

# TE OGH 2021/6/10 22R68/21m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.06.2021

## Kopf

Im Namen der Republik

Das Landesgericht Korneuburg als Berufungsgericht hat durch die Richter Mag. Iglseider als Vorsitzenden sowie Mag. Straußl und Mag. Rak in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\*, vertreten durch Skribe Rechtsanwälte GmbH in Wien, wider die beklagte Partei A\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\* AG, vertreten durch MMag. Christoph Krones, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 1.947,14 s.A., in Folge Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Schwechat vom 27.11.2020, 25 C 126/19w-13 (Berufungsinteresse: EUR 1.504,04 s.A.), in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es insgesamt zu lauten hat:

„[1] Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen EUR 445,68 samt 4 % Zinsen aus diesem Betrag ab 02.05.2018 zu zahlen.

[2] Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei weitere EUR 1.501,46 samt 4 % Zinsen aus diesem Betrag ab 02.05.2018 zu zahlen, wird abgewiesen.

[3] Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 438,01 (darin EUR 77,10 USt) bestimmten Kosten des Verfahrens zu ersetzen.“

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 314,71 (hierin EUR 52,45 USt) bestimmten Kosten der Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu Händen des Beklagtenvertreters zu ersetzen.

Die Revision ist jedenfalls unzulässig.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger buchte für sich und seine Mitreisenden S\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, N\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\*, H\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\* und F\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\* über den Reisevermittler T\*\*\*\*\* S.A. eine Flugreise von Brüssel über Wien nach Bangkok und retour von Bangkok über Zürich nach Brüssel und zahlte dafür EUR 2.293,33. Der Kläger stornierte die Flugreise.

Die Ticketpreise für den Flug setzen sich wie folgt zusammen:

- jeweils für den Kläger, S\*\*\*\*\* T\*\*\*\*\*, N\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\*, H\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\*:

reiner Flugpreis EUR 58,-- („Fare“)

Kerosinzuschlag EUR 360,-- (YQ“)

Reservierungsgebühr EUR 16,-- („YR“)

Steuern/Gebühren: EUR 90,13

- für F\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\*:

reiner Flugpreis EUR 6,-- („Fare“)

Steuern/Gebühren: EUR 2,58

(insgesamt daher EUR 2.105,10)

Mit der am 04.02.2019 beim Erstgericht eingebrachten Klage beehrte der Kläger EUR 1.947,14 samt Zinsen und brachte dazu vor, dass die Buchung der Flugreise zu privaten Zwecken erfolgt und er Verbraucher sei. Auf den zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Luftbeförderungsvertrag komme Werkvertragsrecht zur Anwendung. Er habe am 27.01.2018 von seinem werkvertraglichen Recht Gebrauch gemacht, die Flugreise durch Stornierung nicht in Anspruch zu nehmen. Ab diesem Zeitpunkt seien der geschlossene Luftbeförderungsvertrag und damit auch die Verpflichtung der Beklagten zur Beförderung weggefallen. Sie verliere damit ihren Anspruch auf das gesamte Beförderungsentgelt. Er begehre daher die gänzliche Rückerstattung der Steuern und Gebühren samt Zuschlägen von EUR 1.867,14, die nur bei Inanspruchnahme des Fluges anfallen würden, sowie pauschal EUR 80,-- für ersparte Verpflegung und Kerosinersparnis wegen reduzierten Gewichts für jeweils fünf Personen. Ein im Tariffsystem der Beklagten enthaltener und allenfalls vereinbarter pauschaler und undifferenzierter Ausschluss der Erstattungsfähigkeit von Flugtickets sei gegenüber einem Verbraucher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und damit nichtig; dies entspreche der Vereinbarung einer 100%igen Stornogegebühr, diese sei zu mäßigen.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte die Abweisung der Klage, wandte die mangelnde Aktivlegitimation hinsichtlich der Mitreisenden des Klägers ein und brachte vor, dass sich der Kläger freiwillig bei der Buchung einen nicht erstattbaren Tarif („Fare“) ausgemacht habe. Die Anwendung des § 1168 ABGB sei dadurch gültig abbedungen worden. Die Beklagte habe sich lediglich Steuern/Gebühren von EUR 90,13 pro Passagier erspart, nicht aber den reinen Flugpreis („Fare“), den Kerosinzuschlag („YQ“) und die Reservierungsgebühr („YR“). Der Flug sei nicht ausgebucht gewesen, und die Tickets hätten nicht mehr weiter verkauft werden können.

Mit dem angefochtenen Urteil sprach das Erstgericht dem Kläger einen Betrag von EUR 443,10 samt Zinsen zu, wies das Mehrbegehren von EUR 1.504,04 samt Zinsen ab und verhielt den Kläger zur Zahlung der mit EUR 438,01 bestimmten Prozesskosten. Es traf die auf Seiten 3 und 4 der Urteilsausfertigung ON 13 ersichtlichen Feststellungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird. Rechtlich folgte es, dass es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Beförderungsvertrag um ein vertragliches Schuldverhältnis iSd Rom I-VO handle. Art 5 Abs 2 dieser Verordnung enthalte eine Sonderbestimmung für Personenbeförderungsverträge, nach dem – wenn die Vertragsteile keine Rechtswahl getroffen hätten – das Recht des Staates anzuwenden sei, in dem der Beförderer seinen gewöhnlichen Aufenthalt („Sitz“) habe, wenn – wie hier – der Abgangs- oder Bestimmungsort nicht auch gleichzeitig der Ort sei, in dem die zu befördernde Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt habe. Auf den zwischen den Streitparteien abgeschlossenen Beförderungsvertrag sei daher materielles österreichisches Werkvertragsrecht anwendbar. Nach § 1168 Abs 1 ABGB habe der Werkunternehmer bei Unterbleiben der Ausführung des Werks aus Gründen, die in der Sphäre des Werkbestellers liegen würden, Anspruch auf den vereinbarten Werklohn, er müsse sich jedoch anrechnen lassen, was er sich infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt habe. Die Abbestellung der Flugreise sei zulässig, deren Gründe würden aber in der Sphäre des Klägers liegen. Dem gegenüber habe sich die Beklagte EUR 363,10 (vier Mal EUR 90,13) und EUR 2,58, jeweils an Steuern/Gebühren erspart; darüber hinaus auch Verpflegung und Kerosin im Umfang eines um vier Passagiere und deren Gepäck reduzierten Gesamtgewichts, wofür nach § 273 ZPO ein pauschaler Betrag von EUR 80,-- angemessen sei. Der Kläger sei aktiv legitimiert, weil er die Flugreise nicht nur gebucht, sondern auch bezahlt habe.

Gegen den klagsabweisenden Teil dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers aus dem Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren auch hinsichtlich eines weiteren Betrags von EUR 1.504,04 samt Zinsen stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Berufung ist teilweise – nämlich lediglich im Umfang eines vom Berufungsgericht wahrzunehmenden Rechenfehlers des Erstgerichts – berechtigt.

Vorab ist festzuhalten, dass sich der Berufungswerber nicht gegen die Anwendung materiellen österreichischen Rechts ausspricht.

Er stützt sich in seinem Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Entscheidung zu hg 21 R 109/19f und verweist darauf, dass es sich bei einem Anspruch nach § 1168 Abs 1 ABGB nicht um einen vertraglichen, sondern um einen aus dem Gesetz abgeleiteten Anspruch handle. Fraglich sei, ob die beiden Ansprüche in einem synallagmatischen Zusammenhang stünden. Selbst in diesem Fall würden aber beide Konditionsansprüche iSd „Zwei-Konditionen-Theorie“ voneinander unabhängig bestehen, sodass die Behauptung und Geltendmachung eines Entgeltanspruches nach § 1168 ABGB nicht zu einer betragsmäßigen Schmälerung seines Rückzahlungsanspruches führe. Somit stehe ihm der Rückzahlungsanspruch ungeschmälert zu, dem durch die Auflösung ex nunc die Rechtsgrundlage entzogen worden sei. Eine Zug-um-Zug Einrede bestehe nicht, ebenso wenig habe die Beklagte eine Gegenforderung geltend gemacht oder eine außergerichtliche Aufrechnungserklärung erhoben. Es könne schon zutreffend sein, dass sich die Beklagte nicht mehr erspart habe, als das, was das Erstgericht bereits zugesprochen habe, darauf käme es aber nicht an.

Dazu hat das Berufungsgericht erwogen:

Auf Beförderungsverträge sind die werkvertraglichen Regelungen anzuwenden (vgl. Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1168 Rz 26).

Es ist anerkannt, dass im Rahmen eines Werkvertrags kein Anspruch des Unternehmers auf Herstellung und Abnahme des Werks besteht, weshalb die Abbestellung (Stornierung) durch den Besteller – sofern keine Abnahmeverpflichtung vereinbart wurde – zulässig und rechtmäßig ist (vgl. 23 Ob 126/11t; 8 Ob 131/17y; 7 Ob 43/14w; 8 Ob 102/19m; 7 Ob 34/20f; RS0025771; RS0021809 u.a.). Die Abbestellung des Werks führt zur vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses. Diese Ansicht entspricht zum einen der Lehre, dass mit der Abbestellung die Pflicht des Unternehmers zur (weiteren) Herstellung entfällt, ohne dass ein Rücktritt des Unternehmers nötig ist. Zum anderen ist auch in Deutschland zur parallelen Bestimmung des § 649 (ab 01.01.2018 – mit unverändertem Wortlaut – § 648) BGB

B, welche dem durch die 3. Teilnovelle (TN) eingeführten § 1168 ABGB als Vorbild diente, anerkannt, dass die dort explizit vorgesehene „Kündigung“ des Werkvertrags durch den Besteller zur Beendigung des Werkvertragsverhältnisses – und zwar ex nunc – führt. Aus dem Herrenhausbericht (HHB) zur 3. TN geht hervor, dass der historische Gesetzgeber „Abbestellen“ und „Kündigen“ als Synonyme betrachtete. Dem HHB ist weiters zu entnehmen, dass sich in § 1168 Abs 1 ABGB im Unterschied zu § 649 aF (§ 648 nF) BGB nur deshalb kein Recht auf Abbestellung (synonym: Kündigung) findet, weil das Subkomitee der juristischen Kommission des Herrenhauses „eine eigene Norm, die dem Besteller bis zur Vollendung des Werkes das Recht gibt, die Arbeit abzubestellen („den Vertrag zu kündigen“: dt BGB § 649), nicht für nötig“ hielt. Dass hierdurch ein Abweichen der österreichischen von der deutschen Rechtslage beabsichtigt gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Daher ist bei Abbestellung eines Werks (Stornierung eines Auftrags) das Vertragsverhältnis (ex nunc) beendet (8 Ob 131/17y = ecoclex 218, 895).

Allerdings hat der Besteller bei zulässiger und rechtmäßiger Abbestellung die in § 1168 ABGB vorgesehenen Folgen zu tragen (RS0025771 [T3]). Nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB gebührt dem Unternehmer bei Unterbleiben der Ausführung des Werks gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen, daran verhindert worden ist; er muss sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

Rechtsfolge der Abbestellung (Stornierung) ist nach § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB die Berechtigung des Unternehmers, den (eingeschränkten) Werklohn zu fordern. Dieser Anspruch ist ein Entgeltanspruch und kein Schadensersatzanspruch (8 Ob 131/17y; Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>6</sup> 2020, § 1168, Rz 6; 1 Ob 268/03y; 4 Ob 209/18s; 1 Ob 107/16s; 3 Ob 213/15t; RS0021875 u.a.). Der Werkbesteller behält nach § 1168 ABGB den beschränkten Entgeltanspruch, wenn die Verhinderung in Umständen ihren Grund hat, die auf Seiten des Bestellers liegen (RS0021782 mwN; 7 Ob 43/14w). Dem leistungsbereiten Unternehmer bleibt der vertragliche Werklohnanspruch erhalten (Krejci in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1168 ABGB Rz 13). Der Entgeltanspruch der Fluggesellschaft bleibt weiterhin aufrecht, allerdings muss sich die Jene Beträge abziehen lassen, die sie sich durch die Stornierung erspart hat (ZVR

2020/73; 10 Ob 2/07b). Aufgrund der oben dargestellten Anlehnung des § 1168 ABGB an § 648 (vormals § 649) BGB kann auch die dt Lehre und Rsp für die Auslegung der Rechtsnatur des Anspruchs nach § 1168 ABGB herangezogen werden. Demnach handelt es sich beim Anspruch des Unternehmers um einen aufrecht gebliebenen (allenfalls verminderten) Entgeltanspruch und nicht um einen eigenen – durch Kündigung neu entstandenen – „gesetzlichen Anspruch“ (idS irreführend Rebhahn/Kietaibl in Schwimann/Kodek ABGB V4 § 1168 Rz 18 unter Bezugnahme auf 1 Ob 200/08f, wo das Höchstgericht davon spricht, dass § 1168 Abs 1 letzter Satz ABGB einen „gesetzlichen“ Anspruch normiere, der keine Parteienvereinbarung voraussetze). Auch durch die Kündigung wird der Besteller vom Grundsatz des „pacta sunt servanda“ nicht eigentlich entbunden. Für ihn als Gläubiger gilt er ohnehin nicht; soweit er Schuldner ist, hält ihn § 648 S 2 BGB an seiner Verpflichtung fest, die nur den Umständen entsprechend modifiziert wird (Peters in Staudinger, BGB [2019], § 648 Rz 7). Wenn § 648 BGB die Vertragsaufsage des Bestellers als Kündigung bezeichnet, muss man sich vergegenwärtigen, dass sie eine solche ganz besonderer Art ist, denn die typische Kündigung beendet die vertraglichen Leistungspflichten beider Seiten zum Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens, die „Kündigung“ des Bestellers dagegen nur einseitig die des Unternehmers; die eigene Zahlungspflicht des Bestellers bleibt erhalten (Peters in Staudinger, BGB [2019], § 648 Rz 5). Dem Unternehmer steht der ursprünglich vertragsgemäße Werklohnanspruch zu, nicht nur ein Entschädigungsanspruch (Busche in MünchKommBZB [2020], § 648 Rz 18).

Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass der Kläger nach der Auflösung des Werkvertrages mit Wirkung ex nunc zwar einen Kondiktionsanspruch nach § 1435 ABGB hat; dieser reicht aber nur soweit, als das von ihm bereits gezahlte Entgelt den – durch § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB modifizierten (geminderten) – Entgeltanspruch der Beklagten übersteigt.

Die Beklagte hat daher auch keinen – vom Entgeltanspruch verschiedenen – „gesetzlichen“ Anspruch, den sie außergerichtlich oder mittels Aufrechnungseinrede gegen einen das gesamte gezahlte Entgelt umfassenden Kondiktionsanspruch des Klägers einzuwenden hätte. Die gegenteilige vom (vormaligen) Senat 21 des Berufungsgerichts vertretene Auffassung (21 R 109/19f, 21 R 167/19k und 21 R 198/19v) wird daher nicht (mehr) geteilt.

Das Rechtsmittelgericht hat jedoch, wenn es überhaupt in der Rechtsfrage angerufen ist, die materiell-rechtliche Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung nach allen Richtungen hin zu prüfen (RS0043352). Dabei war aufzugreifen, dass das Erstgericht in seiner rechtlichen Beurteilung zwar zutreffend davon ausgeht, dass das Entgelt der Beklagten auch um die EUR 2,58 an Steuern und Gebühren für den Fluggast F\*\*\*\*\* E\*\*\*\*\* zu mindern sei, diesen rückzuzahlenden Betrag aber im Zuspruch – offenbar irrtümlich – nicht berücksichtigt hat.

Zusammengefasst errechnet sich der Anspruch des Klägers daher wie folgt:

vereinbartes Entgelt EUR 2.105,10

Ersparnis der Beklagten - EUR 445,68

gemäß § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB gemindertem Entgelt EUR 1.659,42

Da das gesamte vereinbarte Entgelt von EUR 2.105,10 bereits bezahlt wurde, hat der Kläger einen Rückforderungsanspruch im Ausmaß der Differenz zum gemindertem Entgelt von EUR 1.659,42, das sind EUR 445,68.

Der Berufung war daher nur im Umfang des der unrichtigen rechtlichen Beurteilung zuzuordnenden Rechenfehlers Folge zu geben, im Übrigen war ihr ein Erfolg zu versagen.

Auf die Kostenentscheidung für das erstinstanzliche Verfahren hat dieser äußerst geringfügige mehr Zuspruch keine Auswirkungen.

Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren beruht auf § 43 Abs 2 erster Fall, 50 ZPO. Da der Kläger nur mit einem geringfügigen Teil seines Berufungsinteresses ist durchgedrungen, hat er der Beklagten die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision beruht auf §§ 500 Abs 2 Z 2, 502 Abs 2 ZPO.

#### **Textnummer**

EKO0000048

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LG00119:2021:02200R00068.21M.0610.000

**Im RIS seit**

11.08.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

11.08.2021

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)