

# Kammergericht

Beschluss vom 17.7.2012, 24 U 110/11

## Tenor

I. Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das am 26.Juli 2011 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin – 16 O 125/11 – durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

II. Die Antragsgegnerin erhält Gelegenheit, hierzu innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.

III. Der Verfahrenswert des Berufungsverfahrens wird auf 20.000,00 EUR festgesetzt.

## Gründe

I. Die Berufung hat nach Überzeugung des Senats keine Aussicht auf Erfolg. Es fehlt auch an einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache sowie an dem Erfordernis der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten. Der Senat beabsichtigt daher, das Rechtsmittel nach § 522 Abs.2 Satz 1 ZPO zurückzuweisen, und gewährt hiermit zuvor rechtliches Gehör, § 522 Abs.1 Satz 2 ZPO.

Das Landgericht hat mit Recht die verfahrensgegenständliche Darstellung von fakultativen Zusatzkosten zu der beworbenen Flugreise als gegen Art.23 Abs.1 Satz 4 der Verordnung (EG) Nr.1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (EU-Luftverkehrsdienste-VO, ABl. L 293 vom 31.Oktober 2008, S.3-20, i.F. LVO) verstoßend und als unlautere Wettbewerbshandlung gemäß §§ 3 Abs.1, 4 Nr. 11 UWG angesehen und einen diesbezüglichen – im Wege einstweiliger Verfügung sicherbaren –Unterlassungsanspruch des Antragstellers gegen die Antragsgegnerin gemäß § 8 Abs.1 und Abs.3 Nr.2 UWG bei fortbestehender Wiederholungsgefahr bejaht. Weiter hat es rechtlich zutreffend angenommen, dass die einstweilige Verfügung vom 14.März 2011 durch Zustellung von Anwalt zu Anwalt am 5.Mai 2011 binnen der Monatsfrist wirksam vollzogen worden ist (§§ 174 Abs.1, 922 Abs.2, 929 Abs.2, 936 ZPO) und daher nicht wegen Versäumens der Vollziehungsfrist aufzuheben ist. Die Berufungsbegründung zeigt weder Rechtsfehler auf, auf denen das angefochtene Urteil beruht (§ 513 in Verbin-

derung mit § 546 ZPO), noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung.

**1.** Das Landgericht hat einen Unterlassungsanspruch des Antragstellers gegen die Antragsgegnerin gemäß Art. 23 Abs.1 Satz 4 LVO in Verbindung mit §§ 3 Abs.1, 4 Nr. 11, 8 Abs.1 und Abs.3 Nr.2 UWG mit Recht bejaht, soweit ihr Internetauftritt in der verfahrensgegenständlichen, am 3.Februar 2011 aufgerufenen Gestaltung (Anlage A3) nach Auswahl eines Fluges zunächst einen Preis angibt und sodann im weiteren Buchungsvorgang mit fakultativen Zusatzkosten verbundene Leistungen zur Auswahl in der Weise anbietet, dass diese als vom Kunden gewünscht bereits voreingestellt sind und von ihm aktiv angewählt werden müssen ("Opt-Out"). Dies gilt sowohl für das zu wählende Service-Paket, bei dem das vorausgewählte "Standard-Paket" zusätzlich "Telefon-Service zum Ortstarif" und "SMS-Flug-Info-Service" enthält, als auch für die voreingestellte Flugticketversicherung.

**a)** Bei Art.23 Abs.1 LVO handelt es sich um eine dem Gemeinschaftsrecht angehörende Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr.11 UWG. Denn Preisangaben sollen durch eine sachlich zutreffende und vollständige Verbraucherinformation Preiswahrheit und -klarheit gewährleisten und durch optimale Preisvergleichsmöglichkeiten die Stellung der Verbraucher gegenüber den Unternehmen stärken und fördern (vgl. zu Vorstehendem Thüringer OLG MD 2011, 651/652; Köhler/Bornkamm, UWG, 30.Aufl., § 4 Rdn.11.24 und 11.142 m.w.N.).

Die LVO gilt nicht nur für Luftfahrtunternehmen, sondern für alle, die Flüge und Luftfrachten verkaufen, mithin auch für Unternehmen wie die Antragsgegnerin, die über das Internet Flugreisen vermitteln. Dies ergibt sich unter anderem aus Art. 2 Ziff.18 LVO, der "Flugpreise" als die Preise definiert, die für die Beförderung von Fluggästen im Flugverkehr an Luftfahrtunternehmen oder deren Bevollmächtigte oder an andere Flugscheinverkäufer zu zahlen sind, sowie etwaige Bedingungen, unter denen diese Preise gelten, einschließlich des Entgelts und der Bedingungen, die Agenturen und anderen Hilfsdiensten geboten werden. Der Verstöße gegen Art.23 Abs.1 LVO als Ordnungswidrigkeit sanktionierende § 108 Abs.5 LuftVZO nennt als Normadressaten neben Luftfahrtunternehmen Reiseveranstalter und Reisevermittler. Die Geltung der LVO auch für Flugreisevermittler wird ferner bestätigt durch die mit Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 17.August 2011 – I ZR 168/10 – erfolgte Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 17.August 2010 – 14 U 551/10 – (GRUR 2011, 248). Schließlich lässt der inzwischen vorliegende Schlussantrag des Generalanwalts Mazák vom 1.3.2012 in dem beim Europäischen Gerichtshof zum Aktenzeichen C-112/11 anhängigen

Verfahren aufgrund des Vorlagebeschlusses des Oberlandesgerichts Köln vom 2. Mai 2011 – I – 6 U 147/10 – keine Zweifel an der Maßgeblichkeit des Art. 23 Abs. 1 LVO für den dort beklagten Flugreisevermittler erkennen.

**b)** Die vom Antragsteller angegriffene Darstellung von Flugpreisen mit fakultativen Zusatzkosten auf ihrer Buchungsseite verstößt gegen Art. 23 Abs. 1 Satz 4 LVO, der lautet:

“Fakultative Zusatzkosten werden auf klare, transparente und eindeutige Art und Weise am Beginn jedes Buchungsvorgangs mitgeteilt; die Annahme der fakultativen Zusatzkosten durch den Kunden erfolgt auf “Opt-in“-Basis.”

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat (vgl. S. 6-8 UA), enthält das vorausgewählte “Standard-Paket” fakultative Zusatzkosten im Sinne der genannten Vorschrift in Höhe von 6,00 EUR, da der Flug auch ohne die darin enthaltenen Leistungen “Telefon-Service zum Ortstarif” und “SMS-Flug-Info-Service” zu einem entsprechend niedrigeren Preis gebucht werden kann. Die Gestaltung des Angebots auf “Opt-out“-Basis ist daher unzulässig.

Bei den Kosten für die von der Antragsgegnerin angebotene Flugticketversicherung handelt es sich ebenfalls um fakultative Zusatzkosten im Sinne des Art. 23 Abs. 1 Satz 4 LVO. Sie werden vom Wortlaut der Vorschrift ohne weiteres umfasst. Die bereits erwähnte Definition der “Flugpreise” in Art. 2 Ziff. 18 LVO enthält keine Beschränkung auf die von Luftfahrtunternehmen geforderten Preise, sondern bezieht auch an Agenturen und Hilfsdienste zu zahlende Entgelte ein. Einer einschränkenden Auslegung steht zudem die Zielsetzung des Verbraucherschutzes entgegen. Wie das Oberlandesgericht Dresden in seinem bereits genannten, nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde durch den Bundesgerichtshof rechtskräftigen Urteil überzeugend dargelegt hat (a.a.O. Rdn. 14 nach juris), ist der Schutz des Verbrauchers vor einem versehentlichen Buchen von Leistungen (auf “Opt-out“-Basis) gerade um so dringlicher, je weniger die Kosten mit der eigentlichen Transportleistung zu tun haben. Auch nach der im Schlussantrag des Generalanwalts Mazák vom 1.3.2012 im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof - C-112/11 – vertretenen Auffassung müssen bei der Buchung eines Fluges angebotene Leistungen wie eine Reiserücktrittsversicherung unabhängig davon, ob diese Leistung von einem Dritten angeboten wird, dem Kunden auf “Opt-in“-Basis angeboten werden, um zu verhindern, dass er veranlasst wird, unnötige Sonderleistungen zu vergüten, es sei denn, er trifft die Wahl zusätzlicher Angebote aktiv und ausdrücklich. Es ist anzunehmen, dass der Europäische Gerichtshof dem folgen wird.

**c)** Der Verstoß gegen Art.23 Abs.1 Satz 2 und 3 LVO erfüllt den Beispielstatbestand des § 4 Nr.11 UWG einer unlauteren geschäftlichen Handlung § 3 Abs.1 UWG. Er ist auch geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar (§ 3 UWG) zu beeinträchtigen.

**d)** Dem Antragsteller steht nach allem der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß §§ 3 Abs.1, 8 Abs.1 und Abs.3 Nr.1 UWG zu. Die aufgrund des Wettbewerbsverstoßes vermutete Wiederholungsgefahr ist aus den vom Landgericht (auf S.8 UA) angeführten Gründen durch die von der Antragsgegnerin abgegebene, zu eng gefasste Unterlassungserklärung vom 23. Februar 2011 (Anlage A8) nicht entfallen; eine bloße Änderung der Gestaltung ihres Internetauftritts reichte nicht aus (vgl. dazu Bornkamm, a.a.O. § 8 Rdn. 1.32ff. m.w.N.).

**2.** Die einstweilige Verfügung vom 14. März 2011 ist durch Zustellung von Anwalt zu Anwalt am 5. Mai 2011 binnen der ab ihrem Zugang beim Antragsteller laufenden Monatsfrist wirksam vollzogen worden (§§ 174 Abs.1, 922 Abs.2, 929 Abs.2, 936 ZPO) und daher nicht wegen Versäumens der Vollziehungsfrist aufzuheben.

**a)** Die einstweilige Verfügung ist im Parteibetrieb zuzustellen (§§ 922 Abs.2, 936 ZPO). Die Zustellung hat gemäß der Verweisung in § 191 ZPO in einem anhängigen Verfahren nach § 172 Abs.1 Satz 1 ZPO an den für den Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten zu erfolgen, also denjenigen, dem die Partei eine nach § 81 ZPO zu allen Prozesshandlungen ermächtigende Prozessvollmacht erteilt hat. Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, kann die Zustellung gemäß §§ 174, 195 ZPO auch von Anwalt zu Anwalt erfolgen.

Vorliegend hatten sich die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin bereits auf die Abmahnung des Antragstellers gemeldet und seinen Verfahrensbevollmächtigten mit Schreiben vom 1. März 2011, eingegangen am 3. März 2011 (Anlage A10), eine Vollmacht übersandt, die auch die Zustellung von einstweiligen Verfügungen umfasste. Die anschließend von den Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers vorgenommene Zustellung der einstweiligen Verfügung ist sodann am 5. Mai 2011 ausweislich der Zustellungskarte (Anlage A12, Bl.102 d.A.) der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin gemäß §§ 174, 195 ZPO wirksam erfolgt.

**b)** Die Zustellung am 5. Mai 2011 hat die Vollziehungsfrist von einem Monat gewahrt. Der Lauf der Vollziehungsfrist beginnt bei der Beschlussverfügung – wie hier – gemäß § 929 Abs.2 ZPO von dem Tag ab, an dem der Beschluss dem Antragsteller von Amts wegen in Ausfertigung zugestellt worden ist oder er zweifelsfrei in deren Besitz gelangt ist (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., §

929 Rdn.5 m.w.N.). Dies war hier ausweislich des Eingangsstempels der Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers auf der ihnen übersandten Ausfertigung (Anlage A11, Bl.96ff. d.A.) am 28.April 2011 der Fall, da eine förmliche Zustellung nicht erfolgt ist.

Der Umstand, dass der Antragsteller mit der einstweiligen Verfügung zugleich die förmliche Auslandszustellung nach §§ 183, 191 ZPO beantragt hatte, hatte nicht zur Folge, dass der Beginn der Vollziehungsfrist auf den Zeitpunkt der Einleitung der Auslandszustellung, etwa den 17.März 2011, vorverlegt wurde. Für eine Vorverlegung des Fristbeginns fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Soweit zur Vollziehung einer einstweiligen Verfügung im Wege der Auslandszustellung deren rechtzeitige Beantragung ausreicht und sie daher noch nach mehreren Monaten als "demnächst erfolgt" im Sinne von § 167 ZPO gilt, wird bei der Auslegung des § 167 ZPO dem Umstand Rechnung getragen, dass die bei der Auslandszustellung auftretenden Verzögerungen nicht in der Sphäre des Antragstellers liegen und ihm daher nicht zuzurechnen sind (vgl. Zöller/Greger, a.a.O., § 167 Rdn.12 m.w.N.). Dies hat auch vorliegend zu gelten, zumal der Antragsteller die parallele Veranlassung der Auslandszustellung nachvollziehbar mit möglichen Zweifeln hinsichtlich des Vollmachtsumfangs bei der im Ausland ansässigen Antragsgegnerin begründet hat.

**3.** Eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof ist im vorliegenden Eilverfahren nicht geboten (vgl. Karpenstein in: Grabitz/ Hilf/ Nettessheim, Das Recht der Europäischen Union, Art.267 Rdn.59 m.w.N.).

**II.** Die Verfahrenswertfestsetzung für das Berufungsverfahren erfolgt gemäß § 3 ZPO übereinstimmend mit der Wertfestsetzung des Landgerichts.

**III.** Die Antragsgegnerin erhält Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Prüfung einer etwaigen Zurücknahme der Berufung binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses. Auf die im Falle einer Berufungsrücknahme eintretende Reduzierung der Gerichtsgebühren wird vorsorglich hingewiesen.