

Streckenbindungsklauseln und ihre Implementierung
im Personenluftbeförderungsvertrag

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Lukas Kroll

aus: Sonthofen

Referent: Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Korreferent: PD Dr. Moritz Pöschke

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Februar 2024

Danksagung

Besonderer Dank gilt meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb für das Ermöglichen dieser Dissertation sowie für ihre Unterstützung bei der Erstellung der Arbeit. Ebenso danke ich dem Korreferenten Herrn PD Dr. Moritz Pöschke für seine Förderung und Ratgebung für dieses Projekt.

Ausdrücklich möchte ich auch Herrn Hadel, Herrn Dr. Kronenberg, Frau Lingscheid und Herrn Mattheß für den jahrelangen thematischen und inspirierenden Austausch danken.

Für die mühsame Arbeit des Korrekturlesens gilt meiner Schwester ein großer Dank.

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

DANKSAGUNG	III
INHALTSVERZEICHNIS	IV
EINLEITUNG	1
<i>Untersuchungsgegenstand</i>	2
<i>Forschungsstand</i>	9
<i>Gang der Untersuchung</i>	11
§ 1: DER PERSONENLUFTBEFÖRDERUNGSVERTRAG – EIN ATYPISCHER WERKVERTRAG	13
A DER WERKVERTRAG ALS BASIS DES PERSONENLUFTBEFÖRDERUNGSVERTRAGES	14
I. Kurze Entwicklungsgeschichte des Werkvertragstyps	14
1. Vor Inkrafttreten des BGB.....	15
a) Antike.....	16
b) Mittelalter bis 20. Jahrhundert	16
2. Der Werkvertrag im BGB.....	17
a) Streit um den Umfang des „Werkes“	18
b) Erster Entwurf des Werkvertragsrechts im BGB	19
c) Weitere Entwicklung zur endgültigen Fassung	20
3. Zusammenfassendes Ergebnis	21
II. Kennzeichen	21
1. Wesentliche kennzeichnende Elemente	22
a) Hauptpflichten	22
b) Risikoverteilung	27
c) Kündigungsregime als Zeichen der Veränderlichkeit.....	27
2. Übrige Elemente	29
a) Schöpferische Leistung	29
b) Selbstständigkeit.....	30
c) Dauerhaftigkeit der Leistung	30
d) Tätigwerden.....	31
e) Sicherungsrechte	31
f) Mitwirkungshandlung.....	31
g) Spannungsverhältnis zwischen Leistungsziel und Leistungsbeschreibung	32
h) Mangelgewährleistungsrecht	32
i) Übertragbarkeit des Anspruchs	32
j) Nebenpflichten	33
III. Abgrenzung zu anderen Verträgen	33
1. Kaufvertrag	33
2. Dienstvertrag	35
a) Abgrenzungsversuch aus der Historie heraus.....	36

b)	Abgrenzungsversuche im BGB	37
c)	Unterscheidung nur schwer möglich	38
3.	Sachmiete	38
4.	Chartervertrag	39
5.	Maklervertrag §§ 652 ff. BGB/ §§ 93 ff. HGB	40
IV.	<i>Besondere Werkverträge und ihre Regelungen</i>	40
1.	Besondere Werkverträge im BGB (Auszüge).....	41
a)	Geschäftsbesorgungsvertrag	41
b)	Maklervertrag (§§ 652 ff. BGB).....	42
c)	Pauschalreisevertrag (§§ 651a ff. BGB)	43
d)	Verwahrungsvertrag (§§ 688 ff. BGB/ §§ 476 ff. HGB)	43
2.	Transport-/Beförderungsverträge	43
a)	Der Frachtvertrag.....	45
b)	Der Speditionsvertrag.....	46
c)	Unterschiede zum Personenbeförderungsvertrag.....	46
V.	<i>Das Synallagma</i>	46
B	RECHTLICHE QUALIFIKATION DES PERSONENLUFTBEFÖRDERUNGSVERTRAGS	47
I.	<i>Begrenzung auf das deutsche Privatrecht</i>	48
1.	Das Luftrecht bzw. Luftverkehrsrecht	48
a)	Allgemeine Kategorisierung.....	48
b)	Hierarchiestufen	50
2.	Abgrenzung anhand der Kollisionsnormen	51
II.	<i>Der Personenluftbeförderungsvertrag als Werkvertrag</i>	53
1.	Vergleich wesentlicher Elemente.....	55
a)	Hauptleistungspflicht des Unternehmers	55
b)	Veränderlichkeit/Kündigungsregime	59
2.	Vergleich der übrigen Elemente.....	67
a)	Mitwirkung	67
b)	Spannungsverhältnis zwischen Leistungsziel und Leistungsbeschreibung	67
c)	Mangelgewährleistungsrecht	68
d)	Übertragbarkeit des Anspruchs	68
e)	Zeitpunkt der Leistung	69
3.	Abgrenzung zu anderen Vertragsformen.....	71
a)	Kaufvertrag	71
b)	Dienstvertrag	72
4.	Implementierung atypischer Elemente.....	73
a)	Anstelle des Werkvertrags.....	73
b)	Unterkategorien im Werkvertrag	76
c)	Typengemischter Vertrag aus atypischem Vertrag und Werkvertrag	77
5.	Ergebnis	79
C	ZUSAMMENFASSUNG DES ERSTEN TEILS.....	80
	§ 2: STRECKENBINDUNGSKLAUSELN IN ABB: URSACHEN UND WIRKUNG.....	82

A	WIRTSCHAFTLICHER HINTERGRUND DER STRECKENBINDUNGSKLAUSELN	82
I.	<i>Preisbildung im Personenluftbeförderungsvertrag</i>	83
1.	Zunehmende Liberalisierung.....	83
2.	Der Tarif	84
a)	Unterscheidung von IATA-Tarifen und anderen Nicht-IATA-Tarifen.....	85
b)	Formelle und materielle Tarifgestaltung	87
c)	Branded Fares.....	90
3.	Preisfindungsmodell: Revenue Management	90
a)	Begriffserläuterung.....	91
b)	Das Revenue-Management-System bei Netzwerk-Fluggesellschaften.....	91
c)	Revenue Management bei Streckenspezialisten	95
d)	Hybrides Revenue Management	97
4.	Distribution	97
5.	Konsequenzen für die Tarifbedingungen	98
II.	<i>Dynamische und personalisierte Preise durch Preisalgorithmen</i>	98
1.	Dynamische Preise	99
2.	Personalisierte Preise.....	99
III.	<i>Umgehungsversuche</i>	100
1.	Cross-ticketing (Überkreuzbuchen).....	100
2.	Cross-border-selling	101
3.	„Nachträgliches“ Umgehen.....	102
B	STRECKENBINDUNGSKLAUSELN ALS ANTWORT AUF UMGEHUNGSVERSUCHE	102
I.	<i>Streckenbindungsklauseln als Antwort auf die außergewöhnlichen Buchungsvorgänge</i>	103
1.	Verfallsklauseln	104
2.	Nachzahlungsklauseln	105
a)	Differenzvariante	106
b)	Fixpreisvariante	107
c)	Gepäckausgabeaufschlag.....	107
3.	Vergleichsübersicht.....	108
II.	<i>Entwicklung von ABB</i>	109
1.	Aufkommen von AGB im Transportbereich	109
2.	Kontrolle von AGB im Transportbereich	110
III.	<i>Entwicklung von ABB im Luftfahrtbereich am Beispiel der Lufthansa</i>	112
1.	Die IATA als Treiber von ABB	112
a)	Entstehung und Aufgaben der IATA.....	112
b)	Heutige Aufgaben	113
2.	Entwicklung der Beförderungsbedingungen der IATA	114
3.	Kontrolle der Lufthansa ABB	115
C	ZUSAMMENFASSUNG DES ZWEITEN TEILS.....	116
§ 3: IMPLEMENTIERUNG DER STRECKENBINDUNGSKLAUSELN IN DEN ALLGEMEINEN		
BEFÖRDERUNGSBEDINGUNGEN ALS STATUS QUO		118

A	BEISPIELBUCHUNG ZUR VERANSCHAULICHUNG	118
I.	<i>Buchung vor Ausbruch der Corona-Pandemie</i>	119
II.	<i>Buchung nach Ausbruch der Corona-Pandemie</i>	120
B	DIE IMPLEMENTIERUNG DER VERFALLSKLAUSEL IN ALLGEMEINEN BEFÖRDERUNGSBEDINGUNGEN	122
I.	<i>Allgemeine Beförderungsbedingungen als AGB</i>	123
1.	Grundsätzliches Vorliegen von AGB.....	124
2.	Keine Ausnahmen bei der Anwendbarkeit des AGB-Rechts	125
a)	IATA-Beförderungsbedingungen	125
b)	Ausnahme aus den Anfängen der Luftfahrt.....	126
3.	Problematik der Individualvereinbarung	126
a)	Individualvereinbarung allgemein	126
b)	Aushandeln der Verfallsklausel.....	127
II.	<i>Einbeziehungskontrolle</i>	127
1.	Privilegien des § 305a BGB.....	128
2.	Der Überraschungseffekt gem. § 305c Abs 1 BGB	129
a)	Grundlagen des Überraschungseffekts.....	129
b)	Überraschende Verfallsklausel im Personenluftbeförderungsvertrag.....	130
III.	<i>Inhaltskontrolle</i>	132
1.	Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB	132
a)	Problemaufriss und Umfang von § 307 Abs. 3 S. 2 iVm § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	133
b)	Leistungsbeschreibung in der Verfallsklausel	135
2.	Materielle Inhaltskontrolle	136
a)	Vertragsstrafe gem. § 309 Nr. 6 BGB	137
b)	Unangemessene Benachteiligung gem. § 307 BGB	138
c)	Kein Ausschluss durch Treu und Glauben	139
IV.	<i>Zwischenergebnis</i>	139
C	DIE IMPLEMENTIERUNG DER NACHZAHLUNGSKLAUSEL IN ALLGEMEINEN BEFÖRDERUNGSBEDINGUNGEN	140
I.	<i>Einbeziehungskontrolle</i>	141
1.	Objektive Elemente.....	141
2.	Subjektives Element	141
a)	Ablehnende Ansicht.....	141
b)	Befürwortenden Ansicht.....	142
3.	Wertung	143
II.	<i>Inhaltskontrolle</i>	143
1.	Auslegung und Anwendungsbereich.....	144
2.	Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB	144
a)	Problemaufriss.....	144
b)	Leistungsbeschreibung	145
c)	Preisvereinbarung.....	145
d)	Zwischenergebnis	147
3.	Spezifische Erwägungen zur Differenzvariante	148
a)	Transparenzkontrolle.....	149

b)	Spezielle Klauselverbote	151
c)	Gemeinsame Prüfung von § 307 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 1 BGB.....	154
d)	Kein verbliebener Anwendungsbereich von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	163
e)	Vergleiche	164
4.	Spezifische Erwägungen zur Fixpreisklausel.....	168
a)	Abwägung durch das LG Frankfurt.....	168
b)	Pauschalierter Schadensersatz § 309 Nr. 5 BGB	169
III.	Zwischenergebnis	169
D	ZUSAMMENFASSUNG DES DRITTEN TEILS	169

**§ 4: MÖGLICHE RECHTSKONFORME LÖSUNGEN FÜR DIE IMPLEMENTIERUNG VON
STRECKENBINDUNGSKLAUSELN UND/ODER DEREN FUNKTION 171**

A	KRITISCHE ÜBERPRÜFUNG DES ERGEBNISSES	171
I.	<i>Differenzierung nach Art und Weise der Nicht-In-Anspruchnahme</i>	<i>172</i>
1.	Praktische Unterscheidungen in AGB	172
a)	IATA-Mitglieder.....	172
b)	Nicht-IATA-Mitglieder	177
2.	Ursächliche Unterscheidungen der Nicht-Inanspruchnahme	177
c)	Bewusstes Umgehen	178
a)	Unbewusstes Umgehen	178
3.	Auswertung.....	179
II.	<i>Mechanismen des BGB für den Interessenausgleich zwischen Passagier und Fluggesellschaft</i>	<i>181</i>
1.	Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	181
a)	Täuschung gem. § 123 Abs. 1 Hs. 1 BGB	181
b)	Tatsache.....	183
c)	Täuschungshandlung	183
d)	Arglist.....	187
e)	Zeitliches Element.....	190
f)	Weitere Korrekturen.....	190
g)	Rechtsfolge	191
2.	Culpa in contrahendo.....	191
3.	Rücktritt	192
a)	Keine Vereinbarung einer Entgegennahmepflicht.....	193
b)	Vereinbarung einer Obliegenheit	194
c)	Bloße Rücksichtnahmepflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB	195
4.	Pflichtverletzung	195
a)	Pflichtverletzung: Nicht-Inanspruchnahme der Leistung.....	195
b)	Pflichtverletzung: Falsche Auswahl am Buchungszeitpunkt	196
5.	Schutzzweckzusammenhang.....	196
6.	Rechtsgedanke des § 285 BGB.....	196
7.	Bereicherungsrecht.....	196
8.	Ergebnis	197

III.	<i>Implementierung von Streckenbindungsklauseln in Tarifbedingungen</i>	198
1.	Individualvereinbarung	198
a)	Instanz- und obergerichtliche Rechtsprechung	199
b)	BGH-Rechtsprechung	200
c)	Kritik	203
d)	Konsequenz	205
2.	Einbeziehungskontrolle	205
a)	Allgemeines	206
b)	Überraschende Klausel gem. § 305c BGB	206
3.	Inhaltskontrolle	207
a)	Anwendungsbereich	207
4.	Transparenzkontrolle	209
IV.	<i>Europarechtliche Erwägungen</i>	210
V.	<i>Rabattlösung</i>	211
B	GEDANKEN ZUR ÄNDERUNG DER GESETZESLAGE	212
I.	<i>AGB-Kontrolle durch Verwaltung und Gesetzgeber</i>	212
1.	AGB-Kontrolle durch Verwaltung	212
a)	Wiedereinführung der Genehmigungspflicht	212
b)	Umformulierung der aktuellen Kontrollmöglichkeit	213
2.	Verbot der Klausel durch Anpassung der Fluggastrechte-Verordnung	213
II.	<i>Einführung einer Missstandsklausel</i>	214
III.	<i>Neue gesetzliche Regelung</i>	215
C	EINORDNUNG DER INTERESSENSABWÄGUNG	215
I.	<i>Vergleich mit ähnlichen Problemfeldern</i>	215
1.	Vorleistungspflicht	216
a)	Argumentation des BGH	216
b)	Kritik	217
2.	Kündigungsklauseln	218
a)	BGH-Entscheidung zu Kündigungsklauseln	218
b)	Anschließender Konflikt	219
c)	Analyse	219
II.	<i>Einflüsse der Corona-Pandemie</i>	220
III.	<i>Rechtswidrigkeit von Streckenbindungsklauseln in ABG des flexiblen Personenbeförderungsvertrag</i>	221
D	ZUSAMMENFASSUNG DES VIERTEN TEILS	221
	§ 5: ERGEBNISSE	223
	LITERATURVERZEICHNIS	228

„Der Mensch ist das einzige Wesen, das im Fliegen eine warme Mahlzeit zu sich nehmen kann.“

Loriot¹

Einleitung

Der Traum vom Fliegen ist vermutlich so alt wie die Menschheit selbst. Vor etwas über hundert Jahren begann er Realität zu werden: der erste erfolgreiche Flugversuch der Gebrüder Wright am 17. Dezember 1903 gilt als die Geburtsstunde der modernen, aerodynamischen Luftfahrt.² Innerhalb nur weniger Jahrzehnte folgte eine rasante technische Entwicklung bis hin zur heutigen Alltäglichkeit internationalen Flugverkehrs. Stellte die Beförderung durch die Luft anfangs nur für einen kleinen Kreis eine Option dar, so ist sie heute – jedenfalls in der westlichen Welt – auch für weite Teile der Mittelschicht selbstverständlich. Wie alltäglich die Personenluftbeförderung geworden ist, zeigte sich gerade auch durch die COVID-19-Pandemie. Weltweit wurden in hohem Tempo Hemmnisse für Reisende durch Einreisebestimmungen und Quarantänepflichten eingeführt, um die Ausbreitung der Krankheit zu stoppen. Infolgedessen brachen Buchungszahlen massiv ein und der Personenflugverkehr, wie er üblich geworden war, konnte ab ca. März 2020 quasi kaum noch stattfinden. Der Kurztrip in eine europäische Metropole, die Fernreise, der geschäftliche Besuch – all das entfiel und nicht für alles ließ sich virtueller Ersatz finden. Zahlen belegen dieses Gefühl großer Schwankungen: so wurden im Jahr 2019 4,4 Milliarden Passagiere bei ca. 8,6 Billionen Passagierkilometern befördert.³ Zum Vergleich: Im Jahr 1975 waren es gerade einmal 434 Millionen Passagiere bei 697 Mrd. Passagierkilometern.⁴ Die Passagieranzahl hatte sich in etwa 40 Jahren also verzehnfacht, eine enorme Steigerung. Im gesamten Jahr 2020 hingegen – und die stärksten Auswirkungen der Pandemie begannen erst gegen März – wurden weniger als 1,8 Milliarden Passagiere bei 2,9 Billionen Passagierkilometern gezählt, was einer Schrumpfung von über 60 % gegenüber dem Vor-Pandemie-Jahr 2019 entspricht.⁵

¹ Loriot, Gesammelte Prosa, S. 667.

² Vgl. nur: Meyer, Luftrecht, S. 377.

³ ICAO: https://www.icao.int/annual-report-2019/Documents/ARC_2019_Air%20Transport%20Statistics.pdf; abgerufen am 04.03.2024.

⁴ Tabelle 1 bei: Sichelschmidt, Die Weltwirtschaft 1979, 165, 166; Vgl. zur Entwicklung auch: Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 4 ff.

⁵ <https://www.icao.int/annual-report-2020/Pages/the-world-of-air-transport-in-2020.aspx>, abgerufen am 04.03.2024.

Inzwischen erholt sich die weltweite Luftfahrt wieder und viele Einflüsse der Corona-Pandemie waren wohl nur vorübergehender Natur. Doch so herausragend die luftfahrttechnische Entwicklung der vergangenen gut 100 Jahre auch ist: im Kommunikationsbereich findet eine Entwicklung statt, die möglicherweise noch bedeutender ist. Die Verbreitung des Internets und die immer schneller voranschreitende Digitalisierung revolutionieren weite Teile des Alltags. Selbstverständlich gehört dazu auch der Luftverkehr. Das klassische Papierticket wurde beispielsweise spätestens im Jahr 2008 auf Initiative der IATA (International Air Transport Association) nahezu komplett durch die elektronische Form abgelöst.⁶ Und inzwischen benutzen etwa 93 % der Passagiere im Luftverkehrsbereich einen Online-Kanal für die Buchung ihrer Tickets.⁷ Beide Entwicklungen, die der Verkehrsluftfahrt an sich, sowie die der Digitalisierung von Vertriebskanälen, haben ihre Einflüsse auch im Recht, genauer gesagt in der Rechtspraxis hinterlassen. Das zeigt sich insbesondere am Personenluftbeförderungsvertrag, dem Vertrag zwischen Fluggast und Fluggesellschaft. Blickt man ins BGB, findet man dort allerdings keinen „Personenluftbeförderungsvertrag“. Man findet noch nicht einmal einen „Beförderungsvertrag“. Allenfalls in losem Zusammenhang finden sich im HGB ab §§ 407 ff. für Frachtverträge einige Regelungen für Transportverträge.

Nun ist der Luftraum selbstverständlich kein rechtsfreier Raum, weder zivilrechtlich noch öffentlich-rechtlich. Vielmehr gibt es zahlreiche Normen, die den Luftverkehr beeinflussen, sei es auf nationaler, internationaler oder supranationaler Ebene. Diese sind insbesondere auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts angesiedelt. Was die zivilrechtlichen Aspekte anbelangt, sind es neben dem Warschauer Abkommen von 1929 und seinem Nachfolger, dem Montrealer Übereinkommen von 1999, vor allem die Regelungen des BGB und die der „Fluggastrechteverordnung“ VO (EG) Nr. 261/2004, die den Personenluftbeförderungsvertrag prägen.

Untersuchungsgegenstand

Diese Arbeit behandelt ein durch die Entwicklung der Luftfahrt aufkommendes besonderes Phänomen, nämlich das der „Streckenbindungsklausel“⁸, auch „Streckenklausel“⁹ genannt. Dabei handelt es sich um eine Klausel, die den Passagier verpflichtet, die gebuchte Reihenfolge seiner Flugscheine auch einzuhalten. Diese Art Klauseln finden immer dann Anwendung, wenn

⁶ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 434, vgl. auch Kap. 15.

⁷ *SITA*, Passenger IT insights 2020, S. 5; veraltet auf mündlichen Vertragsschluss abstellend: *Schmid*, in: FS Piper, 999.

⁸ So: *Teichmann*, JZ 2019, 71.

⁹ So: *MüKo-BGB-Wurmnest*, § 307, Rn. 281.

der einzelne Personenluftbeförderungsvertrag, mehrere Teilstrecken, auch Flugsegmente genannt, umfasst. Für diese Segmente gibt es jeweils einen „Flugcoupon“. Sollte der Passagier diese Reihenfolge abändern oder gar ein Flugsegment entfallen lassen, kommt es, je nach Ausgestaltung der Klausel, zum Verlust des Beförderungsanspruchs oder zu einer Nachzahlungsforderung seitens der Fluggesellschaft. Klauseln ersterer Art werden auch Verfallsklauseln genannt, da der Beförderungsanspruch hier verfällt. Letztere kann man als Nachzahlungsklauseln bezeichnen. Dabei überwiegen in den Allgemeinen Beförderungsbedingungen (ABB) heute Klauseln, welche dazu führen, dass ein Kunde, der seinen gebuchten Flug nicht antritt, einen Aufpreis zahlen muss. Kennzeichnend ist, dass bei diesen Klauseln der Flugpreis „nachberechnet“ wird, also auf den hypothetischen Preis abgestellt wird, den die tatsächlich in Anspruch genommene Flugreise zum Zeitpunkt der Buchung gekostet hätte. Diese Differenz ist dann nachzuzahlen. Ist der Preis niedriger, kommt es jedoch nicht zu einer Erstattung. In seltenen Fällen wird auch ein fixer Nachzahlungspreis vereinbart.

Auf den ersten Blick erscheinen all diese Klauseln unplausibel. Wieso sollte der Passagier, der eine bezahlte Leistung nicht in Anspruch nimmt, von weiteren vertraglichen Leistungen ausgeschlossen werden? Wieso sollte er einen Mehrpreis zahlen, wenn auf der Gegenseite, nämlich bei der Fluggesellschaft, kein erkennbarer Verlust durch sein Verhalten eintritt? Ob der Passagier mitfliegt oder nicht könnte der Fluggesellschaft gleichgültig sein, im Zweifel spart sie durch die Nicht-Inanspruchnahme der Leistung sogar noch etwas Kerosin ein.

Der Grund für diese Klauseln ist die sehr komplexe Preisbildung im Flugverkehr. Hier ist entscheidend, dass für die Kosten eines einzelnen durchgeführten Fluges die Anzahl der mitreisenden Passagiere relativ unerheblich ist. Anders formuliert: Die Fixkosten sind hoch, die Grenzkosten gering.¹⁰ Das führt dann zu komplexen Preisbildungsstrukturen der Fluggesellschaft, die zahlreiche Faktoren berücksichtigen und nicht einseitig unterlaufen werden sollen. Für die vertragliche Durchsetzung dieses Interesses bedienen sie sich dann der Streckenbindungsklausel. Deren juristische Notwendigkeit ergibt sich letztlich aus dem Umstand, dass das BGB keinen typisierten Personenluftbeförderungsvertrag, ja nicht einmal einen Beförderungsvertrag kennt. Somit erscheinen vertragliche Anpassungen an die im BGB vorhandenen Vertragstypen nötig. Das gilt umso mehr vor dem Hintergrund der bereits erwähnten voranschreitenden Digitalisierung. Das Gesetz hält für den Personenluftbeförderungsvertrag also „nur“ die recht allgemeinen Regeln des Werkvertrages gem. § 631 ff. BGB bereit, so jedenfalls die weit

¹⁰ *Pompl*, Luftverkehr, S. 48.

überwiegende Auffassung in Schrifttum¹¹ und Rechtsprechung.¹² Der nötige Erfolg ist hierbei, wie bei allen Beförderungsverträgen, in der „unversehrten Ortsveränderung“¹³ zu sehen. Ablehnende Haltungen sind selten und älteren Datums.¹⁴ Es lohnt aber, diesen Befund auf seine Richtigkeit hin zu untersuchen, was in einem ersten Kapitel der Arbeit geschehen wird. Um nun den im BGB vorgefundenen Werkvertragstyp an den Personenluftbeförderungsvertrag anzupassen, bedienen sich die Luftverkehrsgesellschaften zweierlei Arten von „Bedingungen“: Einerseits benutzen sie Allgemeine Beförderungsbedingungen und andererseits Tarifbedingungen, in welchen sich die Streckenbindungsklauseln finden können. Allgemeine Beförderungsbedingungen sind dabei größere Regelwerke, die Pauschal für alle Flüge der Fluggesellschaft gelten. Tarifbedingungen unterscheiden sich hingegen nach gewähltem Flug und Tarif. Da die Verwendung solcher Streckenbindungsklauseln nur schwer einleuchtet, werden Bilder gebraucht, die die Lage veranschaulichen sollen und zahlreich zitiert wurden: So das „Menü-Beispiel“ des Landgerichts Frankfurt: Das Gericht zog den Vergleich zu einer Situation in der „*ein Gastwirt einem Gast, der ein Menü bestellt hat, den Hauptgang [...] nur gegen einen Aufpreis servieren will, weil er seine Suppe nicht aufgegessen hat.*“¹⁵ Ein ähnlich plastisches Beispiel bietet *Schmid*: Er vergleicht die Situation mit der eines Anzugskauf: Ein Käufer möchte nur die Hose möchte, ist aber bereit das Sakko mit zu erwerben. Dieser Käufer würde dann vom Verkäufer verpflichtet, das Sakko immer mit der Hose zu tragen oder andernfalls nur für die Hose mehr zu bezahlen als für die Kombination.¹⁶ Nun mag man über die in den Beispielen aufgezeigte Absurdität schmunzeln und überzeugt nach Rechtsprechung rufen, die diese Art Klauseln verhindert. Genau das ist, nach einer Debatte in der Literatur,¹⁷ auch geschehen. Es gibt zwei

¹¹ Staudinger-Peters, vor § 631, Rn. 76; MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 138; Grüneberg-Retzlaff, Einf v § 631, Rn. 16; Abraham, Luftbeförderungsvertrag, S. 25; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 1088; Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Voit, § 631, Rn. 22; Ruhwedel, Luftbeförderungsvertrag, S. 130 f.; Schermaul, NZV 2017, 201; Pöschke, JZ 2020, 928, 929; Schmid/Puschkarski, NJW 2018, 657; Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 35, Rn. 1; NK-BGB-Lederer/Raab, vor §§ 631 ff., Rn. 47.

¹² BGH, Urt. V. 24.06.1969 – VI ZR 48/67, Rn. 86, juris = NJW 1969, 2014; Urt. V. 21.12.1973 – IV ZR 158/72, Rn. 21, juris = BGHZ 62, 71; Urt. V. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 14, juris = BGHZ 209, 20; Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 18, juris = NJW 2018, 2039.

¹³ Siebert/Soergel-Teichmann, Vor § 631 Rn. 56; vgl. auch: Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 35, Rn. 1.

¹⁴ Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung, S. 19 ff.; Rudolf, ZLW 1969, 90, 97 f.; möglicherweise auch: Hoeniger, Untersuchungen, S. 131, 378; Janköster, Fluggastrechte, S. 69 ff.

¹⁵ LG Frankfurt a. M., Urt. V. 14.12.2007 – 2-02 O 243/07, Rn. 20, juris = Rra 2008, 53-56.

¹⁶ Schmid, Rra 2005, 138, 139.

¹⁷ Für die Rechtmäßigkeit der Streckenbindungsklausel in ihrer alten Form exemplarisch: Makiol/Ruckteschell, ZLW 2008, 1, 3 ff.; gegen die Rechtmäßigkeit solcher Klauseln: Freitag, TranspR 2006, 444, 445 ff.; Greiner, Rra 2009, 121, 123 ff.; Purnhagen/Hauzenberger, VuR 2009, 131, 135 ff.

maßgebliche, parallele BGH-Entscheidungen aus dem Jahr 2010,¹⁸ die zur Änderung der Klausel bei einigen Airlines, aber nicht zu deren Abschaffung geführt hat. Eines der beiden Urteile¹⁹ hat eine heute nicht mehr verwendete Verfallsklausel der Fluggesellschaft Lufthansa zum Gegenstand, das andere²⁰ eine ähnliche Klausel der Fluggesellschaft British Airways. Beide Entscheidungen sind aber bis auf einen dem letzteren Urteil vorangestellten Teil mit Ausführungen zum IPR fast gleichlaufend. Die Urteile stellen dabei darauf ab, dass durch die Klausel das Recht auf Teilleistung, welches grundsätzlich bestehe²¹, in nicht gerechtfertigter Weise verletzt würde. Hieraus sei der Passagier entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt und damit liege ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB vor,²² wobei in der Entscheidung zu Lufthansa (Xa ZR 101/09) diese Norm erstaunlicherweise nicht erwähnt wird. Die Klausel sei daher unwirksam. Besonders interessant werden diese Urteile deshalb, da das Gericht darin zunächst grundsätzlich den Interessenkonflikt zwischen Fluggesellschaft und Passagier anerkennt und anschließend aber eine andere Lösung als die verwendete Verfallsklausel aufzeigt. Diese Lösung liegt nach BGH in einer „Regelung, die den Kunden gegebenenfalls zur Zahlung eines höheren Entgelts verpflichtet, wenn die Beförderung auf einer vorangehenden Teilstrecke nicht angetreten wird“.²³ Dazu müsse lediglich bestimmt sein, „dass bei Nicht-Inanspruchnahme einer Teilleistung für die verbleibende(n) Teilleistung(en) dasjenige Entgelt zu zahlen ist, das zum Zeitpunkt der Buchung für diese Teilleistung(en) verlangt worden ist“, jedoch nur, „wenn dieses Entgelt höher ist als das tatsächlich vereinbarte“.²⁴

In diesem Zusammenhang ist auch über das so genannte Leitbild des Personenluftbeförderungsvertrages zu sprechen. Dieses weist Besonderheiten auf. Für den BGH ist etwa die Kündigungsmöglichkeit „für das gesetzliche Leitbild eines Vertrags über die Beförderung mit einem Massenverkehrsmittel nicht maßgeblich“²⁵ und kann somit per AGB/ABB ausgeschlossen werden. Als Argument führt der BGH unter anderem ins Feld, dass das Flugunternehmen auf eine Mischung von flexiblen und stornierbaren, sowie unflexiblen, nicht-stornierbaren Tickets zur wirtschaftlichen Betreibung seiner Flotte angewiesen sei, da diese nur bei einer möglichst hohen

¹⁸ BGH, Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958; Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09 = in Auszügen: Rra 2010, 191-192.

¹⁹ BGH, Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09 = in Auszügen: Rra 2010, 191-192.

²⁰ BGH, Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958.

²¹ BGH, Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 23 = NJW 2010, 1958; Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 14 = in Auszügen: Rra 2010, 191-192.

²² BGH, Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 9 = in Auszügen: Rra 2010, 191-192; Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 18 = NJW 2010, 1958.

²³ BGH, Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 35 = NJW 2010, 1958; Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 26 = in Auszügen: Rra 2010, 191-192.

²⁴ BGH, Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 35 = NJW 2010, 1958; Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 26 = in Auszügen: Rra 2010, 191-192.

²⁵ BGH, Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 19, juris = NJW 2018, 2039.

Auslastung erreicht werden könne. Zudem habe die Fluggesellschaft ein Interesse einer „vereinfachten Vertragsabwicklung“, was bei nicht ausgebuchten Flügen bezüglich der Rückzahlungsansprüche zu komplex wäre, da eine Aufteilung nach ersparten Aufwendungen zu aufwändig wäre.²⁶ Diese Argumentation ist genauer zu untersuchen, da sie mit den Streckenbindungsklauseln eng verwandt ist. Schließlich geht es um die Frage des Synallagmas zwischen dem Flugpreis einerseits und der nicht geleisteten bzw. in Anspruch genommenen Beförderung andererseits.

Um im Bilde des Menübeispiels zu bleiben ist es nicht erlaubt, demjenigen, der die Suppe isst und das Hauptgericht auslässt, den Nachtisch zu verweigern. Wohl aber soll es erlaubt sein, in diesem Fall einen Aufpreis zu verlangen. Es verwundert somit nicht, dass die Fluggesellschaften nach diesem höchstrichterlichen Vorschlag auf die bisherige „Verfallsklausel“ verzichteten und stattdessen eine „Nachzahlungsklausel“ genau nach dem Vorbild des BGH einführten. Diese sieht am Beispiel Lufthansa im Februar 2023 etwa so aus:

3.3.3. Sofern Sie sich für einen Tarif entschieden haben, der die Einhaltung einer festen Flugscheinreihenfolge vorsieht, beachten Sie bitte: wird die Beförderung nicht auf allen oder nicht in der im Flugschein angegebenen Reihenfolge der einzelnen Teilstrecken bei ansonsten unveränderten Reisedaten angetreten, werden wir den Flugpreis entsprechend Ihrer geänderten Streckenführung nachkalkulieren. Dabei wird der Flugpreis ermittelt, den Sie in Ihrer Preisgruppe am Tag Ihrer Buchung für Ihre tatsächliche Streckenführung zu entrichten gehabt hätten. Dieser kann höher oder niedriger sein als der ursprünglich bezahlte Flugpreis. War die von Ihnen ursprünglich gebuchte Preisgruppe für die geänderte Streckenführung am Tag der Buchung nicht verfügbar, wird für die Nachkalkulation die günstigste verfügbar gewesene Preisgruppe für Ihre geänderte Streckenführung zugrunde gelegt.

Über diese aktuell verwendete Version ist von einem deutschen höchsten Gericht noch nicht entschieden worden, wohl aber von einem Gericht in Österreich.²⁷ Dieses kam zu dem Schluss, dass die Klausel den Passagier „gröblich benachteiligt“, wie es in § 879 Abs. 3 ABGB heißt, und damit nichtig ist.²⁸ Eine daraufhin angepasste Klausel wurde im April 2021 abermals vom österreichischen OGH wegen Verstoßes gegen das dortige AGB-Rechts verworfen.²⁹ Da die abgeänderte Klausel nicht ausschließlich bei bewusster Umgehung eine

²⁶ BGH, Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 25, juris = NJW 2018, 2039.

²⁷ OGH, Urt. V. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i = BeckRS 2013, 80893.

²⁸ OGH, Urt. V. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i, Ziff. 3 = BeckRS 2013, 80893.

²⁹ OGH, Urt. V. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z = BeckRS 2021, 13849.

Nachkalkulation vorsehe, sei sie „gröblich benachteiligend“ iSd § 879 Abs. 3 ABGB.³⁰ Durch ein rechtskräftiges Beispielsurteil des AG Berlin-Mitte wurde die aktuelle Klausel bislang in einem Einzelfall auch in Deutschland für unwirksam erklärt.³¹ Die Entscheidungen aus Österreich sind vor allem deshalb interessant, da manche Überlegungen und Gedanken der dortigen Gerichte auch für das deutsche Recht fruchtbar gemacht werden können. Das gilt sowohl für die auch in Österreich zu behandelnde Frage nach der Einbeziehung überraschender Klauseln als auch die dortige Inhaltskontrolle im Rahmen einer Generalklausel und eines zusätzlichen Klauselkataloges. Aus der Generalklausel, in Deutschland die „unangemessene“ Benachteiligung des § 307 Abs. 1 BGB, in Österreich die „gröbliche“ Benachteiligung des § 879 Abs. 3 ABGB, ziehen die obersten Zivilgerichte beider Länder in Bezug auf die Streckenbindungsklausel unterschiedliche Schlüsse. In diesem Zusammenhang soll auch noch einmal die besondere Strenge des deutschen BGB gegenüber etwa der RL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen betont werden.³² Art. 3 dieser Richtlinie gilt für beide Mitgliedsstaaten, ein jeweils strengeres Regime ist aber möglich.

Die Arbeit fügt dabei verschiedene Diskussionen und Entwicklungen zusammen, die zum Status quo der Verwendung von Streckenbindungsklauseln führen und geht dann zu zukünftigen Implementierungsmöglichkeiten der Streckenbindungsklauseln und insbesondere deren Funktion über. Dabei ist klar, dass sich durch die COVID-19-Pandemie vieles im Bereich der Personenluftbeförderungsverträge geändert hat. Flexible Buchungsoptionen gewannen auf Grund der ständig wechselnden staatlichen Maßnahmen zur Vermeidung von Reiseverkehr eine große Bedeutung für die Passagiere, da eine feste Planung immer schwieriger wurde. Die Fluggesellschaften reagierten: insbesondere die für diese Arbeit relevanten Umbuchungs- und Stornierungsbedingungen sind deutlich gelockert worden. Gerade deshalb tritt aber die Problematik der Streckenbindungsklauseln im Personenluftbeförderungsvertrag umso deutlicher hervor. Wenn jedoch für die Arbeit Vergleiche von Passagierzahlen und Wettbewerbern nötig sind, wird der Zeitraum vor der COVID-19-Pandemie betrachtet, um kurzfristige Trends nicht zu überschätzen.

Für diese Arbeit wird insbesondere die Vergleichsgruppe der folgenden 15 Airlines herangezogen: Lufthansa German Airlines, Eurowings, Easyjet, Ryanair, British Airways, Swiss, Austrian Airlines, Condor, KLM, Wizz Air, Turkish Airlines, Air France, Tuifly, Sunexpress und

³⁰ *OGH*, Urt. V. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z, Rn. 110 = BeckRS 2021, 13849.

³¹ Vgl.: *AG Berlin-Mitte*, Urt. V. 10.12.2018 – 6 C 65/18 = Rra, 2019, 186.

³² *Staudinger-Mäsch*, Vor §§ 305 ff, Rn. 15.

Air Dolomiti. Dabei handelt es sich um solche mit den meisten Starts in Deutschland im Vorkrisenjahr 2019. Hierüber liegen verlässliche Daten vom Deutschen Zentrum für Luft- und Raumfahrt³³ vor und es ist davon auszugehen, dass für viele Passagiere der mit diesen aus Deutschland startenden Flüge das deutsche Recht anwendbar ist. Dass es sich bei diesen Passagieren unter anderem auch um Umsteiger handeln kann, auf die ggf. kein deutsches Recht anwendbar ist, ist möglich. Da auf die exakte Zahl von Personenluftbeförderungsverträgen die dem deutschen Recht unterliegen nicht zurückgegriffen werden kann, deckt diese Auswahl dennoch eine große Zahl von Personenluftbeförderungsverträge. Das gilt umso mehr, da besonderes Augenmerk auf die Lufthansa German Airlines gelegt wird. Erklärt sei an dieser Stelle, dass begrifflich zum Konzern der Deutschen Lufthansa AG (intern: Lufthansa Group) unterschieden werden muss. Neben der Fluggesellschaft Lufthansa German Airlines (früher auch: Lufthansa Passage) zählen zum Konzern mehrere Fluggesellschaften, von denen fünf in dieser Auswahl genannt sind. Die Fluggesellschaft Lufthansa German Airlines nimmt beständig den ersten Rang in den letzten vierteljährlichen Auswertungen der Starts von deutschen Flughäfen in den letzten Jahren ein. Dabei wird sie gefolgt von Eurowings, einer Airline, die ebenfalls zum Lufthansa Konzern gehört. Diese beiden Fluggesellschaften nutzen sehr ähnliche AGB, wobei die hier behandelten Probleme vor allem die Lufthansa German Airlines als Netzwerk-Fluggesellschaft betreffen.

Eine neue Entwicklung ist, dass nicht nur in den ABB, sondern auch bei der Auswahl der Tarife selbst, in den Tarifbedingungen auf die Streckenbindung hingewiesen wird. So heißt es etwa bei Lufthansa in der Buchungsmaske im Kleingedruckten:

Der Tarif ist nur gültig, wenn alle Flüge in der gebuchten Reihenfolge vollständig geflogen werden. Andernfalls wird der Tarif auf der Grundlage der tatsächlichen Flugroute neu berechnet.

Ob diese Verschiebung aus den ABB heraus in die Tarifbedingungen etwas ändert, soll ebenfalls untersucht werden. Zusammengefasst bestimmen drei Forschungsfragen die Arbeit:

Erstens: die rechtliche Zulässigkeit von Streckenbindungsklauseln, insbesondere in AGB.

Zweitens: die rechtliche Qualifikation des Personenluftbeförderungsvertrags.

Drittens: die Frage, warum es Streckenbindungsklauseln überhaupt gibt.

³³ Vgl. den Global Aviation Monitors in den Ausgaben März 2019 bis einschließlich März 2020 des DLR.

Forschungsstand

Der Forschungsstand zu den drei leitenden Fragen ist unterschiedlich. Zur Qualifizierung des Personenluftbeförderungsvertrags als Werkvertrag findet sich in Schrifttum³⁴ und Rechtsprechung³⁵ viel Material. Die Frage nach der Notwendigkeit von Streckenbindungsklauseln wird vor allem in nicht explizit juristischen Werken behandelt, welche dennoch in der Arbeit verwendet werden, um sich dem komplexen Problem zu nähern.³⁶ Für die Hauptfrage nach der Zulässigkeit von Streckenbindungsklauseln findet sich deutlich weniger Material. Hervorzuheben sind Aufsätze von *Hoffmann-Grambow*,³⁷ *Pöschke*,³⁸ *Teichmann*,³⁹ sowie, etwas älter, von *Greiner*⁴⁰ und *Freitag*⁴¹, welche sich mit der Thematik intensiver beschäftigen. *Pöschke* beschäftigt sich in seinem Aufsatz mit der Nachzahlungspflicht durch AGB-Klauseln, so wie sie durch den BGH vorgeschlagen wurde.⁴² Er stellt zunächst fest, dass die Bindung an die gebuchte Strecke durch den Passagier von der Fluggesellschaft durchaus betriebswirtschaftlich sinnvoll sein kann.⁴³ Bei einer Untersuchung der Klauseln mit der AGB-Kontrolle kommt er dann zu dem Schluss, dass die Streckenbindungsklauseln überraschend iSd § 305c Abs. 1 BGB sind und zudem gegen das Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB sowie gegen das Verbot unangemessener Benachteiligung aus § 307 Abs. 1, 2 BGB verstoßen.⁴⁴ *Teichmann* behandelt bereits vor *Pöschke* die Thematik in seinem Aufsatz „Streckenbindungsklauseln im Flugverkehr und AGB-Kontrolle“.⁴⁵ Er erklärt ebenfalls zunächst die wirtschaftlichen Ursachen für die Implementierung solcher Klauseln.⁴⁶ Dann stellt er die oben zitierte Entscheidung des BGH⁴⁷ zum Thema die des OGH⁴⁸ gegenüber, um festzustellen, dass die grundsätzliche

³⁴ Staudinger-Peters, vor § 631, Rn. 76; MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 138; Grüneberg-Retzlaff, Einf v § 631, Rn. 16; Abraham, Luftbeförderungsvertrag, S. 25; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 1088; Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Voit, § 631, Rn. 22; Ruhwedel, Luftbeförderungsvertrag, S. 130 f.; Scherzmaul, NZV 2017, 201; Pöschke, JZ 2020, 928, 929; Schmid/PuschkarSKI, NJW 2018, 657; Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 35, Rn. 1; NK-BGB-Lederer/Raab, vor §§ 631 ff., Rn. 47; aA: Rudolf, ZLW 1969, 90, 97 f.

³⁵ BGH, Urt. V. 24.06.1969 – VI ZR 48/67, Rn. 86, juris = NJW 1969, 2014; Urt. V. 21.12.1973 – IV ZR 158/72, Rn. 21, juris = BGHZ 62, 71; Urt. V. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 14, juris = BGHZ 209, 20; Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 18, juris = NJW 2018, 2039.

³⁶ Vgl. etwa: Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr; Pompl, Luftverkehr; Maurer, Maurer 2006; Belobaba in: The global airline industry, insbesondere 47, 47 ff.

³⁷ Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258; ebenfalls zum Thema: Hoffmann-Grambow, RdTW 2018, 1.

³⁸ Pöschke, JZ 2020, 928.

³⁹ Teichmann, JZ 2019, 71.

⁴⁰ Greiner, Rra 2009, 121.

⁴¹ Freitag, TranspR 2006, 444.

⁴² BGH, Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 35 = NJW 2010, 1958; Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 26 = in Auszügen: Rra 2010, 191-192.

⁴³ Pöschke, JZ 2020, 928, 929.

⁴⁴ Pöschke, JZ 2020, 928, 936 f.

⁴⁵ Teichmann, JZ 2019, 71.

⁴⁶ Teichmann, JZ 2019, 71, 71 f.

⁴⁷ BGH, Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958; Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09 = in Auszügen: Rra 2010, 191-192.

⁴⁸ OGH, Urt. V. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i = BeckRS 2013, 80893.

Zulassung der Nachzahlungspflicht durch die BGH-Urteile für den Kunden zu belastend sei, die OGH-Entscheidung hierfür jedoch zu enge Zulässigkeitsvoraussetzungen schaffe.⁴⁹ Nach einer Analyse von Fallvarianten spricht er sich letztlich dafür aus, die Streckenbindungsklausel lediglich für die Fälle zuzulassen, bei denen die Gefahr eines „Umgehens“ der Tarifbedingungen besteht.⁵⁰ Zu einem anderen Ergebnis kommt *Hoffmann-Grambow*. Er stellt fest, dass die beiden Urteile des BGH einen „vorläufigen Schlusspunkt“ bilden.⁵¹ Er erläutert zudem, warum er in einigen Fällen gar keine AGB-Prüfung für zulässig hält. Nach seiner Meinung nämlich könne es sich um Individualvereinbarungen handeln, etwa wenn der Fluggast eine Wahlmöglichkeit habe.⁵² Er wendet sich außerdem gegen das Urteil des AG Berlin-Mitte⁵³, das die Rechtsprechung des BGH wieder etwas aufweichen könnte.⁵⁴ Insbesondere verneint er eine durch die Klausel hervorgerufene rechtlich relevante Benachteiligung iSd § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, indem er sich auf das Äquivalenzprinzip stützt.⁵⁵ Gleichsam hilfsweise verneint er auch die Unangemessenheit einer Benachteiligung.⁵⁶ *Greiners* Aufsatz, der noch vor den Urteilen des BGH, aber nach dem vorinstanzlichen Urteil des LG Frankfurt erschien, wendet sich explizit gegen die Rechtmäßigkeit der Streckenbindungsklausel in ihrer Verfallsvariante. Er verweist, wie später der BGH, auf die generelle Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Teilleistung, von der durch die Klausel (hier in der Verfallsvariante) in unzulässig belastender Weise abgewichen werde.⁵⁷ Als „Königsweg“, dem auch *Pöschke* beipflichtet und der eine Vermittlung zwischen den Interessen von Passagier und Fluggesellschaft darstellt, sieht er die Implementierung einer Rabattklausel.⁵⁸ Als einer der ersten hat sich *Freitag* mit dem Phänomen der Streckenbindungsklausel auseinandergesetzt und sich ablehnend bezüglich einer frühen Variante der Streckenbindungsklausel geäußert.⁵⁹ Als Basis für diesen Aufsatz diente ihm ein Urteil des AG Frankfurt, das eine Streckenbindungsklausel in der Verfallsvariante als überraschend iSd § 307 BGB bezeichnet.⁶⁰

⁴⁹ *Teichmann*, JZ 2019, 71, 75.

⁵⁰ *Teichmann*, JZ 2019, 71, 75 f.

⁵¹ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 259; *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2018, 1.

⁵² *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, S. 260 ff.

⁵³ *AG Berlin-Mitte*, Urt. V. 10.12.2018 – 6 C 65/18 = Rra, 2019, 186.

⁵⁴ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 259.

⁵⁵ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 262 f.

⁵⁶ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 263.

⁵⁷ *Greiner*, Rra 2009, 121, 123 ff.

⁵⁸ *Greiner*, Rra 2009, 121; *Pöschke*, JZ 2020, 928, 937.

⁵⁹ *Freitag*, TranspR 2006, 444, 447 f.

⁶⁰ *AG Frankfurt a. M.*, Urt. V. 21.02.2006 – 31 C 2972/05 = NJW 2006, 3010.

Hinsichtlich des Luftbeförderungsvertrages an sich ist auf die grundlegenden Werke von *Abraham*⁶¹ und *Ruhwedel*⁶² zu verweisen. Die AGB-rechtlichen Probleme werden hingegen durch eine Vielzahl von Autoren und Werken behandelt. In Bezug auf den Personenluftbeförderungsvertrag besonders hervorzuheben ist dabei die rechtsvergleichende Arbeit von *Berger-Walliser*.⁶³ Das thematisch sehr passende Werk ist aber in einigen Bereichen, insbesondere im Internationalen Privatrecht, in Bezug auf die Rechtslage nicht mehr aktuell. Mit Problemkreisen des Personenluftbeförderungsvertrags generell beschäftigt sich in neuerer Zeit insbesondere die Monografie von *Janköster*⁶⁴. Weitaus häufiger ist die „Fluggastrechteverordnung“ VO (EG) Nr. 261/2004 Gegenstand von Rechtsprechung und Literatur. Um diese geht es allerdings in dieser Arbeit nicht.

Gang der Untersuchung

Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Streckenbindungsklauseln, insbesondere in AGB, stellt das zentrale Element dieser Arbeit dar. Flankiert wird diese von zwei Vorfragen, nämlich der nach der rechtlichen Qualifikation des Personenluftbeförderungsvertrags sowie der Frage, warum es Streckenbindungsklauseln überhaupt gibt. Ansatzpunkte der rechtlichen Bewertung sind dann die der üblichen AGB-Kontrolle: Vornehmlich stellen sich die Fragen, ob eine Individualvereinbarung bei einer Streckenbindungsklausel vorliegt, ob die Streckenbindungsklausel überraschend iSd § 305c BGB ist, ob sie gem. § 307 Abs. 3 BGB der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist und letztlich, ob sie besonderen oder allgemeinen Klauselverboten widerspricht. Dabei wird auch auf die unterschiedlichen Formen der Klausel, Verfalls- oder Nachzahlungsvariante, einzugehen sein. Ebenfalls interessant ist die Frage, ob sich die Klauseln in ABB-Regelwerken oder unterhalb der Tarifbedingungen finden lassen. Trotz der angesprochenen Urteile aus Österreich ist die Untersuchung keine rechtsvergleichende, sondern eine dogmatische. Aufgrund der Ähnlichkeit der Normen und des grundsätzlich häufig grenzüberschreitenden Themas der Personenluftbeförderung ist ein solcher Seitenblick allerdings nicht uninteressant. In einem ersten Teil geht es dabei um den Personenluftbeförderungsvertrag an sich. Dabei wird erst der Werkvertrag als solcher charakterisiert, um anschließend zu untersuchen, ob der Personenluftbeförderungsvertrag diesem zuzuordnen ist. Das ist insofern relevant, als mit der dogmatischen Einordnung des Personenluftbeförderungsvertrags Konsequenzen für die

⁶¹ *Abraham*, Luftbeförderungsvertrag.

⁶² *Ruhwedel*, Luftbeförderungsvertrag.

⁶³ *Berger-Walliser*, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle.

⁶⁴ *Janköster*, Fluggastrechte.

rechtliche Behandlung von Streckenbindungsklauseln verbunden sind. Um deren Entstehungsgeschichte und Notwendigkeit geht es in einem zweiten Teil. Es folgt in einem dritten Teil die rechtliche Bewertung der Streckenbindungsklauseln in den ABB von in Deutschland wichtigen Fluggesellschaften, so wie sie heute häufig verwendet werden. In einem letzten Teil sollen Wege aufgezeigt werden, wie sich die Interessen der Fluggesellschaft mit denen der Passagiere auf der Basis geltenden Rechtes vereinbaren lassen. In einem kleinen Ausblick wird es auch um die Vereinbarkeit mit noch zu schaffendem Recht gehen. Dabei wird aufgezeigt, wie der Sinn und Zweck der Streckenbindungsklauseln, nämlich unter anderem einen Interessensausgleich zwischen dem Passagier und der Fluggesellschaft herzustellen, durch Gestaltung der Klauseln oder aber auch auf andere Art und Weise realisiert werden könnte.

§ 1: Der Personenluftbeförderungsvertrag – ein atypischer Werkvertrag

Bevor mit der Behandlung der Streckenbindungsklausel begonnen wird, bietet es sich an darauf zu blicken, was den Personenluftbeförderungsvertrag in vertragsrechtlicher Hinsicht ausmacht. Insbesondere ist dabei zu untersuchen, ob der Personenluftbeförderungsvertrag als ein Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff. BGB qualifiziert werden kann. Als ein solcher wurde er nämlich zunächst in der Literatur⁶⁵ betrachtet. Eine Auffassung, der sich seit 1969⁶⁶ auch der BGH angeschlossen hat und die er mittlerweile fortgeführt hat⁶⁷. Dies überrascht insofern nicht, als der Beförderungsvertrag selbst, also jeder Vertrag, dessen Erfolg in der „unversehrten Ortsveränderung“⁶⁸ liegt, als Werkvertrag qualifiziert wird. Ablehnende Haltungen sind selten und älteren Datums.⁶⁹ Während *Rudolf* mehr oder weniger von einem Rechtskauf spricht, geht *Bärmann* von einer selbständigen, eigenständigen Ordnung aller Beförderungsverhältnisse (nicht nur des Personenluftbeförderungsvertrags) aus, „die aus ihrer Gesamtheit heraus interpretiert werden kann und zu interpretieren ist.“⁷⁰ Diese Frage muss deshalb geklärt werden, da es für eine Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle aktueller AGB-Regelung nach den §§ 305 ff. BGB wesentlich ist, das „Leitbild“ des Vertrages herauszuarbeiten. Dies folgt aus der nötigen Kohärenzprüfung von verwendeten AGB mit den „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Dieses Leitbild wird wiederum zunächst vor allem durch die gesetzlichen Regelungen des gewählten Vertragstyps bestimmt.⁷¹ Dabei bleibt das Leitbild ein Indiz.⁷²

In einem ersten Teil des Kapitels (A) wird der Werkvertrag, als welcher der Personenluftbeförderungsvertrag üblicherweise qualifiziert wird, mit seinen Elementen und Abgrenzungen als solches genauer beleuchtet. Eine typische Definition des Werkvertrages lautet:

⁶⁵ Staudinger-Peters, vor § 631, Rn. 76; MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 138; Grüneberg-Retzlaff, Einf v § 631, Rn. 16; Abraham, Luftbeförderungsvertrag, S. 25; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 1088; Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Voit, § 631, Rn. 22; Ruhwedel, Luftbeförderungsvertrag, S. 130 f.; Schermaul, NZV 2017, 201; Pöschke, JZ 2020, 928, 929; Schmid/PuschkarSKI, NJW 2018, 657; Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 35, Rn. 1; NK-BGB-Lederer/Raab, vor §§ 631 ff., Rn. 47.

⁶⁶ BGH, Urt. V. 24.06.1969 – VI ZR 48/67, Rn. 86, juris = NJW 1969, 2014.

⁶⁷ BGH, Urt. V. 21.12.1973 – IV ZR 158/72, Rn. 21, juris = BGHZ 62, 71; Urt. V. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 14, juris = BGHZ 209, 20; Urt. V. 24.06.1969 – VI ZR 48/67, Rn. 86, juris = NJW 1969, 2014; Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 18, juris = NJW 2018, 2039.

⁶⁸ Siebert/Soergel-Teichmann, Vor § 631 Rn. 56; vgl. auch: Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 35, Rn. 1.

⁶⁹ Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung, S. 19 ff.; Rudolf, ZLW 1969, 90, 97 f.; möglicherweise auch: Hoeniger, Untersuchungen, S. 131, 378; Janköster, Fluggastrechte, S. 69 ff.; nicht eindeutig: Vogt, ZLW 1967, 125, 127.

⁷⁰ Rudolf, ZLW 1969, 90, 97 f.; Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung, S. 84.

⁷¹ MüKo-BGB-Wurmnest, § 307, Rn. 27; NK-BGB-Kollmann, § 307, Rn. 82.

⁷² Lindacher/Pfeiffer, in: WLP, § 305c, Rn. 19.

Harke: „Der Begriff des Werkvertrags umfasst jegliche entgeltliche Herstellung eines körperlichen und unkörperlichen Leistungserfolgs, sofern dieser nicht dem Kaufrecht unterfällt.“⁷³

Diese Definition verweist bereits auf den Erfolgsbezug, der ein Kernelement des Werkvertrages ist.⁷⁴ Das gilt vor allem in Abgrenzung zum Dienstvertrag. Sie ermöglicht aber keinesfalls ein abschließendes Bild des Vertragstypus „Werkvertrag“. Zu einem solchen Gesamtbild gehören zahlreiche Kennzeichen, die näher beleuchtet werden. In einem zweiten Teil wird die Typisierung des Personenluftbeförderungsvertrags und seine übliche Einordnung als Werkvertrag einer genaueren Analyse unterzogen (B).

A Der Werkvertrag als Basis des Personenluftbeförderungsvertrages

Grundlage der Untersuchung des Wesens des Werkvertrages soll das deutsche Recht sein, also vor allem die §§ 631 ff. BGB. Das liegt darin begründet, dass für die hier bearbeiteten zivilrechtlichen Fragestellungen genau diese Normen anwendbar sind.⁷⁵

Es lohnt sich ein Blick auf die Genese des heutigen Vertragstyps „Werkvertrag“ gem. §§ 631 ff. BGB zu werfen und Kernelemente herauszuarbeiten sowie zu versuchen, den Werkvertrag zu anderen Vertragstypen des BGB und darüber hinaus abzugrenzen. Es folgt eine kurze geschichtliche Entwicklung des Werkvertrags, (I.) sowie die Analyse der kennzeichnenden Elemente (II.-II.), außerdem aber soll auch die Abgrenzung zu anderen Vertragstypen betrachtet werden (III.). Bereits im Hinblick auf die Kategorisierung des Personenluftbeförderungsvertrags werden zudem einige spezialgesetzlich geregelte Vertragstypen aus dem Bereich Transport untersucht (IV.), um so Gemeinsamkeiten und Unterschiede feststellen zu können.

I. Kurze Entwicklungsgeschichte des Werkvertragstyps

Um zu verstehen, was den heutigen Werkvertrag ausmacht, hilft eine zumindest oberflächliche Betrachtung der Entwicklung dieses Vertragstypus, so wie man ihn heute im BGB vorfindet.

⁷³ Harke, Besonderes SchuldR, § 2 Rn. 84.

⁷⁴ Ganz hM: Looschelders, Schuldrecht BT, § 32, Rn. 1; MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 1; NK-BGB-Lederer/Raab, § 631, Rn. 2; Staudinger-Peters, § 631, Rn. 2 ff.; BGH, Urt. V. 19.06.1984 – X ZR 93/83, Rn. 13 = NJW 1984, 2406; RG, Urt. V. 16.11.1909 – VII 577/08, 180 = RGZ 72, 179; ausführlich: Greiner, AcP 2011, 221.

⁷⁵ Vgl. unten BI.

Bei der Entstehung des BGB existierten kaum direkte Vorbilder für die Normen des Werkvertrags.⁷⁶ Dennoch hat das grundsätzliche Prinzip „Leistungserfolg gegen Bezahlung, aber kein Kauf“, wenn man obige Definition von *Harke*⁷⁷ komprimiert verwendet, eine lange, jedenfalls bis ins römische Recht zurückreichende juristische Geschichte. Das lässt sich sicher darauf zurückführen, dass gerade die Herstellung z.B. eines handwerklichen Produkts für den Vertragspartner ein alltäglicher Vorgang ist, sei es ein Kleidungsstück oder ein Haus. Zweifelsohne lässt sich unser heutiges Verständnis von vertraglichen Schuldverhältnissen nicht auf das römische Recht von damals übertragen. Dennoch prägt das römische Recht durch seine Rezeption auch das BGB. So lautete die Kritik *Otto von Gierkes* am 1. Entwurf nicht von ungefähr, dieser sei ein in „Gesetzesparagrafen gegossenes Pandektenkompilium“,⁷⁸ eine „Kodifikation des usus modernus pandectarum“⁷⁹, die nicht zur germanischen Seele des deutschen Volkes spräche.⁸⁰ Im Römischen Recht waren unter „*locatio conductio*“ mehrere heute getrennte Vertragstypen zusammengefasst, von denen ein Fall, die *locatio conductio operis*, dem heutigen Werkvertrag recht nahekommt.⁸¹ Auch im Mittelalter bis kurz vor Inkrafttreten des BGB war der Vertragstyp des Werkvertrags (auch „Werkverdingung“ oder „Verdingung“ genannt) bekannt.⁸² Es kann beobachtet werden, dass im Römischen Recht, aufgrund der Nähe zum Mietvertrag, der Langzeitcharakter des „Werkvertrages“ betont wurde; den Fokus auf das Austauschverhältnis bekommt der Werkvertrag vor allem erst durch das BGB.⁸³ Bei der Entstehung der Werkvertragsvorschriften im BGB selbst ist interessant, wie sich unterschiedliche Vorstellung über die Reichweite möglicher Vertragsgegenstände auf den Gesetzestext ausgewirkt haben.

1. Vor Inkrafttreten des BGB

Auch vor Inkrafttreten des BGB gab es selbstverständlich Verträge nach diesem Modell: erfolgreiche Herstellung eines Werkes durch die eine Partei gegen eine Vergütung durch die andere. Es folgt ein kurzer Überblick.⁸⁴

⁷⁶ Staudinger-Peters, § 631, Rn. 9; HKK-Forster, §§ 631-651, Rn. 7; MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 4.

⁷⁷ Harke, Besonderes SchuldR, § 2 Rn. 84.

⁷⁸ Gierke, Entwurf BGB, S. 2.

⁷⁹ Gierke, Entwurf BGB, S. 3.

⁸⁰ Gierke, Entwurf BGB, S. 3.

⁸¹ Staudinger-Richardi/Fischinger, vor §§ 611 Rn. 8; zum Thema: HKK-Forster, §§ 631-651, Rn. 1 ff.

⁸² Schlinker/Ludyga/Bergmann, Privatrechtsgeschichte, § 9 Rn. 1.

⁸³ Eckpfeiler-Magnus, Q, Rn. 2.

⁸⁴ Dieser Überblick basiert auf Sekundärquellen, welche für hiesige Zwecke ausreichend sind.

a) Antike

Im Römischen Recht war eine Art des Werkvertrags bekannt. Dieser war nicht nur dem Dienstvertrag, sondern auch dem Mietvertrag angenähert: so fasste das römische Recht die zeitweise Überlassung von Sachen (*locatio conductio rei*), welche grob dem Miet- und Pachtvertrag entspricht), von Diensten (*locatio conductio operarum*, welche grob dem Dienstvertrag entspricht) und von Werkleistungen (*locatio conductio operis*, welche grob dem Werkvertrag entsprechen) unter den „Verdingungen“ (*locatio conductio*) zusammen.⁸⁵ Ob diese Dreiteilung erst nachklassisch erfolgte oder nicht, lässt sich wohl nicht beweisen,⁸⁶ kann aber für diesen ersten Eindruck auch dahinstehen.

In diese zweite Kategorie der „Verdingung“ wurde nun alles gefügt, was nicht dem Kaufvertrag (*emptio venditio*) zuzuordnen war und deshalb auf dem Austausch von Geld gegen Sachleistung basierte,⁸⁷ auch wenn diese Sachleistung in der Überlassung einer Sache bestand (*conductio rei*). Damit stellt die *locatio conductio* aber keinen Vertragstypus nach unserem heutigen Verständnis dar, sondern mehr einen Regelungsapparat.⁸⁸ Die historisch enge Verbindung zwischen Miet- und Werkvertrag findet sich auch heute noch in Kodifikationen, beispielsweise im französischen Code Civil. In dessen 3. Buch im 8. Titel werden Werk- und Mietvertrag zusammen behandelt. In Art. 1708 Code Civil heißt es: « Il y a deux sortes de contrats de louage : Celui des choses, Et celui d'ouvrage. » Zur louage d'ouvrage wird im Art. 1710 ausgeführt : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles. ». Bei beiden Vertragstypen besteht letztlich aber lediglich die Gemeinsamkeit, dass sie kein Kaufvertrag darstellen.

b) Mittelalter bis 20. Jahrhundert

Schon vor Inkrafttreten des BGB gab es ein mittelalterliches Werkvertragsrecht.⁸⁹ Dort wurde in zwei Kategorien von Werkverträgen unterschieden: Jene, wo Material zum Unternehmer gebracht und dort bearbeitet wird, sowie jene, bei denen der Unternehmer verpflichtet wird, das Material selbst zu liefern, „oder an einer fremden Arbeitsstätte einen Erfolg herbeizuführen.“⁹⁰

⁸⁵ Wächter, Pandekten Bd. 2, § 209 (S. 476); Harke, Besonderes SchuldR, S. 3 Rn. 5.

⁸⁶ Vgl. nur: Riezler, RabelsZ 1952, 522, 523.

⁸⁷ Harke, Besonderes SchuldR, S. 3 Rn. 5.

⁸⁸ Harke, Römisches Recht, § 9 Rn. 1.

⁸⁹ Vgl.: Rothenbücher, Geschichte des Werkvertrags, 1 ff.

⁹⁰ Vgl. Rothenbücher, Geschichte des Werkvertrags, S. 30.

Die rechtlich bindende Wirkung war in ersteren Fällen durch die Hingabe des Materials gegeben.⁹¹ Dazu gehörte wohl auch die Übergabe der Fracht beim Frachtvertrag.⁹² Schon damals ist der Werkvertrag im Mittelalter ein entgeltlicher Vertrag.⁹³ Gegenstand des Werkvertrages konnte neben der Bearbeitung des übergebenen Stoffes und der Herstellung einer neuen Sache aus übergebenen Stoffen auch weiterhin die „Bewirkung irgendeines Erfolgs, auch eines geistigen“ sein.⁹⁴ Dies führt zu einer erheblichen Erweiterung möglicher vereinbarter „Erfolge“ und fokussiert den Vertrag auf die Erfolgsbezogenheit. Es fällt auf, dass der Werkvertrag vor allem im handwerklichen oder kunstgewerblichen Bereich wichtig war und durch diese Bereiche in seiner rechtlichen Entwicklung auch maßgeblich geprägt wurde.⁹⁵ Die Normierung erfolgte dabei exemplarisch folgendermaßen: Im Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756 wurde das römische Recht bezüglich des Werkvertrags rezipiert.⁹⁶ Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 subsumierte den Werkvertrag in einem weiten Kontext.⁹⁷ Eine wirklich tiefgreifende Regelung in Form eines eigenen Abschnitts erfuhr der Vertragstyp aber erst mit dem BGB.⁹⁸

2. Der Werkvertrag im BGB⁹⁹

Der Werkvertrag im BGB bezieht sich, entgegen der Kritik *Gierkes* am Entwurf insgesamt, nur entfernt auf römische Vorbilder.¹⁰⁰ Vielmehr verlässt er den eher zufälligen Zusammenhang von Werkvertrag und Miete, der lediglich auf Abgrenzung zum Kauf basiert, und führt dazu, dass der Begriff „*Werkmiete*“ auch aus dem Zivilrecht verschwindet.¹⁰¹ Es entwickelten sich dann Vorstufen des heutigen Werkvertrags, wie er heute im BGB normiert ist. Leitgedanke war ein Vertrag für die „*Neuherstellung handwerklicher Gegenstände*“¹⁰². Ein großer Streitpunkt zu Beginn war der Umfang der Werkleistungen: Sollte nur die „*klassische*“ Verarbeitung körperlicher Gegenstände als tauglicher Werkvertragsgegenstand gelten, oder als Erweiterung auch andere Arbeits- und Dienstleistungen, wobei es bei diesen entgegen dem Dienstvertrag

⁹¹ *Rothenbücher*, Geschichte des Werkvertrags, S. 30.

⁹² *Rothenbücher*, Geschichte des Werkvertrags, S. 30.

⁹³ *Rothenbücher*, Geschichte des Werkvertrags, S. 20, mit zahlreichen Nachweisen.

⁹⁴ *Rothenbücher*, Geschichte des Werkvertrags, S. 20.

⁹⁵ *Schlinker/Ludyga/Bergmann*, Privatrechtsgeschichte, § 9 Rn. 2.

⁹⁶ *Schlinker/Ludyga/Bergmann*, Privatrechtsgeschichte, § 9 Rn. 17.

⁹⁷ *Schlinker/Ludyga/Bergmann*, Privatrechtsgeschichte, § 9 Rn. 18.

⁹⁸ *HKK-Forster*, §§ 631-651, Rn. 7.

⁹⁹ Für diesen Abschnitt werden Sekundärquellen verwendet.

¹⁰⁰ Vgl.: *HKK-Birr*, §§ 631-651, Rn. 107.

¹⁰¹ *Riezler*, Werkvertrag, S. 30; 47 ff.

¹⁰² *Staudinger-Peters*, Vor §§ 631 ff. Rn. 4. Hervorhebung im Original.

auf die Erfolgsbezogenheit ankommt. Der wesentliche Unterschied von Dienst- und Werkvertrag ist der des Haftungsrisikos im Falle der „schlussendlichen Schlechtleistung“.¹⁰³ Diese Diskussion zwischen „weiter“ und „enger“ Auffassung des Vertragsgegenstandes beruht auf unterschiedlichen Vorgängerregelungen.¹⁰⁴ Er hat auch noch Auswirkungen auf heute, wie zu sehen sein wird. Die Debatte um die nötige Weite des Werkvertrages lässt sich gut an der Entwicklung des heutigen § 631 Abs. 2 BGB, der ja für die Einbeziehung zahlreicher Vertragsgegenstände in den Regelungsbereich des Werkvertrags steht, nachvollziehen. Dass der weiten Auffassung grundsätzlich gefolgt werden soll, ließ sich bereits den Motiven entnehmen, wo es heißt, der Transportvertrag (u.a. nichtkörperliche Werkleistungen) sollen taugliche Vertragsgegenstände des Werkvertrags im Sinne des BGB sein.¹⁰⁵

a) Streit um den Umfang des „Werkes“

Nach gemeinem und sächsischem Recht (GB § 1243 S. 1) sind Werke auch die, welche „einen anderweiten durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg, insbesondere den Transport von Personen und Sachen, sowie sog. immaterielle, wissenschaftliche und künstlerische Schöpfung, zum Gegenstande haben“.¹⁰⁶ Dies ergibt sich aus § 1243 des Sächsischen BGB, in dem es heißt:

Durch den Verdingungsvertrag verpflichtet sich der Eine dem Anderen auf dessen Bestellung zu Ausführung eines Werkes, zu Herstellung einer Sache oder zu Vollbringung eines Unternehmens, gegen eine Gegenleistung. Soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, finden die Vorschriften über den Dienstvertrag auf den Verdingungsvertrag Anwendung.

Auch wenn die Unterschiede zum BGB aufgrund fehlender Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag bezüglich der Erfolgsbezogenheit offensichtlich sind, liegt dieser Norm ein sehr weites Verständnis von „Werk“ zu Grunde. „Weit“ ist hier so zu verstehen, dass die Herstellung von Sachen dem gleichen Vertragstyp unterworfen wird wie die „Vollbringung eines Unternehmens“, also eine Dienstleistung. Aus dem hessischen, dem bayerischen und dem Dresdner Entwurf konnte jedoch für die Verfasser des ersten Entwurfs nicht entnommen werden, ob in diesen der Begriff „Werk“ eng (nur körperlichen Herstellung), oder weit verstanden wird.¹⁰⁷

¹⁰³ Greiner, AcP 2011, 221, 260.

¹⁰⁴ Vgl. zum Thema auch: Weyers, AcP 182 (1982), 60, S. 63 f.

¹⁰⁵ Mot II, § 579, S. 506 f.

¹⁰⁶ Mot II, § 579, S. 506.

¹⁰⁷ Mot II, S. 506.

Im Dresdner Entwurf hingegen unterfalle aber der nichtgewerbliche Transport von Sachen dem Dienstvertrag, was diesbezüglich eine enge Auffassung von „Werk“ bezeugt.¹⁰⁸

b) Erster Entwurf des Werkvertragsrechts im BGB

In der Ursprungsversion des heutigen § 631 BGB hieß es im ersten Entwurf des BGB:

Durch den Werkvertrag wird der Übernehmer zur Herstellung des übernommenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der dafür vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Eine Vergütung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Herstellung des Werkes nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.¹⁰⁹

Auffällig ist, dass eine Erweiterung der Vertragsgegenstände, so wie sie heute in § 631 Abs. 2 BGB vorzufinden ist, damals nicht zu Beginn der Normen des Werkvertrags auftaucht. Es folgen weitere Paragraphen zur Leistungsstörung und Abnahme. Am Ende der Werkvertragsvorschriften heißt es dann in E I § 579 BGB:

Auf den Vertrag, welcher nicht die Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern einen anderweiten durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 567 bis 578 mit folgenden Maßgaben entsprechende Anwendung:

- 1. Bei Anwendung der Vorschriften [...] tritt an die Stelle der Abnahme, sofern diese nach den Umständen ausgeschlossen ist, die Vollendung der dem Übernehmer obliegenden Leistungen;*
- 2. [...]*

Es erschien den Verfassern des ersten Entwurfs zum BGB also offensichtlich, dass zur Herstellung eines Werkes die in E I § 579 genannten „anderweiten“ Tätigkeiten nicht automatisch zählen. Diese mussten vielmehr nach damaliger Ansicht zusätzlich und explizit benannt werden. Darüber hinaus war von einer „entsprechenden“ Anwendung der Werkvertragsvorschriften die Rede. Diese Formulierungen zu den Erweiterungen von Vorschriften bezüglich eines bestimmten Vertrages findet man häufiger im BGB, beispielsweise beim Tausch gem. § 480 BGB mit der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über den Kauf. Das galt auch bei Inkrafttreten des BGB, damals fand sich die Vorschrift im § 515 BGB aF.

¹⁰⁸ Mot II, S. 506 f.

¹⁰⁹ Der zweite Absatz wanderte bereits im 2. Entwurf in den nächsten § (damals § 571 Abs. 1 2 E BGB), wo er auch heute noch zu finden ist.

c) Weitere Entwicklung zur endgültigen Fassung

Von dieser lediglich analogen Anwendung der Werkvertragsvorschriften auf erfolgsbezogene Arbeits- und Dienstleistungen kehrte man aber im Verlauf der Beratungen zum BGB ab. Dies begegnet früh einer Kritik von *Riezler*, der anmerkte, dass damit die „*verschiedene Natur der zu leistenden Arbeitsergebnisse*“ verwischt würde, obwohl bestimmte Regelungen nur für körperliche Werke sinnhaft seien.¹¹⁰ Dieser Kritik lässt sich zustimmen, allerdings verkennt sie, dass eben der Anwendungsbereich des Werkvertrags direkt und nicht nur analog deutlich vergrößert werden sollte. Daher hat die Umstellung der Norm vor allem eine klarstellende Funktion. Ferner trennte man auch die Verbindung von Dienst- und Werkvertrag im siebten Titel des E I im E II und überführte den Werkvertrag in den 8. Titel. Auch heute finden sich beide Verträge in unterschiedlichen Titeln (8. und 9.) desselben Abschnitts. So wurde im zweiten Entwurf des BGB der E I § 579 Abs. 1 noch in den E II § 569 (entspricht E I § 567) als zweiter Absatz inkorporiert, so dass dieser lautete: „*Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein sonstiger durch Arbeit- oder Dienstleistung zu bewirkender Erfolg sein.*“¹¹¹ Diesem Vorschlag der Vorkommission des Reichsjustizamtes wurde in der 77. Sitzung vom 12.4.1892 entsprochen.¹¹² Die weite Auffassung hat sich also final durchgesetzt.¹¹³

Diese bereits vor Inkrafttreten des BGB umstrittene Frage, regt auch über hundert Jahre später die Wissenschaft zum Nachdenken an: „Ist ‚Werk‘ i.S.d. §§ 631 ff. BGB lediglich das punktuell betrachtete Ergebnis der Leistungsanstrengungen des Unternehmers oder kann es bereits der Prozess der Werkerstellung sein? Semantisch ist beides vorstellbar, auch ein ‚prozesshaftes‘ Verständnis des ‚Werks‘ im Sinne eines ‚Wirkens‘.“¹¹⁴ Diese Fragen stellt sich *Greiner* und zeigt somit, dass der Diskurs noch lange nicht abgeschlossen ist, wenngleich seine Lösung, das Haftungsrisiko im Falle der „*schlussendlichen Schlechtleistung*“¹¹⁵ als Unterscheidungsmerkmal heranzuziehen, Zustimmung verdient.¹¹⁶ Gleichwohl kann dieses Merkmal selbstverständlich auch Konsequenz der Unterscheidung sein.¹¹⁷

¹¹⁰ *Riezler*, Werkvertrag, S. 35.

¹¹¹ *Mugdan*, Materialien BGB, S. 917.

¹¹² *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Beratung BGB, S. 843.

¹¹³ Vgl.: *Rothenbücher*, Geschichte des Werkvertrags.

¹¹⁴ *Greiner*, AcP 2011, 221, 250.

¹¹⁵ *Greiner*, AcP 2011, 221, 260.

¹¹⁶ Vgl. auch: NK-BGB-*Lederer/Raab*, vor §§ 631, Rn. 35; MüKo-BGB-*Busche*, § 631, Rn. 20.

¹¹⁷ *Staudinger-Peters*, Vor §§ 631, Rn 28.

3. Zusammenfassendes Ergebnis

Es fällt bei einem groben Blick auf die Entstehungsgeschichte des heutigen Werkvertrages auf, dass sich dieser Vertragstyp vor allem auf handwerkliche oder künstlerische Leistungen bezieht. Dienstleistungen sind zwar im antiken Römischen Recht vom Werkvertrag umfasst, fügen sich aber, was die Implementierungsgeschichte in den § 631 Abs. 2 BGB zeigt, nur sperrig in die Regelungen zum Werkvertrag ein. Aus den Motiven ergibt sich aber letztlich (vgl. oben), dass eine Vielzahl an möglichen Vertragsgegenständen gewollt war und insbesondere deshalb getroffen wurde, da die Alternative „Dienstvertrag“ für Verträge mit unkörperlichen Erfolgen als weniger passend erschien.¹¹⁸ Heute ist die Situation eine andere, gerade in der folgenden Abgrenzung des Werkvertrags zum Dienstvertrag wird sich dies zeigen. Dennoch gibt es einen wesentlichen Unterschied beider Vertragstypen, nämlich das des Haftungsrisikos im Falle der „schlussendlichen Schlechtleistung“ was man auch mit Risikoverteilung bezeichnen könnte.¹¹⁹

II. Kennzeichen

Nach der oben verwendeten griffigen Definition des Werkvertrags von *Harke* lassen sich zwei Elemente des Werkvertrags (Leistungserfolg, der kein Kauf ist, sowie eine synallagmatische Gegenleistung) hervorheben. Dabei handelt es sich um die für das Geschäft wesentlichen Bestandteile, die ihm seinen Charakter verleihen. An dieser Stelle wird in Anlehnung an *Leenen* die Betrachtung und Aufteilung eines Vertragstypus in „*essentialia*“, „*naturalia*“ und „*accidentalialia negotii*“ nicht verfolgt.¹²⁰ Stattdessen soll es um wesentliche Elemente auf der einen und übrige Elemente auf der anderen Seite gehen, wobei sich die Unterteilung hier nicht nach der Definition *Harkes* richtet. Diese Kennzeichen bestehen zwar häufig, aber nicht ausschließlich aus dem vereinbarten Pflichtenprogramm der Vertragspartner. Für den Vertragsschluss als solchen bleiben die *essentialia* dennoch das entscheidende Kriterium,¹²¹ doch diese Untersuchung beschäftigt sich weniger mit dem Vertragsschluss an sich.

Neben den bereits genannten Elementen gibt es noch zahlreiche weitere für den Werkvertrag typische Elemente, die hier untersucht werden sollen. Es ist mittlerweile anerkannt, dass genau diese Mehrzahl von Elementen einen Vertragstypus ausmacht,¹²² was aus den Überlegungen zum Vertragstyp auch noch einmal deutlich wurde.

¹¹⁸ Mot II, S. 506 f.

¹¹⁹ *Greiner*, AcP 2011, 221, 260; *MüKo-BGB-Busche*, § 631, Rn. 20; *Staudinger-Peters*, vor §§ 631, Rn. 28; *Looschelders*, Schuldrecht BT, § 28, Rn. 5.

¹²⁰ *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 122 ff.

¹²¹ Vgl. nur: *Flume*, BGB AT, S. 635 f.

¹²² *Larenz*, Schuldrecht II/1, § 38 S. 4.

Eine Aufzählung aller Elemente ist also fast unmöglich, da die Bandbreite der Verträge aufgrund der großen Anzahl möglicher Vertragsgegenstände sehr weit ist.¹²³ Werkverträge werden bei so Alltäglichem wie dem Vertrag zur Behebung einer WC-Verstopfung¹²⁴, der Vereinbarung über die Reinigung eines Fahrzeugs in einer Waschstraße¹²⁵ oder darüber eine Gelände- fläche von Schnee und Eis freizuhalten¹²⁶ abgeschlossen. Sie sind aber auch der Vertragstyp bei Ungewöhnlichem, wie dem Vertrag über die Anfertigung eines Platinringes zur Fassung eines Erinnerungsdiamanten¹²⁷. Letzteres Beispiel ist auch eines für einen höchst individualisierten Werkvertrag. Im Gegensatz dazu stehen Verträge, die etwa die 12,3 Mrd. Passagieren des öffentlichen Personenverkehrs in Deutschland 2018 abgeschlossen haben (müssten). Viele Pendler werden dabei nicht auf jeder Fahrt einen eigenen Vertrag abgeschlossen haben, aber die Dimensionen werden deutlich.

1. Wesentliche kennzeichnende Elemente

Zunächst zu den wesentlichen kennzeichnenden Elementen des Werkvertrags. Wesentlich ist bekanntermaßen die Erfolgsbezogenheit der Hauptleistung.¹²⁸ Hierdurch ist sie insbesondere vom Dienstvertrag abzugrenzen.¹²⁹ Weniger auffällig, aber auch für den Werkvertrag durchaus typisch ist, dass er Elemente des Dauerschuldverhältnisses beinhaltet. Das wird etwa durch das Kündigungsrecht des Bestellers zum Ausdruck gebracht, welches ihn insbesondere vom Kauf abgrenzt.

a) Hauptpflichten

Zu den wesentlichen charakterisierenden Elementen des Werkvertrages gehören die Hauptpflichten der Vertragsparteien. Grundsätzlich besteht die Hauptleistungspflicht des Unternehmers aus der rechtzeitigen und mangelfreien Herstellung des Werkes (§ 631 Abs. 1) sowie der

¹²³ Vgl.: Staudinger-Peters, Vor §§ 631, Rn. 2.

¹²⁴ AG Lübeck, Urt. V. 09.01.2019 – 23 C 2116/18 = BeckRS 2019, 133.

¹²⁵ BGH, Urt. V. 30.11.2004 – X ZR 133/03 = NJW 2005, 422; Urt. V. 19.07.2018 – VII ZR 251/17 = NJW 2018, 2956.

¹²⁶ BGH, Versäumnisurt. V. 06.06.2013 – VII ZR 355/12.

¹²⁷ Urt. LG Berlin vom 20.02.2015 – 11 O 90/14 = NJW-RR 2015, 976; Der Diamantring sollte im verhandelten Fall zur Aufbewahrung eines sog. Erinnerungsdiamanten aus der Asche eines Verstorbenen dienen. Obwohl solche „Diamantenbestattungen“ in Deutschland verboten sind, ist ein Vertrag über die Herstellung eines den Diamanten fassenden Ring nicht gem. § 134 BGB unwirksam, vgl. Urteil.

¹²⁸ Ganz hM: Looschelders, Schuldrecht BT, § 32, Rn. 1; NK-BGB-Lederer/Raab, § 631, Rn. 2; Staudinger-Peters, § 631, Rn. 2 ff.; MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 1; BGH, Urt. V. 19.06.1984 – X ZR 93/83, Rn. 13 = NJW 1984, 2406; RG, Urt. V. 16.11.1909 – VII 577/08, 180 = RGZ 72, 179; ausführlich: Greiner, AcP 2011, 221.

¹²⁹ MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 17 Staudinger-Peters, § 631 Rn. 27; Eckpfeiler-Magnus, Q, Rn.7; vgl. auch: Greiner, AcP 2011, 221, 222; BGH, Urt. V. 16.07.2002 – X ZR 27/01, Rn. 14, jurist = BGHZ 151, 330; aA wohl nur: Riezler, Werkvertrag, S. 91 f.

Ablieferung desselben.¹³⁰ Dabei kann sich „Herstellung“ gem. § 631 Abs. 2 sowohl auf die Herstellung bzw. Veränderung einer Sache als auch auf sonstigen durch Arbeit oder Dienstleistung herzustellenden Erfolg beziehen. Das „weite“ Verständnis von „Werk“ hat sich ja, wie oben gezeigt, durchgesetzt. Andersgesprochen ist nicht nur das Tätigwerden an sich, sondern eben auch der Erfolg dieser Tätigkeit geschuldet. Der Besteller hat hauptsächlich den Werklohn zu entrichten und das Werk ggf. abzunehmen.¹³¹ Die Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenpflichten ist nicht immer leicht, teilweise wird die Abnahmepflicht auch den Nebenpflichten zugerechnet.¹³²

i) Leistungserfolg bzw. Leistungserfolgsbezug

Kennzeichnend für die Herstellung des Werkes ist dabei, dass durch den Unternehmer der Erfolg der Werkleistung geschuldet ist.¹³³ Der Fokus liegt also auf einem von der Dienstleistung zu trennendem Ergebnis und nicht auf der bloßen Dienstleistung, denn sonst wäre es ja ein Dienstvertrag.¹³⁴ Das steht allerdings nicht *expressis verbis* in der Norm; diese enthält nur eine typologische Umschreibung.¹³⁵ Präziser ist die Feststellung, dass das wesentliche Element die Erfolgsbezogenheit der erbrachten Tätigkeit ist, auch wenn die Abgrenzung zum Dienstvertrag nicht leicht ist.¹³⁶ Das Wesen des Erfolges als solches ist hingegen recht unbestimmt und kann sich, wie eben gesehen, sehr vielseitig äußern.¹³⁷ Dass allerdings unter Erfolg „nur der günstige, den Parteiintentionen entsprechende“ verstanden wird, stellt *Rümelin*, in Abgrenzung zu *Riezler*, klar.¹³⁸ *Riezler* versteht unter Erfolg nämlich abweichend vom „Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens“ auch den fruchtlosen Versuch, also allein das Tätigwerden an sich.¹³⁹ Daher findet sich auch in seiner Definition des Werkvertrags die Erfolgsbezogenheit als Merkmal nicht. Seine Definition beschränkt sich vielmehr auf die Wiedergabe des Gesetzeswortlauts ohne wirklichen Mehrwert. Der Werkvertrag sei ein „Konsensualvertrag, durch welchen der eine der Vertragsschließenden, der Unternehmer, verpflichtet wird, ein körperliches Werk aus

¹³⁰ Erman *BGB-Schwenker/Rodemann*, § 631, Rn. 29, 32; Staudinger-*Peters*, § 631, Rn. 43 ff; NK-BGB-*Lederer/Raab*, Vor §§ 631, Rn. 21.

¹³¹ Vgl. nur: Staudinger-*Peters*, § 631, Rn. 60, 61.

¹³² *Esser/Weyers*, *Schuldrecht* 2/1, S. 256, 281 f.

¹³³ Ganz hM: *Looschelders*, *Schuldrecht* BT, § 32, Rn. 1; MüKo-BGB-*Busche*, § 631, Rn. 1; NK-BGB-*Lederer/Raab*, § 631, Rn. 2; Staudinger-*Peters*, § 631, Rn. 2 ff.; *BGH*, Urt. V. 19.06.1984 – X ZR 93/83, Rn. 13 = NJW 1984, 2406; *RG*, Urt. V. 16.11.1909 – VII 577/08, 180 = RGZ 72, 179; ausführlich: *Greiner*, AcP 2011, 221.

¹³⁴ NK-BGB-*Lederer/Raab*, Vor §§ 631 ff., Rn. 21; *BGH*, Urt. V. 19.06.1984 – X ZR 93/83, Rn. 13, juris = NJW 1984, 2406; Urt. V. 16.07.2002 – X ZR 27/01, Rn. 14 = BGHZ 151, 330.

¹³⁵ *Siebert/Soergel-Teichmann*, Vor § 631 Rn. 2.

¹³⁶ Vgl. nur: *Greiner*, AcP 2011, 221, 222.

¹³⁷ Bereits: *Gierke*, *Schuldrecht*, S. 688; MüKo-BGB-*Busche*, § 631, Rn. 2, vgl. auch oben.

¹³⁸ *Rümelin*, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, S. 13.

¹³⁹ *Riezler*, *Werkvertrag*, S. 91 f.

einem vom anderen Teile ganz oder teilweise zu liefernden Stoffe oder ein unkörperliches Werk zu leisten, wogegen der andere Teil, der Besteller, eine Vergütung zu entrichten hat.“¹⁴⁰ Riezlers Ansicht konnte sich aber zu Recht nicht durchsetzen: Das bloße Tätigwerden als Leistungsschuld ist eben Kennzeichen des Dienstvertrags und nicht des Werkvertrags. Ohne Erfolg besteht keine Gegenleistungspflicht beim Werkvertrag.

(1) Körperliche Erfolge

Um zu erörtern, was für ein Erfolg genau im jeweiligen Vertragsverhältnis geschuldet ist, ist es nötig auf die Vertragsgegenstände zu blicken. Vorrangig dürfte der „Erfolg“ mit einem körperlichen Objekt verbunden sein.¹⁴¹ Gegenstand des „typischen“ Werkvertrages in den Anfangszeiten des BGB ist also Herstellung einer Sache, wohl häufig durch eine handwerkliche Leistung. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift, der in § 631 Abs. 1 BGB sowie § 631 Abs. 2 Alt. 1 BGB von der „Herstellung“ eines Werkes bzw. einer Sache spricht.¹⁴² Grundsätzlich kann das Werk zunächst in der Herstellung oder Veränderung einer Sache bestehen.¹⁴³ Doch nicht nur Sachen iSd § 90 BGB zählen zu den körperlichen Objekten die tauglicher Vertragsgegenstand sein können, sondern auch Tiere oder Menschen (man denke an Maniküre, Hufschmied etc.).¹⁴⁴ Diese körperlichen Erfolge werden auch als Sachwerk bezeichnet.¹⁴⁵

(2) Unkörperliche Erfolge

In § 631 Abs. 2 BGB wird der Anwendungsbereich aber erheblich erweitert. Als Vertragsgegenstand kommt nun nicht nur die erfolgreiche Herstellung einer Sache in Betracht, sondern auch die „Herstellung“ oder besser das Erreichen eines zuvor nur gedanklich existenten Zieles, was auch als Leistwerk bezeichnet werden kann (§ 631 Abs. 2 Alt. 2 BGB).¹⁴⁶ Dieses kann dann auch in der Herstellung einer unkörperlichen Sache, (ggf. mit „Sachsubstrat“ wie eine Röntgenaufnahme oder ein Gutachten) sowie das Schaffen oder Erhalten eines Zustandes sein.¹⁴⁷ Dazu gehören persönliche Dienstleistungen jeder Art „wie beim Dienstvertrage neben

¹⁴⁰ Riezler, Werkvertrag, S. 26.

¹⁴¹ Staudinger-Peters, § 631, Rn. 3.

¹⁴² Staudinger-Peters, § 631, Rn. 14; Teichmann, Gutachten A für den 55. DJT, S. A 17.

¹⁴³ Bereits: Gierke, Schuldrecht, S. 688.

¹⁴⁴ Staudinger-Peters, § 631 Rn. 3.

¹⁴⁵ Vgl.: Medicus, JuS 1992, 273.

¹⁴⁶ Vgl.: Medicus, JuS 1992, 273; MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 1.

¹⁴⁷ Siebert/Soergel-Teichmann, Vor § 631 Rn. 4 ff.

niederen Diensten auch Dienste höherer Art“,¹⁴⁸ wobei Verträge über die Pflicht zur Erbringung einer Dienstleistung auch Dienstverträge bzw. Behandlungsverträge oder Geschäftsbesorgungsverträge (Anwaltsvertrag) sein können. In Einzelfällen mag es hier aber Abweichungen geben. Üblicherweise wird der Dienst- vom Werkvertrag dadurch abgegrenzt, dass beim Dienstvertrag das Tätigwerden geschuldet ist, beim Werkvertrag jedoch der Erfolg.¹⁴⁹ Auch der Transport von Personen oder Sachen kann hier als eigene „Erfolgs-kategorie“ gewertet werden.¹⁵⁰ Diese Gruppen oder Erfolgskategorien können als typologisch bezeichnet werden.¹⁵¹ Es fällt auf, dass der Erfolg und der Vertragsgegenstand gerade in den unkörperlichen Bereichen des § 631 Abs. 2 BGB nicht immer separat voneinander betrachtet werden können, sondern sich gegenseitig bedingen oder gar entsprechen.

Einige Vorschriften aus dem Werkvertragsrecht lassen jedoch die primäre Fokussierung auf den körperlichen Erfolg noch heute erkennen.¹⁵² Das gilt insbesondere für die Sicherung des Werkunternehmers durch sein Unternehmerpfandrecht in § 647 BGB. Dieses kann nur an körperlichen Gegenständen entstehen. Aufgrund der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers gem. § 641 Abs. 1 steht dieser bei unkörperlichen Vertragsgegenständen entsprechend sicherungslos da. Es ist möglich, dass die unkörperlichen Objekte ein körperliches Substrat haben, wie beispielsweise das angefertigte Gutachten.¹⁵³ Ferner gehört auch die Abnahme zu diesen Normen.

ii) Abnahme

Eine Besonderheit des Werkvertrages, insbesondere auch gegenüber anderen Vertragstypen, stellt die Abnahme dar. Sie wird als „*Dreh- und Angelpunkt*“ des Werkvertrages bezeichnet,¹⁵⁴ wobei diese Bezeichnung außer Acht lässt, dass für eine Vielzahl von Verträgen eine Abnahme nicht gerade erforderlich ist. Grundsätzlich bewirkt die Abnahme den Gefahrübergang gem. § 644 BGB, das Erlöschen des primären Erfüllungsanspruchs und den Übergang in die Anwendung der Mängelrechte nach §§ 634 ff. BGB sowie die Fälligkeit der Vergütung.¹⁵⁵ Zudem verstärkt sie das grundlegende Unterscheidungsmerkmal zwischen Werk- und Dienstvertrag,

¹⁴⁸ Gierke, Schuldrecht, S. 690.

¹⁴⁹ MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 17 Staudinger-Peters, § 631 Rn. 27; Eckpfeiler-Magnus, Q, 7; vgl. auch: Greiner, AcP 2011, 221, 222; BGH, Urt. V. 16.07.2002 – X ZR 27/01, Rn. 14, jurist = BGHZ 151, 330; aA wohl nur: Riezler, Werkvertrag, S. 91 f.

¹⁵⁰ Siebert/Soergel-Teichmann, Vor § 631 Rn. 7.

¹⁵¹ Siebert/Soergel-Teichmann, Vor § 631 Rn. 3.

¹⁵² Weber, Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag, S. 21.

¹⁵³ Staudinger-Peters, § 631 Rn. 6.

¹⁵⁴ Bachem/Bürger, NJW 2018, 118; NK-BGB-Raab, § 640, Rn. 4, 3. Aufl.

¹⁵⁵ Vgl. nur: Larenz, Schuldrecht II/1, § 53 III a S. 364.

nämlich den Erfolgsbezug des Werkvertrages. Das Institut der Abnahme ist sehr alt und geht sowohl auf römisches als auch auf Gemeines Recht zurück.¹⁵⁶ Die Abnahme als solche ist dennoch nicht zwangsläufig für den Werkvertrag nötig. Bei unkörperlichen Werken scheidet die Abnahme aus Gründen der Unüblichkeit und fehlende Notwendigkeit einer Billigung aus.¹⁵⁷ Das geht schon aus dem Gesetz selbst hervor, vgl. § 646 BGB und gilt auch und gerade für den Beförderungs- oder Transportvertrag.¹⁵⁸

Was die Abnahme genau erfordert, war umstritten. Die Übergabe des Werkes, in diese Richtung ging das RG,¹⁵⁹ ist es nicht.¹⁶⁰ Im Fokus steht vielmehr die Billigung des Werkes und zwar mit dem zusätzlichen Element der Verkehrsüblichkeit und Erwartbarkeit für die Abnahme.¹⁶¹

iii) Vergütung

Die Entgeltlichkeit des Werkvertrags spielt ebenfalls eine wesentliche Rolle,¹⁶² obwohl sie gem. § 632 BGB nicht ausdrücklich vereinbart werden muss. Grundsätzlich spricht § 631 Abs. 1 BGB nur von „Vergütung“, regelmäßig ist aber von einer Geldzahlung auszugehen.¹⁶³ Über die Höhe der Vergütung schweigt § 631 Abs. 1 BGB. Allerdings kann davon ausgegangen werden, dass der Werklohn einen äquivalenten Gegenwert für die vereinbarte Werkleistung darstellt.¹⁶⁴ Dieses Verhältnis wird zudem Teil der Geschäftsgrundlage.¹⁶⁵ Bei komplexeren Werkverträgen wird zwischen Einheitspreisen und Pauschalpreisen unterschieden. Ersteres Modell unterteilt die Werkleistung in kleinere Einheiten (bspw. laufende Meter Mauerwerk) und verlangt für diese Teilleistungen einen Einheitspreis.¹⁶⁶ Der Gesamtpreis ergibt sich dann aus der Anzahl der geleisteten Teilleistungen.¹⁶⁷ Der Unternehmer muss natürlich zusätzliche Kosten in die Teilleistungen einpreisen, damit er sich nicht verkalkuliert.¹⁶⁸ Beim Pauschalpreisvertrag werden die Werkleistung sowie die Vergütung pauschaliert.¹⁶⁹ Ein weiterer Aspekt der Vergütung ist der Fälligkeitszeitpunkt. Dieser ist an die Abnahme geknüpft, vgl. § 641 Abs. 1 BGB. Die Regelungen zur Abnahmefiktion in § 641 Abs. 2 BGB und die Folgebestimmung des § 646

¹⁵⁶ Vgl.: MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 1.

¹⁵⁷ Gierke, Schuldrecht, S. 699; NK-BGB-Raab, § 640 Rn. 21, 3. Aufl.

¹⁵⁸ Larenz, Schuldrecht II/1, § 53 III a S. 366; NK-BGB-Raab, § 640 Rn. 21, 3. Aufl.; Staudinger-Peters, § 640 Rn. 17.

¹⁵⁹ RG, Urt. V. 24. April 1925 – VI 10/25 –, RGZ 110, 404, 408

¹⁶⁰ NK-BGB-Raab, § 640 Rn. 20, 3. Aufl.; mwNw: Larenz, Schuldrecht II/1, § 53 III a S. 364.

¹⁶¹ NK-BGB-Raab, § 640 Rn. 20, 3. Aufl.

¹⁶² Bereits: Riezler, Werkvertrag, S. 37.

¹⁶³ Vgl. nur: Prütting/Wegen/Weinreich-Leupertz/Halfmeier, § 631, Rn. 35; Staudinger-Peters, § 632, Rn. 3.

¹⁶⁴ Vgl. nur: Prütting/Wegen/Weinreich-Leupertz/Halfmeier, § 631 Rn. 35.

¹⁶⁵ Vgl. nur: Prütting/Wegen/Weinreich-Leupertz/Halfmeier, § 631 Rn. 35.

¹⁶⁶ Staudinger-Peters, § 632 Rn. 4.

¹⁶⁷ Staudinger-Peters, § 632 Rn. 4.

¹⁶⁸ Staudinger-Peters, § 632 Rn. 4.

¹⁶⁹ Staudinger-Peters, § 632 Rn. 7.

für Fälle, in denen eine Abnahme ausgeschlossen ist, gilt entsprechend. Gem. § 646 BGB ersetzt, falls die Abnahme ausgeschlossen ist, die Vollerfüllung die Abnahme für die §§ 643a Abs. 2, §§ 641, 644 und 645 BGB. Auffällig ist zudem, dass die Preisgefahr gem. § 644 BGB (ggf. iVm mit § 646 BGB) im Vergleich etwa zum Dienstverpflichteten erst sehr spät auf den Werkunternehmer übergeht, wenn nicht sogar „soweit als irgend möglich zum Nachteil des Unternehmers verschoben.“¹⁷⁰ Gerade bei (Luft-)beförderungsverträgen wird jedoch fast immer von der gesetzlichen Regelung abgewichen und Vorkasse vereinbart, wie später erläutert wird. Die Frage, ob ein Werkvertrag ohne Vergütung möglich ist oder nicht, kann offenbleiben, nach vorherrschender Ansicht besteht ohne Vergütung aber wohl nur ein Auftrag gem. §§ 662 ff. BGB.¹⁷¹

b) Risikoverteilung

Oben angesprochen wurde bereits die Risikoverteilung der Haftung im Falle der Schlechtleistung. Dieses ist ein wichtiges Kriterium¹⁷² und wird insbesondere bei der Abgrenzung zum Dienstvertrag eine Rolle spielen.

c) Kündigungsregime als Zeichen der Veränderlichkeit

Dem Werkvertrag sind gewisse Veränderungsmöglichkeiten immanent, mit denen eine oder auch beide Parteien auf geänderte Umstände reagieren können. Dies resultiert aus dem ursprünglich langzeitlichen Charakter des Vertragstypus,¹⁷³ obwohl er a priori kein Dauerschuldverhältnis ist,¹⁷⁴ und äußert sich insbesondere in einem Kündigungsregime, das im Vergleich zum Dienstvertrag, bei dem ja ein Dauerschuldverhältnis gegeben ist, Besonderheiten aufweist. Dem Besteller steht nämlich gem. § 648 S. 1 BGB ein allgemeines ordentliches Kündigungsrecht zu. Der Werkunternehmer hingegen kann nur beim Vorliegen besonderer Kündigungsgründe außerordentlich kündigen. Grundlage für das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 648a BGB, das auch dem Besteller zusteht, ist die Pflichtverletzung. Grundlage für das Kündigungsrecht nach § 643 BGB ist die fehlende Mitwirkungshandlung des Bestellers nach § 642 BGB. Darüber hinaus war auch das Kündigungsrecht nach § 314 BGB bei Werkverträgen analog anwendbar,¹⁷⁵ dessen Essenz ist aber heute in § 648a Abs. 1 BGB geregelt. Dieser normiert

¹⁷⁰ Weber, Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag, S. 41.

¹⁷¹ Eckpfeiler-Magnus, Q, Rn 51.

¹⁷² Greiner, AcP 2011, 221, 260; vgl. auch: NK-BGB-Lederer/Raab, vor §§ 631 ff., Rn. 35; MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 20; Staudinger-Peters, vor §§ 631, Rn. 28; Looschelders, Schuldrecht BT, § 28, Rn. 5.

¹⁷³ Eckpfeiler-Magnus, Q, Rn 2.

¹⁷⁴ Vgl.: NK-BGB-Jung, § 314, Rn. 13.

¹⁷⁵ Zum Baurecht: OLG Düsseldorf, Urt. V. 24.03.2015 – I-21 U 136/14, 21 U 136/14 = NJW 2015, 3663.

für beide Parteien ein besonderes Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen und wurde vor allem für längerfristige Verträge eingeführt. Es mag vom Gesetzgeber her vor allem an den Bauvertrag gedacht worden sein, aber er hat auch explizit andere Verträge mit aufgenommen und sich daher gegen eine Regelung nur im Bereich Bauvertrag ausgesprochen.¹⁷⁶ Bei Werkverträgen mit kurzer Laufzeit werden solche wichtigen Gründe aber selten sein.¹⁷⁷ Für „eigentliche Dauerschuldverhältnisse“, also bei langlaufenden Maschinenwartungs- und Gartenpflegeverträgen, ist § 314 BGB weiterhin unproblematisch anwendbar.¹⁷⁸

Das unbedingte Kündigungsrecht des Bestellers ist dem heutigen Werkvertrag immanent und stellt dennoch eine besondere Art der Kündigung dar: Für gewöhnlich beenden Kündigungen die Primärleistungspflichten beider Vertragspartner für die Zukunft.¹⁷⁹ Das gilt gem. § 648 S. 1 Hs. 1 BGB im Werkvertrag gerade nicht: Der Besteller bleibt zur Leistung grundsätzlich verpflichtet. Es ist vom historischen Gesetzgeber aus nämlich der Besteller, „*der, wenn nicht allein, so doch vorzugsweise ein Interesse an der Fertigstellung des Werkes hat*“.¹⁸⁰ Es verwundert also nicht, dass bereits in § 578 E1 BGB normiert war:

Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes zu jeder Zeit von dem Vertrage zurücktreten, unbeschadet des Anspruches des Uebernehmers auf die Gegenleistung des § 368 Abs. 2

Der Werkunternehmer behielt also durch § 368 Abs. 2 BGB E1 den Gegenleistungsanspruch, wobei Anrechnungen vorgenommen wurden. Dieser entspricht in etwa dem heutigen § 326 BGB. Gleiches gilt mit dem heutigen § 648 Abs. 1 BGB, der ähnlich dem § 326 Abs. 2 BGB (§ 324 BGB aF) gefasst ist. Die Begründung hierfür liegt in der Vorstellung des historischen Gesetzgebers, der Unternehmer könne außerhalb des finanziellen Interesses kein ernsthaftes weiteres Interesse an der Fertigstellung des Vertrages haben: Diesem Interesse sei schließlich durch den verbleibenden Gegenleistungsanspruch „vollständig schadlos gehalten.“¹⁸¹ Man könnte sogar sagen, dass dieses Kündigungsrecht des Werkvertrages eigentlich eher einen speziellen Rücktrittsgrund darstellt, welches vor allem die Interessen des Bestellers wahrt und weniger auf einen Ausgleich der Interessen beider Vertragsparteien aus ist.

Im 2. Entwurf heißt es dann, leicht modifiziert in § 584 2E BGB:

¹⁷⁶ BT-Drs. RGE 123/16, S. 53.

¹⁷⁷ Vgl. auch: BT-Drs. RGE 123/16, S. 53.

¹⁷⁸ Staudinger-Peters, § 648 Rn. 4.

¹⁷⁹ Staudinger-Peters, § 648 Rn. 5.

¹⁸⁰ Mot II, S. 503.

¹⁸¹ Mot II, S. 503.

Der Besteller kann vor der Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Im Falle der Kündigung ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung desjenigen zu verlangen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben hat oder hätte erwerben können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte.

Diese Situation ist jedoch nicht in Stein gemeißelt. Vielmehr ist ein solches Kündigungsrecht etwa im Gemeinen Recht oder Römischen Recht nur teilweise anerkannt.¹⁸² So gab es immer wieder Bestrebungen, dieses freie Kündigungsrecht generell einzuschränken. Im Zuge der Schuldrechtsreform war geplant, das Kündigungsrecht des Bestellers aus § 649 aF, heute § 648 BGB zu streichen.¹⁸³ Begründet wurde dies insbesondere mit einer Vereinheitlichung der werkvertraglichen Regelungen mit denen zum Kaufvertrag, sowie des § 648 Abs. 5 BGB aF und der Schlechterstellung des Werkunternehmers in darlegungsrechtlicher Hinsicht bezüglich der erbrachten und ersparten Leistungen für den Vergütungsanspruch des Unternehmers bei Kündigung.¹⁸⁴ Weitere Gründe könnten das Interesse eines Künstlers an der Darstellung seiner Werke sein oder das Interesse mancher Werkunternehmer an einem werbenden Effekt.¹⁸⁵ Das freie Kündigungsrecht ist dabei grundsätzlich, aber nicht immer, individualvertraglich abdingbar.¹⁸⁶ Nicht selten geschieht das auch in AGB.¹⁸⁷ Wie sich jedoch eine AGB-Prüfung diesbezüglich auswirkt, soll in einem späteren Kapitel untersucht werden.

2. Übrige Elemente

Nun werden weitere kennzeichnenden Elemente des Werkvertrages beschrieben. Diese werden hier als „übrige Elemente“ bezeichnet.

a) Schöpferische Leistung

Teilweise wird die schöpferische Leistung als Charakteristikum und somit kennzeichnend gesehen.¹⁸⁸ Es soll also nicht um einen bloßen Leistungsaustausch gehen, sondern um eine unternehmerbezogene Erfolgsvorstellung: es soll etwas noch nicht Geschaffenes erschaffen werden,

¹⁸² MwNw: *Teichmann*, Gutachten A für den 55. DJT, A 96, Fn. 31 ; Vgl. Auch Mot II S. 502 f. .

¹⁸³ Vgl. S 552 d. Diskussionsentwurfs.

¹⁸⁴ Vgl. S. 553 f. d. Diskussionsentwurfs.

¹⁸⁵ *Teichmann*, Gutachten A für den 55. DJT, A 97.

¹⁸⁶ *BGH*, Urt. V. 27.01.2011 – VII ZR 133/10 = *NJW* 2011, 915.

¹⁸⁷ Bereits: *Teichmann*, Gutachten A für den 55. DJT, A 98, Fn. 39.

¹⁸⁸ *MüKo-BGB-Busche*, § 631, Rn. 1; *jurisPK-BGB-Rösch*, § 631 Rn. 9; *BGH*, Urt. V. 10.03.1983 – VII ZR 302/82, Rn. 20, *juris* = *BGHZ* 87, 112.

etwas lediglich Vorgestelltes realisiert werden und das soll trotz § 631 Abs. 2 BGB gelten.¹⁸⁹ Es scheint, als sollte hier dem Werkvertrag eine höhere Güte insbesondere gegenüber dem Dienstvertrag beigemessen werden, die ihm jedoch nicht zusteht. Vielleicht spielt hier die traditionell kleinere Abhängigkeit von Weisungen des Bestellers beim Werkvertrag gegenüber dem Dienstvertrag eine Rolle. Der Werkunternehmer wird ja, jedenfalls beim klassischen Handwerker, gerade wegen seiner Expertise beansprucht. Maßgaben seitens des Bestellers betreffen dann eher den Erfolg als die Art und Weise der Tätigkeit. Jedoch ist dieser Unterschied nur scheinbar: auch der Dienstvertrag kann schließlich schöpferisch geprägt sein.¹⁹⁰ Ob dieses Kriterium allerdings für eine Unvereinbarkeit des Werkvertrags mit dem Beförderungsvertrag spricht, kann an dieser Stelle noch offenbleiben. Allenfalls kann dieses Kriterium zur Abgrenzung zum Kaufvertrag dienen.¹⁹¹ Dies gilt etwa bei der Unterscheidung von Softwareverträgen: Handelt es sich um die Vereinbarung einer Überlassung von vorgefertigter Software liegt ein Kaufvertrag vor, wird die Software speziell für den Vertragspartner angefertigt, liegt ein Werkvertrag vor.¹⁹²

b) Selbstständigkeit

Teilweise lässt sich bereits im Gemeinen Recht auch auf die Selbstständigkeit und soziale Unabhängigkeit des Werkunternehmers abstellen.¹⁹³ Dabei ist vor allem die wirtschaftliche Selbstständigkeit des Werkunternehmers relevant; Weisungen (§ 645 BGB) greifen in diese wirtschaftliche Selbstständigkeit nicht ein.¹⁹⁴ Erkennbar ist dies auch an der Bezeichnung des einen Vertragsteils als „(Werk-)Unternehmer“.

c) Dauerhaftigkeit der Leistung

Die Dauerhaftigkeit der Leistung ist kein typisches Kennzeichen des Werkvertrags. Vielmehr kommt es, wie auch beim Kaufvertrag, auf den punktuellen Leistungsaustausch an.¹⁹⁵ Allerdings gibt es häufig einen „längeren Zeitraum“ des Leistungsaustauschs beim Werkvertrag, das jedoch nicht immer ein Dauerschuldverhältnis ist.¹⁹⁶ In dieser Hinsicht speziell sind Wartungsverträge, die die regelmäßige Kontrolle oder ähnliche Leistung beinhalten. Sollten

¹⁸⁹ Vgl.: MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 1.

¹⁹⁰ Greiner, AcP 2011, 221, 224.

¹⁹¹ JurisPK-BGB-Rösch, § 631 Rn. 9.

¹⁹² BGH, Urt. V. 04.11.1987 – VIII ZR 314/86 = NJW 1988, 406.

¹⁹³ Teichmann, Gutachten A für den 55. DJT, S. A 17.

¹⁹⁴ Vgl. etwa: Grüneberg-Retzlaff, § 631, Rn. 1.

¹⁹⁵ Harke, Besonderes SchuldR, S. 4 Rn. 7; Weyers, AcP 182 (1982), 60, S. 67 ff.

¹⁹⁶ MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 1.

rechtliche Problemen bei solchen Verträgen auftreten, beispielsweise hinsichtlich einer fehlenden möglichen Nutzung im Falle der Leistungsstörung, begegnet man diesen am besten mit einer analogen Anwendung mietvertraglicher Normen.¹⁹⁷

d) Tätigwerden

Ein weiteres Kennzeichen des Werk- als auch des Dienstvertrages ist die Verpflichtung des Werkunternehmers zum Tätigwerden.¹⁹⁸ Im Gegensatz dazu stehen Verträge, in denen das reine Verschaffen geschuldet ist. Dieses kann als zusätzliches Element Bestandteil des Werkvertrages sein.¹⁹⁹ Dass das Tätigwerden Bestandteil des Werkvertrages ist, ergibt sich aus dem Wortlaut des § 631 Abs. 1 BGB, der Bemessung der Teilvergütung nach §§ 645 und 650e BGB sowie die Berücksichtigung der anderweitigen Verwendung der Arbeitskraft in §§ 642 Abs. 2 und 648 BGB.²⁰⁰

e) Sicherungsrechte

Aufgrund der Vorleistungspflicht des Unternehmers stehen diesem einige Sicherungsrechte zur Verfügung. Dies gilt insbesondere für das Unternehmerpfandrecht gem. § 647 BGB. Für Bauverträge gibt es die Möglichkeit einer Sicherungshypothek gem. § 650e BGB. Diese beziehen sich naturgemäß auf Werkverträge, die die Herstellung bzw. Veränderung einer Sache beinhalten. Für Dienstleistungen fehlt ein solches Sicherungsrecht, was häufig durch eine Vorkassenregelung ausgeglichen wird.

f) Mitwirkungshandlung

In § 642 BGB sind Mitwirkungshandlungen des Bestellers bezeichnet. Ob es sich um Obliegenheiten oder Pflichten handelt, ist umstritten.²⁰¹ Durch § 642 BGB wird bei Unterlassen der Mitwirkungshandlung und einem daraus resultierenden Annahmeverzug des Bestellers ein Entschädigungsanspruch seitens des Werkunternehmers begründet.²⁰² Üblicherweise sind damit folgende Konstellationen gemeint: der Besteller hat sich Planungen vorbehalten, die er dann teilen muss; der Unternehmer soll Material vom Besteller verarbeiten, den letzterer liefern muss; der Unternehmer soll eine Auswahl bezüglich Materials, Form, Farbe etc. treffen, die

¹⁹⁷ Weyers, AcP 182 (1982), 60, S. 68 f.

¹⁹⁸ Weber, Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag, 4 f.

¹⁹⁹ Lotmar, Arbeitsvertrag, S. 269 f.; Weber, Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag, S. 5 f.

²⁰⁰ Vgl. auch: Weber, Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag, S. 5.

²⁰¹ Vgl. NK-BGB-Jordan/Raab, § 642 Rn. 6 ff.; Staudinger-Peters, § 642, Rn. 17.

²⁰² NK-BGB-Jordan/Raab, § 642 Rn. 6.

dieser auch tätigen muss.²⁰³ Des Weiteren besteht die Gefahr der Entstehung von Mängeln bei fehlender Mitwirkung.²⁰⁴

g) Spannungsverhältnis zwischen Leistungsziel und Leistungsbeschreibung

Ein weiteres Kennzeichen des Werkvertrages ist die Möglichkeit der Divergenz zwischen dem eigentlichen Leistungsziel und der vereinbarten Leistungsbeschreibung.²⁰⁵ Dies tritt insofern auf, als dass während der Ausführung der Werkleistung festgestellt wird, dass das eigentliche Leistungsziel mit der vereinbarten Leistungsbeschreibung nicht erreicht werden kann. Als Lösung kann hier entweder die wenig hilfreiche Regelung zur Unmöglichkeit herangezogen werden, oder es wird die Leistungsbeschreibung angepasst, wofür der Besteller in der Regel die Mehraufwendungen zu tragen hat.²⁰⁶

h) Mangelgewährleistungsrecht

Das Mangelgewährleistungsrecht des Werkvertrages in den §§ 633-639 BGB entspricht im Wesentlichen dem des Kaufrechts.²⁰⁷ Es besteht aus Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, sowie Schadensersatz. Zusätzlich ist auch die Selbstvornahme unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Kennzeichnend ist auch hier die Überleitung auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht.²⁰⁸ Zunächst hat der Besteller gem. § 633 Abs. 1 BGB Anspruch auf das sachmangelfreie Werk. Mit Abnahme bzw. Vollendung werden die Nacherfüllungsansprüche gem. § 634 BGB relevant. Ganz anders verhält es sich beim Dienstvertrag, der ja gerade keine spezifischen Normen zur Mangelgewährleistung kennt.

i) Übertragbarkeit des Anspruchs

Es ist üblich, dass Flugtickets, wie auch Bahntickets etc. häufig nicht, oder jedenfalls nicht ohne Gebühr, auf eine andere Person übertragbar sind. Grundsätzlich spricht erst einmal nichts gegen eine Abtretung des Leistungsanspruchs, um was es sich rechtlich bei einer solchen Übertragung handelt.²⁰⁹ Dabei liegt diese Übertragbarkeit nicht in der Natur des Werkvertrages an sich, ergibt sich aber typischerweise für bestimmte Verträge aus den AGB oder spezifischen Vereinbarungen. Als Anschlussfrage steht also auch hier die Klauselkontrolle nach den §§ 305 ff.

²⁰³ Vgl. nur: Staudinger-Peters, § 642 Rn. 1.

²⁰⁴ Staudinger-Peters, § 642 BGB Rn. 1.

²⁰⁵ Harke, Besonderes SchuldR, § 2 Rn. 89.

²⁰⁶ Harke, Besonderes SchuldR, § 2 Rn. 89.

²⁰⁷ Harke, Besonderes SchuldR, § 2 Rn. 107; Tonner, Schuldrecht, § 26 Rn. 10.

²⁰⁸ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 37 Rn. 1.

²⁰⁹ Zenker, NJW 2003, 1915.

BGB. Die Werkleistung hat umgekehrt, außer bei Kunstwerken oder anderen speziellen Formen, auch nicht persönlich zu erfolgen.²¹⁰

j) Nebenpflichten

Selbstverständlich gibt es neben den beleuchteten Elementen der Hauptpflichten auch Nebenpflichten. Diese können gerade im Werkvertragsrecht sehr weit gehen. Dazu führt sicherlich auch die häufige Pflicht zum kooperativen Zusammenwirken bei diesem Vertragstyp.²¹¹ Allerdings führte diese Thematik zu weit und ist angesichts der Regelungen aus § 241 Abs. 2 BGB in seiner Abstraktheit für den Werkvertrag an sich zu unspezifisch. Als „übrige Elemente“ taugen sie also nicht.

III. Abgrenzung zu anderen Verträgen

Ferner lohnt eine Abgrenzung zu anderen Vertragstypen, um sich ein genaueres Bild über das eigene Wesen des Werkvertrages machen zu können. Es wird allerdings deutlich, dass die Abgrenzung nicht immer einfach oder gar eindeutig ist, was sich aus dem Charakter eines Vertrags-, „typus“ ergibt. Die Auswahl der abzugrenzenden Vertragstypen folgt aus dem Thema der Untersuchung.

1. Kaufvertrag

Die Abgrenzung zum Kaufvertrag (§§ 433 ff. BGB) ist dabei noch recht eindeutig möglich und nach der Definition von *Harke* (s.o.) auch zwingend. Der Kaufvertrag ist nämlich nicht von der Herstellung einer Sache, sondern von der Lieferung und Übergabe der solchen geprägt.²¹² Es handelt sich um einen reinen „Sachverschaffungsvertrag“, der den Verkäufer verpflichtet dem Käufer das Eigentum und den Besitz an der Kaufsache mit den damit verbundenen Rechten zu verschaffen.²¹³ Wenn der Verkäufer weder Eigentum noch Besitz an der Sache hat, ist das seinerzeitige Beschaffen nicht Bestandteil des Erfüllungsvorganges, sondern liegt in dessen Vorfeld.²¹⁴ Es kommt im Vergleich zum Werkvertrag viel weniger auf Kenntnisse und Fähigkeiten des Vertragspartners an, als auf die Beschaffenheit der Kaufsache.²¹⁵ Die Grenzen können den-

²¹⁰ Bereits: *Riezler*, Werkvertrag, S. 34; *MüKo-BGB-Busche*, § 631, Rn. 74.

²¹¹ *MüKo-BGB-Busche*, § 631, Rn. 77.

²¹² *Prütting/Wegen/Weinreich-Leupertz/Halfmeier*, Vor § 631 ff., Rn. 21; *MüKo-BGB-Busche*, § 631, Rn. 10.

²¹³ Vgl.: *NK-BGB-Lederer/Raab*, Vor §§ 631, Rn. 32.

²¹⁴ *Staudinger-Peters*, Vor §§ 631, BGB Rn. 19; *NK-BGB-Lederer/Raab*, Vor §§ 631, Rn. 32.

²¹⁵ *NK-BGB-Lederer/Raab*, Vor §§ 631, Rn. 32.

noch verwischen: ob ein handwerkliches Erzeugnis vom Kunden aus einem kleinen Vorrat gekauft, oder bei aufgebrauchtem Vorrat durch den Kunden bestellt und vom „Verkäufer“ hergestellt wird dürfte unerheblich sein.²¹⁶ Zudem lässt sich eine Parallele zum Werkvertrag ziehen, wenn man bedenkt, dass beide Verträge einen punktuellen Leistungsaustausch beinhalten.²¹⁷ Das gilt für den Werkvertrag jedenfalls dann, wenn man auf die Abnahme als „Dreh- und Angelpunkt“²¹⁸ blickt. Bisweilen wird auch eine zu große Nähe der Vorschriften zum Kaufvertrag zu Lasten des Dienstvertrages kritisiert, was zur Folge hat, dass die Bemühungen des Unternehmers zur Herstellung weniger berücksichtigt wird.²¹⁹

Ein Schnittpunkt bietet die Verweisungsnorm für den Werklieferungsvertrag, § 650 BGB, wonach auf „*einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, [...] die Vorschriften über den Kauf Anwendung*“ finden.

Dieser entspricht § 6-51 aF welcher zur Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 25.5.1999 (ABl Nr. L 171/12) ins BGB aufgenommen wurde.²²⁰ Diese schreibt in Art. 4 Abs. 1 klar vor: „*Als Kaufverträge im Sinne dieser Richtlinie gelten auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter*“. Es heißt in § 651 aF Abs. 1 S. 1 BGB: „*Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung.*“ So sollten verbraucher-schützende Vorschriften nicht durch die das Werkvertragsrecht umgangen werden können.

Entscheidend ist diese Unterscheidung heute vor allem noch bei der Frage, wer die Art der Nacherfüllung bestimmen darf (der Käufer gem. § 439 Abs. 1 BGB und der Werkunternehmer gem. § 635 Abs. 1 BGB), sowie hinsichtlich des unterschiedlichen Verjährungsbeginns, sowie unterschiedlicher Verjährungsfristen (vgl. 438 Abs. 1,2 BGB und § 434a Abs. 1 BGB).²²¹ Ob die Eigennachbesserung des Werkvertrages gem. § 637 BGB für den Kaufvertrag analogiefähig ist, ist umstritten.²²² Für § 446 Abs. 2 S. 1 BGB und die §§ 474 ff. wird eine Analogiefähigkeit angenommen.²²³ Das Unterscheidungsmerkmal, dass der Kaufvertrag sich häufig auf Masseware und der Werkvertrag sich auf individualisierte Vertragsgegenstände richtet,²²⁴ lässt sich auf den massenhaft abgeschlossenen Beförderungsvertrag nicht bestätigen.

²¹⁶ Siebert/Soergel-Teichmann, Vor § 631, Rn. 15; NK-BGB-Lederer/Raab, Vor §§ 631, Rn. 33.

²¹⁷ Harke, Besonderes SchuldR, S. 4 Rn. 7.

²¹⁸ Bachem/Bürger, NJW 2018, 118; NK-BGB-Raab, § 640, Rn. 4, 3. Aufl.

²¹⁹ Staudinger-Peters, § 631, Rn. 6.

²²⁰ Staudinger-Peters, § 650 Rn. 1.

²²¹ Siehe auch: Staudinger-Peters, vor §§ 631 ff. BGB Rn. 18.

²²² Dafür: Staudinger-Peters, vor §§ 631 ff. BGB Rn. 18; Dagegen: NK-BGB-Raab, § 637 BGB Rn. 4.

²²³ Staudinger-Peters, vor §§ 631 ff. BGB Rn. 18.

²²⁴ MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 10.

2. Dienstvertrag

Die Abgrenzung zwischen Werk- und Dienstvertrag ist deutlich komplexer als zwischen Werk- und Kaufvertrag und bei genauerer Betrachtung schlechterdings unmöglich. Dennoch wird sehr häufig darauf verwiesen, dass beim Dienstvertrag das Tätigwerden an sich, beim Werkvertrag jedoch der Erfolg, geschuldet sei.²²⁵ Somit ist der Erfolgsbezug häufig ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal von Dienst- und Werkvertrag. Dennoch hat die These der schwierigen bis hin zur unmöglichen Abgrenzung ihre Berechtigung, wie schon bereits bei *Rümelin* 1905.²²⁶ Ihm ist insofern beizupflichten, als dass jede menschliche Handlung auch erfolgsbezogen interpretiert werden kann.²²⁷ Präziser ist es also davon zu sprechen, dass das Risiko der Gegenleistung beim Scheitern der Leistungsanstrengung das entscheidende Kriterium ist: Beim Werkvertrag fällt dieses Risiko auf den Werkunternehmer, beim Dienstvertrag trägt der Dienstherr dieses Risiko.²²⁸ Dennoch ist in vielen Bereichen, so auch im Bereich der Beförderungsverträge, die Sachlage eindeutig und der Vertrag gerade wegen des geschuldeten Erfolgs ein Werkvertrag, so dass die herkömmliche, grobe Unterscheidung ausreicht.

In den Anfangszeiten des BGB werden beide Vertragstypen noch als Unterfälle des Arbeitsvertrags gesehen.²²⁹ In den Motiven heißt es: „Worin nach dem Entwurfe das wesentliche Merkmal beider Verträge zu finden ist und wodurch der eine Vertrag von dem anderen sich unterscheidet, ergibt die Vergleichung beider Paragraphen mit voller Klarheit“.²³⁰ Beim Dienstvertrage werde die Arbeit als solche, beim Werkvertrag das Arbeitsprodukt vergütet.²³¹ Dass sich die Motive dabei auf andere Gesetze sowie das gemeine Recht (und Praxis) stützen, kann über tatsächliche Unklarheiten nicht hinwegtäuschen. Es überrascht, dass trotz der festgestellten begrifflichen „Klarheit“ der Unterschiede beider Verträge in den Motiven später ein „nicht zu beseitigender Übelstand“ darin gesehen wird, dass „thatsächlich zweifelhaft bleiben“ könne „wie der vorliegende Vertrag zu verstehen ist“.²³² Groß ist das Vertrauen aber in die Kompetenz

²²⁵ Mot II, S. 471; NK-BGB-*Lederer/Raab*, Vor §§ 631, Rn. 34; MüKo-BGB-*Busche*, § 631, Rn. 17; BeckOGK-*Merkle*, § 631, Rn. 166.

²²⁶ *Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 2; ähnlich auch: *Greiner*, AcP 2011, 221, 224.

²²⁷ *Greiner*, AcP 2011, 221, 224.

²²⁸ *Greiner*, AcP 2011, 221, 241.

²²⁹ Vgl. nur: *Lotmar*, Arbeitsvertrag, S. 265; *Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 16.

²³⁰ Mot II, S. 471.

²³¹ Mot II, S. 471.

²³² Mot II, S. 471.

der Rechtsanwender, die „bei verständiger Würdigung aller Umstände“ die richtige Entscheidung nicht verfehlen können.²³³ Diese Einschränkung der „Klarheit“ begrifflicher Unterscheidung durch Tatsächlichkeiten, ist ein schönes Beispiel für die Unzulänglichkeiten reiner begrifflicher Definitionen jedenfalls im Bereich des besonderen Schuldrechts. Hier zunächst die Problematik der Abgrenzung.

a) Abgrenzungsversuch aus der Historie heraus

Das Römische Recht trennte beide Vertragstypen zwar grob, fasste sie aber beide (so wie auch den Mietvertrag) unter die *locatio conductio*.²³⁴ Zu den *locatio conductio operarum* gehörten die niederen Dienste (*artes illiberales*).²³⁵ Nicht hinzugezählt wurden die Dienste höherer Art (*artes liberales*).²³⁶ Für Angehörige oberer Stände, welche diese Dienste üblicherweise ausführten, verstieß es gegen die guten Sitten, ein Entgelt dafür anzunehmen.²³⁷ Jedoch gab es eine sittliche Pflicht, als Empfänger einer solchen Gefälligkeit eine „Ehrengabe (*honorarium, salarium*) darzubringen.“²³⁸ Dieses konnte in der späten Klassik jedenfalls auch durch die *cognitio extra ordinem* eingeklagt werden.²³⁹ Umstritten ist jedoch, ob die gewöhnliche *cognitio extra ordinem* ausgeschlossen war.²⁴⁰

Die *locatio conductio* als Werkvertrag beinhaltete die Verpflichtung des *conductor* (Unternehmer), an einer Person oder Sache, welche ihm durch den *locator* (Besteller) überlassen wurde, „durch seine Tätigkeit einen bestimmten Erfolg zu verwirklichen“.²⁴¹ Dazu gehörten auch Verträge der Güter- oder Personenbeförderung.²⁴² Im Mittelalter unterschied sich der Dienst- vom Werkvertrag vor allem hinsichtlich der Lenkungsfunction des Bestellers: Beim Dienstvertrag war diese sehr stark ausgeprägt, beim Werkvertrag nicht.²⁴³ Eng damit verbunden ist das damals häufig bestehende Herrschaftsverhältnis des Dienstherrn gegenüber dem Dienstleister, welches in zahlreichen Handwerks-, Gesinde- und Gesellenordnungen organisiert wurde.²⁴⁴ Diese

²³³ Mot II, S. 472.

²³⁴ *Wächter*, Pandekten Bd. 2, § 209 (S. 476).

²³⁵ *Teichmann*, Gutachten A für den 55. DJT, S. A 13 f.

²³⁶ *Teichmann*, Gutachten A für den 55. DJT, S. A 13; mwNw: *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte I, § 132.2, IV.

²³⁷ *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte I, § 132.2, IV.

²³⁸ *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte I, § 132.2, IV.

²³⁹ *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte I, § 132.2, IV.

²⁴⁰ So: *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte I, § 132.2, IV; aA: *Heldrich*, *JherJb* 88 (1939/40), 148 ff. *Siber*, *JherJb* 88 (1939/40), 161 ff

²⁴¹ *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte I, § 132.2, V;

²⁴² *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte I, § 132.2, V;

²⁴³ *Rothenbücher*, Geschichte des Werkvertrags, S. 24.

²⁴⁴ *Rothenbücher*, Geschichte des Werkvertrags, S. 25.

Unterscheidung wird auch von *Weber* weitergeführt, wenn er davon schreibt, der Werkunternehmer sei „selbst der Schöpfer“, während der Dienstpflichtige „sich vielmehr in zahlreichen Fällen dem Schöpferwillen eines Anderen unterordnet.“²⁴⁵

Das Gemeine Recht inkorporierte dann tendenziell weitere Vertragsarten in den Werkvertrag, wie den Transportvertrag.²⁴⁶ Heute hat sich der Dienstvertrag in einen selbstständigen und einen unselbstständigen Bereich aufgeteilt. Während die Abgrenzung des letzteren zum Werkvertrag relativ gut gelingt, ist das bei ersterem nicht der Fall.²⁴⁷ So kann man gerade beim Anwaltsvertrag, der zwar üblicherweise als Dienst- und Geschäftsbesorgungsvertrag qualifiziert wird, durchaus von einem Werkvertrag sprechen, wenn etwa die Erstellung eines Gutachtens vereinbart wurde.²⁴⁸

b) Abgrenzungsversuche im BGB

Üblicherweise wird der Dienst- vom Werkvertrag dadurch abgegrenzt, dass beim Dienstvertrag das Tätigwerden geschuldet ist, beim Werkvertrag jedoch der Erfolg.²⁴⁹ Daher kann als „Faustformel“ gelten, dass bei aufwendigen Tätigkeiten, deren Erfolg unsicher ist, eher ein Dienstvertrag, denn ein Werkvertrag vorliegt.²⁵⁰ Grundsätzlich ist diese Einordnung angesichts der unterschiedlichen Rechtsfolgen wichtig.²⁵¹ Vor allem bei der Mängelhaftung zeigt sich dies: der Werkunternehmer haftet nach den §§ 634 ff. BGB für ein mangelhaftes Werk, der Dienstunternehmer nur für die sorgfältige Ausübung seiner Dienstleistung. Ein spezifisches Mängelgewährleistungsrecht kennt das BGB für den Dienstvertrag nicht. Fehlende Mitwirkung des Dienstberechtigten bzw. Bestellers führt zudem zu unterschiedlichen Rechtsfolgen, nämlich § 615 oder eben §§ 642 f BGB. Hier von besonderem Interesse sind darüber hinaus noch die Möglichkeiten zur ordentlichen Kündigung: Eine solche sieht das BGB in den §§ 620 ff. sowohl für den Dienstvertrag gem. § 648 BGB als auch für den Werkvertrag vor. Die Rechtsfolgen unterscheiden sich jedoch, da der Werkvertrag eben kein typisches Dauerschuldverhältnis ist.

²⁴⁵ *Weber*, Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag, S. 25.

²⁴⁶ *Teichmann*, Gutachten A für den 55. DJT, S. A 17 f.

²⁴⁷ *Teichmann*, Gutachten A für den 55. DJT, S. A 108.

²⁴⁸ *BGH*, Urt. V. 20.10.1964 = *NJW* 1965, 106.

²⁴⁹ *MüKo-BGB-Busche*, § 631, Rn. 17 *Staudinger-Peters*, § 631 Rn. 27; *Eckpfeiler-Magnus*, Q, Rn. 7; vgl. auch: *Greiner*, *AcP* 2011, 221, 222; *BGH*, Urt. V. 16.07.2002 – X ZR 27/01, Rn. 14, *jurist* = *BGHZ* 151, 330; aA wohl nur: *Riezler*, *Werkvertrag*, S. 91 f.

²⁵⁰ *Eckpfeiler-Magnus*, Q, Rn. 7.

²⁵¹ Vgl. nur: *Eckpfeiler-Magnus*, Q, Rn. 9.

Für gewöhnlich, also auch beim Dienstvertrag, beenden Kündigungen die Primärleistungspflichten beider Vertragspartner für die Zukunft.²⁵² Das gilt gem. § 648 S. 1 Hs. 1 BGB im Werkvertrag gerade nicht: Der Besteller bleibt zur Leistung grundsätzlich verpflichtet.

c) Unterscheidung nur schwer möglich

Deshalb stört es auch nicht, dass Dienst- und Werkvertrag grundsätzlich austauschbar sind.²⁵³ Dies zeigt vor allem die Problematik des geschuldeten Erfolges etwa bei selbstständigen Dienstverträgen.²⁵⁴ Es lässt sich zwar sagen, dass Anwälte nicht zum Erfolg in der rechtlichen Streitigkeit und Ärzte nicht zum Erfolg der Heilbehandlung verpflichtet sind. Wohl aber sind sie dazu verpflichtet, den Erfolg der „optimalen“ Tätigkeit herbeizuführen.²⁵⁵ Dabei dürfte jedoch wie auch beim Anwaltsvertrag gelten, dass das eigentliche „Ziel“ des Bestellers durchaus die Genesung bzw. der gewonnene Prozess ist. Da dieser Erfolg aber nicht vereinbart werden kann, kommt in den meisten Fällen nur ein Dienstvertrag in Betracht. Gleiche Verpflichtung trifft aber im Prinzip auch einen Architekten, der bauaufsichtlich tätig wird.²⁵⁶ Dennoch gibt es einen wesentlichen Unterschied beider Vertragstypen, nämlich den des Haftungsrisikos im Falle der „schlussendlichen Schlechtleistung“.²⁵⁷ Diese Unterscheidung lässt sich auch nicht aus dem römischen Recht herleiten, da sie als freie Berufe ohnehin keine „Verdingung“ waren.²⁵⁸ Die oben zitierte „Klarheit“ der Abgrenzung liegt also nicht vor. Vielmehr sind die Übergänge, kennzeichnend für Vertragstypen, fließend. Wobei insbesondere das Gegenleistungsrisiko bei endgültigem Scheitern ein gutes Abgrenzungsindiz ist.²⁵⁹ Genauere Untersuchungen sind hinsichtlich des hiesigen Themas, dem Personenluftbeförderungsvertrag jedoch entbehrlich, da dieser sich jedenfalls nicht als Dienstvertrag qualifizieren lässt.

3. Sachmiete

Auch eine Abgrenzung zum Mietvertrag, insbesondere zur Sachmiete ist interessant. Im römischen Recht (vgl. oben) stand der Werkvertrag noch sehr eng mit dem Mietvertrag in Beziehung. Dieser Zusammenhang liegt im „Nicht-Kaufvertrag“ sein. Gerade im Transportbereich

²⁵² Staudinger-Peters, § 648 Rn. 5.

²⁵³ Eckpfeiler-Magnus, Q, Rn. 10; Vgl. zur Problematik: Greiner, AcP 2011, 221.

²⁵⁴ Jauernig-Mansel, Vor § 611 Rn. 15, 18 ff.

²⁵⁵ Peters/Jacoby, Staudinger, Eckpfeiler-Peters/Jacoby, (6. Aufl.), Q, Rn. 31

²⁵⁶ Staudinger-Peters, Vor §§ 631 Rn. 27.

²⁵⁷ Greiner, AcP 2011, 221, 260.

²⁵⁸ Harke, Römisches Recht, § 9 Rn. 17.

²⁵⁹ Greiner, AcP 2011, 221, 260; vgl. auch: NK-BGB-Lederer/Raab, vor §§ 631, Rn. 35; MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 20; Staudinger-Peters, vor §§ 631, Rn. 28.

ließe sich aber noch eine andere Parallele finden. So könnte man argumentieren, es werde lediglich ein Sitz/Steh- oder Stellplatz für eine Person oder eine Fracht auf einem Verkehrsmittel gemietet.²⁶⁰ Allerdings handelt es sich bei dieser „Miete“ um ein „Mittel zum Zweck“ der Werkleistung.²⁶¹ Das gilt auch, wenn eine bestimmte Beförderungsklasse, etwa mit höherem Komfort, gewählt wird.²⁶² Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Eigentümer eines Transportmittels dieses komplett zur Benutzung mit oder ohne Besatzung an den Vertragspartner überlässt. In diesen Fällen handelt es sich dann eher um einen Mietvertrag, ggf. mit Dienstverschaffungsvertrag, wenn der Vertragspartner gerade nicht für die den Erfolg der Beförderung einstehen soll. Andernfalls ist ein Werkvertrag anzunehmen.²⁶³

4. Chartervertrag

Gerade im Zusammenhang mit Personenluftbeförderungsverträgen wird häufig vom so genannten Chartervertrag gesprochen. Dieser Begriff entspringt eigentlich dem Seerecht und hat dort eine spezifische Bedeutung.²⁶⁴ Hier soll als Abgrenzung zum Werkvertrag nur die Verwendung in der Personenluftfahrt betrachtet werden.

Der eigentliche Chartervertrag beinhaltet im Luftverkehr immer drei Parteien: Fluggast, Charterer und Vercharterer. Charterverträge kommen in verschiedenen Konstellationen vor²⁶⁵:

- Ein Unternehmen möchte eine eilige Warensendung an einen abgelegenen Ort verschicken, der nicht per Linie angefliegen wird.
- Ein Reisebüro bucht wöchentliche Flüge von einer deutschen Stadt zu einem Tourismusort. Es verkauft die Tickets an seine Kunden, trägt aber das Gewinn-/Verlustrisiko. Die früher übliche IATA-Tarifbindung galt für Chartergesellschaften nicht, da diese nicht Mitglied der IATA waren.
- Eine Liniengesellschaft chartert bei anderen Gesellschaften Maschinen, um den Liniendienst durchzuführen

Daran lässt sich erkennen, dass es viele verschiedene Vertragstypen gibt, die als Chartervertrag bezeichnet werden, oder, wie es *Ruckriegel* ausdrückt: „Die ganze schillernde Unbestimmtheit

²⁶⁰ Bsp. Bei: *Riezler*, Werkvertrag, S. 50.

²⁶¹ Bereits: *Riezler*, Werkvertrag, S. 50.

²⁶² *Riezler*, Werkvertrag, S. 50.

²⁶³ MWNw: MüKo-BGB-*Häublein*, Vor § 535 Rn. 23 f.

²⁶⁴ *Schwenk*, BB 1970, 282.

²⁶⁵ *Ruckriegel*, Luftrechtlicher Chartervertrag, S. 2.

des Charterbegriffs, der wie ein Chamäleon seine Farbe wechselt, wird allerdings erst bei genauerer Betrachtung deutlich werden.²⁶⁶ Grob lässt sich sagen, dass es sich um einen Mietvertrag, s.o. handelt, wenn keine Beförderungspflicht vereinbart wurde. Sollte jedoch eine solche Pflicht vereinbart worden sein, ist von einem Beförderungsvertrag auszugehen, dessen rechtliche Qualifikation unten untersucht wird. Die Unterscheidung ist, mit Ausnahmen, diejenige von „Zeit“- Charter und „Reise“- Charter.²⁶⁷ Spezifische luftverkehrsrechtliche Regelungen gibt es hierzu im deutschen Recht nicht.²⁶⁸

5. Maklervertrag §§ 652 ff. BGB/ §§ 93 ff. HGB

Ein Mischwesen zwischen dem Dienst- und dem Werkvertrag ist der Maklervertrag. Einerseits ist kein Erfolg versprochen: dieser kann, muss aber nicht erfolgen, weshalb es kein gegenseitiger Vertrag ist.²⁶⁹ Andererseits unterscheidet er sich vom Dienstvertrag dadurch, dass eine Vergütung nicht bei jedweder Tätigkeit, sondern nur im Erfolgsfalle geschuldet ist.

Typischerweise liegt bei einem Maklervertrag auch ein Dreipersonenverhältnis vor, das so beim Werk- oder Dienstvertrag nicht immer vorkommt.²⁷⁰ Neben dem Maklerbegriff des BGB, auch Zivilmakler genannt, kennt das HGB in den §§ 93 ff. noch weitere Vorschriften für den sog. Handelsmakler.²⁷¹ Diese sind deutlich ausführlicher, im Kern basiert die Abgrenzung zum Werk- und Dienstvertrag aber auf den Merkmalen wie beim Zivilmakler.

IV. Besondere Werkverträge und ihre Regelungen

Neben den §§ 631 ff. BGB sind bestimmte Arten des Werkvertrages spezieller geregelt. Im BGB sind das insbesondere der Pauschalreisevertrag (§§ 651a ff. BGB), der Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) und der Maklervertrag (§§ 652 ff. BGB). Seit dem 01.01.2018²⁷² sind auch der (Verbraucher-)Bauvertrag (§ 650 a ff. BGB), der Architekten- und Ingenieurvertrag sowie der Bauträgenervertrag (§ 650 u BGB) besonders geregelt. Ferner könnte man auch Miet-, Leih-, Darlehens- und Pachtverträge zu den speziellen Formen des Werkvertrages zählen, da diese jeweils erfolgsbezogene Dienstleistungen im Sinne des § 631 Abs. 2 beinhalten.²⁷³

²⁶⁶ Ruckriegel, Luftrechtlicher Chartervertrag, S. 2 f.

²⁶⁷ Vgl. Ruckriegel, Luftrechtlicher Chartervertrag, S. 15.

²⁶⁸ Giemulla/van Schyndel, Handbuch, Kap. 14 Rn. 336.

²⁶⁹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 44 Rn. 4.

²⁷⁰ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 44 Rn. 1.

²⁷¹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, § 44 Rn. 2 ff.

²⁷² Eingefügt durch Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28.04.2017, BGBl. I S. 969 ff.

²⁷³ Büdenbender, JuS 2001, 625, 626.

Die Nähe der Vertragstypen, wie sie ja bereits im Römischen Recht festgestellt wurde, ist zwar beachtlich. Jedoch hat der Werkvertrag eine Besonderheit, die ihn vom Miet-, Leih-, Darlehens- und Pachtvertrag unterscheidet: Es wird beim Werkvertrag nichts dauerhaft „überlassen“, sondern vielmehr eine punktuelle Leistung garantiert.²⁷⁴ Insofern ist er dem Kaufvertrag näher.²⁷⁵ Mithin lohnt eine genauere Analyse dieser Vertragstypen hier nicht, da sie ein vom Werkvertrag losgelöstes spezielles Regime bilden. Deren Einbeziehung würde den Rahmen der hier vorgelegten Arbeit sprengen. Zudem soll auch das Gebiet der Bauverträge und damit verbundene Verträge (§ 650 a- § 650 u BGB) aufgrund mangelnder Relevanz für den Flugreisevertrag hier ausgeklammert werden.

Doch nicht nur im BGB sind bestimmte Werkverträge spezialgesetzlich geregelt. Auch im HGB finden sich solche speziellen Werkverträge. Dazu gehören im 4. Buch des HGB einige speziell geregelte Handelsgeschäfte: der Handelskauf (§ 373-§ 372 HGB), das Kommissionsgeschäft (§ 383- § 406 HGB), das Frachtgeschäft (§ 407- § 452 d HGB), das Speditionsgeschäft (§ 453 - § 466 HGB) sowie das Lagergeschäft (§ 467 - § 475 h HGB) und Teile des Seehandelsgeschäfts (§§ 476 ff. HGB. Aber auch der Handelsmaklervertrag gem. §§ 93 ff. HGB aus dessen ersten Buch stellt eine besondere Form des Werkvertrages dar.²⁷⁶ Das Kommissionsgeschäft passt als eine Art Geschäftsführung nur bedingt in diese Aufreihung.²⁷⁷ Aufgrund ihrer potenziellen Nähe zum Personenluftbeförderungsvertrag sollen hier der Frachtvertrag und das Speditionsgeschäft als besondere Formen des Beförderungsvertrages dargestellt werden.

1. Besondere Werkverträge im BGB (Auszüge)

Im Folgenden sollen der Geschäftsbesorgungsvertrag, der Maklervertrag und der Pauschalreisevertrag als mögliche Abgrenzungshilfen zum einfachen Werkvertrag untersucht werden.

a) Geschäftsbesorgungsvertrag

Die Natur des Geschäftsbesorgungsvertrages ist umstritten. Nach der Einheitstheorie stellt er lediglich eine entgeltliche Variante des Auftrages dar und ist ohnehin in jedem Werk- und Dienstvertrag enthalten.²⁷⁸ Nach der herrschenden Trennungstheorie ist der Geschäftsbesorgungsvertrag nicht immer ein entgeltlicher Auftrag, sondern es muss geprüft werden, ob dem

²⁷⁴ Harke, Besonderes SchuldR, S. 4 Rn. 7.

²⁷⁵ Harke, Besonderes SchuldR, S. 4 Rn. 7.

²⁷⁶ Büdenbender, JuS 2001, 625, 626.

²⁷⁷ Harke, Besonderes SchuldR, S. 5 Rn. 9.

²⁷⁸ Staudinger-Martinek/Omlor, Vor §§ 662 ff. BGB Rn. 11.

jeweiligen Werk- oder Dienstvertrag ein geschäftsbesorgendes Element innewohnt, was bei Vorliegen den Vertrag zu einem Geschäftsbesorgungsvertrag macht.²⁷⁹

Der Geschäftsbesorgungsvertrag enthält also immer werk- oder dienstvertragliche Elemente. Das Abgrenzungskriterium hinsichtlich des einfachen Werk- (oder Dienst-)vertrages ist nach der herrschenden Meinung das Vorliegen weiterer Elemente der sog. „Geschäftsbesorgungsfornel“²⁸⁰ des BGH. Diese beinhaltet eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen.²⁸¹ Der Geschäftsbesorgungsvertrag ist in der heutigen Dienstleistungsgesellschaft von seinem Nischendasein in eine sehr wichtige Stellung gerückt.²⁸²

Es gibt bereits nach *Gierke* auch werkvertragliche Geschäftsbesorgungen, für die neben den Regelungen des Auftragsrechts das Werkvertragsrecht subsidiär anwendbar ist.²⁸³ Dazu zählen insbesondere handelsrechtliche Kommissions- und Speditionsgeschäfte, welche zusätzlich zu den Regelungen zum Auftrag (§ 675 BGB) durch Regelungen im HGB (§§ 683 ff., 407 ff.) bestimmt sind.²⁸⁴ Diese Grundlage findet sich heute im § 675 BGB geregelt. Auch *Riezler* sieht in den Beförderungsverträgen von Passagier und Fracht einen Geschäftsbesorgungsvertrag als Unterfall des Werkvertrages.²⁸⁵

b) Maklervertrag (§§ 652 ff. BGB)

Der Maklervertrag ist meist dadurch gekennzeichnet, dass gerade keine „Erfolgspflicht“ vereinbart wird. Vielmehr handelt der Makler ohne Verpflichtung, dennoch wird vereinbarungsgemäß bei Leistungserbringung der Maklerlohn fällig.²⁸⁶ Er ist also zur Leistung berechtigt, aber nicht verpflichtet. Dennoch kann in Einzelfällen, bei bestimmten Finanzierungen oder Problemlösungskonzepten ein solches Erfolgsversprechen Bestandteil des Maklervertrages werden.²⁸⁷ In diesen Fällen liegt jedoch regelmäßig ein Geschäftsbesorgungsvertrag vor.²⁸⁸

²⁷⁹ Staudinger-*Martinek/Omlor*, Vor §§ 662 ff. BGB Rn. 12.

²⁸⁰ Staudinger-*Martinek/Omlor*, § 675 BGB Rn. A 9.

²⁸¹ BGH, Urteil vom 22. Oktober 1958 Az.: IV ZR 78/58; BGHZ 45, 223 Rn. 29.

²⁸² Staudinger-*Martinek/Omlor*, § 675 BGB Rn. A3.

²⁸³ *Gierke*, Schuldrecht, S. 691.

²⁸⁴ *Gierke*, Schuldrecht, S. 691.

²⁸⁵ *Riezler*, Werkvertrag, S. 79 ff.

²⁸⁶ *Harke*, Besonderes SchuldR, § 2 Rn. 152.

²⁸⁷ MüKo-BGB-*Althammer*, § 652, Rn. 32.

²⁸⁸ MüKo-BGB-*Althammer*, § 652, Rn. 33.

c) Pauschalreisevertrag (§§ 651a ff. BGB)

Der Pauschalreisevertrag (bis zum 01.07.2018: Reisevertrag) setzt sich aus mehreren Elementen zusammen und ist somit ein typengemischter Vertrag.²⁸⁹ Die Abgrenzung zum Individualreisevertrag besteht daraus, dass beim Pauschalreisevertrag eine Mehrzahl an Reiseleistungen für dieselbe Reise vorliegen müssen. In Abs. 3 sind diese Arten dann kategorisiert: die Personenbeförderung (Nr. 1), die Beherbergung (Nr. 2), die Vermietung von Kraftfahrzeugen (Nr. 3) sowie weiteren touristischen Leistungen (Nr. 4.). Liegt jedoch nur eine der Leistungen vor, handelt es sich um einfache Werk-, Dienst-, oder Mietverträge. § 651a Abs. 2 S. 2 BGB nimmt noch weitere Verträge in den Anwendungsbereich des Pauschalreiserechts. Nach Nr. 1 gehören auch Wunschzusammenstellungen dazu. Die Variante nach Nr. 2 soll sog. „Geschenkbboxen“ miteinschließen; eine Vertragsform, die in Deutschland unüblich ist und somit kaum Relevanz besitzt.²⁹⁰ Interessant ist, dass das deutsche Recht wegen § 651a Abs. 3 Nr. 1 BGB also einen Personenbeförderungsvertrag kennt. Rechtsprechung und Literatur hierzu ließe sich also auf einen Personenluftbeförderungsvertrag anwenden, sollte dieser einmal außerhalb des Pauschalreiserechts eigenständige Bedeutung erlangen.

d) Verwahrungsvertrag (§§ 688 ff. BGB/ §§ 476 ff. HGB)

Auch der Verwahrungsvertrag nach §§ 688 ff. BGB ist ein speziell normierter Werkvertrag. Der gewerbliche Verwahrungsvertrag (genannt: Lagervertrag) ist in den §§ 476 ff. HGB geregelt.

2. Transport-/Beförderungsverträge

Als eigene, besondere Kategorie des Werkvertrages wertet bereits *Gierke* den Transportvertrag, also die „entgeltliche Beförderung von Personen, Sachen oder Nachrichten von Ort zu Ort“.²⁹¹ Dieser sei schon im Mittelalter ein Werkvertrag mit „in vielen Punkten besondere[r] Ausprägung“.²⁹² Üblicherweise werden Verträge heute als Transportvertrag bezeichnet, die sich auf den Transport von Gütern beziehen und als Beförderungsvertrag solche die Beförderung von Passagieren betreffen.²⁹³ Diese Unterscheidung trifft jedoch nicht jeder, insbesondere nicht *Basedow*.²⁹⁴

²⁸⁹ Noch zur aF: *Harke*, Besonderes SchuldR, § 2 Rn. 135.

²⁹⁰ Vgl. Erwägungsgrund 11 der Richtlinie (EU) 2015/2302; MüKo-BGB-(8. Aufl.) -*Tonner*, § 651a Rn. 25 (8. Aufl.).

²⁹¹ *Gierke*, Schuldrecht, S. 691.

²⁹² *Gierke*, Schuldrecht, S. 692.

²⁹³ Vgl. nur: *Schmidt-Fromme*, Pflichten des Personenbeförderers, S. 101 Fn. 603.

²⁹⁴ *Basedow*, Transportvertrag, S. 34.

Dabei bleibt der Beförderungsvertrag ein Werkvertrag mit dem „Erfolg“ der Ortsveränderung. Damit geht er völlig im Werkvertrag auf. Jedoch ist diese Unterscheidung nicht zwingend. So unterscheidet eine frühe BGH-Entscheidung bzgl. der Beweislast den Beförderungsvertrag nicht von Werk- oder Dienstvertrag: „Bei einem Verträge über die Beförderung von Personen (wie auch beim Gastaufnahmevertrag und allgemein bei jedem Werk- oder Dienstvertrag oder einem diesem ähnlichen Verträge) [...]“.²⁹⁵ Wohl erkennt man aber, dass die Beförderung von Personen hier eine erwähnenswerte Besonderheit ist, die lediglich in der Sache keine Auswirkung hat. Daraus lässt sich sogar ableiten, dass die Richter eben die Personenbeförderungsverträge als besondere Kategorie werten. Diese Erkenntnis, eine eigene Kategorie innerhalb der Werkverträge, lässt sich heute zudem in zahlreichen Sondervorschriften zu Beförderungs- und Transportverträgen unterschiedlichster Couleur beobachten. Dabei gibt es jedoch keineswegs einheitliche Regelungen. Vielmehr muss zwischen Passagier- und Gütertransport unterschieden werden. Eine weitere Aufteilung erfolgt jeweils nach dem Verkehrsträger, nämlich Straße, Schiene, Luft und Wasser. Weiterhin gibt es dann noch Unterschiedliche Regelungen für nationale und internationale Transporte.²⁹⁶

Es finden sich gerade im Transportbereich also speziell geregelte Werkverträge im HGB geregelt: So der Frachtvertrag (§§ 407 ff. HGB) und der Speditionsvertrag (§§ 453 ff. HGB). Als spezielle Werkverträge haben sie gegenüber den Normen des BGB gem. Art. 2 EGHGB Vorrang. Allerdings gibt es diese Spezialregelungen nicht für jedweden Transportvertrag, insbesondere nicht für Verträge über die Beförderung von Personen, da sie als Transport- und nicht Beförderungsvertrag generell nicht für die Beförderung von Personen gelten.²⁹⁷ Das ist umso erstaunlicher, da durchaus von einer gewissen Eigenständigkeit der Transportverträge gesprochen werden kann.²⁹⁸ Zudem gilt für die beiden Vertragstypen, dass die Transportleistung von einem gewerblichen Unternehmer erbracht werden muss (§ 407 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB für den Frachtvertrag, § 453 Abs. 3 S. 1 HGB für den Speditionsvertrag), wobei der Vertragspartner, also der Ab- bzw. Versender, aber Unternehmer oder Verbraucher sein kann.²⁹⁹ Das entspricht der generellen Logik des HGB.

²⁹⁵ BGH, Urt. V. 18.12.1952 – VI ZR 54/52, Rn. 19, juris = BGHZ 8, 239-243.

²⁹⁶ Grundlegend: *Basedow*, Transportvertrag; Ausführlich für den Beförderungsvertrag auch: *Schmidt-Fromme*, Pflichten des Personenbeförderers, S. 52 ff.

²⁹⁷ Großkomm. HGB-P. *Schmidt*, § 407 Rn. 9.

²⁹⁸ *Tonner*, Schuldrecht, § 26 Rn. 2.

²⁹⁹ *Oetker-Paschke*, § 407 HGB Rn. 11; *Oetker-Paschke*, § 453 HGB Rn. 21.

a) Der Frachtvertrag

Innerhalb der stark diversifizierten Rechtslage für die Beförderung von Personen und den Transport von Sachen sticht ein Vertragstyp heraus, nämlich der Frachtvertrag für Güter im Inland. Er ist in den §§ 407 ff. HGB als eine „Variante des Werkvertrages“³⁰⁰ besonders geregelt. *Thume* spricht aufgrund der dauerhaften Obhutspflichten während des Transports sogar von einem Vertrag „sui generis“.³⁰¹ Transportgegenstand ist immer ein „Gut“, also Sachen und Tiere, aber keine Menschen.³⁰² Zur Beförderung verpflichtet sich der Frachtführer selbst. Die Beförderung muss sich im Rahmen des gewerblichen Betriebs befinden, dazu muss er aber kein Kaufmann sein.³⁰³ Ferner wird aus § 407 Abs. 2 HGB gefolgert, dass die Frachtbeförderung entgeltlich zu erfolgen hat.³⁰⁴

Ein besonderes Augenmerk soll den Kündigungsregelungen des Absenders gem. § 415 HGB zukommen. Danach steht dem Frachtführer bei Kündigung des Absenders gem. § 415 Abs. 1 HGB ein Wahlrecht zu, ob er gem. Nr. 1 eine konkrete Abrechnungsmethode für den Erfüllungsschaden unter Berücksichtigung der ersparten Aufwendungen und anderweitiger Erwerbmöglichkeiten (bzw. deren böswilliges Unterlassen) geltend machen möchte, oder pauschal ein Drittel der vereinbarten Fracht gem. Nr. 2. Die Beweislast obliegt in der ersten Variante dem Frachtführer.³⁰⁵ Nr. 2 stellt, da es dem Gegenbeweis nicht zugänglich ist, eine gesetzlich angeordnete Vertragsstrafe dar, auf die sich der Frachtführer nach seiner Wahl berufen kann.³⁰⁶

Häufig werden die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen 2017 (ADSp) als AGB für Frachtverträge verwendet. Das Kündigungsrecht nach § 415 HGB ist in den AGB abdingbar.³⁰⁷ Dass das Werkvertragsrecht als Grundlage des Frachtvertrages immer wieder stimulierende Impulse setzt, ist zuletzt beim Transportrechtsreformgesetz deutlich geworden. So wurde bspw. das jederzeitige Kündigungsrecht des Bestellers gem. § 648 Abs. 1 (§ 649 Abs. 1 aF) BGB auch auf den Frachtvertrag, in § 415 Abs. 1 HGB übertragen.³⁰⁸

³⁰⁰ Oetker-Paschke, § 407 HGB Rn. 15; ebenso: *I. Koller*, TranspR 2013, 140, 141; *I. Koller*, HGB, § 407, Rn. 12, 35; *Temme*, TranspR 2012, 420; MüKo HGB-*Thume*, § 407, Rn. 98; *BGH*, Urt. V. 28.01.2016 – I ZR 60/14, Rn. 21 = RdTW 2016, 141.

³⁰¹ MüKo HGB-*Thume*, § 407, Rn. 98.

³⁰² Oetker-Paschke, § 407 HGB Rn. 24; *I. Koller*, HGB, § 407, Rn. 14.

³⁰³ Vgl. Begr. RegE TRG, BT-Drs. 13/8445, 35. *I. Koller*, HGB, § 407, Rn. 4.

³⁰⁴ Oetker-Paschke, § 407 HGB Rn. 22f.; MüKo HGB-*Thume*, § 407, Rn. 63; *I. Koller*, HGB, § 407 Rn. 13.

³⁰⁵ Oetker-Paschke, § 415 HGB Rn. 7.

³⁰⁶ *Harke*, Besonderes SchuldR, § 2 Rn. 123.

³⁰⁷ Oetker-Paschke, § 415 Rn. 13.

³⁰⁸ *Ramming*, RdTW 2019, 7, S. 13 f.; BT-Drs. 13/8445 S. 44 f.

b) Der Speditionsvertrag

Wie der Transportvertrag ist der Speditionsvertrag gem. § 453 HGB darauf ausgelegt, dass die Güter (auch hier keine Personen) befördert werden. Es handelt sich also um eine Art fremdnützigen Geschäftsbesorgungsvertrag.³⁰⁹ Jedoch führt der Spediteur den Transport nicht selbst durch, sondern bedient sich Dritter, z.B. Frachtführer. Ihm steht gem. § 458 HGB ein Selbsteintrittsrecht zu. Allein daraus ergibt sich, dass eine Unterscheidung der beiden Vertragstypen trotz der theoretisch einfachen Unterscheidung in der Praxis mangels Zweifelsregelung und unklarer Leistungsbestimmungen nicht immer einfach ist.³¹⁰ Darüber hinaus wird der Begriff des Spediteurs in den ADSp nach Ziffer 1.13 unter anderem auch für den Frachtführer verwendet. Noch dazu hat der Spediteur gem. § 458 HGB ein Selbsteintrittsrecht, der Frachtführer hingegen kann gem. § 437 HGB einen Dritten als „ausführenden Frachtführer“ einsetzen.

c) Unterschiede zum Personenbeförderungsvertrag

Diese beiden genannten Verträge sind keinesfalls Blaupausen für einen Personenbeförderungsvertrag. Vielmehr richten sie sich primär an Kaufleute und deren Handelsgeschäfte. Das folgt schon aus der Betonung des „betrieblichen Gewerbes“ in § 407 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB bzw. § 453 Abs. 3 HGB. Ein besonderer Schutz für Passagiere, die häufig Verbraucher sind, ergibt sich aus den Regelungen nicht, da von vornherein nur Sachen Gegenstand dieser beiden Vertragstypen sein können.³¹¹

V. Das Synallagma

Es lohnt, am Ende des Abschnitts noch auf das Synallagma des Werkvertrages zu blicken: Die werkvertraglichen Leistungspflichten stehen im Synallagma zu der geschuldeten Vergütung als Gegenleistung, was auch § 641 BGB zeigt.³¹² Dabei stellt sich die Frage, ob Vorauszahlungen, wie sie gerade in Beförderungsverträgen häufig erfolgen, schon Bestandteil des Synallagmas sind. Dies wird aber zu Recht nicht so gesehen. So stellen *Peters/Jacoby* die Vorauszahlung, anders als die Abschlagszahlung, gerade nicht als synallagmatische Leistung dar, weswegen erstere einer besonderen Sicherung des Bestellers bedarf.³¹³ Dabei haben sie aber vor allem

³⁰⁹ Vgl. Begr. RegE TRG BT-Drs. 13/8445, 30.

³¹⁰ Oetker-Paschke, § 455 HGB Rn. 8; MüKo HGB-Bydlinski/Valder, § 453, Rn. 60.

³¹¹ Vgl. auch: Dauner-Lieb, Verbraucherschutz, S. 32.

³¹² Prütting/Wegen/Weinreich-Leupertz/Halfmeier, § 631 Rn. 1; BeckOGK-Merkle, § 631 Rn. 1; Büdenbender, JuS 2001, 625, 626; Weber, Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag, S. 3; Riezler, Werkvertrag, S. 26; zur Verbindung mit § 641 BGB insbesondere auch: Staudinger-Peters, § 631 Rn. 17; Esser/Weyers, Schuldrecht 2/1, S. 255, 279.

³¹³ Staudinger-Peters, § 632a Rn. 5; Eckpfeiler-Peters/Jacoby, (6. Aufl.), Q Rn. 97.

Bauverträge und weniger Beförderungsverträge im Blick, wie ihr Hinweis auf die VOB/B aufzeigt. Eine erhöhte Bedeutung kann aufgrund der Vorleistungspflicht und der Namensgebung der Werkleistung im Vergleich zur Vergütungspflicht gegeben werden.³¹⁴ Eine weitere Frage, der später noch auf den Grund gegangen wird, ist die, ob womöglich die Umbuchungs-/Stornierungsmöglichkeit ein Bestandteil des werkvertraglichen Synallagmas sein kann.

B Rechtliche Qualifikation des Personenluftbeförderungsvertrags

Mit dem herausgearbeiteten Merkmalen des Werkvertrags im BGB kann nun untersucht werden, ob der Personenluftbeförderungsvertrag tatsächlich als ein solcher Werkvertrag qualifiziert werden kann, oder ob es sich um einen Vertrag sui generis handelt. Dass es bei solchen Vorgängen um die rechtliche Qualifikation und nicht um die Untersuchung der Rechtsnatur des Vertrages handelt, hat *Leenen* (bzgl. des Leasings, aber übertragbar) aufgezeigt.³¹⁵

Die kritische Überprüfung erfolgt angesichts der vorherrschenden Meinung in Literatur³¹⁶ und Rechtsprechung,³¹⁷ es handele sich bei dem Personenluftbeförderungsvertrag um einen Werkvertrag. Für diese Überlegungen bedarf es bei genauerem Hinsehen einiger eingrenzender Vorüberlegungen. So ist aufgrund der Internationalität der Personenluftbeförderung nicht ganz eindeutig, dass für die Frage der Streckenbindungsklauseln das deutsche Privatrecht das maßgebliche ist. Dazu hilft es, Überlegungen zur Reichweite des „Luftrechts“ anzustellen und sich mit der Frage zu beschäftigen, ob es unter den zahlreichen Normen und internationalen Abkommen solche gibt, die teilweise neben oder statt der Regeln des BGB anwendbar sind. Zudem soll genauer beleuchtet werden, dass es sich auch bei internationalen Verträgen um das deutsche als das anwendbare Recht handelt. Regelungen des internationalen Privatrechts spielen aufgrund der häufigen Internationalität der Personenluftbeförderung immer wieder eine Rolle.

³¹⁴ *Riezler*, Werkvertrag, S. 26.

³¹⁵ *Leenen*, AcP 190 (1990), 260, 264.

³¹⁶ MüKo-BGB-*Busche*, § 631, Rn. 138; *Staudinger-Peters*, Vor § 631, Rn. 76; *Grüneberg-Retzlaff*, Einf v § 631, Rn. 16; *Abraham*, Luftbeförderungsvertrag, S. 25; *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 1088; *Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Voit*, § 631, Rn. 22; *Ruhwedel*, Luftbeförderungsvertrag, S. 130 f.; *Schermaul*, NZV 2017, 201; *Pöschke*, JZ 2020, 928, 929; *Schmid/Puschkarski*, NJW 2018, 657; *Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol*, § 35, Rn. 1; NK-BGB-*Lederer/Raab*, Vor §§ 631, Rn. 47; aA: *Rudolf*, ZLW 1969, 90, 97 f.

³¹⁷ *BGH*, Urt. V. 24.06.1969 – VI ZR 48/67, Rn. 86, juris = NJW 1969, 2014; Urt. V. 21.12.1973 – IV ZR 158/72, Rn. 21, juris = BGHZ 62, 71; Urt. V. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 14, juris = BGHZ 209, 20; Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 18, juris = NJW 2018, 2039.

I. Begrenzung auf das deutsche Privatrecht

Bei der Frage nach dem anwendbaren Recht für Fragestellungen rund um die Implementierung von Streckenbindungsklauseln soll zunächst ein Überblick über das „Luftrecht“ gegeben werden, um zu zeigen, dass es trotz seiner Nähe zum Thema der Arbeit hierfür kaum eine Rolle spielt. Zusätzlich soll auch gezeigt werden, weshalb deutsches Recht, trotz internationaler Reiseziele im Personenluftbeförderungsvertrag, das anwendbare ist.

1. Das Luftrecht bzw. Luftverkehrsrecht³¹⁸

Das Luftverkehrsrecht lässt sich in öffentliches und privates Luftverkehrsrecht und verschiedene Hierarchiestufen aufteilen.³¹⁹

a) Allgemeine Kategorisierung

Nach *Riese* ist dabei unter Luftrecht „die Gesamtheit der rechtlichen Sondernormen, die sich auf die Luftfahrt, die Luftfahrzeuge und den Luftraum in seiner Eigenschaft als Element der Luftfahrt beziehen“ zu verstehen.³²⁰ *Meyer* beschreibt als „Luftrecht die Gesamtheit der rechtlichen Sondernormen [...], welche sich auf die Benutzung des mit Luftschichten angefüllten Raumgebietes oberhalb der Erdoberfläche durch Geräte beziehen, die sich kraft der Eigenschaften der Luft im Luftraum halten und deren Unterstellung unter die Sondernormen des Luftrechts nach vernünftiger Verkehrsanschauung geboten erscheint“.³²¹ Beide unterteilen zusätzlich noch in Kriegsluftrecht und Friedensluftrecht.³²²

Folgende Darstellung veranschaulicht den Aufbau des Luftrechts im Überblick übersichtlich³²³:

	Öffentliches Luftverkehrsrecht	Privates Luftverkehrsrecht
Internationale Ebene	Regelungen des Chicagoer Abkommens (multilateral), Regelungen in bilateralen Luftverkehrsabkommen	Haftungsregelungen des Montrealer Übereinkommen (multilateral), ggf. Warschauer Abkommen

³¹⁸ Luftrecht und Luftverkehrsrecht werden häufig synonym gebraucht; vgl. *Giemulla/van Schyndel*, Handbuch, Kap. 1, A, Rn. 1 f.

³¹⁹ Ausführlich: *Giemulla/van Schyndel*, Handbuch, Kap. 1; *Meyer*, Luftrecht, S. 58 ff.; *Schmidt-Fromme*, Pflichten des Personenbeförderers, S. 36 ff; S. 52 ff.; instruktiv zur Systematik auch: *Guldimann*, ZLW 1953, 144; *Janköster*, Fluggastrechte, S. 21 ff.; nicht mehr aktuell: *Berger-Walliser*, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle.

³²⁰ *Riese*, Luftrecht, S. 11.

³²¹ *Meyer*, Luftrecht, S. 61; leicht abgewandelt zitiert bei: *Giemulla/van Schyndel*, Handbuch, Kap. 1, Rn. 3.

³²² *Riese*, Luftrecht, S. 13; *Giemulla/van Schyndel*, Handbuch, S. 61 f.

³²³ Nach: *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, Tab. 3.2, S. 34; sehr ausführlich: *Giemulla/van Schyndel*, Handbuch, Kap. 1, Rn. 30 ff.

Europäische Ebene	Regelungen in den europäischen Verträgen zur Zuständigkeit im Luftverkehr, Verordnungen zum Marktzugang in der Gemeinschaft	VOen der EU über Passagierrechte, insbesondere die „Fluggastrechte-“ VO (EG) Nr. 261/2004
Nationale Ebene	Regelungen des LuftVG zur Zuständigkeit von Bund und Ländern, Regelungen des LuftVG zur Zulassung von Luftverkehrsgesellschaften	Haftungsregeln des LuftVG

Das Luftverkehrsrecht lässt sich also zunächst grob in einen privatrechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen Teil untergliedern.³²⁴ Der öffentlich-rechtliche Teil regelt vor allem die Abwehr von Gefahren, die den einzelnen Passagier allenfalls mittelbar betreffen.³²⁵ Dabei ist dieser Teil des Luftverkehrsrechts besonders umfangreich und vielgestaltig.³²⁶ Der privatrechtliche Teil ist einerseits stark von europäischem und internationalem Recht geprägt, was andererseits die zivilrechtliche Basis anbelangt sind jedoch vor allem Normen des BGB anzuwenden. Eine weitere Differenzierung ist hinsichtlich gewerblichen und nicht-gewerblichen Luftverkehrs möglich.³²⁷ In der Arbeit geht es um die gewerbliche Luftbeförderung, also die meist mit Gewinnerzielungsabsicht und auf Dauer angelegte Beförderung, für die eine Betriebsgenehmigung nötig ist.³²⁸ Des Weiteren gibt es im deutschen LuftVG, anders als auf europäischer Ebene, noch eine Unterscheidung zwischen Linien und Gelegenheitsverkehr. Diese Unterscheidung wird zunehmend schwierig, da sich die Bereiche nicht immer trennen lassen.³²⁹

Alle Regelungen, welche sich mit der Durchführung eines Fluges selbst befassen und dadurch dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind, spielen aber für das Thema der Streckenbindungsklauseln im Personenluftbeförderungsvertrag keine Rolle und bleiben deshalb hier außen vor.

³²⁴ Meyer, Luftrecht, S. 61; Giemulla/van Schyndel, Handbuch, Kap. 1, Rn. 8; Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 34 Rn. 1.

³²⁵ Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 34 Rn. 1.

³²⁶ Giemulla/van Schyndel, Handbuch, Kap. 1, Rn. 9.

³²⁷ Giemulla/van Schyndel, Handbuch, Kap. 14, Rn. 3, 333 ff.; Giemulla/Schmid-Giemulla, Vor §§ 20–24 LuftVG, Rn. 4 ff; Vgl. auch (insbesondere zur alten Fassung): Deiseroth, Genehmigungen, 1 ff.

³²⁸ Giemulla/van Schyndel, Handbuch, Kap. 14, Rn. 3.

³²⁹ Giemulla/van Schyndel, Handbuch, Kap. 14, Rn. 6; Giemulla/Schmid-Giemulla, Vor §§ 20–24 LuftVG, Rn.12; Zur Abgrenzung bspw: Deiseroth, Genehmigungen, S. 33 ff.

b) Hierarchiestufen

Die anwendbaren Normen des Privatrechts beim Personenluftbeförderungsvertrag lassen sich wie angezeigt auf drei Hierarchieebenen aufteilen.

Auf internationaler Ebene stehen als besonders bemerkenswert das Montrealer Übereinkommen (MÜ), sowie im Falle dessen Nichtratifizierung sein Vorgänger das Warschauer Abkommen (WA). Naturgemäß haben beide ihren Anwendungsbereich grundsätzlich nur bei Verträgen mit internationaler Beförderung zwischen Ländern, die auch Vertragsparteien der Abkommen sind.³³⁰ Allerdings hat die VO (EG) Nr. 889/2002 mit ihrem Art. 1 die VO (EG) Nr. 2027/97 so verändert, dass das MÜ auch für Flüge innerhalb eines Mitgliedslandes der EU, also dort auch für nationale Flugbeförderungen gilt.

Das MÜ regelt im Wesentlichen die Haftungsfragen bei Unfällen der Fluggesellschaft gegenüber den Passagieren.³³¹ Es wurde am 28.05.1999 in Montreal ausgehandelt und ist am 28.06.2004 in Deutschland sowie den anderen EU-Mitgliedstaaten in Kraft getreten.³³² Aktuell haben es 138 Staaten ratifiziert, darunter aber nicht alle vorbehaltlos.³³³ Da auch die EU selbst das Abkommen ratifiziert hat, ist es Bestandteil deren Rechtsordnung mit Zuständigkeit des EuGH.³³⁴

Der Vorgänger des MÜ ist das WA vom 12.10.1929.³³⁵ Dieses wurde zweimal, zum einen durch das Haager Protokoll vom 28.09.1955 (WA/HP), sowie durch das Abkommen von Guadalajara vom 18.09.1961 (WA/ZAG) abgeändert, wobei nicht alle Staaten der ursprünglichen Version auch beide Änderungen ratifiziert haben.³³⁶ Den Zusatzprotokollen 1 bis 4 vom 25.09.1975 ist Deutschland nicht beigetreten.³³⁷

Diese beiden Abkommen regeln aber nicht sämtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Personenluftbeförderungsvertrag, insbesondere nicht solche über das Zustandekommen des Vertrages. Sie setzen, wie viele internationale Abkommen, bereits den Abschluss eines Vertrages voraus und definieren ihn nicht.³³⁸

³³⁰ Schladebach, Luftrecht, § 7 Rn. 3, 7 ff.

³³¹ Vgl.: Schladebach, Luftrecht, § 7 Rn. 5.

³³² Vgl. Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 37 Rn. 1 ff.

³³³ Eine aktuelle Liste kann auf der Seite der ICAO abgerufen werden: https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf, abgerufen am 24.02.2024; vgl. auch Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 37 Rn. 2.

³³⁴ Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 37 Rn. 1.

³³⁵ Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 34 Rn. 6.

³³⁶ Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 34 Rn. 6, § 37 Rn. 5.

³³⁷ Hobe/Ruckteschell-Kirsch, Teil 1 A Rn. 32.

³³⁸ Schladebach, Luftrecht, § 10, Rn. 4 ff.; Vgl. für WA: Frings, Einfluß, S. 5; für MÜ: EBJIS-Pokrant, MÜ Art. 1, Rn. 10.

Auf europäischer Ebene finden sich zahlreiche EU-Verordnungen, wobei die bekannteste die „Fluggastrechte-VO“ (VO (EG) Nr. 261/2004) sein dürfte. Ferner sind die „Luftverkehrsdienste-VO“ (VO (EG) Nr. 1008/2008) sowie die VO (EG) Nr. 2027/97 (für Haftungsfragen bei Unfällen), geändert durch die VO (EG) 889/2002, als wichtige Vorschriften zu nennen. Die VO (EG) Nr. 2027/97 erweitert im Wesentlichen das Montrealer Übereinkommen auf Flüge innerhalb der EU, also auch auf solche innerhalb eines Mitgliedslandes wie Deutschland, so dass die Haftungsregeln des LuftVG kaum noch Bedeutung haben.³³⁹ Grundsätzlich prägen aber die nationale und europäische Ebene jeden Personenluftbeförderungsvertrag stark, wenngleich nicht in allen Belangen.³⁴⁰

Auf nationaler Ebene sind schlussendlich vor allem die Regelungen aus dem LuftVG (sofern anwendbar) sowie die allgemeinen Regelungen des BGB bei der Behandlung des Personenluftbeförderungsvertrages relevant.

Innerhalb der privatrechtlichen Regelungen sind für die hiesigen Fragen, bei denen es sich nicht um luftfahrtspezifische Haftungsfragen, sondern vielmehr um allgemeine vertragsrechtliche Fragen handelt, das europäische und internationale Recht kaum von Bedeutung. Das wäre für zivilrechtliche Fragen anders, wenn es um Verspätungen und Flugausfälle ginge. In diesen Fällen stehen dem Passagier gegen die Fluggesellschaft nämlich Ansprüche aus der Fluggastrechte-VO (EG) Nr. 261/2004 zu. Aber für die hier behandelte Frage nach der Implementierung von Streckenbindungsklauseln gibt es keine spezifischen internationalen oder europäischen Regelungen. Auch das LuftVG hat diesbezüglich kaum relevante Normen. Es ist mithin allgemeines nationales Zivilrecht, insbesondere aus dem BGB, anwendbar und für die Untersuchung wesentlich.

2. Abgrenzung anhand der Kollisionsnormen

Bei Personenluftbeförderungsverträgen, die naturgemäß häufiger einen internationalen Bezug aufweisen, stellt sich immer wieder auch die Frage welches Recht welchen Staates anwendbar ist. Die Arbeit beschäftigt sich mit dem deutschen Privatrecht. Doch warum die entsprechende Beschränkung möglich ist, ist als Vorfrage an dieser Stelle abstrakt zu beantworten.

Für das deutsche internationale Privatrecht ergibt sich für den Personenluftbeförderungsvertrag Folgendes: Er ist ein zivilrechtlicher Vertrag gem. Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 563/2008 (Rom I-VO), weshalb dieselbige anwendbar ist. Gem. Art. 5 Abs. 2 der Rom I-VO gibt

³³⁹ *Tonner*, Schuldrecht, § 27 Rn. 15.

³⁴⁰ Aufteilung auch bei: *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 34, Tab. 3.2.

es wiederum bei Personenbeförderungsverträgen grundsätzlich die Möglichkeit der Rechtswahl. Sollte diese nicht oder nicht wirksam erfolgen, ist das Recht des Staates anwendbar, in dem die Passagiere ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Zusätzlich muss dann in diesem Staat auch der Abgangs- oder Bestimmungsort der Beförderung sein. Die Möglichkeiten der Rechtswahl wiederum sind aber durch Art. 5 Abs. 2 Unterabsatz 2 Rom I-VO auf bestimmte Rechtskreise mit gewisser Nähe zu den Parteien beschränkt.³⁴¹ Die Rechtswahlklauseln in ABB begegnen häufig kritischen Bedenken.³⁴² Eine solche Klausel, wie sie beispielweise in den AGB der irischen Fluggesellschaft Ryanair zu finden war³⁴³, wurde aus AGB-rechtlichen Gründen für rechtswidrig erklärt.³⁴⁴

Anfangs noch stark kritisiert³⁴⁵ hat sich diese Kritik am System und (außer für Versicherungsverträge) in der Rom I-VO einmalige Beschränkung der Rechtswahl im Vergleich zur völligen Zulassung oder des völligen Verbots gemildert: Ursprünglich als ein „Solitär“ und „eklektizistisch“³⁴⁶ betitelt, wandelte sich die Kritik zum „seltene[m] Modell.“³⁴⁷

Dass auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort der zu befördernden Person abgestellt wird ist eine Besonderheit gegenüber der entsprechenden Norm (Art. 5 Abs. 1 Rom I-VO) für den Güterverkehr, wo Anknüpfungspunkt der gewöhnliche Aufenthaltsort des Verfrachters ist.³⁴⁸ Es stellt eine Abkehr vom Prinzip der Anknüpfung an denjenigen, der charakteristische Leistung erbringt, dar.³⁴⁹ Vielmehr erfolgt eine Hinwendung zu den Interessen der beförderten Person.³⁵⁰ Eine Unterscheidung zwischen privaten und geschäftlichen Interessen erfolgt nicht mehr.³⁵¹ Im Gegensatz zur Anknüpfung an den Aufenthaltsort des Verbrauchers aus Art. 6 Abs. 1 der Rom I-VO, geht die VO bei Beförderungsleistungen also noch einen Schritt weiter, indem sie die Unterscheidung Privatreisender (Verbraucher iSd Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO) und Geschäftsreisender (Unternehmer iSd Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO) nicht trifft. Ganz explizit ist, außer für Pauschalreisen, der Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom I-VO durch Art. 6 Abs. 4 lit. b ausgeschlossen. So soll den Bedürfnissen der Beförderten Rechnung getragen werden.³⁵²

³⁴¹ Ausführlich zum Thema: A. Staudinger/Keiler-A. Staudinger, C. IPR, Rn. 14 ff.

³⁴² A. Staudinger, NZV 2021, 196, 199 ff.

³⁴³ Vgl. ehem. Ziff. 2.4.3 der ABB Ryanair, <https://www.ryanair.com/de/de/nutzliche-infos/service-center/allgemeine-geschäftsbedingungen>; abgerufen am 01.03.2021; wohl aufgrund des Urteils geändert, Stand 24.02.2024.

³⁴⁴ OLG Köln, Beschluss v. 29.01.2021 – I-9 U 184/20 = RRa 2021, 79; zustimmend auch: A. Staudinger, NZV 2021, 196, 199 ff.

³⁴⁵ Mankowski, TranspR 2008, 339, 349.

³⁴⁶ Mankowski, TranspR 2008, 339, 349.

³⁴⁷ Mankowski in: Internationales Vertragsrecht, Rn. 15.59.

³⁴⁸ Mankowski, TranspR 2008, 339, 348.

³⁴⁹ Mankowski, TranspR 2008, 339, 348.

³⁵⁰ R. Wagner, TranspR 2008, 221, 223.

³⁵¹ R. Wagner, TranspR 2008, 221, 223.

³⁵² Erwägungsgrund Nr. 32 Rom I-VO

Teilweise wird es als problematisch erachtet, dass auf ein Kriterium einer Person abgestellt wird, die nicht Partei des Beförderungsvertrages sein muss.³⁵³ Ob das tatsächlich so vom Gesetzgeber gewollt war oder nicht, kann jedoch dahinstehen: Nützlich ist der Anknüpfungspunkt bspw. dann, wenn ein Unternehmen als Vertragspartner für einen Mitarbeiter einen Flug bucht. Auf diese Weise ergibt sich auch für die Fluggesellschaft kein völlig zusammenhangsloser Anknüpfungspunkt. Jedoch ist die Kritik daran zu teilen, dass bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 Unterabsatz 1 Rom I-VO durch Art. 5 Abs. 2 Unterabsatz 1 S. 2 Rom I-VO eine deutliche Abwendung von den Interessen des Beförderten zu denen des Beförderers erfolgt.³⁵⁴

Die im Vergleich zu normalen Verbraucherverträgen eigenartige Lösung wäre im Sinne des Verbraucherschutzes nicht erforderlich gewesen, wenn auch hier Art 6 Rom I-VO anwendbar wäre.³⁵⁵

Vor weiteren Ausführungen in das internationale Privatrecht wie beispielsweise des Gerichtsstandes soll hier aber abgesehen werden, da die Arbeit vor allem deutsches Recht beleuchtet. In der Regel dürfte dieses auch bei den meisten Luftbeförderungsverträgen mit in Deutschland ihren gewöhnlichen Aufenthalt habenden Passagieren auch der Fall sein, da sie nach oder von Deutschland fliegen, und der Abgangs- oder Bestimmungsort mithin Deutschland ist. Eine Rechtswahlklausel, wie Sie beispielweise in den AGB der irischen Fluggesellschaft Ryanair zu finden ist³⁵⁶, wurde aus AGB-rechtlichen Gründen rechtswidrig erklärt.³⁵⁷ Dennoch sind selbstverständlich das Völkerrechts und das Europarecht Bestandteil der deutschen Rechtsordnung.

II. Der Personenluftbeförderungsvertrag als Werkvertrag

Nachdem die Eingrenzung auf deutsches Privatrecht erfolgt ist, stellt sich die Frage nach den darin anwendbaren Normen. Augenfällige Spezialregelungen gibt es für die Frage nach der Qualifizierung des Personenluftbeförderungsvertrages weder auf nationaler, noch europäischer oder internationaler Ebene. Deswegen muss, wie bereits angeklungen, vor allem auf die Regelungen des BGB zurückgegriffen werden. Es handelt sich also im Wesentlichen nicht um Luftverkehrsrecht, welches nach *Riese* und *Meyer*³⁵⁸ Sondernormen voraussetzt, die auf die spezifischen Probleme der Streckenbindungsklauseln aber keine Anwendung finden.

³⁵³ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 348.

³⁵⁴ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 349.

³⁵⁵ *Mankowski*, TranspR 2008, 339, 350 ff.

³⁵⁶ Vgl. ehem. Ziff. 2.4.3 der ABB Ryanair, <https://www.ryanair.com/de/de/nutzliche-infos/service-center/allgemeine-geschäftsbedingungen>; abgerufen am 01.03.2021; wohl aufgrund des Urteils geändert, Stand 24.02.2024.

³⁵⁷ *OLG Köln*, Beschluss v. 29.01.2021 – I-9 U 184/20 = RRA 2021, 79.

³⁵⁸ *Riese*, Luftrecht, S. 11; *Meyer*, Luftrecht, S. 61.

Wie eingangs festgestellt, wurde zunächst in der Literatur und seit 1969 auch vom BGH³⁵⁹ übernommen, die Einordnung des Personenluftbeförderungsvertrags als Werkvertrag bis heute von Schrifttum³⁶⁰ und Rechtsprechung³⁶¹ fortgeführt.³⁶² Dies überrascht insofern nicht, weil der Beförderungsvertrag selbst, also jeder Vertrag dessen Erfolg in der „unversehrten Ortsveränderung“³⁶³ liegt, als Werkvertrag qualifiziert wird. Ablehnende Haltungen sind selten und älteren Datums.³⁶⁴ Während *Rudolf* mehr oder weniger von einem Rechtskauf spricht, geht *Bärmann* von einer selbständigen, eigenständigen Ordnung aller Beförderungsverhältnisse (nicht nur des Personenluftbeförderungsvertrags) aus, „die aus ihrer Gesamtheit heraus interpretiert werden kann und zu interpretieren ist.“³⁶⁵

Jedoch können Rechtsprechung und Literatur irren. Auch seitens des BGH gibt es erhebliche Zweifel daran, ob die umfangreich belegte Kategorisierung des Personenluftbeförderungsvertrags als Werkvertrag tatsächlich richtig ist. Es könnte sich beispielsweise auch um einen speziellen Unterfall des Werkvertrags handeln. Die Konsequenzen wären dann vor allem bei der AGB-Kontrolle bemerkbar, wenn sich das Leitbild des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nämlich durch die neue Untergruppe eines Personenluftbeförderungsvertrages von anderen Verträgen unterscheidet.

Der Gesetzgeber hat bewusst auf eine Normierung des Transportvertrages verzichtet. Das ergibt sich aus der Gegenüberstellung der Motive des BGB mit anderen Entwürfen wie etwa dem Dresdner Entwurf.³⁶⁶ Aus dieser bewussten Ablehnung einer Sonderstellung des Transportvertrags lässt sich eine grundsätzliche Zustimmung des Gesetzgebers zur Anwendung des allgemeinen Werkvertrages auf den Beförderungsvertrag folgern, die auch für den damals unbekanntenen Personenluftbeförderungsvertrag gelten dürfte. Die Annahme eines Beförderungsvertrages als Vertrag „sui generis“ ist abzulehnen.³⁶⁷

Damit bei einer späteren AGB-Kontrolle das gesetzliche Leitbild als Maßstab von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sinnvoll bewertet werden kann, ist die Herausarbeitung dieser „Besonderheiten“

³⁵⁹ BGH, Urt. v. 24.06.1969 – VI ZR 48/67, Rn. 86, juris = NJW 1969, 2014.

³⁶⁰ MüKo-BGB-Busche, § 631, Rn. 138; Staudinger-Peters, Vor § 631, Rn. 76; Grüneberg-Retzlaff, Einf v § 631, Rn. 16; Abraham, Luftbeförderungsvertrag, S. 25; Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 1088; Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Voit, § 631, Rn. 22; Ruhwedel, Luftbeförderungsvertrag, S. 130 f.; Schermaul, NZV 2017, 201; Pöschke, JZ 2020, 928, 929; Schmid/Puschkarski, NJW 2018, 657; Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 35, Rn. 1; NK-BGB-Lederer/Raab, Vor §§ 631, Rn. 47; aA: Rudolf, ZLW 1969, 90, 97 f.

³⁶¹ BGH, Urt. v. 21.12.1973 – IV ZR 158/72, Rn. 21, juris = BGHZ 62, 71.

³⁶² BGH, Urt. v. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 15, juris = BGHZ 209, 20; Urt. v. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 18, juris = NJW 2018, 2039.

³⁶³ Siebert/Soergel-Teichmann, Vor § 631 Rn. 56; vgl. auch: Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 35, Rn. 1.

³⁶⁴ Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung, S. 19 ff.; Rudolf, ZLW 1969, 90, 97 f; möglicherweise auch: Hoeniger, Untersuchungen, S. 131, 378; Janköster, Fluggastrechte, S. 69 ff.

³⁶⁵ Rudolf, ZLW 1969, 90, 97 f.; Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung, S. 84.

³⁶⁶ Mot II, 579, S. 507.

³⁶⁷ AA aber zum Frachtvertrag: MüKo HGB-Thume, § 407, Rn. 98.

in einem weiteren Schritt unerlässlich. Nur so kann der „Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Regelung“ die Richtschnur des Richters für die Norm sein.³⁶⁸ Dazu wird zunächst der Personenluftbeförderungsvertrag mit den oben vorgestellten Merkmalen des Werkvertrags verglichen. Dazu gehört auch ein Blick auf andere Vertragstypen bzw. –formen.

1. Vergleich wesentlicher Elemente

Die oben ermittelten Kriterien des Werkvertrags sollen nun mit den Kriterien des Personenluftbeförderungsvertrages verglichen werden. Aufgrund der technischen Entwicklung der Verkehrsluftfahrt hat der Personenluftbeförderungsvertrag keine lange Geschichte. Es kommt also maßgeblich auf die oben gefundenen Kennzeichen an, die sich in wesentliche und übrige Elemente untergliedern.

a) Hauptleistungspflicht des Unternehmers

Der Erfolg des Werkvertrags ist eng verzahnt mit der Hauptleistungspflicht des Unternehmers. Das Herausarbeiten der Hauptleistungspflicht ist insbesondere deshalb wichtig, damit Aussagen zum Prüfraumen der AGB getroffen werden können.

Grundsätzlich besteht die Hauptleistungspflicht des Unternehmers aus der rechtzeitigen und mangelfreien Herstellung des Werkes sowie der Ablieferung desselben.³⁶⁹ Der Besteller hat hauptsächlich den Werklohn zu entrichten und das Werk ggf. abzunehmen.³⁷⁰ Worin das Werk hier beim Personenluftbeförderungsvertrag besteht, soll überprüft werden.

i) Erfolg bzw. Erfolgsbezogenheit

Ist im ersten Teil des Kapitels der Werkvertrag mit seinen Elementen vorgestellt worden, muss unter diesen nun subsumiert werden. Auch beim Personenluftbeförderungsvertrag ist ein Erfolg der Werkleistung geschuldet. Er ergibt sich beim Luftpersonenluftbeförderungsvertrag, wenn man nur auf die Beförderung einer Person von A nach B mittels eines Luftfahrzeuges betrachtet, augenscheinlich aus einer Dienstleistung iSd § 631 Abs. 2 BGB.³⁷¹ Diese Dienstleistung besteht hauptsächlich in der Ortsveränderung eines Fluggastes bzw. mehrerer Fluggäste und entspricht

³⁶⁸ BT-Drs. 7/5422, 6.

³⁶⁹ Vgl. nur: Erman BGB-Schwenker/Rodemann, § 631, Rn. 29, 32; Staudinger-Peters, § 631, Rn. 43 ff; BeckOK-Voit § 631, Rn. 62.

³⁷⁰ Staudinger-Peters, § 631, Rn. 60, 61.

³⁷¹ MWNw: Maass, Handelspolitische Schutzinstrumente, S. 95.

damit dem geschuldeten Erfolg des Werkvertrags.³⁷² Dabei ist die eine Partei häufig die Fluggesellschaft, die andere Partei häufig der Fluggast.³⁷³ Selbstverständlich sind andere Konstellationen angesichts der Tätigkeit von Reisebüros oder der Existenz von Dienstreisen möglich. Diese sollen hier aber unbeachtet bleiben. Es besteht gem. § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG eine Kontrahierungsverpflichtung. Diese Pflicht entspricht vor allem einem Verbot des willkürlichen Beförderungsausschlusses und darf nicht mit dem öffentlich-rechtlichen Beförderungszwang verwechselt werden, der vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Erleichterung des Marktzugangs im Luftverkehr vom 21.08.2002³⁷⁴ bestand.³⁷⁵ Nach dieser Kurzanalyse stellt sich die Frage, welche Elemente genau Bestandteil dieses Erfolgsversprechens geworden sind.

(1) Terminologie des „Fluges“

Dazu sollte zunächst die genaue Terminologie bezüglich des „Fluges“ geklärt werden. Darunter können verschiedene Leistungen fallen, die manchmal Bestandteil eines Vertrages und manchmal Bestandteil mehrerer Verträge sind. Für die Arbeit sind Verträge relevant, bei denen eine Mehrzahl an Beförderungen innerhalb eines Beförderungsvertrages vereinbart werden.³⁷⁶ Das können etwa bei Umsteigeverbindungen und/oder Hin- und Rückreisen mehrere Einzelflüge (engl.: leg) sein. Nur in diesen Situationen kommt es auf die Streckenbindungsklausel an, denn nur hier besteht die Möglichkeit eines Passagiers, einen Abschnitt von mehreren in Anspruch zu nehmen. Die Terminologie ist aber nicht völlig einheitlich. Häufig wird für diese einzelnen Flüge, also dem Geschehen zwischen Betreten und Verlassen des spezifischen Flugzeuges, das Wort „Flugabschnitt“ oder „Flugsegment“ gebraucht.³⁷⁷ Hierzu gibt es in papierener oder zunehmend in elektronischer Form einen Flugcoupon. Die Gesamtheit der Flugcoupons wird als Ticket oder Flugschein bezeichnet.³⁷⁸ Das Ticket als solches entspricht dann dem abgeschlossenen Personenluftbeförderungsvertrag. Schließt man beispielsweise einen Vertrag über die Strecke Köln-Miami-Köln ab, so können sich darunter unter Umständen sechs einzelne Flugsegmente befinden. So die Abschnitte Köln-München, München-Atlanta und Atlanta-Miami und für die Rückreise umgekehrt. Der englische Begriff „leg“ wird auch für betriebswirtschaftliche Planungszwecke seitens der Fluggesellschaft verwendet

³⁷² Staudinger-Peters, Vor § 633 Rn. 77; NK-BGB-Lederer/Raab, Vor §§ 631, Rn. 21.

³⁷³ Ausführlicher: Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 35 Rn. 8 ff.

³⁷⁴ BGBl. I, 2002, S. 3355 f.

³⁷⁵ Hobe/Ruckteschell-Kirsch, Teil 1 A, Rn. 106; Hobe/Ruckteschell-Schladebach, Teil I A, Rn. 280 ff.; Giemulla/Schmid-Giemulla, § 21 LuftVG, Rn. 24.

³⁷⁶ Vgl. auch: Janköster, Fluggastrechte, S. 88.

³⁷⁷ Bspw.: Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 154; Vgl. auch: Janköster, Fluggastrechte, S. 87 f.

³⁷⁸ Vgl. auch: Schmid, in: FS Piper, 999.

(2) Personenluftbeförderung

Wie bereits angeklungen, existiert kein spezialgesetzlicher Beförderungsvertrag. Das BGB hält für den Personenluftbeförderungsvertrag lediglich die recht allgemeinen Regeln des Werkvertrages gem. § 631 ff. BGB bereit, was breit in Schrifttum³⁷⁹ und Rechtsprechung³⁸⁰ geteilt wird. Üblicherweise werden in Abgrenzung vom Transportvertrag, der sich auf den Transport von Gütern bezieht, als Beförderungsvertrag solche Verträge bezeichnet, die die Beförderung von Passagieren betreffen.³⁸¹ Geschuldet ist also die (unversehrte) Beförderung einer Person von einem zum anderen Ort.³⁸² Kommt die „Luft“ ins Spiel, kann man mit *Führich* die Pflicht darin sehen, dass der Beförderer den Fluggast durch einen „sicheren und pünktlichen Flug“ zum „vereinbarten Zeitpunkt“ an den „vorgesehenen Bestimmungsort“ bringt.³⁸³ Hier fehlt, wohl nur versehentlich „vom vorgesehenen Abflugort“. Zudem ist, ohne abweichende Vereinbarungen, die Beförderung durch das Verkehrsmittel Flugzeug geschuldet.³⁸⁴

Beim BGH findet sich als Hauptleistungspflicht zusätzlich die „Beförderung des Reisegepäcks“.³⁸⁵ Die Pflicht sieht auch *Führich*, er weist aber auf die häufige Abbedingung dieser Pflicht der Gepäckbeförderung durch entsprechende Tarifgestaltungen bei Billigfluggesellschaften hin.³⁸⁶ Grundsätzlich ist also ohne weitere Vereinbarung die Beförderung des Fluggepäcks Bestandteil der Hauptleistung.³⁸⁷ Das LG Köln nennt „den Abflugort, den Zielort und den Termin der Beförderung sowie die zu befördernden Personen“ Bestandteile der Hauptleistungspflicht der „Beförderungsleistung“.³⁸⁸ Doch darüber hinaus ist fraglich, ob sowohl die genaue Bezeichnung der zu befördernden Personen als auch der genaue Termin der Beförderung zur Hauptleistungspflicht gehören.³⁸⁹

³⁷⁹ MüKo-BGB-*Busche*, § 631, Rn. 138; *Staudinger-Peters*, Vor § 631, Rn. 76; *Grüneberg-Retzlaff*, Einf v § 631, Rn. 16; *Abraham*, Luftbeförderungsvertrag, S. 25; *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 1088; *Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Voit*, § 631, Rn. 22; *Ruhwedel*, Luftbeförderungsvertrag, S. 130 f.; *Schermaul*, NZV 2017, 201; *Pöschke*, JZ 2020, 928, 929; *Schmid/Puschkarski*, NJW 2018, 657; *Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol*, § 35, Rn. 1; NK-BGB-*Lederer/Raab*, Vor §§ 631, Rn. 47; aA: *Rudolf*, ZLW 1969, 90, 97 f.

³⁸⁰ *BGH*, Urt. V. 24.06.1969 – VI ZR 48/67, Rn. 86, juris = NJW 1969, 2014; Urt. V. 21.12.1973 – IV ZR 158/72, Rn. 21, juris = BGHZ 62, 71; Urt. V. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 14, juris = BGHZ 209, 20; Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 18, juris = NJW 2018, 2039.

³⁸¹ Vgl. nur: *Schmidt-Fromme*, Pflichten des Personenbeförderers, S. 101 Fn. 603.

³⁸² MüKo-BGB-*Busche*, § 631, Rn. 138; , wobei er nicht zwischen Personenbeförderung und Gütertransport differenziert; NK-BGB-*Lederer/Raab*, vor §§ 631, Rn. 47; *Staudinger-Peters*, vor §§ 631, Rn. 77; *Basedow*, Transportvertrag, S. 34; *Siebert/Soergel-Teichmann*, vor § 631, Rn. 96; aus dem wirtschaftswissenschaftlichen Bereich: *Maass*, Handelspolitische Schutzinstrumente, S. 95.

³⁸³ Im Original mit Hervorhebungen *Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol*, § 35 Rn. 31.

³⁸⁴ *Schmidt-Fromme*, Pflichten des Personenbeförderers, S. 189 f.

³⁸⁵ *BGH*, Urt. V. 13.10.2015 – X ZR 126/14, Rn. 23, juris = NJW 2016, 491.

³⁸⁶ *Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol*, § 35 Rn. 1.

³⁸⁷ *Giemulla/Schmid-Giemulla*, § 47 LuftVG Rn. 2; *BGH*, Urt. V. 05.12.2006 – X ZR 165/03, Rn. 10, juris = NJW 2007, 997.

³⁸⁸ *LG Köln*, Urt. V. 07.02.2017 – 11 S 15/16, Rn. 26, juris = BeckRS 2017, 128974.

³⁸⁹ *LG Köln*, Urt. V. 07.02.2017 – 11 S 15/16, Rn. 26, juris = BeckRS 2017, 128974.

(3) Rumpf-Beförderungsvertrag nach Janköster

Eine interessante Theorie zu dieser Frage bietet *Janköster*: Er stellt fest, dass bei Abschluss des Beförderungsvertrages selbst nicht immer alle Elemente des Flugablaufs enthalten sind. So steht teilweise weder die genaue Ab- und Ankunftszeit genau fest noch der exakte Sitzplatz etc. Immer, und insoweit für den Abschluss eines Vertrages ausreichend, sind jedoch die Vertragspartner, die Strecke (als Hauptleistung) und der zu zahlende Preis (als Gegenleistung) vereinbart. Mithin liegen die für den wirksamen Vertragsschluss nötigen essentialia negotii vor, wenn man diesem Modell folgt. *Janköster* konstruiert daraus einen „Rumpf“-Beförderungsvertrag³⁹⁰, der später oder auch gleichzeitig mit einer „Platzbuchung“³⁹¹ gleichsam konkretisiert wird. Diese Herangehensweise ist spannend, löst das Problem der Typisierung des Personenluftbeförderungsvertrags allerdings nicht. Auch der Beförderungstermin als solcher ist, sofern er bereits bei Buchung feststeht, Bestandteil der Hauptleistungspflicht. Die Theorie des Rumpf-Beförderungsvertrages ist also abzulehnen.

(4) Aufenthaltsgestattung

Eine andere Ansicht vertritt, wenngleich etwas versteckt, *Hoeniger*. Er geht davon aus, dass bei Transportverträgen ähnlich wie bei Bewirtungsverträgen in Gaststätten nur von einer „Gestattung des Aufenthaltes“ und nicht einer „Gebrauchsüberlassung“ des Sitzplatzes auszugehen ist.³⁹² Auf diese Weise nähert er sich der wirtschaftswissenschaftlichen Betrachtungsweise an. Hiernach ist der Transport durch die Luft von A nach B als Hauptdienstleistung anzusehen, sämtliche Zusatzelemente aber als Vervollständigungen dieser betrachtet, die den Charakter nicht verändert.³⁹³

ii) Abnahme

Der Personenluftbeförderungsvertrag als Beförderungsvertrag unterfällt der Kategorie abnahmeunfähiger Werkverträge. Das ergibt sich vor allem aus Erwägungen der Verkehrsüblichkeit, weniger aus tatsächlichen Hindernissen, wenn man zu Recht mehr auf die Billigungs- denn auf ein Übergabeelement abstellt. (Vgl. oben). Somit besteht auch keine Abnahmepflicht gem. § 640 Abs. 1 BGB.

³⁹⁰ *Janköster*, Fluggastrechte, S. 69 f.

³⁹¹ *Janköster*, Fluggastrechte, S. 71 ff.

³⁹² *Hoeniger*, Untersuchungen, S. 131 und S. 378.

³⁹³ *Maass*, Handelspolitische Schutzinstrumente, S. 95.

iii) Vergütung

Die Vergütungsstruktur im Personenluftbeförderungsvertrag ist häufig sehr komplex und wird in § 2 noch ausführlicher behandelt. Zu den Grundlagen jedoch bereits hier: Dass eine Vergütung für den Lufttransport vereinbart wird, ist wohl üblich, allerdings keineswegs zwingend. So sind sowohl das Montrealer Übereinkommen gem. Art. 1 Abs. 1 S. 2 als auch das Warschauer Abkommen gem. Art. 1 Abs. 1 S. 2 für unentgeltliche Beförderungen anwendbar, wenn sie durch Luftfahrtunternehmen durchgeführt werden. Einerseits wirkt es stark gekünstelt, wenn für Fragen, bei denen allein deutsches BGB-Recht anwendbar ist, nach entgeltlichen und unentgeltlichen Beförderungen unterschieden würde. Daraus wird u.a. abgeleitet, dass der Personenluftbeförderungsvertrag aber kein Werkvertrag im Sinne des BGB sei (s.u.).³⁹⁴ Andererseits lässt sich in diesen Fällen recht unproblematisch das Auftragsrecht anwenden.³⁹⁵ Da es sich hier um Vertragskonstruktionen handelt, die eher selten sein dürften, sollen diese unentgeltlichen Verträge nicht weiter behandelt werden. Des Weiteren kann das Merkmal der Vergütung in der Form spannend werden, als dass auch das Festhalten an bestimmten Tarifbedingungen als Teil der Vergütung gesehen werden kann. In diese Richtung geht *Vogler* in seiner Urteilsanmerkung bezüglich des Verbots der Verfallsklauseln bei Inanspruchnahme nur einer Teilleistung durch den BGH.³⁹⁶ Anders als im Werkvertrag üblich, wird beim Personenluftbeförderungsvertrag meistens Vorkasse verlangt. Diese Praxis hat der BGH auch bestätigt.³⁹⁷ Dabei verweist er insbesondere auf den atypischen Charakter der Personenluftbeförderungsvertrages.³⁹⁸ Im letzten Kapitel wird auf dieses Thema ausführlicher eingegangen.

b) Veränderlichkeit/Kündigungsregime

Beim Personenluftbeförderungsvertrag kommt es zu einigen Besonderheiten im Rahmen der Veränderlichkeit des Vertrages, und zwar insbesondere im Bereich des Kündigungsregimes. Das Kündigungsregime ist beim Personenluftbeförderungsvertrag sehr problematisch und wird häufig mit dem Begriff „Stornierung“ bezeichnet. Dabei ist die Kündigung von Personenluftbeförderungsverträgen wegen der schieren Anzahl abgeschlossener Verträge ein alltägliches Phänomen. Was genau darunter zu verstehen ist und wie sich dieses in den werkvertraglichen Charakter der Personenluftbeförderungsverträge einfügt, soll nun erläutert werden. Das Thema

³⁹⁴ Vgl. *Rudolf*, ZLW 1969, 90, 97 f.

³⁹⁵ Zur Problematik: *Hobe/Ruckteschell-Kirsch*, Teil 1 A Rn. 10 ff.

³⁹⁶ *Vogler*, Rra 2010, 263.

³⁹⁷ *BGH*, Urt. V. 16.02.2016 – X ZR 97/14 = BGHZ 209, 20.

³⁹⁸ *BGH*, Urt. V. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 16, juris = BGHZ 209, 20; hier zustimmend, ansonsten eher kritisch: *Tonner*, NJW 2016, 2404, 2407.

ist eng verwandt mit den Streckenbindungsklauseln und wird Hinweise zum Umgang mit diesen liefern.

i) Begriff der Stornierung

Der häufig im Zusammenhang mit Personenluftbeförderungsvertrag genannte Begriff „Stornierung“ ist dem BGB fremd. Dennoch wird er zum einen im Personenluftbeförderungsvertrag und seinen AGB, als auch auf Ebene der Land- und Amtsgerichte meist ohne weitere Erklärung verwendet.³⁹⁹ So heißt es beispielsweise in einem Verfahren vor dem AG Köln zunächst im Tatbestand „Die Kläger stornierten“⁴⁰⁰, was auf den Wortlaut der Tarifbeschreibung zurückzuführen ist, in dem es heißt: „Die Stornierung der Tickets ist nicht möglich“.⁴⁰¹ In den Entscheidungsgründen wird der Begriff dann rechtlich nicht mehr erörtert, sondern als „kündigen“ der Passagiere verstanden. Während die von der Vertragspartei gewählte Bezeichnung durch den Richter nicht verändert wird, kann dieser aber eine korrekte rechtliche Bezeichnung anstelle des von den Parteien bezeichneten Terminus verwenden. Es ist Aufgabe des Gerichts, die von den Parteien beschriebenen Vorgänge in rechtliche Kategorien zu fassen. Daher ist davon auszugehen, dass für das Gericht im Begriff „stornieren“ selbst ein rechtliches Verhalten beschrieben wird. Auch die Nachfolgeinstanz bemüht den Begriff „stornieren“.⁴⁰² Erst in der Revisionsinstanz wird der Begriff als Verb weder im Tatbestand noch in den Entscheidungsgründen verwendet, sondern das Verb „kündigen“ gebraucht.⁴⁰³ Zudem erfolgt eine Erklärung, dass „stornieren“ den Vorgang „kündigen“ meint.⁴⁰⁴ Diese Erklärung des BGH ist zutreffend.

Es lässt sich also sagen, dass im Bereich des Personenluftbeförderungsvertrags der Begriff Stornierung das juristische Instrument der Kündigung bezeichnet. Die besondere Bezeichnung mag vor allem damit zusammenhängen, dass beim Begriff „Stornieren“ häufig der Fokus auf die Rechte und Pflichten des Passagiers bezüglich der Gegenleistung in Form des Flugpreises gelegt wird. Gerade das bezahlte Geld zurückzuerhalten oder gar nicht erst zahlen zu müssen dürfte hier im Interesse des kündigenden Passagiers liegen. In diesem Zusammenhang ist also

³⁹⁹ *LG Frankfurt a. M.*, Urt. V. 15.02.2018 – 2-24 S 147/17; *AG Köln*, Urt. V. 07.01.2016 – 129 C 181/15 = BeckRS 2016, 127132. Vgl. auch: *Engel/H. Hofmann*, VuR 2018, 417, 418

⁴⁰⁰ *AG Köln*, Urt. V. 07.01.2016 – 129 C 181/15, Rn. 2, juris = BeckRS 2016, 127132.

⁴⁰¹ *AG Köln*, Urt. V. 07.01.2016 – 129 C 181/15, Rn. 1, juris = BeckRS 2016, 127132

⁴⁰² *LG Köln*, Urt. V. 07.02.2017 – 11 S 15/16, Rn. 3, juris = BeckRS 2017, 128974.

⁴⁰³ *BGH*, Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 1, 10, juris = NJW 2018, 2039.

⁴⁰⁴ *BGH*, Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 10, juris = NJW 2018, 2039.

unter „stornieren“ das Rechtsinstitut der Kündigung mit den sich anschließenden Rechtsfolgen insbesondere hinsichtlich des Zahlungsanspruchs zu verstehen.⁴⁰⁵

ii) Kündbarkeit

Sehr umstritten ist die Frage, ob die generelle Kündigungsmöglichkeit des Bestellers beim Werkvertrag auch im Flugbeförderungsvertrag Anwendung findet, oder ob aufgrund des speziellen Charakters dieses Vertrages eine solche Möglichkeit per se und nicht erst per AGB bzw. ABB oder Tarifbedingungen ausgeschlossen ist. Ebenfalls umstritten ist auch die Frage ob, ein solcher Kündigungsausschluss in den ABB wirksam ist.⁴⁰⁶ Nach der gesetzlichen Lage steht dem Besteller, also dem Fluggast, gem. § 648 S. 1 BGB ein allgemeines ordentliches Kündigungsrecht zu. Der Werkunternehmer hingegen kann nur beim Vorliegen besonderer Kündigungsgründe außerordentlich kündigen. Grundsätzlich besteht dann, bei der gerade im Beförderungsbereich häufig vereinbarten Vorleistungspflicht, im Falle der Kündigung ein Kondiktionsanspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB des Bestellers, dem allerdings der Unternehmer mit § 648 S. 2 Hs. 1 BGB das Fortbestehen des Vergütungsanspruchs entgegenhalten kann. Diese Regelungen zur Kündigung im aktuellen § 648 BGB sind eindeutig, jedoch vor dem Hintergrund der vielen Abschlüsse im Transportbereich womöglich nicht mehr hinreichend aktuell.⁴⁰⁷ Dabei kommt es nicht auf die bloße Kündigung selbst an, sondern auf die sich anschließenden Rechte des Passagiers bezüglich der Gegenleistung in Form des Flugpreises (Kündigungsregime). Gerade das bezahlte Geld zurückzuerhalten oder gar nicht erst zahlen zu müssen dürfte hier im Interesse des kündigenden Passagiers liegen. Eine andere Stimme ist der Ansicht, das Kündigungsregime des Werkvertrages sei beim Flugbeförderungsvertrag ausgeschlossen.⁴⁰⁸ Eine wichtige Entscheidung hierzu kam vom BGH im Jahr 2018:

In dieser Entscheidung stellte der BGH vor allem auf die für ein gutes Revenue-Management⁴⁰⁹ nötige Mischung zwischen flexiblen und unflexiblen Tickets ab.⁴¹⁰ Dabei versteht man unter Revenue-Management *„eine Reihe von quantitativen Methoden einer dynamischen Preis- und Kapazitätssteuerung, um eine unsichere, zeitlich und räumlich verteilt eintreffende Nachfrage unterschiedlicher Wertigkeit so auf eine gegebene Beförderungskapazität zu verteilen, dass im gesamten Streckennetz einer Airline der Umsatz maximiert wird“*.⁴¹¹ Praktisch bedeutet dies,

⁴⁰⁵ AA: Engel/H. Hofmann, VuR 2018, 417, 418.

⁴⁰⁶ Vgl. nur: Hopperdietzel, Rra 2018, 206.

⁴⁰⁷ Vgl.: Ruhwedel, Luftbeförderungsvertrag, S. 171, Rn. 77; S. 213, Rn. 154 f.

⁴⁰⁸ Hoffmann-Grambow, RdTW 2018, 1, 3 f; Hoffmann-Grambow, NJW 2018, 2039, 2042.

⁴⁰⁹ Zum Begriff ausführlich: § 2 A 3.

⁴¹⁰ BGH, Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 24, juris = NJW 2018, 2039.

⁴¹¹ Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 364.

jeden Platz zu einem möglichst hohen Preis zu verkaufen (das allein entspricht dem o.g. „yield management“) ohne dabei aber möglichst einen Platz unverkauft zu lassen. Nötig ist das, weil derselbe Platz an Bord zu verschiedenen Preisen verkauft wird.⁴¹²

Für den BGH ist die Kündigungsmöglichkeit „für das gesetzliche Leitbild eines Vertrags über die Beförderung mit einem Massenverkehrsmittel nicht maßgeblich“⁴¹³ und kann somit per AGB/ABB ausgeschlossen werden. Als Argument führt der BGH ins Feld, dass das Flugunternehmen auf eine Mischung von flexiblen und stornierbaren, sowie unflexiblen, nicht-stornierbaren Tickets zur wirtschaftlichen Betreibung seiner Flotte angewiesen sei, da diese nur bei einer möglichst hohen Auslastung erreicht werden könne. Zudem habe die Fluggesellschaft ein Interesse einer „vereinfachten Vertragsabwicklung“, was bei nicht ausgebuchten Flügen bezüglich der Rückzahlungsansprüche zu komplex wäre, da eine Aufteilung nach ersparten Aufwendungen zu aufwändig wäre.⁴¹⁴ Im Urteil heißt es: Die Kosten, die dem Beförderungsunternehmer durch die Vorbereitung und Durchführung eines Gesamtbeförderungsvorgangs mit einem Land-, See- oder Luftverkehrsmittel entstehen, sind typischerweise weitgehend unabhängig vom Auslastungsgrad der Kapazität des Beförderungsmittels; es handelt sich im Wesentlichen nicht um Einzelkosten der Abwicklung des einzelnen Beförderungsvertrags, sondern um Fixkosten des Gesamtbeförderungsvorgangs.⁴¹⁵ Zuvor war es häufiger zu Entscheidungen gekommen, wonach nach § 648 S. 2 BGB (vormals § 649 BGB) trotz Kündigungsausschluss hohe Erstattungssummen seitens der Fluggesellschaft gezahlt werden mussten.⁴¹⁶ Dabei bemerkt der BGH richtigerweise, dass eine gute Kapazitätsauslastung auch der Allgemeinheit zugutekommt: Marktaustritte werden verhindert und die Flugpreise erhöhen sich nicht.⁴¹⁷ Dazu kommt, dass auf diese Weise überhaupt günstige Tickets angeboten werden können. Eine Möglichkeit, die es insbesondere vor der Liberalisierung des Luftverkehrs nicht gab. Es lässt sich wohl darüber streiten, ob angesichts der Klimaschädlichkeit heutiger Flugreisen günstige Tickets wünschenswert sind. Das ist jedoch keine Frage des Zivilrechts. Auch wenn nun einzelne Sitzplätze durch die Fluggesellschaft sogar doppelt verkauft werden: In die Gesamtbilanz der Fluggesellschaft fließen solche Erträge mit ein. Der Passagier hat in dieses „Risiko“ selbst eingewilligt, ihm entsteht, abgesehen von möglichen Streckenbindungsklauseln, kein weiterer Schaden. Es sei zudem auch Aufgabe der Privatunternehmer Preise auszuhandeln, zu denen

⁴¹² *Belobaba* in: *The global airline industry*, 99.

⁴¹³ *BGH*, Ur. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 19, juris = NJW 2018, 2039.

⁴¹⁴ *BGH*, Ur. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 25, juris = NJW 2018, 2039.

⁴¹⁵ *BGH*, Ur. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 21, juris = NJW 2018, 2039.

⁴¹⁶ *BGH*, Ur. V. 25.10.1984 – VII ZR 11/84 = NJW 1985, 633; *LG Köln*, Ur. V. 25.07.1990 – 26 S 5/90 = NJW-RR 1990, 1530; Vgl. *Hopperdietzel*, Rra 2018, 206, 206 f.

⁴¹⁷ *BGH*, Ur. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 24, juris = NJW 2018, 2039.

auch bestimmte Bedingungen gehören. Deshalb sei dies nicht erst eine Frage der Interessensabwägung innerhalb der Inhaltskontrolle. Diese sei vielmehr bereits gar nicht eröffnet. Dieses Urteil wurde stark kritisiert.⁴¹⁸ *Hoffmann-Grambow* hingegen wird durch das Urteil bestätigt.⁴¹⁹ Nach dieser Grundsatzentscheidung ist jedoch noch keine Ruhe eingeleitet. Das AG Köln hat nämlich trotz der Entscheidung des BGH einen solchen Anspruch des Passagiers bestätigt. Im Gegensatz zur BGH-Entscheidung ging es in der Entscheidung vor dem AG Köln jedoch nicht um die Kündigung an sich, sondern die Folgen dieses Kündigungsregimes.⁴²⁰ Diese Trennung zwischen Stornierung und Erstattung sei geboten und etwas Verschiedenes.⁴²¹ Das Gericht sieht in diesen Kündigungsfolgenregelungen einen Verstoß gegen § 309 Nr. 5 b BGB, da der Passagier keinen Nachweis eines geringeren Schadens leisten kann.⁴²² Deshalb sei die gesetzliche Regelung anwendbar, da in dem entschiedenen Fall der Weiterverkauf der stornierten Plätze unstrittig war. Hier erstreckt sich der Erstattungsanspruch gem. § 649 S. 2 BGB auf die gesamten Kosten, da von einem anderweitigen Erwerb ausgegangen werden muss. Gem. § 648 S. 3 BGB bleibt jedoch ein Rest von 5 % des Flugpreises für den Unternehmer bestehen. Beide Entscheidungen zeigen eindrücklich, dass es sich mehr um politische als um dogmatische Fragen handelt. So verweist *Hopperdietzel*⁴²³ auf eine BGH-Entscheidung, in der der 7. Zivilsenat eine kündigungsfreundlichere und somit verbraucherfreundlichere Entscheidung getroffen hat.⁴²⁴ Im Verfahren ging es um einen „Hausvertrag“ über die Errichtung eines Hauses. Im Falle der Kündigung des Bauherrn ohne Vertretenmüssen des Unternehmers sah ein AGB-Klausel eine Kündigungspauschale von 15 % des Gesamtpreises vor, außer der Bauunternehmer weist einen nach § 649 aF / § 648 BGB niedrigeren Anspruch nach. Selbst diese sehr kulante Klausel wurde aufgrund der unerklärlichen Pauschalhöhe von 15 % gem. § 308 Nr. 7 a BGB nur unter der Bedingung für wirksam erklärt, nach der weitere Feststellungen eine Angemessenheit ergeben.⁴²⁵ Wirklich zwingend ist diese Entscheidung nicht. Sie zeigt vielmehr, wie hier politischer

⁴¹⁸ *Hopperdietzel*, Rra 2018, 206, 208 ff.; *Schwab*, JuS 2019, 59; *Quarch*, NZV 2018, 473.

⁴¹⁹ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2018, 1; *Hoffmann-Grambow*, NJW 2018, 2039, 2042.

⁴²⁰ *AG Köln*, Urt. V. 07.01.2019 – 142 C 215/18, Rn. 16 f., juris = NZV 2020, 153.

⁴²¹ *AG Köln*, Urt. V. 07.01.2019 – 142 C 215/18, Rn. 25, juris = NZV 2020, 153; *Quarch*, NZV 2018, 473.

⁴²² *AG Köln*, Urt. V. 07.01.2019 – 142 C 215/18, Rn. 23, juris = NZV 2020, 153.

⁴²³ *Hopperdietzel*, Rra 2018, 206, 214.

⁴²⁴ *BGH*, Urt. V. 05.05.2011 – VII ZR 161/10 = NJW 2011, 3030.

⁴²⁵ *BGH*, Urt. V. 05.05.2011 – VII ZR 161/10, Rn. 19, juris = NJW 2011, 3030.

Spielraum dem BGH zukommt, gerade im Spannungsfeld von Schutzbedürftigkeit und Eigenverantwortlichkeit.⁴²⁶ Dieser Spielraum steht ihm auch im Rahmen der Streckenbindungsklauseln zu. *Hoffmann-Grambow* weist zudem auf die Preisgestaltungsfreiheit hin, die unter Beibehaltung des Kündigungsrechts nicht ausreichend gewahrt wird.⁴²⁷

iii) Kündigungsregime

Grundsätzlich besteht, bei der häufig vereinbarten Vorleistungspflicht, im Falle der Kündigung ein Kondiktionsanspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB des Bestellers, dem allerdings der Unternehmer mit § 648 S. 2 Hs. 1 BGB das Fortbestehen des Vergütungsanspruchs entgegenhalten kann. Er muss sich dann mit § 648 S. 2 Hs. 2 BGB „jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt“. Was damit gemeint ist, ist umstritten:

Nach deutschem Recht, ohne weitergehende vertragliche Vereinbarung, würde sich nach herrschender Meinung beim Personenluftbeförderungsvertrag, folgendes Bild bieten: Es muss zwischen den Flughauptkosten und den Flugnebenkosten differenziert werden:

(1) Ersparte Aufwendungen (Flugnebenkosten)

Das sind üblicherweise Kosten, die getrennt ausgewiesen werden und bei Nichtantritt der Reise auch nicht auftreten, wie Steuern, Flughafengebühren und ähnliches.⁴²⁸ Die ersparten Aufwendungen lassen sich folgendermaßen aufschlüsseln: Allgemeine Gemeinkosten (Buchhaltung, Marketing, Buchungssysteme) gelten als nicht erspart, ausführungabhängige Gemeinkosten (Flughafengebühren, Servicegebühren Bodenservice, Versicherungen, Stundenservice Flugzeuge) als erspart, Personal-/Leasingkosten als nicht erspart, Verbrauchsstoffe wie Kerosin und Verpflegung als erspart, Subunternehmerkosten als erspart, Zuschläge für Kerosin und Gepäck als nicht erspart.⁴²⁹ Zu diesen ersparten Aufwendungen sollen also auch die von der exakten Passagierzahl abhängige Kosten wie etwa der Kerosinverbrauch zählen, auch wenn diese Kosten für eine Berechnung geschätzt werden müssten.⁴³⁰ Die ersparten Steuern und Gebühren

⁴²⁶ Vgl. zum Thema bereits: *Lieb*, DnotZ 1989, 274; Vgl. auch: *Honsell*, FS Canaris, 3, 9 f.; Vgl. auch: *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft, S. 182.

⁴²⁷ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2018, 1, 3 f.

⁴²⁸ *Besold/Wahl*, Rra 2017, 106, 112.

⁴²⁹ *Schmid/PuschkarSKI*, 660; krit.: *Hopperdietzel*, Rra 2018, 206, 211 f.

⁴³⁰ *Besold/Wahl*, Rra 2017, 106, 112; *LG Frankfurt a. M.*, Urt. V. 22.12.2015 – 2-24 S 72/16, Rn. 37, juris.

müssen ohnehin dem Fluggast nach § 648 S. 2 BGB erstattet werden.⁴³¹ So entsprechen diese den auch Flugnebenkosten genannten Zahlungen, die von der Fluggesellschaft in Rechnung gestellt werden, aber direkt an Dritte „durchgereicht“ werden.

(2) Anderer Erwerb (Flughauptkosten)

Problematischer ist jedoch die Behandlung der Frage, was passiert, wenn die durch Kündigung freigewordene Beförderungskapazität an einen anderen Passagier weitergegeben wurde. Mit anderen Worten, was passiert, wenn der Platz noch einmal verkauft worden ist.⁴³² (Dieses „Überbuchen“ ist möglich, da ohnehin zahlreiche Passagiere nicht zum Flug erscheinen, sog. „no-shows“. Dieser Anteil ist je Strecke und Flugzeit unterschiedlich und fließt in die Kalkulation der Flugpreise mit ein.) Man kann nun zwei Herangehensweisen unterscheiden: Einerseits könnte man argumentieren, dass sofort ein anderer Erwerb eingetreten ist, sobald nach der Kündigung ein neues Ticket gekauft wurde. Beispielhaft kündigt also der Passagier P1 seinen Platz 7A auf einem bestimmten Flug und dieser Platz wird direkt danach von einem anderen Passagier P2 zum gleichen Preis gebucht. Die Einnahmen müsste sich nach dieser Argumentation sofort die Fluggesellschaft anrechnen lassen, so dass bei der Kündigung von P1 der komplette Preis zurückzuzahlen wäre.

Dass es dabei nicht auf den exakten Platz im Flugzeug, sondern nur den symbolisch reservierten ankommt, ist einleuchtend.⁴³³ Gefordert wird nämlich ein Ursachenzusammenhang zwischen der erneuten Buchung und dem gekündigten Platz.⁴³⁴ Eine davon losgelöste Buchung ersetzt die gekündigte Buchung nicht von sich aus.⁴³⁵ Es lässt sich nie genau sagen, dass genau dieser Platz 7A von P2 genau deshalb gebucht wurde, weil er zuvor von P1 gekündigt wurde. Vielmehr hätte ohne Kündigung des P1 der neue Kunde P2 den Platz 7B buchen können. Eine direkte Kausalität zwischen Kündigung von P1 und Buchung von P2 dürfte selten bestehen, da es nicht auf den genauen Platz ankommt. Das zeigt schon, dass die Sitzplätze bei Buchung häufig noch gar nicht vergeben werden, sondern es einer zusätzlichen Reservierung bedarf. Vereinfacht gesprochen ist mithin erforderlich, dass zu irgendeinem Zeitpunkt nach Eingang der Kündigung die gewählte Buchungsklasse ausgebucht war, so dass P2 kein Ticket mehr hätte

⁴³¹ *LG Frankfurt a. M.*, Teilurteil v. 03.07.2020 – 2-24 O 100/19, Rn. 31, juris; *AG Erding*, Urt. V. 25.03.2020 – 17 C 4963/19, Rn. 16, beck-online = BeckRS 2020, 5365.

⁴³² Üblich, aber eigentlich unpassend, da kein Kauf iSd §§ 433 ff. BGB.

⁴³³ *Besold/Wahl*, Rra 2017, 106, 112.

⁴³⁴ *Staudinger-Peters*, § 648, Rn. 40; *MüKo-BGB-Busche*, § 648, Rn. 29.

⁴³⁵ *Besold/Wahl*, Rra 2017, 106, 112.

für den Flug erwerben können. Erst wenn dann P1 gekündigt hätte und dieser Platz wieder zum Verkauf stünde, wäre ein Ursachenzusammenhang nachweisbar.⁴³⁶

In diesem Zusammenhang ist die Beweis- und Darlegungslast interessant. Beim § 648 S. 2 BGB hat grundsätzlich der Besteller zu beweisen, dass der Unternehmer andere Erlöse erzielt bzw. Aufwendungen erspart hat.⁴³⁷ Das gilt auch im Bereich des Luftverkehrs.⁴³⁸ Allerdings hat der Passagier, wie jeder Besteller im Werkvertrag, in der Regel keinen Einblick in Betriebsinterna und es ist deshalb dem Unternehmer im Rahmen der sekundären Darlegungslast zuzumuten, seine ersparten Aufwendungen oder anderweitig erzielten Erlöse darzulegen und zu bezeugen.⁴³⁹ Im Rahmen einer betriebswirtschaftlichen Orientierung der Fluggesellschaften kann zudem davon ausgegangen werden, dass nicht verkaufte Plätze wieder ins Buchungssystem eingespeist werden und erneut verkauft werden.⁴⁴⁰ Der Passagier kann also seinen Anspruch nach dieser Meinung kaum nachzuweisen. Durch eine erweiterte sekundäre Darlegungslast der Fluggesellschaft über die konkreten Buchungen wäre das zwar änderbar jedoch wird das Problem durch die Praxis der Überbuchung noch komplexer.

(3) Auslastung als entscheidendes Element

In der bereits angeklungenen Entscheidung vom 20.03.2018 entschied der BGH, für Rückzahlungsansprüche käme es aufgrund des besonderen Charakters der Personenluftbeförderungsverträge bei einem Rückzahlungsanspruch des Kunden auf die Auslastung an. Nur wenn das Flugzeug auch ohne den kündigenden Passagier vollständig besetzt gewesen wäre, habe die Fluggesellschaft ihre Arbeitskraft anderweitig und damit für den Passagier anspruchsbegründend eingesetzt.⁴⁴¹ Die Kosten seien im Luftverkehr nämlich unabhängig von der Auslastung relativ fix, zusätzliche Kosten fallen eher kaum ins Gewicht. Für eine hohe Auslastung sei die Fluggesellschaft auf eine Mischung zwischen flexiblen und unflexiblen Tickets angewiesen.⁴⁴² Durch eine Entscheidung des AG Köln wird ein interessanter Aspekt erneut aufgetan. Es geht um die Unterscheidung von Kündigungsmöglichkeit und Rückzahlungsanspruch.⁴⁴³ Diese Entscheidung führt über das eigentliche Thema hinaus und wird im letzten Teil der Arbeit noch einmal kurz behandelt.

⁴³⁶ Vgl. *Besold/Wahl*, Rra 2017, 106, 112.

⁴³⁷ *Staudinger-Peters*, § 648, Rn. 50; *NK-BGB-Lührmann/Raab*, § 648, Rn. 26.

⁴³⁸ *LG Frankfurt a. M.*, Urt. V. 22.12.2015 – 2-24 S 72/16.

⁴³⁹ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2018, 1, 2; er vertritt eine sehr verwenderfreundliche Position; generell auch: *Staudinger-Peters*, § 648, Rn. 50; *NK-BGB-Lührmann/Raab*, § 648, Rn. 26.

⁴⁴⁰ *LG Frankfurt a. M.*, Urt. V. 15.02.2018 – 2-24 S 147/17, Rn. 8, juris.

⁴⁴¹ *BGH*, Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 21, juris = NJW 2018, 2039.

⁴⁴² *BGH*, Urt. V. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 24, juris = NJW 2018, 2039.

⁴⁴³ *AG Köln*, Urt. V. 07.01.2019 – 142 C 215/18 = NZV 2020, 153.

2. Vergleich der übrigen Elemente

Nun zum Vergleich der weiteren Elemente. Einige werden gerafft am Anfang dargestellt, andere ausführlicher. Der Personenluftbeförderungsvertrag beinhaltet eine schöpferische Leistung, so wie sie von *Busche*⁴⁴⁴ verstanden wird, und steht dazu im Gegensatz zum bloßen Austausch von Leistungen. Die Beförderungsleistung muss erst erschaffen werden. Allerdings ist dieses Element kritisch zu sehen, da es missverständlich ist. Lediglich für die Abgrenzung zum Kaufvertrag kann ein solches Element sinnvoll sein. Das Element der Selbstständigkeit des Vertragspartners liegt beim Personenluftbeförderungsvertrag vor. Eine Dauerhaftigkeit der Leistung ist kein typisches Kennzeichen des Personenluftbeförderungsvertrags, aber wie oben festgestellt auch kein typisches Merkmal des Werkvertrages. Sicherungsrechte wie das Unternehmerpfandrecht gem. § 647 BGB entfallen bei Dienstleistungen. Mithin wird häufig eine Vorauszahlungspflicht vereinbart, die auf Seiten der Fluggesellschaft eine Sicherheit schafft.

a) Mitwirkung

Den Passagier treffen zahlreiche Obliegenheiten. Er muss zur vereinbarten Zeit erscheinen, er muss sich ggf. um Einreise und Visabestimmungen des Ziellandes kümmern und muss zur regelrechten Vertragsdurchführung den zahlreichen staatlichen Sicherheitsbestimmungen nachkommen. Ob ihn auch die Pflicht, oder die Obliegenheit, trifft, den Flug tatsächlich wahr zu nehmen ist unter anderem Gegenstand dieser Untersuchung. Es lässt sich feststellen, dass die Fluggesellschaft am tatsächlichen Mitfliegen des Passagiers zwar nicht unbedingt ein Interesse hat. Sehr wohl hat sie aber ein Interesse am Einhalten der Kündigungs- und Stornierungsbedingungen. Und wenn diese durch das Verfallenlassen von Teilstrecken unterlaufen werden könnten, stellt sich die Frage nach Verhinderungsmöglichkeiten dieser Praxis. Dieser Frage wird im zweiten Kapitel nachgegangen.

b) Spannungsverhältnis zwischen Leistungsziel und Leistungsbeschreibung

Von einem Spannungsverhältnis zwischen Leistungsziel und Leistungsbeschreibung kann beim Personenluftbeförderungsvertrag nicht gesprochen werden.

⁴⁴⁴ MüKo-BGB-*Busche*, § 631, Rn. 1.

c) Mangelgewährleistungsrecht

Das Mangelgewährleistungsrecht des Personenluftbeförderungsrechts ist im Wesentlichen durch internationale Vorschriften bestimmt. Insbesondere die VO (EG) 261/2004 (Fluggastrechte-VO) spielt für Verspätungen und Flugausfälle eine immense Rolle.⁴⁴⁵ Die Anwendung des Mangelgewährleistungsrecht des Werkvertrags hingegen ist umstritten, da der Haupt“mangel“ im Beförderungswesen, die Verspätung, nicht unbedingt ein Sachmangel iSd § 633 BGB ist.⁴⁴⁶ Schon früh wurden diese Besonderheiten der Mangelgewährleistung für Transportverträge allgemein erkannt, so schreibt *Riezler* diesbezüglich: „Natürlich können beim Transporte Fehler vorkommen, es können Personen verletzt oder Sachen beschädigt werden, es kann Verzögerungen geben. [...] Man muß im Auge behalten, worin beim Transporte das ‚Werk‘ besteht; es besteht darin, daß mit der zu transportierenden Person oder Sache zu einer bestimmten Zeit eine bestimmte Ortsveränderung vorgenommen wird. Diese Ortsveränderung kann nur entweder erfolgen oder nicht erfolgen oder nicht rechtzeitig erfolgen; sie kann aber nicht mangelhaft erfolgen. Die hier vorkommenden Fehler sind daher aus dem Gesichtspunkte der Nichterfüllung im Allgemeinen oder aus den der Gefahrtragung oder aus dem des Verzugs beurteilen, aber nie aus dem der Werkmängel.“⁴⁴⁷ Das gilt aktuell auch für den Personenluftbeförderungsvertrag.⁴⁴⁸ Hier finden sich aber häufig europäische (Fluggastrechte-VO) oder internationale Normen (WA und MÜ) für eine Vielzahl von Problemen. Während die Fluggastrechte-VO die Rechte für Verspätungen und ausgefallene Flüge umfassend (aber wegen Art. 12 der VO nicht abschließend) regelt, gilt das für Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Streckenbindungsklauseln nicht. Hier kommt es auf nationales Recht und insbesondere die ABB des jeweiligen Vertrages an.

d) Übertragbarkeit des Anspruchs

Die Übertragung des Anspruchs auf Beförderung ist sehr häufig durch ABB ausgeschlossen. Eine diesbezügliche Klauselkontrolle hat das AG Berlin-Charlottenburg durchgeführt und ist zu der Erkenntnis gelangt, dass eine solche Vereinbarung mit dem AGB-Recht vereinbar ist.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ Ausführlich, aber zum alten Schuldrecht: *Fröhlich*, Leistungsstörungen im Luftverkehr; instruktiv auch: *Schmidt-Fromme*, Pflichten des Personenbeförderers, S. 167 ff.

⁴⁴⁶ *BGH*, Urt. V. 28.05.2009 – Xa ZR 113/08, Rn. 16, juris = NJW 2009, 2743; str., vgl. mwNw Rn. 15 des Urt.s; Vgl. zur Problematik: A. *Staudinger*, Rra 2005, 249, 254 ff.; aA bspw.: B. *Wagner*, Rra 2004, 102, 105.

⁴⁴⁷ *Riezler*, Werkvertrag, S. 124 f.

⁴⁴⁸ Vgl. nur: A. *Staudinger*, Rra 2005, 249, 254 ff.

⁴⁴⁹ *AG Berlin-Charlottenburg*, Urt. V. 03.07.2013 – 214 C 19/13 (r. kr.) = Rra 2014, 154.

Wenn hingegen in die Buchungsmaske bei Benennung der Reisenden „noch unbekannt“ eingetragen wird, soll nicht einmal ein Vertrag zustande kommen.⁴⁵⁰ Aus den Erwägungen des BGH in dieser Entscheidung geht aber auch hervor, dass er grundsätzlich nichts gegen eine solche Einschränkung der Übertragbarkeit einzuwenden hat, sofern ein „ausdrücklicher Hinweis“ vorliegt.⁴⁵¹

e) Zeitpunkt der Leistung

Wie oben bereits angedeutet ist der Zeitpunkt der Leistung beim Personenluftbeförderungsvertrag von besonderer Bedeutung. Im Hinblick auf den „typischen“ Personenluftbeförderungsvertrag ist zu untersuchen, ob der absolute Fixschuldcharakter eben ein typisches Element dieses Vertrages ist.⁴⁵²

i) Absolute Fixschuld

Ursprünglich wurden die Flugscheine ohne bestimmten Termin ausgegeben, von einem Fixschuldcharakter konnte also nicht ausgegangen werden. Jedoch lässt sich, wie bei jedem Werkvertragstyp, durch besondere Terminierung ein absoluter Fixschuldcharakter vereinbaren. Im Laufe der Entwicklung im Bereich der Personenluftbeförderungsverträge stellt sich also die Frage, ob es zu einer Veränderung dieser Charakterisierung gekommen ist. Noch im Jahr 2005 stellte *Staudinger* eine „*einhellige Auffassung*“ des absoluten Fixschuldcharakters des Personenluftbeförderungsvertrags, jedenfalls im Linienverkehr, fest, die er jedoch kritisch betrachtet.⁴⁵³ Das galt insbesondere für die Rechtsprechung.⁴⁵⁴ Doch mit der Schuldrechtsreform und ihren Konsequenzen hat ein Umdenken stattgefunden:

Diese Entwicklung lässt sich zum Beispiel im Münchner Kommentar veranschaulichen. Während in der 7. Auflage der Beförderungsvertrag im Linienverkehr noch als Beispiel des absoluten Fixgeschäfts gewertet wurde,⁴⁵⁵ ist dies in der aktuellen Auflage nicht mehr der Fall.⁴⁵⁶ Ursache ist wohl eine Entscheidung des BGH. Dieser verneinte im Urteil vom 28.05.2009, dass die Leistung bei einem Personenluftbeförderungsvertrag generell eine absolute Fixschuld sei.⁴⁵⁷

⁴⁵⁰ *BGH*, Urt. V. 16.10.2012 – X ZR 37/12 = BGHZ 195,126.

⁴⁵¹ *BGH*, Urt. V. 16.10.2012 – X ZR 37/12, Rn. 19, juris = BGHZ 195,126.

⁴⁵² Sehr ausführlich: *Janköster*, Fluggastrechte, S. 134 ff.

⁴⁵³ *MwNw*: A. *Staudinger*, Rra 2005, 249; ebenso etwa: *Makiol/Ruckteschell*, ZLW 2008, 1, 11; *Freitag*, TranspR 2006, 444, 446.

⁴⁵⁴ *BGH*, Urt. V. 30.11.1972 – VII ZR 239/71, Rn. 12, juris = BGHZ 60, 14; Urt. V. 28.09.1978 – VII ZR 116/77, Rn. 11, juris = NJW 1979, 495; Urt. V. 20.01.1983 – VII ZR 105/81, Rn. 26, juris = BGHZ 86, 284.

⁴⁵⁵ *MüKo-BGB-Ernst*, § 275, Rn. 48 (7. Auflage).

⁴⁵⁶ *MüKo-BGB-Ernst*, § 275, Rn. 59; so bereits schon die 8. Aufl.: *MüKo-BGB-Ernst*, § 275 Rn. 51.

⁴⁵⁷ *BGH*, Urt. V. 28.05.2009 – Xa ZR 113/08, Rn. 12 f., juris = NJW 2009, 2743.

Die schnelle Beförderung von A nach B ist zwar Bestandteil einer Flugreise, dieses Interesse entfalle aber nicht vollständig bei einer Verspätung.⁴⁵⁸ In besonders gelagerten Einzelfällen, wie der Überbuchungs-Entscheidung,⁴⁵⁹ liege die Sache nach dem BGH jedoch weiterhin anders.⁴⁶⁰ Allerdings fokussiert sich der BGH bei dieser Entscheidung vor allem auf eine mögliche Verspätung des Fluges durch die Fluggesellschaft. Diese Problematik wird in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt und ist etwas anderes als das hier behandelte Problem der in den Gründen des Passagiers liegenden Verspätung.⁴⁶¹ Dennoch muss davon ausgegangen werden, dass auch ein fixes Datum bei einem unflexiblen Personenluftbeförderungsvertrag das Reiseinteresse des Passagiers nicht unmöglich werden lässt.

ii) Relative Fixschuld

Die Unterscheidung zwischen flexiblen und fest terminierten Flügen zu unterscheiden, die an anderer Stelle wichtig sein wird, hat hier keine Bedeutung. Es kommt im Hinblick auf den Fixschuldcharakter darauf an, ob das Interesse der Leistung bei Nichteinhalten des Datums vollständig verfällt (absolute Fixgeschäft)⁴⁶² oder vermindert ist (relative Fixgeschäft)⁴⁶³.

Teilweise wird die Frage generell offengelassen,⁴⁶⁴ oder nur der absolute Fixschuldcharakter verneint.⁴⁶⁵ *Staudinger* und andere haben sich zu Recht für einen relativen Fixschuldcharakter ausgesprochen.⁴⁶⁶ Teilweise wird auch diese Fixschuld verneint,⁴⁶⁷ was aber hier nicht vertreten wird, jedenfalls was die unflexiblen Tickets anbelangt. Denn der Passagier hat nach wie vor ein Interesse an Beförderung, wenn die ursprünglich gebuchte Beförderung nicht wie terminiert erfolgt. Das bezieht sich jedoch nur auf die Beförderungsleistung, die seitens des Passagiers gefordert wird. Später zeigt sich, dass eine womöglich vereinbarte Pflicht oder Obliegenheit zur Inanspruchnahme der angebotenen Leistung anders betrachtet werden muss.

⁴⁵⁸ BGH, Urt. V. 28.05.2009 – Xa ZR 113/08, Rn. 12, juris = NJW 2009, 2743.

⁴⁵⁹ BGH, Urt. V. 28.09.1978 – VII ZR 116/77, Rn. 11, juris = NJW 1979, 495.

⁴⁶⁰ BGH, Urt. V. 28.05.2009 – Xa ZR 113/08, Rn. 12, juris = NJW 2009, 2743.

⁴⁶¹ MwNw: *Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol*, § 35 Rn. 56.

⁴⁶² Vgl. nur: *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 21, Rn. 17.

⁴⁶³ Vgl. nur: *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 21, Rn. 18.

⁴⁶⁴ *Lienhard*, GPR 2004, 259, 262.

⁴⁶⁵ *Dubovitskaya*, AcP 215 (2015), 581, 600.

⁴⁶⁶ A. *Staudinger*, Rra 2005, 249, S. 252 f.; ebenso: *Schmidt-Fromme*, Pflichten des Personenbeförderers, S. 193 f.; *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 21, Rn. 17.

⁴⁶⁷ *Janköster*, Fluggastrechte, S. 150 ff.

3. Abgrenzung zu anderen Vertragsformen

Ferner soll eine Abgrenzung zu anderen Vertragsformen vorgenommen werden. Zwar scheint sich die Anfangsthese, dass es sich um einen Werkvertrag handelt, zu bestätigen, doch schadet auch eine abgrenzende Überprüfung nicht, da es sich um ein Merkmals Ganzes handelt.

a) Kaufvertrag

Die Abgrenzung zum Kaufvertrag mag zunächst einfach erscheinen. Schließlich geht es nicht darum, dass die Übereignung und Übertragung einer Kaufsache vereinbart ist. Das Flugzeug soll eben nicht den Eigentümer wechseln. Anders sieht jedoch die Sache aus, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, der Flugschein stelle eine Kaufsache dar.⁴⁶⁸ Nach einer vereinzelt und abzulehnenden Meinung *Rudolfs* handelt es sich, da ein Preis nicht zwangsläufig geschuldet sei, auch nicht um einen zweiseitigen Vertrag, sondern um einen einseitigen, der nur die Pflicht des Transportes beinhaltet.⁴⁶⁹ Der Flugschein soll dabei ein Rektapapier nach § 808 BGB sein. Davon streng zu trennen sei ein weiteres Rechtsverhältnis, dass zur Begründung des Beförderungsverhältnisses als dessen Causa führt.⁴⁷⁰ Diese Causa wiederum kann, etwa im Falle der Unentgeltlichkeit, eine Schenkung sein, wird aber regelmäßig ein Kaufvertrag über ein Recht gem. § 433 ff. BGB sein. Eine Beziehung zwischen beiden Verträgen besteht dennoch, insofern sei das Kondiktionsrecht anwendbar. Ein solches asynallagmatisches Verständnis des (Personenluft-)Beförderungsvertrages hätte gravierende Konsequenzen. Ein Kündigungsrecht des Passagiers entfiere. Die Vorleistungspflicht wäre nicht mehr nötig. Diese Ansicht konnte sich jedoch zu Recht nicht durchsetzen. Folgte man dieser, wäre vielmehr beinahe jeder Werkvertrag ein Kaufvertrag über das Recht, eine Leistung vom Vertragspartner einfordern zu können. Der Vertragstyp „Werkvertrag“ mit seinen besonderen Regelungen wäre schlechthin überflüssig.

Auch wenn diese Sichtweise viele für einen Flugreisevertrag unübliche, für den Werkvertrag aber typische Elemente, wie die eben genannte Kündigungsmöglichkeit oder die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers durch Anwendung des Kaufvertrags, elegant erklären würde, stellt das Synallagma zwischen Vergütung und Beförderung doch das Kernelement des Vertrages dar. Eine Aufspaltung wirkt einerseits „gekünstelt“.⁴⁷¹ Andererseits ist die Fixierung auf den Flugschein, ebenfalls auch im Lichte internationaler Regelungen, nicht angemessen. So

⁴⁶⁸ *Rudolf*, ZLW 1969, 90, 96 ff.; Consumer.

⁴⁶⁹ *Rudolf*, ZLW 1969, 90, 98; nicht eindeutig: *Vogt*, ZLW 1967, 125, 127 f.

⁴⁷⁰ *Rudolf*, ZLW 1969, 90, 98.

⁴⁷¹ *Specht*, IATA, S. 105.

stipulieren Art. 3 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 2 des WA lediglich die Beweisfunktion des Flugscheins, nicht mehr und nicht weniger.⁴⁷² Ausdrücklich sieht das auch Artikel 3 Abs. 5 des MÜ vor. Das ist auch nach rein deutschem Recht ohne die Auslegung durch internationale Normen so korrekt: es handelt sich bei dem Flugschein um ein qualifiziertes Legitimationspapier gem. § 808 BGB.⁴⁷³ Darüber hinaus kann in den Fällen der Dienstreise eines Arbeitnehmers einer Fluggesellschaft an Bord seines Flugzeuges eine Art Flugschein ausgegeben werden, obwohl es sich nach *Frings* überzeugender Meinung hier nicht um einen Personenluftbeförderungsvertrag handelt.⁴⁷⁴ Dieser speziellen Flugschein ist aber gerade kein Nachweis für den Abschluss eines Personenluftbeförderungsvertrages.⁴⁷⁵ In beiden Richtungen ist der Flugschein allein also nicht ausschlaggebendes Kriterium für den Abschluss eines Personenluftbeförderungsvertrages. Mit der Idee eines vorweggenommenen Rechtskaufs könnte man hingegen sämtliche Nicht-Kaufverträge ihres Synallagmas berauben und in einen Rechtskaufvertrag überführen. Notwendig wäre dann lediglich ein Wertpapier. Dem lässt sich wiederum entgegenhalten, dass nicht jeder Vertrag ein solches Wertpapier voraussetzt. Aktuell steht jedoch das Urkundserfordernis des Rektapapiers einer solchen Auslegung entgegen. Der Flugschein ist heute fast ausschließlich virtuell hinterlegt. Ein Rektapapier wird also gerade nicht mehr zwangsläufig beigegeben. Entweder lässt man also virtuelle Wertpapiere zu, oder man gibt dieses Erfordernis auf, was zu einer Beliebigkeit des Rechtskaufs und Erosion aller nicht-kaufvertraglichen schuldrechtlichen Verträge führen würde. Sollte jedoch ein Flugschein ausgegeben werden, ist ein solches ein Rektapapier. Es verwundert also nicht, dass die Ansicht *Rudolfs* isoliert blieb.⁴⁷⁶

b) Dienstvertrag

Die Abgrenzung zum Dienstvertrag ist trotz der oben dargestellten Problematik der grundsätzlichen Abgrenzung für den Personenluftbeförderungsvertrag recht eindeutig möglich: Vereinbart ist der Beförderungserfolg. Die Erkenntnisse aus obiger Untersuchung der Abgrenzung zwischen beiden Vertragstypen wird also nicht so sehr für die Qualifizierung des Personenluftbeförderungsvertrags gebraucht. Dennoch veranschaulicht es, dass die Ränder der jeweiligen Vertragstypen offen sind und sich die jeweiligen vertraglich vorgesehenen Normen nicht zwangsläufig auf den entsprechenden Vertrag angewendet werden müssen.

⁴⁷² *Specht*, IATA, 92 ff.; Ähnlich auch: *Eisenbarth*, Vereinbarkeit, S. 95.

⁴⁷³ MüKo-BGB-M. *Habersack*, § 808 Rn. 10; *Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol*, § 35 Rn. 24; *Schmid*, in: FS Piper, 999, 1006.

⁴⁷⁴ Vgl. zum Streit mwNw: *Frings*, Einfluß, S. 7 ff.

⁴⁷⁵ Vgl. zum Streit mwNw: *Frings*, Einfluß, S. 8.

⁴⁷⁶ Vgl. zum Transportvertrag: *Medicus*, JuS 1992, 273.

4. Implementierung atypischer Elemente

Es wurde festgestellt, dass gerade im Hinblick auf die übliche Vorauszahlung und der Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit zwei dem Werkvertrag untypische Elemente in den Personenluftbeförderungsvertrag inkorporiert wurden. Das mag man nun in Frage stellen oder gar bedauern, die Privatautonomie lässt eine solche Umgestaltung des Werkvertrages jedenfalls zu, da insbesondere am Grundprinzip „erfolgsbezogenen Leistungsversprechen gegen Geldleistung“ nichts geändert wird. Der Begriff atypischer Vertrag wird auf zwei Weisen gebraucht: Einerseits in der Form, dass er Verträge bezeichnet, die sich nicht unter den im Gesetz vorgezeichneten Typus subsumieren lassen. Andererseits lässt sich der Begriff mit *Larenz* so verstehen, dass er atypische Verträge innerhalb des gesetzlichen Typus bezeichnet, die nicht vollständig in diesem Typus aufgehen.⁴⁷⁷ Anders formuliert lassen sich zwei Möglichkeiten der Berücksichtigung dieser atypischen Elemente feststellen. Entweder überwiegen sie so stark, dass von einem anderen Vertragstyp, womöglich unbekannter Art, ausgegangen werden muss. Oder sie ergänzen bzw. ersetzen lediglich die werkvertraglichen Regelungen in bestimmten Bereichen.

a) Anstelle des Werkvertrags

Zunächst kann zu Klarstellungszwecken entschieden werden, ob der Personenluftbeförderungsvertrag ein völlig neuer Vertragstypus ist, also kein Werkvertrag, oder ob er sich in diesen, ggf. mit Besonderheiten, einfügt. Diese Frage ist von Bedeutung, um den Maßstab der Inhaltskontrolle in § 307 Abs. 2 BGB zu bestimmen.⁴⁷⁸ Die Vertragstypen sind dabei nicht bloß eine allgemeine Verschriftlichung des Parteiwillens, sondern es kann davon ausgegangen werden, dass den Regelungen zu den Vertragstypen im BGB ein gewisser Gerechtigkeitsgrundsatz durch die Ordnung der gegenseitigen Interessen innewohnt.⁴⁷⁹

i) Ablehnung des Werkvertragscharakters: Atypischer Vertrag

Eine Möglichkeit wäre, dass der Werkvertragscharakter des Personenluftbeförderungsvertrags rundherum abgelehnt und ein atypischer Vertrag angenommen würde. Teilweise wird ein solcher Vertrag auch als ein Vertrag *sui generis* bezeichnet.⁴⁸⁰ Das gäbe den Vertragsparteien einen größeren Spielraum bei der Vertragsgestaltung. Was genau ein atypischer Vertrag ist und

⁴⁷⁷ Mit verweis auf *Larenz: Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 185 f.

⁴⁷⁸ *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 415 ff.; *MüKo-BGB-Emmerich*, § 311, Rn. 25.

⁴⁷⁹ *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 358.

⁴⁸⁰ *NK-BGB-M. Becker*, § 311, Rn. 29; wie hier aber: *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 13 ff.; *Staudinger-Feldmann*, § 311, Rn. 33; *MüKo-BGB-Emmerich*, § 311, Rn. 25.

insbesondere, wie er sich von einem Mischvertrag unterscheidet, ist aber nicht ganz eindeutig.⁴⁸¹ Man könnte den atypischen als „unbenannten“ Vertrag bezeichnen.⁴⁸² Denkbar ist dies beim Personenluftbeförderungsvertrag dann, wenn man vor allem den dem Gesetz zu Grunde liegenden Typus als empirischen Typus für relevant erachtet und nicht mehr den gesetzlichen normierten Typus mit seinem gesetzgeberischen Gepräge. Dazu gehört allerdings nicht das Modell *Rudolfs*, nach dem ja ein Kaufvertrag vorläge. Vielmehr müsste etwas Eigenes vorliegen. Hierzu könnte das Modell *Eisenbarths*, der den Vertragstyp des „internationalen IATA-Luftbeförderungsvertrag“ beschreibt und diesen auf den nationalen Bereich ausweitet.⁴⁸³ Kernelement seiner These ist die besondere Bedeutung des Flugscheins als Voraussetzung für Haftungsansprüche gegenüber der Airline, die den Vertrag fundamental von Werkverträgen unterscheidet.⁴⁸⁴ Möglicherweise lässt sich auch das Modell *Bärmanns* hier nennen.⁴⁸⁵

(1) Atypische Elemente

Wie gezeigt wurde gibt es auf jeden Fall atypische Elemente, die sämtlichen Personenluftbeförderungsverträgen zu eigen sind. Eines davon ist die hier vertretene Unanwendbarkeit der Mängelgewährleistungsrechte bei Verzögerungen. Eine weitere, aber bereits im Gesetz angelegte Atypik ist die fehlende Abnahmefähigkeit der Werkleistung. Es fällt bereits hier auf, dass der Werkvertrag als Mantel des Personenluftbeförderungsvertrags nicht so recht passen will.⁴⁸⁶ Doch hier handelt es sich um Elemente, die das Gesetz selbst vorgesehen hat, wenngleich nach einer kleinen Diskussion im Entstehungsprozess, wie oben gezeigt wurde. Zu diesen Elementen kommen die häufig vereinbarte Vorauszahlungen, das Verbot von Namensänderungen sowie der Ausschluss der Kündigung. Auch die Streckenbindungsklausel findet sich in zahlreichen Verträgen, sodass man auch hier von einem atypischen Element sprechen kann.

(2) Synallagma als Gegenargument

Ob der hier betrachtete Personenluftbeförderungsvertrag allerdings in seiner Gänze atypisch ist oder nicht ergibt sich nach *Koller* anhand einer Gesamtbetrachtung, nämlich einer Auslegung im weiteren, (nämlich typologischen) Sinne.⁴⁸⁷ Dabei zeigt sich folgendes: Die festgestellten

⁴⁸¹ Vgl. nur: MüKo-BGB-*Emmerich*, § 311, Rn. 25 ff.

⁴⁸² *Heck*, Grundriß, S. 245.

⁴⁸³ *Eisenbarth*, Vereinbarkeit, 97 ff.

⁴⁸⁴ *Eisenbarth*, Vereinbarkeit, S. 102.

⁴⁸⁵ *Bärmann*, Typisierte Zivilrechtsordnung, S. 19 ff.

⁴⁸⁶ Bzgl. Des Mängelgewährleistungsrechts für unkörperliche Werke bereits: *Riezler*, Werkvertrag, S. 122.

⁴⁸⁷ *A. Koller*, Grundfragen, S. 58; vgl. auch: *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 179 f.

Elemente, welche den Personenluftbeförderungsvertrag vom klassischen Werkvertrag unterscheiden, sind nicht von solcher Art und Güte, dass sie eine Qualifikation als unregelmäßigen atypischen Vertrag rechtfertigen würden, wenn hier atypisch im Sinne von nicht einem gesetzlichen Typ verstanden wird.⁴⁸⁸ Insbesondere das werkvertragliche Synallagma besteht auch im Personenluftbeförderungsvertrag, so *Schmidt-Fromme*, die das in einer BGH-Entscheidung⁴⁸⁹ über die Qualifizierung als Werkvertrag festgestellte Synallagma folgerichtig auch für den Personenluftbeförderungsvertrag anwendet.⁴⁹⁰ Insbesondere im Gegensatz zu *Eisenbarth* erscheinen die Besonderheiten im Bezug zum Werkvertrag nicht so groß, als dass es sich nicht noch um einen atypischen Fall des Werkvertrags handeln könnte. Das ergibt sich zudem daraus, dass der Austausch der Hauptleistungen (erfolgsbezogene Dienstleistung gegen Vergütung) auch problemlos mit den zusätzlichen Voraussetzungen der Vorlage des Flugscheins funktioniert, die dieses Synallagma lediglich spezifizieren. Im Ergebnis, auch wenn er es nicht eindeutig so benennt, folgt auch *Eisenbarth* dieser Theorie, da er, ohne zu hinterfragen die AGB-Kontrolle einzelner Klauseln der IATA-Beförderungsbedingungen am Maßstab des Werkvertragsrechts misst.⁴⁹¹ Es handelt sich also um einen Werkvertrag mit vielen atypischen Elementen, oder anders gesagt um einen atypischen Werkvertrag. Genau das meinen *Larenz* und *Leenen*, wenn sie von Verträgen sprechen, die die gesetzlichen Erläuterungsmerkmale aufweisen, aber eben nicht dem zugrunde liegenden Typus entsprechen.⁴⁹²

ii) Inkorporierung atypischer Elemente in den Werkvertrag

Dass sich atypische Elemente in die vertypen Vertragstypen integrieren lassen, ergibt sich auch aus der Rechtsentwicklung. Es lässt sich zwar nicht aus einem Kaufvertrag durch privatautonome Gestaltung ein Werkvertrag machen. Auf aktuelle Entwicklungen, wie etwa hier im Bereich der Luftfahrt und des zunehmend digitalen Vertriebs, müssen aber Lösungen gefunden werden. Bereits Ende der 60er Jahre wurde das „Auseinanderfallen von kodifiziertem und lebendem Recht“ im Wirtschaftsleben beobachtet.⁴⁹³ Eine Fortentwicklung dieser Divergenz wird immer wieder festgestellt.⁴⁹⁴ Dennoch könne aus dem Wirtschaftsleben heraus gesetzgeberische Versäumnisse durch eigene abstrakt-generelle Regelungen, die AGB, kompensiert

⁴⁸⁸ Anderes Verständnis: NK-BGB-M. *Becker*, § 311, Rn. 29.

⁴⁸⁹ *BGH*, Urt. V. 21.12.1973 – IV ZR 158/72 = *BGHZ* 62, 71.

⁴⁹⁰ *Schmidt-Fromme*, Pflichten des Personenbeförderers, S. 121.

⁴⁹¹ *Eisenbarth*, Vereinbarkeit, S. 178 ff.

⁴⁹² Mit Verweis auf *Larenz*: *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 186.

⁴⁹³ Bereits: *Ulmer*, *Ulmer* 1969, S. V.

⁴⁹⁴ Vgl. nur: *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 2.

werden.⁴⁹⁵ Die Gefahr ist dabei immer, dass die kautelarjuristisch entwickelten Regelungen einerseits nicht einheitlich und systematisch und andererseits auch nicht zwangsläufig mit geltendem Recht vereinbar sind. Solche abstrakt-generellen Regelungen in AGB finden sich vorwiegenden in Massengeschäften, von denen der Personenluftbeförderungsvertrag auch einer ist. Dennoch liegt ein vom klassisch verstandenen typischen Werkvertrag abzugrenzender Vertragstyp vor. Dieser inkorporiert dabei die typenfremden und atypischen Elemente in den Werkvertrag. Auf diese Weise bildet der Personenluftbeförderungsvertrag eine neue Unterkategorie bzw. einen neuen Untertypus des Werkvertrags.

b) Unterkategorien im Werkvertrag

Genauer gesagt sind sogar zwei Unterkategorien nötig, welche man auch als Untergruppen oder Untertypen bezeichnen könnte.

i) Unterkategorie: flexibler Personenluftbeförderungsvertrag

Die Konsequenz eines solchen Vertrages mit atypischen Elementen ist nun nicht, dass die Regelungen zum Werkvertrag als begrifflich passendem Vertragstyp nicht anzuwenden wären. Vielmehr können auch auf den atypischen Fall die Regeln des gesetzlichen Typs anwendbar sein.⁴⁹⁶ Wann das der Fall ist, ist nicht leicht zu beurteilen. Allerdings gibt § 631 Abs. 2 BGB einen Hinweis, dass diese Anwendung sehr breit zu geschehen habe. Und selbst, wenn die direkte Anwendung nicht möglich sein sollte, haben die Regelungen zum speziellen Vertragstyp eine Kontrollfunktion: Die sich aus der nötig gewordenen Vertragsauslegung ergebenden Erkenntnisse müssen sich einer wertungsmäßigen Kontrolle unterziehen, wobei sich der Wertmaßstab aus dem empirischen Vertragstypus ergibt.⁴⁹⁷ Sollte sich durch die ergänzende Vertragsauslegung zu einem bestimmten Punkt sogar ein *non liquet* ergeben, wird dieses Kontrollverfahren sogar zum Rechtsfindungsverfahren erhoben, und zwar auf der Basis analoger Anwendung.⁴⁹⁸ Bezüglich der festgestellten und hier relevanten atypischen Elemente angewandt, ergibt sich folgendes Bild:

Zahlreiche atypische Elemente des Personenluftbeförderungsvertrages führen zu einer neuen Unterkategorie der Personenluftbeförderungsverträge innerhalb der Werkverträge. Die Möglichkeit zur Kündigung bleibt ohne gesonderte vertragliche Vereinbarung bestehen. Auf diesen

⁴⁹⁵ *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 2.

⁴⁹⁶ *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 177; Vgl. auch: *Engisch*, Idee, S. 283.

⁴⁹⁷ *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 187.

⁴⁹⁸ *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 187; *Flume*, BGB AT, S. 324.

neuen atypischen Werkvertragstyp „Personenluftbeförderungsvertrag“ sind die werkvertraglichen Regelungen grundsätzlich anwendbar, sofern nicht Ausnahmen bzgl. der dargestellten Abnahmefähigkeit oder des Mangelgewährleistungsrechts bestehen. Der Typus geht also nicht vollkommen in den Regelungen zum Werkvertrag auf, sondern befindet sich im weiteren „Begriffshof“.

ii) Unterkategorie: unflexibler Personenluftbeförderungsvertrag

Die Personenluftbeförderungsverträge unterscheiden sich jedoch zusätzlich häufig noch in von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Vereinbarungen zu den Kündigungs- und Umbuchungsmöglichkeiten, also für die zeitliche Fixierung der Beförderungsleistung. Dies ist die sogenannte Streckenbindung. Durch eine solche Vereinbarung, die noch genauer untersucht werden wird, wird das Synallagma maßgeblich beeinflusst. Falls die grundsätzlich flexible Leistung also vertraglich unflexibel gestaltet wird, ergibt sich neben, oder genauer gesagt „unter“ dem flexiblen Personenluftbeförderungsvertrag ein neuer vertraglicher Typus, nämlich der des unflexiblen Personenluftbeförderungsvertrags. Dabei sind die Übergänge fließend. Der unflexible Personenluftbeförderungsvertrag stellt also eine weitere spezifische Typuskategorie innerhalb der Kategorie der Personenluftbeförderungsverträge dar, genauso wie der allgemeine Personenluftbeförderungsvertrag eine Unterkategorie des Werkvertrages ist. Er geht nicht im Werkvertrag vollständig auf, sondern behält eigene atypische Elemente. Exakt so verhält es sich mit dem unflexiblen Personenluftbeförderungsvertrag.⁴⁹⁹

c) Typengemischter Vertrag aus atypischem Vertrag und Werkvertrag

Des Weiteren besteht der Personenluftbeförderungsvertrag auch aus Elementen, die man in anderem Zusammenhang kennt. Es handelt sich also um einen typengemischten Vertrag aus werkvertraglichen und atypischen Vertragselementen.

(1) Typengemischte Verträge

Typenmischungen kommen im Vertragsleben häufiger vor, (man denke an Leasing oder gemischte Schenkungen)⁵⁰⁰ und sie sind ein schönes Beispiel für die Typenhaftigkeit schuldvertraglicher Vertrags“typen“, die *Larenz* „rechtliche Strukturtypen“ nennt.⁵⁰¹ Im Gegensatz zum „normativen Realtypus“ (wie bspw. „Tierhalter“ oder „Verrichtungsgehilfe“) bei dem neben

⁴⁹⁹ So im Ergebnis wohl auch: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 262.

⁵⁰⁰ Beispiele nach: *Larenz*, Methodenlehre, S. 466.

⁵⁰¹ *Larenz*, Methodenlehre, S. 466.

dem empirischen Element ein normatives Element vorhanden ist, ist dies bei rechtlichen Strukturtypen nicht der Fall.⁵⁰² Letztere liegen vielmehr vor, sie werden daraufhin vom Gesetzgeber nicht er- sondern gefunden, wenngleich ihm ein gewisser Gestaltungsspielraum verbleibt.⁵⁰³ Andernfalls wäre das Ergebnis auch allzu überpositiv. Aus dieser Funktion der Vertragstypen ergibt sich nach *Larenz* zutreffender Weise die Folgerung, dass sich weitere Vertragstypen entwickeln können. Es handelt sich also um eine induktive Typenbildung (was wohl *Larenz* mit seinen rechtlichen Strukturtypen meint) und nicht um eine deduktive (dem entsprächen dann wohl die normativen Realtypen).⁵⁰⁴ Wie bereits oben festgestellt, sind die Vertragstypen des besonderen Schuldrechts eher eine Typenreihe, die ergänzungsfähig ist.⁵⁰⁵ Das zeigt sich insbesondere bei den typengemischten Verträgen, aber auch für den Personenluftbeförderungsvertrag. Dennoch sollte man hier nicht von einem typengemischten Vertrag ausgehen. Dafür sind die Elemente anderer Vertragstypen zu gering ausgeprägt. Etwas anderes könnte nur bei einer Überbetonung anderer Elemente gelten.

(2) Überbetonung von Elementen außerhalb der Beförderungsleistung

Ein typischer Lufttransport umfasst verschiedene Elemente. Die Beförderung von einem Ort A zu einem anderen Ort B auf dem Luftweg ist dabei nur einer von mehreren Aspekten. Vielmehr gehören auch die Beförderung des Handgepäcks, des Aufgabegepäcks, die Betreuung am Boden, die Betreuung an Bord, die Bewirtung und in gewissem Maße auch die Unterhaltung an Bord zu den Elementen, die den Personenluftbeförderungsvertrag ausmachen. Dabei müssen viele dieser zusätzlichen Elemente in aktuellen Tarifstrukturen gesondert bezahlt werden. Daran lässt sich insbesondere denken, wenn, jedenfalls vor der Corona-Krise, innerdeutsche Flüge von unter 10 € angeboten wurden.⁵⁰⁶ Hier scheint das Synallagma zwischen der Dienstleistung Ortsveränderung und der Gegenleistung zumindest aufgeweicht. Weitere Elemente, wie die gesondert berechnete Bewirtung, der Transport von Gepäck, das Einchecken am Flughafen, müssen gesondert bezahlt werden und sind Geschäftsbestandteil solcher Flugpreise.⁵⁰⁷ In einigen Fällen stellen die unterschiedlichen Bestandteile der Flugreise tatsächlich eigene Verträge dar. Im Kauf einer Mahlzeit oder eines Getränks an Bord eines Flugzeugs ist der Abschluss eines

⁵⁰² *Larenz*, Methodenlehre, 465 f.

⁵⁰³ *Larenz*, Methodenlehre, S. 466.

⁵⁰⁴ Vgl.: *Engisch*, Idee, S. 269; *Heck*, Grundriß, 243 f.

⁵⁰⁵ *Heck*, Grundriß, S. 244.

⁵⁰⁶ Das galt jedenfalls für einige Ticket der Strecke Köln-Berlin mit Ryanair im Jahr 2015, auf der zu jener Zeit neben Ryanair auch Air Berlin und Germanwings mehrfach täglich unterwegs waren und eine entsprechend hohe Konkurrenz herrschte, vgl. FAZ.NET vom 22.03.2015 „Köln-Berlin so billig wie noch nie“ von Christine Scharrenbroch.

⁵⁰⁷ Zuletzt schaffte die Lufthansa auf Europaflügen Frühjahr 2021 die kostenlose ab Verpflegung ab, Vgl. FAZ vom 18.11.2020 S. 21.

separaten Kaufvertrags zu sehen. Ist das aber nicht der Fall, sondern die Verpflegung Bestandteil des Vertrags, ist die Sache schwieriger:

Denkbar ist natürlich, dass die Differenz eines höheren Flugtarifs zu einem niedrigeren ausschließlich mit der zusätzlichen Beköstigung korreliert. Dann ließe sich der synallagmatische Gegenwert der Beköstigung herauslösen und man könnte zwei verbundene Verträge erkennen. Jedoch begegnet diese Vorgehensweise Bedenken. Eine solche separate Behandlung nur eines Tarifelementes ist kaum lösbar. Angebotene Flugtarife unterscheiden sich häufig nicht nur in einem einzelnen Element (nur Verköstigung, nur Umbuchungsmöglichkeit), sondern in einer Vielzahl von Elementen (Verköstigung und mehr Gepäck; Umbuchung und Stornierungsmöglichkeit) so dass die Festlegung eines konkreten Gegenwertes je Leistungselement schwer durchzuführen ist. Wenn das jedoch im Einzelfall möglich sein sollte (etwa bei einer Sitzplatzreservierung) kann dieses einzelne Element im Sinne der Kombinationsmethode mit den jeweilig geltenden Regeln des passenden Vertragstypus behandelt werden. Auswirkungen auf den gesamten Vertrag hingegen bestehen nicht.⁵⁰⁸ Allenfalls könnte an einen typengemischten Vertrag gedacht werden, der neben werkvertraglichen Elementen (Transport von Passagier und Gepäck), bei denen der Erfolg geschuldet ist, auch dienstvertragliche Elemente (Betreuung und Bedienung), oder mietvertragliche Elemente (Sitzplatz, Decken, Kissen) und sogar kaufvertragliche Elemente (Speisen und Getränke) beinhaltet. Den Gedanken des mietvertraglichen Elements wies schon *Heck* auf.⁵⁰⁹ Allerdings bietet auch hier die Kombinationsmethode befriedigende Ergebnisse, so dass es für unsere Zwecke nicht auf diese Unterscheidung ankommt. Zudem lassen sich die Elemente auch als atypisch bezeichnen, so dass es tautologisch und unpraktisch wäre, von typengemischtem, atypischem Werkvertrag zu sprechen.

5. Ergebnis

Zusammenfassend handelt es sich beim Personenluftbeförderungsvertrag also nicht um einen typischen Werkvertrag, sondern vielmehr um einen oder sogar zwei Werkvertrags-a-typ(en). Der Personenluftbeförderungsvertrag ist wegen der oben festgestellten „typischen“ Besonderheiten ein Werkvertrag mit atypischen Elementen, der zu einem neuen Untertyp, dem Personenluftbeförderungsvertrag, führt. Dazu gehören bereits die im Gesetz vorgesehenen Besonderheiten bestimmter Werkverträge wie etwa die fehlende Abnahmefähigkeit der Werkleistung „Flugbeförderung“. Auch die Nichtanwendbarkeit des Mangelgewährleistungsrechts des

⁵⁰⁸ Vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 63 S. 44 ff.

⁵⁰⁹ Vgl.: *Heck*, Grundriß, S. 344 (nennt als Beispiel ein Schlafabteil in einem Zug).

Werkvertrages ist Werkverträgen mit Dienstleistungen immanent. Hinzu kommen die typischerweise vereinbarten Elemente wie die Vorauszahlungen, das Verbot von Namensänderungen, Ausschluss der Kündigung und die Streckenbindung. Besonderheiten dieses Werkvertragstyps müssen, wie es aktuell auch geschieht, aufgrund des induktiven Charakters der Vertragstypen des besonderen Schuldrechts auch berücksichtigt werden. Diese Herausarbeitung eines neuen Vertragstypus geschieht also unabhängig von einer gesetzgeberischen Steuerung. Dabei wäre der Blick allein auf das deutsche Werkvertragsrecht verkürzt. Er verkennt, dass der europäische Normgeber mit der Fluggastrechte-VO den Personenluftbeförderungsvertrag in seinen Mängelgewährleistungsrecht entscheidend mitgeprägt hat. Darüber hinaus bieten zahlreiche gängige ABB-Regelungen und die Einbeziehungen von Dienstleistungen in den Werkvertrag durch § 631 Abs. 2 BGB ebenfalls Gründe genug, die atypischen Elemente des Personenluftbeförderungsvertrags innerhalb der Werkverträge darzustellen.

Es ist daher festzuhalten, dass der Personenluftbeförderungsvertrag im Einklang mit der bestehenden Rechtsprechung ein atypischer Werkvertrag ist und mithin eine spezifische Art des Werkvertrages ist. Ein „echter“ neuer Vertragstyp neben dem Werkvertrag ist nicht entstanden, die wichtigen Elemente Vergütung und synallagmatische, erfolgsbezogene Leistung entsprechen denen des Werkvertrages und keines anderen Vertragstypus des BGB. Zudem werden häufig besondere Bestimmungen hinsichtlich der zeitlichen Fixierung der Beförderungsleistung getroffen, die den eigentlich dahingehend flexiblen Personenluftbeförderungsvertrag weiter einschränken. Der dann entstehende Typ des unflexiblen Personenluftbeförderungsvertrages ist eine Unterkategorie des flexiblen Personenluftbeförderungsvertrages mit für diesen atypischen Elementen und eine Unterunterkategorie des Werkvertrages mit speziellen Regeln.

C Zusammenfassung des ersten Teils

Es lässt sich also feststellen, dass der Werkvertrag des BGB alte, bis auf das römische Recht zurückgehende Wurzeln hat. Ein direktes Vorbild hat er jedoch nicht. Der Streit um den Umfang der „Werkleistung“ ist zu Gunsten einer sehr weiten Auffassung entschieden worden, was zur Anwendung weniger Regelungen auf eine Vielzahl gänzlich unterschiedlicher Vertragstypen führt. Die Regelungen für Verträge über die Beförderung von Passagieren oder Fracht sind sehr unübersichtlich und finden sich in den unterschiedlichsten Regelwerken. Grundsätzliche Fragen des Personenluftbeförderungsvertrages, wie etwa sein Kündigungsregime, finden sich im BGB. Kennzeichen des Werkvertrages ist nach wie vor sein Erfolgsbezug. Der Personenluftbeförderungsvertrag ist kein Dienstvertrag, da der Erfolg der Beförderung von Passagieren von A nach B über den Luftweg geschuldet ist.

Er ist auch kein Kaufvertrag, da der Verkauf des Tickets nicht kennzeichnend für das vertragliche Synallagma ist und auf diese Weise nahezu alle Werkverträge und auch Dienstverträge in einen Kaufvertrag umgedeutet werden könnten. Der Personenluftbeförderungsvertrag ist vielmehr ein Werkvertrag iSd §§ 631 ff. BGB mit atypischen Elementen. Dazu gehören durch die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, auch über Dienstleistungen Werkverträge abschließen zu können, die fehlende Abnahmefähigkeit der Werkleistung „Flugbeförderung“ sowie die Nichtanwendbarkeit des werkvertraglichen Mangelgewährleistungsrechts. Hinzu kommen die typischerweise vereinbarten Elemente wie die Vorauszahlungen, das Verbot von Namensänderungen, Ausschluss der Kündigung und die Streckenbindung. Das es dennoch ein Werkvertrag ist, liegt insbesondere daran, dass das synallagmatische Verhältnis von Vergütung und geschuldeter, erfolgsabhängiger Dienstleistung durch die Besonderheiten des Personenluftbeförderungsvertrages nicht berührt wird. Außerdem lässt er sich problemlos unter § 631 Abs. 1, 2 BGB subsumieren. Die besondere und für viele Luftbeförderungsverträge üblichen, von den Regelungen des Werkvertrages abweichenden Bestimmungen rechtfertigen keine andere Qualifikation des Vertragstyps. Es bietet sich also an, innerhalb des Vertragstyps „Werkvertrag“ Unterkategorien in Bezug auf den Personenluftbeförderungsvertrag zu bilden. Eine weitere Unterscheidung lässt sich im Hinblick auf die zeitliche Flexibilität und die Streckenbindung machen, wie sie durch die Vertragsbedingungen festgehalten wird. Wenn solche Einschränkungen hinsichtlich der Umbuchungs- und Kündigungsmöglichkeiten getroffen werden, liegt ein unflexibler Personenluftbeförderungsvertrag vor, der unter den flexiblen Personenluftbeförderungsverträgen eine eigene Kategorie bildet. Sowohl der flexible als auch der unflexible Personenluftbeförderungsvertrag liegen im Begriffshof des Werkvertrags.

§ 2: Streckenbindungsklauseln in ABB: Ursachen und Wirkung

Es wurde festgestellt, dass der Personenluftbeförderungsvertrag ein Werkvertrag mit besonderem Leitbild ist. Zu diesem Leitbild zählt einerseits der Vertragsgegenstand Dienstleistung sowie die folgenden, typischerweise vertraglich vereinbarten Elemente: Vorauszahlung, das Verbot von Namensänderungen, Ausschluss der Kündigung und die Streckenbindung. Nun soll die Frage betrachtet werden, weshalb es Streckenbindungsklauseln in den ABB zahlreicher Fluggesellschaften überhaupt gibt. Dazu fällt der Blick einerseits auf den wirtschaftlichen Hintergrund solcher Klauseln und andererseits auf die Entwicklung der ABB im Personenluftbeförderungsvertrag.

A Wirtschaftlicher Hintergrund der Streckenbindungsklauseln

Die Preisfindung im Luftverkehrsbereich stellt eine komplexe Aufgabe dar. Diese Komplexität ist insbesondere der Tatsache geschuldet, dass bei mehr Nachfrage nicht kurzfristig mehr Angebot bereitgestellt werden kann, sondern die zur Verfügung stehenden Kapazitäten auf langfristigen Planungen basiert. steht die Verwendung des Flugzeugmusters und damit die Kapazität bereits Monate im Voraus des Fluges fest und kann nicht kurzfristig erhöht oder verringert werden. Es wäre unrentabel, einen großen Pool an Flugzeugen zur Verfügung und Auswahl am Boden zu halten, um tagesaktuell das passende Muster einsetzen. Anders formuliert: Die Fixkosten sind hoch, die Grenzkosten gering.⁵¹⁰ Die beförderungsabhängigen Kosten können wie etwa bei der Lufthansa nur etwa 15 % der Gesamtkosten betragen.⁵¹¹ Zudem kommen aufgrund der Digitalisierung und Liberalisierung neue Vertriebs- und Kalkulationsmöglichkeiten. Für die Preisbildung spielt dabei vor allem das so genannte Revenue Management eine wichtige Rolle. Durch dieses wird versucht, den Ertrag durch möglichst passgenaue Preise zu steigern. So bezahlt Passagier P1 für dasselbe Flugsegment zum gleichen Datum einen günstigeren Preis als Passagier P2, ist dafür aber an eine bestimmte Kündigungsregel gebunden. Die diesem Revenue Management innewohnende Komplexität versuchen Kunden dann wiederum auszunutzen, um die für sie vorgesehenen Preise zu umgehen. Dabei spielen insbesondere zwei Phänomene eine Rolle das Cross-ticketing sowie das Cross-border-selling. Diese Umgehungsversuche provozieren die Implementierung von Streckenbindungsklauseln im Personenluftbeförderungsvertrag seitens der Fluggesellschaft, wie zu zeigen ist. Dabei wird auch auf das verwandte Phänomen der dynamischen und personalisierten Preise eingegangen.

⁵¹⁰ Pompl, Luftverkehr, S. 48; Maurer, Maurer 2006, S. 366.

⁵¹¹ Beispiel bei: Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 410.

I. Preisbildung im Personenluftbeförderungsvertrag

Im ersten Abschnitt geht es um den Aspekt der Preisgestaltung an sich, also um die Frage, auf welchen Faktoren der Flugpreis basiert. Dabei können nicht alle Faktoren der Preisfindung gleichmäßig behandelt werden, die eher wirtschaftswissenschaftlicher Natur sind.⁵¹² Stattdessen wird besonderes Augenmerk auf das sog. „Revenue Management“ gelegt, das wiederum eine der Ursachen für die Streckenbindungsklauseln ist. Auf den Aspekt der Preisgestaltung als Reaktion auf Verhaltensweisen von Konkurrenzunternehmen wird hingegen nicht eingegangen.⁵¹³ Auch wenn dieser Aspekt für die tatsächliche Preisfindung wichtig sein mag,⁵¹⁴ spielt er für das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien keine Rolle.

1. Zunehmende Liberalisierung

In der Mitte des letzten Jahrhunderts waren die Preise im Luftverkehr stark reglementiert. Beispielsweise waren sie streng an die Entfernung gekoppelt und wurden durch staatliche Stellen überwacht.⁵¹⁵ In den USA übernahm diese Aufgabe das Civil Aeronautic Board (CAB), in Europa waren hierfür aufgrund der Vielzahl an Staaten unterschiedliche staatliche Stellen zuständig. Auch heute gibt es gesetzliche Überbleibsel solcher Regelungen, beispielsweise in § 21 Abs. 2 S. 1 LuftVG. Ab Mitte der 1970er Jahre kam es in den USA und ab den 1990er Jahren auch in Europa zu einer erheblichen Deregulierung des Luftverkehrs, insbesondere hinsichtlich der Preise.⁵¹⁶ Wesentlich zur Liberalisierung in den USA beigetragen haben der Air Cargo Deregulation Act im Jahr 1977 und der Airline Deregulation Act von 1978.⁵¹⁷ Auf europäischem Boden geschah die Liberalisierung in drei Paketen: 1987, 1990 und 1992.⁵¹⁸

An Verordnungen sind insbesondere der Vorläufer der heutigen VO (EG) Nr. 1008/2008 zu nennen. In diesen Verordnungen (EWG) Nr. 2407/92, Nr. 2408/92 und Nr. 2409/92 wurde Anfang der 90er Jahre durch das sogenannte dritte Liberalisierungspaket der Luftverkehr innerhalb der damaligen EWG erheblich gelockert.⁵¹⁹ Seitdem gibt es innerhalb der Gemeinschaft/Union die Möglichkeit zur freien Preis- und Frachtratenfestsetzung sowie den gemeinschafts-/unionsweiten Marktzugang aller „Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft“ (Art. 1, 3 VO (EG)

⁵¹² Vgl. etwa: *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr; *Pompl*, Luftverkehr; *Maurer*, Maurer 2006; *Belobaba* in: *The global airline industry*, insbesondere 47, 47 ff.

⁵¹³ Dazu bspw: *Vinod*, *Journal of Revenue and Pricing Management* 2010, 137, 137 ff.

⁵¹⁴ *Vinod*, *Journal of Revenue and Pricing Management* 2010, 137, 138.

⁵¹⁵ *Belobaba* in: *The global airline industry*, 75, 76.

⁵¹⁶ Ausführlich: *Schmitt*, *Wettbewerb*, S. 53 ff.

⁵¹⁷ *Schmitt*, *Wettbewerb*, S. 61.

⁵¹⁸ *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Maxian Rusche/Kullak*, Art. 100 AEUV, Rn. 31.

⁵¹⁹ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/131/luftverkehr-marktregelungen>, abgerufen am 04.03.2024.

Nr. 1008/2008). Damit einher ging ebenfalls die Bestrebung der Bundesrepublik Deutschland, sich aus den Beteiligungen der Lufthansa zurückzuziehen.⁵²⁰ Vollendet wurde der Binnenmarkt am 01.04.1997 mit Ablauf der Übergangsregelungen für Kabotage.⁵²¹

2. Der Tarif

Häufig ist im wirtschaftlichen Kontext des Personenluftbeförderungsvertrags in Bezug auf die Vergütung, also der Gegenleistung, von „Tarifen“ die Rede. So etwa bei *Tarifbedingungen* der Fluggesellschaften, *Tarifvereinbarungen* der IATA, sowie in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur.⁵²² In diesem Abschnitt wird der Begriff des „Tarifs“ im Personenluftbeförderungsvertrag untersucht. In einer Definition aus einem internationalen Abkommen des Jahres 1967 bezüglich Tarife der ECAC, dem europäischen Regionalverbandes der ICAO, heißt es in Art. 2 Abs. 1: *„In the following paragraphs, the term „tariff“ means the prices to be paid for the carriage of passengers, baggage and freight and the conditions under which those prices apply, including prices and conditions for agency and other auxiliary services, but excluding remuneration or conditions for the carriage of mail.“*⁵²³ Mit Tarif ist also nicht nur die Vergütung in Geld gemeint, sondern der Begriff umfasst auch die Bedingungen des Vertrages. Eine nahezu identische Definition, allerdings unter der Bezeichnung Flugpreis, verwendet Art. 2 Nr. 13 der Luftverkehrs-Verordnung (EG) Nr. 1008/2008, wie schon Art. 2 lit. a) der Vorgängernorm VO (EWG) Nr. 2409/92. Hier wäre die Verwendung des Terminus „Tarif“ allerdings passender gewesen, besteht bei dem Begriff „Flugpreis“ doch eine Verwechslungsgefahr mit der Geldsumme. *Klein/Steinhardt* definiert den Begriff ähnlich, zählt zu den Bedingungen aber nur solche, die aus Fencingstrukturen abgeleitet sind.⁵²⁴ Dass dieser Ansatz der richtige ist, wird im Folgenden deutlich, wenn der „Tarif“ genauer untersucht wird. Nicht notwendig ist generell eine staatliche Genehmigung oder eine Genehmigung der IATA, um den so definierten Begriff anzuwenden.⁵²⁵

⁵²⁰ Vgl. zur Privatisierung: *Helm*, Deutsche Lufthansa, S. 255 ff.; *Schmidt-Fromme*, Pflichten des Personenbeförderers, S. 100 f.

⁵²¹ *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Maxian Rusche/Kullak*, Art. 100 AEUV, Rn. 32.

⁵²² Vgl. Nur: *Pompl*, Luftverkehr, S. 225 ff.

⁵²³ International Agreement of the procedure for the establishment of tariffs for scheduled air services; ICAO 10.07.1967, Doc. 8681.

⁵²⁴ *Klein/Steinhardt*, Revenue Management, S. 57.

⁵²⁵ *Pompl*, Luftverkehr, S. 225.

a) Unterscheidung von IATA-Tarifen und anderen Nicht-IATA-Tarifen

Zunächst wird zwischen klassischen IATA-Tarifen und anderen, Nicht-IATA-Tarifen unterschieden. Erstere kommen in ihrer ursprünglichen Form, nämlich als abgesprochene Preise, wegen wettbewerbsrechtlicher Verstöße jedenfalls in den USA und der EU nicht mehr vor. Es lässt sich aber anhand dieser Einteilung auch die Entwicklung aktueller Tarife veranschaulichen.

i) Klassische IATA-Tarife

Klassischerweise unterscheidet man die Tarife für die IATA-Mitglieder, also üblicherweise Netzwerk-Airlines, in „Normal-“ oder „Full-Fare-Tarife“ und „Sonder-“ bzw. „Spezialtarife“.⁵²⁶ Erstere sind sehr flexibel, sie erlauben kostenfreies Umbuchen und Stornieren, haben keine Vorausbuchungsfristen oder Mindestaufenthaltsdauern, erlauben Flugunterbrechungen und ermöglichen sogar, falls entsprechende Interlineabkommen vorliegen, die freie Wahl der Fluggesellschaft.⁵²⁷ Dabei sind sie die teuersten Tarife und orientieren sich in ihren Bedingungen an den Bedürfnissen von Geschäftsreisenden, die tendenziell mehr zu zahlen bereit sind.⁵²⁸ In dieser Untersuchung sollen diese Art Passagiere als pars pro toto für Kunden dienen, die bereit sind für ihr Ticket eine hohe Geldsumme zu zahlen, also wenig preissensibel sind, aber zudem wenig zeitliche Flexibilität mitbringen. Die Urlaubsreisenden stehen entsprechend für das preissensible Gegenteil, das eine hohe zeitliche Flexibilität mitbringt.⁵²⁹ Relevant ist auch noch die Gruppe der preisbewussten Geschäftsreisen mit wenig zeitlicher Flexibilität. Um den Umfang der Arbeit nicht zu sprengen, sollen jedoch vor allem die beiden ersten partes pro toto verwendet werden, Mischformen existieren aber daneben auch. Dabei ist die Gruppe der Geschäftsreisen für die Fluggesellschaften besonders rentabel. Bei der Lufthansa⁵³⁰ machen sie etwa 28 Prozent der Gesamtreisenden, aber etwa 42 Prozent des Umsatzes aus.⁵³¹ Die Normaltarife unterscheiden sich vor allem durch die Beförderungsklasse, können aber auch nach Saison oder Flugrichtung unterschiedlich ausgestaltet sein.⁵³² Es können bspw. für Kinder

⁵²⁶ Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, 345 ff.; Klein/Steinhardt, Revenue Management, S. 58; Witte/Voigt/Laschet, Preisbildung, S. 128 f.; Vgl. auch: Haanappel, Ratemaking, S. 95 ff.; im Aufsatz der bei Lufthansa beschäftigten Autoren ist von „Produkt“ die Rede: Makiol/Ruckteschell, ZLW 2008, 1.

⁵²⁷ Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 345; Pompl, Luftverkehr, S. 255 ff.

⁵²⁸ Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 345.

⁵²⁹ Vgl. auch: Belobaba in: The global airline Industry, 47, 62 ff.

⁵³⁰ Wenn im weiteren Verlauf der Arbeit von „Lufthansa“ die Rede ist, ist die Fluggesellschaft (Lufthansa Passage) und nicht etwa der Konzern gemeint.

⁵³¹ Ruschmann, Bilanz, S. 21.

⁵³² Pompl, Luftverkehr, S. 256.

und andere Personengruppen Ermäßigungen gewährt werden, die, außer bei Vergünstigungen für Schwerbehinderte, immer auch betriebswirtschaftliche Aspekte beinhalten.⁵³³

Die Sondertarife, welche ab der Deregulierung des Luftverkehrs in den USA 1979⁵³⁴, vor allem aber ab den 1990er Jahren, einen Zuwachs verzeichnen, richten sich hingegen an Kunden mit höherer Preissensibilität. Sie existieren in unterschiedlichsten Kategorien mit unterschiedlichsten Anforderungen bezüglich Umbuchungen etc., und zielen damit auf das pars pro toto „Urlaubsreisender“.⁵³⁵ Die Anzahl dieser Spezialtarife ist stetig gewachsen. Bei der Lufthansa gibt es aktuell etwa 26 Preis-/Buchungsklassen, wobei eine Ausweitung der angebotenen Tarife angestrebt wird.⁵³⁶ Darüber hinaus gibt es Kombinationstarife für Luft-/See- oder Luft-/Bahn-Reisen, Zuschläge und Ermäßigungen.⁵³⁷ Kennzeichnend war in jedem Fall eine Festlegung der Tarife durch die IATA.⁵³⁸ Allerdings ist eine solche fixe Festlegung wegen der Unvereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht in vielen Märkten nicht mehr möglich, so etwa in den USA oder der EU.⁵³⁹ Nicht alle diese Buchungsklassen sind allerdings über jeden Vertriebskanal abrufbar oder gar interlinefähig, sondern unterliegen gegebenenfalls bestimmten Regeln, die die Fluggesellschaft selbst aufstellt.

ii) Weitere Tarifarten

Es werden des Weiteren IATA-fremde Tarifarten verwendet, nämlich die sogenannten carrier fares und customer fares.⁵⁴⁰ Der Übergang zu den Spezialtarifen im IATA-System ist heute nicht immer klar erkennbar. Der früher übliche Unterschied fehlender Interlinefähigkeit spielt heute eine weniger große Rolle, da diese Fähigkeit durch Zahlung von Aufschlägen bei bestimmten Buchungsklassen erreicht werden kann. Die carrier fares sind an sich aber nicht interlinefähig, dennoch über GDS veröffentlicht und damit weithin verfügbar.⁵⁴¹ Das gilt bei customer fares nicht, da diese auf spezielle Vertriebsformen begrenzt sind. Hinzu treten noch „negotiated fares“ die einzeln für Firmenkunden ausgehandelt sind.⁵⁴² Die genaue Unterschei-

⁵³³ *Pompl*, Luftverkehr, S. 257 ff.

⁵³⁴ *Vinod*, Journal of Revenue and Pricing Management 2010, 137.

⁵³⁵ *Pompl*, Luftverkehr, S. 260 ff.

⁵³⁶ *Münck*, Fvw vom 09.10.2020, S. 11.

⁵³⁷ Vgl. Abb. 6.3. *Pompl*, Luftverkehr, S. 261.

⁵³⁸ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 344.

⁵³⁹ *Pompl*, Luftverkehr, S. 225.

⁵⁴⁰ Vgl.: *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 346 ff.; *Haanappel*, Ratemaking, S. 108 ff.

⁵⁴¹ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 346.

⁵⁴² *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 346.

dung, ob IATA-Tarif oder nicht, ist allerdings für die Untersuchung nicht von größerer Bedeutung. Es kommt stattdessen vielmehr auf die sogenannten „fences“ im Rahmen des Revenue Management an. Diese finden sich bei beiden Kategorien von Tarifen.

b) Formelle und materielle Tarifgestaltung

Für die klassischen Netzwerk-Airlines ist die Tarifikalkulation komplex. Sie erfolgt grob gesagt einmal formell und einmal materiell.⁵⁴³

i) Formelle Tarifgestaltung

Die formelle Tarifgestaltung erfolgt zunächst vom einzelnen Flugsegment losgelöst. Zu dieser formellen Tarifgestaltung gehörte die oben genannte Unterscheidung zwischen Normal- und Spezialtarifen. Es werden des Weiteren unterschiedliche Beförderungsklassen (First, Business, Economy Plus, Economy o.ä.) unterschieden, die allerdings nicht alle auf jeder Strecke angeboten werden.⁵⁴⁴ Daran schließt sich die Unterscheidung in sogenannte Buchungsklassen innerhalb der Beförderungsklassen an, die mit Buchstaben versehen werden,⁵⁴⁵ bspw. für die Economy (Normaltarif=Y; Sondertarife=K, L, O, Q, S, T) oder First (Normaltarif=F; Sondertarife A, P). Die einzelnen Buchungsklassen unterscheiden sich sowohl im Preis als auch in den Beförderungsbedingungen, also im Tarif. Dabei sind sie rein virtuell, das heißt, sie beinhalten insgesamt ein größeres Kontingent an Plätzen, als es physische Plätze im Flugzeug gibt.⁵⁴⁶ Diese Buchungsklassen werden dann teilweise weiter in sogenannte Tarifklassen unterteilt.⁵⁴⁷ Der Unterschied kann sein, dass die Tarifklasse, auch Preisklasse genannt, noch genauere Angaben zu Bedingungen macht als die Buchungsklasse, nämlich beispielsweise zur Saison, weiteren Stornierungsbedingungen usw. In den Buchungsklassen selbst kann es also unterschiedlich hohe Preise geben.⁵⁴⁸ Teilweise werden die Begriffe „Buchungs“- und „Tarifklassen“ aber auch synonym benutzt.⁵⁴⁹ Das erklärt sich vermutlich damit, dass unterschiedliche Vertriebsprozesse gewählt werden können und deshalb unterschiedliche Bezeichnungen gewählt werden. So können beispielsweise Reisebüros auf andere Reservierungs- und Buchungssysteme zugreifen als der Privatkunde. Gerade für Reisebüros, die mit speziellen Datenbanken arbeiten,

⁵⁴³ Klein/Steinhardt, Revenue Management, S. 57 ff.; Pompl, Luftverkehr, S. 225 ff.

⁵⁴⁴ Klein/Steinhardt, Revenue Management, S. 57 ff.

⁵⁴⁵ Vgl. zum Thema: Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 376 ff.

⁵⁴⁶ Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 376.

⁵⁴⁷ Pompl, Luftverkehr, S. 254.

⁵⁴⁸ Vinod, Journal of Revenue and Pricing Management 2010, 137, 148.

⁵⁴⁹ Goecke, Revenue-Management-Systeme, 475-500, S. 377 ff.

ist die Buchungsklasse von besonderer Bedeutung, für den Privatkunden vor allem die Tarifklasse. Für den Verlauf der Arbeit ist eine exakte Unterscheidung nicht erheblich, da es auf die Terminologie nicht ankommt.

Die Tendenz bei Fluggesellschaften z.B. bei Lufthansa geht dahin, dass die Buchungsklassen nicht mehr klare Preissprünge beinhalten, sondern mehr und mehr eine kontinuierliche Preisentwicklung aufzeigen („Continuous Pricing“).⁵⁵⁰

Um die verschiedenen Buchungsklassen oder Tarifklassen zu unterscheiden, erfolgt das sog. „fencing“. ⁵⁵¹ Dabei handelt es sich um die Sortierung der unterschiedlichen Nachfragegruppen in die unterschiedlichen Buchungsklassen (und nicht Beförderungsklassen) mit Hilfe von Bedingungen, den „fences“. Diese Bedingungen können der Erwerbszeitpunkt des Tickets, die Reisegestaltung, sowie die Möglichkeit zur Umbuchungs- und Stornierbarkeit sein.⁵⁵² Diese „Fences“ werden nun zu unterschiedlichsten Kombinationen zusammengesetzt und ergeben innerhalb der Beförderungsklassen unterschiedliche Buchungsklassen, wobei die Economy häufig die meisten Buchungsklassen hat.⁵⁵³ Dazu kommen noch weitere Faktoren wie Gruppengröße oder Kinderrabatte etc.,⁵⁵⁴ die aufgrund ihrer Nicht-Relevanz für die allermeisten Kundengruppen im weiteren nicht betrachtet werden. Es ist aber zu beobachten, dass allzu komplexe „Fencing-Systeme“ seit den 2000ern zunehmend vereinfacht werden, da zum einen die Preissensibilität allgemein und von Geschäftskunden im Besonderen gewachsen ist und zudem durch immer mehr Airlines ein größerer Konkurrenzdruck entstanden ist.⁵⁵⁵

ii) Materielle Tarifgestaltung

Im Rahmen der materiellen Tarifgestaltung werden die einzelnen Buchungsklassen nun mit der einzelnen Flugverbindung (mit oder ohne Umstieg) kombiniert und ihnen wird ein Preis zugewiesen. Dabei spielen Faktoren eine Rolle, die entgegen denen bei der formellen Preisbildung dem Passagier häufig nicht offenbart werden, wie z.B.: Unternehmensziele (kurz- oder langfristige Gewinnmaximierung, Steigerung des Marktanteils etc.); Kooperationen innerhalb von Allianzen (z.B. Star Alliance), Stärke des Wettbewerbs und den Kosten, Marktpotenzial etc.⁵⁵⁶ Auch der Verkaufsprungsort kann eine Rolle spielen.⁵⁵⁷

⁵⁵⁰ Münck, Fvw vom 09.10.2020, S. 11; Münck, Fvw 2018, 36, S. 36 f.

⁵⁵¹ Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 346.

⁵⁵² Klein/Steinhardt, Revenue Management, S. 59; spezifisch für Lufthansa auch: Makiol/Ruckteschell, ZLW 2008, 1, 3 ff.

⁵⁵³ Klein/Steinhardt, Revenue Management, S. 59 f.

⁵⁵⁴ Pompl, Luftverkehr, S. 227 ff.

⁵⁵⁵ Belobaba in: The global airline industry, 75, S. 86.

⁵⁵⁶ Klein/Steinhardt, Revenue Management, S. 61 f; Pompl, Luftverkehr, S. 231 ff.

⁵⁵⁷ Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 382 f.

Wie dabei Preise entwickelt werden können, kann sich aus verschiedenen Modellen ergeben. Dabei geht man im Luftfahrtbereich von wirtschaftswissenschaftlicher Seite nicht von dem einen Flug von A nach B aus, sondern vom sog. O-D (Origin-Destination) Markt.⁵⁵⁸ Dieser beinhaltet alle potenziellen Passagiere von O (also z.B. „Ottawa“) nach D (z.B. „Düsseldorf“) (ggf. auch zurück) in einem bestimmten Zeitabschnitt.⁵⁵⁹ In einem beispielhaften Origin-Destination-Markt Ottawa/Düsseldorf kommt es für die Preisberechnung nicht auf die alleinigen direkten Strecken Ottawa-Düsseldorf an, sondern es muss berücksichtigt werden, dass Gäste aus Ottawa beispielsweise in Frankfurt umsteigen, was die Reise beschwerlicher macht, aber durch einen geringeren Preis kompensiert werden kann. Wenn aus Frankfurt jedoch der Konkurrenzdruck etwa für Lufthansa geringer ist, kann die kürzere Strecke Ottawa-Düsseldorf teurer sein als die längere und durch das Umsteigen beschwerlichere Strecke Ottawa-Frankfurt-Düsseldorf. Dieses Konzept ist nur ein Beispiel, welches die scheinbaren Widersprüche zwischen längeren Flugstrecken und kleineren Preisen erklären kann. Der genaue Preis ist zudem heute ohne IT-Unterstützung nicht mehr zu berechnen.⁵⁶⁰ Zusätzlich werden historische Daten sowie Prognosemodelle angewendet.⁵⁶¹

Nach *Belobaba* gibt es drei verschiedene Modelle von Preisfindung, die für die tatsächliche Preisfindung zusammenspielen: das kostenbasierte, das nachfragebasierte und das dienstleistungsbasierte Modell.⁵⁶² Dabei spielen alle Ansätze in unterschiedlichen Gewichtungen sowie Konkurrenzangebote in der Realität eine Rolle. Ersteres ist für Fluggesellschaften im Gegensatz zu anderen Dienstleistungsanbietern relativ ungeeignet, da es auf der Überlegung basiert, welche Kosten der zusätzliche Kunde verursachen würde. Diese Zusatzkosten sind aber naturgemäß bei einem Flug sehr gering, da für jeden Flug hohe Fixkosten für die Besatzung, den Treibstoff, den Unterhalt des Fluggeräts etc. bestehen. Der einzelne Passagier verursacht nur vernachlässigbare Kosten in Form von etwas mehr Treibstoff und ggf. etwas mehr Verpflegung.⁵⁶³ Die nachfragebasierte Preisfindung ist dabei bestrebt von jedem Passagier den Preis zu fordern, den er maximal zu zahlen bereit ist. So kommt es zu unterschiedlichen Preisen für das exakt selbe Produkt.

Bei der servicebasierten Preisfindung werden für unterschiedliche Servicekategorien (bspw. Erste Klasse, Business Klasse, Economy Klasse) unterschiedliche Preise verlangt. Hier korres-

⁵⁵⁸ *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 47, 55 ff.

⁵⁵⁹ *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 47, 55.

⁵⁶⁰ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, *Luftverkehr*, S. 385.

⁵⁶¹ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, *Luftverkehr*, S. 385.

⁵⁶² *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 75, S. 77 ff.

⁵⁶³ *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 75, 78.

pondiert der höhere Preis auch mit höheren Kosten für die Fluggesellschaft in Form von höherwertigen Speisen, mehr Platzverbrauch an Bord etc.⁵⁶⁴ *Pompl* stellt an Stelle der servicebasierten Preisfindung noch die konkurrenzorientierte Preisfestlegung vor.⁵⁶⁵ Letztere ist für die Zwecke dieser Arbeit jedoch weniger interessant.

c) Branded Fares

Darüber hinaus kann man unter dem Begriff Tarif auch die sog. „branded fares“ verstehen.⁵⁶⁶ Dieser Begriff bezeichnet vereinfacht gesprochen eine Zwischenebene zwischen Buchungsklasse und Tarifklasse, wie sie bspw. *Pompl* unterscheidet. Die Besonderheit ist hier, dass es sich aus Marketinggründen um die Zusammenfassung bestimmter Tarifbedingungen unter einem besonderen Namen handelt, eben einem „branded fare“, bspw.: „Economy light“, „Economy Flex“ etc. Das ist insofern auffällig, als dass grundsätzlich eine Bestrebung besteht, möglichst jede Leistung einzeln zu verkaufen und extra zu berechnen (sog. „Unbundling“).⁵⁶⁷ Hier kann jedoch ein „Rebundling“ beobachtet werden, um das Produkt einfacher zu vermarkten und leichter buchbar zu machen.⁵⁶⁸ Allerdings ist eine genaue Abgrenzung zur Tarif- oder Buchungsklasse nicht immer möglich. Das ist in juristischer Hinsicht aber nicht weiter problematisch, kommt es doch vor allem auf den tatsächlichen Vertrag an. Dieser wiederum gliedert sich bei allen Tarifen in Beförderungs- und Tarifbedingungen sowie den Flugpreis. Die Beförderungsbedingungen, auch ABB genannt, stehen dabei üblicherweise im „Kleingedruckten“. Die Tarifbedingungen werden dem Kunden deutlich angezeigt. Nur diese können im Rahmen der „branded fares“ vereinheitlicht werden, die Beförderungsbedingungen gelten hingegen für sämtliche Flugbuchungen.

3. Preisfindungsmodell: Revenue Management

Die Preisfindung im heutigen Personenluftbeförderungswesen beruht vor allem auf dem sogenannten „Revenue Management“, auf Deutsch problematisch auch „Ertragsmanagement“,⁵⁶⁹ der Fluggesellschaften.⁵⁷⁰ Häufig wird auch der Begriff „Yield management“ gebraucht, der nicht ganz passend ist.⁵⁷¹ Darunter versteht man nämlich lediglich einen möglichst hohen

⁵⁶⁴ Vgl. *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 75, S. 78 f.

⁵⁶⁵ *Pompl*, *Luftverkehr*, S. 234.

⁵⁶⁶ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, *Luftverkehr*, S. 348.

⁵⁶⁷ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, *Luftverkehr*, S. 433.

⁵⁶⁸ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, *Luftverkehr*, S. 433.

⁵⁶⁹ Z.B. bei: *Purnhagen/Hauzenberger*, *VuR* 2009, 131, 132.

⁵⁷⁰ Vgl. Nur: *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 99, 99 ff.

⁵⁷¹ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, *Luftverkehr*, S. 364.

Durchschnittspreis pro Ticket, was noch nichts über den Ertrag des einzelnen Fluges sagt.⁵⁷² Allerdings ist die Terminologie nicht eindeutig.

a) Begriffserläuterung

Unter Revenue Management versteht man „eine Reihe von quantitativen Methoden einer dynamischen Preis- und Kapazitätssteuerung, um eine unsichere, zeitlich und räumlich verteilt eintreffende Nachfrage unterschiedlicher Wertigkeit so auf eine gegebene Beförderungskapazität zu verteilen, dass im gesamten Streckennetz einer Airline der Umsatz maximiert wird“.⁵⁷³

Praktisch bedeutet das, jeden Platz zu einem möglichst hohen Preis zu verkaufen (das allein entspricht dem o.g. „yield management“) ohne dabei aber möglichst einen Platz unverkauft zu lassen. Nötig ist das, weil derselbe Platz an Bord zu verschiedenen Preisen verkauft wird.⁵⁷⁴

Unter „Yield“ versteht man dabei im Luftverkehr den Ertrag je PKT (Personenkilometer).⁵⁷⁵ Die betriebswirtschaftliche Kunst ist also den Platz immer an die Person zu verkaufen, die mehr dafür zu zahlen bereit ist. So erhält man den höchsten Ertrag pro Flug, was das Revenue Management auszeichnet.⁵⁷⁶ Dabei spielen die Steuerung der Überbuchung sowie die Tarif- bzw. Buchungsklassenverteilung („fare class mix“) eine besondere Rolle, doch auch Berechnungen zu Umsteigeverbindungen sowie die Flugpläne überhaupt sind Bestandteil eines Revenue Management Systems.⁵⁷⁷

b) Das Revenue-Management-System bei Netzwerk-Fluggesellschaften

Zunächst soll das Revenue Management bei Netzwerk-Fluggesellschaften betrachtet werden. Netzwerk-Fluggesellschaften sind klassische Fluggesellschaften, die weniger Punkt zu Punkt-Verbindungen, sondern mehr ein komplexes Netz aus Linienflügen im Hub-and-Spoke-System anbieten.⁵⁷⁸ Dieses System in seiner Reinform zeichnet sich dadurch aus, dass lediglich Flüge vom bzw. zum Hub (ein größerer Knotenflughafen, für Lufthansa bspw. Frankfurt a. M. und München) angeboten werden.⁵⁷⁹ Es werden Zu- und Abbringer-Flüge zu diesen Hubs sowie Hub-zu-Hub-Flüge kombiniert, was zu zahlreichen Umsteigemöglichkeiten führt. Sie sind die traditionelle Art von Luftverkehrsdienstleistern, und stammen häufig aus den Zeiten starker

⁵⁷² Vgl. dazu mit anschaulicher Grafik: *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 99, S. 100.

⁵⁷³ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, *Luftverkehr*, S. 364.

⁵⁷⁴ *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 99.

⁵⁷⁵ *Maurer*, *Maurer 2006*, S. 130; wobei: PKT dem engl. RPK (revenue passenger kilometer) = beförderte Passagiere x Entfernung in km).

⁵⁷⁶ *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 99, S. 99 ff.

⁵⁷⁷ *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 99, S. 99, 103.

⁵⁷⁸ Vgl. *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, *Luftverkehr*, S. 226 ff.

⁵⁷⁹ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, *Luftverkehr*, S. 202.

staatlicher Reglementierung. Allerdings gab es durch staatliche Beteiligungen häufig auch einen Schutz des jeweiligen „National-Carriers“.⁵⁸⁰ Eine weitere Unterteilung kann in MegacARRIER, Continental Carrier und Flag Carrier erfolgen.⁵⁸¹ Typische Beispiele sind die Lufthansa (German Airlines), Air France oder KLM.

i) Überbuchung als Bestandteil des Revenue Managements

Zu einem Revenue Management gehört zunächst die Implementierung eines Überbuchungssystems.⁵⁸² Ein solches System, bei dem mehr Plätze verkauft als angeboten werden, lohnt sich trotz möglicher Schadensersatzansprüche und Kosten für die Nichtbeförderung einzelner Passagiere. Beim vor allem früher gebräuchlichen Normaltarif war es dem Passagier ohne weiteres und vor allem ohne Gebühr möglich, auch kurzfristig auf seinen reservierten Platz zu verzichten und das Entgelt nicht zu bezahlen. Dadurch spart die Fluggesellschaft aber kaum Kosten ein, vielmehr entgeht ihr das eigentlich vorgesehene Beförderungsentgelt. Um diese Verluste auszugleichen, ist es für die Fluggesellschaft ratsam, aus Erfahrungswerten die „no-show“-Rate zu ermitteln, also der prozentuale Anteil an Passagieren, die ohne Aufhebung der Reservierung nicht zum Flug erscheinen, wobei die Gründe des Nicht-Erscheinens (Verspätung einer Zubringermaschine, persönliche Terminverschiebungen etc.) unerheblich sind. Um diesen Prozentsatz, der bei der Lufthansa zu Vor-Coronazeiten etwa bei 2 %⁵⁸³ liegt, aber auch auf Werte zwischen 10 und 20 % ansteigen kann,⁵⁸⁴ wird die Strecke dann überbucht. Im Idealfall ist die Maschine dann voll ausgelastet, ohne dass einem Passagier das Boarding verweigert werden muss, was für die Fluggesellschaft nicht gewünschte Schadensersatzansprüche und Ansprüche nach der Fluggäste-VO nach sich zöge. Heute, wo Sondertarife häufiger geworden sind und das Verfallenlassen der Reservierung hohe Gebühren auslöst, kann das Verfahren sogar dazu genutzt werden, mehr Tickets zu verkaufen, als tatsächlich Plätze vorhanden sind. Eine spannende Rechtsfrage, die jedoch das Thema der Arbeit überschreitet, ist, ob es zulässig sein kann, dass ein Passagier mit einem unflexiblen Ticket den Flug nicht antritt und bezahlen muss, auf „seinem“ Sitzplatz aber eine andere Person mitgenommen wird.

⁵⁸⁰ Giemulla/Schmid-Giemulla, Vor §§ 20–24 LuftVG, Rn. 13.

⁵⁸¹ Vgl. hierzu: *Pompl*, Luftverkehr, 101 f.

⁵⁸² Vgl. insbesondere: *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 99, S. 103 ff.; mwNw zum deutschen Recht: *Janköster*, Fluggastrechte, S. 342 f.

⁵⁸³ Interview mit Harry Hohmeister vom Lufthansa Vorstand in: *Kotowski*; „Wir sind von dieser Krise überrollt worden“; FAZ v. 20.07.2020 S. 22.

⁵⁸⁴ *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 99, 104.

ii) Tarifklassenverteilung

Ferner ist die Tarifklassenverteilung ein Kernbestandteil des Revenue Managements. Auch hier ist, wie schon bei der Überbuchungssteuerung, die Hauptaufgabe ein Blick in die Zukunft basierend auf Erfahrungswerten, bekannten Faktoren wie Großveranstaltungen und Ferien etc. sowie der aktuellen Buchungslage. Die oben genannten Beförderungs-, Buchungs- und Tarifklassen bilden dabei die Basis für die Tarifklassenverteilung. Dabei unterscheiden sich Beförderungsklassen vor allem im angebotenen Sitzkomfort und den angebotenen Serviceleistungen.⁵⁸⁵ Das stellt eine Leistungsdifferenzierung dar.⁵⁸⁶ Auch für den gewöhnlichen Handwerker ist die werkvertragliche Fertigung von Luxuskleidern etwas anderes als diejenige von Arbeitsbekleidung. Die Besonderheit der Tarifklassenverteilung liegt vielmehr in der daran anschließenden Preisdifferenzierung, also in der Unterteilung der leistungsmäßig gleichen Beförderungsklassen in Buchungs- oder Tarifklassen, vgl. oben.⁵⁸⁷ Um den Ertrag möglichst groß zu halten, sind die Buchungsklassen geschachtelt. Das bedeutet, dass die ertragreichere teurere Buchungsklasse auf das Kontingent der niedrigeren Buchungsklasse zurückgreifen kann („nesting“). Die teurere Buchungsklasse ist also immer verfügbar, die günstigeren haben nur ein begrenztes Kontingent. Insgesamt sind die Kontingente wegen der Überbuchungspraxis zusammen genommen größer als die Kapazität.

Meines Erachtens sind entgegen *Pompl*⁵⁸⁸ auch Faktoren, die sich „nur“ in der Tarifklasse niederschlagen, Elemente des „Revenue Managements“. Womöglich schließt er das aber auch nicht aus.

Die Terminologie hinsichtlich des Wortes „Preisdifferenzierung“ bzw. seiner englischsprachigen Entsprechung ist nicht einheitlich, *Belobaba* unterscheidet beispielsweise innerhalb der Preisdifferenzierung noch die Produktdifferenzierung.⁵⁸⁹

Bei ersterer wird dem Kunden tatsächlich eine andere Dienstleistung in Form einer anderen Reiseklasse angeboten. Bei letzterem ist das nicht der Fall, die Verträge unterscheiden sich nur in anderen Faktoren. *Pompl* versteht hingegen die Preisdifferenzierung als Anbieten eines im

⁵⁸⁵ *Pompl*, Luftverkehr, S. 254.

⁵⁸⁶ *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 75, 79 (product differentiation).

⁵⁸⁷ Vgl. auch: *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 376 ff.

⁵⁸⁸ *Pompl*, Luftverkehr, S. 254.

⁵⁸⁹ *Belobaba* in: *The global airline Industry*, 75, 79.

wesentlichen einheitlichen Gutes zu unterschiedlichen Preisen.⁵⁹⁰ *Klein/Steinhardt* zeigen verschiedene Arten der Preisdifferenzierung (räumlich, leistungsbezogen, zeitlich, personenbezogen) auf.⁵⁹¹

Dahinter steht aber letztlich immer das Ergebnis folgender Überlegung der Fluggesellschaft: Damit möglichst jeder Kunde den höchsten Preis bezahlt und sich die einzelnen Nachfragegruppen nicht mischen, werden über „weichere“ Faktoren die unterschiedlichen Nachfragegruppen in die unterschiedlichen Buchungsklassen (und nicht Beförderungsklassen) geleitet. Diese Leitung der Kundengruppen mittels „weicher Faktoren“ wird auch „fencing“⁵⁹² genannt und besteht aus Faktoren wie z.B. Zeit zwischen Buchung und Flugdatum, Gestaltung der Flugroute hinsichtlich Zwischenstopps und Aufenthaltsdauer sowie die Möglichkeit einer Umbuchung bzw. Stornierung.⁵⁹³

Hierzu ein Beispiel:⁵⁹⁴ A, B und C reisen von Frankfurt in der gleichen Maschine nach Rio de Janeiro. Dabei reisen A und B in der Economy-Klasse, C reist jedoch in der Business Class. Bezahlt haben für die Reise der A 500 €, der B 600 € und der C 2000 €. Eine Preisdifferenzierung liegt hier bei den Verträgen zwischen der Fluggesellschaft und A sowie B vor. Hier haben zwei Passagiere in der gleichen Klasse unterschiedliche Preise für denselben Flug bezahlt. Die Kosten der Fluggesellschaft sind für den Transport der beiden Passagiere gleich. Unterschiede ergeben sich nur in der Vorausbuchungsfrist, den Stornierungsbedingungen oder Umbuchungsmöglichkeiten.

Anders verhält es sich mit dem Vertrag zu C. Hier fliegt der Passagier deutlich komfortabler. Die Kosten der Fluggesellschaft für den Transport des C sind höher. Es liegt nach *Klein/Steinhardt* also eine Leistungsdifferenzierung vor.⁵⁹⁵ Die Besonderheit des hier relevanten Revenue Managements liegt jedoch in der Preisdifferenzierung, also in der Unterteilung der leistungsmäßig unterschiedlichen Beförderungsklassen in Buchungsklassen.⁵⁹⁶

Festzuhalten bleibt, dass mithilfe verschiedener Faktoren, insbesondere der aktuellen Buchungslage und Erfahrungswerte für das Flugsegment, die Preise in den einzelnen Tarifklassen durch Computersysteme regelmäßig angepasst werden.⁵⁹⁷

⁵⁹⁰ *Pompl*, Luftverkehr, S. 236.

⁵⁹¹ *Klein/Steinhardt*, Revenue Management, S. 43 ff.

⁵⁹² *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 346.

⁵⁹³ *Klein/Steinhardt*, Revenue Management, S. 59; *Purnhagen/Hauzenberger*, VuR 2009, 131, 132.

⁵⁹⁴ Vgl. *Klein/Steinhardt*, Revenue Management, S. 42 f.

⁵⁹⁵ *Klein/Steinhardt*, Revenue Management, S. 42 ff.

⁵⁹⁶ Vgl. zum Begriff „Buchungsklasse“: *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 376 ff.

⁵⁹⁷ *Belobaba*, The Global Airline Industry, 99, S. 101 ff.

iii) Umsteigeberechnungen

Zudem stellt sich bei Netzwerk-Fluggesellschaften die Frage, ob es im Sinne eines gesteigerten Gesamterlöses von Zubringerflügen und Langstreckenverbindung wünschenswert ist, den Platz in der Zubringermaschine besser dem Kunden zu verkaufen, der einen Anschlussflug gebucht hat, oder dem, der nach der Kurzstrecke aussteigen möchte.⁵⁹⁸

Des Weiteren könnten diese Fences dafür sorgen, dass durch günstige Preise potenzielle Passagiere von fremden Direktflügen zu eigenen Umsteigeverbindungen gelockt werden.⁵⁹⁹ All diese Überlegungen fließen in den Preis mit ein, so dass sich für Netzwerkgesellschaften tausende O&D-Kombinationen ergeben, die mit der aktuellen Auslastung und der Anzahl an Buchungsklassen verrechnet werden, der so nur mit Hilfe von Computern zu berechnen ist.⁶⁰⁰

c) Revenue Management bei Streckenspezialisten

Neben den Netzwerk-Fluggesellschaften stehen die Streckenspezialisten.⁶⁰¹ Sie zeichnen sich durch einen Point-to-Point-Verkehr aus und werden üblicherweise noch weiter untergliedert.

i) Revenue Management bei „Low-Cost-Airlines“

Die so genannten „Low-Cost-Airlines“ sind ein Produkt der Liberalisierung und haben die Marktstrukturen des Luftverkehrs stark verändert.⁶⁰² Zu dieser Art Fluggesellschaft gehören solche, die im Punkt-zu-Punkt-Verkehr Liniendienste anbieten und sowohl Kosten als auch Preise besonders niedrig halten.⁶⁰³ Sie werden auch als „low-fare“ oder „no-frill“-Carrier oder Billigfluggesellschaften bezeichnet. Beispiele aus der Vergleichsliste hierfür sind Eurowings, Easy Jet und Ryanair. Der Markteintritt dieser Art Airlines begann in Europa mit Ryanair ab 1991.⁶⁰⁴ Bei diesen Low-Cost-Airlines ist das Revenue Management aber weitaus einfacher gestaltet, da es in der Regel nur eine Beförderungsklasse und sehr wenige Tarife gibt, die üblicherweise nur mit hohen Zuschlägen stornier- oder umbuchbar sind.⁶⁰⁵ Ein wichtiges Kriterium ist darüber hinaus, dass die Flugsegmente alle einzeln berechnet werden: komplexe Berechnungsstrukturen sind also gar nicht möglich. Es gibt hier schlicht keine Verknüpfungsmerkmale zwischen zwei

⁵⁹⁸ *Belobaba*, The Global Airline Industry, 99, S. 112 ff.

⁵⁹⁹ *Greiner*, Rra 2009, 121; *Teichmann*, JZ 2019, 71; kritischer: *Pöschke*, JZ 2020, 928, 929.

⁶⁰⁰ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 385.

⁶⁰¹ *Pompl*, Luftverkehr, S. 102.

⁶⁰² *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 234 f.

⁶⁰³ Vgl. *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 234 ff.; *Pompl*, Luftverkehr, S. 102; 106 ff.

⁶⁰⁴ *Schmitt*, Wettbewerb, S. 169, wobei die Airline bereits zuvor, aber mit einem anderen Geschäftsmodell tätig war.

⁶⁰⁵ *Goecke*, Revenue-Management-Systeme, 475-500, 482.

Flugsegmenten, die als „fences“ genutzt werden könnten. Dabei werden auch meist keine vielfältigen Vertriebsstrukturen genutzt, sondern vor allem die eigene Website sowie Hotlines und lizenzierte Internetseiten.⁶⁰⁶ Um den Preis zu berechnen sind hier nicht Buchungs- und Tarifklassen relevant, sondern abgestufte Preisgruppen, die nicht kommuniziert werden.⁶⁰⁷ Ist die niedrigste Preisgruppe ausverkauft, wird die nächste verkauft, so dass der Preis bei höherer Nachfrage immer teurer wird, bei geringer Nachfrage günstig bleibt.⁶⁰⁸

ii) Revenue Management bei „Ferienfluggesellschaften“

Die als „Ferienflieger“ bezeichnete Fluggesellschaften beförderten ab den 1960er und 1970er Jahren vor allem in Europa im Chartermodus die Menschen von Nord nach Süd.⁶⁰⁹ Dabei waren sie Bestandteil des gewerblichen Bedarfsluftverkehrs, der im Gegensatz zum Linienflugverkehr mit seinen starren Regeln anders funktionierte.⁶¹⁰ Allerdings kann zunehmend eine Annäherung der „Ferienfluggesellschaften“ oder „Charterfluggesellschaften“ an das Geschäftsmodell der Billigairlines beobachtet werden.⁶¹¹ Wurde vor der Liberalisierung, auch juristisch, noch ein ganz anderer Marktmechanismus für Linien- und Chartergesellschaften gesehen,⁶¹² ist das also heute nicht mehr der Fall. Auch zwischen Charterflugverkehr und Linienflugverkehr verschwimmen die Grenzen.⁶¹³ Um sich die Vorteile des Linienflugbetriebes, u.a. die Sicherheit der Verkehrsrechte, das Recht zum Flugscheinverkauf direkt an den Passagier, und die Beförderung von Fracht und Post, zu sichern, führen viele „Ferienfluggesellschaften“ den Großteil ihrer Flüge statt im Charter im Linienmodus durch.⁶¹⁴ Heute fliegen sie hauptsächlich im Point-to-point-System und haben ihre Zielgruppe bei Privatreisenden. Neben der Vermarktung an Einzelreisende, bleibt die Vercharterung einzelner Plätze oder Maschinen an Reiseveranstalter ein wesentlicher Geschäftsbestandteil.⁶¹⁵ Beispiele sind etwa Tuifly und Condor.

Eine Vermarktung einzelner Tickets an die Passagiere direkt war für klassische Charterairlines nicht möglich.⁶¹⁶ Stattdessen musste über einen Reiseveranstalter gebucht werden. In der Rein-

⁶⁰⁶ Goecke, Revenue-Management-Systeme, 475-500, 482 f.

⁶⁰⁷ Goecke, Revenue-Management-Systeme, 475-500, S. 482 f.

⁶⁰⁸ Goecke, Revenue-Management-Systeme, 475-500, S. 482 f.

⁶⁰⁹ Pompl, Luftverkehr, S. 112 ff.

⁶¹⁰ Siehe auch oben bei der Abgrenzung zum Charterverkehr

⁶¹¹ Pompl, Luftverkehr, S. 113.

⁶¹² Vgl. bspw.: Uibel, NJW 1986, 296, 297.

⁶¹³ Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol, § 34 Rn. 3.

⁶¹⁴ Giemulla/Schmid-Giemulla, Vor §§ 20–24 LuftVG, Rn. 13.

⁶¹⁵ Vgl. Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 226 ff.

⁶¹⁶ Giemulla/Schmid-Giemulla, Vor §§ 20–24 LuftVG, Rn. 13.

form des Charterverkehrs entfällt also grundsätzlich für Ferienfluggesellschaften auch ein komplexes Revenue-Management.⁶¹⁷ Wurde vor der Liberalisierung, auch juristisch, noch ein ganz anderer Marktmechanismus für Linien- und Chartergesellschaften gesehen,⁶¹⁸ ist das also heute nicht mehr der Fall.

iii) Revenue Management bei „Regionalairlines“

Regionalfluggesellschaften bieten vor allem Point-to-point-Verkehr im Liniendienst für Geschäftsreisende an.⁶¹⁹ Dabei wird Point-to-point-Verkehr mit Zu- und Abbringerflügen für Airlines mit Hub-and-Spoke-System angeboten.⁶²⁰ Ein Beispiel ist Air Dolomiti.

Besondere Eigenheiten des Revenue Managements fallen bei Regionalfluggesellschaften nicht auf. Vielmehr sind diese Fluggesellschaften häufig eng mit anderen Fluggesellschaften verbunden. So finden die Flüge der Regionalgesellschaft Lufthansa City Line unter LH-Rufzeichen statt; für diese Flüge gelten die ABB der Lufthansa. Auch im Ranking des Global Aviation Monitor des DLR taucht Lufthansa Cityline nicht als eigenständige Fluggesellschaft auf. Eine andere in Deutschland aktive Regionalfluggesellschaft, Air Dolomiti, hat in ihren ABB keine Streckenbindungsklausel. Insgesamt haben diese Art Fluggesellschaften für die Arbeit also keine nennenswerte Bedeutung.

d) Hybrides Revenue Management

Die vorgestellten Konzepte von Netzwerk-Airlines, „Ferienfliegern“ und „Low-Cost-Airlines“ mischen sich heute häufiger und laufen teilweise parallel auch innerhalb einer Fluggesellschaft. Für unsere Zwecke interessant ist vor allem der Tarif, den der Kunde einschließlich Tarifbedingungen angezeigt bekommt, wenn er selbst den Vertrag im Internet schließt.

4. Distribution

Die so komplex berechneten Preise müssen noch an den potenziellen Kunden gelangen. Üblicherweise kommen hier für die Netzwerk-Airlines Global Distribution System (GDS) ins Spiel. Diese halten sämtliche Tarife (auch die nicht-öffentlichen, speziell ausgehandelten) zur weiteren Benutzung durch z.B. Reisebüros oder den Kunden direkt bereit.⁶²¹ Gespeist werden sie

⁶¹⁷ Pompl, Luftverkehr, S. 113.

⁶¹⁸ Vgl. bspw.: Uibel, NJW 1986, 296, 297.

⁶¹⁹ Vgl. Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 231 ff.

⁶²⁰ Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 226.

⁶²¹ Goecke/Heichele/D. Westermann, Lufthansa, 311, S. 313 f.

dabei durch Daten von der Air Tariff Publishing Company.⁶²² Für Low-Cost-Airlines, Ferienfluggesellschaften und Regionalfluggesellschaften sowie beim Direktvertrieb via Internet können diese Zwischenakteure aber entfallen. Dabei ist ein Trend hin zum Umgehen von GDS zu beobachten, indem die Fluggesellschaften ihre Tickets direkt vermarkten.⁶²³

5. Konsequenzen für die Tarifbedingungen

Das Untersuchte hat erhebliche Konsequenzen für die Tarifbedingungen, die Vertragsbestandteil werden und daher von Bedeutung sind. Wie gesehen gibt es zahlreiche Tarifklassen innerhalb der gleichen Beförderungsklasse, die verschiedene Voraussetzungen und Folgen haben. Dabei kann man die Voraussetzungen, die keine direkten Auswirkungen auf den Vertrag an sich, sondern nur den Vertragsschluss haben, von den Folgen unterscheiden, die sich in den Tarifbedingungen niederschlagen. Zu den Voraussetzungen gehören Vorbuchungsfristen, Mindestaufenthalte etc. die dem Kunden üblicherweise nicht kundgetan werden. Es werden ihm, falls er die Voraussetzungen nicht erfüllt, die entsprechenden Tarife nicht zum Abschluss angeboten. In die Folgen fallen vor allem Regelungen zur Umbuchung und Erstattung, aber auch Regelungen zur Gepäckmitnahme oder Priority Boarding. Letztere werden dem Kunden, wenn er wie für die Untersuchung angenommen direkt bei der Fluggesellschaft bucht, angezeigt. Er kann sogar meist aus mehreren Tarifen wählen.

Aufgrund der dargestellten Komplexität der Preisfindung bei Netzwerk-Fluggesellschaften im Rahmen des Revenue Managements, kann es durch eine Buchungsanfrage dazu kommen, dass ein Hin- und Rückflug ohne die Voraussetzung „Mindestaufenthalt“ mehr als doppelt so teuer ist, als zwei Hin- und Rückflüge mit dieser Voraussetzung. Das kann dann beim Passagier dazu führen, dass dieser die „Fences“ überspringen und den durch das Revenue Management gefundenen Preis umgehen möchte.

II. Dynamische und personalisierte Preise durch Preisalgorithmen

Verwandt ist die angesprochene Preisfindung mit dem Phänomen der dynamischen und personalisierten Preise.⁶²⁴ Schließlich ermöglichen die von der Luftfahrtbranche verwendeten Algorithmen, dass eine Vielzahl von Daten zur Preisberechnung verarbeitet werden können. Hier sind zwei Bereiche zu unterscheiden.

⁶²² Goecke/Heichele/D. Westermann, Lufthansa, 311, S. 313 f.

⁶²³ Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 486 ff.

⁶²⁴ Vgl. nur den Hinweis auf die Personenluftbeförderung bei: F. Hofmann, WRP 2016, 1074, 1075; Künstner/Franz, K&R 2017, 688.

1. Dynamische Preise

Unter „*Dynamic Pricing*“ verstehen *Zander-Hayat, Reisch* und *Steffen* die Bildung des Preises im Zeitpunkt der konkreten Nachfrage aufgrund von Faktoren außerhalb der Person wie beispielsweise die Kapazitätsauslastung.⁶²⁵ In Anlehnung an die OECD und griffiger formuliert kann man auch von einer kurzfristigen und kontinuierlichen Anpassung von Preisen sprechen.⁶²⁶ Zu den ursächlichen Preisbestimmungsfaktoren fallen beispielsweise das verwendete Endgerät, der Browser oder das Betriebssystem.⁶²⁷ Dynamische Preise sind also Ausfluss des Wechselspiels von Angebot und Nachfrage.⁶²⁸ Dabei herrscht grundsätzlich die Preisgestaltungsfreiheit.⁶²⁹ Wie die Preise genau berechnet werden, ob manuell oder wie im Falle des Personenluftbeförderungsvertrages durch komplexe Algorithmen, den sog. Preisalgorithmen,⁶³⁰ ist dabei unerheblich. Immer jedoch gilt ebenfalls das Prinzip der Preiswahrheit (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG) und der Preisklarheit (§ 1 Abs. 6 S. 1 PAngV).⁶³¹ Darunter fällt etwa das Verbot mit einem Fixpreis zu werben, zu dem sich dann Steuern addieren.⁶³² Diese beiden Punkte sind jedoch vor allem im Bereich der Werbung relevant,⁶³³ der hier nicht weiter untersucht werden soll. Sie stellen ferner das typische Preismodell bei den „Low-Cost-Airlines“.⁶³⁴

2. Personalisierte Preise

Personalisierte Preise basieren hingegen auf verbraucher-spezifische-objektiven oder subjektiven Kriterien.⁶³⁵ In diese zweite Kategorie gehören Parameter wie das Alter, das Geschlecht und das vorausgehende „Kauf- und Surfverhalten im Internet“.⁶³⁶ Diese Art von Preisen erscheinen im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss über das Internet neu, doch stimmt das nur bedingt: Indem bspw. durch eine Marke ein bestimmtes Klientel angezogen wird, bezahlt dieses für das gleiche Produkt häufig mehr, als für die markennamenlose Variante.⁶³⁷ Ebenso verhält es sich mit unterschiedlichen Verpackungen und damit verbunden unterschiedlichen

⁶²⁵ *Zander-Hayat/Reisch/C. Steffen*, VuR 2016, 403; vgl. auch: *Klein/Steinhardt*, Revenue Management, S. 173 ff.

⁶²⁶ *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 689; *OECD*, Algorithms, S. 16.

⁶²⁷ *Zander-Hayat/Reisch/C. Steffen*, VuR 2016, 403, 404.

⁶²⁸ *F. Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1075.

⁶²⁹ *F. Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1077; *BGH*, Urt. v. 13.03.2003 – I ZR 212/00, Rn. 24, juris = NJW 2003, 2096.

⁶³⁰ *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 689.

⁶³¹ *F. Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1077.

⁶³² Für Fernflüge etwa: *BGH*, Urteil vom 5. 7. 2001 - I ZR 104/99 = NJW-RR 2001, 1693.

⁶³³ Vgl. nur: *Köhler/Bornkamm/Feddersen-Bornkamm/Feddersen*, § 5 UWG Rn. 3.22 ff.

⁶³⁴ *Klein/Steinhardt*, Revenue Management, S. 173 ff.

⁶³⁵ *Zander-Hayat/Reisch/C. Steffen*, VuR 2016, 403, 404.

⁶³⁶ *Zander-Hayat/Reisch/C. Steffen*, VuR 2016, 403, 404.

⁶³⁷ *F. Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1075.

Preisen, um die Geschlechter unterschiedlich anzusprechen.⁶³⁸ Neu im Rahmen der Digitalisierung sind jedoch die Möglichkeiten, gezielt obige Kriterien auszuwerten und sich nicht auf das Verhandlungsgeschick einzelner Marktteilnehmer zu verlassen.⁶³⁹

Dabei ist diese Preisdiskriminierung nicht per se kartellrechtlich unzulässig.⁶⁴⁰ Das gilt erst dann, wenn die Grenze zum Missbrauch überschritten ist.⁶⁴¹ Wie gezeigt wurde, basiert die Preisberechnung beim Personenluftbeförderungsvertrag vor allem auf den Reisewünschen des Passagiers. Diese ist er in der Lage zu ändern, was letztlich ja auch Ursache der Umgehungsmöglichkeit ist. Wäre es dem einzelnen Passagier nicht möglich, durch die Angabe von den tatsächlichen Planungen abweichenden Reisedaten einen günstigeren Preis zu erlangen, käme man in den umstrittenen Bereich. Das ist, so weit erkennbar, aktuell noch nicht der Fall.

III. Umgehungsversuche

Die aufgezeigte komplexe Preissteuerung lässt sich seitens des Kunden zum Nachteil der Fluggesellschaft ausnutzen. Dies geschieht, indem er die für seine Buchungsklasse geltenden „Fences“ überspringt. Dabei sollen im Wesentlichen die rechtlich interessanten Möglichkeiten „Cross-ticketing“ und „Cross-border-selling“ aufgezeigt werden. Für dieses Verhalten prägte die Rechtsprechung den Begriff „Umgehung der Tarifstruktur“⁶⁴², dem sich auch Stimmen in der Literatur anschlossen.⁶⁴³

1. Cross-ticketing (Überkreuzbuchen)

Unter Cross-ticketing, oder auf Deutsch Überkreuzbuchen genannt, versteht man die Buchung zweier Hin- und Rückflüge, also insgesamt vier Flugsegmente, die sich zeitlich überschneiden, mithin überkreuzen. Durch Verfallenlassen des Rückflugs von Hin- und Rückflug 1 und des Rückflugs von Hin- und Rückflug 2 kann durch den Passagier Geld gespart werden.⁶⁴⁴

Ein Beispiel:

Passagier P möchte günstig über ein Wochenende von Köln nach Rom reisen. Dazu möchte er am 15.11.2019 anreisen und am 17.11.2019 abreisen. Er sucht bei einer Fluggesellschaft nach einem Tarif und findet für die Reisezeiten ein Angebot für 350 €. P recherchiert weiter und

⁶³⁸ MwNw: F. Hofmann, WRP 2016, 1074, 1075.

⁶³⁹ F. Hofmann, WRP 2016, 1074, 1075.

⁶⁴⁰ Vgl. bereits: BGH, Urteil vom 18. April 1958 – I ZR 158/56 = NJW 1958, 1140.

⁶⁴¹ F. Hofmann, WRP 2016, 1074, 1075.

⁶⁴² BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 35, 36 = NJW 2010, 1958; OGH, Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i, Ziff. A 3. 3. = BeckRS 2013, 80893.

⁶⁴³ Bspw: Teichmann, JZ 2019, 71, 73; Pöschke, JZ 2020, 928, 935.

⁶⁴⁴ Vgl.: Purnhagen/Hauzenberger, VuR 2009, 131, 132 ff.

findet heraus, dass ein Hin- und Rückflug nach Rom vom 15.11.2019 bis 22.11.2019 für ein Sonderangebot „Eine Woche Rom“ von 100 € zu haben ist, welches allerdings keine Umbuchung zulässt und eine Mindestaufenthaltsdauer von 6 Nächten vorsieht. Das gleiche Sonderangebot gibt es für eine Reise mit Hinflug am 10.11.2019 und Rückflug am 17.11.2019. Wenn P jetzt zweimal das Sonderangebot „Eine Woche Rom“ bucht, von der früheren Variante aber den Hinflug und von der späteren den Rückflug verfallen ließe, hätte er 150 € durch Umgehung des für seine Wünsche vorgesehenen Preises gespart.

Diese Möglichkeit bietet sich heute vor allem bei Buchung über das Internet. Allerdings können auch Reisebüros diese Art der Preisumgehung nutzen, so wie es auch schon vorgekommen ist.⁶⁴⁵ Dabei sind diese noch an weitere Agenturverträge gebunden, was Schadensersatzansprüche entstehen lassen kann. Zwar mag man hier stutzig werden und nur schwer erkennen, warum es diese Preise und die Verknüpfung an Bedingungen gibt. Diese Verknüpfung ist maßgeblich der Liberalisierung der Flugpreise geschuldet. Auf diese Weise wurden deutlich höhere Auslastungen möglich, weshalb sich die Preise dabei für die Verbraucher insgesamt senkten.⁶⁴⁶ Die durchschnittliche Auslastung (Passenger Load Factor) hat sich von um die 55% in den 1960er Jahren auf 82 % vor der Corona-Krise erhöht.⁶⁴⁷ Hier spielten aber sicherlich auch die zunehmende Zahl von Low-Cost-Airlines mit ihrem anderen Preismodell eine Rolle.

2. Cross-border-selling

Eine ähnlich findige Variante zum Verlassen der vorgesehenen „Fences“ stellt das „Cross-border-selling“ dar, für das es keinen deutschen Terminus gibt. Die wörtliche Übersetzung „Über-die-Grenze-Verkauf“ klingt etwas sperrig und trifft auch nicht unbedingt immer den Kern, weswegen der Begriff „Erweiterungsbuchung“ passender ist. So soll deutlich werden, dass das eigentliche Reisevorhaben durch eine falsche Angabe um mindestens ein Flugsegment im Vergleich zu den tatsächlichen Absichten erweitert wird.

Hierbei wird sich der Effekt zu Nutze gemacht, dass aus Abwerbegründen, aber eben auch Gründen der Preissegmentierung, Umsteigeverbindungen häufig günstiger angeboten werden als Non-Stop-Flüge.

Ein Beispiel:

P, der in Frankfurt wohnt, möchte von Frankfurt nach Tokyo reisen um dort mit seinem Freund F einen zweiwöchigen Urlaub vom 01.05.2019 bis 16.05.2019 zu verbringen. Dazu wird ihm

⁶⁴⁵ *Jürs*, Fvw 2008, 28, Nr. 08 S. 28.

⁶⁴⁶ *Kiani-Kress/Klesse*, Wirtschaftswoche 1997, 72.

⁶⁴⁷ <https://www.airlines.org/dataset/world-airlines-traffic-and-capacity/>, abgerufen am 04.03.2024.

ein Preis von 1.500 € in der Economy-Klasse der Fluggesellschaft L angeboten. Für seinen Freund recherchiert er ebenfalls ein Angebot von Paris nach Tokyo und ist überrascht: Für den gleichen Termin wird ihm für die Strecke Paris-Tokyo und zurück der Preis von 1000 € angeboten. Dabei handelt es sich um eine Umsteigeverbindung über Frankfurt, wobei die Maschine von Frankfurt nach Tokyo und zurück dieselbe ist, die ihm selbst für 1.500 € angeboten wurde. P reagiert sofort und bucht zweimal die Strecke Paris-Tokyo über Frankfurt für zusammen 2.000 € in der Meinung, er könne ja einfach erst in Frankfurt ein und dann wieder dort aussteigen. Er nehme nur weniger an Leistung in Anspruch, als er zu fordern berechtigt wäre. Die Streckenbindungsklauseln in den ABB der Fluggesellschaft gibt dieser aber das Recht, in diesem Falle die Differenz von 500 € nachzufordern. Ursache hierfür ist, dass es der Fluggesellschaft aufgrund ihrer Preissetzungsfreiheit frei steht, ihr Angebot von bestimmten Konditionen abhängig zu machen. Diese Konditionen sind nicht willkürlich, sondern sie basieren in einer genauen Analyse der jeweiligen Kunden und ihrer Alternativen, um so eine möglichst hohe Auslastung zu erreichen, bei der zusätzlich jeder Passagier möglichst viel bezahlt. Für P ist aus kalkulatorischen Gründen der Preis von 1000 € nicht vorgesehen, ob ihm dies logisch erscheint oder nicht. Inwieweit sich das mit dem AGB-Recht vereinbaren lässt, wird die zu erörternde Frage in Kapitel 3 und 4 sein.

3. „Nachträgliches“ Umgehen

Darüber hinaus lassen sich zahlreiche Konstellationen vorstellen, in denen der Kunde erst nach Vertragsschluss seine Pläne verschuldet oder unverschuldet ändert. Sei es, dass er den Hinflug verpasst, erkrankt, oder aufgrund anderer Ereignisse die ursprünglichen Reisepläne hinfällig werden. Sollte er in diesen Fällen einen Tarif ohne Umbuchungsmöglichkeit, also einen unflexiblen Vertrag, abgeschlossen haben, kann er diesen in der Regel nicht ohne erhebliche Kosten stornieren. Es ist vorstellbar, dass er in diesen Konstellationen ebenfalls eines der gebuchten Flugsegmente entfallen lässt, um seine neuen Pläne ausführen zu können.

B Streckenbindungsklauseln als Antwort auf Umgehungsversuche

Der Flugverkehr ist heute deutlich deregulierter als noch vor einem halben Jahrhundert. Zitate von vor 50 Jahren überraschen den Reisenden von heute sehr. So schreibt *Rudolf* in einem Beitrag von 1969 zum IATA-Flugschein über einen fiktiven Fluggast:

Besinnt sich unser Fluggast aber vor Reiseantritt eines anderen, so kann er gegen Vorlage des Flugscheins jederzeit seine Reisewünsche ändern oder überhaupt aufgeben,

*ohne daß er einen finanziellen Verlust erleidet. Dies kann er sogar noch während der Reise tun mit der Folge, daß er sein Geld – vorbehaltlich etwaiger Devisenbeschränkungen - unterwegs insoweit zurückerhält, als es nicht auf die in Anspruch genommenen Leistungen anzurechnen ist. – Das Ticket in seiner Hand verkörpert Beförderungsleistungen und wahlweise bares Geld.*⁶⁴⁸

Diese Aussage, dass Ticket an sich verkörpere bares Geld, klingt für den heutigen Passagier doch recht fremd. Nicht nur, weil es das Ticket in physischer Form nur noch selten gibt. Es ist aber vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die IATA lange Zeit die Flugtarife für ihre Mitglieder festgelegt hat.⁶⁴⁹

In Abgrenzung zu diesem Befund *Rudolfs* zur oben geschilderten Preisgestaltung wird aufgezeigt, wie sich die Streckenbindungsklauseln in den ABB im Personenluftverkehr entwickelt haben. Das soll beispielhaft anhand der ABB der Lufthansa aufgezeigt werden. Als IATA-Mitglied ist sie, angesichts der ähnlichen ABB aller IATA-Mitglieder, ein gutes Beispiel. Historisch gewachsen sind Vertragsbedingungen und AGB vor allem Mittel der Transporteure gewesen, sich von Haftungen freizuzeichnen.⁶⁵⁰ Was für Transportverträge allgemein gilt, gilt angesichts aktueller haftungsbeschränkender internationaler Abkommen weniger stark für den Luftverkehr. Dennoch lassen sich Parallelen ziehen.

I. Streckenbindungsklauseln als Antwort auf die außergewöhnlichen Buchungsvorgänge

Um die Methoden des Überlistens der Preisdifferenzierung zu verhindern, haben die Fluggesellschaften durch besondere Klauseln in ABB- und Tarifbedingungen dagegen gesteuert. Damit man vom Überlisten sprechen kann, ist es logischerweise nötig, dass die dargestellte Preisbildung legitim ist. Das ist zu bejahen. Es steht den Fluggesellschaften frei, ihre Preise zu kalkulieren und Preise bestimmten Voraussetzungen zu unterwerfen. Solche Erwägungen finden sich vielfach im Wirtschaftsbereich: Gruppentarife bei Veranstaltungen, ans Alter gebundene Tarife bei Fahrkarten, an den Immatrikulationsstatus geknüpfte Preise für Speisen und Getränke. Diese Verknüpfung von bestimmten Faktoren und dem Preis ist ein wirtschaftliches Instrument, das zunächst einmal der Preisfreiheit unterfällt.

⁶⁴⁸ *Rudolf*, ZLW 1969, 90, 91.

⁶⁴⁹ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 342 vgl. auch § 2 B III.

⁶⁵⁰ Vgl.: *Basedow*, Transportvertrag, S. 112 ff.

Üblich und rechtlich besonders interessant sind dabei die Streckenbindungsklauseln, welche den Kern der Untersuchung darstellen. Dabei wird überwiegend, jedenfalls für die Verfallsklausel, was aber auf die Nachzahlungsklausel übertragbar ist, von einer vereinbarten Entgegennahmeobliegenheit ausgegangen.⁶⁵¹

Sie befinden sich aktuell in den ABB zahlreicher Netzwerk-Airlines, so auch in allen Netzwerk-Fluggesellschaften der Vergleichsgruppe. Dabei kann man insbesondere Verfallsklauseln und Nachzahlungsklauseln unterscheiden. Passagier P im Beispiel oben muss also mit Konsequenzen für sein Buchungsverhalten rechnen, wenn er statt der gebuchten Strecke Paris-Tokyo über Frankfurt nur die Strecke Frankfurt-Tokyo antritt. Je nach Klausel kann er seinen Flug von Frankfurt gar nicht antreten, oder er muss die Differenz nachzahlen. Da sich die Arbeit auf deutsches Recht konzentriert sollen insbesondere die Vertragswerke der Fluggesellschaften verglichen werden, die die meisten Starts in Deutschland haben. Dabei ist nicht für die Personenluftbeförderungsverträge sämtlicher in Deutschland startenden Passagiere deutsches Recht anwendbar, da auch Passagiere befördert werden, die ihren Wohnsitz nicht in Deutschland haben, sondern hier nur kurzfristig waren, oder lediglich umgestiegen sind. Dennoch bekommt man über dieses Kriterium, für die das Deutsche Zentrum für Luft- und Raumfahrt quartalsweise Zahlen vorlegt, eine gute Übersicht, welche für diese Arbeit ausreichend ist. Da die Corona-Epidemie die Zahlen ab März 2020 massiv veränderte, dies aber deutlich weniger Passagiere betrifft, beschränkt sich das Ranking auf die Auswertungen des Global Aviation Monitors in den Ausgaben März 2019 bis einschließlich März 2020.

1. Verfallsklauseln

Vor zwei wichtigen, parallelen Entscheidungen des BGH zu den Klauseln bei British Airways⁶⁵² und Lufthansa⁶⁵³ waren sie als Verfallsklauseln ausgestaltet und lauteten bei British Airways unter Ziff. 3 c 1 der AGB:

„Wenn Sie nicht alle Flight Coupons in der im Flugschein angegebenen Reihenfolge nutzen, wird der Flugschein von uns nicht eingelöst und verliert seine Gültigkeit“

⁶⁵¹ Purnhagen/Hauzenberger, VuR 2009, 131, 133; Greiner, RRa 2009, 121, 122 ff.; Freitag, TranspR 2006, 444, 448, wobei er auch von Pflicht spricht.

⁶⁵² BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958.

⁶⁵³ BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09 = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

Bei Lufthansa in den Bedingungen vom März 2008 unter 3.3.1:

Die vereinbarte Beförderungsleistung umfasst die Beförderungsstrecke, die im Flugschein enthalten ist, beginnend mit dem ersten und endend mit dem letzten Ort der gesamten im Flugschein eingetragenen Streckenführung. Der Flugschein verliert seine Gültigkeit und wird nicht zur Beförderung angenommen, wenn Sie nicht alle Flugcoupons vollständig und in der im Flugschein vorgesehenen Reihenfolge ausnutzen. Die Inanspruchnahme der gesamten Beförderungsleistung ist wesentlicher Bestandteil des mit uns geschlossenen Beförderungsvertrages. Die Kündigung einzelner Teilstrecken (Coupons) ist vertraglich ausgeschlossen. Das Vorstehende gilt nicht, wenn der gezahlte Flugpreis den Preis der tatsächlich in Anspruch genommenen Beförderungsleistung übersteigt.

Diese Klausel hat für den P aus obigen Beispiel die Konsequenz, dass er, wenn er den Flug nicht wie gebucht von Paris über Frankfurt nach Tokyo und zurück antritt, sondern jeweils in Frankfurt beginnt und enden lässt, 500 € nachzahlen muss. Dies ist die Differenz zum eigentlichen Flug Frankfurt-Tokyo. In den bereits angesprochen BGH-Urteilen wurden diese Klauseln in ABB jedoch als unvereinbar mit AGB-Recht erklärt.⁶⁵⁴ Von den Fluggesellschaften der Vergleichsgruppe verwendet nur noch Turkish Airlines eine solche Klausel in Reinform. British Airways verwendet eine widersprüchliche Klausel mit einer Verfallsklausel, die später in eine Nachzahlungsklausel umgewandelt wird.

2. Nachzahlungsklauseln

Die Nachzahlungsklauseln wurden vom BGH in den Urteilen von 2010 als Alternative zu den Verfallsklauseln formuliert.⁶⁵⁵ Sie regeln, dass im Falle des Verfallenlassen einzelner Flugsegmente oder Änderung deren Reihenfolge, eine Nachzahlung erhoben werden kann. Es können zwei Varianten dieser Nachzahlungsklauseln unterschieden werden, je nach dem, woran der Nachzahlungsbetrag anknüpft.

⁶⁵⁴ BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09 = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

⁶⁵⁵ BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 35, juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 26, juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

a) Differenzvariante

Bei der Differenzvariante soll die Differenz zwischen bezahltem Flugpreis und dem Preis ausgeglichen werden, die zwischen Flugpreis der bestellten Buchung und der eigentlich beabsichtigten Buchung besteht. Die Höhe der Nachzahlung bemisst sich nach dem anwendbaren Tarif am Buchungstag für die dann tatsächlich geflogene Strecke. Ist dieser Tarif günstiger, wird eine Erstattung hingegen nicht gewährt. Die Klausel findet sich beispielsweise bei den ABB der Lufthansa (Stand Februar 2023). Dort heißt es bei Artikel 3 „Flugscheine“ und der Überschrift „Änderungen auf Wunsch des Fluggastes“:

3.3.3.

Sofern Sie sich für einen Tarif entschieden haben, der die Einhaltung einer festen Flugscheinreihenfolge vorsieht, beachten Sie bitte: wird die Beförderung nicht auf allen oder nicht in der im Flugschein angegebenen Reihenfolge der einzelnen Teilstrecken bei ansonsten unveränderten Reisedaten angetreten, werden wir den Flugpreis entsprechend Ihrer geänderten Streckenführung nachkalkulieren. Dabei wird der Flugpreis ermittelt, den Sie in Ihrer Preisgruppe am Tag Ihrer Buchung für Ihre tatsächliche Streckenführung zu entrichten gehabt hätten. Dieser kann höher oder niedriger sein als der ursprünglich bezahlte Flugpreis. War die von Ihnen ursprünglich gebuchte Preisgruppe für die geänderte Streckenführung am Tag der Buchung nicht verfügbar, wird für die Nachkalkulation die günstigste verfügbar gewesene Preisgruppe für Ihre geänderte Streckenführung zugrunde gelegt. Sofern am Tag der Buchung für Ihre geänderte Streckenführung ein höherer Flugpreis zu entrichten gewesen wäre, werden wir unter Anrechnung des bereits gezahlten Flugpreises die Differenz nacherheben. Bitte beachten Sie, dass wir die Beförderung davon abhängig machen können, dass Sie den Differenzbetrag gezahlt haben. Sollten Sie über ein nach den Tarifbedingungen erstattbares Ticket verfügen und noch keine Teilstrecke abgeflogen haben, steht es Ihnen frei, sich den Ticketpreis gemäß den Tarifbestimmungen erstatten zu lassen. Sie verlieren damit Ihren Beförderungsanspruch. Dieser Artikel 3.3.3. gilt nicht für Beförderungen von Verbrauchern mit Wohnsitz in Österreich.

Es kann aber an dieser Stelle schon festgestellt werden, dass hier ein Nachzahlungselement bestehen bleibt, wenn die Flüge nicht in der gebuchten Reihenfolge absolviert werden. Auch fällt auf, dass ein neues Wort, nämlich „Preisgruppe“ eingefügt wurde. Ob damit die Buchungsklasse oder die Tarifklasse gemeint ist, bleibt unklar.

Später beachtlich wird dabei die Tatsache, dass der BGH diese Nachzahlungsklausel als Alternative zur Verfallsklausel selbst vorgeschlagen indem er schrieb: *Dazu wäre es etwa ausreichend, wenn in den Beförderungsbedingungen bestimmt würde, dass bei Nicht-Inanspruchnahme einer Teilleistung für die verbleibende(n) Teilleistung(en) dasjenige Entgelt zu zahlen*

*ist, das zum Zeitpunkt der Buchung für diese Teilleistung(en) verlangt worden ist, wenn dieses Entgelt höher ist als das tatsächlich vereinbarte.*⁶⁵⁶

b) Fixpreisvariante

Eine Variante der Nachzahlungsklausel besteht aus fixen Aufschlägen bei Veränderung der Flugscheinreihenfolge. Dieses Modell verwendet beispielsweise die französische Fluggesellschaft Air France. Hierbei ist die Nachzahlung nicht flexibel, sondern auf einen bestimmten Betrag fixiert. Er liegt je nach Strecke und gebuchter Beförderungsklasse zwischen 125 € und bis zu 1.500 €. ⁶⁵⁷ Die Gebühr fällt allerdings nicht an, wenn das nicht in Anspruch genommene Flugsegment innerhalb von 24 Stunden nachgeholt wird.

(b) Wird am Reisetag eine unsachgemäße Nutzung durch den Fluggast festgestellt (z. B. wenn er den ersten Coupon nicht nutzt oder wenn er die Coupons nicht in der Reihenfolge ihrer Ausstellung abfliegt), fällt am Flughafen ein pauschaler Tarifizuschlag an. Er beträgt: 125 € für einen innereuropäischen Flug (einschließlich Kontinentalfrankreich und Korsika) in Economy und 300 € in Business, 500 € für einen Interkontinentalflug in Economy und Premium Economy, 1 500 € in Business und La Première (oder der Gegenwert in der örtlichen Währung).

(c) Artikel b) findet keine Anwendung, wenn der Fluggast innerhalb von 24 Stunden nach Abflug des Fluges, der dem ungenutzten Coupon entspricht, einen neuen Flugschein für dasselbe Reiseziel benutzt hat.

Auch die niederländische Fluggesellschaft KLM nutzte diese Variante. Jedoch hat KLM in Reaktion auf Urteile in Deutschland und anderen Ländern ihre Fixpreisklausel mittlerweile in eine Differenzklausel umgewandelt.

c) Gepäckausgabeaufschlag

Eine Unterform der Fixpreisvariante ist die Bedingung, das Gepäck erst nach Bezahlung einer Gebühr und/oder der Nachzahlung der Flugpreisdifferenz herauszugeben. Diese Variante findet sich etwa bei Brussels Airlines in Ziff. 3.3.4. ⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 35, juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 26, juris = in Auszügen: RRA 2010, 191-192.

⁶⁵⁷ https://www.airfrance.de/DE/de/common/transverse/footer/edito_cgt1_airfrance.htm, abgerufen am 08.03.2024.

⁶⁵⁸ <https://www.brusselsairlines.com/de-de/misc/bedingungen.aspx>; Stand: 19.05.2021.

3. Vergleichsübersicht

In der folgenden Tabelle wird die weite Verwendung von Streckenbindungsklauseln sichtbar.⁶⁵⁹ Es fällt auf, dass sämtliche Netzwerk-Airlines solche Klauseln verwenden und auch IATA-Mitglieder sind. Charter- und Low-Cost-Airlines benötigen diese Klauseln aufgrund der anderen Tarifstruktur nicht. Eurowings hat als einzige der verglichenen Low-Cost Airlines eine Streckenbindungsklausel in den ABB. Die Regionallinie Air Dolomiti bietet keinen ausgeprägten Netzwerk-Flugbetrieb und verzichtet daher ebenfalls auf eine solche Klausel.

Flug-gesellschaft	Art	IATA	Streckenbindungsklausel	Reihenfolge in der Anzahl monatlicher Starts in Deutschland				
				Apr 18	Jul 18	Okt 18	Jan 19	Apr 19
				Mrz 19	Jun 19	Sep 19	Dez 19	Mrz 20
Lufthansa	Netzwerk	Ja	Differenz	1	1	1	1	1
Eurowings	Low Cost	Ja	Differenz	2	2	2	2	2
Easyjet	Low Cost	Nein	Nicht vorhanden	3	4	4	3	3
Ryanair	Low Cost	Nein	Nicht vorhanden	4	3	3	4	4
British	Netzwerk	Ja	Verfall und Differenz	5	10	10	6	5
Swiss	Netzwerk	Ja	Differenz	8	9	9	5	6
Austrian	Netzwerk	Ja	Differenz	6	7	8	9	7
Condor	Charter	Ja	Nicht vorhanden	9	5	5	12	12
KLM	Netzwerk	Ja	Differenz + 15 €	7	12	13	8	9
Wizz Air	Low Cost	Nein	Nicht vorhanden	13	13	12	7	8
Turkish	Netzwerk	Ja	Verfall	10	11	11	11	11
Air France	Netzwerk	Ja	Fixpreis	11	14	14	10	10
Tuifly	Charter	Ja	Nicht vorhanden	15	6	7	16	15
Sunexpress	Charter	Ja	Nicht vorhanden	15	8	6	17	18
Air Dolomiti	Regional	Ja	Nicht vorhanden	15	15	15	13	13

Teilweise sind die Regelungen etwas missverständlich, so dass zwar der Flug-Coupon bei unangekündigten Änderungen der Reihenfolge verfallen soll, eine Beförderung bei Zahlung der Differenz aber möglich bleibt.⁶⁶⁰ Darüber hinaus gibt es spezifische Besonderheiten, die auf Gerichtsurteilen basieren. Diese Besonderheiten, wie die Österreich-Klausel, wird im Folgenden weiter analysiert.

⁶⁵⁹ Stand: 21.05.2021.

⁶⁶⁰ Etwa Ziff. 3c5 bei British Airways. <https://www.britishairways.com/de-de/information/legal/british-airways/general-conditions-of-carriage>, Stand: 20.05.2021.

II. Entwicklung von ABB

Ganz grundsätzlich sind AGB zwingend nötig, die große Anzahl an Verträgen zu regeln, die auf nur wenige gesetzlich normierte Vertragstypen treffen.⁶⁶¹ Das zeigt insbesondere der Werkvertrag mit seinem großen Spektrum an Leistungen anschaulich. Die Entwicklung des AGB-Rechts wie man es heute kennt, sowie die der heutigen Beförderungsverträge ist eng verknüpft. Heutige Allgemeine Beförderungsbedingungen (ABB) sind als AGB Ausfluss dieser Entwicklung.

1. Aufkommen von AGB im Transportbereich

Die Entwicklung des Rechts allgemeiner Geschäftsbedingungen wird vornehmlich als eine Entwicklung des 19. und 20. Jahrhunderts betrachtet.⁶⁶² Doch dieser Blickwinkel ist nicht ganz exakt, wie *Hellwege* beschreibt: Danach werden AGB und ähnliche Vertragsbedingungen zwar im 19. Jhd. zum Massenphänomen, ihre Existenz geht jedoch bis in die Antike zurück.⁶⁶³ Im Transportbereich des römischen Rechts finden sich Beispiele für vorgefertigte Vertragswerke oder -klauseln, die wohl meist auf den Haftungsausschluss zielten und die heute dem AGB-Recht zugeordnet werden würden.⁶⁶⁴ Das moderne AGB-Recht ist aber dennoch eine Entwicklung des 19. und 20. Jahrhunderts.⁶⁶⁵ Dort lösten sich Vertragsbeziehungen von Angesichts zu Angesicht zu Gunsten anonymere Strukturen auf, wobei die vereinfachten Transportmöglichkeiten mitursächlich für diese Entwicklung waren.⁶⁶⁶ Auch die theoretische Kernfrage des Vertrags- oder Normcharakters wurde seit dieser Zeit diskutiert.⁶⁶⁷ Dabei wurde in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Hinwendung zur Normtheorie wieder aus dem Transportbereich (v.a. der ADSp) begründet.⁶⁶⁸ *Hellwege* greift in seinem umfassenden Werk zu den AGB ebenfalls zur Erklärung von Phänomenen der anfänglichen Entwicklungen ab dem 19. Jahrhundert auf den Transportbereich zurück.⁶⁶⁹ Die „einheitlichen Regelwerke“ wurden schon frühzeitig auch im beginnenden Massentransport eingesetzt.⁶⁷⁰ Dabei ermöglichte die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen immer eine Verlagerung von Risiken insbesondere zu Gunsten

⁶⁶¹ Vgl. etwa *Neuner*, BGB AT, § 42, Rn. 3.

⁶⁶² Vgl. nur: *Raiser*, AGB Recht, S. 26; ausführlich zur Geschichte von AGB: *Pohlhausen*, AGB-Recht im 19. Jhd.

⁶⁶³ *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 2.

⁶⁶⁴ Vgl. mwNw.: *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 25 ff.

⁶⁶⁵ *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, S. 304 ff.

⁶⁶⁶ *E. Schmidt*, JuS 1987, 929, 929 f.

⁶⁶⁷ *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, S. 304 ff.

⁶⁶⁸ *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, S. 308.

⁶⁶⁹ *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 204 ff.

⁶⁷⁰ *E. Schmidt*, JuS 1987, 929, 930.

des Verwenders.⁶⁷¹ *Pohlhausen* verwendet für sein Werk über die AGB im 19. Jahrhundert die Eisenbahn und damit ebenfalls mit dem Transportbereich verbundene Verträge als Grundlage.⁶⁷² Das BGB ging ursprünglich davon aus, dass jeder Vertrag frei ausgehandelt und damit richtig ist.⁶⁷³ Dieses Modell, schon damals umstritten,⁶⁷⁴ passt heute im Massenverkehr des 21. Jahrhunderts nicht mehr.⁶⁷⁵

Spannend ist, dass ein Wesensmerkmal heutiger Verträge bereits 1935 beobachtet wurde: „Das persönliche Element in den Geschäftsbeziehungen tritt hinter ihrer Versachlichung und Typisierung zurück“.⁶⁷⁶ Eine Beschreibung findet sich z.B. bei *Raiser*: „Die für den Massenvertrag bezeichnende Typisierung des Vertragsinhalts ohne Rücksicht auf die Sonderbedürfnisse des jeweiligen Vertragsgegners findet ihren schärfsten Ausdruck in der heute weit verbreiteten Übung der Verkehrsanstalten [...] die planmäßig gleichartige Geschäfte in unbestimmter Vielzahl, also Massenverträge abschließen oder abschließen gedenken, den Inhalt dieser Verträge ganz oder doch in einzelnen, rechtlich bedeutsamen Punkten im Voraus in abstrakten, gesetzesähnlichen Sätzen formulärmäßig festzulegen.“⁶⁷⁷ Dabei besteht *Raisers* wichtiger Beitrag vor allem in der Dogmatisierung des AGB-Rechts im Rahmen der Rechtsgeschäftslehre.⁶⁷⁸ Gründe für das Aufstellen von AGB sind das Bestreben nach Rationalisierung einerseits und die Stärkung wirtschaftlicher Machtpositionen andererseits.⁶⁷⁹ Treffend ist bereits auch die 1935 gewonnene Erkenntnis, AGB seien (jedenfalls auch) das Produkt verlorener Gerichtsprozesse.⁶⁸⁰ Diese Aussage lässt sich gut auf die Streckenbindungsklauseln übertragen, so wie man sie heute vorfindet.⁶⁸¹

2. Kontrolle von AGB im Transportbereich

Die Kontrolle bestimmter AGB wurde bis in die 50er Jahre hinein vor allem auf § 138 BGB gestützt.⁶⁸² Seit dem Urteil des BGH vom 29.10.1956 für die Unwirksamkeit bestimmter Klauseln wurde dann direkt § 242 BGB herangezogen.⁶⁸³ Allerdings finden sich auch schon vorher

⁶⁷¹ MwNw: *McColgan*, Abschied, S. 10.

⁶⁷² *Pohlhausen*, AGB-Recht im 19. Jhd.

⁶⁷³ *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 149 ff; *Staudinger-Mäsch*, Vor §§ 305 Rn. 2.

⁶⁷⁴ Vgl. Darstellung bei: *Rehm*, Aufklärungspflichten, S. 109 ff.

⁶⁷⁵ *Staudinger-Mäsch*, Vor §§ 305, Rn. 2; mwNw: *F. Becker*, JZ 65 (2010), 1098, 1099.

⁶⁷⁶ *Raiser*, AGB Recht, S. 16.

⁶⁷⁷ *Raiser*, AGB Recht, S. 19.

⁶⁷⁸ *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 270.

⁶⁷⁹ *Raiser*, AGB Recht, 19 f.; *T. Becker*, Auslegung, S. 18.

⁶⁸⁰ Vgl.: *Raiser*, AGB Recht, S. 21.

⁶⁸¹ Vgl. nur: *BGH*, Urt. V. 20.01.1983 – VII ZR 105/81 = BGHZ 86, 284.

⁶⁸² Vgl. nur: *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, Vor § 307, Rn. 15.

⁶⁸³ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, Vor § 307, Rn. 15; *T. Becker*, Auslegung, S. 18. *BGH*, Urteil vom 29. Oktober 1956 – II ZR 79/55 –, BGHZ 22, 90-101, Rn. 25, zitiert nach juris.

Beispiele für die Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben zur Ablehnung der Anwendung von AGB. So etwa im Fall der dem Urteil des RG vom 12.11.1929 – II 279/29 zu Grunde liegt, wobei hier die AGB-Klausel gar nicht erst anwendbar sein soll.⁶⁸⁴ In diesem Fall, den *Großmann-Doerth* schön zusammenfasst,⁶⁸⁵ ging es um einen Kunden einer Bank, der dieser einen Wechsel zum Ankauf anbot. Die Bank lehnte dieses Geschäft ab, wollte aber den Wechsel mit Verweis auf die AGB behalten. Dort war eine Klausel formuliert nach denen an allen Vermögensgegenständen des Kunden, die in Besitz der Bank gelangt sind, ein Pfandrecht entsteht. Dies lehnte das RG unter Verweis auf den entgegenstehenden Willen des Kunden ab: Dieser erkläre bei der „Hingabe des Wechsels, daß die Bank bei Nichtdiskontierung die Wechsel mangels Zustandekommens eines Begebungsvertrags zurückgeben soll“.⁶⁸⁶ Der Kunde wolle aber keine Anwendung der AGB, wenn die Bank nicht diskontiere, das Berufen hierauf sei „ein grober Verstoß gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und ein offener Mißbrauch des vom Kunden der Bank entgegengebrachten Vertrauens“.⁶⁸⁷ Mangels AGB-Recht tritt die Unterscheidung zwischen Bestandteilwerdung des Vertrags und Anwendbarkeit der Klausel nicht eindeutig hervor.⁶⁸⁸ Abgestellt wird seitens des Gerichts auf den entgegenstehenden Willen des Klauselgegners, einen Vertrag und damit Unterwerfung unter die AGB nur mit Diskontierung des Wechsels durchzuführen. Durch „verschmizte[.] Manöverchen“ des Bankhauses in Form einer AGB-Änderung wonach auch Wechsel, die nicht diskontiert werden, beim Bankhaus verbleiben sollen, werden bei *Großmann-Doerth* zu Recht große Ablehnung hervorgerufen, da das „selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft“ das staatliche Recht in Form von Gesetz und Rechtsprechung „bewußt und planmäßig“ ausschaltet.⁶⁸⁹ Das Problem existiert bis heute.

Zudem gilt die Feststellung, dass ein großes Publikum aber auch der Kaufmann „erfahrungsgemäß aus Gleichgültigkeit oder Verachtung gedruckte Bestimmungen juristischen Inhalts unbezogen hinzunehmen“ pflegen.⁶⁹⁰

⁶⁸⁴ RGZ, 126, 348, 351

⁶⁸⁵ *Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht, S. 8.

⁶⁸⁶ RGZ 126, 348, 351.

⁶⁸⁷ RGZ 126, 348, 351.

⁶⁸⁸ Vgl. auch: *Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht, S. 8.

⁶⁸⁹ *Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht, S. 9 f.

⁶⁹⁰ *Raiser*, AGB Recht, S. 21.

III. Entwicklung von ABB im Luftfahrtbereich am Beispiel der Lufthansa

Da in dieser Arbeit exemplarisch mit den ABB der Lufthansa gearbeitet wird, lohnt es sich, die Geschichte dieser ABB zu betrachten. Diese sind stark von der IATA geprägt.

1. Die IATA als Treiber von ABB

Die IATA, die International Air Transport Association, ist ein Wirtschaftsverband, der die Interessen zahlreicher Fluggesellschaften vertritt.⁶⁹¹

a) Entstehung und Aufgaben der IATA

Diese Vereinigung wurde gleich zweimal gegründet, ein erstes Mal eher europäisch orientiert nach dem ersten Weltkrieg am 28.08.1919 in Den Haag mit dem Titel International Air Traffic Association.⁶⁹² Teilweise wird als Vorgängerorganisation auch die IATO, also die International Air Traffic Organisation, genannt.⁶⁹³ Diese Bezeichnung dürfte allerdings nicht korrekt sein, wie ein Vergleich mit der Kopie der Gründungsurkunde ergibt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die gleiche Abkürzung gewünscht war.⁶⁹⁴

Das Ziel war die Schaffung einer einheitlichen Betriebsführung der Mitglieder sowie Lobbyarbeit hinsichtlich der Vereinheitlichung und Gestaltung des Luftrechts in deren Sinne.⁶⁹⁵ Nach den Wirren des zweiten Weltkrieges wurde die Organisation am 19. April 1945 von 57 Mitgliedern aus 31 Nationen in Havanna/Kuba neu gegründet.⁶⁹⁶ Initiierend wirkte dabei die Gründung der ICAO bei der Konferenz von Chicago im Dezember 1944, bei deren Gelegenheit die Gründung der späteren IATA beschlossen wurde.⁶⁹⁷ Aktuell hat sie 290 Mitglieder aus 120 Nationen.⁶⁹⁸ Dabei handelt es sich vorwiegend um klassische Netzwerk-Fluggesellschaften. Für die sog. „Low-Cost-Airlines“ lohnt sich eine Abstimmung mit anderen Airlines kaum, da sie ein anderes Geschäftsmodell verfolgen.

⁶⁹¹ Ausführlicher u.a.: *Specht*, IATA; *Koffler*, JAFL 32 (1966), 222; *Chuang*, IATA; *Haanappel*, Ratemaking, S. 33 ff.

⁶⁹² Vgl. Gründungsurkunde, eine Kopie findet sich auf: https://applications.icao.int/postalhistory/iata_international_air_transport_association.htm, abgerufen am 24.02.2024. Website der IATA: <https://www.iata.org/en/about/history/>, abgerufen am 04.03.2024; *Specht*, IATA, S. 8; Mit falschem Datum, aber korrektem Namen: *Legrez*, RDC 135 (1972), 440, 445; *Shawcross/Beaumont*, Air law, II 46; *Chuang*, IATA, S. 20; *Eisenbarth*, Vereinbarkeit, S. 8; *Sheehan*, Southwestern Law Journal 7 (1953), 135, 136; *Riese*, Luftrecht, S. 38.

⁶⁹³ *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 25, Fn. 1; *Berger-Walliser*, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle, S. 29.

⁶⁹⁴ *Specht*, IATA, S. 11; *Shawcross/Beaumont*, Air law, II 46.

⁶⁹⁵ *Specht*, IATA, S. 8 f.

⁶⁹⁶ <https://www.iata.org/en/about/history/>, abgerufen am 04.03.2024.

⁶⁹⁷ *Specht*, IATA, S. 11; *Chuang*, IATA, S. 26; *Witte/Voigt/Laschet*, Preisbildung, S. 22 (Der genaue Tag dieses Gesprächs wird unterschiedlich angegeben).

⁶⁹⁸ <https://www.iata.org/en/about/history/>, abgerufen am 04.03.2024.

Die Lufthansa ist seit Juni 1955 Mitglied der neugegründeten IATA.⁶⁹⁹ Im Rahmen ihrer Tätigkeit war die Vereinigung, insbesondere deren Rechtsausschuss, unter anderem bestrebt, einheitliche Beförderungsbedingungen für ihre Mitglieder zu schaffen.⁷⁰⁰ Im Gegensatz dazu lag bei der Vorgängerorganisation der Fokus mehr auf den Aspekten eines geordneten Ablaufs des Verkehrs im Zusammenhang mit Dokumenten, Formularen sowie Beförderungsbedingungen.⁷⁰¹ Daraus resultierten dann einige Dispute über die Kartelleigenschaft,⁷⁰² die allerdings mit Aufkommen von Charter- und „Low-Cost-Airlines“ spätestens in den 90ern verblasste. Laut Satzung ist das Ziel, einen „sicheren, regelmäßigen und wirtschaftlichen Flugverkehr“ zu gewährleisten.⁷⁰³ Ein verbindliches Regelwerk scheiterte jedoch bislang, so dass nur Empfehlungen existieren, zu deren Befolgung die Mitglieder angehalten sind.⁷⁰⁴

b) Heutige Aufgaben

Heute leistet die IATA im wesentlichen Lobbyarbeit und koordiniert bspw. Abrechnungen im Rahmen des sog. Interlining ihrer Mitglieder.⁷⁰⁵ Die Bestimmung von Tarifen ist angesichts der deregulierten Märkte ab Ende der 70er Jahre unwichtiger geworden, war zuvor aber eine wichtige Aufgabe.⁷⁰⁶ Nach wie vor wichtig ist die Organisation des Interlining, die Organisation und Abrechnung von Flugverbindungen mit verschiedenen Fluggesellschaften.⁷⁰⁷

Dabei ist die IATA nicht zu verwechseln mit der öffentlich-rechtlichen ICAO. Letztere besitzt als UNO-Sonderorganisation nach Art. 47 des Chicagoer Abkommens eine Sonderrechtsstellung in den Vertragsstaaten und damit wohl eine Art Rechtssetzungsbefugnis. Zudem sind nicht einzelne Fluggesellschaften Mitglieder, sondern Staaten. Diese Elemente fehlen der IATA, sie ist rein privatrechtlich organisiert und ihre Mitglieder sind Fluggesellschaften.⁷⁰⁸ Es handelt sich bei deren AGB/ABB-Vorschlag also keineswegs um Staaten bindende Vorschläge und erst

⁶⁹⁹ <https://www.lufthansagroup.com/de/chronik.html>, abgerufen am 04.03.2024.

⁷⁰⁰ Rudolf, ZLW 1971, 153, 154; Schweickhardt, Allgemeine Transportbedingungen der IATA, S. 25.

⁷⁰¹ Sheehan, Southwestern Law Journal 7 (1953), 135, 136.

⁷⁰² Exemplarisch: Koffler, JACL 32 (1966), 222; Rinck, ZLW 1966, 1, 7; exemplarisch unkritisch: Sheehan, Southwestern Law Journal 7 (1953), 135, 136 zur kartellrechtlichen Betrachtung der IATA: Gran, IATA, 37 ff.; Vgl. auch: Cohen, JACL 34 (1968), 610; Haanappel, Ratemaking, S. 41 ff.

⁷⁰³ Deutsche Übersetzung abgedruckt z.B. bei: Gran, IATA, 252 ff.

⁷⁰⁴ Rudolf, ZLW 1971, 153; mwNw: Gran, IATA, S. 113.

⁷⁰⁵ Chuang, IATA, S. 25.

⁷⁰⁶ Giemulla/van Schyndel, Handbuch, Kap. 2, Rn. 26; Chuang, IATA, S. 25; Hettiarachchi, QUASI, S. 11.

⁷⁰⁷ Giemulla/van Schyndel, Handbuch, Kap. 2, Rn. 33.

⁷⁰⁸ Gran, IATA, S. 29.

recht nicht um Recht iSd des BGB.⁷⁰⁹ Wie später ersichtlich wird, ergeben sich die heutigen ABB der Lufthansa aus den Vorschlägen der IATA.

2. Entwicklung der Beförderungsbedingungen der IATA

Erste gemeinsame Beförderungsbedingungen, hinsichtlich der Haftung, wurden 1927 vereinbart.⁷¹⁰ Bis zum Inkrafttreten des WA schlossen diese privatrechtlichen Beförderungsbedingungen, wenngleich nicht verpflichtend, eine „klaffende Lücke im internationalen Luftrecht“ durch ihre vereinheitlichende Wirkung.⁷¹¹ Dieses Tun wird von *Specht*, wie *Frings* es besonders betont, als „rechtsschöpferisch“ bezeichnet.⁷¹² Ein weiteres Konglomerat an Bedingungen trat am 13. Februar 1933 in Kraft und wurde „Antwerpener Bedingungen“ genannt.⁷¹³

Zum Zwecke der Schaffung einheitlicher Beförderungsbedingungen wurden auf der Konferenz in Bermuda am 29.03.1949 Empfehlungen für ABB (Empfehlung Nr. 1375) herausgegeben, die allerdings nicht verbindlich waren.⁷¹⁴

Eine erste verbindliche Regelung sollte dann im November 1953 auf der Konferenz von Honolulu mit der Resolution 030 geschaffen werden.⁷¹⁵ Deren ausgehandelten Bedingungen wurden von der USA aber nicht genehmigt, obwohl eine solche Genehmigung für die Verwendung erforderlich gewesen wäre.⁷¹⁶ Eine Neufassung 1970 erhielt dann die nötigen Genehmigungen, wurde aber nur „recommended practice“.⁷¹⁷ Die Mitglieder der IATA haben sich zunächst dazu verpflichtet nicht abzuweichen.⁷¹⁸ Die noch heute gültigen Bedingungen „Passenger Ticket Conditions of Contract, Resolution 1724“, sowie die Recommended practice 1724, General Conditions of Carriage (passenger an baggage) gelten seit dem 1. Januar 1982.⁷¹⁹ In Deutschland wurden sie am 01.12.1986 genehmigt⁷²⁰, was damals noch notwendig war, und werden seither regelmäßig seitens der Fluggesellschaften an das geltende Recht angepasst, um insbesondere internationalen Vorschriften gerecht zu werden.⁷²¹ Die Vertragsbedingungen (Conditions

⁷⁰⁹ *Berger-Walliser*, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle, S. 30; *Giemulla/Schmid*, NJW 1999, 1057, 1058; mwNw: *BGH*, Urt. V. 20.01.1983 – VII ZR 105/81, Rn. 13 ff. = NJW 1983, 1322.

⁷¹⁰ *Specht*, IATA, S. 34.

⁷¹¹ *Specht*, IATA, S. 41.

⁷¹² *Specht*, IATA, S. 41; *Frings*, Einfluß, S. 86.

⁷¹³ *Specht*, IATA, S. 34.

⁷¹⁴ *Rudolf*, ZLW 1971, 153, 154.

⁷¹⁵ *Rudolf*, ZLW 1971, 153, 154.

⁷¹⁶ *Schweickhardt*, Allgemeine Transportbedingungen der IATA, S. 25.

⁷¹⁷ *Berger-Walliser*, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle, S. 32; Deutsche Übersetzung abgedruckt bei: *Mölls*, ZLW 1987, 141, 146 ff.

⁷¹⁸ *Eisenbarth*, Vereinbarkeit, S. 16; *Böckstiegel*, NJW 1974, 1017, 1023; *Janköster*, Fluggastrechte, S. 34.

⁷¹⁹ *Berger-Walliser*, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle, S. 32; Vgl. auch: *Janköster*, Fluggastrechte, S. 17 ff.

⁷²⁰ *Mölls*, ZLW 1987, 141.

⁷²¹ *Janköster*, Fluggastrechte, S. 34; *Ruhwedel*, Luftbeförderungsvertrag, S. 203, Rn. 134.

of Contract) sind ein Teilbestandteil der Beförderungsbedingungen (Conditions of Carriage) und fassen diese zusammen.⁷²² Aufgrund des Inkrafttretens des Montrealer Übereinkommens und der Fluggastrechte-VO sind aber Änderungen in den jeweiligen AGB durchgeführt worden, so dass diese nicht mehr den exakten Wortlaut haben.⁷²³ Dennoch fällt in den in dieser Arbeit verglichenen Fluggesellschaften auf, dass zumindest die Artikel 1 – 14 aus den Netzwerk-Fluggesellschaften sich stark ähneln. Hin und wieder, z.B. bei Air France und KLM, finden sich allenfalls zusätzliche Artikel. Die Streckenbindungsklausel findet sich daher auch immer am Ende des Artikel 3 der jeweiligen ABB. Auch Ryanair, weder IATA-Mitglied noch Netzwerkairline, hat seine AGB sehr eng am Vorbild der IATA-Netzwerk-Fluggesellschaften ausgerichtet.

3. Kontrolle der Lufthansa ABB

Bis zum 01.09.2002 waren gem. § 21 Abs. 1 S. 2 LuftVG aF die Beförderungsbedingungen von Linienfluggesellschaften Gegenstand behördlicher Genehmigung. Durch das Gesetz zur Erleichterung des Marktzugangs im Luftverkehr vom 21. August 2002 wurde diese Pflicht aufgehoben.⁷²⁴ Hinsichtlich Verbraucherschutzrechtlicher Aspekte sind behördliche Entscheidungen weniger prägend. Vielmehr nimmt die Rechtsprechung eine wesentliche Rolle ein. Grundsätzlich ist aber eine Kontrolle von ABB im Personenluftbeförderungsvertrag wichtig. Denn typischerweise ziehen vor allem die Fluggesellschaften aus den international vereinheitlichten IATA-ABB den größten Nutzen.⁷²⁵ Insbesondere werden ihnen Planungssicherheit und damit bessere Kalkulationen ermöglicht.⁷²⁶ Allerdings war zu beobachten, dass die Genehmigung häufig großzügig ausfiel, um der nationalen Luftfahrt nicht zu schaden.⁷²⁷ Auch schützt eine behördliche Genehmigung generell nicht vor einer AGB-Kontrolle.⁷²⁸ Das gilt natürlich auch für ABB im Luftverkehrsbereich nach § 21 Abs. 1 aF.⁷²⁹

Immer wieder sind die Beförderungsbedingungen der Lufthansa Gegenstand von Gerichtsverfahren geworden. Eines der ersten dürfte die Entscheidung des BGH vom 17. April 1958 gewesen sein. Dort wurde über die Vereinbarkeit von Verjährungsklauseln in den ABB mit deut-

⁷²² *Specht*, IATA, S. 38.

⁷²³ *Janköster*, Fluggastrechte, S. 17.

⁷²⁴ BGBl. I, 2002, S. 3355 f.

⁷²⁵ *Specht*, IATA, S. 168.

⁷²⁶ *Specht*, IATA, S. 168.

⁷²⁷ *Specht*, IATA, S. 169.

⁷²⁸ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, Vor § 307, Rn. 119.

⁷²⁹ *BGH*, Urt. V. 05.12.2006 – X ZR 165/03, Rn. 9, juris = NJW 2007, 997.

schem und internationalem Recht geurteilt. Eine größere Kontrolle wurde 1983 durch den Verbraucherschutzverband veranlasst.⁷³⁰ Dabei wurden zahlreiche Klauseln der ABB für unwirksam erklärt.⁷³¹

Auch heute noch könnte das Bundesamt für Güterverkehr gem. § 21 Abs. 2 S. 2 LuftVG als zuständige Behörde die Verwendung von Beförderungsbedingungen untersagen, die das öffentliche Verkehrsinteresse nachhaltig beeinträchtigen. Der Begriff ist mit dem aus § 22 S. 1 LuftVG, nicht aber mit den öffentlichen Interessen aus § 21 Abs., 1 S. 4 LuftVG identisch.⁷³² Diese öffentlichen Verkehrsinteressen bestehen aus dem allgemeinen Interesse an der „Einrichtung, Aufrechterhaltung, Sicherheit und Rentabilität einer regelmäßigen, jedermann offenstehenden und zuverlässigen Verkehrsverbindung“.⁷³³ Eine solche Untersagung dürfte aufgrund von AGB-rechtlichen Verstößen selten sein.

C Zusammenfassung des zweiten Teils

Es wurde gezeigt, dass die Preisfindung aufgrund des angewendeten Revenue Managements im Personenluftbeförderungsbereich ein sehr komplexer, nur durch Algorithmen und Informationstechnologie steuerbarer Prozess ist. Das gilt vor allem für Netzwerkfluggesellschaften, da diese aufgrund ihrer Struktur ein komplexes Revenue-Management-System betreiben und dieses durch Streckenbindungsklauseln vor unerwünschter Umgehung schützen. Nur sie bieten parallel eine Vielzahl von Tarifen an, um in ihrem komplexen Hub-to-Spoke-System wirtschaftlich arbeiten zu können. Ob sie dabei die einzelne Verbindung für die Preisberechnung verwenden, oder etwa den „Origin-Destination“-Markt als Berechnungsgrundlage benutzen, ist den Fluggesellschaften selbst überlassen. Die Verwendung des Revenue Managements führt im Übrigen auch für die Passagiere dieser Netzwerk-Airlines zu einem Vorteil: Nicht mehr die fixen und standardmäßig hohen Preise müssen für einen Flugschein bezahlt werden, sondern es ergeben sich zahlreiche Möglichkeiten auch sehr günstige Tickets zu erwerben, wenn man sich dafür eben den aufgestellten Regeln unterwirft. Außerdem kann für den einzelnen Passagier die Situation bestehen, dass er kurzfristig auf einen Flug angewiesen ist und dringend einen Flug benötigt. Durch das Revenue-Management-System kann diesem, wenngleich sehr teuer, in der Regel noch ein solcher flexibler Flug zur Verfügung gestellt werden, da die teure, flexible Buchungsklasse selten ausgebucht sein dürfte. Verwundern mag nur auf den ersten Blick, dass es

⁷³⁰ *Gran*, IATA, S. 155.

⁷³¹ *BGH*, Urt. V. 20.01.1983 – VII ZR 105/81 = BGHZ 86, 284; Vgl. auch: *Janköster*, Fluggastrechte, S. 18 f.

⁷³² *Giemulla/Schmid-Giemulla*, § 22 LuftVG Rn. 16, irrtümlich ist von § 21 Abs. 1 S. 6 statt S. 4 die Rede, wo der Begriff vor der Gesetzesänderung 2001 stand.

⁷³³ *MwNw*: *Giemulla/Schmid-Giemulla*, § 22 Rn. 17.

besonders günstige Flugpreise bei Fluggesellschaften gibt, die kein solch komplexes Netzwerk bewirtschaften, sondern sich auf Einzelverbindungen im Punkt-zu-Punkt-Verkehr spezialisiert haben. Dabei handelt es sich um die so genannten Low-Cost-Airlines, die den günstigen Preis schon im Namen tragen und trotzdem nicht auf Streckenbindungsklauseln angewiesen sind. Sie bieten zwar auch sehr günstige Preise an, die häufig sogar unter den Preisen der Netzwerk-Airlines liegen, können aber keine komplexen Umsteigeverbindungen anbieten, die womöglich über mehrere Kontinente reichen. Beide Geschäftsfelder lassen sich aber nur bedingt vergleichen. Ein aktuelles Phänomen zeigt zusätzlich, wie wichtig für die Fluggesellschaften die Preishoheit ist. Wegen der aus verschiedenen Gründen sehr angespannten Lage im Flugreiseverkehr im Sommer 2022 wurden zeitweise nur noch Flugscheine der teuersten und flexibelsten Buchungsklasse je Kabinenklasse angeboten.⁷³⁴ Auf diese Weise sollte erreicht werden, dass weniger Passagiere buchen und die übriggebliebenen Plätze durch von ausgefallenen Verbindungen umgebuchte Passagiere besetzt werden. Dabei kann die Fluggesellschaft frei entscheiden, ob sie in diesen Fällen gar keine Tickets oder wie geschehen nur sehr teure Tickets verkauft. Die genaue Terminologie von Tarif-/Preisklasse oder sog. Branded fares ist dabei für die Zwecke dieser Arbeit weniger entscheidend. Ebenso wenig entscheidend sind die unterschiedlichen Beförderungsklassen, da diese eindeutig mit einer Leistungsdifferenzierung einhergehen. Allein entscheidend sind die sog. Tarifbedingungen, also Formulierungen von Bedingungen und „fences“, die den Preis der Leistung teilweise erheblich beeinflussen. Wie auch die ABB werden diese Tarifbedingungen häufig Vertragsbestandteil. Ob sie in ihrer jetzigen Form in den ABB mit AGB-Recht vereinbar sind, wird im Folgenden untersucht. Gezeigt wurde, dass sich die Klauseln in den ABB vor allem durch Mitwirkung der IATA ergeben, die diese Bedingungen maßgeblich beeinflusst.

⁷³⁴<https://www.touristik-aktuell.de/nachrichten/verkehr/news/datum/2022/07/01/lufthansa-reduziert-buchungsklassen/>, abgerufen am 04.03.2024.

§ 3: Implementierung der Streckenbindungsklauseln in den Allgemeinen Beförderungsbedingungen als Status quo

Wie im vorherigen Kapitel festgestellt, handelt es sich beim Personenluftbeförderungsvertrag um einen Massenvertrag. Als solcher ist er eng mit der Entwicklung des AGB-Rechts verknüpft, dessen gesamte Entstehung gerade mit der massenhaften Verbreitung von Verträgen einhergeht.⁷³⁵ Es verwundert daher nicht, dass auch in der Begründung zum RegE des AGBG der Massenverkehr als eines von drei Hauptbeispielen für die Entwicklung standardisierter und typisierter Vertragsbedingungen seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts genannt wird.⁷³⁶ Dieses AGB-Recht, heute in den §§ 305 ff. BGB normiert, setzt der Verwendung von AGB und also auch den Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Fluggesellschaften Grenzen.

Untersucht werden soll nun, wie und warum sich in Deutschland eine Abkehr von der Verfallsklausel hin zur Nachzahlungsklausel in ihrer Differenzvariante entwickelt hat. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Klauseln durchaus parallel bestanden. Die Nachzahlungsklausel galt für vorherige Umbuchungen, die Verfallsklausel für die Nicht-Inanspruchnahme der gebuchten Strecke. Zur Veranschaulichung wird eine Beispielsbuchung vorangestellt. Hintergrund dieser Untersuchung sind dabei insbesondere die Regelungen zum AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB. Dann wird erläutert, weshalb die Verfallsklausel mit dem AGB-Recht nicht vereinbar ist. Dann wird gezeigt, weshalb auch die aktuelle Nachzahlungsklausel in ihrer Differenzvariante nicht mit dem AGB-Recht in Einklang zu bringen ist. Die ganz neue Entwicklung, dass die Streckenbindungsklausel auch bei der Tarifauswahl selbst erscheint, bleibt dem folgenden Kapitel vorbehalten.

A Beispielsbuchung zur Veranschaulichung

Um die folgenden Ausführungen zu veranschaulichen, wird ein fiktives Fallbeispiel einer Flugbuchung nach New York vorangestellt. Im Verlaufe dieses und des nachfolgenden Kapitels kann dann immer wieder zur Veranschaulichung auf dieses Beispiel zurückgegriffen werden.⁷³⁷ Da auch die Corona-Pandemie die Tarife stark verändert hat, wird die Beispielsbuchung einmal im November 2019, also vor der Pandemie, und einmal im März 2021, also während der Pandemie durchgeführt.

⁷³⁵ Vgl. oben sowie: *Buz*, AcP 219 (2019), 1, 2.

⁷³⁶ Begr. RegE, BT-Drucks. 7/3919 S. 10, neben Versicherungsbedingungen und Bedingungen der Banken.

⁷³⁷ Ein historisches Beispiel für eine rechtliche Untersuchung der Flugreise bereits: *Meyer*, Luftrecht, S. 341 ff.

I. Buchung vor Ausbruch der Corona-Pandemie

Dabei entscheidet sich ein Fluggast, dass er am 26.11.2019 von Frankfurt nach New York fliegen möchte. Im Rahmen dieser Flugbuchung gelangt der potenzielle Besteller am 11.10.2019 bei der Buchung über das Internet auf folgende Auswahlmaske:

		Economy			Premium Economy
Sortieren nach		Light	Basic	Basic Plus	Basic
So 24.11.19 ab 207,59 EUR Mo 25.11.19 ab 207,59 EUR Di 26.11.19 ab 200,98 EUR Mi 27.11.19 ab 265,59 EUR Do 28.11.19 ab 447,68 EUR					
10:50 - 13:40 0 Stopps 08 h 50 min T478 FRA - JFK LH400		○ 268,58 EUR	○ 318,58 EUR	○ 625,58 EUR	○ 473,58 EUR
11:25 - 14:15 0 Stopps 08 h 50 min FRA - EWR LH7603 Durchgeführt von United Airlines		● 325,58 EUR	○ 375,58 EUR	○ 625,58 EUR	○ 473,58 EUR
In allen Tarifen enthalten:	Umbuchung				
	Stornierung	Erstattung: nicht möglich	Erstattung: nicht möglich	Erstattung: Einbehalt 190 EUR, plus Tariffdifferenz	Erstattung: nicht möglich
	Meilenupgrade **				
	Mahlzeit				
	Freigeepäck				

Abb. 1: Suchanfrage Frankfurt-New York, abgerufen am 11. Oktober 2019 auf lufthansa.de

Die Abbildung bei der Homepage der Lufthansa sieht so oder ähnlich bei vielen Unternehmen aus. Einerseits werden hier die verschiedenen Beförderungsklassen (hier Economy und Premium Economy) angezeigt, sowie im Fall einer ausgewählten Economybuchung weitere Unterkategorien von Tarifen mit den Namen „Light“, „Basic“ und „Basic Plus“. Dabei handelt es sich um sog. „branded fares“, also um unterschiedliche Tarife innerhalb einer Beförderungsklasse, bei denen die Möglichkeit zur Umbuchung-/ Stornierung, den Serviceleistungen wie

Mahlzeiten und Freigepäck, differenziert wird. Dabei haben diese Tarife einen besonderen Namen, deswegen die Bezeichnung „branded“. ⁷³⁸ Ferner wird neben dem Preis, der Flugzeit und der Flugstrecke auch angezeigt, ob eine Umbuchung oder Erstattung im gewählten Tarif möglich ist. Zudem werden vom Tarif abhängige weitere Inklusivleistungen wie Mahlzeiten und Freigepäckstücke aufgezeigt. Diese beispielhaften Tarifarten finden sich bei unterschiedlichen Fluggesellschaften. Bei Eurowings heißen sie bspw. Basic und Smart, bei Ryanair Value, Regular, Plus und Flexi Plus. Es wurde aber bereits im vorherigen Kapitel festgestellt, dass es nicht auf die Bezeichnungen, sondern den Inhalt der Tarifbedingungen ankommt. Zusätzlich zu diesen dargestellten Bedingungen finden sich auch die Allgemeinen Beförderungsbedingungen als „Kleingedrucktes“ abrufbar. Diese müssen vor Abschluss des Vertrages per Auswahlkästchen zur Kenntnis genommen werden.

II. Buchung nach Ausbruch der Corona-Pandemie

Der Ausbruch der Corona-Pandemie hat zu enormen Bewegungen im Personenluftbeförderungsbereich geführt. Doch nicht nur dadurch, sondern auch durch die Diversifizierung von Tarifen lassen sich 1,5 Jahre nachdem das erste Reisebeispiel angesiedelt ist für eine ähnliche Konstellation 2021 nicht nur mehr Tarifklassen erkennen. Vielmehr hat die unsichere Lage dazu geführt, dass weniger Tarife angeboten werden, die nicht umbuch- oder stornierbar sind.

⁷³⁸ *Conrady/Fichert/Sterzenbach, Luftverkehr, S. 348.*

➔ Frankfurt/Main - New York

Sa 13.03.21 nicht verfügbar So 14.03.21 nicht verfügbar Mo 15.03.21 nicht verfügbar **Di 16.03.21 ab 393,78 EUR** Mi 17.03.21 nicht verfügbar **Do 18.03.21 ab 393,78 EUR** Fr 19.03.21 nicht verfügbar

Sortieren **Anzahl der Stopps** ▼

10:40 - 14:55 FRA - JFK 0 Stopp(s) 9h 15min LH400 durchgeführt von Lufthansa

Economy ab 393,78 EUR **Premium Economy** ab 1.003,78 EUR

Bitte wählen Sie einen dieser Economy Tarife

Economy Light	Economy Basic	Economy Basic Plus	Economy Basic Plus I
<ul style="list-style-type: none"> Digitale Zeitschriften Mahlzeit & Getränke 1 Handgepäckstück max. 8kg Umbuchung möglich plus Tariffdifferenz Erstattung nicht möglich <p>393,78 EUR</p>	<ul style="list-style-type: none"> Digitale Zeitschriften Mahlzeit & Getränke 1 Freigeäckstück max. 23kg 1 Handgeäckstück max. 8kg Umbuchung möglich plus Tariffdifferenz Erstattung nicht möglich <p>443,78 EUR</p>	<ul style="list-style-type: none"> Digitale Zeitschriften Mahlzeit & Getränke 1 Freigeäckstück max. 23kg 1 Handgeäckstück max. 8kg Umbuchung möglich plus Tariffdifferenz Erstattung: Einbehalt 190 EUR plus Tariffdifferenz <p>593,78 EUR</p>	<ul style="list-style-type: none"> Digitale Zeitschriften Mahlzeit & Getränke 1 Freigeäckstück max. 23kg 1 Handgeäckstück max. 8kg Umbuchung möglich plus Tariffdifferenz Erstattung: Einbehalt 190 EUR plus Tariffdifferenz <p>1.268,78 EUR</p>

Abb. 2: Suchanfrage Frankfurt – New York am Beispiel Lufthansa, abgerufen im März 2021 auf lufthansa.de

Hier kann ebenfalls eine Angleichung von Buchungs- und Tarifklassen anschaulich beobachtet werden:

Buchungsklassen auf diesem Flug ✕

FRA - JFK

Economy Light	Economy Basic	Economy Basic Plus	Economy Basic Plus I	Economy Flex
W	W	Q	B	Y
Premium Economy Basic Plus	Premium Economy Basic Plus I	Premium Economy Flex		
E	G	G		

Abb. 3: Typische Anzeige der Buchungsklassen am Beispiel Lufthansa, abgerufen im März 2021 auf lufthansa.de

Jeder Economy Tarifklasse wurde eine Buchungsklasse zugeteilt. Diese Aufteilung ist jedoch nicht einheitlich. So ist im Bereich der Beförderungsklasse „Premium Economy“ die Buchungsklasse G auf zwei unterschiedliche Tarifklassen aufgeteilt.

Darüber hinaus lässt sich feststellen, dass kein Tarif mehr angeboten wird, der unflexibel ist. Aufgrund der sehr unsicheren pandemischen Lage, die Reisebeschränkungen innerhalb kürzester Zeit provoziert, besteht keine Nachfrage mehr nach dieser Art Tarif. Anders formuliert wird auf die Gruppe unflexibler Personenluftbeförderungsvertrag nicht mehr zurückgegriffen, wohl aber auf den Untertyp Personenluftbeförderungsvertrag.

Recht neu ist, dass zusätzlich unterhalb der Flugauswahlmöglichkeiten folgender Passus angezeigt wird: *Der Tarif ist nur gültig, wenn alle Flüge in der gebuchten Reihenfolge vollständig geflogen werden. Andernfalls wird der Tarif auf der Grundlage der tatsächlichen Flugroute neu berechnet.*

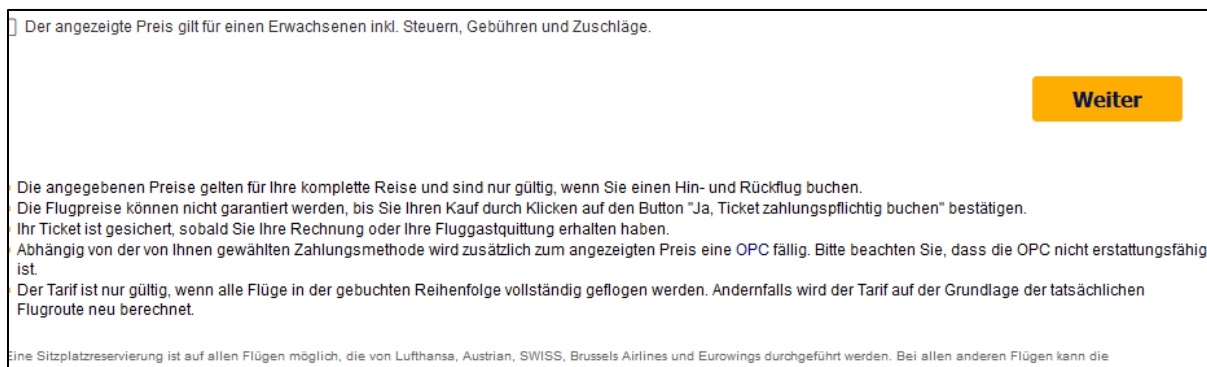


Abb. 4: Anzeige bei einer Flugbuchung, abgerufen im November 2022 auf lufthansa.de

Diese Beispiele vorangestellt soll nun mit der Untersuchung der Streckenbindungsklausel begonnen werden. Diese finden sich neuerdings nicht nur in den „Allgemeinen Beförderungsbedingungen“, sondern auch direkt bei den Tarifbedingungen. Es hilft aber dem Verständnis, wenn erst einmal auf die Klausel in den ABB eingegangen wird.

B Die Implementierung der Verfallsklausel in Allgemeinen Beförderungsbedingungen

Die Streckenbindungsklausel in ihrer Verfallsvariante wird von deutschen Fluggesellschaften gar nicht und von den wichtigsten in Deutschland startenden Fluggesellschaften kaum mehr verwendet. Verfallsvariante bezeichnet dabei die Streckenbindungsklauseln, welche als Folge für die Nicht-Inanspruchnahme der ursprünglich gebuchten Beförderungsleistung in der vorgesehen Reihenfolge als Konsequenz den Verlust sämtlicher Beförderungen auf den noch nicht abgeflogenen Flugsegmenten beinhaltet. Ist also eine Flugbeförderung mit den Segmenten Oslo-Frankfurt, Frankfurt-Miami gebucht und wird der Teil Oslo-Frankfurt nicht angetreten, erlischt, sofern eine Verfallsklausel vereinbart wurde, aufgrund dieser Nicht-Inanspruchnahme des ersten Flugsegmentes auch der Beförderungsanspruch für den zweiten Teil der Strecke

Frankfurt-Miami. Von den fünfzehn größten Fluggesellschaften, in Deutschland (nach monatlichen Starts vor Beginn der Corona-Pandemie), die zudem Mitglied der IATA sind,⁷³⁹ hat zurzeit nur noch Turkish Airlines die uneingeschränkte Verfallsklausel in ihren AGB.⁷⁴⁰ Andere Fluggesellschaften, wie beispielsweise die Lufthansa, hatte sie in ihren AGB, etwa vom März 2008.⁷⁴¹ British Airways verwendet sie in einem Satz, schließt jedoch eine Nachzahlungsklausel an.⁷⁴² Dennoch lässt sich die Entwicklung hin zur aktuellen Form der Streckenbindungsklausel, die der Nachzahlungsklausel, auf diese Weise gut veranschaulichen.

Die Verfallsklausel in den ABB der British Airways und der Lufthansa wurden deshalb von einer Verbraucherschutzorganisation im Rahmen einer Unterlassungsklage gem. § 1 UKlaG angegriffen. Die Verfahren wurden bis zum BGH geführt, der entschied, dass die Streckenbindungsklausel in ihrer Verfallvariante nicht mit deutschem Recht, und zwar insbesondere nicht mit § 307 Abs. 1 BGB, vereinbar sei.⁷⁴³ Dies sahen auch die Vorinstanzen, bis auf das OLG Köln, so.⁷⁴⁴ Die Frage wurde bereits zuvor in Literatur⁷⁴⁵ und Rechtsprechung⁷⁴⁶ ähnlich beurteilt. Die Urteile des BGH veranlassten die Lufthansa AG die Verfallsklausel in eine Nachzahlungsklausel umzuwandeln, jedenfalls sehen die ABB in ihrer Version vom Dezember 2009 keine Verfallsklauseln mehr vor. Diese Entscheidung des BGH wird nun genauer überprüft, da sie Grundlage für die aktuelle Form der Streckenbindungsklausel in ihrer Nachzahlungsvariante ist.

I. Allgemeine Beförderungsbedingungen als AGB

Zunächst stellt sich die Frage, welche Teile der Vertragswerke bei einem gebuchten Flug überhaupt AGB iSd §§ 305 ff. BGB eines Personenluftbeförderungsvertrages sind.

Aus § 305 BGB ergeben sich vier positive und ein negatives Merkmal: Es muss sich um Vertragsbedingungen handeln, die vorformuliert, für eine Vielzahl von Verwendungen gedacht und

⁷³⁹ *Deutsches Institut für Luft- und Raumfahrt*, Global Aviation Monitor, S. 4.

⁷⁴⁰ Vgl. Art. 3.3.2, S. 3 der ABB von Turkish Airlines. Stand: 16.10.2022; abrufbar unter: <https://cdn.turkishairlines.com/m/5065d6b72f20082a/original/637020604097349405VX-de-de-v2-pdf.pdf>

⁷⁴¹ Letztmalig noch in den ABB Lufthansa Flugpassage vom März 2008, Ziff. 3.3.1.

⁷⁴² <https://www.britishairways.com/de-de/information/legal/british-airways/general-conditions-of-carriage>; Stand 25.08.2021.

⁷⁴³ *BGH*, Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958 (British Airways); Urt. V. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09 = in Auszügen: Rra 2010, 191-192 (Lufthansa).

⁷⁴⁴ British Airways: *LG Frankfurt a. M.*, Urt. V. 14.12.2007 – 2-02 O 243/07 = Rra 2008, 53-56; *OLG Frankfurt aM*, Urt. V. 18.12.2008 – 16 U 76/08 = Rra 2009, 51-55; Lufthansa: *LG Köln*, Urt. V. 18.11.2008 – 26 O 125/07 = Rra 2009, 107-109; *OLG Köln*, Urt. V. 31.07.2009 – I-6 U 224/08; 6 U 224/08 = Rra 2009, 245-249.

⁷⁴⁵ Freitag, *TranspR* 2006, 444, 44 ff.; Greiner, Rra 2009, 121, 123 ff.; Purnhagen/Hauzenberger, *VuR* 2009, 131, 135 ff.; aA die bei Lufthansa beschäftigten: *Makiol/Ruckteschell*, *ZLW* 2008, 1, 3 ff.

⁷⁴⁶ Mit einer Besprechung einer Entscheidung des AG Köln: *Schmid*, Rra 2005, 138; *AG Köln*, Urt. V. 15.05.2007 – 28 C 633/06 = NJW-RR 2008, 214.

vom Verwender gestellt sind und nicht ausgehandelt wurden. Anhand deren Vorliegen soll geprüft werden, ob die einzelnen Regelwerke bei Abschluss eines Personenluftbeförderungsvertrages als AGB zu qualifizieren sind. Mit Regelwerk sind dabei zum einen die Allgemeinen Beförderungsbedingungen und zum anderen die Tarifbedingungen gemeint, die unter ähnlichen Bezeichnungen nicht nur bei der Lufthansa, sondern auch bei anderen Airlines Verwendung finden. In diesem Kapitel geht es um die Allgemeinen Beförderungsbedingungen, da sich in diesem nach aktuellem Stand die Streckenbindungsklauseln wiederfinden, sofern sie verwendet werden.

Obwohl der Name schon anklingen lässt, dass es sich um AGB handelt, sollte dies noch überprüft werden. Grundsätzlich ist AGB-Recht im Falle vom Personenluftbeförderungsvertrag gem. § 305 ff. BGB anwendbar. Eine Ausnahme hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs, wie sie für Eisenbahnen und Straßenbahnen, O-Bussen, und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr gem. § 23 Abs. 2 Nr. 1 AGBG existierte, muss heute nicht mehr diskutiert werden.

1. Grundsätzliches Vorliegen von AGB

Bei den Allgemeinen Beförderungsbedingungen großer europäischer Fluggesellschaften handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen.⁷⁴⁷ Das legt der Name schon nahe, dennoch gilt auch hier: *falsa demonstratio non nocet*. Jedoch sind die Allgemeinen Beförderungsbedingungen vorformuliert. Ein Aushandeln der Allgemeinen Beförderungsbedingungen kann, anders als bei den Tarifbedingungen, nicht angenommen werden, da keinerlei Einflussmöglichkeit des Passagiers auf diese besteht.

Diese sind auch vom Verwender gestellt, was sich nicht zuletzt häufig aus § 310 Abs. 2 BGB ergeben dürfte. Sie gelten darüber hinaus für eine Vielzahl von Verträgen (vgl. Art. 2 Abs. 1 der ABB der Lufthansa AG: Diese Beförderungsbedingungen sind die Beförderungsbedingungen, auf welche im Flugschein Bezug genommen wird.), da sie jedenfalls für eine unbestimmte Zahl von Verträgen bestimmt sind. Die Bestimmungsabsicht ist Hauptbestandteil dieses Tatbestandsmerkmals.⁷⁴⁸ So verwundert es auch nicht, dass das LG Köln zur Frage des Vorliegens von AGB lediglich einen Satz schreibt, wonach es sich „ersichtlich um vorformulierte Vertragsbedingungen und damit um Allgemeine Geschäftsbedingungen“ handelt.⁷⁴⁹ Das OLG Köln, sowie das LG und OLG Frankfurt sowie der BGH gehen auf die Frage gar nicht erst ein.

⁷⁴⁷ Vgl. mwNw.: *Giemulla/Schmid*, NJW 1999, 1057, 1058.

⁷⁴⁸ *Staudinger-Mäsch*, § 305 BGB Rn. 31.

⁷⁴⁹ *LG Köln*, Urt. V. 18.11.2008 – 26 O 125/07, Rn. 16, juris = Rra 2009, 107-109.

Dass bis zum 31.08.2002 in § 21 Abs. 1 S. 2 LuftVG eine Genehmigungspflicht für AGB existierte, ist ebenfalls nicht von Belang. Diese wurde durch das Gesetz zur Erleichterung des Marktzugangs im Luftverkehr vom 21. August 2002 aufgehoben.⁷⁵⁰ Aber selbst mit einer erteilten Genehmigung wäre eine AGB-Kontrolle weiter durchzuführen.⁷⁵¹

2. Keine Ausnahmen bei der Anwendbarkeit des AGB-Rechts

Grundsätzlich ist AGB-Recht im Falle vom Personenluftbeförderungsvertrag gem. § 305 ff. BGB anwendbar. Eine Ausnahme hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs, wie sie für Eisenbahnen und Straßenbahnen, O-Bussen, und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr gem. § 23 Abs. 2 Nr. 1 ABGB existierte, muss heute nicht mehr diskutiert werden.⁷⁵² Zwei Elemente lohnen aber einen prüfenden Blick.

a) IATA-Beförderungsbedingungen

Gerade im Bereich Luftfahrt gibt es eine weitere Besonderheit: die Existenz der IATA-Beförderungsbedingungen. Wie genau die ABB der IATA rechtlich eingeordnet werden können war und ist umstritten⁷⁵³. Dabei reichen die Vorschläge von allgemein anerkannten Usancen, Internationaler Handelsbrauch, und einseitig diktierte Geschäftsbedingungen eines Unternehmerkartells.⁷⁵⁴ Es ist aber eindeutig, dass in den AGB einer privatrechtlichen, wenngleich internationalen Organisation, keine Normen iSd Art. 2 EGBGB zu sehen sind.⁷⁵⁵ Insofern unterliegen sie, sobald über Luftverkehrsunternehmen Bestandteil des jeweiligen Personenluftbeförderungsvertrags geworden sind, der vollen Prüfung nach den §§ 305 ff. BGB. Dies hat auch die höchstrichterliche Rechtsprechung vollkommen richtig anerkannt.⁷⁵⁶ Insofern ist es mit *Tonner* zu kritisieren, dass der BGH in einem Urteil zur Vorkasse beim Personenluftbeförderungsvertrag im Rahmen der Kontrolle einer AGB-Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB überhaupt auf die IATA-Beförderungsbedingungen eingeht.⁷⁵⁷

⁷⁵⁰ BGBl. I, 2002, S. 3355 f.

⁷⁵¹ Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, vor § 307, Rn. 119.

⁷⁵² So aber noch: *Berger-Walliser*, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle, S. 117 f.

⁷⁵³ *Specht*, IATA, S. 165.

⁷⁵⁴ MwNw: *Sand*, ZLW 1969, 205, 211 f.; *Berger-Walliser*, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle, S. 33 ff.

⁷⁵⁵ Vgl. nur: *Specht*, IATA, S. 74; ausführlich auch: *Berger-Walliser*, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle, S. 33 ff.

⁷⁵⁶ *BGH*, Urt. V. 20.01.1983 – VII ZR 105/81, Rn. 13, juris = BGHZ 86, 284.

⁷⁵⁷ *BGH*, Urt. V. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 20 ff., juris = BGHZ 209, 20; *Tonner*, NJW 2016, 2404, 2407; *Tonner/B. Wagner*, VuR 2017, 449, 450.

b) Ausnahme aus den Anfängen der Luftfahrt

In den Anfangszeiten der Luftfahrt was das Reichsgericht großzügig mit der Zulässigkeit von Klauseln im Personenluftbeförderungsvertrag. Das war damals auch einfacher, da die AGB-Kontrolle über § 138 BGB lief.⁷⁵⁸ Auch noch 1927 urteilte das RG bezüglich eines Haftungsausschlusses der Flugzeugalters gegenüber dem Fluggast, dass dieser zulässig sei.⁷⁵⁹ Es könne nicht gegen die „guten Sitten verstoßen haben, wenn die junge Industrie die noch zu wenig ausgeprobten Gefahren der Luftschiffahrt durch Vereinbarung mit den Fluggästen nach Möglichkeit auf diese abzuwälzen suchte.“⁷⁶⁰ Somit konnte die gesetzliche Gefährdungshaftung ausgeschlossen werden. Aufgrund des AGBG bzw. der §§ 305 ff. BGB ist diese Art der Rechtsprechung heute allerdings nicht mehr möglich.

3. Problematik der Individualvereinbarung

Zunächst ist zu untersuchen, ob hier nicht von einem individuellen Aushandeln gesprochen werden kann, was dazu führte, dass die AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB nicht mehr einschlägig wäre. Diese Frage stellt sich insbesondere bei der Verwendung der Streckenbindungsklausel in den Tarifbedingungen. Sie kann aber auch schon hier gestellt werden.

a) Individualvereinbarung allgemein

Ein anfängliches Problem ist bereits darin zu sehen, ob vorformulierte Bedingungen überhaupt ausgehandelt iSd § 305 Abs. 3 BGB sein können. Das ist bei so genannten „Wahlklauseln“, bei denen mehrere Optionen zu unterschiedlichen Preisen dem Kunden zur Auswahl stehen sehr streitig.⁷⁶¹ Doch was bedeutet „Aushandeln“ überhaupt. Der Gesetzgeber hat in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB das „im Einzelnen aushandeln“ als negatives Tatbestandsmerkmal für das Vorliegen von AGB formuliert. Dabei entspricht der Satz dem ehemaligen § 1 Abs. 2 AGBG, was zum Verständnis der gleich aufgeführten Rechtsprechung hilfreich ist. Das Tatbestandsmerkmal „Stellen“ aus § 305 Abs. 1 S. 1 BGB enthält in seiner Definition ebenfalls das negative Tatbestandsmerkmal „Aushandeln“.⁷⁶² So liegt nach *Pfeiffer* ein „Stellen“ iSv § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vor, „wenn ein Vertragspartner einen **Klauseltext vorlegt**, der nach den Umständen zur

⁷⁵⁸ Siehe mit Beispielen: Ulmer/Brandner/Hensen-*Fuchs*, vor. § 307, Rn. 15.

⁷⁵⁹ *RG*, Urt. V. 19.05.1927 – IV 847/26, Rn. 8, Wolters Kluwer = RGZ 117, 102.

⁷⁶⁰ *RG*, Urt. V. 19.05.1927 – IV 847/26, Rn. 8, Wolters Kluwer = RGZ 117, 102.

⁷⁶¹ Vgl. nur mwNw: Ulmer/Brandner/Hensen, § 305, Rn. 53 ff.; Staudinger-*Mäsch*, Rn. 63 ff.; MüKo-BGB-*Fornasier*, § 305, Rn. 45; *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 305.

⁷⁶² *WLP-Pfeiffer*, § 305, Rn. 30.

Einbeziehung ohne Aushandeln bestimmt ist.⁷⁶³ Diese doppelte Verwendung des Tatbestandsmerkmals Aushandeln ist nicht per se obsolet, führt sie doch in § 305 Abs. 1 S. 1 BGB zu einer anderen Beweislastverteilung als in § 305 Abs. 1 S. 3. BGB. In letzterem Fall gilt nämlich aufgrund der gewählten Formulierung eine Beweislastumkehr. Der Vertragspartner muss also das „Stellen“ und das dort inkorporierte Aushandeln beweisen, der Verwender das Aushandeln aus § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.⁷⁶⁴ Für Verbraucherverträge gilt aber die „präsumierte Fiktion“ des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB⁷⁶⁵, weswegen diesbezüglich die Beweislast beim Verwender als Unternehmer liegt. Teilweise wird dem „Aushandeln“ eine hohe Hürde auferlegt, um den AGB-Rechtsschutz der § 305 ff. nicht zu unterlaufen.⁷⁶⁶ Die Aufforderung zur Zustimmung zu einer von mehreren Varianten sei dabei kein Aushandeln.⁷⁶⁷

Allerdings könne es ein Aushandeln sein, wenn der Kunde eine Wahl- und Verhandlungsmöglichkeit „hinsichtlich einer bestimmten Klausel und der ihr korrespondierenden Gegenleistung“ hat.⁷⁶⁸ Eine beobachtete Lockerung der Voraussetzungen für ein Aushandeln wird von *Mäsch* kritisch gesehen.⁷⁶⁹

b) Aushandeln der Verfallsklausel

In diesem Problem klingt bereits eine spannende Frage dieser Arbeit an, welche jedoch an dieser Stelle noch nicht den richtigen Platz hat. Schließlich geht es gerade um eine Klausel, von der viele Passagiere gar keine Kenntnis nehmen, wenn sie nämlich in größeren ABB-Regelwerken versteckt wird. Daher ist auf diese Fragestellung zurückzukommen, wenn über die Streckenbindungsklausel in den Tarifbedingungen selbst gesprochen wird.

II. Einbeziehungskontrolle

Allgemeine Beförderungsbedingungen werden auch meist unproblematisch Bestandteil des Vertrages.⁷⁷⁰ Das gilt sowohl online als auch für die Buchung per Telefon oder im Reisebüro. Die heutigen Einbeziehungskriterien sind eindeutig: Hinweis (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB), Möglichkeit der Kenntnisnahme (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB) sowie das Einverständnis (§ 305 Abs. 2 aE BGB). Auf diese kommt es beim Personenluftbeförderungsvertrag auch an. Etwas anderes

⁷⁶³ WLP-Pfeiffer, § 305, Rn. 30 Hervorhebung im Original.

⁷⁶⁴ WLP-Pfeiffer, § 305, Rn. 30, 59.

⁷⁶⁵ Ulmer/Brandner/Hensen (12. Aufl.) -Ulmer/C. Schäfer, § 310, Rn. 71, Fn. 170.

⁷⁶⁶ Erman BGB-Looschelders, § 305 Rn. 17.

⁷⁶⁷ Erman BGB-Looschelders, § 305 Rn. 21; Ulmer/Brandner/Hensen-M. Habersack, § 305 Rn. 53; MüKo-BGB-Fornasier, § 305, Rn. 45.

⁷⁶⁸ Ulmer/Brandner/Hensen (12. Aufl.)-Ulmer/Habersack, § 305 Rn. 53a im Original mit Hervorhebungen.

⁷⁶⁹ Staudinger-Mäsch, § 305, Rn. 63 ff.

⁷⁷⁰ Vgl. nur: Janköster, Fluggastrechte, S. 54.

gilt nur bei Beförderung mit anderen Verkehrsträgern wie den Straßenbahnen, O-Bussen (Oberleitungsbussen) und Kraftfahrzeugen nach dem Personenbeförderungsgesetz oder unter bestimmten Voraussetzungen auch den Eisenbahnen gem. § 305a Nr. 1 BGB.

Zur anschließenden Einziehungskontrolle, insbesondere einem möglichen Überraschungseffekt, äußert sich überraschenderweise weder der BGH in den beiden genannten Entscheidungen noch die Vorinstanzen. Auch in der Entscheidung des AG Köln ist von einer Einziehungskontrolle nicht die Rede.⁷⁷¹ Es lassen sich jedoch gute Gründe finden, warum eine solche Klausel ihrerseits überraschend iSd § 305c BGB ist und somit schon nicht Bestandteil des Vertrags werden kann.

1. Privilegien des § 305a BGB

Zunächst fällt dabei die Ausnahme des § 305a BGB auf. Eine Ausnahme hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs, wie sie für Eisenbahnen und Straßenbahnen, O-Bussen, und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr gem. § 23 Abs. 2 Nr. 1 AGBG existierte, muss jedoch heute nicht mehr diskutiert werden, s.o.⁷⁷² Das gilt schon allein wegen der fehlenden Genehmigungspflicht, die Grundlage dieser Ausnahme war. Außerdem unterscheidet den Personenluftbeförderungsvertrag von Verträgen mit anderen Verkehrsträgern das jeweils einfachere Zustandekommen eines Vertrages durch faktisches Handeln.⁷⁷³ Auch in internationaler Hinsicht ist das deutsche AGB-Recht anwendbar, die IATA-Vertragsbedingungen oder internationale Abkommen hebeln AGB-rechtliche Regelungen nicht aus. ist. Ferner handelt es sich beim Personenluftbeförderungsvertrag nicht um einen im § 310 Abs. 2 und 3 BGB genannten Vertrag, der die Anwendung der §§ 305 ff. BGB ausschliesse.

Wie im vorherigen Kapitel gesehen, sind für den Personenluftbeförderungsvertrag und seine privatrechtlichen Fragen für Passagiere mit dauerhaften Aufenthaltsort Deutschland mangels spezifischer Regelungen die Normen des BGB anwendbar. Ausnahmen bilden u.a. die Fluggastrichtlinie, die aber zur Frage der Stornierung des Fluges durch den Passagier nichts regelt.

⁷⁷¹ Schmid, Rra 2005, 138.

⁷⁷² So aber noch: Berger-Walliser, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle, S. 117 f.

⁷⁷³ Giemulla/Schmid, NJW 1999, 1057, 1059.

2. Der Überraschungseffekt gem. § 305c Abs 1 BGB

Anschließend ist auf den Überraschungseffekt gem. § 305c Abs. 1 BGB einzugehen, der primär dem Vertrauensschutz dient.⁷⁷⁴ Das ergibt sich schon aus der Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift § 3 AGBG in der die Regelung mit dem Ziel begründet wird, dass „der AGB-unterworfenen Vertragsteil darauf vertrauen kann, daß sich die einzelnen Regelungen im großen und ganzen im Rahmen dessen halten, was nach den Umständen bei Abschluß des Vertrages erwartet werden kann.“⁷⁷⁵

a) Grundlagen des Überraschungseffekts

Der in § 305c Abs. 1 BGB beschriebene Überraschungseffekt als Ausprägung des Transparenzgebots aus § 307 BGB⁷⁷⁶ hat zwei Voraussetzungen: Die Klausel muss objektiv ungewöhnlich und subjektiv überraschend sein.⁷⁷⁷ Für ersteres sind das Gesamtbild des konkreten Vertrages und die „typischerweise“ vom Verkehr erwarteten Eigenschaften des Vertrages relevant.⁷⁷⁸ Subjektiv überraschend sind Klauseln dann, wenn der Vertragspartner eine berechtigterweise so divergierende Erwartung hat, dass der Klausel ein „Überrumpelungs- und Übertölpelungseffekt“ anhaftet.⁷⁷⁹ Die Umstände sollen „ganz ungewöhnlich“ für den Vertragspartner sein.⁷⁸⁰ Hier nähert man sich einmal mehr der spannenden Frage, was denn mit typisch gemeint ist. Es zeigt sich, dass die vormals eher theoretische Frage hier praktisch relevant wird. Ohne objektiv typischen Personenluftbeförderungsvertrag kann keine Prüfung nach dem AGB-Recht erfolgen, ohne AGB-Recht gibt es aber auch keinen Personenluftbeförderungsvertrag, da dieser als Massenvertrag gerade erst durch AGB seinen eigenen Charakter erhält. Dem Problem begegnet man am besten mit dem Telos der Norm. So soll der Klauselgegner in seinem Vertrauen darauf geschützt werden, die AGB enthalten das „Geschäftsübliche und Normale“ hinsichtlich des Vertragstyps.⁷⁸¹ Das gesetzliche Leitbild ist hierfür ein Indiz.⁷⁸²

⁷⁷⁴ Staudinger-Mäsch, § 305c, Rn. 4; MüKo-BGB-Fornasier, § 305c, Rn. 1; Ulmer/Brandner/Hensen-C. Schäfer, § 305c, Rn. 2.

⁷⁷⁵ BT-Drucks 7/3919, 19

⁷⁷⁶ Ulmer/Brandner/Hensen-C. Schäfer, § 305c, Rn. 2; MüKo-BGB-Fornasier, § 305c, Rn. 2.

⁷⁷⁷ Neuner, BGB AT, § 47 Rn. 38 ff.; Grüneberg-Grüneberg, § 305c, Rn. 3 f; aA: Stoffels, AGB-Recht, Rn. 335 ff.

⁷⁷⁸ Ulmer/Brandner/Hensen-C. Schäfer, § 305c, Rn. 12.

⁷⁷⁹ Vgl. nur: Neuner BGB AT, § 47, Rn. 40; BGH, Urteil v. 21.6.2016 – VI ZR 475/15 = NJW-RR 2017, 501.

⁷⁸⁰ Begründung zum AGBG-E S. 19 zum damaligen § 3.

⁷⁸¹ Erman BGB-Looschelders, § 305c, Rn. 2.

⁷⁸² Lindacher/Pfeiffer, in: WLP, § 305c, Rn. 19.

b) Überraschende Verfallsklausel im Personenluftbeförderungsvertrag

Es wurde im ersten Kapitel festgestellt, dass der Personenluftbeförderungsvertrag eine Unterkategorie des Werkvertrags ist. Verfallsklauseln sind nun für Werkverträge objektiv untypisch. Einerseits ergibt sich das daraus, dass der Beförderungsvertrag selbst zwar ein Werkvertrag ist, aber aufgrund seines immateriellen Vertragsgegenstandes eine Sonderrolle einübt. Darüber hinaus sind auch im Rahmen von Beförderungsverträgen diese Art Klauseln nicht üblich. Bei einer Hin- und Rückfahrt mit der Bahn wäre die Verwunderung groß, würde die Fahrkarte der Rückfahrt nicht anerkannt, weil bei der Hinfahrt der Zug zu früh verlassen wurde. Das gilt auch unabhängig vom Nachweisproblem. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass ein großer nationale Fernbusanbieter in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Ziff. 2.2. ein verfrühtes Aus- und verspätetes Einsteigen aus „gesetzlichen Gründen“ untersagt.⁷⁸³ Das dürfte jedoch ebenfalls überraschend und damit unwirksam sein. Dass bei Inanspruchnahme einer Teilleistung der Anspruch auf die weitere Werkleistung entfallen soll, muss zumindest begründet sein.

i) Objektives Element

Daran ändert auch die Unterkategorie der Personenluftbeförderungsverträge innerhalb der Werkverträge nichts. Zwar sind hier bestimmte Regelungen, wie Vorkasse etc., die oben genannt wurden, typisch. Auch für die Unterkategorie der unflexiblen Personenbeförderungsverträge ist die Vereinbarung eines Leistungsverfalls nicht typisch. Ein solcher Verfall könnte allenfalls bei einer Kündigung oder bei einem Rücktritt angenommen werden. Beides liegt hier aber nicht vor. Grundsätzlich wird man davon ausgehen müssen, dass eine Kündigung durch die Klausel nach der gebotenen Auslegung ausgeschlossen wurde. Dass dies zulässig ist, wurde bereits angerissen und wird auch noch im abschließenden Kapitel ausführlich behandelt. Eine Kündigung käme zudem für bestimmte Konstellationen allenfalls im Rahmen der Teilkündigung zustande. Teilweise wird bei der Nicht-In-Anspruchnahme eines Flugsegmentes von einer Teilkündigung gesprochen.⁷⁸⁴ Das kann aber hier nicht gemeint sein, da, dies nur in den Fällen möglich wäre, in denen der letzte Flugabschnitt nicht in Anspruch genommen wird.⁷⁸⁵ Greiner

⁷⁸³ Vgl. ABB von FlixBus: <https://www.flixbus.de/abb>; abgerufen am 26.03.2023.

⁷⁸⁴ AG Köln, Urt. v. 15.05.2007 – 28 C 633/06, Rn. 26, juris = NJW-RR 2008, 214; Schmid, RRA 2005, 138; AG Erding, Urt. v. 27.03.2007 – 4 C 129/07, Rn. 14, juris = RRA 2007, 184.

⁷⁸⁵ Pöschke, JZ 2020, 928, 934.

stellt zu Recht fest, dass mit Teilkündigung die Kündigung zeitlich paralleler Vertragsbestandteile und nicht diejenige von zeitlich nachfolgenden gemeint ist.⁷⁸⁶ Es bestehe sonst ein Wertungswiderspruch zur Kündigung im Dauerschuldverhältnis.⁷⁸⁷

Auch ein Rücktritt ist hier nach Auslegung der Klausel ausgeschlossen. Dass man über einen solchen aber zumindest nachdenken kann, wird ebenfalls im abschließenden Kapitel ausführlich besprochen.

ii) Subjektives Element

In subjektiver Hinsicht kann ebenfalls von einem Übertölpelungseffekt gesprochen werden: Für ein „weniger“ an Leistung „mehr“ zu bezahlen, das leuchtet nicht sofort und ohne besonderen Hinweis ein. Klauseln, welche die Tarifstruktur schützen sollen, wirken ohne gesonderten Hinweis überraschend. In diesem Zusammenhang werden anschauliche Bilder gebraucht, die die Lage veranschaulichen und zahlreich zitiert wurden: So das „Menü-Beispiel“ des Landgerichts Frankfurt: Das Gericht zog den Vergleich zu einer Situation in der *„ein Gastwirt einem Gast, der ein Menü bestellt hat, den Hauptgang [...] nur gegen einen Aufpreis servieren will, weil er seine Suppe nicht aufgegessen hat.“*⁷⁸⁸ Ein ähnlich plastisches Beispiel bietet Schmid: Er vergleicht die Situation mit der eines Anzugskaufs. Es wäre, wie wenn der Käufer nur die Hose möchte, aber bereit ist das Sakko mit zu erwerben und dieser Käufer dann vom Verkäufer verpflichtet würde das Sakko immer mit der Hose zu tragen oder andernfalls nur für die Hose mehr zu bezahlen als für die Kombination.⁷⁸⁹ Zurecht wenden Makio/Ruckteschell ein, dass diese Vergleiche „hinken“, da dem Kunden gerade bei Umsteigeverbindungen nicht an einer möglichst langen Reise, sondern an einer möglichst schnellen Reise gelegen ist.⁷⁹⁰ Zum Überraschungseffekt sagen sie diesbezüglich aber nichts. Auch der Vergleich der Klausel im Vergleich mit anderen Werkverträgen oder sogar Beförderungsverträgen, unterstreicht den Überraschungseffekt. Wer einen besonders günstigen Preis einer Hin- und Rück-Bahnfahrkarte von Hamburg nach München ergattert, dürfte sehr überrascht sein, wenn er eine Nachzahlung leisten soll, weil er auf der Rückfahrt in Nürnberg ausgestiegen ist. Freilich dürfte bei Bahnreisen der Nachweis eines solchen verfrühten Ausstiegs allerdings schwer nachzuweisen sein. Es kommt bei der Bewertung auf die Sicht des allgemeinen Bürgers an, wobei auch die konkreten Verhältnisse beim Vertragsschluss eine Rolle spielen.⁷⁹¹ Das ergibt sich vor allem aus

⁷⁸⁶ Greiner, RRA 2009, 121, 123; sich anschließend: Pöschke, JZ 2020, 928, 934.

⁷⁸⁷ Greiner, RRA 2009, 121, 123.

⁷⁸⁸ LG Frankfurt a. M., Urt. v. 14.12.2007 – 2-02 O 243/07, Rn. 20, juris = RRA 2008, 53-56.

⁷⁸⁹ Schmid, RRA 2005, 138, 139.

⁷⁹⁰ Makio/Ruckteschell, ZLW 2008, 1, S. 2 ff.

⁷⁹¹ Lindacher/Pfeiffer, in: WLP, § 305, Rn. 35; Ulmer/Brandner/Hensen-C. Schäfer, § 305c, Rn. 13a.

einem Erst-Recht-Schluss aus der Nachzahlungsklausel: Wenn schon diese, wie im nächsten Abschnitt gezeigt wird, subjektiv überraschend ist, muss das erst recht für die härtere Konsequenz des Verfallens gelten. Ein frühes Beispiel für diese Erkenntnis, wenngleich von § 307 BGB statt von § 305c BGB sprechend, findet sich beim AG Frankfurt.⁷⁹²

In den beiden betrachteten Prozessen zu den ehemaligen ABB von Lufthansa und British Airways wird von den ersten Instanzen zum Überraschungseffekt nichts gesagt. Das OLG Frankfurt lässt aufgrund der hiesigen prozessualen Beschränkung durch § 1 UklaG auf die §§ 307 ff. die Frage richtigerweise offen.⁷⁹³ Folglich äußert sich der BGH in den beiden Entscheidungen zu § 305c BGB in diesem Zusammenhang nicht.

III. Inhaltskontrolle

Die Literatur⁷⁹⁴ und die bereits angerissene Rechtsprechung in Form der beiden BGH-Urteile⁷⁹⁵ kommen zu dem Ergebnis, dass die Verfallsklausel mit der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB nicht vereinbar ist. Die wesentlichen Argumente zieht der BGH dabei aus der materiellen Inhaltskontrolle der Verfallsklausel. Dabei geht er auch kurz auf den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle ein. Diese Inhaltskontrolle ist eine Rechtskontrolle.⁷⁹⁶ Das ist insofern relevant, als dass die Klausel, sofern sie den §§ 307 ff. BGB widerspricht, direkt gem. § 306 Abs. 1 BGB unwirksam wird und es keines weiteren juristischen Aktes wie etwa einer Klage, bedarf.⁷⁹⁷ Außerdem macht es deutlich, dass die Maßstäbe für die Kontrolle im Recht wurzeln müssen und keine reine Billigkeitskontrolle durchgeführt werden darf.⁷⁹⁸

1. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB

Bevor aber die Inhaltskontrolle durchgeführt wird, stellt sich die Vorfrage der Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle. Man könnte davon ausgehen, dass in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung über Nachzahlungsklauseln im Werkvertragsrecht, sei es allgemein oder speziell, kein Ausschluss der der Kontrolle gem. § 307 Abs. 3. S. 1 BGB möglich ist. Dabei würde aber ein

⁷⁹² AG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.02.2006 – 31 C 2972/05, Rn. 24 = NJW 2006, 3010; vgl. auch Besprechung bei: Kappus, NJW 2006, 3010.

⁷⁹³ OLG Frankfurt aM, Urt. v. 18.12.2008 – 16 U 76/08, Rn. 45, juris = RRa 2009, 51-55.

⁷⁹⁴ Freitag, TranspR 2006, 444, 44 ff.; Greiner, RRa 2009, 121, 123 ff.; Purnhagen/Hauzenberger, VuR 2009, 131, 135 ff.; aA die bei Lufthansa beschäftigten: Makiol/Ruckteschell, ZLW 2008, 1, 3 ff.

⁷⁹⁵ BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09 = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

⁷⁹⁶ Fastrich, Inhaltskontrolle, S. 9; Lieb, AcP 178 (1978), 196, 208; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 460.

⁷⁹⁷ Staudinger-Wendland, vor § 307 ff., Rn. 25.

⁷⁹⁸ MwNW: Stoffels, AGB-Recht, Rn. 460; Staudinger-Wendland, vor § 307 ff, Rn. 19.

Problem übersehen, das eine gerichtliche Preiskontrolle im Zusammenhang mit der Privatautonomie im marktwirtschaftlichen System mit sich brächte. Der Markt entscheidet schließlich über die Angemessenheit des Preises und nicht der Richter.⁷⁹⁹ Ob und in welchem Umfang die Kontrolle allgemein durchgeführt werden darf, mithin eine Kontrollunterworfenheit besteht, ist umstritten.⁸⁰⁰ In den beiden besonders beleuchteten Verfahren gegen die ehemaligen ABB von British Airways und Lufthansa bezüglich der Verfallsklausel stellt der BGH zunächst fest, dass die Klauseln der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB unterworfen sind und diese Kontrolle nicht etwa gem. § 307 Abs. 3 S. 2 BGB ausgeschlossen ist. Er erkennt, dass die Leistungsbeschreibung durch das Entgelt auf der einen Seite und den Abflugort, Zielort und den Termin sowie der Passagiere auf der anderen Seite durch den Vertrag bestimmt sind.⁸⁰¹ Änderungen hieran erfolgten durch die Verfallsklausel nicht.⁸⁰² In den Vorinstanzen des British-Airways-Verfahrens bleibt das Problem unerwähnt, während sich der BGH der Argumentation des OLG Köln im Lufthansa-Verfahren diesbezüglich anschließt. Dieser Befund ist richtig, und wird Folgenden genauer erläutert.

a) Problemaufriss und Umfang von § 307 Abs. 3 S. 2 iVm § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

Der Umfang der Kontrolle bestimmt sich nach § 307 Abs. 3 S. 2 BGB iVm § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Dabei wird insbesondere bei zwei häufigen Klauseln in den AGB eines Vertrages die Reichweite der Inhaltskontrolle diskutiert. Diese Elemente sind die deklaratorischen Klauseln einerseits und andererseits die Klauseln, welche die Hauptleistungspflichten festlegen.

Bei den ersten Klauseln geht es um solche, die den Gesetzestext wiederholen. Die Diskussionen hierum spielt für die Arbeit nur eine untergeordnete Rolle. Denn Klauseln, die die Rechtsvorschriften im Wortlaut lediglich wiederholen können nach heute einhelliger Meinung schon allein mit Blick auf Art. 20 Abs. 3 GG nicht ohne weiteres durch den Richter judizierbar sein und deshalb auch keiner Kontrolle unterliegen.⁸⁰³ Eine andere Ansicht vertreten nur *Makiol/Ruckteschell*. Sie gehen grundsätzlich von einem rechtlich unteilbaren „Produkt“ aus verschiedenen Streckenabschnitten aus, auf das sich die Willenserklärung beim Vertragsschluss bezogen hat.⁸⁰⁴ Durch das Nichterscheinen käme es zu einer Unmöglichkeit der Leistungserbringung,

⁷⁹⁹ T. Becker, Auslegung, S. 78 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 71.

⁸⁰⁰ Der Begriff "Kontrollfähigkeit" sollte vermieden werden, vgl.: Dylla-Krebs, Schranken, S. 119.

⁸⁰¹ BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 16, juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 21, juris = NJW 2010, 1958.

⁸⁰² BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 16, juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 21, juris = NJW 2010, 1958.

⁸⁰³ Stoffels, JZ 2001, 843, 844; Dylla-Krebs, Schranken, S. 30 f.; Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 376 ff.; bereits: Lieb, DB 1988, 946, 952.

⁸⁰⁴ Makiol/Ruckteschell, ZLW 2008, 1, S. 10 ff.

weshalb die gesetzliche Rechtsfolge des § 326 Abs. 2 S. 1 BGB greife und die Gegenleistung aufgrund des Verschuldens des Passagiers bestehen bliebe.⁸⁰⁵ Allerdings verkennen sie dabei, dass es dazu eines bewussten Umgehens bedarfs, die Klausel aber auch ein „unbewusstes“ Umgehen, durch Krankheit oder andere Zwischenfälle, einschließt. Daher ist ihnen nicht zu folgen. Ob solche Klauseln an anderer Stelle vorhanden sind, wie es beim OLG Köln anklingt,⁸⁰⁶ ist dabei unerheblich. Im Interesse eines größtmöglichen Schutzes des Kunden muss zunächst eine kundenfeindliche Auslegung gewählt werden und nur wenn die Klausel dennoch Bestand hat, eine kundenfreundliche.⁸⁰⁷ Dass eine Klausel für andere Zwischenfälle hier nicht Verfahrensbestandteil ist, zeigt, dass andere Klauseln zur Auslegung herangezogen werden müssten, was nicht dem Gebot der „kundenfeindlichen“ Auslegung entspricht.

Spannend ist aber die Diskussion um die Inhaltskontrolle bzw. deren Ausnahmen bei Klauseln bezüglich der Hauptleistungspflichten, also meist den Preis- und Leistungsbestimmungen. Teilweise wird eine solch einschränkende Funktion des § 307 Abs. 3 BGB nicht geteilt und auf eine lediglich deklaratorische Funktion verwiesen.⁸⁰⁸ Diesem Verständnis ist aber nicht zu folgen:⁸⁰⁹ Das zeigt zum einen die Gesetzesbegründung zum AGBG. Diese Begründung zu § 8 AGBG gilt für den inhaltsgleich in § 307 Abs. 3 S. 1 BGB übernommen Satz immer noch und dort heißt es: Die Leistungsbeschreibung einschließlich etwaiger in AGB enthaltener Festlegungen des Entgelts unterliegen der Inhaltskontrolle demnach ebenso wenig wie AGB, die lediglich den Inhalt gesetzlicher Regelungen wiedergeben. Denn aufgrund der Inhaltskontrolle nach den §§ 7 bis 9 soll weder eine Kontrolle der Preise oder Leistungsangebote ermöglicht noch sollen Vorschriften anderer Gesetze modifiziert werden.⁸¹⁰ Dabei entspricht der im Vergleich zum AGBG § 8 in § 307 Abs. 3 S. 2 BGB zusätzlich eingefügte Satz den Vorgaben der RL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verwaltungsverträgen, in deren Artikel 4 Abs. 2 es heißt: „Die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit der Klauseln betrifft weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, sofern diese Klauseln klar

⁸⁰⁵ *Makiol/Ruckteschell*, ZLW 2008, 1, 11.

⁸⁰⁶ *OLG Köln*, Urt. v. 31.07.2009 – I-6 U 224/08; 6 U 224/08, Rn. 19, juris = RRa 2009, 245-249.

⁸⁰⁷ Vgl. nur: *Staudinger-Mäsch*, § 305c, Rn. 92.1; *MüKo-BGB-Fornasier*, § 305c, Rn. 50; *BGH*, Urt. v. 10.06.2020 – VIII ZR 289/19 = ZIP 2020, 2068-2075.

⁸⁰⁸ Bspw: *Billing*, Bedeutung, S. 149 f.

⁸⁰⁹ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 14; instruktiv auch: *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 420.

⁸¹⁰ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 14; Begr. RegE, BT-Drucks. 7/3919 S. 22 zum § 6 des RegE, der § 8 des verkündeten AGBG vom 9. Dezember 1976 und zum heutigen, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB wurde.

und verständlich abgefasst sind.“⁸¹¹ Die Transparenzkontrolle bleibt also auch in diesen Fällen bestehen.⁸¹²

Zum anderen sind Art. 1 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2 und die Erwägungsgründe 13 und 19 der Klauselrichtlinie 93/13/EWG, die Vorbild der Norm war, für diesen Befund ausschlaggebend.⁸¹³ Ferner spielen auch verfassungsrechtliche und marktwirtschaftliche Gründe eine Rolle, jedenfalls für die Vorgängernorm.⁸¹⁴

Die Diskussion um die Hauptleistungspflichten wird dabei an zwei Ansatzpunkten festgemacht: Einerseits die Leistungsbeschreibung und andererseits die Preisvereinbarung. Für die Verfallsklauseln ist, im Gegensatz zu den Nachzahlungsklauseln, die Leistungsbeschreibung relevant. Der Diskussionsstand zu dem, was dabei kontrollunterworfen ist und was nicht, ist äußerst vielfältig und kann hier nur grob zusammengefasst werden.⁸¹⁵

b) Leistungsbeschreibung in der Verfallsklausel

Klauseln, welche die Leistung beschreiben, unterfallen nicht der Klauselkontrolle.⁸¹⁶ Leistungsbeschreibungen sind dabei solche Formulierungen, die Art, Umfang und Güte festlegen, die für die Leistung geltenden gesetzlichen Vorschriften dabei aber unberührt lassen.⁸¹⁷ Klauseln, die das Hauptleistungsverprechen "einschränken, verändern oder aushöhlen", ja sogar nur "ausgestalten" oder "modifizieren" sollen hingegen der Inhaltskontrolle unterliegen.⁸¹⁸ Dies wird mit dem Schutzzweck dahingehend begründend, dass die Leistung nicht durch die Kontrolle verkürzt werden soll.⁸¹⁹ Nicht kontrollunterworfen ist also nur der Bereich an Klauseln, ohne den mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit kein wirksamer Vertrag mehr angenommen werden kann.⁸²⁰ Der Kern der Leistungszusage bleibt der Kontrolle entzogen, wobei sich beim Fehlen einer gesetzlichen Leistungsbeschreibung die Beschreibung dieses Leistungszusagekerns aus dem Vertragszweck ergibt.⁸²¹

⁸¹¹ Vgl. Staudinger-Wendland, § 307 Rn. 281.

⁸¹² Staudinger-Wendland, § 307 Rn. 282.

⁸¹³ Vgl. nur: Staudinger-Wendland, § 307 Rn. 283; Dylla-Krebs, Schranken, S. 111 ff.; Niebling, Schranken, S. 154 ff.

⁸¹⁴ Vgl.: Dylla-Krebs, Schranken, S. 152 ff.

⁸¹⁵ Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 14 ff.; Staudinger-Wendland, § 307, Rn. 310 ff.; Dylla-Krebs, Schranken, S. 158 ff.; Vgl. auch: Horn, WM 1997, Sonderbeilage 1, 8 ff.

⁸¹⁶ Stoffels, AGB-Recht, Rn. 439 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 37 ff.; MüKo-BGB-Wurmnest, § 307, Rn. 13.

⁸¹⁷ BGH, Urt. v. 12.03.1987 – VII ZR 37/86, Rn. 55, juris = BGHZ 100, 158; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 37; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 441 ff.; MüKo-BGB-Wurmnest, § 307, Rn. 13.

⁸¹⁸ BGH, Urt. v. 12.03.1987 – VII ZR 37/86, Rn. 55, juris = BGHZ 100, 158; unter Zitat von Literatur.

⁸¹⁹ BGH, Urt. v. 12.03.1987 – VII ZR 37/86, Rn. 55, juris = BGHZ 100, 158.

⁸²⁰ BGH, Urt. v. 12.03.1987 – VII ZR 37/86, Rn. 55, juris = BGHZ 100, 158.

⁸²¹ Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 41.

Für den Personenluftbeförderungsvertrag ergibt sich Folgendes: Einerseits ist geklärt, dass diese Verträge eine Unterkategorie des Werkvertrages sind. Dieser ist auch ohne diese Bestimmung durchführbar, die Kontrolle müsste also erfolgen. Allerdings haben sie auch spezifische Eigenarten, insbesondere in der Form des unflexiblen Personenluftbeförderungsvertrages. Diese Eigenarten charakterisieren den Personenluftbeförderungsvertrag, sie typisieren ihn. Kritik erfährt diese Beschränkung deshalb, weil sie zu eng begrenzt sei.⁸²² Darüber hinaus bestünde die Gefahr, dass die Kontrollunterworfenheit vor allem dann deshalb bejaht werde, wenn die Klausel missbilligt werde, was zu einer Verkümmernng des Aussagegehaltes von § 307 Abs. 3 S. 1 BGB führe.⁸²³ *Dylla-Krebs* kritisiert zurecht, dass nicht alle Hauptleistungspflichten auch essentialia negotii seien, und führt als Beispiel die Abnahmepflicht im Werkvertrag gem. § 640 BGB an.⁸²⁴ Dennoch ist für die Verfallsklausel eine solche Kritik nicht angebracht. Diese Klausel stellt keine Leistungsbeschreibung dar, vielmehr handelt es sich um eine Leistungsverweigerungsmöglichkeit. Eine solche kann nicht Hauptleistungspflicht geworden sein.

2. Materielle Inhaltskontrolle

Für die materielle Inhaltskontrolle der Verfallsklausel sind zwei Elemente erwähnenswert. Das sind die besonderen Klauselverbote der §§ 309 Nr. 5 und Nr. 6 BGB einerseits und andererseits die Generalklausel des § 307 BGB. In den beiden besonders beleuchteten und wichtigen Verfahren gegen die Verfallsklausel in den ehemaligen ABB der British-Airways und der Lufthansa stellt der BGH hingegen nur darauf ab, dass die Klausel den Kunden gem. § 307 Abs. 1 BGB benachteilige, da sie diesem das gem. § 242 BGB zustehende Recht auf Teilleistung verhindere. Dafür stellt der BGH die grundsätzliche Möglichkeit des Forderns von Teilleistung auch bei Flugreisen mit mehreren Flugsegmenten heraus.⁸²⁵ Dabei findet sich im Gesetz zum Thema lediglich die Norm § 266 BGB.⁸²⁶ Diese regelt jedoch nur die andere Seite, nämlich die fehlende Berechtigung des Schuldners, Teilleistungen anzubieten. Im Umkehrschluss, da eine Verbotsnorm fehlt, müsse aber das Fordern von Teilleistungen, jedenfalls im Rahmen von § 242, erlaubt sein.⁸²⁷ Ferner sei die Leistung in mehrere Flüge in tatsächlicher und rechtlicher

⁸²² *Niebling*, Schranken, S. 167.

⁸²³ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 42.

⁸²⁴ *Dylla-Krebs*, Schranken, S. 164. ff.

⁸²⁵ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 23 ff., juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 11 ff., juris = in Auszügen: RRA 2010, 191-192

⁸²⁶ Zu den Streckenbindungsklauseln (Nachzahlungsvariante): *Pöschke*, JZ 2020, 928, 934; allgemein befürwortend bzgl. des Rechts Teilleistungen fordern zu können: *NK-BGB-Schwab*, § 266, Rn. 17; *Staudinger-Bittner/Kolbe*, § 266, Rn. 36; *Erman BGB-Artz*, § 266, Rn. 7; *BGH*, Urt. v. 11.11.1977 – V ZR 235/74 = WM 1978, 192.

⁸²⁷ *Staudinger-Bittner/Kolbe*, § 266 Rn. 36.

Hinsicht teilbar.⁸²⁸ Da bezüglich der Leistungspflicht der Fluggesellschaft keine absolute Fixschuld vorliegt, kommt hier kein Erlöschen des Erfüllungsanspruchs in Betracht, aber selbst in Fällen absoluter Fixschuld hindere dies die Teilleistungsforderung nicht.⁸²⁹ Auch *Greiner* begründet die Unwirksamkeit von Verfallsklauseln mit einem *argumentum e contrario* des § 266 BGB.⁸³⁰

a) Vertragsstrafe gem. § 309 Nr. 6 BGB

Von den in Frage kommenden speziellen Klauselverboten fällt insbesondere § 309 Nr. 6 BGB auf, also die Unwirksamkeit von Vertragsstrafen in den AGB. Unter dieser kann man die Pflicht zur Zahlung des Flugpreises unter Fortfall der Gegenleistung ansehen. Somit hat der Flugpreis(teil) für das verfallende Flugsegment keine synallagmatische Gegenleistung mehr und schwebt gleichsam in der Luft. Die Vertragsstrafe ist dabei ein aufschiebend bedingtes Leistungsversprechen.⁸³¹ Sie ist bifunktional und dient einerseits dazu, die ordnungsgemäße Erfüllung der Pflichten aus dem Schuldverhältnis sicher zu stellen⁸³² und andererseits dem Gläubiger eine vereinfachte Schadloshaltung im Fall der Pflichtverletzung ermöglichen.⁸³³ Dabei ist die Norm auf unselbstständige Strafversprechen zugeschnitten, kann aber auch auf selbstständige Strafversprechen analog angewendet werden.⁸³⁴ Kennzeichen kann dabei eine indirekte Vermögensmehrung über das Vertragserfüllungsinteresse hinaus sein.⁸³⁵ Für Streckenbindungsklauseln ganz allgemein wird üblicherweise keine Vertragsstrafe iSd § 309 Nr. 6 BGB angenommen.⁸³⁶ Allerdings werden zu Recht Ausnahmen für die spezielle Verfallsklausel in Personenluftbeförderungsverträgen gemacht.⁸³⁷ Da Vermögensmehrung nur beim Weiterverkauf an einen anderen Kunden entstehen kann, unterscheidet *Greiner* zwischen Cross-ticketing und Cross-border-selling. Nur beim Cross-ticketing gäbe es regelmäßig genug Zeit, den Platz noch weiterzuverkaufen.⁸³⁸ Angesichts der häufigen Überbuchungspraxis und Standby-Listen mit

⁸²⁸ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 25, juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 16, juris = in Auszügen: RRA 2010, 191-192.

⁸²⁹ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 26, juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 17, juris = in Auszügen: RRA 2010, 191-192.

⁸³⁰ *Greiner*, RRA 2009, 121, 123 f.

⁸³¹ *Staudinger-Rieble*, Vor § 339 ff., Rn. 1.

⁸³² *Staudinger-Rieble*, Vor §§ 339 ff., Rn. 5.

⁸³³ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 895.

⁸³⁴ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 896.

⁸³⁵ *Staudinger-Coester-Waltjen*, § 309 Nr. 6, Rn. 8.

⁸³⁶ Vgl. mwNw: *Staudinger-Coester-Waltjen*, § 309 Nr. 6, Rn. 8; generell befürwortend aber: *WLP-Dammann*, § 309 Nr. 6, Rn. 17.

⁸³⁷ *Purnhagen/Hauzenberger*, VuR 2009, 131, 136; *Greiner*, RRA 2009, 121, 124; *Freitag*, TranspR 2006, 444, 447.

⁸³⁸ *Greiner*, RRA 2009, 121, 124. Ebenso: *Staudinger-Coester-Waltjen*, § 309 Nr. 06, Rn. 8 *Purnhagen/Hauzenberger*, VuR 2009, 131, 136 *Freitag*, TranspR 2006, 444, 447 *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 898

Passagieren (häufig zu speziellen Preisen), die nur im Falle freier Plätze mitfliegen dürfen, ist dieses Argument jedoch auch auf das Cross-border-selling auszuweiten. Gegen die Annahme einer Vertragsstrafe wird ins Feld geführt, dass es sich hier nicht um eine zusätzliche Leistung handelt, sondern um die Verweigerung einer solchen unter gleichzeitiger Verweigerung des Rückzahlungsanspruchs.⁸³⁹ Jedoch ähnelt die Wirkung der Verfallsklausel einer Vertragsstrafe so sehr, so dass von dieser hier ausgegangen werden kann. Etwas anderes gilt für die Nachzahlungsklausel, wie zu zeigen sein wird.

b) Unangemessene Benachteiligung gem. § 307 BGB

Zudem kommt ganz generell eine unangemessene Benachteiligung iSd § 307 Abs. 1 i.V. mit Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht. Hierbei kommt es insbesondere auf die Abwägung der Interessen beider Parteien an. Nach dem BGH hat die Fluggesellschaft ein schützenswertes Interesse, günstige Umsteigeverbindungen anbieten zu können. Dabei müssen sie auf das unterschiedliche Preisniveau vor Ort reagieren können, aber etwa auch die Unannehmlichkeit eines Umstiegs durch einen niedrigeren Preis kompensieren können, um marktfähig zu bleiben.⁸⁴⁰ Auf der anderen Seite stehen jedoch die Interessen des Passagiers, auf nachträgliche Änderungen der Planungen und das Eintreten sonstiger Umstände, angemessen reagieren zu können und so etwa nur einen Teil der gebuchten Strecke in Anspruch zu nehmen.⁸⁴¹ Diesem Interesse wird aber eine einfache Umbuchungsmöglichkeit nicht gerecht, da sie unter Umständen mit Nachzahlungen verbunden ist.⁸⁴² Durch diese einseitige Berücksichtigung des Interesses der Fluggesellschaft zu Lasten denen des Passagiers, obwohl es mit der Nachzahlungsvariante eine mildere und die Interessen auf beiden Seiten besser wahrende Alternative gäbe, ist die Verfallsklausel zu Recht unwirksam.⁸⁴³ Freitag bezieht in seine Abwägung die Unterscheidung von flexiblen und unflexiblen Verträgen und die in den beiden Varianten unterschiedlich hervortretenden Interessen mit ein.⁸⁴⁴ Diese Unterscheidung ist wichtig, allerdings eher für die AGB-Kontrolle der Nachzahlungsvariante. Dort kommt es nämlich darauf an, dass das Interesse an einem nied-

⁸³⁹ Ulmer/Brandner/Hensen (12. Aufl)-Fuchs, § 309, Nr. 6 BGB, Rn. 19.

⁸⁴⁰ BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 30, juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 21, juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192; vgl. auch: Makiol/Ruckteschell, ZLW 2008, 1, S. 3 ff.

⁸⁴¹ BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 31, juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 22, juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

⁸⁴² BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 32, juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 23, juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

⁸⁴³ BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 33 ff., juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 24 ff., juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

⁸⁴⁴ Freitag, TranspR 2006, 444, 445 f.

rigen Ticketpreis auf der Seite des Kunden einer zunehmende Festlegung ohne Änderungsmöglichkeit auf der anderen Seite entspricht. Anders zur Interessenverteilung bei der Verfallsklausel die Auffassung von *Makiol/Ruckteschell*: Nach ihnen stellt der Flug als Gesamtheit eine Einheit dar, die, obwohl technisch möglich, nicht aufgeteilt werden dürfe. Hintergrund sei, dass die Leistung aus der Gesamtzahl von Flügen, dem „Produkt“ bestehe.⁸⁴⁵ Nur darauf bezöge sich die Willenserklärung der Fluggesellschaft bei Vertragsabschluss gem. § 133 BGB.⁸⁴⁶ Allerdings ließe sich mit dieser Argumentation allenfalls der Vergütungsanspruch gem. § 326 Abs. 1 S. 2 BGB aufrechterhalten, nicht aber der Verfall des Beförderungsanspruchs auf einem Streckenabschnitt, da es sich eben nicht um eine Leistung mit absolutem Fixschuldcharakter handelt, vgl. oben. Das gilt wie festgestellt auch für den flexiblen Personenluftbeförderungsvertrag. Zu einem anderen Ergebnis als der BGH und überwiegende Teil der Literatur kommt auch das OLG Köln: Es betont die Freiheit der Fluggesellschaft, die Konditionen des Personenluftbeförderungsvertrages selbst festlegen und den Passagier an diese binden zu können.⁸⁴⁷ Das ist zwar grundsätzlich nachvollziehbar und richtig, gilt aber nur im einzeln ausgehandelten Vertrag. Die gesamte Schutzwirkung des AGB-Rechts wird durch eine solche Analyse aber nicht hinreichend berücksichtigt. Deshalb gilt diese nicht für die betroffene AGB-Klausel.

c) Kein Ausschluss durch Treu und Glauben

Der BGH betont, dass die grundsätzliche Möglichkeit der Teilleistung nicht im Rahmen von Treu und Glauben eingeschränkt wird.⁸⁴⁸ Dieser Befund ist richtig, da keine Unterscheidung zwischen den Ursachen der Nicht-Inanspruchnahme des Flugsegments getroffen wird.⁸⁴⁹ Dabei geht der BGH allerdings nicht auf das Element ein, ob im Falle eines bewussten Unterlaufens etwas anderes gelten müsste: die Klauseln, über die er entschied, enthielten jedenfalls eine solche Beschränkung auf die Fälle des Unterlaufens nicht. Der OGH tut dies hingegen, wie später zu zeigen sein wird.⁸⁵⁰

IV. Zwischenergebnis

Obwohl die Streckenbindungsklausel in ihrer Verfallsvariante nach hier vertretener Ansicht schon überraschend gem. § 305c BGB und damit nicht einmal Vertragsbestandteil geworden

⁸⁴⁵ *Makiol/Ruckteschell*, ZLW 2008, 1, 10.

⁸⁴⁶ *Makiol/Ruckteschell*, ZLW 2008, 1, 10.

⁸⁴⁷ *OLG Köln*, Urt. v. 31.07.2009 – I-6 U 224/08; 6 U 224/08, Rn. 16, juris = RRa 2009, 245-249.

⁸⁴⁸ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 28, juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 19, juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

⁸⁴⁹ AA wie oben angesprochen: *Makiol/Ruckteschell*, ZLW 2008, 1, S. 10 ff.

⁸⁵⁰ *OGH*, Urt. v. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z, Rn. 110 = BeckRS 2021, 13849.

ist, überzeugt auch die Annahme einer inhaltlichen Unwirksamkeit. Dies gilt jedoch nur für die pauschale Verfallsklausel und nicht zwangsläufig für eine angepasste Klausel in Form der Nachzahlungsklausel. Die pauschale Verfallsklausel ist nämlich nicht mit den gesetzlichen Wertungen des Personenluftbeförderungsvertrages gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 iVm Abs. 1 BGB sowie des Verbots der Vertragsstrafe gem. § 309 Nr. 6 BGB in Einklang zu bringen. Der BGH stellt in seiner Entscheidung vor allem auf die beiden Interessenspositionen von Fluggesellschaft und Passagier ab. Er setzt sich auch mit der Preisfindung auseinander. Die gesamte Komplexität deckt er dabei aber nicht auf, sondern beschränkt sich auf die Unbeliebtheit von Umsteigeverbindungen und das unterschiedliche Preisniveau. Die Argumentation lässt sich durch die oben dargestellten „fences“ aber weiter unterfüttern. Auch sie führen zu einem Interesse der Fluggesellschaft, das Umgehen des Tarifs verhindern zu wollen.

Dass dabei die Lösung des BGHs die Nachzahlungsklausel ist, führt zu weiteren Problemen, welche im folgenden Abschnitt analysiert werden.

C Die Implementierung der Nachzahlungsklausel in Allgemeinen Beförderungsbedingungen

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Streckenbindungsklauseln in Form der Nachzahlungsklausel in den ABB verwendet werden können. Bisher wurde aufgezeigt, dass die Streckenbindungsklauseln in Form der Verfallsklausel eben nicht verwendet werden können. Der BGH hat selbst die Nachzahlungsklausel als Form des Interessenausgleichs in seinen beiden bereits besprochenen Entscheidungen vorgeschlagen. Dem haben sich auch die ABB zahlreicher Fluggesellschaften angepasst. Genauer untersucht wird wieder die Beispielsklausel der Lufthansa, andere IATA-Netzwerkairline verwenden aber ähnliche Klauseln. Ähnlichkeiten zum vorstehenden Abschnitt im Rahmen der Prüfung der Verfallsklausel sind offenkundig. Deshalb wird insbesondere auf die Unterschiede zur oben geprüften Verfallsklausel eingegangen. Dabei werden die Nachzahlungsklauseln vorwiegend in ihrer Differenzvariante betrachtet, also in der Form, dass die Differenz zwischen tatsächlichem Preis und dem hypothetisch für die in Anspruch genommene Flugstrecke zum Buchungszeitpunkt zu zahlenden Preis nachbezahlt werden soll. Bezüglich der allgemeinen Ausführungen zum Vorliegen von AGB wird auf oben verwiesen.

I. Einbeziehungskontrolle

Die Einbeziehung der Nachzahlungsklausel ist wie bei der Verfallsklausel möglich. Problematischer ist allerdings die Frage, ob hier ebenfalls ein Überraschungseffekt vorliegt, gem. § 305c BGB.

Der dort beschriebene Überraschungseffekt als Ausprägung des Transparenzgebots aus § 307 BGB⁸⁵¹ hat zwei Voraussetzungen, wie oben bereits erörtert wurde.

1. Objektive Elemente

Die angesprochene Klausel gilt, so wie sie aktuell verwendet wird, für Tarife die „die Einhaltung einer festen Flugscheinreihenfolge“ vorsehen. Wenn eine solche Beschränkung der Klausel vorliegt, gilt diese also nur für die Unterkategorie des unflexiblen Personenluftbeförderungsvertrags. Dieser ist unter anderem durch strenge Umbuchungs- und Stornierungsregeln gekennzeichnet. Objektiv finden sich diese Art Klauseln in zahlreichen Netzwerk-Fluggesellschaften, was durch die Vorschläge der IATA bedingt ist. Man kann hier tatsächlich von einem typischen Vertragsbestandteil sprechen. Objektiv überraschen kann die Klausel also nicht.

2. Subjektives Element

Anders verhält es sich jedoch mit dem subjektiven, persönlichen Element.

a) Ablehnende Ansicht

Teilweise wird das Vorliegen eines subjektiv überraschenden Elements abgelehnt. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Vorbildwirkung des BGH im Rahmen seiner Verfallsklausel. Einen Verstoß gegen das Verbot ungewöhnlicher Bestimmung iSv § 305c Abs. 1 BGB vermag das AG Berlin-Mitte in seiner Entscheidung zur aktuellen Nachzahlungsklausel nicht zu sehen.⁸⁵² Dies beruhe darauf, dass die Erkenntnis, dass Einzelflüge teurer als eine Gesamtreise seien, allgemein bekannt sei.⁸⁵³ Dem schließt sich *Hoffmann-Grambow* an und verweist darauf, dass bei Online-Buchungen häufig die Pflicht zur Einhaltung der Flugscheinreihenfolge hervorgehoben sei.⁸⁵⁴ Nun ist die aktuelle AGB-Klausel recht genau nach dem Vorbild einer milderen Klausel durch die oben besprochenen BGH-Entscheidungen⁸⁵⁵ nachgebildet. Was nach

⁸⁵¹ Ulmer/Brandner/Hensen-C. Schäfer, § 305c, Rn. 2.

⁸⁵² *AG Berlin-Mitte*, Urt. v. 10.12.2018 – 6 C 65/18, Rn. 17, juris. = RRa, 2019, 186.

⁸⁵³ *AG Berlin-Mitte*, Urt. v. 10.12.2018 – 6 C 65/18, Rn. 18, juris = RRa, 2019, 186.

⁸⁵⁴ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 259.

⁸⁵⁵ Rn. 35, jurisBGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 26, juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

Auffassung des BGH also einem rechtmäßigen Interessenausgleich dient, könne nach Ansicht der Richter am AG Berlin-Mitte also nicht überraschend im Sinne des § 305c BGB sein. Dem ist jedoch an dieser Stelle zu widersprechen.

b) Befürwortenden Ansicht

Richtigerweise wird ein subjektiv überraschender Effekt der Klausel bejaht. So zeigt es ein Blick zum OGH Wien. Dieser wurde 2012 unter anderem über die Wirksamkeit folgender Klausel der Austrian Airlines konfrontiert: ⁸⁵⁶ „Wenn Sie die Flugcoupons nicht in der angegebenen Reihenfolge verwenden, werden wir den anwendbaren Preis für die tatsächlich von Ihnen beabsichtigte Reiseroute verrechnen. Bei Änderung der vereinbarten Flugstrecken bzw. deren Reihenfolge können Sie unbenutzte Coupons nur dann in Anspruch nehmen, wenn Sie die Differenz („Aufpreis“) zwischen dem von Ihnen bereits bezahlten Preis und dem Preis für die tatsächlich gewählte Beförderung zum Buchungszeitpunkt bezahlen.“ Dabei ist hier das österreichische ABGB anwendbar und streitentscheidend. Dieses hat mit seinem § 864a eine mit § 305c BGB vergleichbare Regelung, die in beiden Fällen zur Nichtberücksichtigung „ungewöhnlicher“ Klauseln führt. Neben dem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus § 879 Abs. 3 ABGB, welches mit seiner Generalklausel dem § 307 Abs. 1 ähnelt, hat sich der OGH auch zum § 864a ABGB geäußert. Darin ist das Prinzip verankert, dass den Klauselgegner benachteiligende Klauseln in AGB, mit denen die Gegenseite nicht zu rechnen braucht, ohne gesonderten Hinweis nicht Vertragsbestandteil werden. Dabei wird ebenso wie in § 305c Abs. 1 BGB auf die Ungewöhnlichkeit als Tatbestandsmerkmal abgestellt, was die Rechtsprechung des OGH in diesem Zusammenhang auch für das deutsche Recht fruchtbar macht. Das österreichische Recht hat noch weitere Tatbestandsvoraussetzungen positiver und insbesondere negativer Art, die das deutsche Recht in diesem Zusammenhang nicht kennt. Dennoch erkennt der OGH hier eine Ungewöhnlichkeit der Klausel an, da der durchschnittliche Verbraucher eben gerade nicht den teureren Einzelflug bucht, wenn er doch auch die Möglichkeit hat, einen günstigeren Flug zu buchen, der sogar noch mehr Flüge erhält. ⁸⁵⁷

Auch *Pöschke* spricht sich richtigerweise für die Annahme eines Überraschungseffekts bei Nachzahlungsklauseln aus. ⁸⁵⁸ Für ihn ist es „aus der Sicht des durchschnittlichen Kunden einer Fluggesellschaft schlicht nicht einleuchtend, aus der an sich schon schwer nachvollziehbaren Tatsache, dass die Buchung einer Einzelstrecke teurer als ein Hin- und Rückflugticket ist, zu

⁸⁵⁶ OGH, Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i = BeckRS 2013, 80893.

⁸⁵⁷ OGH, Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i, Ziff. A 1.2 = BeckRS 2013, 80893.

⁸⁵⁸ *Pöschke*, JZ 2020, 928, 930 f.

schließen, dass er bei Buchung einer Rundreise einen erheblichen Aufpreis zahlen muss, wenn er ein Segment nicht in Anspruch nimmt.“⁸⁵⁹ Er habe, wie im Suppenbeispiel, für die umfangreichere Leistung bezahlt und zudem könne die Fluggesellschaft auf dem freien Platz ggf. sogar noch eine weitere zahlende Person befördern.⁸⁶⁰

3. Wertung

Es spricht also auch bei der Nachzahlungsklausel viel für eine „Überraschklausel“ und somit keine Einbeziehung in den Vertrag. Dabei kommt es zur Bewertung eines Überraschungseffekts auch nicht auf seine geschulte Blickrichtung, sondern auf die Sicht des allgemeinen Bürgers an. Dabei spielen auch die konkreten Verhältnisse beim Vertragsschluss eine Rolle.⁸⁶¹ Ein solcher Bürger dürfte durch eine solche Klausel innerhalb der ABB durchaus überrascht sein, wie es vor allem der OGH dargelegt hat. Ferner kann der Kunde erwarten, dass die wesentlichen Elemente seines Vertrages per Tarifbedingungen geregelt werden. Erfahrungsgemäß sind die AGB für die Regelung von Nebensächlichkeiten und Eventualfälle reserviert.⁸⁶² Dazu gehören aber nun nicht die erheblichen Änderungen der Pflichten der Fluggesellschaft im Falle eines Nicht-Antritts, wenn diese in den ABB geregelt sind. Jedoch steht außer Frage, dass die Klausel außerhalb der ABB, nämlich vor allem in den dem Passagier bei der Buchung angezeigten Tarifbedingungen, ihren subjektiv überraschenden Charakter verlöre. Dass dies bereits jetzt bei der Online-Buchung „ausdrücklich und optisch hervorgehoben ist“⁸⁶³ wird nicht geteilt.

II. Inhaltskontrolle

Es soll nun die Streckenbindungsklausel der Inhaltskontrolle unterzogen werden. Es wird gezeigt werden, dass die Klausel dieser gem. §§ 307 ff. BGB nicht stand hält. An zunächst allgemeine Erwägungen für beide Varianten schließt sich eine differenzierte Betrachtung der Nachzahlungsklauseln in ihren beiden Varianten, Differenzvariante und Nachzahlungsvariante, an.

⁸⁵⁹ Pöschke, JZ 2020, 928, 931.

⁸⁶⁰ Pöschke, JZ 2020, 928, 931.

⁸⁶¹ MwNw: Ulmer/Brandner/Hensen-C. Schäfer, § 305c, Rn. 13a.

⁸⁶² WLP-Lindacher/Hau, § 305c Rn. 1.

⁸⁶³ Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 259.

1. Auslegung und Anwendungsbereich

Grundsätzlich sind AGB-Klauseln gem. §§ 133, 15 BGB objektiv auszulegen. Ergänzend sieht § 305c Abs. 2 BGB eine Unklarheitenregel zu Lasten des Verwenders vor.⁸⁶⁴ Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob durch die Klausel lediglich diejenigen zur Nachzahlung verpflichtet werden, die durch die Umgehungsmethoden bewusst das Preissystem umgangen haben, oder ob hingegen alle Fälle nachträglicher Änderungen hierunter fallen. Hier hilft die § 305c Abs. 2 BGB weiter, denn der Begründungsaufwand für erstere Variante wäre sehr hoch und zeigt sich nicht klar. Deshalb ist zunächst eine kundenfeindliche Auslegung zu wählen und, falls die Klausel dennoch bestand hat, dann die kundenfreundlichste.⁸⁶⁵

2. Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB

Bevor die Inhaltskontrolle durchgeführt wird, stellt sich die Vorfrage der Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle, also die Frage nach dem Anwendungsbereich der Kontrolle. Es könnte zunächst davon ausgegangen werden, dass in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung über Nachzahlungsklauseln im Werkvertragsrecht, sei es allgemein oder speziell, kein Ausschluss der Kontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB möglich ist. Wie schon oben gesagt würde aber ein Problem übersehen, das eine gerichtliche Preiskontrolle im Zusammenhang mit der Privatautonomie im marktwirtschaftlichen System mit sich brächte. Dabei ist zu beachten, dass im Gegensatz zum intensiv diskutierten Problemfeld der Preisanpassungsklauseln hier allenfalls ein Teilbereich betroffen ist: Der Passagier hat die Preiserhöhung durch sein eigenes Verhalten nämlich selbst in der Hand. Auf diese Weise greifen die üblichen Preisanpassungsgründe nicht und es liegt auch keine der Preisanpassungsklauseln, wie etwa bei Energielieferungsverträgen, vor.⁸⁶⁶

a) Problemaufriss

Der Umfang der Kontrolle bestimmt sich wie gesehen nach § 307 Abs. 3 S. 2 BGB iVm § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Dabei werden bei zwei Elementen eines Vertrages die Reichweite der Inhaltskontrolle diskutiert. Einerseits sind es die deklaratorischen Klauseln und andererseits die Klauseln, welche die Hauptleistungspflichten festlegen.

⁸⁶⁴ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 365 ff.

⁸⁶⁵ Vgl. nur: *Staudinger-Mäsch*, § 305c, Rn. 92.1; *MüKo-BGB-Fornasier*, § 305c, Rn. 50; *BGH*, Urt. v. 10.06.2020 – VIII ZR 289/19 = ZIP 2020, 2068-2075.

⁸⁶⁶ Vgl.: *Krämer*, Preisanpassungsklauseln, S. 20, 37 ff.

b) Leistungsbeschreibung

Klauseln, welche die Leistung beschreiben, unterfallen nicht der Klauselkontrolle.⁸⁶⁷ Das wurde bereits oben erörtert. Die Streckenbindungsklausel beschreibt auch in ihrer Form der Nachzahlungsklausel keine Leistung. Danach eröffnet sich hier also kein Spielraum für eine Verneinung der Kontrollunterworfenheit.

c) Preisvereinbarung

Hier wird jedoch eine Regelung über den Preis getroffen, der unter Umständen erhöht wird. Grundsätzlich unterliegen diese Preisvereinbarungen keiner Kontrolle.⁸⁶⁸ Der Grund hierfür ist einleuchtend: Auf dem Markt bilden sich die Preise privatautonom selbst und unterliegen keiner richterlichen Preiskontrolle, allein schon, weil es keinen entsprechenden Kontrollmaßstab gibt.⁸⁶⁹ Anders formuliert: Grundsätzlich entscheidet der Markt über die Angemessenheit des Preises und nicht der Richter, da ein „*iusitum pretium*“ durch Richter kaum zu finden ist.⁸⁷⁰ Dieser Hintergrund leuchtet ein. Die genaue Unterscheidung, was unter einer kontrollunfähigen Preisabrede einerseits und was unter einer kontrollunterworfenen Preisnebenabrede andererseits zu verstehen ist, ist umstritten und komplex.⁸⁷¹ Für die Beschreibung dieses Problems ist der Wortlaut von § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht sehr hilfreich.⁸⁷² Abstrakt lässt sich formulieren, dass eine Preisabrede eine solche Vereinbarung ist, die unmittelbar äquivalent zu einer Gegenleistung steht und eine Preisnebenabrede hingegen eine Vereinbarung darstellt, deren Erfüllung eine Nebenpflicht ist und die sich nur mittelbar auf das Verhältnis Leistung-Gegenleistung auswirkt.⁸⁷³ Die Hauptleistungen und das Äquivalenzverhältnis zur Gegenleistung und sind somit kontrollfrei.⁸⁷⁴ Schwieriger ist jedoch die konkrete Abgrenzung: Zu den kontrollfreien Preisvereinbarungen gehören die Bestimmungen, die unmittelbar die Art und den Umfang der Vergütung festlegen.⁸⁷⁵ Zu den kontrollunterworfenen Preisnebenabreden hingegen gehören die

⁸⁶⁷ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 439 ff.; *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 37 ff.; *BGH*, Urt. v. 05.06.1984 – X ZR 75/83, Rn. 11, juris = BGHZ 91, 316-320; Urt. v. 23.08.2018 – III ZR 192/17 = NJW 2019, 47-50.

⁸⁶⁸ Vgl. mwNw: *WLP-Pfeiffer*, § 307, Rn. 303; *Horn*, WM 1997, Sonderbeilage 1, 8 ff.; st. Rspr., vgl. nur: *BGH*, Urt. v. 23.08.2018 – III ZR 192/17, Rn. 14 = NJW 2019, 47-50.

⁸⁶⁹ *BGH*, Urt. v. 23.08.2018 – III ZR 192/17, Rn. 14 = NJW 2019, 47-50.

⁸⁷⁰ *Canaris*, NJW 1987, 609, 613 f.; *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 71.

⁸⁷¹ Vgl.: *Canaris*, NJW 1987, 609, 613; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 443 ff.; Vgl. auch: *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 71 ff.; *Jerger*, NJW 2019, 3752.

⁸⁷² *Staudinger-Wendland*, § 307, Rn. 283.

⁸⁷³ *BGH*, Urt. v. 05.06.1984 – X ZR 75/83 = BGHZ 91, 316-320; *Jerger*, NJW 2019, 3752; krit.: *Staudinger-Wendland*, § 307, Rn. 321.

⁸⁷⁴ *Staudinger-Wendland*, § 307 Rn. 284.

⁸⁷⁵ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 71; *BGH*, Urt. v. 24.11.1988 – III ZR 188/87, Rn. 17, juris = BGHZ 106, 42; Urt. v. 07.05.1991 – XI ZR 244/90, Rn. 15, juris = BGHZ 114, 330; Urt. v. 19.11.1991 – X ZR 63/90, Rn. 11, juris = BGHZ 116, 117..

Abreden, die folgende Voraussetzungen erfüllen:⁸⁷⁶ Primär modifizieren sie das Entgeltversprechen, sie haben also eine mittelbare Auswirkung auf den Preis.⁸⁷⁷ Zusätzlich kann das Kriterium genannt werden, dass die Klauseln durch dispositives Gesetzesrecht ersetzt werden könnte.⁸⁷⁸ Das sind also Klauseln deren Regelungsgehalt sich aus dispositiven Gesetzesrecht oder einer ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 157, 242 ergibt.⁸⁷⁹

i) Hauptleistungs-Lösung

Canaris entwickelte einen Ansatz, wonach darauf abgestellt wird, ob die Klauselregelung die Hauptleistungen unmittelbar oder nur mittelbar betreffen,⁸⁸⁰ was von einigen Stimmen in Rechtsprechung und Literatur geteilt wird.⁸⁸¹ *Canaris* selbst stellt sogar noch darauf ab, ob die Regelung marktkonform oder – irregulär ist.⁸⁸² Dieses zweite Unterscheidungsmodell ist allerdings abzulehnen.⁸⁸³ Aller Kritik zum Trotz, der diese aus dem Zinsberechnungsumfeld stammende Lösung ausgesetzt ist,⁸⁸⁴ käme sie hier zu eindeutiger Lösung. Mit der Möglichkeit zur nachträglichen Preiserhöhung wird der Preis mittelbar, nämlich unter der Voraussetzung des Bedingungseintritts der Umbuchung verändert.

ii) Gesamtbelastungslösung

Dylla-Krebs stellt auf die effektive Gesamtbelastung des Vertragspartners ab.⁸⁸⁵ Dabei wird aber nicht ausreichend berücksichtigt, dass sich die Inhaltskontrolle auf Einzelbestimmungen und nicht auf das Klauselwerk oder den Vertrag insgesamt bezieht.⁸⁸⁶ Im Übrigen erkennt sie selbst Parallelen zur Meinung von *Canaris*.⁸⁸⁷

⁸⁷⁶ Anschaulich: *Horn*, WM 1997, Sonderbeilage 1, 12.

⁸⁷⁷ MüKo-BGB-Wurmnest, § 307, Rn. 18; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307 Rn. 75; *Horn*, WM 1997, Sonderbeilage 1, 12; *BGH*, Urt. v. 14.10.1997 – XI ZR 167/96, Rn. 12, juris = BGHZ 137, 27; Urt. v. 23.08.2018 – III ZR 192/17 = NJW 2019, 47-50.

⁸⁷⁸ MüKo-BGB-Wurmnest, § 307, Rn. 18; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307 Rn. 75; *Horn*, WM 1997, Sonderbeilage 1, 12; *BGH*, Urt. v. 14.10.1997 – XI ZR 167/96, Rn. 12, juris = BGHZ 137, 27; Urt. v. 23.08.2018 – III ZR 192/17 = NJW 2019, 47-50.

⁸⁷⁹ Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 75.

⁸⁸⁰ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 330; *Canaris*, NJW 1987, 609, 613.

⁸⁸¹ *BGH*, Urt. v. 24.11.1988 – III ZR 188/87 = BGHZ 106, 42; *Dylla-Krebs*, Schranken, S. 188.

⁸⁸² *Canaris*, NJW 1987, 609, 613.

⁸⁸³ Vgl. nur: *Fastrich*, Inhaltskontrolle, 265 f.

⁸⁸⁴ Vgl. nur: *Dylla-Krebs*, Schranken, S. 177.

⁸⁸⁵ *Dylla-Krebs*, Schranken, S. 187.

⁸⁸⁶ *Staudinger-Wendland*, § 307 Rn. 311; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 448.

⁸⁸⁷ *Dylla-Krebs*, Schranken, S. 188.

iii) „Auseinandersetzungslösung“

Zudem lässt sich danach unterscheiden, ob sich der Kunde über die wirtschaftliche Relevanz der Bedingung Gedanken gemacht hat, oder nicht.⁸⁸⁸ Es ist vom geschäftsfähigen Kunden zu erwarten, sich mit den wesentlichen Vertragsbestandteilen auseinander zu setzen. Schutz genießt er nur, was intransparente Klauseln anbelangt, vgl. § 307 Abs. 3 S. 2 BGB.⁸⁸⁹ Das dürfte hier, angesichts der schon als überraschend herausgearbeiteten Klausel, nicht der Fall sein. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Kunde sich nicht einmal über die Existenz solch einer Klausel im Klaren ist. Eine etwas andere Lösung verfolgt *Pfeiffer*: Er spricht sich entgegen *Stoffels*⁸⁹⁰ nicht dafür aus, die fehlende Marktregulierung als Voraussetzung für die Inhaltskontrolle zu werten.⁸⁹¹

d) Zwischenergebnis

Für eine Bewertung der Abgrenzungsfrage hilft es, sich erneut bewusst zu machen, warum der Preis der Inhaltskontrolle entzogen ist: Im privatautonomen Verkehr fehlt der Maßstab für einen gerechten Preis, vgl. oben. Vielmehr liegt es an den Vertragsparteien, diesen Preis zu bestimmen, bei dem viele Faktoren prägend sein können. Im konkreten Fall bedeutet das für die Streckenbindungsklauseln in ihrer Nachzahlungsvariante, dass von einer kontrollunterworfenen Preisnebenabrede ausgegangen wird.⁸⁹² Für *Pöschke* liegt das daran, dass der typische Kunde lediglich die Hauptleistung „Beförderung“ betrachtet und er die Klausel nicht als „zusätzliche Preisabrede“ in seine Auswahlentscheidung mit einbezieht.⁸⁹³

Dem ist zuzustimmen, auch wenn es sicherlich Kunden gibt, denen diese oben dargestellten Preismechanismen sehr wohl bewusst sind. Auf diesen einzelnen Kunden kommt es aber bei der Beurteilung von AGB nicht an. Ein weiteres Argument ist die Unbestimmtheit des Nachzahlungspreises: Dieser wird im Nachhinein berechnet und ist dem Kunden im Voraus gerade bei der heutigen Tarifgestaltung nicht bekannt, so dass er sich kein konkretes Bild über den möglicherweise zu zahlenden „Aufpreis“ machen kann.⁸⁹⁴ Dieser Argumentation von *Pöschke*

⁸⁸⁸ *Stoffels*, JZ 2001, 843, 845; *Fastrich*, Inhaltskontrolle, 265; *Pöschke*, JZ 2020, 928, 932; *Kollhosser*, ZIP 1986, 1429-1440, 1436; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 449 ff.; *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 85 ff.

⁸⁸⁹ *Stoffels*, JZ 2001, 843, 845; *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 85.

⁸⁹⁰ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 449 ff.

⁸⁹¹ *WLP-Pfeiffer*, § 307, Rn. 303.

⁸⁹² So auch: *Pöschke*, JZ 2020, 928, 932; für die Nachzahlungsklausel in ihrer Differenzvariante auch: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 261.

⁸⁹³ *Pöschke*, JZ 2020, 928, 932.

⁸⁹⁴ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 261; für die Klausel in ihrer Fixpreisvariante kommt er aber zu einem anderen Ergebnis.

und *Hoffmann-Grambow* ist zuzustimmen, wobei *Hoffmann-Grambow* richtigerweise darauf verweist, dass bei der Angabe eines Fixpreises theoretisch eine Preisabrede vorliegen könnte.⁸⁹⁵

3. Spezifische Erwägungen zur Differenzvariante

Es folgen nun spezifische Erwägungen zur Nachzahlungsklausel in ihrer Differenzvariante. Hierbei sind insbesondere die BGH-Urteile zu beachten, wonach solche Klauseln auch ohne Beschränkung auf Fälle des bewussten Missbrauchs mit dem AGB-Recht vereinbar sein sollen.⁸⁹⁶ Dabei hat das Gericht die Verfallsklausel im Rahmen der Interessenabwägung für unwirksam erachtet und stattdessen die Verwendung der Nachzahlungsklausel wie oben dargestellt in der Differenzvariante nahezu vorgeschlagen.⁸⁹⁷ Argumentativ stützt sich der BGH auf das schützenswerte Interesse der Fluggesellschaft, günstige Umsteigeverbindungen anbieten zu können. Dabei müssen sie auf das unterschiedliche Preisniveau vor Ort reagieren können, aber etwa auch auf die Unannehmlichkeit eines Umstiegs durch einen niedrigeren Preis kompensieren können, um marktfähig zu bleiben.⁸⁹⁸ Damit auf der anderen Seite jedoch die Interessen des Passagiers, einen Teil der gebuchten Strecke in Anspruch zu nehmen, nicht unberücksichtigt bleibt, sind die oben behandelten Verfallsklauseln unwirksam.⁸⁹⁹ Stattdessen sei die Nachzahlungsvariante eine mildere und die Interessen auf beiden Seiten besser wahrende Alternative.⁹⁰⁰ Diese Entscheidung soll überprüft werden, da insbesondere der OGH Wien zu zwei anderen Entscheidungen gelangte.⁹⁰¹ Zur Nichtigkeit nach § 879 Abs. 3 ABGB führt dieser nämlich aus, dass zwar das „Interesse an der Durchsetzung ihres [Anm.: der Airline] Tarifsystems“ auf der einen Seite zu berücksichtigen sein.⁹⁰² Dabei verweist das Gericht auch auf den BGH⁹⁰³, wenn es als legitimes Recht der Fluglinie nennt, dass diese „den Preis jeweils entsprechend der unterschiedlichen Nachfragesituation privatautonom [...] gestalten, sich damit den jeweiligen Markterfordernissen an[...]passen und so jeweils den für sie besten auf dem Markt erzielbaren

⁸⁹⁵ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 261.

⁸⁹⁶ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09 = in Auszügen: RRa 2010, 191-192; Ebenso: *WLP-Dammann*, Rn. B 266.

⁸⁹⁷ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 35, juris = NJW 2010, 1958.

⁸⁹⁸ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 30, juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 21, juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192; vgl. auch: *Makiol/Ruckteschell*, ZLW 2008, 1, S. 3 ff.

⁸⁹⁹ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 31, juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 22, juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

⁹⁰⁰ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 33 ff., juris = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 24 ff., juris = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

⁹⁰¹ *OGH*, Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i = BeckRS 2013, 80893; Urt. v. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z = BeckRS 2021, 13849.

⁹⁰² *OGH Wien* Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. A. 3.3.

⁹⁰³ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09 = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

Preis fordern“ kann.⁹⁰⁴ Durch die verwandte Klausel seien aber nicht nur Fälle der bewussten Umgehung der Tarifstruktur umfasst, sondern auch solche, bei denen aufgrund unvorhergesehener Umstände (Versäumnisse, Verspätung der Bahn etc.) der Hinflug verpasst wird.⁹⁰⁵ Die Interessen dieser Kunden seien durch die Klausel jedoch nicht hinreichend berücksichtigt, so dass in diesen Fällen der dispositiven Regelung der Vorrang zu geben sein.⁹⁰⁶

a) Transparenzkontrolle

Bevor insbesondere die Rechtsprechung des OGH genauer betrachtet wird, bietet es sich an, mit der Transparenzkontrolle inhaltlich einzusteigen. Diese geht über den Anwendungsbereich der materiellen Inhaltskontrolle noch hinaus, da sie auch die unmittelbaren Preis- und Leistungsbestimmungen umfasst.⁹⁰⁷

i) Allgemeines

Durch § 307 Abs. 3 S. 2 BGB iVm § 307 Abs. 1 S. 2 wurde das bereits vorher durch die Rechtsprechung entwickelte Transparenzgebot kodifiziert.⁹⁰⁸ Diskutiert wird dabei, ob ein bloßer Verstoß gegen das Transparenzgebot allein schon zu einer Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel führen kann, oder ob noch eine weitere Benachteiligung nötig ist. Erstere Meinung stützt sich auf den Wortlaut des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.⁹⁰⁹ Die Gegenauffassung, welche sich auf Art. 5 S. 1 der RL 93/13/EWG bezieht, lässt für die Unwirksamkeit allerdings die formelle Intransparenz ausreichen.⁹¹⁰ Dem Transparenzgebot genügen insbesondere unbestimmte und unverständliche Klauseln nicht. Letztere liegen dann vor, wenn die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen, die aus der Klausel folgen, nicht erkennbar sind.⁹¹¹ Der Maßstab, der für einen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 3 S. 2 BGB iVm § 307 Abs. 1 S. 2 BGB) vorliegt, richtet sich anerkanntermaßen nach den „Verständnismöglichkeiten und Erwartungen der typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden“.⁹¹²

⁹⁰⁴ OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. A. 3.3.

⁹⁰⁵ OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. A. 3.5.

⁹⁰⁶ OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. A. 3.5.

⁹⁰⁷ Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 324.

⁹⁰⁸ Vgl. nur: BT-Drs. 14/6040, S. 153; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn 560 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 323.

⁹⁰⁹ Staudinger-Wendland, § 307, Rn. 174; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 330.

⁹¹⁰ Unter Zitat von Rspr. auch: *Heinrichs*, NJW 1997, 1407, 1413.

⁹¹¹ Vgl. auch mwNw: *Krämer*, Preisanpassungsklauseln, S. 77; MüKo-BGB-Wurmnest, § 307, Rn. 63; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 325; *BGH*, Urt. v. 01.10.2019 – VI ZR 156/18, Rn. 23, zitiert nach juris = ZIP 2019, 2345-2348.

⁹¹² Mwnw: Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, rn. 344; MüKo-BGB-Wurmnest, § 307, Rn. 69; *BGH*, Urt. v. 24.11.1988 – III ZR 188/87, Rn. 27, juris = BGHZ 106, 42.

Beim Verbrauchervertrag sind gem. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB die begleitenden Umstände zu berücksichtigen.⁹¹³

ii) Anwendung

Die verwendete und untersuchte Klausel zur Nachzahlung entspricht bei genauerer Prüfung den Anforderungen des Transparenzgebots. Hier stellt sich zunächst die Frage, wie es sich damit verhält, dass bereits eine subjektiv überraschende Klausel festgestellt wurde, vgl. oben. Kann eine Klausel, mit der der Passagier nicht rechnen muss, transparent sein? Grundsätzlich haben der § 305c BGB und die §§ 307 ff. BGB einen unterschiedlichen, wenngleich teilweise überlappenden Anwendungsbereich.⁹¹⁴ Es ist also nicht ausgeschlossen, dass eine Klausel überraschend, aber nicht intransparent ist. Deshalb ist es stimmiger, auf die Gestaltung mit dem Verweis auf die „Differenz“ abzustellen, als auf die subjektive Erwartung einer solchen Klausel an sich. Angesichts der komplexen Preisberechnung ist der Passagier zwar zum Zeitpunkt der Nicht-Inanspruchnahme der Leistung nicht in der Lage nachzuvollziehen, wie hoch der Nachzahlungspreis ist, den er im Falle der Inanspruchnahme einer Teilleistung schuldet.⁹¹⁵ Auf diesen Zeitpunkt kommt es aber gar nicht an, wie *Hoffmann-Grambow* richtigerweise feststellt: Tatsächlich ist der Buchungszeitpunkt für die Beurteilung der Transparenz entscheidend und nicht, wie vom AG Berlin-Mitte irrtümlicherweise angenommen, der Zeitpunkt der Entscheidung eine Teilstrecke nicht in Anspruch zu nehmen.⁹¹⁶ Und zu diesem Zeitpunkt ist es trotz der vorhandenen Vielzahl von Buchungsklassen und kombinierbaren „fences“ durchaus möglich, sich für die später in Anspruch genommene Verbindung zum Buchungszeitpunkt ein Angebot erstellen zu lassen.⁹¹⁷ Dies führt auch nicht zu einer materiellen Benachteiligung. Von den beiden genannten Elementen, die eine materielle Benachteiligung durch Verletzung des Transparenzgebots häufig induzieren sollen, Vereitelung von Marktchancen⁹¹⁸ sowie Erschwerung der Rechtswahrung,⁹¹⁹ ist keines verletzt. Der Passagier kann bei Vertragsschluss die fehlende Information abrufen und die Bedingungen bei den unterschiedlichen Fluggesellschaften vergleichen. So kann er diese Entscheidung in seine Risikoanalyse und somit Kaufentscheidung miteinbeziehen. Es liegt somit kein typischer Anwendungsfall der Intransparenz vor, bei dem das

⁹¹³ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 566.

⁹¹⁴ *MüKo-BGB-Fornasier*, § 305c, Rn. 5.

⁹¹⁵ *Pöschke*, JZ 2020, 928, 931; *AG Berlin-Mitte*, Urt. v. 10.12.2018 – 6 C 65/18, Rn. 22 f., juris = RRa, 2019, 186.

⁹¹⁶ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 260 unter Bezugnahme auf: ; *AG Berlin-Mitte*, Urt. v. 10.12.2018 – 6 C 65/18, Rn. 22, juris = RRa, 2019, 186; wohl auch: *OLG Frankfurt aM*, Urt. v. 28.02.2013 – 16 U 86/12, Rn. 25, juris = NJW-RR 2013, 829-83.

⁹¹⁷ Vgl. auch: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 260

⁹¹⁸ Vgl.: *Staudinger-Wendland*, § 307, Rn. 175; *Köndgen*, NJW 1989, 943, 946 ff.

⁹¹⁹ Vgl.: *Staudinger-Wendland*, § 307, Rn. 178.

Vereinbarte unverständlich oder nicht deutlich bestimmt ist und so der Konditionenwettbewerb beeinträchtigt wäre.⁹²⁰

b) Spezielle Klauselverbote

Es folgt nun die Bewertung einiger spezieller Klauselverbote.

i) Kurzfristige Preiserhöhung (§ 309 Nr. 1 BGB)

Zunächst könnte die Klausel womöglich eine kurzfristige Preiserhöhung nach § 309 Nr. 1 BGB darstellen. Dass dies nicht der Fall ist, ergibt sich jedoch unter anderem aus einem Umkehrschluss. Das LG München I hatte über die Wirksamkeit folgender Klausel zu entscheiden: "Kommt es zu einer Erhöhung einer im Flugschein ausgewiesenen Steuer, Gebühr oder Abgabe, müssen Sie sie vor dem Flug bezahlen. Wird eine neue Steuer, Gebühr oder Abgabe erst nach der Ausstellung des Flugscheins erhoben, müssen Sie diese ebenfalls vor dem Flug bezahlen. Hier hat das Gericht, neben der Unwirksamkeit gem. § 307 Abs. 1 und 2 auch die Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 1 BGB festgestellt.⁹²¹ Es ließe sich nun auch für die Nachzahlungsklausel argumentieren: wenn schon von den Parteien unabhängige Kosten wie Steuern und Gebühren nicht ohne Verstoß gegen § 309 Abs. 1 BGB weitergegeben werden können, wie kann das dann für Preiserhöhungen gelten, die allein vom Klauselverwender bestimmt werden. Doch dieses Argument verkennt, dass wie eben gesehen, die reine Preisvereinbarung grundsätzlich gem. § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle entzogen ist. Gerade weil hier der Preis grundsätzlich an Bedingungen geknüpft ist und deren Einhaltung dem Passagier obliegt. Beim genannten Beispiel des LG München I handelt es sich außerdem nicht um das Entgelt für den Flug, sondern um zusätzliche Gebühren. Das ist bei der Nachzahlungsklausel anders. Hier richtet sich das zusätzliche Entgelt nach der veränderten Leistung. Die Leistungsvereinbarung beim flexiblen Personenluftbeförderungsvertrag ist eine andere wie beim unflexiblen Vertrag.⁹²²

⁹²⁰ Staudinger-Wendland, § 307, Rn. 187; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 326; Vgl. auch: Köndgen, NJW 1989, 943.

⁹²¹ LG München I, Urt. v. 22.12.2011 – 12 O 22100/11, Rn. 45 ff., juris = RRA 2012, 142.

⁹²² So auch: Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 261.

ii) Vertragsstrafe (§ 309 Nr. 6 BGB)

Die Klausel ist keine verbotene Vertragsstrafe gem. § 309 Nr. 6 BGB. Auf diesen Gedanken kann man jedoch kommen, zu recht wird er aber jedenfalls für die Form der Nachzahlungsklausel verworfen.⁹²³ Die Abgrenzung zum pauschalierten Schadensersatz ist nicht immer ganz einfach, erfolgt aber grob nach folgender Faustformel: Wenn mit der Vereinbarung die Erfüllung des Hauptziels bezweckt werden soll, handelt es sich um eine Vertragsstrafe.⁹²⁴

Eine Auslegung der Regelung in § 309 Nr. 6 BGB ergibt, dass durch ein Verbot der Vertragsstrafe in AGB die Umgehung des Schadensersatzrechts einschließlich seiner Pauschalierungen (inkl. deren AGB-rechtlichen Beschränkungen in § 306 Nr. 5 BGB) ihre Begründung findet.⁹²⁵

Des Weiteren soll verhindert werden, dass durch Festlegung niedriger Verwirkungsschwellen in Kombination mit hohen Strafen ein Missbrauch auftritt und so nicht gerechtfertigte Gewinne erzielt werden könnten.⁹²⁶ Kernelement ist also die Loslösung der Strafe vom Schaden, der ja auch in einem entgangenen Gewinn bestehen kann. Nur wenn die Strafe größer als ein entgangener Gewinn wäre, läge also Vertragsstrafe vor.⁹²⁷ Diese ermöglicht jedenfalls keine geplante Weitervermarktung des gebuchten Platzes oder Vermittlung des solchen an einen Passagier, der sonst nicht mitgenommen werden könnte, da das Ticket nicht verfällt und weiterhin in Anspruch genommen werden könnte. Dass es unter Umständen aber dennoch zu einer solchen Weitervermarktung kommen kann, ist eine Frage der Anrechnung iSd § 648 S. 2 BGB.

Die aktuellen Nachzahlungsklauseln widersprechen aber dem o.g. Sinn der Vertragsstrafen, die Durchführung des Vertrages zu sichern. Schließlich muss man, nimmt man keinen der gebuchten Flüge in Anspruch, auch keinerlei zusätzliche Vergütung leisten. Damit wird deutlich, dass die Fluggesellschaft kein tatsächliches Interesse an der Inanspruchnahme der Leistung hat.⁹²⁸ Vielmehr erspart sie sich, wenn auch im geringen Umfange, Aufwendungen (Mahlzeiten, zusätzlicher Sprit).

Ein üblicher Fall der Vertragsstrafe liegt somit in den Nachzahlungsklauseln nicht vor.

⁹²³ Pöschke, JZ 2020, 928, 933; Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 262.

⁹²⁴ Stoffels, AGB-Recht, Rn. 886.

⁹²⁵ Pöschke, JZ 2020, 928, 933 RegBegr. zu § 9 Nr. 6 ABGB, BT-Drs. 7/3919, S. 30.

⁹²⁶ RegBegr. zu § 9 Nr. 6 ABGB, BT-Drs. 7/3919, S. 30.

⁹²⁷ Vgl. auch: Greiner, RRA 2009, 121, 124.

⁹²⁸ Pöschke, JZ 2020, 928, 933; LG Frankfurt a. M., Urt. v. 14.12.2007 – 2-02 O 243/07, Rn. 22, juris = RRA 2008, 53-56.

iii) Pauschalierter Schadensersatz (§ 309 Nr. 5 BGB)

Durch die Klausel könnte aber gegen die Einschränkungen des pauschalierten Schadensersatzes gem. § 309 Nr. 5 BGB verstoßen sein. Nach *Pöschke* ist das allerdings nicht der Fall, da die nach allgemeiner Ansicht nach unfreiwillige Einbuße an rechtlich geschützten Gütern hier fehlt.⁹²⁹ Der Schaden bestehe ja lediglich durch die Entstehung des durch die Klausel geschaffenen Anspruchs, dieser kann also nicht bereits vorher pauschaliert sein.⁹³⁰ Auf der anderen Seite könnte der dann pauschalierte Anspruch erst durch die AGB geschaffen werden.⁹³¹ Dann gilt jedoch immer noch, und hierauf verweist *Pöschke* zu Recht, dass die Klausel nicht auf einen Schadensersatz abziele, da eine solche Gebühr ja gerade nicht verlangt wird, wenn der Flug gar nicht angetreten wird.⁹³² Hier lässt sich entgegenen, dass der Schaden ja erst eintritt, wenn nur eine Teilstrecke nicht abgeflogen wird. Andernfalls, wenn die Strecke gar nicht in Anspruch genommen wird, gibt es auch schon keinen hypothetischen Tarif, der hier, wie bei der Differenzvariante, pauschaliert werden könnte. Wenn die Gesamtleistung nicht in Anspruch genommen wird, gibt es also keinen Schaden. Es wäre nun aber nicht konsequent, einen solchen Schaden bei der Inanspruchnahme einer Teilleistung zu bejahen. Zudem ist keine Pflicht durch den Passagier verletzt. Eine Entgegennahmepflicht besteht nämlich nicht, wie später gezeigt werden wird. Vielmehr steht der günstige Preis unter einer Bedingung, genauer gesagt der Bedingung, die gebuchten Segmente auch wie bestellt abzufliegen. Mangels Schadens kann hier auch kein pauschalierter Schadensersatz vorliegen.

iv) Unangemessene Vergütung bei Kündigung (§ 308 Nr. 7 lit. a und b BGB)

Die Klausel soll vor der Abhaltung der Ausübung des Rücktritts- oder Kündigungsrechts schützen und steht in Ergänzung zu § 309 Nr. 5 BGB.⁹³³

Insbesondere könnte die Klausel deshalb unwirksam sein, weil sie gegen das Verbot von unangemessen hohem Ersatz von Aufwendungen gem. § 308 Nr. 7 b BGB verstößt. Diese Klausel ist eng mit § 309 Nr. 5 verwandt. Zur Vorgängerklausel § 10 Nr. 7 AGBG urteilte der BGH, dass Klauseln in Flugbeförderungsverträgen, die bei Rücktritt zu einem vollen Kostenanspruch führen, unwirksam seien.⁹³⁴ Nach der Gesetzesbegründung soll in den Fällen einer Kündigung oder eines Rücktritts ein Interessenausgleich geschaffen werden, der Gekündigte darf nicht

⁹²⁹ MWNw: *Pöschke*, JZ 2020, 928, 933; ebenfalls: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 262.

⁹³⁰ *Pöschke*, JZ 2020, 928, 933.

⁹³¹ WLP-Dammann, § 309 Nr. 5, Rn. 14; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs/Zimmermann, § 309 Nr. 5, Rn. 17.

⁹³² *Pöschke*, JZ 2020, 928, 933.

⁹³³ Vgl.: BT-Drs. 7/3919, 26

⁹³⁴ BGH, Urt. v. 25.10.1984 – VII ZR 11/84 = NJW 1985, 633.

mehr bekommen, als er bei Erfüllung erhalten hätte.⁹³⁵ In seiner Entscheidung hält es der BGH dabei für erforderlich, dass der Beweis geringerer Aufwendungen möglich bleibt.⁹³⁶

Im Fall der Umgehung verhält es sich jedoch so, dass gerade keine komplette Kündigung des Vertrages erfolgt, sondern allenfalls eine Teilkündigung des entsprechenden Flugsegments.⁹³⁷

Deshalb ist mit *Greiner* gar keine Kündigung des Passagiers in diesen Fällen zu sehen, gegen § 308 Nr. 7 BGB kann also schon gar nicht verstoßen werden.⁹³⁸ Im letzten Teil der Arbeit soll dieser Gedanke jedoch noch etwas vertieft werden.

c) Gemeinsame Prüfung von § 307 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 1 BGB

Es bietet sich an, eine Inhaltskontrolle von Nr. 2 und Nr. 1 BGB gleichzeitig durchzuführen.

Der Anwendungsbereich des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist umstritten. Wie oben gesehen, spielen aber die gesetzlichen Bedingungen, die des dispositiven Vertragsrechts, aber auch allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze eine wesentliche Rolle.⁹³⁹ Dazu gehören auch vertragsspezifische Grundgedanken, wenn diese nicht gesetzlich geregelt sind.⁹⁴⁰ Grundsätzlich ist Nr. 1 vorrangig vor § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu prüfen.⁹⁴¹ Dies ist die Grundlage, um für die Streckenbindungsklausel aber eine gemeinsame Prüfung von Nr. 1 und 2 durchzuführen. Denn der Personenluftbeförderungsvertrag enthält sowohl gesetzliche Elemente des Werkvertrags, aber auch eigene, atypische Elemente. Diese verstärken sich noch für den unflexiblen Personenluftbeförderungsvertrag. Eine konkrete Zuordnung ist damit kaum möglich.

i) Allgemeines zu Nr. 1

Zu diesen gesetzlichen Regelungen gehören Gesetze im formellen und materiellen Sinn gem. Art. 2 EGBGB, sowie das Gewohnheitsrecht.⁹⁴² Grundsätzlich wird der Begriff „gesetzliche Regelung“ also sehr weit verstanden. Verkehrssitten oder Handelsbräuche sind allerdings richtigerweise nicht Bestandteil dieser gesetzlichen Ordnung.⁹⁴³ Dennoch können sie, wie auch in

⁹³⁵ BT-Drs. 7/3919, 26

⁹³⁶ *BGH*, Urt. v. 25.10.1984 – VII ZR 11/84 = NJW 1985, 633.

⁹³⁷ *Pöschke*, JZ 2020, 928, 934.

⁹³⁸ *Greiner*, RRA 2009, 121, 123; ebenso: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 262.

⁹³⁹ *MwNw*: MüKo-BGB-Wurmnest, § 307, Rn. 71 ff.

⁹⁴⁰ *WLP-Pfeiffer*, § 307, Rn. 113; aA: *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 514.

⁹⁴¹ Vgl. nur: *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 501.

⁹⁴² *Staudinger-Wendland*, § 307 Rn. 231; MüKo-BGB-Wurmnest, § 307, Rn. 71 ff.

⁹⁴³ *Staudinger-Wendland*, § 307 Rn. 239; *T. Becker*, Auslegung, S. 84; *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 207.

der AGB-Praxis geprägte Vertragstypen Bestandteil der Angemessenheitsprüfung werden.⁹⁴⁴ Allgemeine Rechtsgedanken und -prinzipien gehören ebenfalls zur gesetzlichen Regelung.⁹⁴⁵ Was mit den wesentlichen Grundgedanken gemeint ist, ist schwierig zu sagen. Eine Analyse zuvor verwendeter Begriffe ist wenig ergiebig, so war im RegE des AGBG noch von „wesentlichen Grundsätzen“ die Rede.⁹⁴⁶ Maßgeblich ist die Ordnungs- und Leitbildfunktion, die die Rechtsprechung auch vor Erlass des AGBG anerkannt hat.⁹⁴⁷ Bei *Fuchs* heißt es: „Nur die **grundlegende Veränderung** eines vom Gesetzgeber als gerecht angesehenen Interessenausgleichs **soll verhindert werden**.“⁹⁴⁸ Nach ihm müssen diese ausformuliert sein.

Die Rechtsprechung unterscheidet zweierlei Arten Normen: Solche mit wichtigen Schutz- und Ordnungsfunktionen (Gerechtigkeitsgehalt) und solche die auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen.⁹⁴⁹ Diese Unterscheidung wird aber von zahlreichen Autoren abgelehnt.⁹⁵⁰ Da eine solche Aufteilung nicht zielführend ist, wird sie auch hier abgelehnt.

Typisierung ist hier nötig: „Der Ausschuß verkennt nicht, daß AGB im modernen Wirtschaftsleben ihre Berechtigung haben, da sie der Rationalisierung und Beschleunigung des Wirtschaftsverkehrs dienen. In diesem Bereich gibt es viele gleichartige, sich ständig wiederholende Lebensvorgänge, deren rechtsgeschäftliche Gestaltung ein hohes Maß an Typisierung zum Zweck der Gleichbehandlung der Vertragspartner erfordert.“⁹⁵¹ Die Generalklausel hat als Gedanken, „daß das Gebot eines angemessenen Interessenausgleichs oberste Richtschnur für die Gestaltung vorformulierter Vertragsbestimmungen sein sollte.“⁹⁵²

Eines gesetzlichen Vertragstypus bedarf es aber deswegen noch nicht. Jedoch hilft ein solcher Typus Vielmehr stützt das Argument die These der Unterkategorien von Werkverträgen. Der Werkvertrag wird von gesetzlichen Regeln bestimmt, die nicht auf jede Art Werkvertrag passen, so nämlich zahlreiche Regelungen im Hinblick auf den Personenluftbeförderungsvertrag. Dennoch gilt, dass der Personenluftbeförderungsvertrag zwar ein atypischer Werkvertrag ist, für Millionen an einzelnen Personenluftbeförderungsverträgen jedoch durch ihn ein typisches „Vorbild“ existiert, an dem sich die AGB-Kontrolle messen lassen muss.

⁹⁴⁴ Staudinger-Wendland, § 307 Rn. 239.

⁹⁴⁵ T. Becker, Auslegung, S. 84 f.

⁹⁴⁶ RegE BT-Drucks 7/3919, S. 5; Staudinger-Wendland, § 307, Rn. 247.

⁹⁴⁷ BGH, Urt. v. 17.02.1964 – II ZR 98/62 = BHGZ 41, 151-156; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 221.

⁹⁴⁸ Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 221.

⁹⁴⁹ BGH, Urt. v. 21.12.1983 – VIII ZR 195/85, Rn. 13, zitiert nach juris = BGHZ 89, 206-218; Urt. v. 18.04.2019 – II ZR 191/18, Rn. 26, zitiert nach juris = NJW-RR 2019, 1072; vgl. auch: Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 222.

⁹⁵⁰ WLP-Pfeiffer, § 307, Rn. 117; Hoyningen-Huene, Inhaltskontrolle, Rn. 242; Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 222.

⁹⁵¹ Stellungnahme des Rechtsausschusses, BT-Drs. 7/5422 S. 2.

⁹⁵² Stellungnahme des Rechtsausschusses, BT-Drs. 7/5422 S. 6.

ii) Allgemeines zur Nr. 2

Auch der Prüfungsumfang des § 307 Abs. Nr. 2 BGB ist umstritten, insbesondere ob der Prüfungsmaßstab „Natur des Vertrages“ dem Vertragsinhalt oder eher gesetzlichen Regelungen entspricht.⁹⁵³ Damit der Anwendungsbereich nicht völlig erlischt, sollte der ersten Auffassung der Vorzug gegeben werden.⁹⁵⁴ Allerdings spielen diese vertragsimmanenten Regelungen auch schon bei der Kontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Rolle.⁹⁵⁵ Der Anwendungsbereich ist daher „mit der Lupe zu suchen“.⁹⁵⁶ Es sollte jedoch in jedem Fall der Prüfungsmaßstab vom Vertrag abstrahiert werden und dabei neben den Interessenfeldern auch Wertungen aus der Rechtsordnung integriert werden.⁹⁵⁷ Es fällt jedoch schwer, bei dieser abstrakten Betrachtung einen Unterschied zu Nr. 1 zu erkennen. Nach *Fuchs* ist der Kontrollmaßstab in Nr. 1 das dispositive Gesetzesrecht, in Nr. 2 der Vertrag, wenn es gerade kein Gesetzesrecht gibt.⁹⁵⁸ Nur so könne eine „konturlose Billigkeitsrechtsprechung“ vermieden werden.⁹⁵⁹ Auch der BGH hat in seiner „Kardinalpflichten-Rechtsprechung“ keine einzelne, sondern eher beide Auslegungsvarianten gleichzeitig verwendet.⁹⁶⁰ Besonderen Anwendungsspielraum entfaltet Nr. 2 bei Verträgen, in denen ein gesetzliches Leitbild fehlt und die somit nicht unter Nr. 1 fallen, und dient dort als „Auffangbecken“.⁹⁶¹ Die Prüfung Verhältnis von Leistung und Gegenleistung (Äquivalenz) wird ebenfalls hierunter subsumiert.⁹⁶² Hier kommt es aber nicht auf eine Verletzung dieses Prinzips und daher eine mögliche Kontrolle an. Vielmehr kann diskutiert werden, wie weit im Rahmen einer AGB-Kontrolle die Äquivalenz kontrolliert werden darf. Dies wird im Rahmen der Berücksichtigung des Preises weiter untersucht.

(1) Anwendungsbereich von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Lieb vertritt dabei zum Rechtsvorgänger § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG im Zusammenhang mit dem Finanzierungsleasing die These, dass damit „die innere Stimmigkeit des für sich kontrollfrei vorgegebenen Vertrags“ gewährleistet werden solle.⁹⁶³ Ihm ist zuzustimmen, dass ansonsten die Bildung neuer Vertragstypen nur im Rahmen der Inhaltskontrolle passieren könnte.⁹⁶⁴ Das

⁹⁵³ *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 680.

⁹⁵⁴ *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 680.

⁹⁵⁵ *MüKo-BGB-Wurmnest*, § 307, Rn. 75.

⁹⁵⁶ *MüKo-BGB-Wurmnest*, § 307, Rn. 78.

⁹⁵⁷ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 245.

⁹⁵⁸ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 258.

⁹⁵⁹ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 258.

⁹⁶⁰ *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 683.

⁹⁶¹ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 522.

⁹⁶² *Staudinger-Coester-Waltjen*, § 307, Rn. 235.

⁹⁶³ *Lieb*, DB 1988, 946, 954.

⁹⁶⁴ *Lieb*, DB 1988, 946, 954.

wäre aber nicht in Einklang mit der Privatautonomie zu bringen. *Stoffels* erkennt im Zusammenhang mit dem Beitrag *Liebs* einen Hinweis der Norm auf ein „Aushöhlungsverbot als Ausprägung des Verbots widersprüchlichen Verhaltens“.⁹⁶⁵

Die Parallelen zum § 536 BGB im Fall des Finanzierungsleasings sind die Regelungen zur Kündigung im Werkvertragsrecht. Dem Kunden ist wohl bewusst, dass die Fluggesellschaft nicht damit rechnet, jemand betreibe Cross-ticketing oder cross-border-ticketing, da dafür auch nicht durch die Fluggesellschaft geworben wird und sich diese Möglichkeiten erst durch genauere Befassung mit der Materie ergibt. Wer nur nach seinen geplanten Wünschen einen Flug bucht, wird kein Cross-ticketing betreiben. Jedoch liegen die Angebote vor und das zusätzlich durch die Angaben zur gewünschten Reise sogar in personalisierter Form. Die Airline weiß beim Verkauf an den Kunden, dass schon andere Buchungen vorliegen, und kann ihn sogar gezielt darauf ansprechen. Das ist etwa durch automatisierte Nachrichten möglich, die dem Kunden angezeigt werden, wenn ein Algorithmus verdächtige Buchungen bemerkt.

(2) Relationale Erwartungen

Nach *Renner* bilden relationale Erwartungen, also Ergebnisse aus dem Verhandlungsstadium, den Kern des Umfangs von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.⁹⁶⁶ Diese Erwartungen seien zwar an sich nicht rechtsverbindlich, gewinnen im Rahmen der Vertragsnatur aber Relevanz.⁹⁶⁷ Als Grund hierfür wird der Zweck der AGB-Kontrolle angeführt, nämlich das Marktversagen, jedenfalls partiell, was das Informations- und Motivationsgefälle betrifft.⁹⁶⁸ Daher müsste die Kontrolle zu einem Vertragsergebnis führen, welches bei einem funktionierenden Markt erzielt worden wäre.⁹⁶⁹ Das jedoch ist jedoch nur annäherungsweise möglich.⁹⁷⁰ Für die hier behandelte Streckenbindungsklauseln ist das insofern relevant, als dass man die Ansicht vertreten könnte, es handle sich um die im Vertragsabschlussprozess herausgestellte Erwartung, der Kunde nehme die gebuchten Flüge in Anspruch. So ist der ganze Buchungsprozess gewöhnlicherweise auch gestaltet. Eine Erwartung dahingehend, dass solche Flüge auch anders kombiniert werden können, kann es eigentlich nicht geben, auch wenn die Klausel selbst dann überraschen mag. Hier kann die Branchenüblichkeit und damit der Verweis auf die IATA-Bedingungen helfen.

⁹⁶⁵ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 524; im Original hervorgehoben.

⁹⁶⁶ *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 686.

⁹⁶⁷ *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 686 f.

⁹⁶⁸ MüKo-BGB-*Basedow*, vor § 305, Rn. 6 (8. Aufl.); *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491, 496

⁹⁶⁹ *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 688.

⁹⁷⁰ *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 688.

(3) Kardinalpflichtenrechtsprechung des BGH

Nach der Kardinalpflichten-Rechtsprechung des BGH schließlich darf sich ein Klauselverwender nicht durch AGB von seinen Haupt- oder eben Kardinalpflichten freizeichnen.⁹⁷¹ Bei den Streckenbindungsklauseln in Form der Verfallsklauseln oben ließe sich darüber nachdenken: Schließlich verfällt die Hauptleistung „Beförderung“, wenn bestimmte Bedingungen eintreten, eine Hauptpflicht der Fluggesellschaft wird also nicht ausgeführt. Somit lässt sich ein Verstoß gegen die vom Vertrag selbst kreierte Pflicht bejahen und § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB wäre nach dieser Logik, so man eine genaue Unterscheidung treffen möchte, für die Verfallsklauseln einschlägig. Für die Nachzahlungsklauseln gilt das allerdings nicht.

Da dieser Streit allerdings keine weitere Relevanz entfaltet, wird auf die genaue Unterteilung auf die Tatbestände in dieser Arbeit verzichtet. Das deckt sich gut mit dem Befund, dass über zwei Drittel aller veröffentlichten Entscheidungen im Bereich AGB-Recht eine Prüfung anhand der Generalklausel beinhalten.⁹⁷²

iii) Gemeinsame Prüfung

Der Typus neuer Vertragsarten spielt sowohl in § 307 Abs. 2 Nr. 1 als auch in Nr. 2 eine Rolle. Insbesondere können neue Vertragstypen von der Prüfung in Nr. 2 in die Nr. 1 „hinüberwachsen“. ⁹⁷³ Eine getrennte Prüfung am Maßstab der Leitbilder „Personenluftbeförderungsvertrag“ und „unflexibler Personenluftbeförderungsvertrag“ bietet sich mithin nicht an. Außerdem spielt die Interessenabwägung in beiden Fällen eine wichtige Rolle.⁹⁷⁴ Dabei muss der flexible Personenluftbeförderungsvertrag innerhalb des Begriffshofs „Werkvertrag“ von einem anderen Untervertragstyp, dem unflexiblen Personenluftbeförderungsvertrag unterschieden werden. Letzterer ist aufgrund des Ausschlusses des im Werkvertragsrecht eigentlich vorgesehenen Kündigungsrechtes, weiter vom Kern des Werkvertrages entfernt ist als ersterer, da er dieses Minus von werkvertraglichen Regelungen nicht durch ein Plus ausgleicht. Für ihn gelten bereits andere gesetzliche normative Muster als die des bloßen Werkvertrages. Dabei muss aber nicht nur zwischen dem flexiblen und dem unflexiblen Vertragstyp unterschieden werden, sondern auch nach dem Hintergrund der Abänderung der Flugreihenfolge. Sollte die Ursache nämlich nicht das vorher bewusste Planen sein, sondern etwa ein plötzliches Ereignis, wäre die zusätzliche Belastung mit einer Nachzahlung gegenüber dem Passagier unbillig. Er ist bereits durch das

⁹⁷¹ Vgl. nur: *BGH*, Urt. v. 03.03.1988 – X ZR 54/86, Rn. 26, juris = BGHZ 103, 316;

⁹⁷² *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 463.

⁹⁷³ *Staudinger-Wendland*, § 307 Rn. 237.

⁹⁷⁴ Vgl. nur: *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 230 (Abs. 2 Nr. 1) und Rn. 247 (Abs. 2 Nr. 2).

nicht mehr nützliche Ticket und möglichen Zusatzausgaben für eine Umbuchung genug belastet. Auswirkungen auf das Rückflugticket dürfen nicht durchgreifen. Spätestens hier gelangt man zur unangemessenen Benachteiligung. Dieser Befund wird von der gebotenen „überindividuell-generalisierende Betrachtungsweise“⁹⁷⁵ gestützt. Dabei finden die besonderen Eigenarten des jeweiligen Geschäfts besondere Berücksichtigung.⁹⁷⁶

iv) Anknüpfungspunkte der Prüfung

Anhand verschiedener Anknüpfungspunkte wird die Inhaltskontrolle nun in einer gemeinsamen Prüfung der unangemessenen Behandlung anhand des neuen Leitbildes unflexibler Personenluftbeförderungsvertrag durchgeführt. Üblicherweise wird, um eine Billigkeitsrechtsprechung zu vermeiden, zunächst die Benachteiligung herausgestellt und dann auf die Unangemessenheit, dem wertenden Element als solchem, eingegangen.⁹⁷⁷ Bei letzterem hat dann auch das normative Leitbild eine Orientierungsfunktion.⁹⁷⁸ Es werden erst die typischerweise tangierten Interessen identifiziert und diese dann abgewogen.⁹⁷⁹ Anders jedoch *Mäsch*, der die Begriffe für nicht subsumtionsfähig hält und in die Angemessenheitsprüfung „neben der Benachteiligung (= Interessenbeeinträchtigung) des Kunden“ mögliche Gegeninteressen des Klauselverwenders und sogar mögliche Kompensationen einfließen lässt.⁹⁸⁰

(1) Teilleistung/-kündigung

Zunächst sollte auf die Übereinstimmung der Klausel mit den gesetzlichen Regelungen eingegangen werden. Hierzu wurde bereits oben herausgearbeitet, dass als gesetzlicher Hintergrund des ungeschriebenen Personenluftbeförderungsvertrages das Werkvertragsrecht in seiner besonderen Ausprägung ist. Die Nicht-Inanspruchnahme eines der gebuchten Teilabschnitte stellt nach *Pöschke* entweder eine Teilkündigung, oder die Inanspruchnahme einer Teilleistung dar.⁹⁸¹ Dabei stellt er fest, dass die Teilkündigung entgegen dem AG Köln⁹⁸² und AG Erding⁹⁸³ nur für die Fälle möglich ist, in denen lediglich das letzte Streckensegment nicht in Anspruch

⁹⁷⁵ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 473; *BGH*, Urt. v. 09.02.1990 – V ZR 200/88, Rn. 14, juris = NJW 1990, 1601.

⁹⁷⁶ *BGH*, Urt. v. 09.02.1990 – V ZR 200/88, Rn. 14, juris = NJW 1990, 1601.

⁹⁷⁷ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 98; *Fastrich*, Inhaltskontrolle, 280 f; *Stoffels*, AGB-Recht, 266 ff.

⁹⁷⁸ *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 281.

⁹⁷⁹ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 469 f.

⁹⁸⁰ *Staudinger-Wendland*, § 307, Rn. 96.

⁹⁸¹ *Pöschke*, JZ 2020, 928, 935.

⁹⁸² *AG Köln*, Urt. v. 07.01.2016 – 129 C 181/15 = BeckRS 2016, 127132.

⁹⁸³ *AG Erding*, Urt. v. 27.03.2007 – 4 C 129/07 = RRa 2007, 184.

genommen wird, spricht sich aber auch in diesen Fällen für die Inanspruchnahme einer Teilleistung aus.⁹⁸⁴ Mit *Hoffmann-Grambow* ist es jedoch überzeugender davon auszugehen, dass in keinem Falle Teilkündigung erfolgt: Die tatsächlich geflogene Reise ist nämlich kein Minus, sondern ein Aliud im Vergleich zur gebuchten Reise.⁹⁸⁵ *Greiner* und *Pöschke* verdeutlichen allerdings, dass die Regelungen zur Kündigung nicht der Anknüpfungspunkt für das gesetzliche Leitbild sein können. Das ist aber nur Folge dessen, dass das Kündigungsrecht des Werkvertrages im Rahmen des Personenluftbeförderungsvertrages ohnehin abbedungen werden kann (s.o.). Daher ist die Klausel nicht wegen der Beeinflussung des Kündigungsrechts wirksam, wenn man ein solches denn überhaupt bejahen kann.

Anknüpfungspunkt für das dispositive Recht können also nur die Regelungen zur Teilleistung sein.⁹⁸⁶ Wie *Pöschke* richtig feststellt, fehlt eine gesetzliche Regelung zur teilweisen Inanspruchnahme von Leistungen, da § 266 BGB nur die andere Seite, nämlich die Leistung von Teilen, regelt, genauer gesagt verbietet.⁹⁸⁷ Beim Frachtvertrag besteht hingegen sogar mit § 416 HGB ein Anspruch auf Teilbeförderung. Darauf weist das LG Frankfurt als Vorinstanz zum BGH hin.⁹⁸⁸ Aus der Existenz dieser Norm können jedoch keine Umkehrschlüsse auf die Notwendigkeit der Existenz im BGB geschlossen werden, da die Norm neben dem generellen Anspruch auf Teilbeförderung auch spezifischere Elemente des Frachtvertrages regelt. Das kann von einer allgemeinen Norm im Werkrecht oder gar im allgemeinen Teil des BGB nicht erwartet werden. *Greiner* weist darauf hin, dass gem. §§ 300 ff. BGB die Rechtsfolge einer Nicht-Annahme der Annahmeverzug ist.⁹⁸⁹ Es liegt also gerade keine rechtlich relevante Benachteiligung vor.

(2) Annahmepflicht

Es ist jedoch möglich, eine Entgegennahmepflicht der Leistung zu vereinbaren.⁹⁹⁰ Diese existiert im Werkvertragsrecht, anders als beispielsweise dem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 2 BGB, nicht per Gesetz, wobei Einzelheiten umstritten sind.⁹⁹¹ Im Werkvertrag gibt es allerdings eine gesetzliche Abnahmepflicht, gem. § 640 Abs. 1 BGB, die jedoch bei Transportverträgen nicht gilt. Sie ist aber keine Entgegennahmepflicht. Die Pflicht zur realen Annahme der Dienstleistung kann zwar vertraglich vereinbart werden, geschieht das durch AGB ist jedoch von einer

⁹⁸⁴ *Pöschke*, JZ 2020, 928, 934; Vgl. auch *Greiner*, RRa 2009, 121, 123.

⁹⁸⁵ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 262.

⁹⁸⁶ Vgl. auch die Entscheidungen des BGH vom 29.04.2010, hier ab S. 110 besprochen.

⁹⁸⁷ *Pöschke*, JZ 2020, 928, 934.

⁹⁸⁸ *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 14.12.2007 – 2-02 O 243/07, Rn. 19, juris = RRa 2008, 53-56.

⁹⁸⁹ *Greiner*, RRa 2009, 121, 124.

⁹⁹⁰ *Greiner*, RRa 2009, 121, 124.

⁹⁹¹ *MüKo-BGB-Busche*, § 640, Rn. 2.

benachteiligenden Klausel auszugehen. Des Weiteren könnte man auch an die Vereinbarung einer Entgegennahme-Obliegenheit denken. Der Begriff „Umgehen“ wird von *Teichmann* besonders herausgestellt,⁹⁹² weil er vom BGH und OGH (dazu im folgenden Punkt mehr) ebenfalls verwendet wurde.⁹⁹³ Diesem Themenfeld wird sich im abschließenden Kapitel ausführlicher gewidmet

(3) Allgemeines Rechtsprinzip

Becker zeigt auf, dass allgemeine Rechtsprinzipien konkretisierungsbedürftig sind, bevor sie als Kontrollmaßstab dienen können.⁹⁹⁴ Dabei lässt sich diese Integration und Konkretisierung jedoch korrekterweise besser in § 397 Abs. 2 Nr. 2 BGB betreiben.⁹⁹⁵ Darüber hinaus sind diese Prinzipien der Disposition der Vertragsparteien enthoben, von ihnen kann also gar nicht abgewichen werden.⁹⁹⁶ Eine Ausnahme soll nur für „rechtsatzförmige“ Prinzipien bestehen, dabei nennt *Becker* etwa das Verbot der Bereicherung des Geschädigten und den Grundsatz der Vorteilsausgleichung.⁹⁹⁷ Es ist eine Interessenabwägung zwischen den für die Abweichung sprechenden Gründen und die gegen die Abweichung sprechende Gründe vorzunehmen⁹⁹⁸:

Dem Kunden ist wohl bewusst, dass die Fluggesellschaft nicht damit rechnet, jemand betreibe Cross-ticketing oder cross-border-ticketing, da dafür auch nicht durch die Fluggesellschaft geworben wird und sich diese Möglichkeiten erst durch genauere Befassung mit der Materie ergibt. Wer nur nach seinen geplanten Wünschen einen Flug bucht, wird kein Cross-ticketing betreiben. Jedoch liegen die Angebote dem Kunden in personalisierter Form vor. Die Airline weiß beim Verkauf an den Kunden, dass er einen anderen Flug gebucht hat. Hätte sie Angst um ihr Tarifmodell, muss sie durch Algorithmen verhindern, dass der zweite Flug (jedenfalls zu dem günstigen Preis) gebucht werden kann.

(4) Pauschalierung von Aufwendungsersatzansprüchen

In § 648 S. 2 Hs. 2 BGB ist geregelt, dass bei einer Kündigung grundsätzlich bestimmte Aufwendungen angerechnet werden müssen. Wie oben festgestellt, ist es schwer, sich auf eine Kündigung zu berufen. Man kann daraus jedoch das Rechtsprinzip ableiten, dass die Fluggesellschaft sich nicht auf Kosten desjenigen bereichern darf, der die vereinbarte Leistung nicht

⁹⁹² *Teichmann*, JZ 2019, 71, 73.

⁹⁹³ *OGH*, Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i, Ziff. A 3.3. = BeckRS 2013, 80893; *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, 35 f. = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, 26 f. = in Auszügen: RRA 2010, 191-192.

⁹⁹⁴ *T. Becker*, Auslegung, S. 84 f; 88.

⁹⁹⁵ *T. Becker*, Auslegung, S. 88.

⁹⁹⁶ *T. Becker*, Auslegung, S. 89.

⁹⁹⁷ *T. Becker*, Auslegung, S. 90.

⁹⁹⁸ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 230 (Abs. 2 Nr. 1) und Rn. 247 (Abs. 2 Nr. 2).

in Anspruch nimmt. Das könnte sie mit der Nachzahlungsklausel allerdings sehr einfach tun, indem sie den freibleibenden Sitzplatz weiterverkauft und dadurch mehr einnimmt, als sie bei Inanspruchnahme des Tickets eingenommen hätte.

Das stimmt nicht mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder Leitbildern überein. Zwar soll grundsätzlich kein Schaden entstehen, aber nicht mehr eingenommen werden, als es bei kompletter regelmäßiger Durchführung des Vertrages erfolgt wäre.

(5) Ausnahmsweise Berücksichtigung des Preises

Es ist möglich, dass in AGB auch nachteilige Klauseln vereinbart werden, die durch den Preis kompensiert werden, so dass es sozusagen eine angemessene Benachteiligung gibt.⁹⁹⁹ Man könnte auf den Gedanken kommen, dass der Preis hier im Gegenzug für die benachteiligende Klausel gesenkt wird.¹⁰⁰⁰ Grundsätzlich kann der Preis eine Klausel nicht rechtfertigen.¹⁰⁰¹ Bei zur Auswahlstellung von verschiedenen Tarifvarianten, im Sinne einer offenen Tarifwahl, gilt das aber nicht.¹⁰⁰² Dabei verorten *Fastrich* und *Wendland* das Problem bei der Individualvereinbarung.¹⁰⁰³ *Hoyningen-Huene* widerspricht und stellt darauf ab, dass auch in diesem Falle die Klauseln gestellt seien und der Kontrolle bedürfen.¹⁰⁰⁴ Nach *Fuchs* darf eine Kontrolle des Preis-/Risiko-Verhältnisses durchgeführt werden, da ohne diese Kontrolle keine notwendige „echte“ Wahlmöglichkeit zwischen ökonomisch vernünftigen Alternativen“ bestehe.¹⁰⁰⁵ Dem ist zuzustimmen. Doch die Kontrolle kommt hier zu dem Ergebnis, dass keine unangemessene Benachteiligung vorliegt. *Hoffmann-Grambow* nennt das Argument, dass es sich um eine bewusst eingegangene Interessensverschiebung handelt, die das Äquivalenzprinzip berührt.¹⁰⁰⁶ Für ihn liegt keine Benachteiligung vor. Die Betonung der Wichtigkeit bzw. Relevanz des Äquivalenzverhältnisses zwischen den Parteien ist richtig.¹⁰⁰⁷ Es ist aber zu beachten, dass, weil das Äquivalenzinteresse nicht im Sinne eines gerechten Preises kontrolliert werden darf, zwei mögliche Konsequenzen folgen: Einerseits könnte eine solche Klausel kontrollfrei werden, andererseits könnte das Preisargument nicht zu berücksichtigen sein dürfen.¹⁰⁰⁸ Überzeugender

⁹⁹⁹ *Fastrich*, Inhaltskontrolle, S. 298 ff.

¹⁰⁰⁰ So etwa zur Verfallsklausel: *Freitag*, *TranspR* 2006, 444, 445 f.

¹⁰⁰¹ *Stoffels*, *AGB-Recht*, Rn. 493; *Staudinger-Wendland*, § 307 Rn. 129 ff.; *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 145; *MüKo-BGB-Wurmnest*, § 307, Rn. 48; *NK-BGB-Kollmann*, § 307, Rn. 10.

¹⁰⁰² *Staudinger-Wendland*, § 307 Rn. 138; *Stoffels*, *AGB-Recht*, Rn. 494; *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 148.

¹⁰⁰³ *Fastrich*, *Inhaltskontrolle*, S. 305; *Staudinger-Wendland*, § 307, Rn. 138.

¹⁰⁰⁴ *Hoyningen-Huene*, *Inhaltskontrolle*, Rn. 182.

¹⁰⁰⁵ *Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs*, § 307, Rn. 148; so auch: *Staudinger-Wendland*, § 307 Rn. 138.

¹⁰⁰⁶ Wenngleich an anderer Prüfungsstelle: *Hoffmann-Grambow*, *RdTW* 2022, 258, 262.

¹⁰⁰⁷ Vgl. zum Leasing etwa: *BGH*, *Urt. v. 09.10.1985 – VIII ZR 217/84*, Rn. 21 f., *juris* = *BGHZ* 96, 103.

¹⁰⁰⁸ *Staudinger-Wendland*, § 307, Rn. 131.

ist es, das Problem vorrangig im Rahmen von § 307 Abs. 3 BGB zu verorten, was bei der Betrachtung der Streckenbindungsklausel im Rahmen von Tarifbedingungen und nicht in ABB-Regelwerken auch geschehen wird. Damit aber insbesondere die Vertragsfreiheit ausreichend gewährt bleiben kann, ist in Situationen wie hier eine Berücksichtigung des Preises auch im Rahmen von § 307 Abs. 2 BGB nötig: Für die Nachzahlungsklausel bedeutet das, dass durch den Flexibilisierungsgrad der Tickets in Relation mit dem steigenden Entgelt die Interessenverteilung zwischen dem Passagier und Fluggesellschaft abgebildet wird. Je unflexibler der Vertrag, desto günstiger und desto weniger schützenswert die Interessen des Passagiers an einer flexiblen Durchführung.¹⁰⁰⁹ Voraussetzung ist allerdings, dass dem Kunden die bewusste Entscheidung darüber überlassen wurde, ganz im Sinne des Transparenzgebots. Daher ist *Hoffmann-Grambow* recht zu geben, der das Interesse an der privatautonomen Gestaltung der Preise seitens der Fluggesellschaft hervorhebt.¹⁰¹⁰ Dies geht auch aus den BGH-Entscheidungen zur Verfallsklausel hervor, wobei dieser auf die „Bewusstheit“ der späteren Planänderung abstellt.¹⁰¹¹ Dieses Argument greift auch der OGH Wien auf, es soll im abschließenden Kapitel ausführlicher gewürdigt werden. Wichtig ist noch festzustellen, dass das Tarifsystem insgesamt eine Vermögensposition darstellt, die ein erhebliches Knowhow, vgl. oben, erfordert.¹⁰¹²

d) Kein verbliebener Anwendungsbereich von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

Auch angesichts der ausgiebigen Kontrolle in Abs. 2, verbleibt für Abs. 1 grundsätzlich noch ein Anwendungsspielraum.¹⁰¹³ Insbesondere kann hier das Zusammenwirken belastender Klauseln geprüft werden, oder die Klausel eines Vertrags, der kein „Maßstab einer gesetzlichen Regelung“ iSd Abs. 2 Nr. 1 hat.¹⁰¹⁴ Es soll, so der RegE zur Vorgängerklausel, ein „angemessener Interessenausgleich“ zwischen den Beteiligten geschaffen werden.¹⁰¹⁵ Maßstab ist dabei Treu und Glauben, und damit Anknüpfung an vorherige Rechtsprechung.¹⁰¹⁶ AGB waren ursprünglich nicht auf wirtschaftliche Elemente, sondern auf die Abwicklung des Vertrages ausgelegt.¹⁰¹⁷ Allerdings zählt *Raiser* zu den üblichen AGB Inhalten auch die „Möglichkeiten einer

¹⁰⁰⁹ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 263; Vgl. zur Verfallsklausel: *Freitag*, TransPR 2006, 444, 445 f.

¹⁰¹⁰ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 263.

¹⁰¹¹ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09, Rn. 28 = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09, Rn. 19 = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

¹⁰¹² *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 263; *Teichmann*, JZ 2019, 71, 73.

¹⁰¹³ Vgl. hierzu: *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 550.

¹⁰¹⁴ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 550.

¹⁰¹⁵ RegE BT-Drs. 7/3919 S. 22.

¹⁰¹⁶ *Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle, Rn. 139.

¹⁰¹⁷ *Raiser*, AGB Recht, S. 40.

vorzeitigen Beendigung“, bzw. generell „die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Vertrag“. ¹⁰¹⁸ Heute wird die AGB-Kontrolle aber weniger mit der wirtschaftlichen oder intellektuellen Unterlegenheit begründet, da genau diese Unterlegenheit keine Voraussetzung für die AGB-Kontrolle ist und vor allem die Hauptleistungspflicht von der Kontrolle ausgenommen ist. ¹⁰¹⁹ Vielmehr wird der Zeitdruck des Klauselgegners als Argument angeführt, ¹⁰²⁰ oder auch das „strukturelle Motivations- und Informationsgefälle“ zwischen den Vertragspartnern. ¹⁰²¹ In der Nachzahlungsklausel liegt aber schon keine unangemessene Benachteiligung. Eine solche läge vor, wenn die konkrete Klausel gegenüber der Situation ohne die Klausel eine gegenüber dem Klauselgegner negativ abweicht. ¹⁰²² Es wurde festgestellt, dass grundsätzlich der rechtliche Rahmen des Personenluftbeförderungsvertrags der Werkvertrag ist. In diesem ist eine solche Nachzahlungspflicht allerdings nicht vorgesehen, was auf eine Benachteiligung hindeuten könnte. Jedoch ist als Leitbild nicht der Werkvertrag, sondern der unflexible Personenluftbeförderungsvertrag zu verwenden. Und dieser widerspricht wie gezeigt den Regelungen in § 307 Abs. 2 BGB nicht. Ein Zusammenspiel von Klauseln ist hier auch nicht einschlägig. ¹⁰²³

e) Vergleiche

Das gefundene Ergebnis lässt sich mit der Situation in Österreich, wo das dortige OGH eine andere Entscheidung getroffen hat un mit der „bring-or-pay“-Entscheidung des BGH zu einem ähnlichen Thema vergleichen.

i) Situation in Österreich

Es lohnt sich, den Blick noch einmal nach Österreich zu richten, wo der dortige OGH in einem ähnlichen Fall eine andere Entscheidung als der BGH getroffen hat. Obwohl das Zivilrecht dort nicht dem deutschen entspricht, lassen sich dennoch Erwägungen der dortigen Gerichte auch für das deutsche Recht fruchtbar machen. Die Norm des § 879 Abs. 3 BGB mit der Generalklausel der „gröblichen“ Benachteiligung ist der deutschen mit ihrer „unangemessenen“ Benachteiligung sehr ähnlich. Auf Feinheiten soll es hier nicht ankommen, interessant ist lediglich die unterschiedliche Auslegung in Bezug auf die Streckenbindungsklauseln auch vor dem Hintergrund der für beide Länder verbindlichen RL 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über

¹⁰¹⁸ *Raiser*, AGB Recht, S. 41.

¹⁰¹⁹ *MwNWw: Leuschner*, AcP 207 (2007), 491, 494 ff.

¹⁰²⁰ *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491, 495.

¹⁰²¹ *Staudinger-Mäsch*, Vor §§ 305 Rn. 8; *Kötz*, JuS 2003, 209, 212 f.

¹⁰²² Vgl. nur: *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 467.

¹⁰²³ So auch: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 262.

missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihrem Artikel 3. Zudem bezieht der österreichische OGH in seine Erwägungen die Urteile des BGH zur Flugscheinreihenfolge¹⁰²⁴ mit ein, was auf eine vergleichbare Situation in beiden Ländern hindeutet.

Im Ergebnis stellt die in diesem Verfahren entscheidende Klausel eine im Nachgang zur BGH-Rechtsprechung korrigierte Fassung der „Verfallsklausel“ dar, wie sie bis zum BGH-Urteil verwendet wurde. Dennoch unterscheidet sie sich von der heutigen Klausel, allerdings außerhalb des „Österreich-Zusatzes“ nur unwesentlich.

(1) Entscheidung des OGH Wien vom 17.12.2012

Der OGH bestätigt die durch die Vorinstanz festgestellte Nichtigkeit der Klausel gem. § 879 Abs. 3 ABGB. Ähnlich dem deutschen Recht führt die Nicht-Inanspruchnahme der Leistung durch den Kunden nicht zu einer Aufhebung der Gegenleistungspflicht. Dabei werden jedoch gem. § 1168 ABGB „Ersparnisse oder anderweitigen Erwerb“ der Fluggesellschaft vergleichbar dem deutschen Recht (§ 648 S. 2, Hs. 2) angerechnet.¹⁰²⁵ Eine Erhöhung des Entgelts durch Nicht-Inanspruchnahme ist jedoch nach österreichischem Recht aus Sicht des OGH nicht vorgesehen.¹⁰²⁶ Ebenfalls bestätigt er die „Ungewöhnlichkeit“ der Klausel iSd § 864 a ABGB, lässt aber angesichts der wegen § 879 Abs. 3 ABGB bestehenden Nichtigkeit die Frage nach der Rechtsfolge (die bei § 864 a ABGB auch in der Umsetzung der Hinweispflicht) bestehen könnte, offen. Diese Feststellung entspricht auch eher dem Überraschungseffekt, s.o. Diese Entscheidung bezog der OGH per Beschluss auch auf die ABB der Lufthansa.¹⁰²⁷

Zur Nichtigkeit nach § 879 Abs. 3 ABGB führt der OGH dann weiter aus, dass zwar das „Interesse an der Durchsetzung ihres [Anm.: der Airline] Tarifsystems“ auf der einen Seite zu berücksichtigen sein.¹⁰²⁸ Dabei verweist das Gericht auch auf den BGH¹⁰²⁹, wenn es als legitimes Recht der Fluglinie nennt, dass diese „den Preis jeweils entsprechend der unterschiedlichen Nachfragesituation privatautonom zu gestalten, sich damit den jeweiligen Markterfordernissen anzupassen und so jeweils den für sie besten auf dem Markt erzielbaren Preis fordern“ kann.¹⁰³⁰

¹⁰²⁴ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09 = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

¹⁰²⁵ OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. A. 3.2.; Es könnte der § 1168 Abs. 1 auch § 642 BGB entsprechen. Den beiden deutschen wie auch dem österreichischen Paragrafen liegt das Telos zu Grunde, dass die Gegenleistung mit den genannten Einschränkungen bestehen bleibt, wenn die Leistung aufgrund eines in der Sphäre des Bestellers liegenden Ursache nicht durchgeführt werden kann.

¹⁰²⁶ OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. A. 3.2.

¹⁰²⁷ OGH, Beschluss v. 24.01.2013 – 2 Ob 182/12x.

¹⁰²⁸ OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. A. 3.3.

¹⁰²⁹ *BGH*, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958; Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 101/09 = in Auszügen: RRa 2010, 191-192.

¹⁰³⁰ OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. A. 3.3.

Dazu müsste sie die Umgehung dieses Tarifsystems verhindern können.¹⁰³¹ Durch die verwandte Klausel seien aber auf der anderen Seite nicht nur Fälle der bewussten Umgehung der Tarifstruktur umfasst, sondern auch solche, bei denen aufgrund unvorhergesehener Umstände (Versäumnisse, Verspätung der Bahn etc.) der Hinflug verpasst wird.¹⁰³² Die Interessen dieser Kunden seien durch die Klausel jedoch nicht hinreichend berücksichtigt, sodass in diesen Fällen der dispositiven Regelung der Vorrang zu geben sein.¹⁰³³ Dabei nützten Ausnahmen der damaligen ABB für Fälle der Krankheit und höheren Gewalt auch nicht, um den Interessenausgleich vollständig wahrzunehmen. Der OGH lässt bereits ausreichen, dass die Klausel allenfalls eine nach dem Hinflug auftretende Erkrankung für eine Befreiung von der Nachzahlung berücksichtigen kann, was die Interessen der Kunden, die auch diesen nicht wahrnehmen können, nicht berühren kann.¹⁰³⁴ Die damalige Klausel 3.3.2. sah für die Fälle von Krankheit oder höherer Gewalt nur den Verzicht auf die Erhebung zusätzliche Entgelte vor. Nach gebotener kundenfeindlicher Auslegung könnten hier auch andere Zusatzentgelte gemeint sein als die für den Entfall des Hinflugs.¹⁰³⁵

(2) Konsequenzen

Diese Rechtsprechung des OGH führte wohl zur Änderung der AGB einiger Airlines. So sieht Ziff. 3.3.3. der AGB der Austrian Airlines heute vor, dass ein weiteres Entgelt nur bei „Umgehung des Tarifsystems“ und Abweichen von der Reihenfolge erhoben werden kann. Die Ziff. 3.3.4. der AGB der Lufthansa sieht für „Verbraucher mit Wohnsitz in Österreich“ gar eine eigene Ziffer vor: Diese enthält (entgegen der Ziffer für andere Kunden) einen Passus, wonach die Nachkalkulation entfällt, wenn die Beförderung wegen höherer Gewalt, Krankheit oder anderen außerhalb der Sphäre des Passagiers liegenden Gründen nicht in der geplanten Reihenfolge durchgeführt werden kann und die Airline hierüber informiert wird. Es wird die Gültigkeit der Streckenbindungsklausel also für besondere Situationen eingeschränkt und nicht etwa generell nur auf eine bestimmte Konstellation, nämlich die des bewussten Umgehens, beschränkt.

¹⁰³¹ OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. A. 3.3.

¹⁰³² OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. A. 3.5.

¹⁰³³ OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. A. 3.5.

¹⁰³⁴ OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. 3.6.

¹⁰³⁵ OGH Wien Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i Ziff. 3.36.

(3) Entscheidung des OGH Wien vom 20.04.2021

In einem weiteren Verfahren vor dem OGH Wien bezüglich der Wirksamkeit von ABB im Personenluftbeförderungsvertrag, wurden zahlreiche ABB der Lufthansa für unwirksam erklärt.¹⁰³⁶ Darunter auch die von Lufthansa eingeführte „Österreich-Klausel“. Da die Klausel nicht ausschließlich bei bewusster Umgehung eine Nachkalkulation vorsehe, sei sie „gröblich benachteiligend“ iSd § 879 Abs. 3 ABGB.¹⁰³⁷ Ferner sei die festgelegte Informationspflicht benachteiligend.¹⁰³⁸ Es lässt sich also festhalten, dass nach Ansicht des OGH lediglich in Fällen einer „bewusste[n] Umgehung“,¹⁰³⁹ bzw. des bewussten „Ausnützen[s]“ der Tarifstruktur¹⁰⁴⁰ möglich sein soll.

ii) Bring-or-Pay-Entscheidung

Der Vergleich mit einem ähnlich gelagerten Sachverhalt ergibt nichts anderes. Das gilt insbesondere für die bring-or-pay-Entscheidung.¹⁰⁴¹ In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall ging es um den Betreiber eines Abfallentsorgungsunternehmens, dass in seinen Verträgen mit Abfallanlieferern eine AGB-Klausel verwendete, die bei Nichtablieferung der vereinbarten Abfallmenge dennoch einen Anspruch auf Zahlung des entsprechenden Entgeltes vorsah. Dabei handelt es sich um eine so genannte bring-or-pay Verpflichtung. Der Sachverhalt ist ähnlich dem hiesigen gelagert, auch wenn Teile der Entscheidung und deren Besprechung den b2b Bereich und nicht den b2c Bereich betreffen: Durch die Nicht-Inanspruchnahme einer Leistung soll per AGB ein Zahlungsanspruch entstehen. Es handelt sich bei dieser Vereinbarung nach dem BGH um eine kontrollunterworfenen Preisnebenabrede, da der Klausel keine echte Gegenleistung gegenüber stehe, sondern nur eine bloße Beeinflussung von Leistung und Preis.¹⁰⁴² Die Zahlungspflicht auch im Falle der Nichtanlieferung solle nicht nur die bloßen Vorhaltekosten decken, sondern diene auch dazu die Vollauslastung abzudecken.¹⁰⁴³ Das gilt hier nicht, wird aber an anderer Stelle, nämlich im Zusammenhang mit einer möglichen Verortung der Regelung in den Tarifbedingungen noch einmal aufgegriffen. Bei den Streckenbindungsklauseln verhält es sich aber anders. Hier handelt es sich nicht um eine bloße Preisnebenabrede, wie im nächsten Kapitel gezeigt werden wird.

¹⁰³⁶ OGH, Urt. v. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z = BeckRS 2021, 13849.

¹⁰³⁷ OGH, Urt. v. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z, Rn. 110 = BeckRS 2021, 13849.

¹⁰³⁸ OGH, Urt. v. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z, Rn. 111 = BeckRS 2021, 13849.

¹⁰³⁹ OGH, Urt. v. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z, Rn. 110 = BeckRS 2021, 13849.

¹⁰⁴⁰ OGH, Urt. v. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z, Rn. 107 = BeckRS 2021, 13849.

¹⁰⁴¹ BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 = NJW 2013, 856.

¹⁰⁴² BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12, Rn. 16, juris = NJW 2013, 856.

¹⁰⁴³ BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12, Rn. 17, juris = NJW 2013, 856.

Ein wesentliches Argument des BGH in der Interessenabwägung in der bring-or-pay Entscheidung zu Ungunsten des Klauselverwenders war die Tatsache, dass dieser die ersparten Aufwendungen und möglicherweise anderweitigen Erwerbe nicht habe anrechnen lassen.¹⁰⁴⁴ Jedoch liegen bei Personenluftbeförderungsverträgen andere Grundsätze zur Preisfindung unter anderem aufgrund der besonderen Kapazitätsbeschränkung vor. Das gilt für den Fall der BGH-Entscheidung nicht, wenngleich diese kritisiert wurde.¹⁰⁴⁵ Außerdem ist bei den Streckenbindungsklauseln die Preisänderung von einer Bedingung abhängig, die allein vom Passagier bestimmt werden kann. Die Risikoabschätzung unterfällt dabei grundsätzlich seiner privatautonomen Entscheidung.

4. Spezifische Erwägungen zur Fixpreisklausel

Neben der Differenzklausel, wo der Nachzahlungspreis je nach Situation unterschiedlich ist, gibt es auch die Möglichkeit, feste Beträge zu vereinbaren. Hier ergeben sich bezüglich der Inhaltskontrolle Besonderheiten im Vergleich zur Differenzvariante.

a) Abwägung durch das LG Frankfurt

Mit dieser Frage setzte sich im Zusammenhang mit solchen Fixpreis-Nachzahlungsklauseln in den ABB der Air France und KLM das LG Frankfurt auseinander.¹⁰⁴⁶ Wegen der parallelen Struktur wird im Folgenden nur auf eines der beiden Urteile referenziert. Ähnlich entschied in einem Verfahren gegen KLM auch das OLG Wien.¹⁰⁴⁷ Im Verfahren wurden vom klagenden Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände Verstöße gegen das AGB-Recht bemängelt. Nachdem das LG Frankfurt unter Verweis auf den BGH,¹⁰⁴⁸ die Anwendung der Inhaltskontrolle bejaht hat,¹⁰⁴⁹ stellt es ohne weitere Differenzierung nach § 309 Nr. 5 oder § 308 Nr. 7 BGB eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB fest.¹⁰⁵⁰ Zuvor betont das Gericht den grundsätzlichen Anspruch auf Teilleistung, ebenfalls unter Verweis auf den BGH.¹⁰⁵¹ Hauptkritikpunkt der Fixpreislösung ist seitens des Gerichts die Interessensverlagerung auf die Seite der Fluggesellschaften. So sei womöglich die Differenz zum eigentlichen

¹⁰⁴⁴ BGH, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12, Rn. 20, juris = NJW 2013, 856.

¹⁰⁴⁵ Vgl. nur: Leuschner, NJW 2016, 1222; Dauner-Lieb, AnwBl 2013, 845.

¹⁰⁴⁶ LG Frankfurt a. M., Urt. v. 02.04.2020 – 2-24 O 47/19 (KLM); Urt. v. 02.04.2020 – 2-24 O 48/19 (Air France).

¹⁰⁴⁷ OLG Wien, Urt. v. 11.06.2019 – 1 R 73/19s = RRa 2020, 97-100.

¹⁰⁴⁸ BGH, Urt. v. 29.04.2010 – Xa ZR 5/09 = NJW 2010, 1958.

¹⁰⁴⁹ LG Frankfurt a. M., Urt. v. 02.04.2020 – 2-24 O 47/19, Rn. 56, juris.

¹⁰⁵⁰ LG Frankfurt a. M., Urt. v. 02.04.2020 – 2-24 O 47/19.

¹⁰⁵¹ LG Frankfurt a. M., Urt. v. 02.04.2020 – 2-24 O 47/19, Rn. 59 f., juris.

Preis kleiner, was die Fluggesellschaft aber nicht an den Kunden weitergebe.¹⁰⁵² Dabei übersieht das Gericht den erheblichen Vorteil einer transparenten Regelung für den Passagier. Dieser weiß sofort, welche Kosten auf ihn zukommen. Diese Transparenz ist durch die aktuell erlaubte Klausel hingegen wie aufgezeigt nicht gegeben. Wenn man, wie hier gefordert, eine unterschiedliche Behandlung von absichtlicher Umgehung und nachträglicher Planänderung durchführt, stellt sich dennoch die Frage, ob eine solche Klausel, womöglich in abgeschwächter Form, Bestandteil der ABB für unvorhergesehene Planänderungen werden könnten. Dagegen spricht allerdings tatsächlich dann das fehlende Interesse der Fluggesellschaft. Zudem müsste man in jedem Fall klar und deutlich auf den zu zahlenden Fixpreis hinweisen, um dem Transparenzgebot Genüge zu tun.

b) Pauschalierter Schadensersatz § 309 Nr. 5 BGB

Die Kläger im Verfahren gegen KLM und Air France bemängelten zudem, dass die Nachzahlungsklausel ein unzulässiger pauschalierter Schadensersatz sei. Darauf geht das Gericht nicht ein. Ein solcher pauschalierter Schadenersatz liegt jedoch nicht vor. Die obigen Erwägungen zum Fehlen eines Schadens greifen auch hier.

III. Zwischenergebnis

Es lässt sich also festhalten, dass die Nachzahlungsklausel in ihrer aktuellen Form überraschend ist. Der darüberhinausgehenden inhaltlichen Kontrolle hält die Nachzahlungsklausel in beiden Varianten stand. Zu anderen Nichtigkeitsgründen, insbesondere §§ 138 und 242 BGB gilt dabei folgendes: § 138 BGB ist zur AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB subsidiär.¹⁰⁵³ Das gleiche gilt für § 242, von dem die §§ 305 ff. eine bloße spezifischere Ausprägung sind.¹⁰⁵⁴

D Zusammenfassung des dritten Teils

Es hat sich herausgestellt, dass die Implementierung von Streckenbindungsklausel in Form der Verfallsklausel und in Form der Nachzahlungsklausel in ihren beiden Varianten in den ABB bereits wegen des Überraschungseffektes der Klausel gem. § 305c BGB scheitert. Die Verfallsklausel ist darüber hinaus auch inhaltlich unwirksam, denn es handelt sich bei um eine verbotene Vertragsstrafe iSv § 309 Nr. 6. Die grundsätzliche Möglichkeit der Fluggesellschaft verhindern zu können, dass der Passagier für sich günstige Angebote herausuchen kann, die die

¹⁰⁵² *LG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 02.04.2020 – 2-24 O 47/19, Rn. 64, juris.

¹⁰⁵³ *MüKo-BGB-Armbrüster*, § 138, Rn. 8.

¹⁰⁵⁴ *WLP-Pfeiffer*, § 307, Rn. 28.

Fluggesellschaft ihm nicht anbieten möchte, ist dabei schützenswert. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man auf die bewusste Umgehung der Tarifstruktur abstellt. Die verwendeten ABB sind hierfür aber, aufgrund des überraschenden Charakters, nicht das geeignete Instrument. Das Cross-Ticketing und Cross-border-selling können also nicht per ABB untersagt werden. Eine auf den besonderen Charakter angepasste materielle Inhaltskontrolle kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass eine Nachzahlungsklausel in der Differenzvariante durchaus zulässig sein könnte, die nötige Transparenz vorausgesetzt. Das liegt daran, dass wegen des Untertyps „flexibler Personenluftbeförderungsvertrag“ innerhalb des Begriffshofs „Werkvertrag“ eine angepasste Kontrolle erfolgen muss.

Das vorstehende Kapitel beschäftigte sich intensiv mit der Streckenbindungsklausel und seiner AGB-rechtlichen Beurteilung, dem Status quo. Doch die Untersuchung soll sich hiermit nicht erschöpfen. Vielmehr soll ein möglicher Ort für solche Streckenbindungsklauseln in Tarifbedingungen erwogen werden. Schon heute finden sich in diesen Tarifbedingungen Angaben zu Stornierungs- und Umbuchungsmodalitäten und weiteren vertraglichen Abwicklungsregularen. In einem anschließenden Kapitel werden Lösungen für den Interessenskonflikt zwischen Passagieren und Fluggesellschaft aufgezeigt. Hierbei spielen die Tarifvereinbarungen eine besondere Rolle.

§ 4: Mögliche rechtskonforme Lösungen für die Implementierung von Streckenbindungsklauseln und/oder deren Funktion

Im dritten Teil der Arbeit wurde herausgearbeitet, dass die aktuelle Art und Weise der Verwendung von Streckenbindungsklauseln in den ABB nicht mit dem deutschen Recht in Einklang gebracht werden kann. Dennoch sind die dahinterstehenden Interessen der Fluggesellschaft an der Entwicklung von Tarifen und der Bindung ihrer Kunden daran durchaus berechtigt. Die Fluggesellschaft darf hierzu ganz im Sinne der Privatautonomie die Preise und Bedingungen für ihre Dienstleistung auf eigenen Berechnungen basierend festlegen. Dazu kann sie, muss aber nicht, das Revenue-Management benutzen. Die Art und Weise diese Tarife zu gestalten, ob mit verschiedenen Buchungsklassen oder nach dem Prinzip der Low-Fare-Airlines, ist dabei eine Entscheidung, die der Fluggesellschaft überlassen bleibt und der gerichtlichen Kontrolle insoweit entzogen ist. Dieses Ergebnis soll noch einmal überprüft werden und insbesondere eine neue Lösung für diesen Interessenskonflikt zwischen Fluggesellschaft und Kunde untersucht werden. Hauptsächlich krankt die Streckenbindungsklausel in ihren Nachzahlungsvarianten in den ABB, wie oben gezeigt, am Überraschungseffekt, aber auch an den Erfordernissen der Transparenz. Da die Verfallsklausel auch rechtlich benachteiligend und als AGB-Klausel damit rechtswidrig ist, konzentriert sich der folgende Abschnitt auf die Nachzahlungsklausel. Das Problem der Streckenbindungsklausel ist dabei grundsätzlich die nachträgliche Änderung des Passagierinteresses einerseits und das Interesse der Fluggesellschaft, möglichst einfach ein Unterlaufen der Tarife zu verhindern, andererseits. Dieser Interessenskonflikt tritt vor allem bei den Regelungen zu Umbuchungen und Stornierungen zu Tage. Auch bei der EU-Kommission und beim österreichischen OHG ist dieser Konflikt bekannt. Letzterer hat dafür gesorgt, dass teilweise die ABB für Verträge mit anwendbarem ausländischen Recht zusätzliche Klauseln vorsehen, die jedoch immer noch nicht ausreichen. Spannend ist zudem die Überlegung, mit welchen Mechanismen das deutsche Zivilrecht diesen Interessenskonflikt jenseits von verwendeten AGB lösen könnte.

A Kritische Überprüfung des Ergebnisses

Das bisherige Ergebnis soll an dieser Stelle noch einmal überprüft werden. Dabei hilft die Differenzierung der Nicht-in-Anspruchnahme in praktischer und theoretischer Hinsicht. Anschließend soll anhand von Mechanismen des BGB, insbesondere der arglistigen Täuschung gem. § 123 Abs. 1 BGB, die gefundene Lösung als mit dem BGB übereinstimmend dargestellt wer-

den. Dann werden die Unterschiede der Implementierung von Streckenbindungsklauseln in Tarifbedingungen im Vergleich zu den oben behandelten ABB aufgezeigt. Ein Beispiel für die Verwendung in Tarifbedingungen zeigt sich etwa im Rahmen einer Online-Buchung eines Fluges von Frankfurt nach New York im November 2022 in der Auswahlmaske im untersten Punkt allgemeiner Informationen, vgl. oben.

Die bereits angesprochene Rabattlösung von *Pöschke* und *Greiner* wird sodann als Lösungsansatz genauer besprochen. Eine weitere Möglichkeit liegt in der Implementierung der Streckenbindungsklausel in den Tarifbedingungen selbst.

I. Differenzierung nach Art und Weise der Nicht-In-Anspruchnahme

Nachdem eine typische Streckenbindungsklausel untersucht worden ist, lohnt sich ein Blick auf Differenzierungsmöglichkeiten: Einerseits die Unterscheidungen in den AGB, andererseits die Unterscheidungen nach Ursache der Nicht-In-Anspruchnahme.

1. Praktische Unterscheidungen in AGB

Anhand einiger Beispiele wird anschaulich, wie unterschiedlich Streckenbindungsklauseln aussehen können. Dabei liegt besonderer Fokus auf den Bestimmungen, welche die Nachberechnung ermöglichen oder einschränken. Dieser Teil der Untersuchung steht als Bindeglied zwischen der rechtlichen Analyse der aktuell verwendeten Streckenbindungsklausel und möglichen Lösungen für den Interessenskonflikt. Maßstab der Auswahl ist die Anzahl der Starts in Deutschland vom April 2018 bis März 2020. Aufgrund des Einflusses der IATA sind innerhalb der Netzwerk-Fluggesellschaften große Ähnlichkeiten zu beobachten.¹⁰⁵⁵ Die Klauseln selbst unterliegen dabei regelmäßigen Änderungen und stellen den Stand von August 2021 dar.

a) IATA-Mitglieder

Zunächst folgen Beispiele von IATA-Mitgliedern. Deren ABB sind wegen der Muster-AGB der IATA allesamt ähnlich aufgebaut. Gerade bei den Streckenbindungsklauseln zeigen sich jedoch erhebliche Unterschiede.

i) Eurowings

Die Streckenbindungsklausel der Eurowings, einem IATA-Mitglied und Mitglied des Lufthansa Konzerns, beinhaltet, wie schon die ABB der Lufthansa, eine Streckenbindungsklausel

¹⁰⁵⁵ Siehe: § 2

in Form der Nachzahlungsklausel, welche der der Lufthansa genau entspricht (Art. 3.1.7.(1)). Die „Österreich“-Klausel der Eurowings (Art. 3.1.7. (2)) entspricht dem Erfordernis des OGH einer Beschränkung auf das bewusste Umgehen¹⁰⁵⁶ (s.o.) wohl nicht. Sie sieht lediglich eine Ausnahme der Nachkalkulation für die Fälle von Höherer Gewalt, Krankheit oder anderen nicht vom Fluggast zu vertretenden Gründen vor. Zudem gibt es auch eine Klausel für Buchungen über italienische Buchungskanäle (3.1.7 (2)).

Für über italienische Buchungskanäle gebuchte Flüge erfolgt keine Nachkalkulation und kein Verfall weiterer Flugsegmente, wenn das erste Flugsegment (üblicherweise der Hinflug) aus gleichgültig welchem Motiv verschoben werden musste und die Fluggesellschaft innerhalb von 24 Stunden informiert wurde. Das beruht wohl auf einer Entscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde Consiglio di Stato. Der Consiglio di Stato entschied mit seiner sentenza dal 30 settembre 2016, n. 4048 über die Ungültigkeit der bisherigen Regelung der Alitalia zum Verfall der weiteren Flugcoupons (wenngleich eine Ausnahme für höhere Gewalt nach aktuellem österreichischem Vorbild bestand). Hier hatte zuvor die entsprechende Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde einen Verstoß gegen Art. 20-22 des italienischen Verbraucherkodex festgestellt, wogegen sich Alitalia erfolglos beim Consiglio di Stato wendete. Dies lag zum einen daran, dass die Informationen über die mögliche Stornierung gegenüber dem Kunden unzureichend waren, um den Inhalt und die Beschränkungen des Angebots darzustellen. Zum anderen fehlte ein besonderes Verfahren, das es dem Verbraucher ermöglichte, den für den Rückflug (oder die zweite Teilstrecke) erworbenen Flugschein innerhalb bestimmter Grenzen weiter zu nutzen, wenn der Hinflug (oder die erste Teilstrecke) nicht genutzt wurde.¹⁰⁵⁷ Ein pauschaler Ausschluss sei nicht rechtmäßig, vielmehr müsse die mögliche Verfügbarkeit von Sitzplätzen beachtet werden bzw. eine Erstattung möglich sein,¹⁰⁵⁸ jedenfalls innerhalb bestimmter Fristen,¹⁰⁵⁹ hier also die 24 Stunden. Die Möglichkeit, den Sitzplatz weiterhin doppelt zu verkaufen,

¹⁰⁵⁶ OGH, Urt. v. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z, Rn. 107 ff. = BeckRS 2021, 13849.

¹⁰⁵⁷ Vgl. Ziff. 20.2 der Senteza: Ciò in quanto, da un lato, le informazioni sull'offerta commerciale non erano adeguate nell'evidenziare i contenuti e i limiti dell'offerta, e dall'altro per la mancanza di una apposita procedura che consentisse al consumatore di poter comunque fruire, entro determinati limiti, del biglietto acquistato anche per il viaggio di ritorno (o per la seconda tratta), nel caso di mancato utilizzo del volo di andata (o della prima tratta).

¹⁰⁵⁸ Vgl. Ziff. 20.2 der Senteza: Senza alcuna connessione con l'eventuale disponibilità dei posti per tale successivo viaggio aereo e senza prevedere alcun rimborso per un servizio, che, come ha giustamente sottolineato anche la difesa erariale, poteva essere poi essere anche riutilizzato dal vettore offrendolo nuovamente sul mercato.

¹⁰⁵⁹ Vgl. Ziff. 23 der Sentenza: Peraltro, come pure ha evidenziato la difesa erariale, la pratica *no show rule*, dopo i contemperamenti adottati è stata ancora applicata e, qualora il passeggero non effettui tempestivamente, secondo la tempistica ora prevista, la comunicazione al vettore (o la effettui dopo i termini indicati), la pratica continua a produrre i medesimi effetti che produceva prima dell'intervento dell'Autorità, con la conseguenza che l'acquirente, se non utilizza gli strumenti posti ora a sua disposizione, non ha diritto ad imbarcarsi sul volo di ritorno (o sulla seconda tratta) e Alitalia può liberamente rivendere il posto inizialmente a questi assegnato (e per il quale un corrispettivo era stato già versato) anche eventualmente ad un prezzo più elevato.

bleibt also bestehen, wobei dieses Interesse der Fluggesellschaft durch die Möglichkeit des Passagiers ausgeglichen wird, innerhalb von 24 Stunden auf unerwartete Ereignisse bei der Fluggesellschaft reagieren zu können, um den Sachverhalt zu klären, ohne dass es dann direkt zu einer Nachberechnung kommt.

Die Italien-Klausel ist jedoch anders aufgebaut als die Österreich-Klausel. Sie bezieht sich vor allem auf Situationen, in denen der gesamte Flug einschließlich Hin- und Rückflug verschoben werden muss. Dabei wird nicht nach dem Grund der Verschiebung unterschieden. Mit der Österreich- und der Italien-Klausel wird die grundsätzliche Nachzahlungspflicht nach der Differenzmethode erheblich eingeschränkt.

ii) British Airways

In den deutschen ABB der British Airways findet sich eine Streckenbindungsklausel, und zwar vermutlich in der Form der Verfallsklausel.¹⁰⁶⁰ So heißt es in Ziff. 3c2) S.1, dass das Ticket nicht mehr gelte, wenn die Coupons (für die einzelnen Segmente) nicht in der vorgesehenen Reihenfolge verwendet werden. In S. 2 wird aber auf eine Nachzahlungsmöglichkeit verwiesen. In Ziff. 3c5) steht wiederum, dass das Ticket ungültig wird, sofern die Flugreihenfolge ohne Einverständnis der Airline abgeändert wird. Jedoch ermöglicht die Klausel ebenfalls, dass nachgezahlt werden kann, wenn der neue Tarif teurer ist. Zudem wird hier sogar die Differenz erstattet, wenn der neue Tarif günstiger wäre. Alles in allem sind die ABB also ein etwas missverständlicher Hybrid und gem. § 305c Abs. 2 BGB geht dieses Missverständnis zu Lasten des Verwenders, so dass man von einer Verfallsklausel ausgehen muss. Diese wäre aber unwirksam.

iii) Swiss

Swiss verwendet in Art. 3.3.1. ihrer ABB eine Streckenbindungsklausel in Form der Nachzahlungsklausel.¹⁰⁶¹ Die Österreich-Variante erfolgt hier innerhalb dieses Absatzes durch eine per Doppelpunkt getrennte Regelung. Ansonsten ist die Österreichklausel zu der bei der Lufthansa ABB identisch. Dem Erfordernis des OGH einer Beschränkung auf das bewusste Umgehen¹⁰⁶²

¹⁰⁶⁰ <https://www.britishairways.com/de-de/information/legal/british-airways/general-conditions-of-carriage>;
Stand 08.11.2022.

¹⁰⁶¹ <https://www.swiss.com/de/de/terms-conditions/conditions-of-carriage#accordion-item-section-139689795>;
Stand: 08.11.2022

¹⁰⁶² OGH, Urt. v. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z, Rn. 107 ff. = BeckRS 2021, 13849.

(s.o.) entspricht diese Klausel auch nicht. Auch hier wird die Klausel nicht auf bewusstes Umbuchen beschränkt, sondern auf die Fälle von höherer Gewalt, Krankheit und Gründen für die der Fluggast „nicht verantwortlich“ ist nicht angewendet.

iv) Austrian Airline

Austrian Airline verwendet ebenfalls eine Streckenbindungsklausel in der Nachzahlungsvariante in den Art. 3.3.1. ff. der ABB.¹⁰⁶³ Die so genannte „Österreichklausel“ gilt bei Austrian verständlicherweise für alle Fluggäste und nicht nur für solche mit Wohnsitz oder ständigem Aufenthaltsort in Österreich. Sie ist in einen allgemeinen Absatz (3.3.1), und zwei weitere Absätze aufgeteilt. Die zulässige Abweichung von der Streckenbindung ist in Art. 3.3.2. geregelt und besteht für die Gründe der Höheren Gewalt, Krankheit oder aus einem anderen nicht zu vertretenden Grund oder Hindernis. Dort ist ebenfalls eine sofortige Informations- und Nachweispflicht stipuliert. In Art. 3.3.3. zeigt sich gleichsam als Umkehr die Nachzahlungsklausel für Fälle der „Umgehung des Tarifsystems“. Es wird darauf hingewiesen, dass für die Nachkalkulation der günstigste, verfügbare Preis in der Buchungsklasse für die neue Streckenführung gilt. Dieser geänderte Preis sei jederzeit abfragbar.

v) Condor

Bei der Fluggesellschaft Condor findet sich, obwohl IATA-Mitglied, keine explizite Streckenbindungsklausel. Lediglich die Umbuchungs- und Stornierungsbedingungen für die unterschiedlichen Tarife werden nach möglichen Zielflughäfen gebietsweise aufgeschlüsselt. Das ist vor allem mit der Eigenschaft als typischer „Ferienflieger“ zu erklären. Diese Fluggesellschaften beförderten ab den 1960 und 1970er Jahren vor allem in Europa im Chartermodus die Menschen von Nord nach Süd.¹⁰⁶⁴

Das mag damit erklärt werden, dass Condor viel Charterverkehr und Punkt-zu-Punkt-Verkehr anbietet und damit wenig Gelegenheiten für Cross-border-selling. Das Cross-ticketing hingegen kann sich durch ein kontinuierliches Preisspektrum mit wenigen sehr günstigen Angeboten erklären.

¹⁰⁶³ <https://www.austrian.com/at/de/befoerederungsbedingungen#accordion-item-section-article3>; Stand: 08.11.2022

¹⁰⁶⁴ *Pompl*, Luftverkehr, S. 112 ff.

vi) KLM / Air France

Die niederländische Fluggesellschaft KLM verwendet in Ziffer 3.4 b) ihrer ABB ebenfalls eine Nachzahlungsklausel in der Differenzvariante.¹⁰⁶⁵ Dies ist eine Reaktion auf das Urteil des LG Frankfurt, welches die Verwendung der Fixpreisvariante untersagte.¹⁰⁶⁶ Das Urteil ist mittlerweile rechtskräftig. Zuvor hatte KLM, wie auch Air France, eine Nachzahlungsklausel mit fixen Zuschlägen je nach Klasse und Reiseziel von 125 € bis zu 3000 € bei Änderung der Flugreihenfolge in ihren ABB. Auch gegenüber Air France erließ das LG Frankfurt am 02.04.2020 ein untersagendes, mittlerweile rechtskräftiges Urteil.¹⁰⁶⁷ Stand 08.11.2022 sind die AGB hier aber noch nicht geändert. Auch in Österreich ist gegen die Differenzvariante der KLM geurteilt worden.¹⁰⁶⁸

Bei KLM gibt es neben der neuen Differenzvariante eine Ausnahme ähnlich der Italien-Klausel. Die Nachzahlungspflicht entfällt nämlich, wenn sich der Passagier innerhalb von 24 Stunden nach Abflug des Fluges einen neuen Flugschein für die gleiche Strecke ausstellen lässt und diesen verwendet. Auf diese Weise werden für Fälle des unfreiwilligen Verpassens des Fluges keine Nachzahlungen fällig.

vii) Tuifly

Bei Tuifly handelt es sich um eine klassische Ferienfluggesellschaft mit viel Punkt-zu-Punkt- und Charterverkehr. Sie ist kein IATA-Mitglied und hat keine Streckenbindungsklausel.¹⁰⁶⁹

viii) Turkish Airlines

Turkish Airlines hat in ihren ABB eine Streckenbindungsklausel in der Verfallsvariante. Diese ist wie dargestellt im deutschen Recht nicht wirksam. Dennoch gilt auch bei dieser Art AGB, dass in Fällen des bewussten Umgehens über die Anfechtung eine Nachzahlung erreicht werden kann.

¹⁰⁶⁵ https://www.klm.com/travel/de_de/customer_support/booking_conditions_carriage/index.htm; Stand: 08.11.2022

¹⁰⁶⁶ *LG Frankfurt a. M.*, Urte. v. 02.04.2020 – 2-24 O 47/19.

¹⁰⁶⁷ *LG Frankfurt a. M.*, Urte. v. 02.04.2020 – 2-24 O 48/19.

¹⁰⁶⁸ *OLG Wien*, Urte. v. 11.06.2019 – 1 R 73/19s = RRa 2020, 97-100.

¹⁰⁶⁹ <https://www.tui.com/service-kontakt/flug/abb-tuifly>, Stand: 25.08.2021.

ix) Sunexpress

Sunexpress, obwohl IATA-Mitglied, hat für Ferienfluggesellschaften typische AGB, die sich vom Muster der Netzwerkgesellschaften unterscheidet. Eine Streckenbindungsklausel findet sich nicht.

x) Air Dolomiti

Bei Air Dolomiti, der einzigen Regionalfluggesellschaft beim hiesigen Vergleich, findet sich ebenfalls keine Streckenbindungsklausel.

b) Nicht-IATA-Mitglieder

Im Vergleich zu den IATA-Mitgliedern haben folgende Fluggesellschaften einen anderen Aufbau ihrer AGB.

Bei Ryanair, einer klassischen Billigairline findet sich keine Streckenbindungsklausel. Dafür fand sich eine Rechtswahlklausel, die auf irisches Recht verweist.¹⁰⁷⁰ Diese wurde allerdings vom OLG Köln mit Beschl. v. 29.01.2021 für rechtswidrig erklärt. Stand Februar 2023 hat die Rechtswahlklausel nun die Einschränkung, sofern die Gesetze nichts anderes vorsehen. Und das ist wie oben gesehen auf Grund des Verstoßes gegen deutsches AGB-Recht der Fall. Es fällt zudem auf, dass die Bedingungen von ihren Überschriften her sehr eng an die der Netzwerk-Fluggesellschaften angelehnt sind. Auch bei Easyjet und Wizzair findet sich keine Streckenbindungsklausel.

2. Ursächliche Unterscheidungen der Nicht-Inanspruchnahme

Man kann auch danach differenzieren, wie die tariflichen Regelungen zur Flugscheinreihenfolge umgangen werden, sei es beabsichtigt oder nicht. Die beiden Phänomene „Cross-ticketing“ und „Cross-border-selling“, die oben bereits erläutert wurden, zählen zu der Kategorie der absichtlichen Umgehung. Zu der Kategorie der „nachträglichen“ Umgehung, bei denen sich die Pläne erst nach Vertragsabschluss ändern, gehören vor allem auch Ereignisse, auf die der Passagier keinen Einfluss hat. *Teichmann* führt neben dem bewussten Umgehen der Tarifstruktur vier weitere Kategorien an Planänderungen auf, die er unterschiedlich behandelt wissen will.¹⁰⁷¹ Gleichzeitig gibt es aber auch die Möglichkeit, dass von Anfang an die Absicht bestand, die Segmente nicht wie geplant abzufliegen.

¹⁰⁷⁰ Vgl. Ziff. 2.4.1 der ABB Ryanair, <https://www.ryanair.com/de/de/nutzliche-infos/service-center/allgemeine-geschäftsbedingungen>; abgerufen am 26.02.2023.

¹⁰⁷¹ Vgl.: *Teichmann*, JZ 2019, 71, 75 f.

c) Bewusstes Umgehen

Dabei kann es sein, dass der Passagier ganz bewusst eine Reise bucht, die er so nicht in Anspruch nehmen möchte. Dies entspricht dem oben dargestellten „Cross-border-selling“ und „Cross-ticketing“. Dieses Verhalten führt letztlich zu einem Anfechtungsgrund, wie sogleich gezeigt wird.

a) Unbewusstes Umgehen

Auf der anderen Seite gibt es aber auch verschiedene Varianten, die zur nachträglichen Änderung der Reisepläne führen.

i) Höhere Gewalt

Da wären einerseits Umstände „höherer Gewalt“, also Umstände, auf die der Passagier keinen Einfluss hat.¹⁰⁷² Diesem Umstand tragen insbesondere die Österreich-Klausel¹⁰⁷³ und die Italien-Klausel Rechnung. Im Falle einer restriktiveren Inhaltskontrolle bezüglich dieser Klauseln dürften als erster Schritt nur Klauseln verwendet werden, die eine Ausnahme der Nachzahlungspflicht im Falle höherer Gewalt vorsehen. Sollten zukünftige AGB-Kontrollen noch restriktiver sein, müsste auch die folgende Kategorie von der Nachzahlungspflicht ausgenommen werden. Hoffmann-Grambow plädiert auch in diesen Fällen dafür, es bei der Nachzahlungspflicht zu belassen. Schließlich habe der Passagier für die fehlende Flexibilität auch einen geringeren Preis bezahlt, gegen den er sich sogar versichern könnte.¹⁰⁷⁴

ii) Nicht zu vertretender Hinderungsgrund

Auch nicht vom Passagier zu vertretende Hinderungsgründe, wie beispielsweise eine Leistungsstörung auf einem Flugsegment, sollten nach *Teichmann* nicht zu einem Mehrpreis führen.¹⁰⁷⁵ Dies entspricht auch einer gerechten Interessenverteilung.¹⁰⁷⁶ Diese Bewertung spiegelt sich sowohl in der Italien-, als auch in der Österreich-Klausel wider. Im Ergebnis lässt sich auch die höhere Gewalt hierunter subsumieren, so dass diese Aufteilung von *Teichmann* nicht nötig ist.

¹⁰⁷² *Teichmann*, JZ 2019, 71, 75 f.

¹⁰⁷³ *Teichmann*, JZ 2019, 71, 76.

¹⁰⁷⁴ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 263.

¹⁰⁷⁵ *Teichmann*, JZ 2019, 71, 76.

¹⁰⁷⁶ So auch: *OGH*, Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i, Ziff. A 3.5. = BeckRS 2013, 80893.

iii) Vertretbarer Hinderungsgrund außerhalb des Umgehungsvorsatzes

In der Italien-Klausel, nicht aber in der Österreich-Klausel sind Verhaltensweisen von der Nachzahlungspflicht befreit, die der Passagier zu vertreten hat, die er aber nicht zur Umgehung der Tarifstruktur gewählt hat. Hier ist beispielweise an ein verspätetes Erscheinen am Flughafen durch Abholung vergessener Koffer etc. zu denken. *Teichmann* möchte hier im Falle fahrlässigen Verhaltens auch keine Nachzahlungspflicht erlauben, da ebenfalls das Tarifsystem nicht gefährdet sei.¹⁰⁷⁷ Allerdings stellen sich hier deutliche Beweisprobleme, wenn man die fahrlässige von der bewussten Umplanung unterscheiden soll. *Teichmann* schlägt zwar vor, dass grundsätzlich der Passagier die Befreiungsgründe von der Nachzahlungspflicht beweisen soll,¹⁰⁷⁸ doch ist das in diesen Fällen nahezu ausgeschlossen. Etwas anderes gilt für die nicht vom Passagier zu vertretenden Hinderungsgründe, da hier ja von außen kommende Ereignisse eine Rolle spielen, die leichter nachzuweisen sein dürften.

iv) Verlust des Interesses vollständiger Flugsegment-Nutzung

Teichmann sieht keinen Bedarf an Ausnahmen der Nachzahlungsklausel für Passagiere, deren Pläne sich geändert haben.¹⁰⁷⁹ Anders sieht das der OGH Wien. In seiner ersten Entscheidung stellt er klar, dass eine Ausnahme von den Nachzahlungspflichten für Passagiere, deren Pläne sich nach Buchung geändert haben, nötig ist.¹⁰⁸⁰ Sein Argument liegt darin, dass der Passagier bei der Buchung keine Umgehungsabsicht hatte. Nach *Teichmann* verfängt dieses Argument allerdings nicht, da diese mögliche Planänderung in der Risikosphäre des Passagiers liege.¹⁰⁸¹ Nach der zweiten Entscheidung zu diesen Klauseln¹⁰⁸² ist klar, dass Nachzahlungsklauseln nur für die Fälle gelten dürfen, in denen die Buchung das Preissystem bewusst unterläuft. Hier handelt es sich um eine Kategorie an Fällen, die auch bei einer besonders restriktiven Handhabung von Streckenbindungsklauseln in ABB noch wirksam sind.

3. Auswertung

Es lässt sich also feststellen, dass die großen Netzwerk-Airlines häufig über Streckenbindungsklauseln in den ABB verfügen, Billig- und Ferienfluggesellschaften eher nicht. Weniger relevant ist die Unterscheidung zwischen Mitgliedern der IATA und Nichtmitgliedern. Das erklärt

¹⁰⁷⁷ *Teichmann*, JZ 2019, 71, 76.

¹⁰⁷⁸ *Teichmann*, JZ 2019, 71, 76.

¹⁰⁷⁹ *Teichmann*, JZ 2019, 71, 76.

¹⁰⁸⁰ OGH, Urt. v. 17.12.2012 – 4 Ob 164/12i, Ziff. A 3.5. = BeckRS 2013, 80893.

¹⁰⁸¹ *Teichmann*, JZ 2019, 71, 76.

¹⁰⁸² OGH, Urt. v. 20.04.2021 – 4 Ob 63/21z = BeckRS 2021, 13849.

sich vor allem auch aus den unterschiedlichen Preisfindungsmodellen, die, wie gezeigt, vor allem bei den klassischen Netzwerk-Airlines besonders komplex sind und für den einzelnen Passagier Schlupflöcher durch Cross-border-selling und Cross-ticketing lassen.

Turkish Airways verwendet als einzige der verglichenen Fluggesellschaften noch die Verfallsklausel in ihrer Reinform, diese ist eindeutig unzulässig. Die „Österreich-Klausel“ findet sich vor allem bei den vier großen Fluggesellschaften der Lufthansa Gruppe. Sie sind in der aktuellen Form (November 2022) nicht mit den Anforderungen des OGH vereinbar. Vielmehr wäre nach der OGH-Rechtsprechung nötig, die Nachzahlungsklauseln auf die Fälle zu beschränken, in denen bewusst das Tarifsystem umgangen werden soll. Dazu müsste wohl das aktuelle Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt werden:¹⁰⁸³ Die Klausel sollte also nach Vorstellung des OGH grundsätzlich nur diesen Personenkreis treffen, außer eine Besonderheit liegt vor. Die aktuelle Version, eine allgemeine Nachzahlungspflicht mit Ausnahmen für Österreich (Wohnsitz) und Italien (Buchungskanal) ist wegen möglicher Lücken für den OGH nicht akzeptabel, findet aber bislang Anwendung. Ob sich die Situation in Deutschland mit der Rechtsprechung des BGH vereinbaren lässt, ist noch unklar, aber wegen des BGH-Urteils von 2010 in dem Fall zu erwarten, bei dem ausreichend Ausnahmen vorgesehen sein sollten, so wie es aktuell in der verwendeten Österreich-Klausel vorgesehen ist. Nach *Teichmann* müssen diese Ausnahmen für alle Fälle gelten, in denen der Kunde gegen seinen Willen gehindert ist, alle Teilstrecken abzufliegen.¹⁰⁸⁴ Das erscheint jedoch nur auf den ersten Blick sinnvoll. Beizupflichten ist vielmehr *Hoffmann-Grambow*, der zurecht die fehlende Flexibilität als Gegenwert für den geringeren Preis erachtet und auf die Möglichkeit eines Versicherungsabschlusses für diese Fälle hinweist.¹⁰⁸⁵ Sämtliche Umgehungen, bei Vertragsschluss, nachträglich, verschuldet oder unverschuldet, greifen in das Synallagma des Vertrages ein. Das ist immer dann problematisch, sofern die Planänderung nicht mit dem Vertragspartner, der Fluggesellschaft, abgesprochen wurde, was insbesondere in den Fällen nicht gemacht werden dürfte, bei denen ein unflexibler Vertrag gewählt wurde. Diese Entscheidung, ein unflexibles Angebot zu wählen und weniger zu zahlen hat sich nicht „gerechnet“. Dieses Risiko kann jedoch nur der Kunde abschätzen und sich ggf. entsprechend versichern. Die Anpassung des Vertrages über das AGB-Recht erscheint in diesen Fällen unpassend.

¹⁰⁸³ AA: *Teichmann*, JZ 2019, 71, 76.

¹⁰⁸⁴ Vgl. Fazit bei: *Teichmann*, JZ 2019, 71, 76.

¹⁰⁸⁵ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 263.

II. Mechanismen des BGB für den Interessenausgleich zwischen Passagier und Fluggesellschaft

Die Arbeit hat aufgezeigt, dass die Streckenbindungsklausel in ihrer Nachzahlungsvariante, sofern nicht überraschend iSd § 305c BGB, durchaus mit dem AGB-Recht vereinbar ist. Dieses Ergebnis wird dadurch gestützt, dass das BGB selbst die in der Klausel aufgeführten „Mechanismen“ kennt und für einen gelungenen Interessenausgleich zur Verfügung stellt. Dabei sollen drei „Mechanismen“ des BGB genauer beleuchtet werden. Einerseits soll die Annahme eines nichtigen Vertrages wegen erfolgter Anfechtungserklärung gem. § 142 Abs. 1 BGB betrachtet werden. Andererseits wird untersucht, ob im Rücktrittsrecht Lösungen für den Interessenskonflikt verborgen sind. Abschließend werden weitere möglicherweise hilfreiche Instrumente des BGB aufgezeigt.

1. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Dass nicht nur Verbotsnormen umgangen werden können, worauf der Begriff „umgehen“ eigentlich gemünzt ist,¹⁰⁸⁶ sondern auch der Zweck einer Norm durch unberechtigtes Ausnutzen der Folgen „umgangen“ werden kann, wurde bereits 1851 festgestellt.¹⁰⁸⁷ Allerdings geht es beim Umgehen des Tariffsystems um etwas anderes: Normen spielen hier keine Rolle, lediglich die Vereinbarungen im konkreten Personenluftbeförderungsvertrag. Dass für den Passagier die in Anspruch genommene Leistung gerade kein Minus, sondern ein Aliud ist, wie Hoffmann-Grambow sagt, wurde oben dargelegt. Der Passagier nimmt eine Leistung in Anspruch, die er nicht bezahlt hat.¹⁰⁸⁸ Die reine Strecke ist nicht das alleinige Maß für den Preis. Diese Umgehung von vertraglichen Regeln, die „Vertragsumgehung“, findet in der Literatur nur wenig Beachtung.¹⁰⁸⁹ Das liegt daran, dass in diesen Fällen häufig die Regelungen zur Auslegung oder zum Rechtsmissbrauch iSd § 138 Abs. 1 BGB eingreifen.¹⁰⁹⁰ Für die Streckenbindungsklausel ist vor allem das Instrument der Anfechtung von besonderem Interesse.

a) Täuschung gem. § 123 Abs. 1 Hs. 1 BGB

Weshalb die arglistige Täuschung gem. § 123 BGB relevant sein könnte, ergibt sich aus dem zugrundeliegenden Problem, dass die Streckenbindungsklausel zu lösen versucht. Dieses ist

¹⁰⁸⁶ Vgl.: *Teichmann*, JZ 2019, 71, 73 f.; zum Thema mwNw: *MüKo-BGB-Armbrüster*, § 134, Rn. 18 ff.

¹⁰⁸⁷ *Thöl*, Einleitung, S. 159 Fn. 2, wo es heißt: " Den Gegensatz macht der Versuch, die Anwendung eines Gesetzes, wo es nicht anwendbar ist, herbeizuführen, etwa um den Vortheil dieser Anwendung zu genießen"; Vgl auch: *Teichmann*, JZ 2019, 71, 73 f.

¹⁰⁸⁸ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 262.

¹⁰⁸⁹ *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 50.

¹⁰⁹⁰ *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 50 f.

letztlich nämlich im Bereich des Irrtums anzusiedeln. Der Kunde, welcher die Tarifstruktur umgehen möchte, spiegelt durch Cross-border-selling und das Cross-ticketing eine Verhaltensabsicht vor, die er so gar nicht hat. Der Fluggesellschaft steht somit ein Anfechtungsgrund nach § 123 Abs. 1 Hs. 1 BGB zu. Über das Kondiktionsrecht gem. §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB müsste dann Wertersatz geleistet werden. Zudem entspräche die Nachzahlungsklausel, was das vorsätzliche Unterlaufen der Streckenbindung anbelangt, in ihrer Differenzvariante dann der gesetzlichen Regelung iSd § 307 Abs. 3 und wäre womöglich nicht mehr kontrollunterworfen.

i) Angebot und Annahme bei der Flugbuchung

Zunächst ist auf die zugrundeliegende Willenserklärung abzustellen. Hier stellen sich zwei Fragen. Erstens die, was im Flugbuchungsprozess das Angebot und was die Annahme ist. Zweitens die, ob sich die klassischen Elemente der Rechtsgeschäftslehre auf den computergestützten Prozess übertragen lassen, oder ob hier Besonderheiten berücksichtigt werden müssen.

Wo beim Kauf von Waren über das Internet das Angebot liegt, beim „Bestellen“ des Käufers oder bei der Bereitstellung von Kaufmöglichkeiten, ist umstritten.¹⁰⁹¹ Meist wird jedoch davon ausgegangen, dass die Bereitstellung im Internet nur eine invitatio ad offerendum sei.¹⁰⁹²

Für die Flugbuchung hat der BGH in seiner „Noch-unbekannt“-Entscheidung entschieden, dass grundsätzlich die Auftragsbestätigung nach § 312g Abs. 1 Nr. 3 BGB eine Annahmeerklärung bei der Online-Flugbuchung sein kann.¹⁰⁹³ Das Klicken auf „Jetzt bestellen“ oder ähnliches stellt dann die Annahme dar. In der Entscheidung wurde eine Annahme in Form der Buchungsbestätigung letztlich wegen erkennbarer widersprüchlicher Angaben verneint. Für die hier relevanten Fälle allerdings bestehen keine solchen grundsätzlichen Dissense. Daher ist im Klicken auf „Jetzt bestellen“ o.ä. das Angebot und in der Bestellbestätigung üblicherweise die Annahme zu sehen.

ii) Anwendung auf den elektronischen Rechtsverkehr

Im Zusammenhang mit arglistiger Täuschung und elektronischem Rechtsverkehr, insbesondere Computern, kommt einem recht zügig § 263 StGB sowie § 263a StGB in den Sinn. Irren können nur Menschen.¹⁰⁹⁴ Aufgrund des Analogieverbotes im Strafrecht, dürfen die Regelungen

¹⁰⁹¹ Vgl. nur: Staudinger-Bork, § 145 Rn. 9.

¹⁰⁹² Vgl. nur: Staudinger-Bork, § 145 Rn. 9.

¹⁰⁹³ BGH, Urt. v. 16.10.2012 – X ZR 37/12, Rn. 16, juris = BGHZ 195,126.

¹⁰⁹⁴ Vgl. nur: Rengier, Strafrecht, § 13 Rn. 43.

zum Betrug nicht einfach auf den Computerbetrug angewendet werden. Deswegen musste der Gesetzgeber mit Schaffung des § 263 a StGB tätig werden.

Im Privatrecht ist die Situation etwas anders. Zwar kann die Willenserklärung eigentlich nur von einer Person abgegeben werden.¹⁰⁹⁵ Es ist aber anerkannt, dass die allgemeinen Regelungen zu Willenserklärungen auch für automatisierte Erklärungen gelten.¹⁰⁹⁶ Dabei ist die elektronische Übermittlung einer Willenserklärung von der automatisierten Willenserklärung zu trennen.¹⁰⁹⁷ Zu ersterer gehört etwa die Erklärung des Kunden, wenn er auf den „Jetzt kostenpflichtig bestellen“-Button klickt. Der BGH hat in seiner „Noch-Unbekannt“-Entscheidung festgestellt, dass es für die Fragen der Auslegung der Willenserklärung darauf ankommt, wie ein menschlicher Adressat nach Treu und Glauben sowie Berücksichtigung der Verkehrssitte diese versteht.¹⁰⁹⁸ Insofern weist die Verwendung einer Buchungsmaske hier gegenüber dem Schalterverkauf keine Besonderheit auf.

b) Tatsache

Die Tatsache, über die getäuscht wird, kann einerseits in der anfänglichen Bereitschaft gesehen werden, dass die gebuchten Flüge auch in Anspruch genommen werden sollen. Dass es sich hierbei um eine innere Tatsache handelt, ist dabei unschädlich.¹⁰⁹⁹ Auch die grundsätzliche Bereitschaft, den Vertrag zu erfüllen, ist eine solche innere Tatsache.¹¹⁰⁰ Andererseits kann man auch die generelle Erklärung, das Tarifsystem nicht unterlaufen zu wollen als eine solche innere Tatsache erkennen.

c) Täuschungshandlung

Es gibt es üblicherweise zwei Anknüpfungspunkte für die arglistige Täuschung in § 123 Abs. 1 Hs. 1 BGB. Das Tatbestandsmerkmal ist dabei selbst nicht (legal-)definiert.¹¹⁰¹ Es kann im Vorspiegeln falscher oder im Verschweigen wahrer Tatsachen liegen, die den Willensentschluss des Getäuschten beeinflussen,¹¹⁰² oder nach *Flume*: „jedes Verhalten, durch welches

¹⁰⁹⁵ Vgl. nur: *Neuner*, BGB AT, § 30 Rn. 1.

¹⁰⁹⁶ Vgl. nur: *Staudinger-Singer*, Vor 116-144, Rn 57; *Paulus/Matzke*, ZfPW 2018, 431, 440 f.

¹⁰⁹⁷ *Staudinger-Singer*, Vor §§ 116-144, Rn. 57.

¹⁰⁹⁸ *BGH*, Urt. v. 16.10.2012 – X ZR 37/12, Rn. 17, juris = BGHZ 195,126.

¹⁰⁹⁹ *Staudinger-Singer/Finckenstein*, § 123, Rn. 8.

¹¹⁰⁰ *Staudinger-Singer/Finckenstein*, § 123, Rn. 8.

¹¹⁰¹ Vgl. nur: *Lübtow von*, in: FS Bartholomeyczik, 249.

¹¹⁰² Vgl. nur: *Staudinger-Singer/Finckenstein*, § 123, Rn. 6; *Neuner*, BGB AT, § 41 Rn. 103.

bewußt in einem anderen eine unrichtige Vorstellung hervorgerufen, bestärkt oder aufrechterhalten wird“.¹¹⁰³ Einerseits in Form des „Tuns“, also hier in Form Vorspiegelung nicht zutreffender Reisewünsche beim Vertragsschluss auf der Homepage der Fluggesellschaft. Andererseits ist auch an ein Verschweigen der wahren Absichten, also an eine Täuschungshandlung durch Unterlassen zu denken.

i) Täuschung durch Tun

Durch positives Tun wird getäuscht, wenn unrichtige, also falsche oder irreführende Angaben gemacht werden.¹¹⁰⁴ Das kann neben dem Behaupten auch durch unterdrückte oder entstellte Tatsachen geschehen,¹¹⁰⁵ wobei Reichweite und Inhalt der Täuschung durch Auslegung zu ermitteln sind.¹¹⁰⁶

Zunächst ließe sich in der Angabe nicht beabsichtigter Reisedaten (beim Cross-ticketing) bzw. falscher Abflugs- und Zielorte (beim Cross-border-selling) eine Täuschungshandlung erblicken. Gemein ist beiden Varianten, dass für mehr Flugsegmente Bedarf angegeben wird, als von vornherein beabsichtigt wird. Dabei ist der Wille, einen Vertrag erfüllen zu wollen, eine innere Tatsache, über die getäuscht werden kann.¹¹⁰⁷ Hier täuscht der Kunde allerdings nicht über seinen Willen zur Zahlung des Flugpreises, sondern über seinen Willen zur Benutzung aller Flugstrecken in der vorgesehenen Reihenfolge. Es stellt sich also die Frage, ob der Buchungsanfrage der Erklärungswert innewohnt, die gebuchten Flüge auch wahrzunehmen. Dabei ist nicht ganz klar, welche Erklärung außer der, den Vertrag abschließen und die Gegenleistung erbringen zu wollen, noch ausgeübt wird. Im Umkehrschluss wird aber allen Parteien deutlich, dass der Vertrag über die angebotene Dienstleistung nicht nur deshalb zu Stande kommen soll, damit der Preis für die eigentlich gewollte Dienstleistung unterboten wird.

Man kann also argumentieren, dass die Fluggesellschaft ganz grundsätzlich davon ausgehen darf, der Kunde wolle die Flüge in der Reihenfolge benutzen, wie er sie in die Buchungsmaske einträgt. Die Buchungsmaske fragt dabei nach Hin- und Rückflug. Fragen wiederum haben

¹¹⁰³ *Flume*, BGB AT, S. 541.

¹¹⁰⁴ Vgl. nur: *Neuner*, BGB AT, § 41 Rn. 104; *MüKo-BGB-Armbrüster*, § 123, Rn. 29; *Staudinger-Singer/Finckenstein*, § 123, Rn. 9.

¹¹⁰⁵ *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 307.

¹¹⁰⁶ *Staudinger-Singer/Finckenstein*, § 123, Rn. 9.

¹¹⁰⁷ Vgl.: *Staudinger-Singer/Finckenstein*, § 123, Rn. 8.

korrekt beantwortet zu werden, ansonsten liegt eine Täuschung iSd § 123 BGB vor.¹¹⁰⁸ Ausnahmen gelten allerdings im Arbeits- und Mietrecht.¹¹⁰⁹ Danach wäre die konkludent gestellte Frage falsch beantwortet.

Allerdings muss in der Erklärung den Flug buchen zu wollen noch nicht die Erklärung liegen, den Flug auch antreten zu wollen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass über den Austausch der Leistungen Einverständnis besteht. Eine Pflicht zur Entgegennahme der Leistung muss daraus aber noch nicht folgen. Diese müsste grundsätzlich deutlicher vereinbart werden. Allerdings liegt in der Erklärung durchaus die Tatsache enthalten, den Vertrag nicht nur zum Unterlaufen des eigentlichen Vertrages abschließen zu wollen.

Teilweise wird der Kunde im Buchungsprozess sogar zusätzlich auf die Pflicht zur Einhaltung der Reihenfolge hingewiesen. Hat der Kunde dies nicht vor, liegt in diesen Fällen auf jeden Fall eine Täuschung vor. Selbst wenn man noch keine solche Täuschungshandlung erkennen will, lohnt sich ein Nachdenken über die Konsequenzen. Schließlich wäre es ein leichtes, ein Dialogfeld in den Buchungsprozess zu integrieren, in dem der Kunde nach dem Willen gefragt wird, ob er die Flüge in der gebuchten Reihenfolge antreten möchte.

ii) Täuschung durch unterlassene Aufklärung

Nimmt man die Täuschung durch Tun nicht an, stellt sich die Frage nach einer Täuschung durch unterlassene Aufklärung. Das ist der Fall, wenn eine Pflicht zur Aufklärung besteht oder wenn auf Fragen hin Tatsachen nicht kundgetan werden.¹¹¹⁰ Dass der Umfang dieser Aufklärungspflichten höchst Streitbar ist und sich einer „gesetzlichen Lösung“ entzieht, wurde schon in den Motiven des BGB festgehalten.¹¹¹¹

Als ein Ansatzpunkt könnte dabei die Berechnungsgrundlage dienen. Die Darlegung von Berechnungsgrundlagen ist keine Pflicht des Verkäufers. Wenn diese jedoch aufgedeckt wurde, muss sie auch korrekt sein.¹¹¹² Auf dieser Ebene nähert man sich dem Problem allerdings nicht, da die Berechnungsgrundlage lediglich auf Seiten der Fluggesellschaft für den Vertragsschluss eine Rolle spielt und von dieser kein Täuschungsverhalten ausgeht. Eventuell trifft den Kunden aber eine Offenbarungspflicht.

¹¹⁰⁸ G. Wagner, Wagner 2007, 59, 70 ff.

¹¹⁰⁹ G. Wagner, Wagner 2007, 59, 65 ff.; MüKo-BGB-Armbrüster, § 123, Rn. 46 ff, 57 ff.

¹¹¹⁰ Vgl. nur: Neuner, BGB AT, § 41 Rn. 106; Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 309 ff.; MüKo-BGB-Armbrüster, § 123, Rn. 32 ff.

¹¹¹¹ Mot I, S. 208.

¹¹¹² BGH, Urteil vom 22. Januar 1964 – VIII ZR 103/62 –, Rn. 13 f., juris.

Des Weiteren ist bei einer gezielten Nachfrage der Erklärungsgegner zur ehrlichen Antwort verpflichtet.¹¹¹³ Dabei geht es allerdings häufig um die Konstellation, dass der Verkäufer z.B. eines Gebrauchtwagens, besondere Offenbarungspflichten hat.¹¹¹⁴ Diese Konstellation unterscheidet sich von unserem Sachverhalt in der Form, als dass durch die aktuelle Konstellation gerade keine Nachfrage im klassischen Sinne erfolgt. Sehr wohl werden aber, wie oben gesehen, generelle Angaben zum Reiseverhalten gefragt. Deren Beantwortung ist aber ein Tun, kein Unterlassen.

Allerdings kann es auch bei einer offensichtlichen Bedeutung für den anderen Teil eine Aufklärungspflicht geben.¹¹¹⁵ Das gilt insbesondere für Fälle, in denen andernfalls der Vertragszweck selbst gefährdet oder vereitelt werden könnte.¹¹¹⁶ Das gilt etwa für die fehlende Baugenehmigung eines Hauses bei dessen Verkauf.¹¹¹⁷ Zwar wurde oben festgestellt, dass die Entgegennahme keine direkte Pflicht aus dem Werkvertrag ist. Um einen Eingehungsbetrug in seiner klassischen Form handelt es sich also nicht. Allerdings ergibt sich aus dem Charakter des Personenluftbeförderungsvertrags eine Besonderheit. Man könnte davon ausgehen, dass bei Vertragsschluss die grundsätzliche Bereitschaft des Passagiers gefordert wird, den Flug auch entgegenzunehmen. Jedoch ist dieser Faktor allein nicht überzeugend. Schließlich gilt, dass mit der intensiveren Nähebeziehung auch das Aufklärungspflichtenprogramm steigt.¹¹¹⁸ Diesbezüglich sind die Pflichten des Kunden als der Fluggesellschaft im Massenverkehr äußerst gering. Wirklich überzeugen kann die angenommene Aufklärungspflicht des Kunden im Vergleich zur konkludenten Erklärung nicht. Vielmehr handelt es sich um einen Gedanken, der die Annahme eines Tuns durch falsche Angaben stützt.

iii) Ergebnis

Die Abgrenzung zwischen aktivem und passivem Verhalten ist für das Verhalten des Kunden hier nicht völlig eindeutig, allerdings nach hier vertretener Ansicht im Tun zu sehen. *Fleischer* spricht sich für ein weitergehendes Verständnis aktiver Täuschungshandlung aus. So sollen auch auf Halbwahrheiten und unvollständige Auskünfte zum kommissiven Tun zugeordnet werden,¹¹¹⁹ was dann wegen der weniger zu erfüllenden Voraussetzungen zu einer Ausweitung

¹¹¹³ Erman BGB-*Arnold*, § 123, Rn. 14.

¹¹¹⁴ BGH, Urteil vom 29. Juni 1977 – VIII ZR 43/76 –, Rn. 16, juris.

¹¹¹⁵ Erman BGB-*Arnold*, § 123, Rn. 17.

¹¹¹⁶ Erman BGB-*Arnold*, § 123 Rn. 17.

¹¹¹⁷ BGH, Urteil vom 02. März 1979 – V ZR 157/77 –, Rn. 10, juris.

¹¹¹⁸ *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 271 f.

¹¹¹⁹ *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 252.

des Täuschungstatbestandes führte. Schließlich komme es auf das Gesamtverhalten des Täuschenden an.¹¹²⁰

Dem ist zuzustimmen. Weniger als auf die exakte Abgrenzung kommt es auf den Normzweck an. Dieser liegt nicht im Vermögensschutz, sondern im Schutz der freien Willensbestimmung vor exogener Beeinflussung.¹¹²¹ Anders formuliert: im Verhindern, „daß die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete in widerrechtlicher Weise beeinträchtigt wird.“¹¹²² Und durch ein Verhalten, das suggeriert Flüge antreten zu wollen, die in Wahrheit gar nicht antreten werden sollen, erklärt man eine grundsätzliche Bereitschaft der Entgegennahme. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass dem Täuschenden aufgrund der Preisgestaltung bewusst ist, dass die Fluggesellschaft von einer Inanspruchnahmeabsicht ausgeht.

Und durch genau dieses Verhalten wird die Selbstbestimmung beeinträchtigt: ein Vertrag wäre nicht abgeschlossen worden, wenn der Fluggesellschaft die fehlende Reiseabsicht bezüglich eines Teils der Flüge bekannt gewesen wäre. Genau das ist auch der Unterschied zu den Eigenschaftsirrtümern: Die fehlende Inanspruchnahmeabsicht ist keine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person oder Sache iSd § 119 Abs. 2, sondern erzeugt beim Gegenüber einen Motivirrtum. Allenfalls die Zahlungsfähigkeit des Passagiers wäre (auch) ein Eigenschaftsirrtum iSd § 119 Abs. 2 BGB.

d) Arglist

Allerdings ist auch zu beachten, dass der Passagier durch sein Verhalten womöglich nicht die nötige Arglist aufweist. Hierzu gehört die „Kenntnis der Unrichtigkeit der gemachten Angaben sowie das Bewusstsein und der Wille, dass der andere Teil mittels der Täuschung zu einer Willenserklärung veranlasst wird, die er sonst nicht (oder nicht so) vorgenommen hätte“.¹¹²³

¹¹²⁰ *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 251.

¹¹²¹ *MwNw: Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 303.

¹¹²² *Mot I*, S. 204; *Flume*, BGB AT, S. 529 ff.

¹¹²³ *MwNw: Neuner*, BGB AT, § 41 Rn. 110.

i) Arglist gleich Vorsatz

Arglist iSd § 123 Abs. 1 Hs. 1 BGB wird in Rechtsprechung¹¹²⁴ und Schrifttum¹¹²⁵ mit Vorsatz gleichgesetzt.¹¹²⁶ Arglist erfordert also das Bewusstsein des Täuschenden, dass es sich um eine Täuschung handelt sowie, dass durch die Täuschung die Willenserklärung nicht oder nicht so abgegeben worden wäre.¹¹²⁷ Dazu reicht *dolus eventualis*.¹¹²⁸ Nicht mehr, aber auch nicht weniger.

Abgrenzend zum strafrechtlichen Betrug ist hervorzuheben, dass es bei der arglistigen Täuschung gerade keiner Vermögensschädigung des Getäuschten bedürfen soll.¹¹²⁹ Deswegen ist die Bezeichnung „Betrug“ in § 103 Abs. 1 E 1 BGB in „arglistige Täuschung“ geändert worden.¹¹³⁰ Vor allem soll keine Vermögensschädigung nötig sein.¹¹³¹ Allerdings gab es zu Beginn des 20. Jahrhunderts auch noch Stimmen, die vom zivilrechtlichen Betrüge in Anlehnung an den Begriff „*dolus*“ des römischen Rechts sprechen, der allerdings weiter gefasst war.¹¹³²

Dass hier der Passagier die Komplexität der Tarifgestaltung inklusive der Fences durchschaut und bewusst anstrebt, die Anforderungen der Fences zu brechen, indem er nicht beabsichtigte Reisepläne angibt, ist wohl nur bei einem sehr kleinen Teil der Passagiere denkbar. Allerdings dürfte es häufig vorkommen, dass ein Passagier statt der gewünschten Daten absichtlich andere Daten eingibt, um einen günstigeren Preis zu bekommen. Das gilt umso mehr, wenn er durch Cross-ticketing oder Cross-Border-Selling genau weiß oder wissen muss, dass es der Fluggesellschaft auf diese grundsätzliche Bereitschaft zur Inanspruchnahme der Werkleistung ankommt. Andernfalls müsste er den Preis gar nicht umgehen, da er ihm direkt angeboten würde. Die Fluggesellschaft hätte den Vertrag mit dem Wissen, dass die gebuchten Flüge eine andere Kombination ermöglichen soll, nicht zu diesem Preis abgeschlossen. Dieser objektive Anhaltspunkt, dass mehr legs gebucht werden, von denen aber nicht alle wahrgenommen werden, sondern lediglich einen günstigen Preis ermöglichen sollen, stellen einen objektiven Anhaltspunkt dar. Ein solcher reicht grundsätzlich zur Bejahung der Täuschungsabsicht aus.¹¹³³

¹¹²⁴ *BGH*, Urt. v. 28.04.1971 – VIII ZR 258/69, Rn. 32, juris = NJW 1971, 1795; Urt. v. 21.06.1974 – V ZR 15/73, Rn. 10, juris = NJW 1974, 1505; Urt. v. 13.06.2007 – VIII ZR 236/06, Rn. 29, juris = NJW 2007, 3057.

¹¹²⁵ *MüKo-BGB-Armbrüster*, § 123, Rn. 18; *Neuner*, BGB AT, § 41 Rn. 110; *Brox/Walker*, BGB AT, § 19 Rn. 7; *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 333 f.; *Lorenz*, Unerwünschter Vertrag, S. 315 ff.; *Staudinger-Singer/Finckenstein*, § 123, Rn. 49.

¹¹²⁶ Ausführlich: *Lübtow von*, in: FS Bartholomeyczik, 249, 260 ff.

¹¹²⁷ *Lorenz*, Unerwünschter Vertrag, S. 315; vgl. auch: *Staudinger-Singer/Finckenstein*, § 123, Rn. 50.

¹¹²⁸ *Lorenz*, Unerwünschter Vertrag, S. 315; *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 339; *Staudinger-Singer/Finckenstein*, § 123, Rn. 50.

¹¹²⁹ *Flume*, BGB AT, S. 543. *Lorenz*, Unerwünschter Vertrag, S. 314

¹¹³⁰ Prot. I, S. 119; mwNw: *Schatz*, Irrtum, S. 54; *Lübtow von*, in: FS Bartholomeyczik, 249, 250.

¹¹³¹ Prot. I, S. 119.

¹¹³² *Weiß*, Erfüllungsinteresse bei arglistiger Täuschung, 1 ff.; *Lübtow von*, in: FS Bartholomeyczik, 249, 261.

¹¹³³ *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 340 f.

ii) Historisch bedingte teleologische Extension

Ein Blick in die Entstehungsgeschichte des § 123 BGB lehrt zudem, dass auf eine Definition der Täuschung bzw. des Betruges, nach Vorbild des § 835 S. 1 SächsBGB bewusst verzichtet wurde.¹¹³⁴ Die dort vorhandene Einschränkung des Tatbestandes auf Irrtumserzeugung entgegen Treu und Glaube wurde ebenfalls textlich verworfen.¹¹³⁵ Die Frage bleibt aber, ob der Entfall auf das Berufen von Treu und Glauben auch inhaltlich so gewünscht war.¹¹³⁶ Weggelassen wurde die Definition nämlich laut Motiven deshalb, weil sie auch sie nicht das Problem der Reichweite der Täuschung durch Unterlassen befriedigend regeln konnte. Von der Notwendigkeit eines Irrtums ist man seinerzeit ausgegangen.¹¹³⁷

Des Weiteren wurde nicht S. 2 des § 835 des SächsBGB aufgenommen, in dem eine Ausnahme für allgemeine „*Betheuerungen oder Versicherungen und sonstige Mittel, durch welche zu Eingehung von Verträgen aufgefordert wird, ohne daß denselben im Verkehre ein besonderer Glaube geschenkt zu werden pflegt*“.

Durch erweiternde Anforderungen an die Arglist würde § 123 Hs. 1 BGB hier unanwendbar. Einen solchen über den Vorsatz hinausgehenden Aspekt bejahte früh *Rasmuß*.¹¹³⁸ Seine Feststellung, wenn lediglich Vorsatz gemeint gewesen wäre, stünde auch Vorsatz statt Arglist im Gesetz,¹¹³⁹ lässt sich zwar nicht ganz widerlegen. Ihm ist allerdings nicht zuzustimmen, wenn er eine gewisse Bösartigkeit oder Verwerflichkeit des Täuschenden fordert.¹¹⁴⁰ Das könnte ein Vergleich mit dem VVG ergeben: So besteht gem. § 28 Abs. 2 S. 1 VVG bei einer vorsätzlichen Obliegenheitsverpflichtung keine Leistungspflicht, wenn dies so vereinbart wurde. Das gilt aber gem. § 28 Abs. 3 S. 1 VVG nicht, wenn keine Kausalität zwischen Obliegenheitsverpflichtung und dem Versicherungsfall besteht. Eine Rückausnahme besteht gem. § 28 Abs. 3 S. 2 für arglistiges Verhalten. Es wird für diesen Fall erkennbar, dass Arglist hier mehr ist als Vorsatz.¹¹⁴¹ Das spricht aber nicht ohne Weiteres dafür, dass dem auch im BGB so sein muss. Vielmehr ist § 123 Hs. 1 BGB eine deutlich ältere Norm. Das Wort Arglist ist hier mehr aus historischen, nicht aber aus dogmatischen Gründen verwendet.

¹¹³⁴ Mot I, S. 208; *G. Wagner*, *Wagner* 2007, 59, 70 f.

¹¹³⁵ Mot I, S. 208; *G. Wagner*, *Wagner* 2007, 59, 71.

¹¹³⁶ *G. Wagner*, *Wagner* 2007, 59, 71.

¹¹³⁷ Prot. I; Mot I, S. 208.

¹¹³⁸ *Rasmuß*, *Arglistige Täuschung*, S. 35 ff.; ähnlich auch: *Kolbe*, *JZ* 2009, 550.

¹¹³⁹ *Rasmuß*, *Arglistige Täuschung*, S. 35.

¹¹⁴⁰ *Rasmuß*, *Arglistige Täuschung*, S. 36 f.

¹¹⁴¹ *Kolbe*, *JZ* 2009, 550, 551 ff.

Im Sinne des Schutzes der Willensentschließungsfreiheit ist jedoch eine teleologische Extension in der Form vorzunehmen, als dass Arglist im Rahmen des § 123 mit Vorsatz gleichbedeutend ist.¹¹⁴² Auch derjenige, der in wohlmeinender Absicht (*pia fraus*) getäuscht wird, soll die Möglichkeit der Anfechtung haben.¹¹⁴³ Erst recht muss das also für die getäuschte Fluggesellschaft gelten.

e) Zeitliches Element

In zeitlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob überhaupt über das Eintreffen eines zukünftigen Ereignisses, hier der Inanspruchnahme des zusätzlichen Fluges, getäuscht werden kann. *Fleischer* hat dargelegt, dass für bestimmte Aussagen für die Zukunft „täuschungsfähig“ sind: Wenn nämlich ein Tatsachekern besteht und ihre Motivationskraft für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses besteht.¹¹⁴⁴

f) Weitere Korrekturen

Nicht ausreichend berücksichtigt ist hier, auch ohne Berücksichtigung der Arglistdogmatik, das enorme Informationsgefälle von Kunde und Fluggesellschaft durch die Verwendung von Algorithmen. Der Kunde kennt die „Fences“ nicht unbedingt, er kann sie lediglich durch Ausprobieren verschiedener Angaben erkennen. Die rechtliche Bindungswirkung der Kundenaktivitäten wird erst durch Klicken auf den Bestell-Button gem. § 312j Abs. 3 S. 1 BGB verursacht, davor kann und soll der Kunde unterschiedliche Buchungsvarianten bei unterschiedlichen Anbietern vergleichen. Das ist ein Resultat der oben angesprochenen Liberalisierung. Hat der Kunde also durch Ausprobieren verschiedener Zeiten und Fluggesellschaften ein für ihn günstiges Modell herausgefunden, bei dem er sich selbst ja auch zur Zahlung verpflichtet, würde eine Anfechtungsmöglichkeit ein solches eigentlich gewünschtes Verhalten konterkarieren.

Selbst wenn man zugestehen wollte, dass auch eine Liberalisierung innerhalb der Tarife gewährt werden sollte, ergibt sich daraus noch kein Ausschlussgrund der Arglist. Der Kunde erschleicht sich bewusst und manipulativ einen Tarif, der für seine Bedürfnisse nicht vorgesehen ist. Das muss die Fluggesellschaft durch Anfechtung unterbinden können.

Gegen die Möglichkeit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung spricht allerdings, dass der Kunde hier ja durchaus bereit ist, für die vereinbarte Leistung zu zahlen. Ihm ist womöglich gar nicht bewusst, dass die Fluggesellschaft ein reelles Interesse an der Entgegennahme des ihm

¹¹⁴² *Lübtow von*, in: FS Bartholomeyczik, 249, S. 269 f.; *Dauner-Lieb*, FS Kraft, 43, 54 f.

¹¹⁴³ *MwNw: Lübtow von*, in: FS Bartholomeyczik, 249, 272.

¹¹⁴⁴ *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 333.

angebotenen Sitzplatzes haben könnte. Dieses Interesse der Inanspruchnahme hat die Fluggesellschaft schließlich auch gar nicht, wie oben gezeigt wurde. Die Situation ist also eine andere als die, in der der Kunde nicht bezahlen kann und will und darüber bei Vertragsschluss täuscht, da hier ein für den Täuschenden erkennbares Interesse an der Erfüllung gegeben ist.¹¹⁴⁵

Dennoch bleibt die Logik von § 123 Abs. 1 S. 1 BGB auch bei der Streckenbindung bestehen. Das zeigt sich, wenn man den Gedanken weiterdenkt, dass hier keine arglistige Täuschung vorliege. Der Kunde möchte der Fluggesellschaft im Regelfall weder etwas Schlechtes noch etwas Gutes, sondern ist bestrebt, für sich einen günstigen Preis zu erlangen. Durch die Außerachtlassung dieser Motivation im Rahmen des § 123 Abs. 1 Hs. 1 BGB käme man zudem zu erheblichen Rechtsunsicherheiten im computergestützten Verkehr. Wo sollten die Grenzen der Täuschung denn verlaufen, wenn nicht wie bisher im analogen Verkehr üblich. Die Komplexität von Massenverträgen, noch dazu computergestützt, verändert den Schutz der Selbstbestimmung durch § 123 Abs. 1 S. 1 BGB nicht.

g) Rechtsfolge

Nachdem also der Anfechtungsgrund der Täuschung in den Fällen von Cross-ticketing und Cross-Border-Selling vorliegt, kann die Fluggesellschaft innerhalb der Frist des § 124 BGB anfechten. Um die Täuschung festzustellen, muss wohl häufig abgewartet werden, wie sich das tatsächliche Reiseverhalten im Vergleich zum geplanten Reiseverhalten darstellt. Nur so lassen sich die Anhaltspunkte für eine Täuschung ausmachen: Wenn nämlich die Flüge, für die gar kein Reiseinteresse bestand, auch nicht wahrgenommen wurden.

Anschließend kann dann über die §§ 812 ff. BGB, insbesondere § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz für die empfangene Leistung gefordert werden. Der Wert ist dann derjenige, den der Flug, so wie er durchgeführt wurde, am Buchungstag gekostet hätte. Wegen der Kenntnis des Passagiers kann er sich gem. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB auch nicht auf die Entreicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen. Klar ist aber, dass der Beweis für diese bei Vertragsschluss bestehende Absicht jedoch recht schwer zu führen sein dürfte. Auch deshalb hat die Streckenbindungsklausel ihre Berechtigung.

2. Culpa in contrahendo

Bezüglich möglicher Ansprüche aus Culpa in contrahendo ist zu sagen, dass sich diese schon allein aus der angenommenen Täuschung ergeben. Die Täuschungshandlung stellt immer auch

¹¹⁴⁵ Zu einem solchen Fall etwa: *BGH*, Urt. v. 21.06.1974 – V ZR 15/73, Rn. 13, juris = NJW 1974, 1505.

eine Nebenpflichtverletzung im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB dar, welche aufgrund der oben dargestellten Vorsätzlichkeit im Sinne des § 276 BGB auch eine Schadensersatzpflicht gem. § 280 Abs. 1 BGB auslöst.

Die Rechtsfolgen dürften bei der Culpa in contrahendo über die §§ 249 ff. BGB die gleichen wie bei der Anfechtung sein: Ersatz der Differenz zwischen dem Preis am Tag der Buchung der tatsächlich geflogenen und gebuchten Flugreise.

3. Rücktritt

Besondere Aufmerksamkeit verdienen neben dem Instrument der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung die Regelungen des Rücktrittsrechts. Zwar wurde oben bei der Untersuchung des § 308 Nr. 7 BGB bereits festgestellt, dass es sich hier um keinen Rücktritt handelt. Diese These lässt sich jedoch noch etwas ausführlicher begründen. Wäre es beispielsweise eine Art Rücktritt, könnte einerseits die Möglichkeit bestehen, dass die Fluggesellschaft über den Wertersatz gem. § 346 BGB (analog) die Differenz zwischen teurerem Einzelflug und ursprünglich geplantem mehrsegmentigem Flug fordern kann. Das wäre der Fall, wenn das erste Segment durchgeführt worden wäre, an einem späteren jedoch kein Interesse mehr seitens des Passagiers besteht. Sollte andererseits das Interesse am ersten Flugsegment nicht bestehen, käme womöglich über das Rücktrittsrecht eine Verfallswirkung durch Gesetz ins Spiel. Für beide Regelungen müsste aber ein Rücktrittsgrund vorliegen, der hier vor allem in der Pflichtverletzung seitens des Passagiers bestehen könnte. Für den Verfall müsste zusätzlich die Voraussetzung des Teilrücktritts gem. § 326 Abs. 5 BGB erfüllt sein. Die Nicht-Inanspruchnahme der absoluten Fixschuld führt gem. § 275 Abs. 1 BGB zur Unmöglichkeit. Deswegen könnte gem. § 326 Abs. 1 BGB die Fluggesellschaft vom Vertrag zurücktreten. Dabei hat der Passagier durchaus Interesse an einer Teilleistung, es kann sich also allenfalls um einen Teilrücktritt handeln. Dieser ist gem. § 323 Abs. 5 BGB aber nur dann möglich, wenn der Gläubiger an einer Teilleistung kein Interesse hat. Hier muss man mehrfach unterscheiden: Zunächst zwischen der Beförderungsleistung durch die Fluggesellschaft und der Pflicht zur Entgegennahme des Sitzplatzes. Anschließend kommt es darauf an, ob das nicht in Anspruch genommene Flugsegment am Anfang oder am Ende der Reise liegt.

Bei der ersten Unterscheidung kann es hier nur auf die Entgegennahmepflicht des Passagiers ankommen. An der bereits geleisteten oder noch zu leistenden Flugbeförderung hat der Passagier immer ein Interesse und kann mithin nicht zurücktreten. Es kommt also auf die Pflicht zur Entgegennahme des angebotenen Sitzplatzes an. Sollte das letzte Flugsegment entfallen, handelt es sich um einen Teilrücktritt für die Zukunft. Ist bereits ein Flugsegment nicht in Anspruch

genommen worden, handelt es sich um einen Teilrücktritt für die Vergangenheit. Der Vertrag soll jedoch für die Zukunft gelten; bei einem Dauerschuldverhältnis handelte es sich also um eine Kündigung für die Zukunft.¹¹⁴⁶

a) Keine Vereinbarung einer Entgegennahmepflicht

Um einen Rücktritt annehmen zu können, muss der Passagier eine Pflicht verletzt haben. Als eine solche Pflicht könnte die Vereinbarung einer Entgegennahmepflicht des angebotenen Platzes gewertet werden.¹¹⁴⁷ Diese geht über die Abnahmepflicht hinaus. Dass der Preis nicht fällig wird, wenn der Flug gar nicht angetreten wird, lässt sich mit den Interessen der Fluggesellschaft erklären: Sie möchte vornehmlich die Umgehung von Tarifbedingungen verhindern. Eine solche kann aber nicht vorliegen, wenn gar keine Dienstleistung entgegengenommen wird. Darüber hinaus gibt es auch keinen möglichen Tarif für den „Nicht-Flug“. Also kann auch keine Differenz gefordert werden. Diese wäre allenfalls negativ. Eine solche Pflicht müsste dabei aber transparent im Rahmen der Tarifbedingungen vereinbart werden sein, da sie nicht Bestandteil der werkvertraglichen Regelungen im BGB ist.

i) Absoluter Fixschuldcharakter

Oben wurde von einem relativen Fixschuldcharakter gesprochen. Das bezieht sich jedoch nur auf die Pflicht zur Beförderung seitens der Fluggesellschaft. Wenn man eine Pflichtverletzung des Passagiers bejahen wollte, müsste die Inanspruchnahme des gebuchten Sitzplatzes für den Passagier eine absolute Fixschuld sein, da die Fluggesellschaft gerade nicht will, dass irgendein Platz, sondern genau der Platz in der Maschine mit dem bestimmten Ticket in Anspruch genommen wird. Eine Nicht-Inanspruchnahme führte zur Unmöglichkeit und es würden die gem. § 275 die §§ 280 ff. gelten, wonach es also auf das Vertretenmüssen des Passagiers ankommt. Aber auch bei Annahme einer relativen Fixschuld für den Passagier, käme man nach richtiger Ansicht zu den Regelungen zum Schadensersatz.¹¹⁴⁸

ii) Vergleich mit Pflichten aus dem Baurecht

Um einen Eindruck davon zu bekommen, ab welcher synallagmatischen Höhe von Leistungsbestandteil und Gegenleistung der BGH von einer eigenständigen Hauptpflicht ausgegangen ist,

¹¹⁴⁶ MüKo-BGB-Ernst, § 323, Rn. 223.

¹¹⁴⁷ In diese Richtung: Purnhagen/Hauzenberger, VuR 2009, 131, 135 ff.

¹¹⁴⁸ NK-BGB-Schwab, § 271, Rn. 37.

hilft ein Blick ins Baurecht. Bei einer Klausel, die bei einer Bauwesenversicherung eine Kostenbeteiligung von 2,5 % der Schlusssumme seitens des Unternehmers vorsah, hat der BGH eine kontrollfreie selbstständige Entgeltvereinbarung angenommen.¹¹⁴⁹ Die Höhe ist zwar für sich allein genommen noch kein Kriterium, kann aber eine Indizwirkung haben. In unserem Fall ist der Unterschied zwischen flexiblem und unflexiblem Ticket deutlich höher als 2,5 %. Das dürfte für die Mehrzahl aller Verbindungen gelten. Die Entgegennahme, oder jedenfalls die Absicht der Entgegennahme, ist dabei ein so wesentlicher Bestandteil des unflexiblen Tickets, dass sich das ermäßigte Entgelt auch hier niederschlägt.

iii) Vertragsbedingungen als Tarifbestandteil (Internationales Argument)

Dass die Vertragsbedingungen insgesamt nicht nur Nebenpflichten des Personenluftbeförderungsvertrags sind, sondern Hauptpflichten, könnte sich beispielsweise aus internationalen Bedingungen wie der ICAO¹¹⁵⁰ und der EU,¹¹⁵¹ wie oben ausführlich gezeigt wurde, ergeben. Allerdings ist das allein noch kein Grund, hier eine Hauptleistungspflicht anzunehmen.

b) Vereinbarung einer Obliegenheit

Vielmehr ist sinnigerweise von einer Obliegenheit der Annahme auszugehen. Hierfür spricht sich etwa auch *Greiner* aus. Für ihn ist in der Annahmepflicht ein Minus zur erlaubten Annahmepflicht zu sehen.¹¹⁵² Obliegenheiten sind dabei Anforderungen an das Verhalten, „zu deren Erfüllung man nicht gezwungen werden kann, deren Beachtung aber im eigenen Interesse liegt“. ¹¹⁵³ Dabei bezieht sich *Greiner* auf die Verfallsklauseln, das ist aber übertragbar auf die Nachzahlungsklauseln. Dies könnte man so interpretieren, dass ohne Erfüllung der Obliegenheit, den gebuchten Platz in Anspruch zu nehmen, der gewährte Rabatt entfielen. Wenn diese allerdings nicht erfüllt wird, macht sich der Passagier aber nicht gem. § 280 ff. BGB schadensersatzpflichtig. Denn diese Schadensersatzpflicht besteht bei Obliegenheiten gerade nicht.¹¹⁵⁴ Der entfallene Rechtsvorteil ist dann aber der günstigere Preis im Vergleich zum Preis der tatsächlich geflogenen Strecke. Da es sich hier um eine Regelung handelt, die die unterschiedlichen Interessen der Parteien (funktionierendes Tarifgefüge auf Seiten der Fluggesellschaft auf

¹¹⁴⁹ BGH, Urt. v. 06.07.2000 – VII ZR 73/00 = NJW 2000, 3348; Vgl. auch: Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Voit, § 631, Rn. 108.

¹¹⁵⁰ Art. 2 Abs. 1 der Definition des International Agreement on the Procedure for the Establishment of Tariffs for Scheduled Air Services

¹¹⁵¹ Art. 2 Nr. 18 der Luftverkehrsdienste-VO ((EG) 1008/2008)

¹¹⁵² *Greiner*, RRA 2009, 121, 122.

¹¹⁵³ *Neuner*, BGB AT, § 19, Rn. 29; vgl. auch: MüKo-BGB-Bachmann, § 241, Rn. 40.

¹¹⁵⁴ *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 2, Rn. 16; *Neuner*, BGB AT, § 19, Rn. 29.

der einen Seite und die Entscheidung zwischen Flexibilität und niedrigem Preis auf der anderen) berücksichtigt, ist ein Kernbestandteil der Obliegenheit erfüllt. Dieser besteht nämlich gerade in diesem Interessenausgleich.¹¹⁵⁵ Wesentliches Argument gegen die Annahme einer Inanspruchnahme-Pflicht ist die Tatsache, dass die Fluggesellschaft kein Interesse hat, dass der Passagier tatsächlich zusteigt. Vielmehr bleibt der Platz entweder leer, was die Kosten durch Service, Kerosin etc. für den Flug insgesamt, wenngleich nur minimal, senkt. Oder es wird ein Passagier mitgenommen, für den aufgrund der Überbuchungspraxis ansonsten Schadensersatz zu zahlen gewesen wäre. Mit der Mitwirkungshandlung im Sinne von § 642 BGB hat diese Obliegenheit aber nichts zu tun, da davon die Werkleistung gerade nicht abhängig ist. Diese Abhängigkeit ist aber Bestandteil der Mitwirkungshandlung im Sinne von § 642 BGB.¹¹⁵⁶

c) Bloße Rücksichtnahmepflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB

Ebenfalls könnte es sich um eine bloße Rücksichtnahmepflicht iSd § 241 Abs. 2 BGB handeln. Auch die Rechtsfolgen sind weitaus passender und decken sich mit den Befunden dieser Arbeit: Gem. § 324 Abs. 1 BGB sind die Rücktrittsregeln nämlich nicht mehr anwendbar, da keine Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag besteht. An diese Unzumutbarkeit sind hohe Anforderungen zu stellen und die Abwägung ist im Einzelfall zu treffen.¹¹⁵⁷ Der Unterschied zur Obliegenheit fällt hier aber nicht ins Gewicht, da aus der Bestimmung als Obliegenheit keine weiteren praktischen Vorteile verbunden sind.¹¹⁵⁸

4. Pflichtverletzung

Nachdem die Möglichkeit der Anfechtung für das bewusste Umgehen von Tarifen zu befürworten ist, die Regelungen zum Rücktritt aber nicht mit der Problematik in Einklang zu bringen sind, stellt sich die Frage, ob es sich beim Verhalten des Passagiers um eine Pflichtverletzung handeln könnte. Hier kommen zwei Anknüpfungspunkte in Betracht.

a) Pflichtverletzung: Nicht-Inanspruchnahme der Leistung

Der Tatbestand der Pflichtverletzung kann in der Nicht-Inanspruchnahme des Sitzplatzes entgegen der vereinbarten Pflicht bestehen. Allerdings ist diese Art der Pflichtverletzung des Passagiers gerade nicht kausal für den Schaden. Eine Kausalität im Sinne der *Conditio-sine-qua-*

¹¹⁵⁵ Staudinger-Olzen, § 241, Rn. 130.

¹¹⁵⁶ MWNw: MüKo-BGB-Busche, § 642, Rn. 6.

¹¹⁵⁷ NK-BGB-Dauner-Lieb, § 324, Rn. 10; MüKo-BGB-Ernst, § 324, Rn. 8.

¹¹⁵⁸ Staudinger-Olzen, § 241, Rn. 131.

non-Formel wäre jedoch erforderlich.¹¹⁵⁹ Ohne diese Pflichtverletzung wäre kein entgangener Gewinn entstanden. Denn dann hätte der Passagier einfach seinen Flug wahrgenommen.

b) Pflichtverletzung: Falsche Auswahl am Buchungszeitpunkt

Die tatsächlich für den Schaden kausale Pflichtverletzung ist eine andere. Die kausale Schadenshöhe ergibt sich aus dem „gewöhnlichen Verlauf der Dinge“ gem. § 252 S. 2 BGB. Nur wenn man die Pflichtverletzung darin sieht, eine Pflicht zu vereinbaren, die man nicht halten kann, also auf den Buchungszeitpunkt abstellt, kommt man zu dem Ergebnis, dass hier eine Pflichtverletzung vorliegt, die im entgangenen Gewinn resultiert. Das betrifft dann jedoch die Fragen der Culpa in Contrahendo, s.o.

5. Schutzzweckzusammenhang

Auch durch die Schutzzwecklehre muss das Ergebnis nicht korrigiert werden. Nach dieser Theorie, deren Gründung *Rabel*¹¹⁶⁰ zugeschrieben wird, sind „nur diejenigen Schäden zu ersetzen, die nach dem Vertrags- oder Gesetzeszweck geschützt werden sollen.“¹¹⁶¹

6. Rechtsgedanke des § 285 BGB

Es stellt sich die Frage, ob der Rechtsgedanke des § 285 BGB hier passt. Es handelt sich bei der Norm um den Herausgabe- bzw. Abtretungsanspruch des so genannten stellvertretenden Commodum.¹¹⁶² Direkt ist die Norm auf diesen Werkvertrag nicht anwendbar, da die Leistung eines Gegenstandes vorausgesetzt ist.¹¹⁶³ Der dahinterliegende Rechtsgedanke ist umstritten: Er wird als Unterfall der Eingriffskondiktion oder als Parallele zum Institut der Vorteilsausgleichung gesehen.¹¹⁶⁴ Praktischer ist es folglich, sich direkt mit den Grundlagen zu beschäftigen.

7. Bereicherungsrecht

Ein weiterer interessanter Aspekt ist der der Kondiktion gem. §§ 812 ff. BGB. Der Passagier hat, wenn er den Rückflug nicht antritt, obwohl er sich hierzu verpflichtet hat, etwas erlangt: nämlich die vollständige Beförderungsleistung eines Einzelfluges. Dies geschieht durch die Leistung der Fluggesellschaft. Diese möchte jedoch gar nicht die Leistung als Leistung für ei-

¹¹⁵⁹ *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 30, Rn. 2.

¹¹⁶⁰ *Rabel*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, Rn. 495 ff.

¹¹⁶¹ *Staudinger-Schiemann*, § 249, Rn. 47.

¹¹⁶² *NK-BGB-Dauner-Lieb*, § 285, Rn. 1.

¹¹⁶³ *NK-BGB-Dauner-Lieb*, § 285, Rn. 5.

¹¹⁶⁴ Vgl. nur: *Staudinger-Caspers*, § 285, Rn. 2-5; *MüKo-BGB-Emmerich*, § 285, Rn. 2.

nen einfachen Flug erbringen, sondern als bloße Teilleistung im Zusammenhang eines aus mehreren Elementen bestehenden Fluges. Daraus ließe sich folgern, dass der Zweck verfehlt sei, es könnte sich also um eine *condictio ob rem* gem. § 812 Abs. 1 S. 2, Var. 2 BGB handeln. Allerdings ist dieser Unterfall der *condictio indebiti* eher anwendbar, wenn über den Vertragsinhalt hinaus Erwartungen bestehen, da vertragliche Ansprüche gerade nicht Bestandteil dieses Kondiktionsanspruchs sein sollten.¹¹⁶⁵

Um nicht mögliche Fehler zu begehen, und da es sich bei der Zweckverfehlungskondition ohnehin nur um eine „Spielart“ der allgemeinen Leistungskondition nach § 812 Abs 1 S. 1 Var. 1 BGB handelt,¹¹⁶⁶ ist zu prüfen, ob nicht diese direkt anwendbar ist.

Für diese ist es unerheblich, ob die Verbindlichkeit deretwegen geleistet wurde, nur eine geringere Höhe hatte.¹¹⁶⁷ Angesichts der von *Lorenz* aufgeführten Beispiele ist wohl eher an ein Zuvielzahlen in Geld Ausgangspunkt dieser Behauptung. Der Fall, dass eine Dienstleistung „zu hoch“ ist, dürfte eher selten vorkommen. In dieser besonderen Konstellation ist das aber wohl dennoch der Fall. Dass in den weitaus meisten Fällen ein solcher Vertrag wegen Anfechtung *ex tunc* nichtig ist, und direkt über § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB kondiziert werden kann, tut dem keinen Abbruch.¹¹⁶⁸

Es lässt sich annehmen, dass irrtümlich auf die Flugleistung im Rahmen mehrerer Flugsegmente und nicht im Rahmen eines Einzelfluges geleistet wurde. Dagegen spricht allerdings, dass die Leistung, nämlich die Beförderung von A nach B, durchaus geschuldet war. Letztlich kann das Konditionenrecht nicht wirklich weiterhelfen. Es hat eine Indizwirkung, wie das BGB einen Interessensausgleich vorsieht, führt aber nicht zum Ziel.

8. Ergebnis

Es hat sich gezeigt, dass die Streckenbindungsklausel zu einem konsistenten Ergebnis führt. Insbesondere der Anfechtungsgrund der arglistigen Täuschung ist auf das bewusste Umgehen von Tarifbedingungen anwendbar, sofern die Täuschungsabsicht schon bei Vertragsschluss bestand. Dieser Gedanke wird durch die Streckenbindungsklausel auf nachträgliche Änderungen der Reiseabsichten ausgeweitet. Die Regelungen zum Rücktritt sind hingegen für die Problematik der Streckenbindung unpassend, dass es sich bei der Inanspruchnahme der Beförderungsleistung nicht um eine Pflicht, wohl aber um eine Obliegenheit handelt.

¹¹⁶⁵ Vgl.: *Staudinger-Lorenz*, § 812, Rn. 105; *MüKo-BGB-Schwab*, § 812, Rn. 480; *Brox/Walker*, Schuldrecht BT, § 40, Rn. 32; *Mot II*, S. 842.

¹¹⁶⁶ *MüKo-BGB-Schwab*, § 812, Rn. 478.

¹¹⁶⁷ *Staudinger-Lorenz*, § 812, Rn. 82.

¹¹⁶⁸ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, § 62, Rn. 6.

III. Implementierung von Streckenbindungsklauseln in Tarifbedingungen

Es wurde gezeigt, dass die Streckenbindungsklauseln in den ABB mit dem AGB-Recht nicht vereinbar sind. Dennoch wurde auch deutlich, dass es durchaus berechnete Interessen an der Funktion der Klausel als „Umgehungsschutz“ gibt. Besonders problematisch war der überraschende Charakter der Klausel gem. § 305c BGB. Dieser ließe sich möglicherweise jedoch vermeiden. Hierzu müssten die Tarifbedingungen angepasst werden. Dabei sind unter Tarifbedingungen eben nicht die ABB, sondern die Bedingungen, die im Buchungsverlauf bei zahlreichen Airlines aufgezeigt werden zu verstehen, also um die offenen „fences“. Diese sind, anders als die oben geprüften ABB, dadurch gekennzeichnet, dass sie die wesentlichen Daten jedem Buchenden klar aufzeigen. In der Beispielsbuchung ist das mit Regelungen bezüglich der Umbuchungs- und Stornierungsbedingungen der Fall. Auch bezüglich der Streckenbindung finden sich neuerdings Formulierungen, die schon nach der Tarifauswahl folgendes angeben: *Der Tarif ist nur gültig, wenn alle Flüge in der gebuchten Reihenfolge vollständig geflogen werden. Andernfalls wird der Tarif auf der Grundlage der tatsächlichen Flugroute neu berechnet.* Da diese Formulierung jedoch schon vor der Auswahl eines flexiblen oder unflexiblen Fluges angezeigt wird, kann sie nicht dazu dienen, zwischen flexiblen und unflexiblen Verträgen zu unterscheiden. Zudem muss man etwa bei Buchung über das Smartphone gar nicht bis zu diesem Punkt scrollen, um den Vertrag schließen zu können. Deshalb ist anhand des Einzelfalls genau zu prüfen, ob die in den Tarifbedingungen verwendete Klausel in der Lage ist, den Überraschungseffekt durch ihre Gestaltung zu verhindern. Davon soll in der folgenden Betrachtung aber ausgegangen werden.

Diese Klauseln in den Tarifbedingungen sind eine geeignete Vorlage für die Diskussion um die Implementierung von Streckenbindungsklauseln in den Tarifbedingungen, da sich ähnliche Diskussionspunkte ergeben. Zur Lösung führen zwei Fragen: Zunächst ist zu klären, ob nicht von einem Aushandeln gesprochen werden kann, wenn die Streckenbindungsklausel in Form von Tarifbedingungen vereinbart wird. Anschließend soll die Frage diskutiert werden, ob es sich bei einer so in den Vertrag einbezogenen Vertragsbedingung nicht um eine außerhalb der Kontrolle stehenden Preisabrede handelt. Des Weiteren wird kurz auf die Einbeziehungskontrolle und europarechtliche Erwägungen eingegangen.

1. Individualvereinbarung

Wie oben bereits erläutert, lässt sich nur dann von einem Aushandeln sprechen, wenn tatsächlich das Kriterium der Flexibilität das einzig veränderte ist. Mit anderen Worten: Nur wenn der

Passagier die Auswahl zwischen zwei Tarifen hat, die sich in allein in dem Merkmal der Flexibilität unterscheiden und nicht etwa auch durch einen bestimmten Mindestaufenthalt etc., kann man von einer Individualvereinbarung sprechen.

a) Instanz- und obergerichtliche Rechtsprechung

Um dieses Thema anschaulicher zu machen, soll ein Fallbeispiel bemüht werden, bei dem ein Passagier für eine Hin- und Rückreise zwischen verschiedenen Tarifen wählen konnte, die sich unter anderem in den Umbuchungs- und Stornierungsbedingungen unterschieden. In einem parallelen Fall mit ähnlicher obiger Auswahlmaske argumentierte das Landgericht Köln folgendermaßen zu der Frage, ob ein Aushandeln iSd § 305 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegt: Es wäre den Kunden freigestellt gewesen, die Flüge stornierbar oder nicht stornierbar zu buchen. Auf diese Weise hätten sie selbst über den Ausschluss des Kündigungsrechts entscheiden und so maßgeblich auf die Gestaltung der betreffenden Klausel Einfluss nehmen können. Dabei bezieht sich das Gericht auch auf ein BGH-Urteil.¹¹⁶⁹ In diesem hätte der BGH klargestellt, dass auch eine vorformulierte Vertragsbedingung ausgehandelt sein könne, wenn sie der Verwender als eine von mehreren Alternativen anböte, zwischen denen der Vertragspartner die Wahl habe. Es stellt ferner fest, dass die Buchungsseite der Beklagten den Klägern nicht auch die Möglichkeit eröffnen müsse, innerhalb eines Tarifs auf die Stornierungsregelung noch selbstständig inhaltlich Einfluss zu nehmen. Vielmehr stünde es einem Aushandeln nicht entgegen, dass die unterschiedlichen Stornierbarkeits-Varianten mit unterschiedlichen Flugpreisen korrespondieren vorgegeben waren.¹¹⁷⁰

Zudem wurden dem Kunden „gerade nicht komplexe, in sich geschlossene Regelwerke zur Auswahl gestellt“, vielmehr ging es bloß um eine einzelne Klausel und Frage bzgl. der Kündigungsmöglichkeit des Personenluftbeförderungsvertrages.¹¹⁷¹ Die Auswahlentscheidung beeinflusste lediglich die Flugpreisregelung „dergestalt, dass die Kläger verschiedene Buchungsmöglichkeiten nach dem Prinzip "je unflexibler, desto günstiger" hatten.“¹¹⁷² Das mache die Klausel aber noch nicht zu einem AGB-Regelwerk. Wegen der Wertung des Gesetzgebers, wonach Preisregelungen gerade nicht einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegen sollen, sei es nicht erforderlich, „*einem Kunden für die Annahme einer Individualvereinbarung auch noch eine echte inhaltliche Einwirkungsmöglichkeit dahingehend zu eröffnen, dass es ihm letztlich möglich ist, die einzelnen zur Auswahl gestellten Flexibilitätsgrade mit den einzelnen*

¹¹⁶⁹ BGH, Urt. v. 06.12.2002 – V ZR 220/02 = NJW 2003, 1313.

¹¹⁷⁰ LG Köln, Urt. v. 14.03.2017 – 11 S 263/16, Rn. 26, juris = BeckRS 2017, 104765.

¹¹⁷¹ LG Köln, Urt. v. 14.03.2017 – 11 S 263/16, Rn. 27, juris = BeckRS 2017, 104765.

¹¹⁷² LG Köln, Urt. v. 14.03.2017 – 11 S 263/16, Rn. 27, juris = BeckRS 2017, 104765.

Preisabstufungen frei zu kombinieren, sodass er für seinen Flug die größtmögliche Flexibilität zum geringstmöglichen Preis auswählen könnte.“¹¹⁷³

Anders, nämlich wie nachfolgende Instanz, hatte jedoch noch die Vorinstanz geurteilt.¹¹⁷⁴ Das verwundert nicht, kam die gleiche Abteilung des AG Köln in einer anderen Entscheidung zum Thema ebenfalls zu dem Ergebnis, dass kein Aushandeln bei der Auswahl vorliege.¹¹⁷⁵ Als Argument dient dem AG Köln, dass es eines kommunikativen Aktes für ein Aushandeln bedarf.¹¹⁷⁶ Mit dieser Ansicht wäre ein Aushandeln jedoch im Bereich des Massenvertrages nie möglich und die Schutzzwecke des AGB-Rechts würden unterlaufen.¹¹⁷⁷ Bereits zuvor argumentierte das LG Köln in einem anderen, ähnlichen Fall, folgendermaßen: „Ein Grund, Vertragsalternativen mit unterschiedlichen Entgeltregelungen der Aushandlungsmöglichkeit zu entziehen und sie unterschiedslos als allgemeine Geschäftsbedingungen zu behandeln, besteht nach der Rechtsprechung des BGH nicht.“¹¹⁷⁸ Dabei wurde entgegen dem obigen Urteil des LG Köln die Ansicht des AG Köln bestätigt.¹¹⁷⁹ Das AG bezog sich hier auf seine eigene Rechtsprechung, die allerdings teilweise der Frage nach dem Aushandeln auswich. So stellen die Richter einmal fest: ob AGB vorlägen und einbezogen seien, könne dahinstehen, da einer Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB standgehalten würde.¹¹⁸⁰ Der Fall Ur. v. 7.10.2015 - 119 C 349/15 stellt auch auf fehlendes „Aushandeln“ ab.¹¹⁸¹

b) BGH-Rechtsprechung

Allerdings hob der BGH dieses Urteil des LG Köln in dieser Frage auf.¹¹⁸² Er begründet seine Entscheidung, dass gerade kein Aushandeln und somit keine ausgehandelte Individualvereinbarung, sondern AGB vorliegen damit, dass ein Aushandeln grundsätzlich ein zur Dispositionstellen der Regelung durch den Verwender voraussetzt.¹¹⁸³ Die Eröffnung von Wahlmöglichkeiten führe dazu allein noch nicht, vielmehr müsse eine Mitgestaltungsmöglichkeit gegeben sein.¹¹⁸⁴ Im ausgeurteilten Fall hat sich der Passagier zwischen zwei Beförderungsklassen (Eco-

¹¹⁷³ *LG Köln*, Ur. v. 14.03.2017 – 11 S 263/16, Rn. 27, juris = BeckRS 2017, 104765.

¹¹⁷⁴ *Frings*, Einfluß; Vgl. zur Vorinstanz: *AG Köln*, Ur. v. 04.04.2016 – 142 C 238/15 = BeckRS 2016, 9025.

¹¹⁷⁵ *AG Köln*, Ur. v. 19.09.2016 – 142 C 222/16 = NJW 2017, 2047.

¹¹⁷⁶ *AG Köln*, Ur. v. 19.09.2016 – 142 C 222/16, Rn. 20, juris = NJW 2017, 2047.

¹¹⁷⁷ Vgl. *Behme*, NJW 2017, 2047, 2052.

¹¹⁷⁸ *LG Köln*, Ur. v. 07.02.2017 – 11 S 15/16, Rn. 31, juris = BeckRS 2017, 128974.

¹¹⁷⁹ Vgl. zur Vorinstanz: *AG Köln*, Ur. v. 07.01.2016 – 129 C 181/15 = BeckRS 2016, 127132.

¹¹⁸⁰ *AG Köln*, Ur. v. 25.02.2015 – 119 C 521/14, Rn. 14, juris = BeckRS 2016, 10953.

¹¹⁸¹ *AG Köln*, Ur. v. 07.10.2015 – 119 C 349/15, Rn. 25, juris = BeckRS 2016, 10671.

¹¹⁸² Insoweit etwas unklar: BeckOGK-*Weiler*, § 308 Nr. 7 Rn. 176 Fn. 235.

¹¹⁸³ *BGH*, Ur. v. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 12 f., juris = NJW 2018, 2039.

¹¹⁸⁴ *BGH*, Ur. v. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 12 f., juris = NJW 2018, 2039.

nomy und Premium Economy) entscheiden können. Unterschied war die in der höheren Beförderungsklasse im Vergleich zur niedrigeren Beförderungsklasse enthaltene Bordunterhaltung, die Steckdose am Sitz sowie ein höherwertiges Verpflegungsangebot, also weitere Annehmlichkeiten zur bloßen Beförderung. Während für die Beförderung in der Economyklasse zusätzlich die Wahl zwischen nicht stornierbaren, eingeschränkt stornierbaren oder uneingeschränkt stornierbaren Tarifen gegeben war, gab es eine solche Aufteilung für die Beförderung in der höheren Premium Economyklasse nicht. Die geschilderte Situation entspricht wohl genau der oben dargestellten Buchungsmaske. Daraus folgerte der BGH, dass der Ausschluss der Kündigung in der Premium Economyklasse eben nicht zur Disposition stand.¹¹⁸⁵ Im Umkehrschluss lässt sich auch herauslesen, dass innerhalb des Economytarifs ein Aushandeln stattfinden hätte können und es sich in diesem Falle also um eine Individualvereinbarung gehandelt hätte.¹¹⁸⁶ Jedenfalls lehnt er diese Sichtweise nicht komplett ab, indem er genau diese Frage sogar offen lässt.¹¹⁸⁷ Teilweise wird aber gefolgert, dass der BGH eindeutig auf dem Standpunkt stehe, dass die bloße Eröffnung von Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Klauseln nicht zu einem Aushandeln iSv § 305 Abs. 1 S. 3 BGB führe.¹¹⁸⁸ Wenn Stimmen in der Literatur meinen, die Konditionen seien unabänderlich und daher nicht zu verhandeln,¹¹⁸⁹ kann dem angesichts des obigen Falles jedenfalls in den drei Varianten des Economytarifs nicht komplett zugestimmt werden.

Dem LG Köln stimmt, jedenfalls hinsichtlich der Kündigungsbedingungen bei Auswahl von Tarifen in der gleichen Klasse, *Hoffmann-Grambow* zu.¹¹⁹⁰ Dafür spricht insbesondere das Argument, dass es dem Kunden freistehe, mehr Flexibilität für einen höheren Preis zu erwerben. Das AGB-Recht hat nicht die Aufgabe, diese Wahlfreiheit einzuschränken. Problematisch ist lediglich, die Verknüpfung unterschiedlicher Faktoren wie Preis, Mitnahmegepäck und Flexibilität zu einzelnen „Tarifpaketen“, die dann nicht mehr einzeln ausgehandelt werden können. Allerdings kann man hier argumentieren, dass die Leistung eben in Variante A oder in Variante B etc. erbracht wird. Die Auswahl trifft der Kunde, das AGB-Recht hat hier keine Aufgabe. Ferner stellt in einem Fall zu AGB der BGH fest, dass vorformulierte Vertragsbedingungen, ausgehandelt sein können, „wenn sie der Verwender als eine von mehreren Alternativen anbietet, zwischen denen der Vertragspartner die Wahl hat“.¹¹⁹¹ Dabei müsse aber der Gehalt der

¹¹⁸⁵ *BGH*, Urt. v. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 14, juris = NJW 2018, 2039.

¹¹⁸⁶ So auch: *Hoffmann-Grambow*, NJW 2018, 2039, 2042.

¹¹⁸⁷ *BGH*, Urt. v. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 15, juris = NJW 2018, 2039.

¹¹⁸⁸ *Ehlen/Quarch*, NZV 2018, 117, 119; aA: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 261.

¹¹⁸⁹ *Engel/Hofmann*, VuR 2018, 417, 420.

¹¹⁹⁰ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2018, 1, 5 ff.; *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 260 f.

¹¹⁹¹ *BGH*, Urt. v. 06.12.2002 – V ZR 220/02, Rn. 6, juris = NJW 2003, 1313.

Regelung beeinflussbar bleiben und die Wahlfreiheit dürfe nicht durch den Verwender beeinflusst werden, bspw. indem das Formular besonders gestaltet ist.¹¹⁹² Es lohnt also die einzelnen Senate genauer zu betrachten: Der IV. Zivilsenat sagt: „Ein Aushandeln im Einzelnen setzt voraus, dass der Verwender den Kerngehalt seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt“.¹¹⁹³ Er ist hier vergleichsweise streng, sowie auch der VIII. Zivilsenat. Für diesen gilt: „Aushandeln“ i.S. des § 1 Abs. 2 AGBG bedeutet mehr als verhandeln. Es genügt nicht, dass das gestellte Formular dem Verhandlungspartner bekannt ist und nicht auf Bedenken stößt, dass der Inhalt lediglich erläutert oder erörtert wird und den Vorstellungen des Partners entspricht. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann vielmehr nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen AGB enthaltenen „gesetzesfremden Kerngehalt“, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Textänderungen nieder.¹¹⁹⁴ Ferner geht der VII. Zivilsenat davon aus, dass bei der Wahlmöglichkeit zwischen zwei Vertragsangeboten (im Fall ging es um Versicherungen) kein Aushandeln iSd § 305 BGB vorliegt.¹¹⁹⁵ Der Inhalt der Klauseln war im BGB-Fall selbst nicht zu verhandeln. Dies gilt auch bei den drei oben vorgestellten Tarifen. In einem anderen Fall, auf den teilweise zur Begründung verwiesen wird¹¹⁹⁶, der VII. Senat sehe in der Auswahl zweier unterschiedlicher AGB kein Aushandeln, hat sich der Senat jedoch nur am Rande mit dieser Frage beschäftigt.¹¹⁹⁷ Der I. Zivilsenat sieht eine Auswahlmöglichkeit ebenfalls nicht für ausreichend um ein Aushandeln anzunehmen.¹¹⁹⁸ In einem Fall handelte es sich um Anträge zur Eröffnung von Sparkonten, bei denen der Kunde durch Wahl und Ankreuzen eines Kästchens das Einverständnis mit telefonischer Beratung erteilen oder eben nicht erteilen konnte.¹¹⁹⁹ Auch hier gingen der BGH von

¹¹⁹² *BGH*, Urt. v. 06.12.2002 – V ZR 220/02, Rn. 6, juris = NJW 2003, 1313.

¹¹⁹³ *BGH*, Urt. v. 15.02.2017 – IV ZR 91/16, Rn. 12, juris = NJW 2017, 2346; vgl. auch: Urt. v. 19.05.2005 – III ZR 437/04 = NJW 2005, 2543

¹¹⁹⁴ *BGH*, Urt. v. 03.11.1999 – VIII ZR 269/98, Rn. 27, juris = NJW 2000, 1110.

¹¹⁹⁵ Vgl.: *BGH*, Urt. v. 15.02.2017 – IV ZR 91/16, Rn. 27, juris = NJW 2017, 2346.

¹¹⁹⁶ *Ehlen/Quarch*, NZV 2018, 117, 120.

¹¹⁹⁷ *BGH*, Urt. v. 10.10.2013 – VII ZR 19/12, Rn. 20, juris = NJW 2014, 206.

¹¹⁹⁸ *BGH*, Urt. v. 02.11.2000 – I ZR 154/98 = VuR 2001, 264; Urt. v. 01.12.2005 – I ZR 103/04, Rn. 26, juris = MDR 2006, 1004 (.

¹¹⁹⁹ *BGH*, Urt. v. 02.11.2000 – I ZR 154/98 = VuR 2001, 264.

AGB und nicht von einer Individualvereinbarung aus, da der Verwender sowohl die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit wie bei einer Vorformulierung eines Vertragstextes in Anspruch nähme.¹²⁰⁰ Anders jedoch der III. Zivilsenat, der bei der Auswahl zwischen zwei Möglichkeiten durchaus eine Individualvereinbarung erkennen kann.¹²⁰¹ So kann möglicherweise die Aussage des V. Zivilsenats gelesen werden, ein erhöhtes Entgelt stehe dem Aushandeln nicht entgegen.¹²⁰²

c) Kritik

Letztlich ist ein strenger Maßstab an das Aushandeln anzulegen, das gilt vor allem im Bereich der Verbraucherverträge. Schließlich sind die Umbuchungs- und Stornierungsbedingungen nur ein Teilbestandteil der Reise, auch wenn der Preis stark davon abhängt. Zudem sind diese Bedingungen vorgegeben und mit anderen „fences“ verknüpft, so dass eben nicht bloß ein Element ausgesucht werden kann, sondern immer ein „Paket“ an Bedingungen gewählt werden muss.¹²⁰³ Auch *Dauner-Lieb* erklärt sich grundsätzlich im b2c – Bereich, wie er hier ja gegeben ist, mit den hohen Anforderungen der Individualvereinbarung einverstanden.¹²⁰⁴ Einige Kritikpunkte sind dennoch herauszustellen. Es steht zu befürchten, dass die auf der Privatautonomie gefundene Preisfindung, die absoluter Kern der Privatautonomie ist, einer richterlichen Kontrolle unterworfen wird.¹²⁰⁵ Es handelt sich hier um eine Risikoverlagerung, die die einzelnen Parteien über den Preis sehr wohl abwägen können und sollen. Der einzelne Konsument ist hier, ganz im Sinne eines Wettbewerbes, allein in der Lage, sich ein Bild über das angebotene Gut zu machen.¹²⁰⁶ Hier liegt gerade keine Unterlegenheit des einen Teils vor. Wettbewerb bei AGB findet kaum statt. Es gibt keine subjektiv-intellektuelle Unterlegenheit des Passagiers. Eine AGB darf nur hinsichtlich ihrer Abwicklungskonditionen kontrolliert werden, nicht auf Verhältnis von Haupt- und Gegenleistung, eventuelle Informationsgefälle sind durch Aufklärungspflichten und nicht durch die AGB-Kontrolle zu begradigen,¹²⁰⁷ vgl. hierzu auch die Ausführungen zu § 307 BGB. Es ergibt sich ferner ein EU-rechtliches Argument, welches der BGH

¹²⁰⁰ *BGH*, Urt. v. 02.11.2000 – I ZR 154/98 = VuR 2001, 264.

¹²⁰¹ *BGH*, Urt. v. 20.12.2007 – III ZR 144/07, Rn. 21, juris = BGHZ 175, 76.

¹²⁰² *BGH*, Urt. v. 06.12.2002 – V ZR 220/02, Rn. 6, juris = BGHZ 153, 148. in diese Richtung aber für die Nachzahlungsklauseln: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 261

¹²⁰³ Ähnlich: *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010, 309, 311; Ulmer/Brandner/Hensen, § 305, Rn. 54, 64a.

¹²⁰⁴ *Dauner-Lieb*, AnwBl 2013, 845, 848.

¹²⁰⁵ Vgl.: *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz, S. 55 ff.

¹²⁰⁶ Vgl. auch: *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz, S. 63; zur Nachzahlungsklausel: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 261; Ulmer/Brandner/Hensen-M. *Habersack*, § 305, Rn. 53a; aA Staudinger-Müsch, § 305, Rn. 63.

¹²⁰⁷ Vgl.: *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz, S. 76.

selbst verwendet, dessen Tragweite aber größer ist, als es scheint.¹²⁰⁸ In Art. 2 Nr. 18 der Luftverkehrs-dienste-VO ((EG) 1008/2008) ist der Begriff „Flugpreise“ für die VO normiert. Es handelt sich um die Preise für die Beförderung von Fluggästen „[...] sowie etwaige Bedingungen, unter denen diese Preise gelten [...]“. Diese Flugpreise werden wiederum gem. Art. 22 Abs. 1 von den Luftfahrtunternehmen frei festgelegt. Das Gericht folgert aus dieser Erkenntnis nun das Recht der Fluggesellschaften, auch Tarife ohne freies Kündigungsrecht des Fluggastes anbieten zu können.¹²⁰⁹ Allerdings hat der Richtliniengeber unmissverständlich klargestellt, dass auch Bedingungen zum Flugpreis, ergo zur Hauptleistungspflicht gehören. Ein anderes Verständnis ist schwerlich möglich. Grundlage für die Regelung ist gerade eine Transparenz-offensive der Flugpreise, nachdem es zuvor zu Lockangeboten ohne Angaben von Steuern, Gebühren und Zuschlägen gekommen ist.¹²¹⁰ Daraus ergibt sich die in Art. 23 Abs. 1 S. 3 lit. a) der VO normierte Pflicht, den Flugpreis (also einschließlich der wesentlichen Bedingungen) klar auszuweisen. Kritisch bezüglich der zunehmend restriktiven Anwendung vom „Aushandeln“, insbesondere auch hinsichtlich der bring-or-pay Entscheidung,¹²¹¹ ist auch *Leuschner*.¹²¹² Ein weiteres Argument, welches für eine Individualvereinbarung spricht, ist das Zusammenspiel des § 305b BGB mit dem restlichen AGB-Recht. Während die Allgemeinen Beförderungsbedingungen als übliches AGB-Recht verstanden wird, sind die Auswahlklauseln vor diesem Hintergrundwerk vorrangig zu behandeln. Genau das ergibt sich auch aus § 305b BGB. Auf die Hintergrundfunktion weist auch Art. 3.1.3. der Lufthansa ABB hin, der die Erstattung von Flugscheinen regelt, die zu ermäßigten Konditionen ausgestellt worden sind. Danach wird auf die mögliche eingeschränkte Erstattung sowie die genauen Tarifbedingungen hingewiesen. Auch wenn es selbstverständlich mehrere AGB-Werke (in diesen Fall ABB und die in Rede stehenden Tarifbedingungen) in einem Vertrag geben kann, zeigt sich hier ein großer Unterschied zwischen den ABB und den Tarifbedingungen: Die ABB werden separat aufgeführt und sind ein längeres Textwerk, das kaum von einem Kunden bei Vertragsschluss durchgelesen werden dürfte. Hier ist deshalb der Schutz durch das AGB-Recht und die Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle von besonderer Wichtigkeit. Die Tarifbedingungen hingegen sind sehr knapp mit den wesentlichen Konditionen dargestellt und ermöglichen gerade eine Auswahl des für ihn passenden Tarifs samt Bedingungen des mündigen Kunden.

¹²⁰⁸ Vgl. *BGH*, Urt. v. 06.12.2002 – V ZR 220/02, Rn. 22, juris = NJW 2003, 1313.

¹²⁰⁹ *BGH*, Urt. v. 06.12.2002 – V ZR 220/02, Rn. 22 = NJW 2003, 1313.

¹²¹⁰ Vgl.: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (Neufassung) {SEK (2006) 943} {SEK(2006) 976} /* KOM/2006/0396 endg. - COD 2006/0130 */ Grund 570.

¹²¹¹ *BGH*, Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 = NJW 2013, 856.

¹²¹² *Leuschner*, NJW 2016, 1222.

Letztlich überwiegen aber die Bedenken einer so freimütigen Annahme einer Individualvereinbarung. Das AGB-Recht bietet noch andere Stellschrauben, die besser geeignet sind, den Bedenken zu begegnen.

d) Konsequenz

Es zeigt sich, dass die Stornierungs- und Umbuchungsmöglichkeit in jeder Tarifklasse als Option zur Verfügung gestellt werden müsste, um nach allen Meinungen eine Individualvereinbarung zu erzielen. Es müsste zu jedem Bündel an Bedingungen eine Variante geben, die keine Streckenbindung beinhaltet. Es reichte nicht aus, verschiedene Tarife mit unterschiedlichen Bedingungen anzubieten, bei denen der unterschiedliche Flexibilisierungsgrad nur einer von mehreren unterschiedlichen Tarifbestandteilen ist.¹²¹³ Denn nur so besteht eine echte Wahlmöglichkeit. Der BGH lässt die Frage offen,¹²¹⁴ eine gefestigte Rechtsprechung ist nicht einfach zu erkennen.¹²¹⁵ Das komplexe Revenue Management-System müsste also das Element „Stornierbarkeit“ grundsätzlich und zudem fakultativ die Möglichkeit gewähren, gegen einen Zuschlag jede Tarifklasse stornierbar bzw. ohne Streckenbindung zu buchen. Dabei verlöre die Fluggesellschaft aber ein wichtiges Steuerungselement, schließlich ist die Kombination verschiedener Fences, von denen die Stornierbarkeit nur eines ist, Wesenskern des Revenue-Management-Systems. Es ist nicht erkennbar, weshalb der Kunde hier Schutz genießen muss, wenn er sorgfältig über den Sachverhalt aufgeklärt wurde. Will man diesem Weg nicht folgen, findet die AGB-Kontrolle Anwendung.

2. Einbeziehungskontrolle

Im Gegensatz zur Stellung der Streckenbindungsklausel in den ABB, ist deren Positionierung in den Tarifbedingungen nicht unbedingt überraschend gem. § 305c BGB. Bei einer Formulierung als Tarifbedingung bestehen diesbezüglich weniger Bedenken. Eine subjektive Überraschung kann durch einen direkten Bezug der Klausel auf den Preis sowie die Regelungen zur Umbuchung und Erstattung ausgeschlossen werden. Davon ist im Fall wie ihn Abb. 4 zeigt auszugehen.

¹²¹³ So aber: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 261; *LG Köln*, Urt. v. 07.02.2017 – 11 S 15/16, Rn. 31, juris = BeckRS 2017, 128974.

¹²¹⁴ *BGH*, Urt. v. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 15, juris = NJW 2018, 2039.

¹²¹⁵ So aber: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 261, Fn. 32; *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2018, 1, 5.

a) Allgemeines

Wie auch bei den Allgemeinen Beförderungsbedingungen greift § 305a Nr. 1 BGB hier nicht, so dass die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB erfüllt sein müssen. Diese lauten: Hinweis (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB), Möglichkeit der Kenntnisnahme (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB) sowie das Einverständnis (§ 305 Abs. 2 aE BGB). Auf die Bedingungen wird, im obigen Beispiel siehe Abb. 4 hingewiesen. Auch kann und muss der Kunde davon Kenntnis erlangen. Es lässt sich diskutieren, ob sich durch die Auswahl einer Preiskategorie und das Klicken auf „weiter“ das erforderliche Einverständnis abbildet. Dieses kann durchaus durch schlüssiges (Weiter-)handeln erklärt werden.¹²¹⁶

b) Überraschende Klausel gem. § 305c BGB

Im Gegensatz zu den obigen ABB kommt es hier nicht generell zu einem Überraschungseffekt. Zwar handelt es sich, so wie in Abb. 4 am Ende der Flugauswahl umgesetzt, nach wie vor um eine AGB-Klausel, doch kann der Überraschungseffekt entfallen, wenn sie „inhaltlich ohne weiteres verständlich und drucktechnisch so angeordnet ist, dass Kenntnisnahme durch den Kunden zu erwarten ist“.¹²¹⁷ Jedenfalls dieses Erfordernis kann durch einen entsprechenden Hinweis bei Auswahl der Tarife und deren Bedingungen erfüllt werden. Sehr wahrscheinlich ist bei Verknüpfung mit den Tarifbedingungen sogar von einer sinnerfassenden Kenntnisnahme auszugehen. Diese lässt den Überraschungseffekt ebenfalls entfallen,¹²¹⁸ letztlich erst recht, wenn schon die qualifizierte Kenntnisnahmemöglichkeit ausreicht.

Das Hauptargument aus der Diskussion zu den Streckenbindungsklauseln in den ABB, welches eine Überraschung iSd § 305c BGB befürwortete, fällt hier also weg: Angesichts einer übersichtlichen Darstellung, ggf. durch Icons und einer Gegenüberstellung unterschiedlicher Tarifarten, kann von einer Überraschung hier nicht mehr gesprochen werden. Vielmehr ist darin eine qualifizierte Kenntnisnahmemöglichkeit zu sehen. Das gilt auch im Hinblick auf die Diskussion zum Aushandeln: Wenn schon ein Aushandeln gut diskutiert werden kann, ist logischerweise kein Platz mehr für eine erweiterte Diskussion um einen möglichen Überraschungseffekt. Dabei kommt es auf die konkrete Umsetzung an, nötig ist selbstverständlich ein solch direkter Bezug innerhalb des Buchungsvorgangs. Ob die aktuelle Verwendung, wie sie in Abb. 4 oben zu sehen ist ausreichend ist, muss im Einzelfall entschieden werden. Klarer und eindeutiger ließe sich ein solcher Hinweis jedenfalls durchaus gestalten.

¹²¹⁶ Grüneberg-Grüneberg, § 305, Rn. 41.

¹²¹⁷ MwNw: WLP-Lindacher/Hau, § 305c Rn. 40; Staudinger-Mäsch, § 305c Rn. 57.

¹²¹⁸ MwNw: Lindacher/Pfeiffer, in: WLP, § 305c, Rn. 38a.

3. Inhaltskontrolle

Im Rahmen der Inhaltskontrolle stellen sich grundsätzlich auch innerhalb der Tarifbedingungen die gleichen Fragen wie innerhalb der Beförderungsbedingungen, da es sich wie festgestellt in beiden Fällen um AGB handelt. Jedoch ergibt sich hier hinsichtlich der Kontrollunterworfenheit eine etwas andere Gemengelage, die entscheidend für die Bewertung der Frage nach der Zulässigkeit der aktuell verwendeten Streckenbindungsklausel in der Nachzahlungsvariante ist. Fügt man die Streckenbindungsklausel nämlich nicht in die ABB ein, wo sie sich vor allem nachträglich auf den Preis auswirken, sondern stellt sie in Verbindung mit den Umbuchungs- und Stornierungsbedingungen in den Vordergrund, verschiebt sich der Fokus auf die Leistungsbeschreibung. Die Leistung „flexibler Flug“ ist eine andere Leistung als der auf eine bestimmte Uhrzeit beschränkte Flug mit einer Flugbindung. Dahinter stehen die oben breit ausgeführten tariflichen Erwägungen zur Buchungs- bzw. Tarifklasse. Ein Flug in Tarifklasse A ist aber ein anderes Produkt als ein Flug in Tarifklasse B. Das gilt auch für einen Flug mit Zwischenstopps: Ein Flug von A nach C über B ist etwas anderes als ein Flug von A direkt nach C und die darin enthaltene Teilstrecke A nach B ist kein „Minus“ zur Strecke A nach C.¹²¹⁹ Zwar bleibt der Kernbestandteil, der Transport von einem Flughafen zum anderen unangetastet, doch sind die regelnden Umstände gänzlich unterschiedlich. Die Unterschiede haben sich so tief in das synallagmatische Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eingegraben, wie es die erheblichen Preisunterschiede aus der Beispielsbuchung oben veranschaulichen, dass von unterschiedlichen Hauptleistungspflichten gesprochen werden muss. Das hat dann wiederum auch Auswirkungen auf die Kontrollunterworfenheit, die hier gem. § 307 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist.

a) Anwendungsbereich

Wie schon oben stellt sich auch hier wieder die Frage nach der Abgrenzung zwischen kontrollfreier Preisabrede und kontrollfreier Preisnebenabrede. Oben wurde noch, auf das Argument der fehlenden Einbeziehung in den Vertragsabschlussprozess des Kunden gestützt, von einer Preisnebenabrede und damit verbunden einer Kontrollunterworfenheit ausgegangen.

¹²¹⁹ Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 262.

i) Auseinandersetzung

Hier gilt das allerdings nicht mehr, wenn man sich auf die Auseinandersetzung des Kunden als das Element stützt, das zur Unterscheidung zwischen Preishaupt- und Preisnebenabrede als korrekt herausgearbeitet wurde. Durch die Gegenüberstellung von flexiblem und unflexiblem Flug und den dazu gehörigen unterschiedlichen Preisen im Rahmen der Tarifauswahl setzt sich der Kunde mit dem Charakter „flexibel“ und „unflexibel“ der Leistung auseinander. Dabei wird ihm bewusst, dass es sich um unterschiedlich bepreiste Leistungen handelt. Wenn sich seine Reisepläne also nachträglich ändern und er eine andere Verbindung, wenngleich womöglich kürzer, in Anspruch nehmen muss, muss ihm klar sein, dass es eben eine andere Verbindung ist, auf die er nicht ohne Weiteres ausweichen kann. Neben der offenkundigen Leistungsbeschreibung von Abflugort und Zielort ist eine weitere Leistungsbeschreibung vereinbart worden: Diese besteht im Zeitpunkt der Beförderung: Entweder wurde ein Flugschein mit keinerlei Umtausch- oder Stornierungsmöglichkeit, oder stattdessen ein Zeitrahmen vereinbart (also ein Flugschein mit diesen Umtausch- und Stornierungsmöglichkeiten). Die Streckenbindung für günstigere, unflexible Tickets wird durch die Tarifbedingung ein wichtiger Bestandteil in einem solchen unflexiblen Vertrag. Dass es sich nicht um eine einklagbare Hauptleistungspflicht handelt, ist unschädlich. Vielmehr kommt es auf die bloße wirtschaftliche Einbeziehung in die zum Vertragsschluss führende Willenserklärung an. Dieser Unterwerkvertragstyp ist ein anderer als der des stornierbaren Personenluftbeförderungsvertrages. Die Reihenfolge der einzelnen Flugtickets ist bei solchen unflexiblen Tickets von wesentlicher Bedeutung. Das ist beiden Parteien auch klar. Der anfänglich mit Täuschungsabsicht buchende Kunde kann durch einen Vergleich über die Buchungsportale auch schnell herausfinden, dass sein eigentlich geplanter Flug deutlich teurer sein kann. Beim flexiblen Beförderungsvertrag verzichtet die Fluggesellschaft auf die Obliegenheit der Inanspruchnahme. Die neuerdings erscheinende Streckenbindungsklausel auch bei flexiblen Verträgen kann nach hier vertretener Ansicht daher nicht mit dem AGB-Recht vereinbar sein.

ii) Differenzierung

Diese Erkenntnis wird von der oben bereits angeklungen Preisdifferenzierung gestützt. Wie oben gezeigt führt die Beschränkung der Hauptleistungspflichten auf die Beförderung des genannten Passagiers in der gewählten Beförderungsklasse und auf der vereinbarten Strecke zu einem Missverhältnis im Synallagma des Personenluftbeförderungsvertrages.¹²²⁰ Nicht nur die

¹²²⁰ Vgl. auch: Freitag, TranspR 2006, 444, 447; Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 262, dieser verortet die Problematik allerdings im Rahmen der Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

Beförderungsklasse und die Strecke machen einen wesentlichen Teil der synallagmatischen Gegenleistung, den Flugpreis, aus, sondern zahlreiche weitere Faktoren. Wenn sich mangels Auseinandersetzung mit der Klausel die AGB-Kontrolle gem. § 307 Abs. 3 BGB nicht verschließt, können obige Erwägungen zum Synallagma auch im Rahmen von § 307 Abs. 1 bzw. wie hier Abs. 2 BGB betrachtet werden. Das Ergebnis ist dann, dass es sich um eine zulässige Preisdifferenzierung handelt.¹²²¹

iii) Veränderung des Synallagmas

Ein für die Fluggesellschaft wichtiger Parameter ist insbesondere der Flexibilisierungsgrad des Tickets, neben weiteren „Fences“. Das folgt aus dem Revenue Management. Gerade dieser Flexibilisierungsgrad verändert allerdings deutlich das Synallagma der Leistung. Ein Vertrag mit mehreren oder weiteren Flugstrecken ist kein Minus, sondern ein Aliud.¹²²² Ebenso ist der Flug mit Umbuchungsmöglichkeit etwas anderes als ein Vertrag ohne solche Möglichkeit. Dabei sind die Preisunterschiede insgesamt nur ein Indiz. Richtig ist, dass diese Preisunterschiede im Sinne des Revenue Managements als Fences oder Lenkungen der Kunden in die ihnen zugeordneten Buchungskategorien fungieren, um insgesamt möglichst viel mit dem Flug verdienen zu können. In diesem Fall allein wäre das Synallagma nicht um die Voraussetzungen erweitert, es entspräche viel mehr einem Rabatt z.B. eines Restaurants für Geburtstagskinder. Eine bestimmte Eigenschaft (Geburtstaghabe) wird mit einem günstigeren Preis in Verbindung gebracht. Dennoch ist die Leistung (Verköstigung) gleich viel wert. Hier hat sich das System aber viel tiefer in die synallagmatische Beziehung eingegraben, so dass eben für den gesamten Vertragstyp ein Unterschied entstanden ist. Während manche Fences, wie die frühzeitige Buchung oder der Mindestaufenthalt das Synallagma „Flugpreis-Beförderungsleistung“ nicht tiefgehend berühren, ist dies bei den Umtausch- und Stornierungsbedingungen gleichwohl der Fall.

4. Transparenzkontrolle

Obwohl eine inhaltliche Kontrolle ausgeschlossen ist, muss aber die Transparenzkontrolle trotzdem durchgeführt werden.¹²²³ Hierbei ist problematisch, dass die Höhe der nachzuzahlenden Summe nicht klar erkennbar ist. Man könnte nun davon ausgehen, dass diese Regelung hinzunehmen ist, da wie gesehen das Gesetz etwa bei der Anfechtung einen Wertersatzanspruch zugesteht. Dessen Höhe ist ebenfalls unbekannt. Jedoch überzeugt dieses Argument nicht, da

¹²²¹ Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 262 f.

¹²²² So auch, wenngleich das Problem an anderer Stelle verortend: Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 262 f.

¹²²³ Vgl. nur: Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, § 307, Rn. 10; MüKo-BGB-Wurmnest, § 307, Rn. 24.

das anwendbare Kondiktionenrecht Schutzregeln hat, z.B. durch die Entreichungseinrede des § 818 Abs. 3 BGB. Dass diese hier gem. § 818 Abs. 4 iVm § 819 BGB nicht greifen, ist eine nachvollziehbare Interessensabwägung des Gesetzgebers.

Hier ist die Lage jedoch möglicherweise anders, da die Nachzahlung vertraglich vereinbart werden soll, was weitaus mehr Fälle betrifft, bei denen die Interessen anders gelagert sind und insbesondere die des nicht vorsätzlich handelnden Passagiers höher zu gewichten sind als die des arglistig täuschenden.

Die Fluggesellschaft muss also nach diesem Gesichtspunkt aus Transparenzgründen die Höhe zum flexiblen Vertrag deutlich machen. Dies gilt aber nicht für diejenigen, die den Tarif bei Buchung bewusst unterlaufen wollen. Damit kommt man für alle anderen als diejenigen, die die Klausel bewusst umgehen wollen, zu einer Art Rabattklausel.¹²²⁴ Außerdem nähert man sich, je nach Gestaltung in den Tarifbedingungen, einer Individualvereinbarung an. Kommt es zu einer solchen ist die Situation die gleiche: Eine Individualvereinbarung mit bloßer Transparenzkontrolle bietet den gleichen Schutzzumfang wie eine individuell ausgehandelte Klausel. Allerdings kommt es, wie oben gesehen, auf den Buchungszeitpunkt und nicht auf den Reisezeitpunkt an, vgl. *Hoffmann-Grambow*.¹²²⁵ Und zu diesem Zeitpunkt lässt sich der „flexible Preis“ in der Regel unkompliziert herausfinden.¹²²⁶

IV. Europarechtliche Erwägungen

Auch europarechtliche Erwägungen können in Bezug auf eine solche Streckenbindungsklausel angesprochen werden. *Greiner* spricht solche europarechtlichen Erwägungen an: Sollte das Cross-Border-Selling nicht mehr durch die Fluggesellschaften verhindert werden, käme man in den Bereich der mittelbaren „Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, die mit der europäischen Dienstleistungsfreiheit (Art. 49, 50 EG) nicht vereinbar“ schein.¹²²⁷ Dabei bezieht er sich explizit auf den grenzüberschreitenden Charakter des Cross-Border-Selling im Gegensatz zum Cross-ticketing. Er gibt zu bedenken, dass durch eine strenge gerichtliche Kontrolle der Klauseln der „Heimvorteil“ der Fluggesellschaften im Heimatmarkt ausgebaut werden kann: ausländische Airlines, die ihre Drehkreuze eben üblicherweise in ihren Heimatländern haben, können den Markt nur über Umsteigeverbindungen erschließen, die unbeliebt sind.

¹²²⁴ Vgl. *Pöschke*, JZ 2020, 928, 937; *Greiner*, RRA 2009, 121, 125 f.

¹²²⁵ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 260 unter Bezugnahme auf: ; *AG Berlin-Mitte*, Urt. v. 10.12.2018 – 6 C 65/18, Rn. 22, juris = RRA, 2019, 186; wohl auch: *OLG Frankfurt aM*, Urt. v. 28.02.2013 – 16 U 86/12, Rn. 25, juris = NJW-RR 2013, 829-83.

¹²²⁶ Vgl. auch: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258, 260

¹²²⁷ *Greiner*, RRA 2009, 121, 126.

Würde dann auch noch gerichtlich verhindert, dass diese Umsteigeverbindungen rabattiert werden, wäre ein Wettbewerbsnachteil ausländischer Fluggesellschaften festgeschrieben.¹²²⁸ Beispielsweise müsste eine fiktive spanische Fluggesellschaft, die den Markt Frankfurt-New York bedienen möchte, immer eine Umsteigeverbindung über ihr Drehkreuz Madrid anbieten. Dabei beachtet *Greiner* aber nicht ausreichend, dass die Rabatte weiter angeboten werden können. Das Problem ist vielmehr, dass die Einwohner des heimischen Marktes des ausländischen Anbieters, in vorgestellten Fall die Spanier, vom Cross-border-selling profitieren könnten. Das diskriminiert aber keine fremden Staatsangehörigkeiten.

Darüber hinaus könnte die ausländische Fluggesellschaft direkt vom Markt ohne Umsteigeverbindung in das Zielgebiet fliegen. Diese 7. Freiheit der Luft gilt in der EU uneingeschränkt.¹²²⁹ Allerdings sind diese Art Flüge auf der Langstrecke sehr selten.

V. Rabattlösung

Pöschke und *Greiner* (und in Ansätzen auch *Deutsch*) schlagen grundsätzlich eine Rabattlösung vor: Danach soll für die Umsteigeverbindung und längere Reisedauern ein Rabatt gewährt werden, der offen ausgewiesen wird.¹²³⁰ Das führe dazu, dass es sich um eine unmittelbare Preisabrede handele, die gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht der AGB-Kontrolle unterläge.¹²³¹ Es ist zu bemerken, dass diese Rabattlösung zum gleichen Ergebnis wie ein Zuschlag kommt. Wenn dem Kunden nämlich klar ist, dass an den günstigen Preis bestimmte Obliegenheiten geknüpft sind, ist es lediglich eine Frage der Perspektive welcher Preis der „normale ist“. Entweder ist der günstige, unflexible Tarif der Normalfall und der flexible im Vergleich dazu teuer, oder der flexible Tarif ist der Normalfall und der unflexible im Vergleich dazu günstiger. Somit unterstreicht die Rabattlösung das gefundene Ergebnis von der fehlenden Kontrollfähigkeit der Streckenbindungsklausel. Ein Transparenzproblem besteht ebenfalls nicht, da dem Kunden durchaus die Möglichkeit besteht, zum Zeitpunkt der Buchung den Preis für einen flexiblen Flug herauszufinden. Bei der umgekehrten „Rabatt-Perspektive“ ist dieser Preis schon vorgegeben.

¹²²⁸ *Greiner*, RRa 2009, 121, 126.

¹²²⁹ Vgl. zu den Freiheiten der Luft nur: *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr, S. 36 ff.

¹²³⁰ *Pöschke*, JZ 2020, 928, 937; *Greiner*, RRa 2009, 121, 125 f.; *Deutsch*, GRUR-Prax 2013, 276.

¹²³¹ *Pöschke*, JZ 2020, 928, 937; *Greiner*, RRa 2009, 121, 126.

B Gedanken zur Änderung der Gesetzeslage

Wie die Arbeit bislang gezeigt hat, bilden Personenluftbeförderungsverträge mit Umbuchungs- und Stornierungsmöglichkeiten und solche ohne diese Möglichkeiten verschiedene Unterkategorien des Werkvertrages. Bestandteil der essentialia negotii ist die Umbuchungs- und Stornierungsmöglichkeit nur in der flexiblen Kategorie der Personenluftbeförderungsverträge. Wenn diese also in den unflexiblen Verträgen ausgeschlossen wird, ist das theoretisch möglich. Nur die aktuelle Umsetzung scheitert etwa an § 305c BGB.

Das hat zur Folge, dass auch die aktuell verwendeten Streckenbindungsklauseln neu gedacht werden müssen. Dass es dabei grundsätzlich erlaubt sein soll zu verhindern, dass Passagiere für sich günstige, aber eigentlich nicht für sie angebotene Preise in einen Vertrag wählen können, ist ein grundsätzlich legitimes Interesse. Entgegenstehende ABB sind hierfür aber nicht das geeignete Instrument. Vielmehr sind von den Fluggesellschaften Systeme zu entwickeln, die es verhindern, dass der zweite Flug zu einem entsprechend günstigen Preis gebucht werden kann.

I. AGB-Kontrolle durch Verwaltung und Gesetzgeber

Zu erwägen ist eine anders gestaltete Kontrolle der AGB, über die der Justiz hinaus, durch Verwaltung und ggf. durch den Gesetzgeber, hier vor allem die Europäische Union, selbst.

1. AGB-Kontrolle durch Verwaltung

Die Verwaltung könnte insbesondere auf zwei Weisen größeren Einfluss nehmen.

a) Wiedereinführung der Genehmigungspflicht

Ein Gedanke sind kodifizierte AGB oder jedenfalls eine Wiedereinführung der Prüfungspflicht für ABB. Diese Genehmigungspflicht existierte bis zum 31.08.2002 in § 21 Abs. 1 S. 2 LuftVG und wurde dann durch das Gesetz zur Erleichterung des Marktzugangs im Luftverkehr vom 21. August 2002 aufgehoben.¹²³² Im Regierungsentwurf wird das „*Zurücktreten des öffentlich-rechtlichen Regulierungsrahmens, bei ausdrücklicher Betonung der Vertragsfreiheit*“ im Rahmen der Liberalisierung ins Zentrum des Gesetzes gestellt.¹²³³ Der Wegfall von Genehmigungspflichten soll diese Liberalisierung ermöglichen.¹²³⁴ Im Verkehrsbereich gibt es eine solche

¹²³² BGBl. I, 2002, S. 3355 f.

¹²³³ RegE BT-Drs. 14/8730 S. 8.

¹²³⁴ RegE BT-Drs. 14/8730 S. 9.

Genehmigungspflicht etwa bei den Eisenbahnen gem. § 12 Abs. 3 AEG. Die zuvor existierende Pflicht, auch Entgelte genehmigen zu lassen, wurde in eine Anzeigepflicht umgewandelt.¹²³⁵

So etwas gibt es im Versicherungsrecht sowie im Baurecht. Bereits in den 1930ern stellte *Raiser* einen Anstieg genehmigungspflichtiger AGB im Verkehrsbereich fest.¹²³⁶ Allerdings führt das zu weiteren Fragestellungen, vor allem im internationalen Bereich. So etwa, ob EU-Recht oder WA oder MÜ eine solche Kontrolle im Rahmen ihrer Freiheitsrechtsgarantien zulassen. Hier bestehen insbesondere Bedenken gegenüber Fluggesellschaften aus dem EU-Ausland. Auch ist der Verwaltungsaufwand enorm. Stattdessen können Urteile nach § 1 UKlaG einen ebenso rechtssicheren Zustand erreichen. Diese Idee ist also zu verwerfen.

Europarechtlich ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Preise, zu der auch die Bedingungen gehören, gem. Art. 22 Abs. 1 VO(EG) Nr. 1008/2008 durch die Fluggesellschaften frei festgelegt werden. Ein zu großer Einfluss darf also durch die Behörden nicht genommen werden. Allerdings kommt es so auf eine Abwägung mit den Verbraucherschutzzielen der EU an. Auch wäre es denkbar, dass die zuständige Behörde, das Bundesamt für Güterverkehr, die Verwendung der Beförderungsbedingung gem. § 21 Abs. 2 S. 2 LuftVG wegen nachhaltiger Beeinträchtigung der öffentlichen Verkehrsinteressen ganz oder teilweise untersagt.

b) Umformulierung der aktuellen Kontrollmöglichkeit

Da nach § 21 Abs. 2 S. 2 LuftVG die zuständige Behörde eine Kontrollfunktion ausüben kann, ist zu überlegen, ob diese nicht expliziter auch auf Widersprüche mit geltendem Recht, insbesondere den Vorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch AGB hin überprüft, werden können.

2. Verbot der Klausel durch Anpassung der Fluggastrechte-Verordnung

Auch die EU-Kommission befasst sich mit dem Thema Streckenbindung. Die Nichtbeförderung im Falle einer streckenbindungsklauselbedingten Stornierung stellt ausdrücklich keine Nichtbeförderung gem. Art. 2 lit. j der VO (EG) 261/2004 (Fluggastrechteverordnung) dar, wie sich aus den Leitlinien der Auslegung ergibt.¹²³⁷ Mit einem Änderungsvorschlag hinsichtlich der Fluggastrechteverordnung sollte diese Praxis aber teilweise europarechtlich unterbunden

¹²³⁵ BT-Drs. 16/4198 S. 7 f.

¹²³⁶ *Raiser*, AGB Recht, S. 58.

¹²³⁷ Punkt 3.1.1. der Leitlinien für die Auslegung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 (2016/C 214/04). Vgl. auch die Mitteilung an die Mitglieder des EU-Parlaments zur Petition Nr. 0165/2018, PE628.337v01-00.

werden.¹²³⁸ Dieser Änderungsvorschlag trat jedoch bislang nicht in Kraft. Ein komplettes Verbot von Regelungen zur Flugreihenfolge ist darin aus wettbewerblicher Sicht aber nicht gewünscht. Als Konsequenz könnten ansonsten nämlich besonders günstige Angebote für Umsteigeverbindungen gänzlich entfallen, was preissensiblen Passagieren mit viel Zeit schaden könnte, da sie keine Angebote mehr erhielten.¹²³⁹ Dabei wäre wohl die Verfallsklausel ungültig geworden, nicht aber eine Nachzahlungsklausel. Denn nur der Ausschluss des Transportes, nicht aber weitere Zahlungen wären verhindert worden, wobei über die Höhe der Zahlung seitens des Reformvorschlags keine klaren Angaben gemacht wurden.¹²⁴⁰ Dazu verweist die Kommission in ihrem Antwortschreiben auf die Petition eines deutschen Staatsangehörigen bezüglich aktuell fehlender europäischer Regelungen¹²⁴¹ auf die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Diese könne durch ihre Umsetzung in einigen Mitgliedsstaaten, darunter Deutschland, zum Verbot solcher Klauseln führen. Hierbei spricht die Kommission in ihrer Antwort von „no-show“-Klauseln, gemeint sind dabei die hier als Streckenbindungsklauseln bezeichneten. Das ergibt sich aus dem geschilderten Sachverhalt der Petition sowie der genannten Streckenbindung, die nicht völlig verboten werden solle. Zudem wird auf die Urteile des BGH sowie das des OGH verwiesen, welche die Streckenbindung zum Gegenstand hatten.¹²⁴²

II. Einführung einer Misstands-klausel

Während der Einführung einer Genehmigungspflicht auch Aspekte entgegenstehen, sollte man über die Einführung einer Misstands-klausel nachdenken. Für Versicherungsunternehmen, deren AGB bis 1994 ebenfalls genehmigt werden mussten, ist eine solche Möglichkeit der Aufsichtsbehörde in § 298 Abs. 1 VAG geregelt. Diese Aufsicht ist von europäischer Seite in Art. 34 Abs. 1 der RL 2009/138/EG auch explizit gefordert. Man könnte an eine solche Kontrollbefugnis der Aufsichtsbehörden in Deutschland denken. Angesichts der Vielzahl an Verträgen, die mit diesen Massen-AGB geschlossen werden, und der aufgezeigten Komplexität ist die aktuelle Lösung über die gerichtliche Prüfung weiterhin die sinnvollste.

¹²³⁸ Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der VO (EG) Nr. 261/2004 und der VO (EG) Nr. 2027/97, (COM(2013)0130 vom 13.3.2013).

¹²³⁹ Folgenabschätzung, SWD(2013)62 final vom 13.3.2013, S. 133.

¹²⁴⁰ Keiler, RRA 2013, 870.

¹²⁴¹ Petition Nr. 0165/2018, für zulässig erklärt am 12. Juni 2018.

¹²⁴² Vgl. auch: Schindler/Bues, ZLW 2014, 213 ff.

III. Neue gesetzliche Regelung

Natürlich kann man den Personenluftbeförderungsvertrag auch gesetzlich regeln. Hierbei wäre dann insbesondere eine Regelung zur Kündigung aufzunehmen. Jedoch erscheint es außerordentlich schwer verständlich, dass eine Art Wahrnehmungspflicht der gebuchten Reise eingefügt werden könnte.

Wobei man zustimmen kann, ist, dass zwischen statischen und dynamischen Subsumtionen unterschieden werden muss.¹²⁴³ Während man für die Rechtswissenschaft, was die Tatsachen anbelangt, zwangsläufig eine statische Subsumtion durchführen muss, ist das bei technischen Begriffen, wie eben dem speziellen Werkvertrag unter dem Werkvertrag nach §§ 631 ff. BGB nicht der Fall. Hier kann die genaue Unterscheidung offenbleiben, wenn nur die daran angeknüpften Rechtsfragen entschieden werden können. Aus dem gleichen Grund kann eine abstrakte Bestimmung der Unterscheidung zwischen Werk- und Dienstvertrag ohne praktisches Beispiel nicht erfolgen. Abstrakte Typen lassen sich eben nicht unter den ein oder anderen Vertragstyp im Sinne einer statischen Subsumtion zuordnen, sondern stellen einen dynamischen Prozess dar. Eine Ausweitung der besonderen Vertragstypen im HGB ist auch nicht sehr hilfreich. Das HGB ist insbesondere für Vertragsbeziehungen zwischen Kaufleuten relevant, ein Beförderungsvertrag wäre hier sinnwidrig.¹²⁴⁴

C Einordnung der Interessensabwägung

Die Interessensabwägung soll abschließend noch kurz eingeordnet werden. Dazu dient ein Vergleich mit ähnlichen Problemstellungen im Kontext von Personenluftbeförderungsvertrag und ABB sowie die Herausarbeitung der Konsequenz für Streckenbindungsklauseln in flexiblen Personenluftbeförderungsverträgen.

I. Vergleich mit ähnlichen Problemfeldern

Zunächst soll es bei der Einordnung um das Problem der oft vereinbarten Vorleistungspflicht sowie die Kosten von Stornierungen, nämlich häufig 100 % des Preises abzüglich Steuern und Gebühren, gehen.

¹²⁴³ *Hempel/Oppenheim*, Typusbegriff, S. 8 vgl. *Oppenheim* S. 221 "Die natürliche Ordnung der Wissenschaft".

¹²⁴⁴ Vgl. auch: *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz, S. 32.

1. Vorleistungspflicht

Bezüglich der Vorleistungspflicht herrscht häufig Unverständnis seitens der Passagiere und wohl auch zunehmend der Politik.¹²⁴⁵ Wie oben gesehen, ist die Vorleistungspflicht des Bestellers für den Werkvertrag an sich zwar untypisch, allerdings verschafft sie dem Unternehmer in Konstellationen, wo eine Dienstleistung Bestandteil des Werkvertrags geworden ist, diesem die notwendige Sicherheit. Man kann sogar sagen, dass er für diese Art Verträge typisch ist.

a) Argumentation des BGH

Zunächst scheint höchstrichterlich geklärt, dass die eigentlich im Werkvertrag vorgesehene Vorleistungspflicht des Werkunternehmers im Bereich des Personenluftbeförderungsvertrags wegen dessen spezifischer Erfordernisse nicht gilt. Dass das Gesetz von der Vorleistungspflicht des Werkunternehmers ausgeht, folgt aus § 641 Abs. 1 S. 1 BGB wonach die Zahlungspflicht erst mit Abnahme bzw. Vollendung (gem. § 646 BGB) fällig wird.

Der BGH führt zu seiner Begründung als „typischen“ Werkvertrag die Situation an, wonach ein Werkstück hergestellt wird.¹²⁴⁶ Hieraus lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass der Personenluftbeförderungsvertrag eben ein atypischer Werkvertrag ist. Im Gegensatz zu diesem habe der Werkunternehmer bei einem „typischen“ Werkvertrag zur Sicherung aber gem. § 647 BGB ein Unternehmerpfandrecht.¹²⁴⁷ Ferner könne er bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 648 BGB aF die Einräumung einer Sicherungshypothek verlangen oder gem. § 648 a BGB aF Sicherheit für die von ihm zu erbringenden Bauleistungen beanspruchen.¹²⁴⁸ Auch nach der letzten Novelle¹²⁴⁹ im Werkvertragsrecht ist jedenfalls der letzte der beiden Sicherungsleistungen erhalten geblieben (§ 650e BGB). Über § 651 BGB aF (jetzt § 650 S. 1 BGB) finden auf Verträge, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, die kaufrechtlichen Vorschriften Anwendung.

Darüber hinaus habe der Werkunternehmer unter den Voraussetzungen des § 632 a BGB auch einen Anspruch auf Abschlagszahlungen gegenüber dem Besteller.¹²⁵⁰ Da bei einem Personenbeförderungsvertrag solche Sicherungsmöglichkeiten nicht existieren, folgert der BGH, dass

¹²⁴⁵ Vgl. bspw.: Interview mit Harry Hohmeister vom Lufthansa Vorstand in: Kotowski; „Wir sind von dieser Krise überrollt worden“; FAZ v. 20.07.2020 S. 22; Artikel auf: <https://www.handelsblatt.com/dpa/verbraucher-schuetzer-weiter-fuer-geaenderte-vorkasse-bei-flugtickets/28889904.html>, abgerufen am 28.12.2022.

¹²⁴⁶ *BGH*, Urt. v. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 16, juris = BGHZ 209, 20.

¹²⁴⁷ *BGH*, Urt. v. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 16, juris = BGHZ 209, 20.

¹²⁴⁸ *BGH*, Urt. v. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 16, juris = BGHZ 209, 20.

¹²⁴⁹ Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren, BGBl. I S. 969.

¹²⁵⁰ *BGH*, Urt. v. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 16, juris = BGHZ 209, 20.

sich der Unternehmer mit der Gefahr „von Zahlungsanfällen in erheblicher Größenordnung belastet“ sähe, würde man ihn grundsätzlich auch im Personenbeförderungsvertrag als vorleistungspflichtig erachten.

Ein weiterer Argumentationspunkt ist die Wettbewerbsverzerrung, die möglicherweise auftreten könnte. Diese seien bei einer Abkehr von der international üblichen Praxis möglich.¹²⁵¹

b) Kritik

Dieser Argumentation lässt sich kritisch begegnen. Insbesondere der Vergleich mit der Pauschalreise ließe eine Anzahlung ebenfalls ausreichend erscheinen.¹²⁵²

Für die betrachteten Streckenbindungsklauseln ist das insofern relevant, als dass die vollständige Flugpreiszahlung häufig Voraussetzung für die Beförderung ist. Die zusätzlichen Nachzahlungen werden dabei zum Flugpreis dazu gerechnet, diese müssen also auch beglichen sein. Das ergibt sich etwa für Eurowings aus Art. 4.2.1, 4.5.1, für Lufthansa direkt aus Art. 3.3.3 Abs. 2 S. 2. Einen Verweis auf zukünftige mögliche Entscheidungen des BGH hinsichtlich der Streckenbindungsklausel ergibt sich durch die Einbeziehung zusätzlicher Risiken: Diese Risiken werden durch Abschaffung des Vorkasseprinzips auf alle Passagiere umgelegt.¹²⁵³ Hinzu kommt, dass die Preise für alle Verbraucher vermutlich steigen würden. Das könnten etwa 3,3 % sein.¹²⁵⁴ Diese Argumentation lässt sich ebenfalls auf ein mögliches Verbot der Streckenbindungsklausel in ihrer Nachzahlungsvariante übertragen. Womöglich hat der ein oder andere ein Unbehagen bezüglich der gefundenen Lösung und möchte die gestellte Frage nach der Rechtmäßigkeit der Streckenbindungsklauseln anders lösen. Dies mag auf den ersten Blick vielleicht sogar „sozialer“ erscheinen. Das stünde dann in einem größeren Kontext, hat doch das BGB vor allem in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine Rückverwandlung „in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung“ erfahren.¹²⁵⁵ Dennoch ist die Ansicht zu vertreten, dass die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen als ein hohes Gut durchaus Beachtung finden sollte. Schließlich folgt einem Mehr an vermeintlichem Verbraucherschutz bzw. Kundenschutz immer auch eine Preisanpassung nach oben, was wiederum alle Verbraucher und Kunden bezahlen. Das würde auch für eine vermeintlich passagierfreundlichere Lösung der Frage gelten,

¹²⁵¹ BGH, Urt. v. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 34, juris = BGHZ 209, 20.

¹²⁵² Vgl. auch: *Tonner*, NJW 2016, 2404, 2407; ausführliche Besprechung: *Tonner/B. Wagner*, VuR 2017, 449.

¹²⁵³ BGH, Urt. v. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 34, juris = BGHZ 209, 20.

¹²⁵⁴ *Lütholf/Rupp/Wernli*, Gutachten Vorkasse im Reise- und Flugbereich, S. 2.

¹²⁵⁵ *Wieacker*, Sozialmodell, S. 18.

die auf diese Weise mögliche günstige Preisangebote verhindern wird. Das wiederum kann politisch durchaus gewünscht sein, ob das AGB-Recht hier allerdings die richtige Stellschraube ist, ist zweifelhaft.

2. Kündigungsklauseln

Ebenfalls fruchtbringend für die hier untersuchten Streckendbindungsklauseln ist die Entscheidung zu den Kündigungsklauseln, welche bereits angerissen wurde. Schließlich handelt es sich hier ebenfalls um ein Element, das als typisch für den Personenluftbeförderungsvertrag, aber auch für andere Beförderungsverträge zu bezeichnen ist. So kann etwa auch eine Bahnreise mit der Deutschen Bahn nicht in jeder Kategorie „storniert“ werden, sondern je nach Tarif ist das gar nicht oder nur gegen Aufpreis möglich.

a) BGH-Entscheidung zu Kündigungsklauseln

Auch die Kündigungsklauseln in AGB sind stark umstritten. Ein vorläufiges Ende setzte dem der BGH in einer Entscheidung von 2018. In dieser angeklungenen Entscheidung stellte der BGH vor allem auf die für ein gutes Revenue-Management nötige Mischung zwischen flexiblen und unflexiblen Tickets ab.¹²⁵⁶ Zuvor war es häufiger zu Entscheidungen instanzgerichtlicher Urteile gekommen, wonach nach § 648 S. 2 BGB (vormals § 649 BGB) trotz Kündigungsausschluss hohe Erstattungssummen seitens der Fluggesellschaft gezahlt werden mussten.¹²⁵⁷ Dabei bemerkt er richtigerweise, dass eine gute Kapazitätsauslastung auch der Allgemeinheit zu Gute kommt: Marktaustritte werden verhindert und die Flugpreise erhöhen sich nicht.¹²⁵⁸ Dazu kommt, dass auf diese Weise günstige Tickets überhaupt angeboten werden können. Eine Möglichkeit, die es insbesondere vor der Liberalisierung des Luftverkehrs wie gesehen nicht gab. Es lässt sich wohl darüber streiten, ob angesichts der Klimaschädlichkeit heutiger Flugreisen günstige Tickets wünschenswert sind. Das ist jedoch keine Frage des Zivilrechts. Zudem besteht die Hoffnung, dass in nicht mehr allzu ferner Zukunft umweltfreundliche Antriebstechniken zum Einsatz kommen. Auch wenn nun einzelne Sitzplätze durch die Fluggesellschaft sogar doppelt verkauft werden: In die Gesamtbilanz der Fluggesellschaft fließen solche Erträge mit ein. Der Passagier hat in dieses „Risiko“ selbst eingewilligt, ihm entsteht, abgesehen von mög-

¹²⁵⁶ BGH, Urt. v. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 24, juris = NJW 2018, 2039.

¹²⁵⁷ BGH, Urt. v. 25.10.1984 – VII ZR 11/84 = NJW 1985, 633; LG Köln, Urt. v. 25.07.1990 – 26 S 5/90 = NJW-RR 1990, 1530; Vgl. Hopperdietzel, RRA 2018, 206, 206 f.

¹²⁵⁸ BGH, Urt. v. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 24, juris = NJW 2018, 2039.

lichen Streckenbindungsklauseln, kein weiterer Schaden. Es ist zudem auch Aufgabe der Privatunternehmer, Preise, zu denen auch bestimmte Bedingungen gehören, auszuhandeln. Deshalb ist es nicht erst eine Frage der Interessensabwägung innerhalb der Inhaltskontrolle. Diese ist vielmehr bereits gar nicht eröffnet. Dieses Urteil wurde stark kritisiert.¹²⁵⁹ *Hoffmann-Grambow* hingegen wird durch das Urteil bestätigt.¹²⁶⁰

b) Anschließender Konflikt

Nach dieser Grundsatzentscheidung ist jedoch noch keine Ruhe eingeleitet. Das AG Köln hat nämlich trotz der Entscheidung des BGH einen solchen Anspruch des Passagiers bestätigt. Im Gegensatz zur BGH-Entscheidung ging es in der Entscheidung vor dem AG Köln jedoch nicht um die Kündigung an sich, sondern die Folgen dieses Kündigungsregimes.¹²⁶¹ Diese Trennung zwischen Stornierung und Erstattung sei geboten und etwas verschiedenes.¹²⁶² Das Gericht sieht in diesen Kündigungsfolgenregelungen einen Verstoß gegen § 309 Nr. 5 b BGB, da der Passagier keinen Nachweis eines geringeren Schadens leisten kann.¹²⁶³ Deshalb sei die gesetzliche Regelung anwendbar, da in dem entschiedenen Fall der Weiterverkauf der stornierten Plätze unstreitig war. Hier erstreckt sich der Erstattungsanspruch gem. § 649 S. 2 BGB auf die gesamten Kosten, da von einem anderweitigen Erwerb ausgegangen werden muss. Gem. § 648 S. 3 BGB bleibt jedoch ein Rest von 5 % des Flugpreises für den Unternehmer bestehen. Ob diese Analyse richtig ist, muss weiterer Forschung überlassen werden.

c) Analyse

Beide Entscheidungen zeigen eindrücklich, dass es sich mehr um politische als um dogmatische Fragen handelt. So verweist *Hopperdietzel*¹²⁶⁴ auf eine BGH-Entscheidung, in der der 7. Zivilsenat eine kündigungsfreundlichere und somit verbraucherfreundlichere Entscheidung getroffen hat.¹²⁶⁵ Im Verfahren ging es um einen „Hausvertrag“ über die Errichtung eines Hauses. Im Falle der Kündigung des Bauherrn ohne Vertretenmüssen des Unternehmers sah ein AGB-Klausel eine Kündigungspauschale von 15 % des Gesamtpreises vor, außer der Bauunternehmer

¹²⁵⁹ *Hopperdietzel*, RRa 2018, 206, 208 ff.; *Schwab*, JuS 2019, 59; *Quarch*, NZV 2018, 473.

¹²⁶⁰ *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2018, 1; *Hoffmann-Grambow*, NJW 2018, 2039, 2042; vgl. auch: *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022, 258.

¹²⁶¹ *AG Köln*, Urt. v. 07.01.2019 – 142 C 215/18, Rn. 16 f., juris = NZV 2020, 153.

¹²⁶² *AG Köln*, Urt. v. 07.01.2019 – 142 C 215/18, Rn. 25, juris = NZV 2020, 153; *Quarch*, NZV 2018, 473.

¹²⁶³ *AG Köln*, Urt. v. 07.01.2019 – 142 C 215/18, Rn. 23, juris = NZV 2020, 153.

¹²⁶⁴ *Hopperdietzel*, RRa 2018, 206, 214.

¹²⁶⁵ *BGH*, Urt. v. 05.05.2011 – VII ZR 161/10 = NJW 2011, 3030.

mer weist einen nach § 649 aF / § 648 BGB niedrigeren Anspruch nach. Selbst diese sehr kulante Klausel wurde aufgrund der unerklärlichen Pauschalhöhe von 15 % gem. § 308 Nr. 7 a BGB nur unter der Bedingung für wirksam erklärt, nach der weitere Feststellungen eine Angemessenheit ergeben.¹²⁶⁶ Wirklich zwingend ist diese Entscheidung nicht. Sie zeigt vielmehr, wie politischer Spielraum dem BGH hier zukommt, gerade im Spannungsfeld von Schutzbedürftigkeit und Eigenverantwortlichkeit.¹²⁶⁷ Dieser Spielraum steht ihm auch im Rahmen der Streckenbindungsklauseln zu.¹²⁶⁸

II. Einflüsse der Corona-Pandemie

Durch die seit Anfang 2019 grassierenden COVID-19-Pandemie kam es zu zahlreichen Stornierungen von Flugreisen. Dafür gab es verschiedene Ursachen. Einerseits haben die Fluggesellschaften zahlreiche Flüge aufgrund rechtlicher oder faktischer Probleme storniert und somit die vereinbarte Beförderungsleistung nicht mehr durchgeführt.¹²⁶⁹ In diesem Fall ist die vereinbarte Vergütung zurückzugewähren. Weniger häufig war der umgekehrte Fall, dass Passagiere die weiter durchgeführte Beförderung nicht mehr in Anspruch nehmen wollten: Dieses Problem betraf vor allem die Bahn und den ÖPNV.¹²⁷⁰

Die spannende Tatsache für diese Arbeit ist jedoch, dass durch die Corona-Pandemie die Bedingungen für das Umbuchen (nicht aber Stornieren) im Bereich zahlreicher Fluggesellschaften erheblich gelockert wurden, vgl. nur die obige Beispielsbuchung. Es besteht schlicht in Zeiten drohender Reisebeschränkungen wenig Nachfrage nach unflexiblen Verträgen. Diese werden folglich nicht mehr angeboten. Die Fencing-Struktur wird aber nicht aufgelöst, nur die Verträge mit dem Element „unflexibel“ werden seltener angeboten. Ein solches Vorgehen zeigt, dass es sich bei der Flexibilität nicht nur um eine bloße Kleinigkeit handelt, sondern dieses Element ganz wesentlich für den Vertragstyp geworden ist. Eigene Regelungen sollten weiterhin in die Kompetenz der Vertragspartner gelegt werden. Es darf nicht zu einem europarechtlich motivierten überhöhten Verbraucherschutz kommen, der den Verbraucher zum „unmündigen Großkind“ macht.¹²⁷¹ Diese Gefahr besteht nach *Honsell* insbesondere durch die Richtlinie 2011/83/EU. Allerdings ist das Widerrufsrecht ein *Honsell* besonderes störendes Element,¹²⁷²

¹²⁶⁶ *BGH*, Urt. v. 05.05.2011 – VII ZR 161/10, Rn. 19, juris = NJW 2011, 3030.

¹²⁶⁷ Vgl. zum Thema bereits: *Lieb*, DNotZ 1989, 274; Vgl. auch: *Honsell*, FS Canaris, 3, 9 f.; Vgl. auch: *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft, S. 182.

¹²⁶⁸ Vgl. nur: *Windscheid*, Rektoratsrede, 383 mit der Aussage, dass die "ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen Erwägungen [...] nicht Sachen des Juristen als solchen sind".

¹²⁶⁹ *Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr e.V.*, S. 11 f.

¹²⁷⁰ *Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr e.V.*, S. 12.

¹²⁷¹ Etwas plakativ, aber stimmig: *Honsell*, FS Canaris, 3, 12.

¹²⁷² Vgl. nur: *Honsell*, FS Canaris, 3, S. 12.

und gem. § 312 Abs. 2 Nr. 5 BGB nicht auf den Personenluftbeförderungsvertrag anzuwenden. Dabei hilft es sich vor Augen zu führen, dass gerichtliche Konflikte häufig nicht nur individueller Natur sind, „sondern auch eine Störung des sozialen Gleichgewichts, eine Gefährdung einer Schicht, eine Fehlentwicklung der Wirtschaft oder des Rechts“ darstellen.¹²⁷³

III. Rechtswidrigkeit von Streckenbindungsklauseln in ABG des flexiblen Personenbeförderungsvertrag

Es wurde festgestellt, dass die Streckenbindungsklausel ihre Berechtigung im unflexiblen Personenluftbeförderungsvertrag hat. Auf diese Weise hat die Fluggesellschaft ein geeignetes Instrument, ihre Tarife mit besonderen Konditionen und günstigen Preisen auf effektive Weise zu schützen. Daraus folgt aber auch, dass beim flexiblen Vertrag eine solche Klausel nicht mit dem AGB-Recht vereinbar ist. Hier steht die Klausel nämlich gerade nicht in einem synallagmatischen Verhältnis zum Preis, so dass die Ausnahme des § 307 Abs. 3 BGB nicht greift und die Inhaltskontrolle eröffnet ist. Diese kommt hier zu dem Ergebnis, dass eine unangemessene Benachteiligung vorliegt. Gerade weil dem Passagier eine Flexibilität in Aussicht gestellt wurde, kann sich die Fluggesellschaft nicht darauf berufen, mit der Inanspruchnahme einer solchen Flexibilität gegen das Synallagma verstoßen zu haben, dass ja diese Flexibilität im flexiblen Vertrag in dessen Leitbild eingeschlossen hat. Das gilt für ABB sowie für Tarifbedingungen.

D Zusammenfassung des vierten Teils

Der Interessenausgleich zwischen Fluggesellschaft und Passagier lässt sich auf anderen Wegen als die aktuell verwendeten Streckenbindungsklauseln erreichen. Einerseits sieht schon das Gesetz gegenüber solchen Kunden, die bewusst die Tarifbindung umgehen wollen, mit der Möglichkeit der Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 Hs. 1 BGB im Zusammenhang mit dem Kondiktionsrecht eine interessengerechte Lösung vor. Andererseits lässt sich diese Lösung durch klare Kommunikation auch auf sämtliche Passagiere ausweiten. Es muss nur sichergestellt werden, dass die Mängel im Hinblick auf § 305c BGB behoben werden. Das ist durch die Verschiebung der Klausel von den ABB in die Tarifbedingungen recht unproblematisch möglich. Dass dieses Ergebnis richtig ist, zeigt sich auch dadurch, dass es sich bei den Streckenbindungsklauseln um eine Art Rabattlösung aus anderer Perspektive handelt, für die gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB die

¹²⁷³ *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft, S. 184.

Inhaltskontrolle ausgeschlossen ist. Änderungen des Gesetzes brächten hingegen mehr Probleme als Lösungen und sind daher unnötig. Der Vergleich mit ähnlichen Problemen unterstreicht noch einmal die These der Besonderheiten der Personenluftbeförderungsvertrag samt der Unterkategorien unflexibler bzw. flexibler Personenluftbeförderungsvertrag. Genau diese spezifischen Besonderheiten der Verträge werden vom BGH im Rahmen der Vorkasse und der Kündigungsmöglichkeiten richtigerweise entsprechend gewürdigt. Das lässt darauf schließen, dass der BGH auch im Falle der Streckenbindungsklauseln Regelungen finden wird, die die Interessen der Fluggesellschaft ausreichend berücksichtigen wird.

§ 5: Ergebnisse

Die Arbeit hat sich hauptsächlich mit der Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Streckenbindungsklauseln beschäftigt. Zuvor wurde die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Personenluftbeförderungsvertrags und dem wirtschaftlichen Hintergrund untersucht. Genauer gesagt wurden die Fragen behandelt, ob eine Individualvereinbarung bei einer Streckenbindungsklausel vorliegt, ob die Streckenbindungsklausel überraschend iSd § 305c BGB ist, ob sie gem. § 307 Abs. 3 BGB der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist und letztlich, ob sie den besonderen oder allgemeinen Klauselverboten widerspricht. Dabei ist nach den unterschiedlichen Varianten, sowie den unterschiedlichen Standorten differenziert worden: Verfalls- oder Nachzahlungsvariante, Regelungen in den ABB-Regelwerken oder innerhalb der Tarifbedingungen.

Im Rahmen der Vorfrage wurde festgestellt, dass der Personenluftbeförderungsvertrag grundsätzlich ein Werkvertrag ist, bei dem der vereinbarte Erfolg in einer Dienstleistung besteht. Die weit überwiegende Einschätzung in Schrifttum¹²⁷⁴ und Rechtsprechung¹²⁷⁵ wird also geteilt. Diese Dienstleistung selbst besteht in der Beförderung, also der Ortsveränderung des Passagiers samt seinem ggf. vorhandenen Gepäck von einem zum anderen Ort, wobei diese Strecke über den Luftweg zurückgelegt wird. Das hat zur Folge, dass die werkvertraglichen Regelungen der §§ 631 ff. BGB grundsätzlich anwendbar sind. Im Laufe der Zeit und durch die Rechtsprechung immer wieder befördert, haben sich jedoch Besonderheiten für Personenluftbeförderungsverträge herausgebildet, die diese zu einer weiteren Kategorie innerhalb der Werkverträge machen. Das zeigt sich etwa durch die typischerweise vereinbarten Bestimmungen wie die Vorauszahlung des Passagiers¹²⁷⁶ oder das Verbot von Namensänderungen¹²⁷⁷ für alle Personenluftbeförderungsverträge. Man kann bezüglich der Personenluftbeförderungsverträge auch von einer Unterkategorie von Werkverträgen sprechen. Noch genauer lässt sich sogar von zwei verschiedenen Unterkategorien sprechen: die der flexiblen und die der unflexiblen Verträge. Durch vertragliche Gestaltung ergibt sich aus der Unterkategorie des flexiblen Personenluftbeförderungs-

¹²⁷⁴ MüKo-BGB-*Busche*, § 631, Rn. 138; Staudinger-*Peters*, Vor § 631, Rn. 76; Grüneberg-*Retzlaff*, Einf v § 631, Rn. 16; *Abraham*, Luftbeförderungsvertrag, S. 25; *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, Rn. 1088; *Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Voit*, § 631, Rn. 22; *Ruhwedel*, Luftbeförderungsvertrag, S. 130 f.; *Schermaul*, NZV 2017, 201; *Pöschke*, JZ 2020, 928, 929; *Schmid/PuschkarSKI*, NJW 2018, 657; *Reiserecht-Führich/Achilles-Pujol*, § 35, Rn. 1; NK-BGB-*Lederer/Raab*, Vor §§ 631, Rn. 47; aA: *Rudolf*, ZLW 1969, 90, 97 f.

¹²⁷⁵ *BGH*, Urt. v. 24.06.1969 – VI ZR 48/67, Rn. 86, juris = NJW 1969, 2014; Urt. v. 21.12.1973 – IV ZR 158/72, Rn. 21, juris = BGHZ 62, 71; Urt. v. 16.02.2016 – X ZR 97/14, Rn. 14, juris = BGHZ 209, 20; Urt. v. 20.03.2018 – X ZR 25/17, Rn. 18, juris = NJW 2018, 2039.

¹²⁷⁶ *BGH*, Urt. v. 16.02.2016 – X ZR 97/14 = BGHZ 209, 20.

¹²⁷⁷ Bestätigung dieser Praxis etwa durch: *BGH*, Urt. v. 16.10.2012 – X ZR 37/12, Rn. 20 = BGHZ 195, 126.

vertrags der unflexible Personenluftbeförderungsvertrag. Gleichwohl geht der unflexible Vertrag nicht im flexiblen auf. Die Kategorie der flexiblen Personenluftbeförderungsverträge ist vielmehr dadurch gekennzeichnet, dass der genaue Zeitpunkt der Beförderung weniger vertragsbestimmend ist und als Konsequenz die Entgegennahme der Leistung selbst nicht obligatorisch ist. Dem Passagier stehen Änderungsmöglichkeiten zu, worunter auch der Verzicht auf einzelne Teilabschnitte fallen muss, sofern das Entgelt vollständig bezahlt wurde. Diese Flexibilität spiegelt sich synallagmatisch in einer höheren Gegenleistung, also einem höheren Entgelt wider. Die Gruppe der unflexiblen Personenluftbeförderungsverträge belässt der zeitlichen Konkretisierung der Verbindung eine große Relevanz für den Vertragsschluss. Ergänzend sehen Verträge dieser Gruppe, privatautonom vereinbart, eine Verknüpfung der Entgegennahme der einzelnen Teilstrecken vor. Anders würde die Fluggesellschaft den Vertrag nicht abschließen. Dabei steht der fehlenden Flexibilität, verbunden mit der Obliegenheit der Entgegennahme der Leistung, je nach Sichtweise ein Rabatt auf den Flugpreis gegenüber, oder der flexible Vertrag wird als ein Vertrag mit einem Preisaufschlag betrachtet. Die Verträge dieser Unterkategorien weichen teilweise erheblich vom dem Typus Werkvertrag ab, mittels welchen zum Beispiel die Herstellung eines Kleidungsstückes oder ähnliches vereinbart wird. Damit verfestigt sich das Leitbild des Personenluftbeförderungsvertrages und wird weiter differenziert: Beim unflexiblen Personenluftbeförderungsvertrag wird der Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit und die Streckenbindung vereinbart, Übergänge zum flexiblen Vertrag sind hier jedoch fließend. Dass es sich bei allen Personenluftbeförderungsverträgen dennoch um Werkverträge handelt, liegt insbesondere daran, dass das synallagmatische Verhältnis von Vergütung und geschuldeter, erfolgsabhängiger Dienstleistung durch die Besonderheiten des Personenluftbeförderungsvertrages nicht berührt wird. Dabei kann auch die Unterscheidung zwischen flexiblem und unflexiblem Vertrag als typisches Merkmal solcher Verträge betrachtet werden. Dieses neue Leitbild berücksichtigt die technischen Entwicklungen im Luftverkehr, die zum Massenerverkehr führten. Außerdem trägt es der zunehmenden Digitalisierung der Vertragsabschlüsse Rechnung. Im Rahmen einer angepassten AGB-Kontrolle iSd § 307 Abs. 2 können die Personenluftbeförderungsverträge mittels des neuen Leitbildes sinnvoll und ausreichend überprüft werden. Eine getrennte Prüfung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB ist daher kaum möglich und nicht sinnvoll.

Ebenfalls wurde in der Arbeit herausgearbeitet, was eine Streckenbindungsklausel ist und warum sie existiert. Sie ist eine vertragliche Vereinbarung, bei der sich der Passagier verpflichtet, die vertraglich bestimmte Beförderungsleistungen auch anzunehmen. Andernfalls kommt es, je

nach Ausprägung der Klausel, zum Verfall der noch offenen Flugsegmente oder zu einer Nachzahlungspflicht. Hintergrund ist folgender: Die Fluggesellschaften verwenden aufgrund der Besonderheiten der Luftverkehrswirtschaft ein komplexes Preisfindungsmodell. Das gilt vor allem für Netzwerkfluggesellschaften. Diese nutzen wegen ihres Geschäftsmodells zur Preisfindung ein komplexes Revenue-Management-System. Das Geschäftsmodell besteht darin, parallel eine Vielzahl von Tarifen in so genannten Buchungsklassen anzubieten, um in einem komplexen Hub-to-Spoke-System wirtschaftlich arbeiten zu können. Dahinter steht die Besonderheit des Flugverkehrs, dass die Fixkosten des einzelnen Fluges hoch, die Grenzkosten für jeden mitgenommenen Passagier aber gering sind.¹²⁷⁸ Um diese wirtschaftlich zu vermarkten, findet das Revenue-Management-System für unterschiedliche Kunden einen unterschiedlichen Preis, abhängig von Reisedauer, Flexibilität etc. Diese Faktoren werden „fences“ genannt. Hierdurch kann es bei einfachen Strecken ohne Umsteigeverbindungen gelingen, dass der wenig preisbewusste Passagier lange Zeit eine ihm angenehme Verbindung erhält, ohne dass diese zu günstigeren Konditionen bereits ausverkauft ist und der Gesamtgewinn auf dieser Verbindung also gering ist. Des Weiteren könnten diese Fences dafür sorgen, dass durch günstige Preise potenzielle Passagiere von fremden Direktflügen zu eigenen Umsteigeverbindungen gelockt werden.¹²⁷⁹

Die vertraglich vereinbarte Verknüpfung von Inanspruchnahme der Leistung durch ein spezifiziertes Flugsegment und einem Rabatt wird dadurch konterkariert, dass einige Passagiere schon bei Abschluss des Vertrages die Absicht haben, die Leistung nicht wie vereinbart in Anspruch zu nehmen, sondern auf die Inanspruchnahme zu verzichten. In diesen Fällen besteht die Möglichkeit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB seitens der Fluggesellschaft. Eine spezifische Klausel wäre hier also nicht nötig. Die Fluggesellschaft kann den Vertrag anfechten und gegebenenfalls die Differenz zum höheren, regulären Flugpreis gem. § 818 Abs. 3 BGB vom Passagier fordern. Häufiger ändern sich die Pläne der Passagiere aber wohl erst nach Vertragsschluss, etwa durch unvorhergesehene Ereignisse. Für diese Passagiere, die keine anfängliche Umgehungsabsicht haben, kann grundsätzlich eine Streckenbindungsklausel im Rahmen der Tarifauswahl formuliert werden, um eine Umgehung und vor allem auch Beweisproblemen zu begegnen. Je nach Gestaltung der Tarifbedingungen kann die Angabe des Aufpreises zu einem flexiblen Vertrag sogar dazu führen, dass es sich um eine Individualvereinbarung handelt. Dann ist eine rechtliche Bewertung anhand der §§ 305 ff. BGB nicht mehr zulässig. Wichtig ist aber hier, dass dem Kunden eine Auswahlmöglichkeit gegeben wird,

¹²⁷⁸ *Pompl*, Luftverkehr, S. 48; *Maurer*, Maurer 2006, S. 366.

¹²⁷⁹ *Greiner*, RRA 2009, 121; *Teichmann*, JZ 2019, 71; kritischer: *Pöschke*, JZ 2020, 928, 929.

bei der alle Bedingungen bis auf die der Streckenbindung gleich sind. Das dürfte jedoch selten vorkommen. Vielmehr handelt es sich bei den Nachzahlungsklauseln in beiden Varianten häufig um AGB, die aber wegen des Verstoßes gegen § 305c BGB häufig nicht Vertragsbestandteil werden.¹²⁸⁰ Gegen das Transparenzgebot verstößt die Klausel hingegen in beiden Varianten nicht.¹²⁸¹ Sie ist, bei entsprechend informativer Gestaltung, eine Preisnebenabrede und der weiteren Inhaltskontrolle entzogen.¹²⁸² Wenn die Klausel jedoch nicht in Tarifbedingungen, sondern in AGB-Regelwerken vereinbart wird, ist sie immer überraschend iSd § 305c BGB. Eine weitere Inhaltskontrolle kommt ebenfalls nicht zu einem Verstoß gegen AGB-Recht.¹²⁸³

Dies führt dazu, dass bei entsprechender Information über die Tarifbedingungen die Inhaltskontrolle wegen § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht anwendbar ist. Hier liegt der große Unterschied zu einer Regelung lediglich in den ABB-Textwerken. Letztlich kann daher das Menübeispiel, das anfangs einleuchtend erschien, auch nicht auf den Personenluftbeförderungsvertrag angewendet werden. Das liegt daran, dass durch das Weglassen eines Menüteils das Menü zu einem „weniger“, nicht aber zu einem Aliud, wie in diesem Fall, wird.¹²⁸⁴ Gleiches gilt für den Vergleich mit den Anzügen: Auch hier wird im Vergleich zum Anzug etwas weggelassen, es entsteht kein neues Aliud. Die kürzere Flugstrecke ist nur vordergründig ein Minus zur längeren, bzw. ist das Ticket mit Stornierungs- und Umbuchungsoption nur vordergründig mit dem Vertrag, ohne diese Option zu vergleichen. Es handelt sich, trotz gleichen Sitzplatzes, die unterschiedlichen Beförderungsklassen außer Acht gelassen, gerade nicht um die gleiche Dienstleistung. Das manifestiert sich bereits in den verschiedenen „virtuellen“ Buchungsklassen, über deren Verfügbarkeit die Fluggesellschaft entscheiden können muss. Wenn sie den Vertrag zu bestimmten Konditionen, abschließt und zu anderen Konditionen nicht, darf das nicht durch den Fluggast ausgehebelt werden. Insofern formuliert die Streckenbindungsklausel eine Obliegenheit, die einzelnen Flugsegmente in der vereinbarten Reihenfolge auch in Anspruch zu nehmen. Vorbehaltlich der Beseitigung des Überraschungseffektes durch entsprechende Gestaltung. Konsequenz ist dann auch, dass die Streckenbindungsklausel in flexiblen Verträgen gegen das AGB-Recht verstößt. Hier ist das Synallagma durch den Preis entsprechend angepasst, eine Nicht-Inanspruchnahme der Leistung kann nicht dem Leitbild widersprechen. Angerissen und weiterer Forschung überlassen bleiben in diesem Zusammenhang die Fragen der rechtlichen

¹²⁸⁰ Pöschke, JZ 2020, 928, 930 f.; aA Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 260 ff.

¹²⁸¹ Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 260; aA Pöschke, JZ 2020, 928, 932.

¹²⁸² Pöschke, JZ 2020, 928, 932; Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 261; zutreffend anders jedoch bei Fixpreisklauseln.

¹²⁸³ Tw. aA Pöschke, JZ 2020, 928, 932 ff.; aA Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 261 ff., wobei er das Problem nur an anderer Prüfungsstelle verortet.

¹²⁸⁴ So auch: Hoffmann-Grambow, RdTW 2022, 258, 262.

Zulässigkeit von Klauseln, bei denen Vorkasse vereinbart wird, sowie der häufig ausgeschlossene Weiterverkauf des Tickets.

Literaturverzeichnis

- Abraham, Hans-Jürgen*, Der Luftbeförderungsvertrag, unter Zugrundelegung des Warschauer Abkommens, des deutschen Luftverkehrsgesetzes und der Beförderungsbedingungen der International AirTransport Association (IATA), Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Stuttgart 1955 (zit. als *Abraham*, Luftbeförderungsvertrag).
- Bachem, Eberhard/Bürger, Andreas*, Die Neuregelung zur Abnahmefiktion im Werkvertragsrecht, NJW 2018, 118–122 (zit. als *Bachem/Bürger*, NJW 2018).
- Bamberger, Heinz Georg et al.* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2 §§ 481-704 AGG, 5. Aufl., München 2022 (zit. als *Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Bearbeiter*).
- Bärmann, Johannes*, Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, Eigenständigkeit und Überstaatlichkeit am Beispiele des Verkehrs, Karlsruhe 1948 (zit. als *Bärmann*, Typisierte Zivilrechtsordnung).
- Basedow, Jürgen*, Der Transportvertrag, Studien zur Privatrechtsangleichung auf regulierten Märkten, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 50, Tübingen 1987 (zit. als *Basedow*, Transportvertrag).
- Becker, Felix*, Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht, JZ 65 (2010), 1098–1106 (zit. als *F. Becker*, JZ 65 2010).
- Becker, Thomas*, Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, Eine systematische Darstellung der Grundlagen des Rechts der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht 46, Heidelberg 1986 (zit. als *T. Becker*, Auslegung).
- Beck-online Großkommentar, BGB, hrsg. von Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz u.a., München 2024, Stand 01.01.204, (zit. als *BeckOGK-Bearbeiter*).
- Beck'scher Online-Kommentar, BeckOK, hrsg. Von Wolfgang Hau, Roman Poseck, 68. Edition Stand: 01.11.2023 (zit. als *BeckOK-Bearbeiter*).
- Behme, Caspar*, Anmerkung zu AG Köln (Urt. v. 19.09.2016 – 142 C 222/16), NJW 2017, 2047–2052 (zit. als *Behme*, NJW 2017).
- Belobaba, Peter*, Overview of Airline Economics, Markets and Demand, in: Peter Belobaba, Amedeo R. Odoni, Cynthia Barnhart (Hrsg.), The global airline industry, 2. ed., Aerospace series, Chichester 2016, S. 47–73 (zit. als *Belobaba* in: The global airline Industry).
- Belobaba, Peter*, Airline Pricing Theory and Practice, in: Peter Belobaba, Amedeo R. Odoni, Cynthia Barnhart (Hrsg.), The global airline industry, 2. ed., Aerospace series, Chichester 2016, S. 75–98 (zit. als *Belobaba* in: The Global Airline Industry).
- Belobaba, Peter*, Airline Revenue Management, in: Peter Belobaba, Amedeo R. Odoni, Cynthia Barnhart (Hrsg.), The global airline industry, 2. ed., Aerospace series, Chichester 2016, S. 99–125 (zit. als *Belobaba* in: The Global Airline Industry).
- Benecke, Martina*, Gesetzesumgehung im Zivilrecht, Lehre und praktischer Fall im allgemeinen und Internationalen Privatrecht, Jus privatum 94, Tübingen 2004 (zit. als *Benecke*, Gesetzesumgehung).
- Berger-Walliser, Gerlinde*, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle im deutschen, französischen und internationalen Privatrecht, Diss. Bielefeld 2001 (zit. als *Berger-Walliser*, Luftbeförderungsbedingungen und AGB-Kontrolle).

- Besold, Andrea/Wahl, Peter*, Wenn einer eine (Flug-)Reise tut..., RRa 2017, 106–115 (zit. als *Besold/Wahl*, RRa 2017).
- Billing, Tom*, Die Bedeutung von § 307 III 1 BGB im System der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, Münchener Universitätsschriften Reihe der Juristischen Fakultät 205, München 2006 (zit. als *Billing*, Bedeutung).
- Böckstiegel, Karl-Heinz*, Die IATA-Beförderungsbedingungen für Fluggäste und Gepäck, NJW 1974, 1017–1026 (zit. als *Böckstiegel*, NJW 1974).
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 47. Aufl., München 2023 (zit. als *Brox/Walker*, BGB AT).
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeines Schuldrecht, 47. Aufl., München 2023 (zit. als *Brox/Walker*, Schuldrecht AT).
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Besonderes Schuldrecht, 47. Aufl., München 2023 (zit. als *Brox/Walker*, Schuldrecht BT).
- Büdenbender, Ulrich*, Der Werkvertrag, JuS 2001, 625–635 (zit. als *Büdenbender*, JuS 2001).
- Buz, Vedat*, Immer noch »allgemeine« Geschäftsbedingungen?, AcP 219 (2019), 1 (zit. als *Buz*, AcP 219 2019).
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273–364 (zit. als *Canaris*, AcP 200 2000).
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen, Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von § 8 und § 9 AGB-Gesetz, NJW 1987, 609–617 (zit. als *Canaris*, NJW 1987).
- Chuang, Richard Y.*, The International Air Transport Association, A case study of a quasi-governmental organization, Leiden 1972 (zit. als *Chuang*, IATA).
- Cohen, S. Ralph*, Confessions of a Former IATA Man, JACL 34 (1968), 610–620 (zit. als *Cohen*, JACL 34 1968).
- Conrady, Roland/Fichert, Frank/Sterzenbach, Rüdiger*, Luftverkehr, Betriebswirtschaftliches Lehr- und Handbuch, 6. Aufl., , Berlin 2019 (zit. als *Conrady/Fichert/Sterzenbach*, Luftverkehr).
- Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, Executive summary : June 2018, Luxembourg 2018 (zit. als Consumer).
- Dauner-Lieb, Barbara*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?, Schriften zum Bürgerlichen Recht 85, Berlin 1983 (zit. als *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz).
- Dauner-Lieb, Barbara*, Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen: AGB-Recht ihr Garant oder ihr Totengräber?, Ein Aufruf an den neuen Deutschen Bundestag zur Reform des AGB-Recht, AnwBl 2013, 845–849 (zit. als *Dauner-Lieb*, AnwBl 2013).
- Dauner-Lieb, Barbara*, Wissenszurechnung im Gewährleistungsrecht, Ethische Neutralisierung der Arglist?, in: Günther Hönn (Hrsg.), Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag, Neuwied 1998, S. 43–57 (zit. als *Dauner-Lieb*, Dauner-Lieb 1998).
- Dauner-Lieb, Barbara/Axer, Constantin*, Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, ZIP 2010, 309–314 (zit. als *Dauner-Lieb/Axer*, ZIP 2010).

- Deiseroth, Ulrich*, Begriff und Bedeutung der Genehmigungen gemäß §§ 20-22 LuftVG, Köln 1970 (zit. als *Deiseroth*, Genehmigungen).
- Deutsch, Askan*, Aufpreisklausel bei Cross-Ticketing und Flugzeitenänderung, GRUR-Prax 2013, 276 (zit. als *Deutsch*, GRUR-Prax 2013).
- Deutsches Institut für Luft- und Raumfahrt*, Global Aviation Monitor, Analysis and Short Term Outlook of Global, European and German Air Transport = Dezember 2019 (zit. als Deutsches Institut für Luft- und Raumfahrt (DLR), Global Aviation Monitor).
- Dubovitskaya, Elena*, Absolute Fixgeschäfte, AcP 215 (2015), 581 (zit. als *Dubovitskaya*, AcP 215 2015).
- Dylla-Krebs, Corinna*, Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Eine systematische Abgrenzung kontrollfreier von kontrollunterworfenen Klauseln, Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht 15, Baden-Baden 1990 (zit. als *Dylla-Krebs*, Schranken).
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz*, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., bearb. von Wilhelm-Albrecht Achilles, Karlheinz Boujong, Carsten Thomas Ebenroth et al., München 2020 (zit. als *E/B/J/S-Bearbeiter*).
- Ehlen, Tobias/Quarch, Benedikt M.*, Flugstornierungen durch den Passagier im deutschen Zivilrecht, NZV 2018, 117–122 (zit. als *Ehlen/Quarch*, NZV 2018).
- Eisenbarth, Peter*, Die Vereinbarkeit der IATA-Beförderungsbedingungen mit dem AGB-Gesetz unter Berücksichtigung des Warschauer Abkommens, des Luftverkehrsgesetzes und des Reisevertragsgesetzes, 1986 (zit. als *Eisenbarth*, Vereinbarkeit).
- Engel, Lasse/Hofmann, Henning*, Turbulenzen für Fluggastrechte? - Stornierungen im Lichte aktueller Rechtsprechung, VuR 2018, 417–422 (zit. als *Engel/H. Hofmann*, VuR 2018).
- Engisch, Karl*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., Heidelberg 1968 (zit. als *Engisch*, Idee).
- Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen, 17. Aufl., hrsg. von Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, Köln 2023 (zit. als *Erman BGB-Bearbeiter*).
- Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo*, Verträge, 8. Aufl., Schuldrecht Besonderer Teil / fortgef. von Hans-Leo Weyers; Teilbd. 1, Heidelberg 1998 (zit. als *Esser/Weyers*, Schuldrecht 2/1).
- Fastrich, Lorenz*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln 60, München 1992 (zit. als *Fastrich*, Inhaltskontrolle).
- Fleischer, Holger*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln 85, München 2001 (zit. als *Fleischer*, Informationsasymmetrie).
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Abteilung Rechtswissenschaft / Werner Flume; Band 2, Teilband 1, Berlin, Heidelberg 1992 (zit. als *Flume*, BGB AT).
- Freitag, Robert*, „Überkreuzbuchungen“ im Luftverkehr und ihre Sanktionierung durch „Verfallsklauseln“, TranspR 2006, 444–448 (zit. als *Freitag*, TranspR 2006).

- Frings, Michael*, Der Einfluß privatrechtlicher Staatsverträge und nationaler Rechtsordnungen auf den Internationalen Luftbeförderungsvertrag, Köln 1975 (zit. als *Frings*, Einfluß).
- Fröhlich, Holger*, Leistungsstörungen im Luftverkehr, Verspätung und Nichtbeförderung zwischen internationalem und nationalem Recht, Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht 75, Baden-Baden 2002 (zit. als *Fröhlich*, Leistungsstörungen im Luftverkehr).
- Führich, Ernst/Staudinger, Ansgar* (Hrsg.), Reiserecht, Handbuch des Pauschalreise-, Reisevermittlungs-, Reiseversicherungs- und Individualreiserechts, 9. Aufl., München 2024 (zit. als *Reiserecht-Bearbeiter*).
- Giemulla, Elmar/Schmid, Ronald*, Die Einbeziehung von Allgemeinen Beförderungsbedingungen in Luftbeförderungsverträge im Rahmen von Passagierflügen, NJW 1999, 1057–1063 (zit. als *Giemulla/Schmid*, NJW 1999).
- Giemulla, Elmar/Schmid, Ronald*, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Band. 1.1. Luftverkehrsgesetz, hrsg. von Elmar Giemulla, Ronald Schmid, Hürth 2021 (zit. als *Giemulla/Schmid-Bearbeiter*).
- Giemulla, Elmar/van Schyndel, Heiko*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 5. Aufl., Köln 2019 (zit. als *Giemulla/van Schyndel*, Handbuch).
- Gierke, Otto von*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Veränderte und vermehrte Ausgabe der in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft erschienenen Abhandlung, Duncker & Humblot reprints, s.l. 2013 (zit. als *Gierke*, Entwurf BGB).
- Gierke, Otto von*, Deutsches Privatrecht, Dritter Band. Schuldrecht., Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft Zweite Abteilung, dritter Teil, dritter Band, München, Leipzig 1917 (zit. als *Gierke*, Schuldrecht).
- Goecke, Robert*, Revenue-Management-Systeme, in: Axel Schulz, Uwe Weithöner, Roman Egger et al. (Hrsg.), eTourismus: Prozesse und Systeme, Informationsmanagement im Tourismus, 2. Aufl., Berlin, München, Boston 2015, 475-500 (zit. als *Goecke*, Revenue-Management-Systeme).
- Goecke, Robert/Heichele, Harald/Westermann, Dieter*, Lufthansa Systems: dynamic pricing, in: Dimitrios Buhalis (Hrsg.), eTourism case studies, Management and marketing issues in eTourism, s.l. 2008, S. 311–324 (zit. als *Goecke/Heichele/D. Westermann*, Lufthansa).
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin*, Das Recht der Europäischen Union, Band I EUV/AEUV, Werkstand: 80. EL August 2023, (zit. als *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Bearbeiter*).
- Gran, Andreas*, Die IATA aus der Sicht des deutschen Rechts, Organisation, Agenturverträge und allgemeine Geschäftsbedingungen, Bürgerliches Recht, Handels- und Verkehrsrecht 22, Frankfurt am Main 1998 (zit. als *Gran*, IATA).
- Greiner, Stefan*, Ganz oder gar nicht! – Zur Unterbindung des „Cross-Border-Selling“ und „Cross-Ticketing“ durch die Allgemeinen Beförderungsbedingungen der Fluggesellschaften, RRa 2009, 121–126 (zit. als *Greiner*, RRa 2009).
- Greiner, Stefan*, Grenzfragen des Erfolgsbezugs im Werkvertragsrecht, AcP 2011, 221–261 (zit. als *Greiner*, AcP 2011).
- Grüneberg, Christian* (Hrsg.); Bürgerliches Gesetzbuch, bearb. v. Ellenberger/ Götz/Grüneberg u.a., 83. Aufl., München 2024 (zit. als *Grüneberg-Bearbeiter*).

- Großmann-Doerth, Hans*, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Antrittsvorlesung, Freiburg 1933 (zit. als *Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht).
- Guldimann, Werner*, Zur Systematik des Luftrechts, ZLW 1953, 144–157 (zit. als *Guldimann*, ZLW 1953).
- Haanappel, Peter P.*, Ratemaking in international air transport, A legal analysis of international air fares and rates, Deventer 1978 (zit. als *Haanappel*, Ratemaking).
- Harke, Jan Dirk*, Besonderes Schuldrecht, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Abteilung Rechtswissenschaft, Berlin 2011 (zit. als *Harke*, Besonderes SchuldR).
- Harke, Jan Dirk*, Römisches Recht, Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen, 2. Aufl., Grundrisse des Rechts, München 2016 (zit. als *Harke*, Römisches Recht).
- Heck, Philipp*, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 (zit. als *Heck*, Grundriß).
- Heinrichs, Helmut*, Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1996, NJW 1997, 1407–1420 (zit. als *Heinrichs*, NJW 1997).
- Heldrich, Karl*, Der Arzt im römischen Privatrecht, JherJb 88 (1939/40) (zit. als *Heldrich*, JherJb 88 1939/40).
- Hellwege, Phillip*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Tübingen 2012 (zit. als *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen).
- Helm, Sven Andreas*, Die Deutsche Lufthansa AG, Ihre gesellschafts- und konzernrechtliche Entwicklung ; eine wirtschaftsrechtlich-historische Analyse der Privatisierungsschritte, Europäische Hochschulschriften Reihe 2, Rechtswissenschaft 2637, Frankfurt am Main 1999 (zit. als *Helm*, Deutsche Lufthansa).
- Hempel, Carl Gustav/Oppenheim, Paul*, Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie, Leiden 1936 (zit. als *Hempel/Oppenheim*, Typusbegriff).
- Hettiarachchi, Lasantha*, The quasi-regulatory regime of the International Air Transport Association (IATA) and its impact upon the airline industry and the consumer, Montreal 2018 (zit. als *Hettiarachchi*, QUASI).
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III: Schuldrecht: Besonderer Teil §§ 433-853 = 1. Teilband: vor § 433 - § 656, hrsg. von Christiane Birr, Joachim Rückert, Frank L. Schäfer u.a., Tübingen 2013 (zit. als *HKK-Bearbeiter*).
- Hobe, Stephan/Ruckteschell, Nicolai von* (Hrsg.), Kölner Kompendium des Luftrechts, Band 3 Wirtschaftliche Aspekte des Luftverkehrs, Köln 2010 (zit. als *Hobe/Ruckteschell-Bearbeiter*).
- Hoeniger, Heinrich*, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen (Band 1), Mannheim und Leipzig 1910 (zit. als *Hoeniger*, Untersuchungen).
- Hoffmann-Grambow, Jakob*, Anmerkung zum BGH, Urt. vom 20.3.2018 – X ZR 25/17, NJW 2018, 2039–2042 (zit. als *Hoffmann-Grambow*, NJW 2018).
- Hoffmann-Grambow, Jakob*, Die Nachberechnung des Flugpreises wegen Nichteinhaltung der Flugscheinreihenfolge, RdTW 2022, 258–264 (zit. als *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2022).
- Hoffmann-Grambow, Jakob*, Die Stornierung der Luftbeförderung durch den Fluggast, RdTW 2018, 1–6 (zit. als *Hoffmann-Grambow*, RdTW 2018).
- Hofmann, Franz*, Der maßgeschneiderte Preis, Dynamische und individuelle Preise aus lauterkeitsrechtlicher Sicht, WRP 2016, 1074–1081 (zit. als *F. Hofmann*, WRP 2016).

- Honsell, Heinrich*, Die Rechtsgeschichte und ihre Bedeutung für die Privatrechtsdogmatik, in: Marietta Auer, Hans Christoph Grigoleit, Johannes Hager et al. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin, Boston 2017, S. 3–27 (zit. als *Honsell*, Honsell 2017).
- Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo*, Rechtswissenschaft, Die Grundlagen des Rechts, 7. Aufl., Bern, Baden-Baden, Wien 2017 (zit. als *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft).
- Hopperdietzel, Holger*, Wenn einer eine (Flug-)Reise plant und sie dann nicht antreten kann, RRa 2018, 206–214 (zit. als *Hopperdietzel*, RRa 2018).
- Horn, Norbert*, Die richterliche Kontrolle von Entgeltklauseln nach dem AGB-Gesetz am Beispiel der Kreditwirtschaft, WM 1997, Sonderbeilage 1 (zit. als *Horn*, WM 1997).
- Hoyningen-Huene, Gerrick von*, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, Ein Kommentar; zugleich Ergänzung des Großkommentars zum AGB-Gesetz von Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner, 2. Aufl., Bd. II 1983, Bd. III 1985, Bücher des Betriebs-Beraters, Heidelberg 1991 (zit. als *Hoyningen-Huene*, Inhaltskontrolle).
- Janköster, Jens Peter*, Fluggastrechte im internationalen Luftverkehr, Verspätung von Fluggästen, Überbuchung und Annullierung von Flügen = Zugl.: Konstanz, Univ., Diss., 2008-2009, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 227, Tübingen 2009 (zit. als *Janköster*, Fluggastrechte).
- Jauernig, Othmar*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, 19. Aufl., hrsg. von Rolf Stürner, München 2023 (zit. als *Jauernig-Bearbeiter*).
- Jerger, Christoph*, Kontrolle und Unwirksamkeit von Preisnebenabreden, NJW 2019, 3752–3755 (zit. als *Jerger*, NJW 2019).
- juris Praxiskommentar BGB, Band 2 - Schuldrecht, 10. Aufl., Saarbrücken 2023 (zit. als *jurisPK-BGB-Bearbeiter*).
- Jürs, Martin*, Gezerre ums Cross Ticketing, Reisebüros und Fluggesellschaften streiten über Überkreuzbuchungen. Gerichte stärken bislang Vertrieb und Verbrauchern den Rücken., Fwv 2008, 28 (zit. als *Jürs*, Fwv 2008).
- Kappus, Andreas*, Stornierung des Rückflugs durch Fluggesellschaft bei Nichtantreten des Hinflugs - „Klauselverwirrnis“ im Internetauftritt, NJW 2006, 3010–3012 (zit. als *Kappus*, NJW 2006).
- Kaser, Max*, Rechtsgeschichte des Altertums, Das römische Privatrecht ; Erster Abschnitt ; Das Altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., Handbuch der Altertumswissenschaft Otto Walter : Hermann Bengtson ; X 3.3.1, München 1971 (zit. als *Kaser*, Römische Rechtsgeschichte I).
- Keiler, Stephan*, Der Vorschlag für eine Änderung der Fluggastrechte-VO - Eine Analyse aus wissenschaftlicher Sicht, RRa 2013 (zit. als *Keiler*, RRa 2013).
- Kiani-Kress, Rüdiger/Klesse, Hans-Jürgen*, Fliegen Luftkampf mit Zuschuss, Die Liberalisierung des Flugverkehrs wird den deutschen Markt verändern: Die Preise sinken., Wirtschaftswoche 1997, 72–74 (zit. als *Kiani-Kress/Klesse*, Wirtschaftswoche 1997).
- Klein, Robert/Steinhardt, Claudius*, Revenue Management, Grundlagen und mathematische Methoden, Springer-Lehrbuch, Berlin, Heidelberg 2008 (zit. als *Klein/Steinhardt*, Revenue Management).
- Koffler, Warren*, IATA: Its Legal Structure - A Critical Review, JACL 32 (1966), 222–235 (zit. als *Koffler*, JACL 32 1966).

- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GeschGehG, PAngV, UKlaG, DL-InfoV, 42. Aufl., München 2024 (zit. als *Köhler/Bornkamm/Feddersen-Bearbeiter*).
- Kolbe, Sebastian*, Vorsatz und Arglist, JZ 2009, 550–558 (zit. als *Kolbe*, JZ 2009).
- Koller, Arnold*, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg/Schweiz 1967 (zit. als *A. Koller*, Grundfragen).
- Koller, Ingo*, Die Lohnfuhr im Spannungsfeld zwischen Wert-, Dienst-, Arbeits-, Miet- und Frachtvertrag, TranspR 2013, 140–145 (zit. als *I. Koller*, TranspR 2013).
- Koller, Ingo*, Transportrecht, Kommentar zu Land-, Luft- und Binnengewässertransport von Gütern, Spedition und Lagergeschäft, 11. Aufl., Grauer Kommentar, München 2023 (zit. als *I. Koller*, HGB).
- Kollhosser*, Zur Tilgungsverrechnung bei Amortisationsdarlehen, ZIP 1986, 1429-1440 (zit. als *Kollhosser*, ZIP 1986).
- Köndgen, Johannes*, Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht - Bemerkungen zum “Hypothekenzins-”, und zum “Wertstellungs-Urt.” des BGH, NJW 1989, 943–952 (zit. als *Köndgen*, NJW 1989).
- Kötz, Hein*, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle - Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209–214 (zit. als *Kötz*, JuS 2003).
- Krämer, Björn*, Preisanpassungsklauseln im Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftlicher Erforderlichkeit und rechtlicher Zulässigkeit, Schriften zum Internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung Band 044, Göttingen 2017 (zit. als *Krämer*, Preisanpassungsklauseln).
- Künstner, Kim/Franz, Benjamin*, Preisalgorithmen und Dynamic Pricing: Eine neue Kategorie kartellrechtswidriger Abstimmungen?, K&R 2017, 688–693 (zit. als *Künstner/Franz*, K&R 2017).
- Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band: Besonderer Teil = 1. Halbband, 13. Aufl., München 1986 (zit. als *Larenz*, Schuldrecht II/1).
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Abteilung Rechtswissenschaft, Berlin 1991 (zit. als *Larenz*, Methodenlehre).
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band: Besonderer Teil = 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994 (zit. als *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2).
- Leenen, Detlef*, Die Pflichten des Leasing-Gebers, AcP 190 (1990), 260–291 (zit. als *Leenen*, AcP 190 1990).
- Leenen, Detlef*, Typus und Rechtsfindung, Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB = Zugl.: München, Univ., Diss., 1970-1971, Schriften zur Rechtstheorie 26, Berlin 1971 (zit. als *Leenen*, Typus und Rechtsfindung).
- Legrez, François*, Les conditions générales du transport de L’Iata, RDC 135 (1972), 440–452 (zit. als *Legrez*, RDC 135 1972).
- Leuschner, Lars*, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007), 491–528 (zit. als *Leuschner*, AcP 207 2007).
- Leuschner, Lars*, Leuschner: Die Kontrollstrenge des AGB-Rechts, NJW 2016, 1222–1225 (zit. als *Leuschner*, NJW 2016).
- Lieb, Manfred*, Das Leitbild des Finanzierungs-Leasing im Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle, DB 1988, 946–954 (zit. als *Lieb*, DB 1988).

- Lieb, Manfred*, Schutzbedürftigkeit oder Eigenverantwortlichkeit, DNotZ 1989, 274–297 (zit. als *Lieb*, DNotZ 1989).
- Lieb, Manfred*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen?, Überlegungen zum Anwendungsbereich der sog. Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978), 196–226 (zit. als *Lieb*, AcP 178 1978).
- Lienhard, Ulrich*, Europäisches Schuldrecht für den Flugverkehr, GPR 2004, 259–266 (zit. als *Lienhard*, GPR 2004).
- Looschelders, Dirk*, Schuldrecht Besonderer Teil, 18. Aufl., München 2023 (zit. als *Looschelders*, Schuldrecht BT).
- Looschelders, Dirk*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 21. Aufl., München 2023 (zit. als *Looschelders*, Schuldrecht AT).
- Lorenz, Stephan*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, Münchener Universitätschriften Reihe der Juristischen Fakultät 131, München 1997 (zit. als *Lorenz*, Unerwünschter Vertrag).
- Loriot*, Gesammelte Prosa, Alle Dramen, Geschichten, Festreden, Liebesbriefe, Kochrezepte, der legendäre Opernführer und etwa zehn Gedichte, Loriot in Worten und Bildern / Loriot, Zürich 2006 (zit. als *Loriot*, Gesammelte Prosa).
- Lotmar, Philipp*, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, In zwei Bänden = Band 1, Leipzig 1908 (zit. als *Lotmar*, Arbeitsvertrag).
- Lübtow von, Ulrich*, Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung, in: Wolfgang Harms (Hrsg.), Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Festschrift für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 249–278 (zit. als *Lübtow von*, in: FS Bartholomeyczik).
- Lütholf, Philipp/Rupp, Markus/Wernli, Reto*, Gutachten Vorkasse im Reise- und Flugbereich, Rotkreuz 21.12.2020. (zit. als: *Lütholf/Rupp/Wernli*, Gutachten Vorkasse im Reise- und Flugbereich).
- Maass, Tobias P.*, Handelspolitische Schutzinstrumente im Luftverkehr, Antidumping- und Antisubventionsregelungen für den Luftverkehr im Recht der Europäischen Union und der USA, Baden-Baden 2012 (zit. als *Maass*, Handelspolitische Schutzinstrumente).
- Makiol, Philip/Ruckteschell, Nicolai von*, Zur Problematik der „Wegwerfcoupons“ bei Flugreisen, ZLW 2008, 1–12 (zit. als *Makiol/Ruckteschell*, ZLW 2008).
- Mankowski, Peter*, Beseitigungsrechte, Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, Jus privatum 81, Tübingen 2003 (zit. als *Mankowski*, Beseitigungsrechte).
- Mankowski, Peter*, § 15: Beförderungsverträge, in: Dieter Martiny, (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 9. neu bearbeitete Auflage, Köln 2023 (zit. als *Mankowski* in: Internationales Vertragsrecht).
- Mankowski, Peter*, Neues aus Europa zum Internationalen Privatrecht für Transportverträge - Art 5 Rom I-VO, TranspR 2008, 339–352 (zit. als *Mankowski*, TranspR 2008).
- Maurer, Peter*, Luftverkehrsmanagement, Basiswissen, 4. Aufl., München 2006 (zit. als *Maurer*, Maurer 2006).
- McColgan, Peter*, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, Studien zum Privatrecht 91, Tübingen 2020 (zit. als *McColgan*, Abschied).

- Medicus, Dieter*, Kaufvertrag und Werkvertrag, JuS 1992, 273–278 (zit. als *Medicus*, JuS 1992).
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht II, Besonderer Teil: ein Studienbuch, 18. Aufl., Kurzlehrbücher für das juristische Studium, München 2019 (zit. als *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II).
- Meyer, Alex*, Luftrecht in fünf Jahrzehnten, Ausgewählte Schriften, Köln 1961 (zit. als *Meyer*, Luftrecht).
- Mölls, Walter*, Die neuen Allgemeinen Beförderungsbedingungen für Fluggäste und Gepäck (ABB Flugpassage) der Deutschen Lufthansa, ZLW 1987, 141–162 (zit. als *Mölls*, ZLW 1987).
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I. Allgemeiner Theil, Berlin, Leipzig 1888 (zit. als Mot I).
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, Leipzig 1888 (zit. als Mot II).
- Mugdan, Benno*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899 (zit. als *Mugdan*, Materialien BGB).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 9. Aufl., hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker u.a., 2021 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil I, §§ 241-310, 7. Aufl., hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker u.a., 2016 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil I, §§ 241-310, 8. Aufl., hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker u.a., 2019 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht-Allgemeiner Teil I, §§ 24-310, 9. Aufl., hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker u.a., 2022 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht-Allgemeiner Teil II, §§ 311-432, 9. Aufl., hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker u.a., 2022 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht-Besonderer Teil II, §§ 535-630h u.a., 9. Aufl., hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker u.a., 2023 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Schuldrecht-Besonderer Teil III, §§ 631-704, 8. Aufl., hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker u.a., 2020 (zit. als *MüKo-BGB-(8. Aufl.)-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, Schuldrecht-Besonderer Teil III, §§ 631-704, 9. Aufl., hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker u.a., 2023 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 9. Aufl., hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker u.a., 2024 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., hrsg. von Rolf Herber, Christine Schmidt, Karsten Schmidt u.a., München 2023 (zit. als *MüKo HGB-Bearbeiter*).
- Münck, Rita*, Dieser Mann baut das Lufthansa-Preissystem um, *Fvw* 2018, 36–37 (zit. als *Münck*, *Fvw* 2018).
- Münck, Rita*, LH führt dynamische Preise ein, *Fvw* vom 09.10.2020, 11.
- Neuner, Jörg*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023 (zit. als *Neuner BGB AT*).
- Niebling, Jürgen*, Die Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGB-Gesetz = Diss., Tübingen, Tübingen 1988 (zit. als *Niebling*, Schranken).
- Nomos Kommentar: BGB Schuldrecht, Band 2/2 §§ 241-487, Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Hrsg.), 4. Aufl., Nomos 2021 (zit. als *NK-BGB-Bearbeiter*).
- Nomos Kommentar: BGB Schuldrecht, Band 2/1 §§ 488-661a, Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Hrsg.), 3. Aufl., Baden-Baden 2016 (zit. als *NK-BGB-Bearbeiter*).
- Nomos Kommentar: BGB Schuldrecht, Band 2/1 §§ 488-661a, Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Hrsg.), 4. Aufl., Nomos 2021 (zit. als *NK-BGB-Bearbeiter*).
- OECD*, Algorithms and Collusion, Background Note by the Secretariat, 2017 (zit. als *OECD*, Algorithms).
- Oechsler, Jürgen*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Lehrbuch des Privatrechts, Tübingen 2017 (zit. als *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse).
- Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl., München 2024 (zit. als *Oetker-Bearbeiter*).
- Paulus, David/Matzke, Robin*, Smart Contracts und das BGB – Viel Lärm um nichts? –, *ZfPW* 2018, 431–465 (zit. als *Paulus/Matzke*, *ZfPW* 2018).
- Pohlhausen, Robert*, Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen im 19. Jahrhundert = Zugl.: München, Univ., Diss, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 30, Ebelsbach 1978 (zit. als *Pohlhausen*, AGB-Recht im 19. Jhd).
- Pompl, Wilhelm*, Luftverkehr, Eine ökonomische und politische Einführung, 5. Aufl., Springer-Lehrbuch, Berlin, Heidelberg 2007 (zit. als *Pompl*, Luftverkehr).
- Pöschke, Moritz*, Aufpreis bei Teilleistung? – Zur Nachzahlungspflicht bei nicht abgeflogenen Streckensegmenten nach den AGB von Fluggesellschaften, *JZ* 2020, 928 (zit. als *Pöschke*, *JZ* 2020).
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I = Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse in Abschn. I, Abschn. II Tit. I., Berlin 1897 (zit. als Prot. I).
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 15. Aufl., Köln 2023 (zit. als *Prütting/Wegen/Weinreich-Bearbeiter*).
- Purnhagen, Kai P./Hauzenberger, Klemens*, Das Verbot von Cross-Ticketing in den AGB von Flugbeförderungsverträgen und deren verbandsklagerechtliche Kontrolle – Eine ökonomische und rechtliche Analyse - beck-online, *VuR* 2009, 131–137 (zit. als *Purnhagen/Hauzenberger*, *VuR* 2009).

- Quarch, Benedikt M.*, Ausschluss des freien Kündigungsrechts in AGB einer Fluggesellschaft wirksam, Anmerkung zu: BGH, Urt. vom 20.3.2018 – X ZR 25/17, NZV 2018, 473 (zit. als *Quarch*, NZV 2018).
- Rabel, Ernst*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, München (unveränd. Nachdr. 1936). Reprint 2020 (zit. als *Rabel*).
- Raiser, Ludwig*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935 (zit. als *Raiser*, AGB Recht).
- Ramming, Klaus*, Die vorzeitige Beendigung von Frachtverträgen, RdTW 2019, 7–26 (zit. als *Ramming*, RdTW 2019).
- Rasmuß, Johann Egger*, Wann liegt eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB. vor?, Jena 1913 (zit. als *Rasmuß*, Arglistige Täuschung).
- Rehm, Gebhard M.*, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht Bd. 179, München 2003 (zit. als *Rehm*, Aufklärungspflichten).
- Rengier, Rudolf*, Strafrecht, besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 25. Aufl., München 2023 (zit. als *Rengier*, Strafrecht).
- Renner, Moritz*, Die »Natur des Vertrags« nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB Soziologische Maßstabsbildung bei der AGB-Inhaltskontrolle, AcP 213 (2013), 677 (zit. als *Renner*, AcP 213 2013).
- Riese, Otto*, Luftrecht, Recht der zivilen Luftfahrt unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Stuttgart 1949 (zit. als *Riese*, Luftrecht).
- Riezler, Erwin*, Der Werkvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, RabelsZ 1952, 522–577 (zit. als *Riezler*, RabelsZ 1952).
- Riezler, Erwin*, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches 4. Band. 4. Heft., Jena 1900 (zit. als *Riezler*, Werkvertrag).
- Rinck, Gerd*, Die internationalen Elemente im Lufttransport, Landesreferat zum VII: Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung vom 6.-13. August 1966 in Uppsala, ZLW 1966, 1–8 (zit. als *Rinck*, ZLW 1966).
- Rothenbücher, Karl*, Geschichte des Werkvertrags nach deutschem Rechte, Teil I, Breslau 1906 (zit. als *Rothenbücher*, Geschichte des Werkvertrags).
- Ruckriegel, Werner*, Der luftrechtliche Chartervertrag, Düsseldorf 1957 (zit. als *Ruckriegel*, Luftrechtlicher Chartervertrag).
- Rudolf, Alfred*, Der Flugschein im internationalen Linienverkehr, ZLW 1969, 90–120 (zit. als *Rudolf*, ZLW 1969).
- Rudolf, Alfred*, Die neuen IATA-Beförderungsbedingungen für Fluggäste und Gepäck, ZLW 1971, 153–165 (zit. als *Rudolf*, ZLW 1971).
- Ruhwedel, Edgar*, Der Luftbeförderungsvertrag, Ein Grundriß des deutschen und internationalen Rechts der Personen- und Güterbeförderung auf dem Luftweg, 3. Aufl., Neuwied 1998 (zit. als *Ruhwedel*, Luftbeförderungsvertrag).
- Rümelin, Gustav*, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905 (zit. als *Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag).
- Ruschmann, Dirk*, Wenn teure Sitze leer bleiben, Bilanz (Schweiz) Nr. 8 vom 31.07.2020 S. 21. (zit. Als *Ruschmann*, Bilanz)

- Sand, Peter*, Parteiautonomie in Internationalen Luftbeförderungsverträgen, ZLW 1969, 205–218 (zit. als *Sand*, ZLW 1969).
- Schatz, Walter*, Irrtum und arglistige Täuschung bei Verkehrsgeschäften, Rostock 1908 (zit. als *Schatz*, Irrtum).
- Schermaul, Sebastian*, Die Inanspruchnahme der ärztlichen Tätigkeit während der Luftbeförderung, NZV 2017, 201 (zit. als *Schermaul*, NZV 2017).
- Schindler, Jonathan/Bues, Micha-Manuel*, Die Reform der FluggastrechteVO - Was lange währt, währt endlich gut?, ZLW 2014 (zit. als *Schindler/Bues*, ZLW 2014).
- Schladebach, Marcus*, Luftrecht, 2. Aufl., Mohr Siebeck Lehrbuch, Tübingen 2018 (zit. als *Schladebach*, Luftrecht).
- Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr e.V.*, Jahresbericht 2020 (zit. als Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr e.V.).
- Schlinker, Steffen/Ludyga, Hannes/Bergmann, Andreas*, Privatrechtsgeschichte, Ein Studienbuch, Kurzlehrbücher für das juristische Studium, München 2019 (zit. als *Schlinker/Ludyga/Bergmann*, Privatrechtsgeschichte).
- Schmid, Ronald*, Allgemeine Beförderungsbedingungen/„Überkreuz-Buchung“/Beförderungsverweigerung/Schadensersatz, Anmerkung zum Urt. AG Köln 05.01.2005 - 117 C 269/04, RRa 2005, 138–139 (zit. als *Schmid*, RRa 2005).
- Schmid, Ronald*, Der Flugschein, in: Willi Erdmann, Wolfgang Gloy, Rolf Herber (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, München 1996, S. 999–1013 (zit. als *Schmid*, in: FS Piper).
- Schmid, Ronald/Puschkarski, Franziska*, Die Abrechnung beim Luftbeförderungsvertrag nach Kündigung durch den Fluggast, NJW 2018, 657–661 (zit. als *Schmid/Puschkarski*, NJW 2018).
- Schmidt, Eike*, Grundlagen und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz, JuS 1987, 929–936 (zit. als *E. Schmidt*, JuS 1987).
- Schmidt-Fromme, Marie-Lena*, Die Pflichten des Personenbeförderers, In Frankreich, Deutschland, Europa und im internationalen Einheitsrecht, Schriftenreihe des Instituts für Transport- und Verkehrsrecht, Baden-Baden 2019 (zit. als *Schmidt-Fromme*, Pflichten des Personenbeförderers).
- Schmidt-Rimpler, Walter*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130–197 (zit. als *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 1941).
- Schmitt, Stefan*, Wettbewerb und Effizienz im Luftverkehr = Zugl.: Dortmund, Univ., Diss., 2002–2003, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 183, Baden-Baden 2003 (zit. als *Schmitt*, Wettbewerb).
- Schwab, Martin*, Schuldrecht: Ausschluss des freien Kündigungsrechts in Allgemeinen Flugbedingungen, JuS 2019, 59–62 (zit. als *Schwab*, JuS 2019).
- Schweickhardt, A.*, Die Allgemeinen Transportbedingungen der IATA, in: Schweizerische Vereinigung für Luft- und Raumrecht (Hrsg.), Studientagung „Rechtsfragen des internationalen Luftverkehrs“, 6 Referate, gehalten am 6./7. November 1969 an der Universität Basel, Zürich 1970 (zit. als *Schweickhardt*, Allgemeine Transportbedingungen der IATA).
- Schwenk, Walter*, Charterverträge im Luftverkehr, BB 1970, 282–286 (zit. als *Schwenk*, BB 1970).
- Shawcross, Christopher N./Beaumont, Kenneth Macdonald*, Air Law, Vol. 1, 4. Aufl., London 1977; 2003 (zit. als *Shawcross/Beaumont*, Air law).

- Sheehan, W. M.*, The IATA Traffic Conferences, *Southwestern Law Journal* 7 (1953), 135–184 (zit. als *Sheehan*, *Southwestern Law Journal* 7 1953).
- Siber, Heinrich*, *Operae liberales*, *JherJb* 88 (1939/40) (zit. als *Siber*, *JherJb* 88 1939/40).
- Sichelschmidt, Henning*, *Weltluftverkehr: Flexible Angebotspolitik und anhaltende Nachfrageexpansion*, *Die Weltwirtschaft* 1979, 165–174 (zit. als *Sichelschmidt*, *Die Weltwirtschaft* 1979).
- Siebert, Wolfgang/Soergel, Hans Theodor* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch, Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 1997. Aufl., Stuttgart 1998 (zit. als *Siebert/Soergel-Bearbeiter*).
- SITA*, *Passenger IT insights 2020*.
- Specht, Wolfgang*, *Die IATA, Eine Organisation des grenzüberschreitenden Luftlinienverkehrs und ihre Allgemeinen Beförderungsbedingungen*, *Reihe II Rechtswissenschaft der „Europäischen Hochschulschriften“* 78, Frankfurt am Main 1973 (zit. als *Specht*, *IATA*).
- Staub, Hermann*, *Handelsgesetzbuch Großkommentar, Zwölfter Band §§ 407-450 = Zweiter Teilband: §§ 407-424; 436-442*, 5. Aufl., hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris, Mathias Habersack, Carsten Schäfer, s.l. 2014 (zit. als *Staub-Bearbeiter*).
- Staudinger, Ansgar*, *Unwirksame Rechtswahlklausel zugunsten irischen Rechts in einem Luftbeförderungsvertrag*, Anmerkung zu: OLG Köln, Beschluss vom 29.1.2021 – 9 U 184/20, *NZV* 2021, 196–201 (zit. als *A. Staudinger*, *NZV* 2021).
- Staudinger, Ansgar*, *Wider die Qualifikation des Luftbeförderungsvertrags als absolutes Fixgeschäft sowie die Relevanz des Mängelrechts, Zugleich Besprechung der Entscheidung des AG Simmern*, *RRa* 2005, 279, *RRa* 2005, 249–256 (zit. als *A. Staudinger*, *RRa* 2005).
- Staudinger, Ansgar/Keiler, Stephan* (Hrsg.), *Fluggastrechte-Verordnung*, Baden-Baden 2016 (zit. als *A. Staudinger/Keiler-Bearbeiter*).
- Staudinger, Julius von* (Begr.), *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 8. Aufl., Berlin 2022 (zit. als *Eckpfeiler-Bearbeiter* (6. Aufl.))
- Staudinger, Julius von* (Begr.), *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 6. Aufl., Berlin 2018 (zit. als *Eckpfeiler-Bearbeiter* (6. Aufl.))
- Staudinger BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 1: Allgemeiner Teil; §§ 90-124; §§ 130-133 (Allgemeiner Teil 3), Berlin 2021 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Staudinger BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 1: Allgemeiner Teil; §§ 139-163 (Teilnichtigkeit, Anfechtung, Vertrag, Bedingung und Zeitbestimmung), Berlin 2020 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Staudinger BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse; BGB §§ 241-243 (Treu und Glauben), Berlin 2019 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse; §§ 249-254 (Schadensersatzrecht), Berlin 2017 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).

- Staudinger BGB*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse; BGB §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1), Berlin 2019 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Staudinger BGB*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse; §§ 305-310; UKlaG. AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz, Berlin 2019 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Staudinger BGB*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse; §§ 311, 311a-c (Vertragsschluss), Berlin 2017 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Staudinger BGB*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse; §§ 328-345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe), Berlin 2020 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Staudinger BGB*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse; Vorbem zu § 611 ff; §§ 611-613 (Dienstvertragsrecht I), Berlin 2020 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Staudinger BGB*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse; §§ 631-650v (Werkvertragsrecht), Berlin 2019 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Staudinger BGB*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse; §§ 662-675b (Auftrag und Geschäftsbesorgung), Berlin 2017 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Staudinger BGB*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse; §§ 812 - 822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), Berlin 2007 (zit. als *Staudinger-Bearbeiter*).
- Stoffels, Markus*, AGB-Recht, 4. Aufl., NJW Praxis Band 11, München 2021 (zit. als *Stoffels*, AGB-Recht).
- Stoffels, Markus*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, Rechtsfindung und Inhaltskontrolle, Tübingen 2001 (zit. als *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge).
- Stoffels, Markus*, Schranken der Inhaltskontrolle, JZ 2001, 843–849 (zit. als *Stoffels*, JZ 2001).
- Teichmann, Arndt*, Empfiehlt sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts?, Gutachten A für den 55. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des Fünfundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Hamburg 1984 Gutachten Teil A, München 1984 (zit. als *Teichmann*, Gutachten A für den 55. DJT).
- Teichmann, Arndt*, Streckenbindungsklauseln im Flugverkehr und AGB-Kontrolle, JZ 2019, 71 (zit. als *Teichmann*, JZ 2019).
- Temme, Jürgen*, Lohnfuhr und Charter, TranspR 2012 (zit. als *Temme*, TranspR 2012).
- Thöl, Heinrich*, Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1851 (zit. als *Thöl*, Einleitung).
- Tonner, Klaus*, Anmerkung zu: BGH, Urt. vom 16.2.2016 – X ZR 97/14, NJW 2016, 2404–2407 (zit. als *Tonner*, NJW 2016).

- Tonner, Klaus*, Schuldrecht, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., NomosLehrbuch, Baden-Baden 2016 (zit. als *Tonner*, Schuldrecht).
- Tonner, Klaus/Wagner, Beate*, Vorauszahlungen bei Flugbuchungen – Ein Eingreifen des Gesetzgebers ist notwendig, *VuR* 2017, 449–455 (zit. als *Tonner/B. Wagner*, *VuR* 2017).
- Uibel, Siegfried*, Der Pauschalreisende und das Charterflugzeug, *NJW* 1986, 296–299 (zit. als *Uibel*, *NJW* 1986).
- Ulmer, Peter*, Der Vertragshändler, Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln 25, München 1969 (zit. als *Ulmer*, *Ulmer* 1969).
- Ulmer/Brandner/Hensen*, *Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht*, 12. Aufl., hrsg. von *Ulmer/Brandner/Hensen*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2016 (zit. als *Ulmer/Brandner/Hensen-Bearbeiter*).
- Ulmer/Brandner/Hensen*, *Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht*, 13. Aufl., hrsg. von *Ulmer/Brandner/Hensen*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2022 (zit. als *Ulmer/Brandner/Hensen-Bearbeiter*).
- Vinod, Ben*, The complexities and challenges of the airline fare management process and alignment with revenue management, *Journal of Revenue and Pricing Management* 2010, 137–151 (zit. als *Vinod*, *Journal of Revenue and Pricing Management* 2010).
- Vogler, Ralf*, Airline Pricing und AGB-Inhaltskontrolle im Konflikt, *RRa* 2010, 263–265 (zit. als *Vogler*, *RRa* 2010).
- Vogt, Georg*, Erwerb von Flugscheinen für Dritte, *ZLW* 1967, 125–134 (zit. als *Vogt*, *ZLW* 1967).
- Wächter, Karl Georg von*, *Pandekten Band 2: Besonderer Theil. 1. Sachenrecht. 2. Obligationenrecht. 3. Familienrecht. 4. Erbrecht*, Leipzig 1880 (zit. als *Wächter*, *Pandekten Bd. 2*).
- Wagner, Beate*, Die »Billigfluggesellschaften« aus dem Blickwinkel des Verbraucherschutzes, *RRa* 2004, 102–107 (zit. als *B. Wagner*, *RRa* 2004).
- Wagner, Gebhard*, Lügen im Vertragsrecht, in: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsabschluss*, Hein Kötz zum 14. November 2005, Tübingen 2007, S. 59–102 (zit. als *G. Wagner*, *Wagner* 2007).
- Wagner, Rolf*, Neue kollisionsrechtliche Vorschriften für Beförderungsverträge in der Rom I-Verordnung, *TranspR* 2008, 221–224 (zit. als *R. Wagner*, *TranspR* 2008).
- Weber, Gerald*, Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag, München 1977 (zit. als *Weber*, *Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag*).
- Weiß, Curt*, Kann der zum Vertragsschlusse durch die arglistige Täuschung Bestimmte nur das sogen. negative Interesse oder auch das sogen. Erfüllungsinteresse fordern ?, *Borna*, Leipzig 1906 (zit. als *Weiß*, *Erfüllungsinteresse bei arglistiger Täuschung*).
- Wendland, Matthias*, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, 2019 (zit. als *Wendland*, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*).
- Weyers, Hans-Leo*, Typendifferenzierung im Werkvertragsrecht, *AcP* 182 (1982), 60–79 (zit. als *Weyers*, *AcP* 182 1982).

- Wieacker, Franz*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12. Dezember 1952, Karlsruhe 1953 (zit. als *Wieacker*, Sozialmodell).
- Windscheid, Bernhard*, Rede des antretenden Rectors Dr. jur. Bernhard Windscheid, 31.10.1884, in: Franz Häuser (Hrsg.), Die Leipziger Rektoratsreden 1871 - 1933, Herausgegeben zum 600-jährigen Gründungsjubiläum der Universität im Jahr 2009, Berlin 2009 (zit. als *Windscheid*, Rektoratsrede).
- Witte, Hermann/Voigt, Fritz/Laschet, Wilhelm*, Die Preisbildung im Luftverkehr, Theoretische Analyse u. quantitative Überprüfung für d. internat. Passagierlinienverkehr Von Hermann Witte, Fritz Voigt, Wilhelm Laschet, (Verkehrswissenschaftliche Forschungen 43), Berlin 1982 (zit. als *Witte/Voigt/Laschet*, Preisbildung).
- Wolf, Lindacher et al. (Hg.)*, AGB-Recht, 7. Aufl., hrsg. von Walter F. Lindacher, Thomas Pfeiffer, München 2020 (zit. als *WLP-Bearbeiter*).
- Zander-Hayat, Helga/Reisch, Lucia A./Steffen, Christine*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, *VuR* 2016, 403–410 (zit. als *Zander-Hayat/Reisch/C. Steffen*, *VuR* 2016).
- Zenker, Wolfgang*, Unübertragbarkeit von „Flugtickets“ in der Klauselkontrolle, *NJW* 2003, 1915–1917 (zit. als *Zenker*, *NJW* 2003).