffentlichung des stattgebenden Urteils in einer bundesweit erscheinenden Samstagausgabe der „Kronen-Zeitung“ steht somit im Verhältnis zur Qualität und Quantität der Gesetzesverstöße. Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (§ 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3 UWG). Gemessen an diesem Zweck ist über die Rechtsverletzungen aufzuklären und den beteiligten Verkehrskreisen - also nicht nur den unmittelbar betroffenen Vertragspartnern - Gelegenheit zu geben, sich entsprechend zu informieren und vor Nachteilen zu schützen (RIS-Justiz RS0121963).

4.6. Die Kostenentscheidung gründet auf § 43 Abs 1 ZPO und das unbestritten gebliebene Kostenverzeichnis des Klagevertreters (§ 54 Abs 1a ZPO; siehe Protokoll vom 16.6.2016, ON 5, S 5). Die klagende Partei hat - gemessen an den inkriminierten Klauseln - mit 5/8 obsiegt, weshalb ihr ein Viertel ihrer Kosten und 5/8 der Barauslagen zustehen.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 43, am 11. August 2016

Mag. Christian Mosser, LL.M.
(elektronische Ausfertigung gem.§ 79 GOG)