



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

5 R 164/16y

## Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie den Richter Mag. Iby und die Richterin Mag. Wessely-Kristöfel in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KG in Wien, wider die beklagte Partei **Airberlin Holidays GmbH**, D-76530 Baden-Baden, Augustaplatz 8, vertreten durch DDr. Wolfgang Doppelbauer, Rechtsanwalt in Wels, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 36.000,--), über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 13.500,--) und der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 9.343,75) gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 11.8.2016, 43 Cg 6/16d-6, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung der Beklagten wird **nicht Folge** gegeben. Der Berufung des Klägers wird hingegen **Folge** gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es einschließlich des unbekämpft in Rechtskraft erwachsenen Teils wie folgt lautet:

*„1.) Die Beklagte ist schuldig, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sie von ihr geschlossenen Verträgen zugrunde legt, und/oder in hierbei 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.

#### 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 ua 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 Auskunftsteien 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 solchen bleibt unberührt.

oder die Verwendung sinngleicher Klauseln binnen drei Monaten zu unterlassen. Die Beklagte ist weiters schuldig, es zu unterlassen, sich auf die vorstehend genannten Klauseln oder sinngleiche Klauseln zu berufen.

2.) Dem Kläger 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 Samstagausgabe des redaktionellen Teiles der 'Kronen Zeitung', bundesweit erscheinende Ausgabe, auf Kosten der Beklagten mit gesperrt geschriebenen Prozessparteien und in Fettdruckumrandung in Normallettern, somit in gleich großer Schrift wie der Fließtext redaktioneller Artikel, zu veröffentlichen.

3.) Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 6.287,64 bestimmten Prozesskosten (darin enthalten EUR 1.389,-- Barauslagen und EUR 816,44 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit EUR 3.716,60 bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin enthalten EUR 1.088,-- Barauslagen und EUR 438,10 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 5.000,--, nicht aber 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 zur Unterlassungsklage gemäß § 29 KSchG berechtigter Verein.

Die Beklagte ist zu HRB 704943 im Handelsregister beim Amtsgericht Mannheim protokolliert. Sie betreibt das Reisevermittlungsgewerbe und bietet ihre Leistungen ua im gesamten österreichischen Bundesgebiet an. Sie tritt im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit laufend mit Verbrauchern iS des § 1 KSchG in rechtsgeschäftlichen Kontakt und schließt mit diesen Verträge. Pro Monat vermittelt die Beklagte in Österreich rund 590 Buchungen. Die Beklagte verwendet die acht im Spruch angeführten Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern und legt sie den abgeschlossenen Verträgen zugrunde. Der Inhalt dieser Klauseln wird - soweit für das Berufungsverfahren von Relevanz - im Folgenden samt dem dazu erstatteten Partein vorbringen sowie den Erwägungen des Erstgerichts gesondert dargestellt werden.

Der Kläger begehrte, der Beklagten die Verwendung dieser Klauseln in AGB und Vertragsformblättern im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern ebenso zu verbieten, wie die Berufung auf diese Klauseln, da sie gegen gesetzliche Verbote und gegen die guten Sitten verstießen.

Die Beklagte entfalte auch eine auf den Vertragsabschluss in Österreich gerichtete Tätigkeit. Sie vertreibe ihre Reisen in erster Linie über ihre Webseite [www.air-berlinholidays.com](http://www.air-berlinholidays.com). Auf dieser Webseite sei neben der Sprachauswahl eine für Länder angegeben, unter der ua auch Österreich angeführt sei; weiters werde eine Hotline (mit deutscher Vorwahl) sowohl für Österreich, Deutschland und die Schweiz angegeben. 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 würden. Ferner bestimme auch Art 6 Abs 2 Rom I-VO, dass eine Rechtswahl - wie sie die AGB der Beklagten vorsehen würden - 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 würden, der nach Art 6 Abs 2 Rom I-VO nicht entzogen werden könne.

Die Beklagte sei vor Klagseinbringung aufgefordert worden, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung abzugeben, wobei sie dieser Aufforderung innerhalb der gesetzten Frist nicht nachgekommen sei. Somit sei die Wiederholungsgefahr für den nachfolgenden Prozess indiziert.

Weiters begehrte der Kläger, ihm die Ermächtigung zu einer Urteilsveröffentlichung im redaktionellen Teil einer Samstagausgabe der „Kronen Zeitung“, hilfsweise in einer vom Gericht festzusetzenden Form bzw in einem vom Gericht festzusetzenden Medium, zu erteilen. Es bestehe ein berechtigtes Interesse der angesprochenen und betroffenen Verbraucherkreise an der Aufklärung über das gesetzwidrige Verhalten der Beklagten.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Auf der Homepage der Beklagten seien nicht nur Deutschland, Österreich und die Schweiz, sondern auch Spanien, Italien, etc einstellbar. Die unternehmerische Tätigkeit der Beklagten beziehe sich somit auf das Ausland schlechthin. § 13a Abs 2 KSchG sei auf Vertragsverhältnisse zwischen der Beklagten und aus Österreich tätig werdenden Kunden nicht anwendbar, weil es an einer „in Österreich entfalteteten, auf die Schließung solcher Ver-

träge 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 iS des § 13a Abs 2 KSchG.

Die beantragte Veröffentlichung in der „Kronen Zeitung“ sei nicht gerechtfertigt. Die Beklagte schalte keine Printwerbung. Der Kläger stelle weder dar, in welchem Umfang die Beklagte 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 betroffen sei. Die Veröffentlichung habe in angemessenem Verhältnis zum Umfang 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 in Österreich nur 590 Buchungen, was weniger als 1 Promille der täglichen Auflage der „Kronen Zeitung“ entspreche.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht der Klage unter Setzung einer Leistungsfrist von drei Monaten für die Unterlassung der Verwendung der Klauseln hinsichtlich der Klauseln 4, 5, 6, 7 und 8 statt und ermächtigte den Kläger diesbezüglich zur begehrten Urteilsveröffentlichung. Das darüber hinausgehende Klagebegehren hinsichtlich der Klauseln 1, 2 und 3 wies es ab. Dabei ging es bei der Inhalts- und Geltungskontrolle der Klauseln von der Anwendbarkeit österreichischen Rechts aus. Die Beklagte richte ihre Leistungen auf das gesamte Bundesgebiet aus und erziele - hochgerechnet aus ihrem eigenen Vorbringen - rund 7.000 Abschlüsse jährlich. Die Veröffentlichung des stattgebenden Urteils in einer bundesweit erscheinenden Samstagsausgabe der „Kronen-Zeitung“

stehe somit im Verhältnis zur Qualität und Quantität der Gesetzesverstöße.

Gegen den klagsabweisenden Teil dieses Urteils richtet sich die Berufung des Klägers wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens, Aktenwidrigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung iS der gänzlichen Klagsstattgebung.

Gegen die Klagsstattgebung hinsichtlich der Klauseln 4 und 5 sowie gegen die dem Kläger erteilte Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einer Samstagsausgabe der „Kronen Zeitung“ richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung iS der Klagsabweisung auch hinsichtlich der berufungsgegenständlichen Klauseln sowie durch Einschränkung der erteilten Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung auf die Einschaltung in einer Wochenausgabe einer österreichischen Tageszeitung mit deutlich geringerer Auflagenzahl als die „Kronen Zeitung“.

Die Streitteile beantragen jeweils, der Berufung der Gegenseite keine Folge zu geben.

Die Berufung des Klägers ist **berechtigt**. Die Berufung der Beklagten ist hingegen **nicht berechtigt**.

**Zum anwendbaren Recht:**

Die Verbandsklage richtet sich gegen ein im (europäischen) Ausland, nämlich in Deutschland, ansässiges Unternehmen, sodass sich vorab die Frage nach dem auf die Klauselprüfung anwendbaren Recht stellt.

In der Rechtssache C-191/15 (*Amazon*) hat der EuGH zuletzt ausgesprochen, dass die Unterlassungsklage eines Verbraucherschutzverbands iS der RL 2009/22/EG grundsätzlich der Rom II-VO (Art 6: *lex loci damni*) unterliegt. Die Verwendung missbräuchlicher Klauseln in AGB fällt unter den unlauteren Wettbewerb, wenn dadurch die kollekt-

tiven Interessen der Verbraucher als Gruppe beeinträchtigt und damit die Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt beeinflusst werden können. Soll mit der Unterlassungsklage aber verhindert werden, dass missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträge aufgenommen werden, um vertragliche Verpflichtungen zu begründen, so ist das anzuwendende Recht nach der Rom I-VO zu bestimmen (Rn 49). Demnach ist das auf eine Unterlassungsklage iS der RL 2009/22/EG anzuwendende Recht nach Art 6 Abs 1 Rom II-VO zu bestimmen, wenn ein Verstoß gegen Rechtsvorschriften gerügt wird, die die Interessen der Verbraucher im Hinblick auf die Verwendung missbräuchlicher Klauseln in AGB schützen sollen, während das bei der Beurteilung einer bestimmten Vertragsklausel anzuwendende Recht anhand der Rom I-VO zu bestimmen ist, sei es im Rahmen einer Individualklage oder einer Verbandsklage (Rn 58).

Eine Klausel, nach der auf einen auf elektronischem Weg mit einem Verbraucher geschlossenen Vertrag das Recht des Mitgliedstaats des Gewerbetreibenden anzuwenden ist, ist missbräuchlich, wenn sie den Verbraucher in die Irre führt und diesen nicht darüber unterrichtet, dass er nach Art 6 Abs 2 Rom I-VO auch den Schutz der zwingenden Bestimmungen des Rechts genießt, das ohne diese Klausel anzuwenden wäre (Rn 71).

Aus diesen Ausführungen des EuGH folgt, dass auf die vorliegenden AGB-Klauseln, die allesamt vertragliche Pflichten bzw deren Begründung betreffen, die Rom I-VO anzuwenden ist.

Enthält der Vertrag keine Rechtswahlklausel, gilt nach Art 6 Abs 1 Rom I-VO in aller Regel das Heimatrecht des Verbrauchers. Enthält der Vertrag eine Rechtswahlklausel, ist die Klauselprüfung zwar grundsätzlich nach dem gewählten Recht vorzunehmen (*bootstrap rule*; vgl Art 10 Abs 1 Rom I-VO). Über Art 6 Abs 2 Rom I-VO sind zwin-

gende Bestimmungen des Verbraucher-Heimatrechts allerdings anwendbar; darunter ist auch das (zwingende) AGB-Recht zu subsumieren, also die Bestimmungen der §§ 864a, 879 Abs 3 ABGB und § 6 KSchG (*Leupold/Gelbmann*, IPR der Verbandsklage und Zulässigkeit von Rechtswahlklauseln, VbR 2016/97).

Im vorliegenden Fall beruft sich die Beklagte auf die Rechtswahl laut Klausel 6, übergeht dabei aber, dass diese Klausel - die im Übrigen ohnehin nicht die vom EuGH geforderte Information zur Anwendbarkeit zwingenden Rechts enthält - vom Erstgericht rechtskräftig für unzulässig erklärt wurde. Damit besteht keine Grundlage für die behauptete Wahl deutschen Rechts, sodass sich das anwendbare Recht nach Art 6 Abs 1 Rom I-VO bestimmt. Eine Prüfung der Klauseln unter der fiktiven Annahme einer gültigen Rechtswahl für deutsches Recht, wie sie der Beklagten offenbar vorschwebt, kommt nicht in Betracht, weil es nicht Aufgabe des Gerichts ist, Prämissen zu fingieren, unter denen die auf dem Prüfstand stehenden Klauseln theoretisch doch zulässig sein könnten.

Dass die Beklagte ihre gewerbliche Tätigkeit durch Gestaltung ihrer deutschsprachigen Webseite mit Angabe einer Hotline-Nummer (mit deutscher Vorwahl) neben einer österreichischen Flagge unter dem Text „Sie wünschen persönlichen Kontakt? Unsere Service-Mitarbeiter freuen sich auf Ihren Anruf“ (auch) auf Österreich ausrichtet (zum Begriff „Ausrichten“ vgl *Musger* in *KBB*<sup>4</sup>, Art 6 Rom I-VO Rz 3), bezweifelt die Beklagte in ihrer Berufung gar nicht mehr. Die Beklagte schließt Vermittlungsverträge über Reisen ab. Ein Vertrag, der unter die Ausnahmebestimmung nach Art 6 Abs 4 Rom I-VO zu subsumieren wäre, liegt somit nicht vor.

Daher ist grundsätzlich österreichisches Recht als Heimatrecht der vom Verbandsprozess tangierten Verbrau-

cher für die Klauselkontrolle maßgeblich.

Richtig verweist die Beklagte darauf, dass der EuGH zu C-191/15 des weiteren ausgesprochen hat, dass Art 4 Abs 1 lit a Datenschutz-RL 95/46/EG dahin auszulegen ist, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten durch ein im elektronischen Geschäftsverkehr tätiges Unternehmen dem Recht jenes Mitgliedstaats unterliegt, auf den das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit ausrichtet, wenn das Unternehmen die fragliche Datenverarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung vornimmt, die sich in diesem Mitgliedstaat befindet. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob das der Fall ist (Rn 81).

Nähere Ausführungen zum Begriff Niederlassung iS von Art 4 Abs 1 lit a dieser RL finden sich in der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-230/14 (*Weltimmo*, Rn 28 bis 32):

*„Was [...] den Begriff der Niederlassung angeht, ist darauf hinzuweisen, dass es im 19. Erwägungsgrund der Richtlinie 95/46 heißt, dass eine Niederlassung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats die effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung voraussetzt und dass die Rechtsform einer solchen Niederlassung, die eine Agentur oder eine Zweigstelle sein kann, in dieser Hinsicht nicht maßgeblich ist (Urteil Google Spain und Google, C-131/12, EU:C:2014:317, Rn 48). In diesem Erwägungsgrund heißt es weiter, dass, wenn der Verantwortliche im Hoheitsgebiet mehrerer Mitgliedstaaten niedergelassen ist, er vor allem zur Vermeidung von Umgehungen sicherstellen muss, dass jede dieser Niederlassungen die Verpflichtungen einhält, die im jeweiligen einzelstaatlichen Recht vorgesehen sind, das auf ihre jeweiligen Tätigkeiten anwendbar ist.*

*Daraus ergibt sich [...] eine flexible Konzeption des Begriffs der Niederlassung, die Abstand nimmt von einer*

*formalistischen Sichtweise, nach der ein Unternehmen ausschließlich an dem Ort niedergelassen sein kann, an dem es eingetragen ist. Um festzustellen, ob eine Gesellschaft, die für eine Datenverarbeitung verantwortlich ist, über eine Niederlassung im Sinne der Richtlinie 95/46 in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat oder dem Drittstaat, in dem sie eingetragen ist, verfügt, ist daher sowohl der Grad an Beständigkeit der Einrichtung als auch die effektive Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeiten in diesem anderen Mitgliedstaat unter Beachtung des besonderen Charakters dieser Tätigkeiten und der in Rede stehenden Dienstleistungen auszulegen. Dies gilt insbesondere für Unternehmen, die Leistungen ausschließlich über das Internet anbieten.*

*In diesem Zusammenhang ist im Hinblick auf das Ziel dieser Richtlinie, einen wirksamen und umfassenden Schutz des Rechts auf Privatleben zu gewährleisten und Umgehungen zu vermeiden, insbesondere davon auszugehen, dass das Vorhandensein eines einzigen Vertreters unter bestimmten Umständen ausreichen kann, um eine feste Einrichtung zu begründen, wenn dieser mit einem ausreichenden Grad an Beständigkeit mit den für die Erbringung der betreffenden konkreten Dienstleistungen erforderlichen Mitteln im fraglichen Mitgliedstaat tätig ist.“*

Demgemäß hat der EuGH die dauerhafte Präsenz eines Vertreters, ein Bankkonto und die Nutzung eines Postfaches für ausreichend erachtet. Nicht maßgeblich ist dagegen, wo der Webserver des Unternehmers steht oder von wo auf die Webseite zugegriffen werden kann (*Leupold/Gelbmann*, IPR der Verbandsklage und Zulässigkeit von Rechtswahlklauseln, VbR 2016/97).

Ausgehend vom Wortlaut der Klauseln 4 und 5 übermittelt die Beklagte die auf ihrer Webseite gemäß Klausel 4 erhobenen Daten in Österreich an die Deltavista GmbH

(Diefenbachgasse 25, A-1150 Wien), welche diese zur Bonitätsprüfung verwendet und das Ergebnis dieser Prüfung und Erhebung an die Beklagte retourniert, die wiederum die erhaltenen Informationen verwendet.

Daraus folgt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten österreichischer Verbraucher für die Beklagte durch ein Unternehmen mit Sitz bzw Niederlassung in Österreich vorgenommen wird, das in Bezug auf die Datenverarbeitung als Gehilfe für die Beklagte tätig wird und damit eine Niederlassung iS des Art 4 Abs 1 lit a Datenschutz-RL in Österreich begründet.

Damit sind auch die strittigen Klauseln 4 und 5 an österreichischem (Datenschutz-)Recht zu messen.

Zu den Grundsätzen des Verbandsprozesses ist auszuführen:

Nach § 879 Abs 3 ABGB ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt. Das dadurch geschaffene bewegliche System berücksichtigt einerseits die objektive Äquivalenzstörung und andererseits die „verdünnte Willensfreiheit“. Weicht eine Klausel von dispositiven Rechtsvorschriften ab, liegt eine gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners iS des § 879 Abs 3 ABGB schon dann vor, wenn es für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die dem Vertragspartner zugedachte Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zur vergleichbaren Rechtsposition des anderen steht (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 Durchschnitts-

fall dient (RIS-Justiz RS0014676).

Nach § 864a ABGB werden Bestimmungen ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen 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. Als objektiv ungewöhnlich wird eine Klausel beurteilt, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, sodass er mit ihr nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte. Der Klausel muss also ein Überraschung- oder gar Übertölpelungseffekt innewohnen (RIS-Justiz RS0014646). Entscheidend ist, ob die Klausel beim entsprechenden Geschäftstyp üblich ist und ob sie den rechtlichen Verkehrsgewohnheiten entspricht. Bei der Beurteilung der Ungewöhnlichkeit eines Inhalts ist des § 864a ABGB ist ein objektiver Maßstab anzulegen (RIS-Justiz RS0014627). Der Inhalt der Klausel, auf den es dabei alleine nicht ankommt, spielt vor allem im Zusammenhang mit der Stellung im Gesamtgefüge des Vertragstexts eine Rolle, denn das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung ergibt sich insbesondere aus der Art ihrer Einordnung in den AGB (RIS-Justiz RS0014659). § 864a ABGB erfasst alle dem Kunden nachteilige Klauseln, eine grobe Benachteiligung ist des § 879 Abs 3 ABGB wird nicht vorausgesetzt (RIS-Justiz RS0123234).

Nach § 6 Abs 3 KSchG ist eine in AGB oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst ist. Dieses sogenannte Transparenzgebot soll eine durchschaubare, möglichst klare und verständliche Formulierung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sicherstellen, um zu verhindern,

dass der für die jeweilige Vertragsart typische Verbraucher von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird oder ihm unberechtigt Pflichten abverlangt werden (stRsp; zB RIS-Justiz RS0115217 [T8]).

Das Transparenzgebot erfasst die Erkennbarkeit und Verständlichkeit einer Klausel ebenso wie die Verpflichtung, den anderen Vertragsteil auf bestimmte Rechtsfolgen hinzuweisen, das Bestimmtheitsgebot, das Gebot der Differenzierung, das Richtigkeitsgebot oder das Gebot der Vollständigkeit (RIS-Justiz RS0115217 [T12]).

Maßstab für die Transparenz ist das Verständnis des für die jeweilige Vertragsart typischen Durchschnittskunden.

Im Rahmen der Verbandsklage hat die Auslegung der Klauseln im „kundenfeindlichsten“ Sinn zu erfolgen (RIS-Justiz RS0016590). Auf eine etwaige teilweise Zulässigkeit der beanstandeten Bedingungen kann nicht Rücksicht genommen werden. Es kann also keine geltungserhaltende Reduktion stattfinden (RIS-Justiz RS0038205).

**Zur Berufung des Klägers:**

Klausel 1 und 2

*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.*

Der Kläger brachte vor, Klausel 1 sei gröblich benachteiligend iS des § 879 Abs 3 ABGB, da allein in der Nichtinanspruchnahme 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. Zudem sei die Klausel auch intransparent (§ 6 Abs 3

KSchG), weil der Verbraucher über die wahre Rechtslage in Unklarem gelassen und ihm suggeriert werde, dass eine derartige Stornierung rechtmäßig sei.

Die Klausel 2 sei in Zusammenschau mit der vorstehenden Klausel 1 zu lesen und wie diese gröblich benachteiligend iS des § 879 Abs 3 ABGB, da die Nichtinanspruchnahme 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 kein Erklärungswert beigemessen werden könne. Aus diesem Grund verstoße die Klausel auch gegen das Transparenzgebot. Darüber hinaus enthalte die Klausel 2 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.

Ergänzend brachte der Kläger zu den Klauseln 1 und 2 vor, dass die Beklagte bereits deshalb passiv legitimiert sei, weil sie diese unzulässigen Vertragsbedingungen auf ihrer Homepage wiedergebe. Faktum sei, dass sich die Klauseln 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“ finden würden. Selbst wenn die Klauseln daher in den AGB der Beklagten als Reisevermittlerin keine normative Wirkung entfalten sollten, was ausdrücklich bestritten werde, würde sich dies spätestens aus den AGB des Reiseveranstalters (für welche die Beklagte ebenfalls passiv legitimiert sei) ergeben. Überdies sei darauf hinzuweisen, dass sich die Klauseln 1 und 2 nicht in den Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG bzw der Niki Luftfahrt GmbH finden wür-

den. Der Verweis dahingehend sei sohin unrichtig. Bezüglich Pauschalreisen, bei welchen Flüge über Air Berlin oder Niki bezogen würden, habe die Klausel - jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung - daher einen normativen Charakter, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich die Reiseveranstalterin als Vertragspartnerin auf diese berufe. Es dürfe nicht übersehen werden, dass sich allfällige Erstattungsansprüche hier nicht gegen die Luftfahrtgesellschaften, sondern gegen die Reiseveranstalterin richteten. 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“ verweise, werde diese Klausel (welche mit der inkriminierten als sinngleich anzusehen sei) Vertragsbestandteil, für welchen 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 würden, gelte das oben Gesagte.

Die Beklagte bestritt und wandte ein, dass im Artikel I. der AGB Punkt 4. „Wichtige Hinweise zu Flugreisen“ dargelegt werde, dass es sich um eine Aufzählung von Tatsachen und gängigen Bestimmungen handle, die aber nicht von der Beklagten 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 mehrfach sprachlich unmissverständlich klargelegt, dass es sich um keinen normativen Inhalt von AGB der Beklagten handle, sondern um Informationen und Hinweise auf AGB von Reiseveranstaltern bzw Reiseleistungserbringern (kurz 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. Der Kläger müsste darlegen, worin ein normativer Inhalt von Hinweisen läge. Insofern sei die Klage auch un schlüssig.

Das gelte auch für Klausel 2. 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 keineswegs verantwortlich, selbst wenn derartige Klauseln unzulässig sein sollten. Entsprechende Vertragsbestimmungen Dritter existierten, ob sie nun rechtmäßig seien oder nicht.

Die Beklagte komme ihrer Informations- und Warnpflicht als Reisevermittlerin nach. Im konkreten Fall wäre der Streit über die Zulässigkeit einer derartigen Regelung nicht mit der Beklagten, sondern mit der Fluglinie oder dem RVA auszutragen.

Der Kläger 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 Gleichset-

zung dieser Funktionen und juristisch getrennter Personen führen würde.

Klausel 3

*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.*

Der Kläger rügte, dass entgegen dem Wortlaut der Klausel die entsprechende - nicht korrekt wiedergegebene - Bestimmung des Montrealer Übereinkommens nebst anderen Abweichungen die Möglichkeit vorsehe, die Ansprüche aus einer Beschädigung, dem Verlust oder einer Verspätung des Reisegepäcks bei Arglist des Luftfrachtführers ohne Einhaltung der Anzeigefristen geltend zu machen. Da die vorliegende Klausel die Rechtslage nicht richtig darstelle, sei sie intransparent iS 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 nicht wirksam vereinbart werden.

Auch diese Klausel finde sich sowohl in den AGB der Reiseveranstalterin holidays.ch AG als auch in den AGB der Beklagten als Reisevermittlerin. Nochmals sei auf die vorliegende Konstellation zu verweisen, wonach die Beklagte Pauschalreisen vermittle, welchen diese AGB zugrunde gelegt würden. Sie sei daher auch für die AGB des Reiseveranstalters passiv legitimiert. 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 eine schriftliche Anzeige an den Luftfrachtführer erstatte.

Die Beklagte entgegnete, dass es sich um eine informative auszugsweise Zusammenfassung von wichtigen Bestimmungen des Montrealer Übereinkommens handle, der kein Regelungsinhalt innewohne. Der Text des Übereinkommens könnte möglicherweise vollständiger mitgeteilt werden, allerdings gelte auch hier, dass überhaupt keine Klausel an sich vorliege, sondern dass Reisende bloß informiert würden. Es sei legitim, die Kunden in groben Zügen 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.

Das Erstgericht gelangte hinsichtlich der Klauseln 1 bis 3 zu dem Schluss, dass die Beklagte selbst klargestellt habe, dass es sich hier um zweigeteilte AGB handle, wobei Abschnitt I. die AGB der Beklagten als Rei-

severmittlerin beinhalte und in Abschnitt II. ausdrücklich detailliert die AGB des Reiseveranstalters angeführt seien (siehe ./1). Nach Ansicht des Erstgerichts unterscheide die Beklagte ausreichend deutlich zwischen ihrer eigenen Stellung und der des Reiseveranstalters. So werde in Punkt I. 1. unmissverständlich klargestellt, dass durch die Buchungsbestätigung der Beklagten ein Vertrag über die ausgewählten Reiseleistungen zwischen dem in den Buchungsunterlagen benannten Veranstalter bzw Reiseleistungserbringer und dem Kunden der Beklagten begründet werde. Was den Ort und die Textierung der Klausel-„Teile“ 1 bis 3 betreffe, so befänden sich diese unter Punkt 4. „Wichtige Hinweise zu Flugreisen“. Der Beklagten sei beizupflichten, dass diese Stellen in ihren eigenen AGB nur einen Hinweis- oder Aufklärungscharakter haben würden, worauf die Kunden bei bestimmten Reisen (insbesondere was konkrete Flüge betreffe) oder im Fall bestimmter Vorfälle (etwa Gepäckverlust) achten sollten. Die Beklagte lege hier keine eigenen AGB für eine konkret gebuchte Flugreise zugrunde. Sie maße sich auch nicht an, unter dem Titel eines bloßen „Reisevermittlers“ tatsächlich als Reiseveranstalter aufzutreten, zumal dieselben Klauseln ohnehin deutlich nochmals in Abschnitt II. beim Reiseveranstalter angeführt würden (siehe S 3 bis 4 in ./1). Konkret zu prüfen wäre ein allfällig normativer Charakter der „Hinweise“ in Bezug auf den namentlich genannten Reiseveranstalter holidays.ch AG, der jedoch nicht Partei sei. Damit gehe aber auch die Argumentation des Klägers zu weit, dass die Beklagte für den jeweiligen Ort und den jeweiligen Inhalt von AGB der betreffenden Flugunternehmen verantwortlich sei.

Der Kläger meint in seiner Berufung, die Begründung des Erstgerichts lasse offen, ob es die teilweise Klagsabweisung auf die mangelnde Passivlegitimation der

Beklagten oder auf den mangelnden AGB- bzw Vertragsformblattbestimmungscharakter an sich gestützt habe. Die Ausführungen des Erstgerichts, dass „diese Stellen“ in den AGB nur Hinweis- und Aufklärungscharakter hätten, aber dennoch ein allfälliger normativer Charakter dieser Hinweise in Bezug auf den Reiseveranstalter holidays.ch AG zu prüfen sei, seien widersprüchlich. Darin liege ein Begründungsmangel.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Das Erstgericht hat dem Sachverhalt richtig als unstrittig zugrunde gelegt, dass die Beklagte die vom Kläger als unzulässig bekämpften AGB, so auch die Klauseln 1 bis 3, im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendet und sie den abgeschlossenen Verträgen zugrunde legt (siehe S 2 der Klagebeantwortung bzw S 4 des Ersturteils), wobei die Beklagte ihre Außerstreitstellung in der Berufungsbeantwortung bekräftigt hat, auch wenn sie den Begriff „Klauseln“ nicht im normativen Sinn verstanden haben will (S 4 der Berufungsbeantwortung der Beklagten). Die Frage, ob die Klauseln 1 bis 3 - wie das Erstgericht und die Beklagte annehmen - bloß „Hinweis- und Aufklärungscharakter“ haben, ist eine Rechtsfrage. Eine allfällige unrichtige rechtliche Beurteilung des Erstgerichts bildet aber keinen Verfahrensmangel.

Auch die vom Kläger zwischen der „Feststellung, dass die Beklagte die acht im Spruch angeführten Klauseln im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendet und sie den abgeschlossenen Verträgen zugrunde legt“, und der Verneinung des normativen Charakters der Klauseln 1 bis 3 durch das Erstgericht erblickte Aktenwidrigkeit liegt nicht vor. Eine Aktenwidrigkeit kann keinesfalls in (allenfalls unrichtigen) rechtlichen Schlussfolgerungen bestehen, sondern vielmehr nur in einem Widerspruch von tatsächlichen Annahmen des Gerichts zum Akteninhalt (RIS-

Justiz RS0043347 [T21]).

Damit ist zur Rechtsrüge des Klägers überzuleiten:

Gegenstand des § 28 KSchG sind AGB, die der Verwender „von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt“ (RIS-Justiz RS0111806). Allerdings genügt schon die drohende Verwendung der unzulässigen Bedingungen enthaltenden AGB oder Formblätter (RIS-Justiz RS0065718). Auf den Umstand, dass die gesetzwidrigen Klauseln „in der Praxis ohnehin anders gehandhabt würden“, kommt es nicht an (RIS-Justiz RS0121726 [T4]; OLG Wien KRES 1h/13). Der Unterlassungsanspruch nach § 28 KSchG besteht auch unabhängig davon, ob der beklagte Unternehmer sich im Einzelfall tatsächlich auf die unzulässigen Bedingungen beruft oder nicht (OLG Wien KRES 1h/7; *Krejci in Rummel ABGB*<sup>3</sup> § 30 KSchG Rz 8).

Da die Beklagte die Klauseln 1 bis 8 unstrittig im geschäftlichen Verkehr mit Verbrauchern verwendet und sie den abgeschlossenen Verträgen zugrunde legt, ist sie auch in Bezug auf die Klauseln 1 bis 3 Verwenderin iS des § 28 Abs 1 KSchG.

Eines argumentativen Rückgriffs auf die Entscheidung 8 Ob 110/08x bedarf es für dieses Ergebnis nicht. Im Unterschied zum vorliegenden Sachverhalt fanden sich die dort in Klage gezogenen Klauseln teilweise ausschließlich in den AGB von Tochtergesellschaften der Beklagten, nicht aber in den AGB der Beklagten selbst. Dennoch erachtete der OGH die dortige Beklagte als „Verwenderin“ der AGB iSd § 28 KSchG (RIS-Justiz RS0124305; RS0124305 [T4]).

In diesem Fall verwendet die Beklagte die Klauseln 1 bis 3 in ihren eigenen AGB (Punkt I.), ebenso wie die Reiseveranstalterin holidays.ch AG, in deren AGB (Punkt II.) sich dieselben Klauseln finden, wie das Erstgericht entgegen der Meinung des Klägers sehr wohl festgestellt hat (S 23 des Ersturteils).

Die Beklagte behauptet, sie bringe mit den Klauseln 1 bis 3 ihren Kunden nur AGB des Reiseveranstalters zur Kenntnis, die sie nicht festgesetzt habe und die auch nicht von ihr „gehandhabt“ würden. Damit macht sie geltend, dass sie sich als Reisevermittlerin selbst nicht auf diese Bestimmungen zu berufen gedenkt, worauf es allerdings - wie bereits ausgeführt wurde - im Verbandsprozess nicht ankommt. Im Übrigen verweist der Kläger zutreffend darauf, dass der Reisevermittler bei der Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen des Reisenden zum Zweck der Weiterleitung an den Reiseveranstalter und bei der Bekanntgabe der Erklärung des Reiseveranstalters an den Reisenden über die Annahme oder Ablehnung des Angebots nicht als Bote des Reisenden, sondern als Gehilfe des Reiseveranstalters handelt (RIS-Justiz RS0019472). In seiner Funktion als Gehilfe des Reiseveranstalters ist ein eigenes Interesse des Reisevermittlers, letztlich den Reiseveranstalter begünstigende Klauseln zum Bestandteil bereits des Vermittlungsvertrags werden zu lassen, keineswegs auszuschließen.

Das Berufungsgericht tritt vor diesem Hintergrund der Auffassung des Erstgerichts nicht bei, dass dem Text und dem Kontext der Klauseln 1 bis 3 zu entnehmen sei, dass diese Textpassagen bloß Hinweis- und Aufklärungscharakter hätten. So schließt Klausel 3 bei Nichteinhaltung bestimmter Anzeigefristen „jede Klage“ bei Gepäckschaden/-verlust aus. Das Wort „regelmäßig“ in Klausel 1 ist bei kundenfeindlichster Auslegung so zu verstehen, dass die Stornierung des Rückfluges stets (als Automatismus) Folge der Nichtwahrnehmung des Hinfluges ist.

Die Klauseln sind daher jedenfalls bei kundenfeindlichster Lesart regelnder und nicht nur informativer Natur. Daran vermag auch die Überschrift „Wichtige Hin-

weise zu Flugreisen“ nichts zu ändern, findet sich ja eine ähnliche Überschrift „Wichtige Hinweise zu Flugpauschalreisen“ auch in den AGB der Reiseveranstalterin holidays.ch AG (Punkt II. 5.), ohne dass zu bezweifeln wäre, dass die den hier strittigen Klauseln textidenten Passagen unter dieser Überschrift mit Rechtsfolgewillen ausgestattet sind.

Der vom Kläger als fehlend gerügten Feststellungen zur exklusiven Vermittlungstätigkeit der Beklagten für die holidays.ch AG, zum Webauftritt der Beklagten und zu den AGB der Fluggesellschaften Air Berlin bzw Niki bedarf es zur Klärung der Frage, ob die Beklagte Verwenderin der Klauseln 1 bis 3 iS des § 28 KSchG ist und ob diese Klauseln einen Regelungsinhalt haben, nicht.

Der inhaltlichen Argumentation des Klägers zur Gesetzwidrigkeit der bekämpften Klauseln setzt die Beklagte nichts Stichhaltiges entgegen.

Nach der Rsp des OGH ist eine Klausel, wonach bei Nichtnutzung eines Flugcoupons in der angegebenen Reihenfolge ein Aufpreis für die tatsächlich beabsichtigte Reiseroute verrechnet wird, sachlich gerechtfertigt, soweit sie nur jene Fälle umfasst, in denen der Fluggast von vornherein die Nutzung eines von mehreren Flügen eines Kombinationsangebots beabsichtigt und so das Tarifsysteem bewusst umgeht. Soweit diese Klausel jedoch auch Kunden belastet, die zunächst das Kombinationsangebot nutzen wollten und sich erst später - etwa wegen des Versäumens oder der Verspätung eines Zubringerfluges oder wegen einer Änderung ihrer Reisepläne - anders entschließen, ist sie gröblich benachteiligend (RIS-Justiz RS0128814).

Allein in der Nichtinanspruchnahme des Hinfluges kann kein bewusstes Ausnutzen der Tarifstruktur einer Fluglinie erblickt werden. Entgegen der Meinung der Beklagten bringt das Wort „regelmäßig“ auch nicht zum

Ausdruck, dass der Rückflug nicht storniert werden dürfe, wenn der Antritt des ersten Fluges nicht absehbar war. Vielmehr impliziert das Wort „regelmäßig“, dass eine Stornierung (allenfalls von vereinzelt, nicht näher definierten Ausnahmen abgesehen) stets erfolgt.

Die Klausel 1 ist iS der Rsp des OGH gröblich benachteiligend gemäß § 879 Abs 3 ABGB, weil sie nicht zwischen Kunden differenziert, die das Tarifsystem der Fluglinie bewusst umgehen wollen und Kunden, bei denen das nicht der Fall ist.

Die gleichen Erwägungen gelten für Klausel 2. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass die Unterlassung einer von einigen Fluggesellschaften geforderte Bestätigung die Stornierung des Rückflugs nach sich zieht, behauptet die Beklagte gar nicht. Schließlich hält die in der Klausel mit der Nichtbestätigung des Rückfluges verbundene Erklärungsfiktion mangels Vereinbarung einer Hinweispflicht auch den Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 2 KSchG nicht stand.

Dass die Klausel 3 die Bestimmungen des Montrealer Übereinkommens nicht vollständig darstellt, räumt sogar die Beklagte ein. Die Klausel lässt nicht erkennen, dass gemäß Art 31 des Montrealer Übereinkommens die Verletzung der Anzeigefrist bei Arglist nicht zum Klageausschluss führt. Schon aus diesem Grund erweist sich die Klausel als intransparent iS des § 6 Abs 3 KSchG.

Der Berufung des Klägers war daher iS einer Klagsstattgebung auch hinsichtlich der Klauseln 1 bis 3 Folge zu geben.

**Zur Berufung der Beklagten:**

Klausel 4 und 5

*4. Datenverwendung und Datenschutz*

*- airberlin holidays erhebt und verwendet Ihre Daten gemäß den datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu Bewer-*

bung, 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 ua 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.

Der Kläger brachte vor, Klausel 4 sei intransparent (§ 6 Abs 3 KSchG), weil weder der Empfängerkreis der Daten bestimmt werde, noch die davon betroffenen Daten. Nach ständiger Rsp 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.

Auch nach deutschem Datenschutzrecht wäre die Klausel unzulässig, zumal Bankdaten und vollständiges

Geburtsdatum nicht nach § 28 Abs 3 BSDG bezüglich Nutzung und Verarbeitung privilegiert wären. Als Zustimmung könne die Klausel auch nicht qualifiziert werden, insbesondere würde eine Einwilligungserklärung nicht dem Hervorhebungserfordernis des § 4a Abs 1 Satz 4 BSDG gerecht werden.

Da ein Verbraucher bei Abschluss eines Reisevermittlungsvertrages nicht damit rechnen müsse, dass seine Daten zur Prüfung der Bonität an Auskunftsteien übermittelt würden, sei Klausel 5 bereits überraschend iS des § 864a ABGB. Das Interesse des Reisevermittlers, Informationen zur Kaufkraft bzw zur finanziellen Situation eines Kunden zu erlangen, könnte das entgegenstehende, berechnigte Schutzbedürfnis der Kunden, dass diese Daten nicht weitergegeben werden, nicht überwiegen. Die Klausel sei somit auch gröblich benachteiligend iS des § 879 Abs 3 ABGB. Darüber hinaus sei die Klausel auch intransparent iS des § 6 Abs 3 KSchG, weil die Klausel die Einholung einer Bonitätsauskunft zwar davon abhängig mache, dass gesetzliche Bestimmungen dem nicht entgegen ständen, jedoch werde dem Verbraucher nicht dargelegt, unter welchen Umständen eine Bonitätsauskunft tatsächlich eingeholt werde bzw eingeholt werden dürfe.

Die Zulässigkeit des sogenannten „Scoring“ durch Dritte setze nach deutschem Recht 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 Auskunftsteien - sei aber nur für sogenannte 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.

Die Beklagte wandte ein, es seien nicht österreichi-

sche, sondern deutsche Datenschutzbestimmungen anzuwenden; dies aufgrund der gültigen Rechtswahl für deutsches Recht.

Klausel 5 sei keine Klausel mit Regelungsinhalt. Sie informiere den Kunden nur über das, was die Beklagte 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 bestehe im Übrigen teilweise die Möglichkeit, die Rechnung durch Bankeinzug zu bezahlen. Sei das entsprechende Konto aber nicht gedeckt, erhalte die Beklagte die ihr zustehende Zahlung nicht oder nicht fristgerecht. Daher sei es gerechtfertigt, vorab die Bonität des Kunden zu überprüfen. Immer wieder werde die Beklagte betrogen, indem Kunden ihre Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit bekundeten, dann aber mangels Durchführung des Bankeinzugs nicht bezahlten. Es bestehe ein essentielles und gerechtfertigtes Interesse, Bonitätsauskünfte einzuholen.

Das Erstgericht führte aus, Klausel 4 verstoße gegen das Transparenzgebot, weil nicht konkret bestimmbar sei, an wen und welche Daten weitergegeben würden. Überdies werde an keiner Stelle auf die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit der Zustimmungserklärung hingewiesen. Der letzte Satz des Punkts 6.1 AGB verstärke die Intransparenz, weil von einer Widerspruchsmöglichkeit gesprochen werde. Dadurch werde der Eindruck vermittelt, dass die Weitergabe der Daten gesetzlich im Sinne einer Art Opt-out Regelung vorgesehen werde. Überdies sei die „Widerspruchsmöglichkeit“ nur für Werbemaßnahmen vorgesehen.

Klausel 5 sei überraschend und somit unzulässig

gemäß § 864a ABGB, weil ein Kunde nicht damit rechne, dass seine Daten zur Prüfung der Bonität an Auskunftsteilen übermittelt werden. Da das Interesse des Reisevermittlers, Informationen zur Kaufkraft bzw zur finanziellen Situation eines Kunden zu erlangen, sicher nicht das berechnigte Schutzbedürfnis der Kunden überwiege, dass diese Daten nicht weitergegeben werden, sei die Klausel auch gröblich benachteiligend iS des § 879 Abs 3 ABGB.

Im Übrigen bleibe die Klausel auch intransparent iS des § 6 Abs 3 KSchG, weil dem Verbraucher nicht dargelegt werde, unter welchen Umständen eine Bonitätsauskunft tatsächlich eingeholt werde bzw eingeholt werden dürfe.

Die Berufung der Beklagten beanstandet in erster Linie, dass das Erstgericht die Klauseln nach österreichischem Recht geprüft hat. Es wurde jedoch bereits gezeigt, dass auf die Klauseln 4 und 5 österreichisches Recht, auch österreichisches Datenschutzrecht, zur Anwendung gelangt. Die Berufungsausführungen, die die Anwendbarkeit deutschen Rechts unterstellen, gehen damit ins Leere.

Ungeachtet dessen bringt die Beklagte mit der Behauptung, sie habe keine Möglichkeit gehabt, sich zum deutschen Datenverarbeitungsrecht zu äußern, weil ihr der vorbereitende Schriftsatz des Klägers erst am 7.6.2016 zugestellt wurde und es ihr bis zur Tagsatzung am 16.6.2016 unter Berücksichtigung des entsprechenden Zeitbedarfs unmöglich gewesen sei, die maßgebliche deutsche Rechtslage zu erheben, schon deshalb keinen wesentlichen Verfahrensmangel zur Darstellung, weil sie selbst in der Klagebeantwortung vom 9.3.2016 die Anwendbarkeit deutschen Rechts behauptet hat. Daher hätte die Beklagte bereits viel früher das nach ihrer Ansicht maßgebliche Vorbringen im Zusammenhang mit der deutschen Rechtslage erstatten und entsprechende Beweisanbote stellen können,

was sie aber nicht einmal in der Berufung nachholt. Ein Gerichtsfehler ist in dem Umstand, dass der Beklagten vom Erstgericht die Erstattung eines weiteren Schriftsatzes verwehrt wurde, jedenfalls nicht zu erblicken.

Eine wirksame Zustimmung zur Verwendung nichtsensibler Daten liegt nach der Rsp des OGH nur vor, wenn der Betroffene weiß, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden. Eine Klausel, welcher der Kunde im Wesentlichen nur entnehmen kann, dass Daten an Dritte weitergegeben werden, nicht aber, welchen konkreten Dritten welche konkreten Daten weitergegeben werden dürfen, ist unzulässig (RIS-Justiz RS0115216).

Die Aufzählung der Dritten, an die die Beklagte Daten weitergeben kann, erfolgt in Klausel 4 lediglich beispielhaft. Darüber hinaus ist der Klausel nicht zu entnehmen, welche konkreten Daten weitergegeben werden. Die Klausel ist damit intransparent und unwirksam iS des § 6 Abs 3 KSchG. Weiters suggeriert der letzte Satz des ersten Absatzes von Punkt 6. „Der Verwendung zur Werbung können Sie jederzeit widersprechen“ irreführender Weise, dass das Gesetz in Bezug auf die Weitergabe von Daten von einer Opt-out Regel ausgehen und sich das Widerspruchsrecht zudem auf Werbemaßnahmen beschränken würde, wie der Kläger und das Erstgericht richtig hinweisen.

Die Klausel 5 stellt sich ebenfalls als intransparent iS des § 6 Abs 3 KSchG dar, weil unklar bleibt, in welchen Fällen eine Bonitätsauskunft eingeholt wird und in welchen nicht („ggf“). Zudem geht aus der Klausel zwar hervor, an welchen konkreten Dritten die Daten des Kunden weiter gegeben werden, welche konkreten Daten im Einzelnen weiter gegeben werden dürfen, bleibt aber völlig unbestimmt (vgl 2 Ob 198/10x).

Da die Klausel 5 schon aus diesem Grund unzulässig ist, kommt es nicht mehr darauf an, ob sie auch überra-

schend iS des § 864a ABGB oder gröblich benachteiligend iS des § 879 Abs 3 ABGB ist, sodass auf die von der Beklagten in diesem Zusammenhang geltend gemachten Feststellungs- und Verfahrensmängel nicht weiter eingegangen werden muss.

Zu Recht hat das Erstgericht die Klauseln 4 und 5 für unzulässig erklärt.

Zuletzt wendet sich die Beklagte gegen die dem Kläger erteilte Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung als überschießend.

Anspruchsvoraussetzung ist das „berechtigte Interesse“ an der Urteilsveröffentlichung (§ 25 Abs 3 UWG iVm § 30 Abs 1 KSchG). Das berechtigte Interesse an der Urteilsveröffentlichung liegt bei der Verbandsklage nach dem KSchG darin, dass die am Rechtsverkehr Beteiligten bzw die Verbraucher als Gesamtheit das Recht haben, darüber aufgeklärt zu werden, dass bestimmte Geschäftsbedingungen gesetz- bzw sittenwidrig sind. Durch die Aufklärung wird die Aufmerksamkeit der Verbraucher für die Unzulässigkeit von Vertragsbestandteilen geschärft und ihnen damit erleichtert, ihre Rechte gegenüber dem Unternehmer wahrzunehmen (RIS-Justiz RS0121963). Dies gilt insbesondere, aber nicht nur für jene Verbraucher, deren Verträgen mit der Beklagten noch die inkriminierten Klauseln zugrunde gelegt worden sind (5 Ob 138/09v).

Gemessen an diesen Zwecken ist die begehrte Veröffentlichung der zu unterlassenden Klauseln zweckmäßig und angemessen. Der OGH hat wiederholt (Nachweise etwa in 2 Ob 198/10x) eine Veröffentlichung in einer Samstags-Ausgabe der „Neuen Kronen-Zeitung“ für notwendig und angemessen erachtet. Sie ist auch hier geboten, um im Interesse der Öffentlichkeit den Verstoß aufzudecken und die beteiligten Verkehrskreise über die wahre Sachlage aufzuklären (6 Ob 81/09v), zumal die Beklagte ja zuge-

steht, dass eine Information im gesamten Bundesgebiet gerechtfertigt ist, und bei einer weniger auflagenstarken Zeitung zu befürchten wäre, dass die beteiligten Verkehrskreise nicht zur Gänze erreicht werden.

Der Berufung der Beklagten war daher kein Erfolg beschieden.

Die Abänderung des Ersturteils bedingt eine Neufassung der erstinstanzlichen **Kostenentscheidung**. Diese gründet sich auf § 41 ZPO iVm § 54 Abs 1a ZPO.

Die Kostenentscheidung des Berufungsverfahrens beruht auf §§ 41, 50 ZPO. Die Beklagte hat dem Kläger die Kosten von dessen Berufung und Berufungsbeantwortung zu ersetzen. Der dreifache Einheitssatz für die Berufung beläuft sich allerdings auf 150% und nicht - wie verzeichnet - 160%.

Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstands folgt der Bewertung durch den Kläger. Gegenstand des Berufungsverfahrens waren nur mehr fünf von acht Klauseln und das Veröffentlichungsbegehren.

Die zu prüfenden Klauseln betreffen eine große Anzahl von Kunden, die ordentliche Revision ist daher zulässig (RIS-Justiz RS0121516).

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 5, am 29. November 2016

**Dr. Maria Schrott-Mader**

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG