

-Ausfertigung-



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 5 U 16/16 = 1 O 969/15 Landgericht Bremen

Verkündet am 15.06.2017

Gez. [...]

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

Verbraucherzentrale Nordrhein- Westfalen e.V., [...],

Kläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [...]

gegen

X AG Co. KGaA,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [...]

hat der 5. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 18.05.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Lüttringhaus, den Richter am Amtsgericht Hogenkamp und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Röfer für Recht erkannt:

I.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Bremen vom 31.08.2016, Az. 1 O 969/15, wird zurückgewiesen.

II.

Die Kosten der Berufung trägt die Beklagte.

III.

Dieses Urteil sowie das vorgenannte Urteil des Landgerichts Bremen sind vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV.

Die Revision wird zugelassen.

V.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf 5.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Beklagte betreibt auf einem unter der Internetadresse [...] erreichbaren Onlineportal einen Telemediendienst, der Tickets für Veranstaltungen beschafft, vermittelt und den Kunden zur Verfügung stellt. Der Kläger, ein rechtsfähiger Verein, macht gegen die Beklagte Unterlassungsansprüche nach dem Unterlassungsklagegesetz geltend und beanstandet zwei von der Beklagten angebotene Möglichkeiten der Übermittlung von Tickets.

In den unter der genannten Internetadresse hinterlegten „Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Internet)“ (Bl. 15ff.) heißt es unter anderem: „Die X. AG & Co. KGaA vertreibt die Tickets im Auftrag des jeweiligen Veranstalters als Vermittlerin oder als Kommissionärin, es sei denn, sie ist im Einzelfall ausdrücklich selbst als Veranstalter ausgewiesen. Mit der Bestellung von Tickets beauftragt der Kunde die X. AG & Co. KGaA mit der Abwicklung des Kartenverkaufes einschließlich Versand.“ Unter III. 2. der genannten Bedingungen heißt es u.a.: „Bei der Internet-Bestellung werden Service- und Versandkosten erhoben, die je nach Veranstaltung variieren können“. Im Zuge eines Bestellvorgangs über die Plattform der Beklagten werden zunächst Ticketpreise angezeigt, die als „Normalpreis“ bezeichnet sind. Hierzu weist die Beklagte aus, dass dieser den Ticketpreis, die „MwSt, die Vorverkaufsgebühr und eine Buchungsgebühr von max. 2 €“ beinhalte (Bl. 5, Bl. 23). Nachdem der Kunde Tickets in den Warenkorb gelegt hat, folgen Auswahlmöglichkeiten zum „Versand“, die hierfür berechneten Beträge werden den Tickets zugeschlagen. Die Beklagte bietet u.a. einen „Premiumversand“, für den sie nunmehr 29,90 € berechnet, und die Option „ticketdirect“ an, eine Möglichkeit für den Käufer, das Ticket als .pdf-Datei nach Bereitstellung eines entsprechenden Links durch die Beklagte abzurufen und selbst auszudrucken. Für die letztgenannte Option berechnet die Beklagte eine „Servicegebühr“ von 2,50 €. Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom 18.12.2014 und vom 19.01.2015 vorgerichtlich zur Unterlassung aufgefordert, die Verwendung der hier beanstandeten Klauseln wurde fortgesetzt.

Der Kläger hat vertreten, dass die beiden angefochtenen Regelungen kontrollfähige Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen würden. Eine Inhaltskontrolle sei eröffnet, da die Klauseln Preisnebenabreden seien und den Positionen keine gesondert zu erbringende Leistung gegenüberstehe, was eine kontrollfähige Abweichung von Rechtsvorschriften sei. Der Verbraucher habe dafür zu zahlen, dass das Ticket zur Verfügung gestellt werde, was jedoch Gegenstand der vertraglichen Pflicht der Beklagten und daher nicht gesondert abrechenbar sei. Das Entgelt für den Premiumversand enthalte zudem mehr als die reinen Kosten für die Versendung, da noch zusätzliche Bearbeitungsgebühren als Serviceleistungen berechnet werden würden. Für die Abmahnung der Beklagten sei ein Aufwand von 260,00 € entstanden.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

1.

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über den Erwerb von Tickets für Veranstaltungen, die mit Verbrauchern über einen Telemediendienst geschlossen werden, einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 01.04.1977, zu berufen:

1. Premiumversand (inklusive Bearbeitungsgebühr) 29,90 €
2. ticketdirect - das Ticket zum Selbst-Ausdrucken 2,50 €;

2.

die Beklagte zu verurteilen, an ihn, den Kläger, 260 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (13.08.2015) zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat in 1. Instanz hierzu ausgeführt, dass die streitgegenständlichen Klauseln keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen darstellten, da in den einsehbaren AGB (Internet) nur eine allgemeine Regelung getroffen werde, die Ausgestaltung erfolge im Bestellvorgang. Eine Inhaltskontrolle sei nicht eröffnet, da das Verschaffen der Tickets die vertragliche Hauptleistung darstelle. Die Ermöglichung des Zugangs sei ausschließlich Pflicht des Veranstalters, der auch das Ticket grundsätzlich übersenden müsse. Jedenfalls handele es sich bei den angegriffenen Optionen um zusätzlich angebotene, gesetzlich nicht geregelte Sonderleistungen, die als selbständige Nebenleistungen zu vergüten und dem Inhalt nach nicht kontrollierbar seien. Der Service der Beklagten sei optional, ein Kunde könne auch an der Abendkasse ein Ticket erwerben. Die Klausel des „Premiumversands“ sei eine von mehreren üblichen Versandkostenarten, die re-

gelmäßig kostenpflichtig seien. Die Option „ticketdirekt“ sei für den Verbraucher zudem günstiger als der klassische Versand, so dass eine Benachteiligung nicht erfolge.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 31.08.2016 der Klage vollumfänglich stattgegeben. Es hat die angegriffenen Regelungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen, die auch einer Inhaltskontrolle unterliegen, gehalten. Da der Verbraucher keine echte Auswahlmöglichkeit habe, sondern sämtliche Alternativen durch die Beklagte vorgegeben würden, sei von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszugehen. Eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB sei eröffnet. Hauptpflicht der Beklagten sei die Abwicklung des Kaufvertrages über das jeweilige Ticket. Die beanstandeten Verschaffungsmöglichkeiten stellten Neben- und Zusatzleistungen dar, welche keine selbstständigen Leistungen, sondern notwendige Folgen der Vermittlungstätigkeit seien und so nur der Erfüllung der vertraglichen Hauptpflicht dienten. Einer Inhaltskontrolle hielten die angefochtenen Regelungen nicht stand. So verstoße die Regelung zum „Premiumversand“ gegen den Grundsatz, dass keine Entgelte für eine im eigenen Interesse des Verwenders vorgenommene Tätigkeit berechnet werden dürften. Zwar sei eine Abwälzung von Versandkosten auf Verbraucher grundsätzlich zulässig. Die von der Beklagten verwendete Option beinhalte jedoch neben den reinen Versandkosten mit dem Zusatz „inklusive Bearbeitungsgebühr“ Kosten der Beklagten für Leistungen, die diese zur notwendigen Erfüllung der Hauptleistungsverpflichtung ohnehin erbringen müsse. In der Einbeziehung der Bearbeitungsgebühren sei jedenfalls ein Verstoß gegen das Transparenzgebot zu sehen. Die kontrollierbare Klausel zum „ticketdirect“ verstoße ebenfalls gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, da die Beklagte Ersatz für Aufwendungen verlange, die nur pauschal bestimmt und daher nicht konkret entsprechend der gesetzlichen Regelung aus §§ 675 Abs. 1, 670 BGB erforderlich seien.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Gegen das ihr am 05.09.2016 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 30.09.2016 ihre mit Schriftsätzen vom 05.12.2016 und vom 04.05.2017 begründete Berufung eingelegt, mit der sie weiterhin die Abweisung der Klage begehrt. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie das erstinstanzliche Vorbringen. Das Landgericht habe es insbesondere versäumt, adäquat zwischen den einzelnen Vertragsverhältnissen zu unterscheiden. Das Verschaffen des Eintritts sei nicht Leistungspflicht der Beklagten, son-

dern vielmehr allein die des Veranstalters. Die Beklagte selbst stelle die Tickets bereit, grundsätzlich handele es dabei um eine Holschuld. Der angebotene Versand sei als „Transport“ die Hauptleistung der Beklagten, daneben ziehe sie lediglich noch den Preis für den jeweiligen Veranstalter ein. Beide Klauseln seien als Preisvereinbarungen nicht inhaltlich kontrollierbar. Soweit man keine Hauptleistungspflicht sehen wolle, sei jedenfalls eine selbständige Zusatzleistung geregelt, die im Fall des Transports und auch im Falle des Selbstausdrucks eigenständige Leistungen darstellten, wofür ein frei kalkuliertes Entgelt erhoben werden könne. Im Falle der Vermittlung der Tickets sei der Versand nicht automatisch geschuldet, sondern beruhe allein auf einem gesondert geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag. Soweit sie als Kommissionärin tätig werde, werde der Versand ebenfalls als eigenständige Leistung angeboten. Sie, die Beklagte, könne nicht dazu gezwungen werden, diese Leistungen unentgeltlich bzw. zum Selbstkostenpreis zu erbringen. Bezüglich der Zusammensetzung der Position „Premiumversand inkl. Bearbeitungsgebühr“ sei sie nicht gehalten, ihre interne Kalkulation aufzudecken, um dem Transparenzgebot zu genügen. Bei der Option „ticketdirect“ handele es sich zudem um einen Service, der aufgrund der Nutzung einer speziell hierfür bereitgestellten Infrastruktur entgeltpflichtig sein müsse.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Berufungsbegründung wird auf die Schriftsätze vom 05.12.2016 (Bl. 238ff.) und vom 04.05.2017 (Bl. 267ff.) nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Kläger verteidigt das erstinstanzliche Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung. Zur Begründung verweist er auf das erstinstanzliche Vorbringen, welches er in der zweiten Instanz vertieft. Die Aufspaltung der Tätigkeit der Beklagten sei gekünstelt, die Regelungen zutreffend vom Landgericht als Preisnebenabreden, die der Erfüllung der Hauptleistungspflicht dienten, eingeordnet und beanstandet worden. Bei der Vermittlung der Tickets handele es sich auch nicht um eine Holschuld, da der Versand auch laut der eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten Teil der Leistung sei. Die Möglichkeit, das Ticket am Sitz der Beklagten abzuholen, werde nicht angeboten, weshalb dort auch nicht der Erfüllungsort liegen könne. Soweit die Beklagte ausschließlich für Veranstalter vermitteln und gegenüber den Käufern ausschließlich versenden wolle, sei dieses intransparent.

Wegen der näheren Begründung der Berufungserwiderung wird auf den Schriftsatz des Klägers vom 12.04.2017 (Bl. 262ff.) verwiesen.

II.

Die Berufung ist statthaft (§ 511 ZPO), in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 517, 519, 520 ZPO) und auch im Übrigen zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Nach § 513 Abs. 1 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zu Grunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Beides ist hier nicht der Fall, die Einwände der Beklagten führen nicht zu einer Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Das Landgericht ist in dem angefochtenen Urteil zu Recht davon ausgegangen, dass der als qualifizierte Einrichtung i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 4 UKlaG klagebefugte Kläger gegen die Beklagte einen Unterlassungsanspruch aus §§ 1, 5 UKlaG i.V.m. § 890 Abs. 1 ZPO hat und die Regelungen der Beklagten zu den Optionen „Premiumversand“ und „ticketdirect“ wegen eines Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam sind.

1.

Zutreffend und mit überzeugender Begründung hat das Landgericht dargelegt, dass es sich bei den verwendeten Klauseln um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 BGB handelt. Dieses wurde in der Berufungsinstanz zu Recht nicht weiter angegriffen, denn 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 (BGH VersR 2017, 538, 539). Dieses ist bei einer Auswahl zwischen mehreren, sämtlich einseitig vorformulierten Alternativen wie hier gerade nicht der Fall.

2.

Ebenfalls zutreffend und mit überzeugender Begründung hat das Landgericht angenommen, dass die Regelungen „Premiumversand“ und „ticketdirect“ der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB unterliegen.

Die Inhaltskontrolle ist nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB auf solche Klauseln beschränkt, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Hierunter fallen weder bloß deklaratorische Klauseln noch solche, die unmittelbar den Preis der vertraglichen Hauptleistung oder das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung bestimmen (BGH, Urteil vom 22.09.2016 – III ZR 264/15 –, Rn. 12, juris m.w.N.). Die vorliegenden von der Beklagten verwendeten Regelungen stellen keine (kontrollfreien) leistungsbestimmenden, sondern als Preisnebenabreden zu qualifizierende (kontrollunterworfenen) leistungsausgestaltende Klauseln dar.

Diese Einschätzung beruht auf folgenden Erwägungen:

a.

Der Inhaltskontrolle entzogen sind Abreden des Kernbereichs der Leistung, also Abreden, die der unmittelbaren Beschreibung der beiderseitigen Leistung/Gegenleistung dienen (MüKo/Wurmnest, 7. Aufl. 2016, § 307 BGB, Rn. 12; Bamberger/Roth/Schmidt, 3. Aufl. 2012, § 307 BGB, Rn. 76). Von der Inhaltskontrolle ausgenommen sind daher formularmäßige Abreden, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu zahlenden Vergütung unmittelbar bestimmen (BGHZ 146, 331, 338; BGH NJW 2010, 150; NJW 2010, 2789; NJW 2013, 995; NJW 2014, 1658; NJW 2014, 2269; NJW-RR 2015, 181). Die kontrollfreien Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung werden häufig als sogenannte Leistungsbeschreibungen bezeichnet (BGH NJW 2014, 2269). Preisvereinbarungen für Hauptleistungen stellen im nicht preisregulierten Markt weder eine Abweichung, noch eine Ergänzung von Rechtsvorschriften dar und unterliegen so grundsätzlich nicht der Inhaltskontrolle (BGH NJW 2010, 150; Staudinger/Coester, 15. Aufl. 2013, § 307 BGB Rn. 310). Dies ist eine Konsequenz aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Recht der Parteien umfasst, den Preis für eine Ware oder Dienstleistung frei bestimmen zu können. Es ist nicht Aufgabe der Inhaltskontrolle, den gerechten Preis durch Angemessenheitsprüfung des von den Parteien definierten Austausches von Leistung und Gegenleistung zu ermitteln (Bamberger/Roth/Schmidt, aaO. Rn. 68). Die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung ist dabei nur der enge Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (BGH NJW 2014, 1658; NJW 2014, 2269; UI-

mer/Brandner/Hensen/Fuchs, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 41). Als kontrollfreie Hauptpflichten verbleiben so nur die wechselseitigen Leistungen, die miteinander im Äquivalenzverhältnis stehen (BAG NJW 2012, 103). Eine Inhaltskontrolle ist schließlich auch dann nicht eröffnet, wenn mit der Regelung ein Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene (echte) Sonderleistung bestimmt wird (BGH NJW 2013, 995; NJW 1998, 1661).

Kontrollfähig sind dagegen leistungsausfüllende Klauseln, welche nicht die zu erbringende Leistung selbst beschreiben, sondern die Bedingungen der Leistungserbringung regeln (MüKo/Wurmnest, aaO. Rn. 12). Nach der Formulierung des Bundesgerichtshofs sind solche Klauseln inhaltlich zu kontrollieren, die das Hauptleistungsverprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben geschuldeten Leistung verändern, ausgestalten oder modifizieren (BGH NJW 2010, 2719; NJW 2014, 1658; NJW 2014, 2269; so auch: Erman/Roloff, 14. Aufl. 2014, § 307 BGB Rn. 44; Bamberger/Roth/Schmidt, aaO. Rn. 77; Staudinger/Coester, aaO. Rn. 322). Auch ist nicht jede Klausel, die das Entgelt für eine „Leistung“ festlegt, allein deswegen schon kontrollfest (Bamberger/Roth/Schmidt, aaO. Rn. 77). Denn kontrollfähig sind insbesondere sogenannte Preisnebenabreden. Als solche sind Klauseln zu qualifizieren, welche kein Entgelt für eine Leistung zum Gegenstand haben, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, sondern durch die der Verwender Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt (BGH NJW 2010, 2789; NJW 2013, 995; Bamberger/Roth/Schmidt aaO. Rn. 77; Palandt/Grüneberg, 76. Aufl. 2017, § 307 BGB Rn. 49; Staudinger/Coester, aaO. Rn. 322; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, aaO. Rn. 82). Auch Klauseln, die nicht das Entgelt für die Leistung selbst festlegen, sondern deren „effektiven“ Preis durch (weitere) Zahlungspflichten erhöhen, gehören zu den kontrollfähigen Preisnebenbestimmungen (Bamberger/Roth/Schmidt, aaO. Rn. 84). Solche Abreden haben zwar mittelbare Auswirkungen auf den Preis, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, kann an deren Stelle aber dispositives Recht treten (BGH NJW 2010, 2789; MüKo/Wurmnest, aaO. Rn. 16).

b.

Die beanstandeten Möglichkeiten des Premiumversands und des Selbstausdrucks des Tickets regeln weder den Preis für eine vertragliche Hauptleistungspflicht der Be-

klagen, noch ein Entgelt für eine gesonderte vergütungsfähige Sonderleistung, sie sind als sog. Preisnebenabreden kontrollfähig.

Generell ist zu beachten, dass die Bejahung der Kontrollfähigkeit einer Entgeltklausel noch keine Entscheidung über ihre Unangemessenheit darstellt (Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, aaO., Rn. 92). Systematisch und auch nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Ausnahme von der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 BGB die Ausnahme von der Regel (BT-Drucks 14/6040, S. 154; Bamberger/Roth/Schmidt, aaO. Rn. 68; Staudinger/Coester, aaO. Rn. 281).

aa.

Die Hauptleistung der Beklagten auch gegenüber den Erwerbern ist nicht das reine Versenden von Veranstaltungstickets, sondern die Vermittlungstätigkeit. Bereits der Internetauftritt der Beklagten dient der Vermittlung, also der Zusammenführung von Veranstaltern und Kunden, nicht aber einem reinen Versandservice. Die Beklagte stellt ein Portal zur Verfügung, welches nicht vornehmlich Veranstalter, sondern gerade auch Käufer nutzen können und sollen, um sich über Zeit, Ort und Inhalt von Veranstaltungen zu informieren. Ein Kunde kann und soll durch die Zusammenstellung und Bewerbung einer Vielzahl von Veranstaltungen auf dem Portal der Beklagten dazu bewegt werden, aufgrund seiner eigenen Initiative oder seines geweckten Interesses Tickets zu suchen und zu erwerben. Daneben bietet die Beklagte im Rahmen der Onlineplattform auch die Möglichkeit für den Kunden, sich die Karte platzgenau generieren zu lassen, übernimmt also selbst die Kontingentverwaltung für die Veranstalter, die Tickets werden dann automatisiert generiert. Nur evtl. Restkarten können ggf. am Veranstaltungstag an der Abendkasse erhältlich sein. Wenn wie hier die Beklagte selbst aufgrund ihres eigenen und von Veranstaltern genutzten Systems nach Auswahl des Platzes durch den Käufer ohne weiteres über die Tickets verfügt bzw. diese automatisiert erstellt, liegt eine reine Versandtätigkeit als Hauptleistung und auch eine Vergleichbarkeit mit einem Versandhandel nicht vor.

Auch das Preisgefüge macht deutlich, dass der Hauptteil des von dem Kunden zu zahlenden Betrages auf den Erwerb des Tickets entfällt und nicht auf die Übersendung. Der Ticketpreis, der wiederum bereits im „Normalpreis“ die dargestellten Zuschläge (Vorverkaufsgebühren und Buchungsgebühren) beinhaltet, überwiegt der Höhe nach im Verhältnis zu den dann später den Gesamtpreis erhöhenden Zusatz-

kosten für die hier streitgegenständlichen Optionen regelmäßig deutlich. Dabei wirken die hier beanstandeten von der Beklagten angebotenen „Versandoptionen“ nicht unmittelbar preisbestimmend auf die Tickets, sondern als Zuschlag auf den Warenkorb mittelbar den Gesamtpreis der Bestellung erhöhend. Auch marktorientiert betrachtet betreffen die Kräfte aus Angebot und Nachfrage vornehmlich den von der Beklagten als „Normalpreis“ angegebenen Ticketpreis für eine Veranstaltung, nicht aber die Versandarten.

Der Vertrag wäre ohne Bestimmung der Art der Übermittlung des Tickets zudem hinreichend auslegungsfähig durch dispositives Gesetzesrecht und würde nicht unwirksam werden. Denn die Frage des Leistungserbringungsortes ist gesetzlich geregelt (§ 269 BGB), dispositives Gesetzesrecht ist daher vorhanden, was ebenfalls für eine Preisnebenabrede spricht (BGH NJW 2010, 2789 m.w.N.). Sofern keine Vereinbarung über die Art der Übermittlung der Eintrittskarte erfolgt, würde entsprechend der gesetzlichen Regelungen zum Leistungsort entweder eine Verpflichtung des Käufers, das Ticket bei der Beklagten abzuholen, oder aber eine Verpflichtung der Beklagten, den Zugang zu bewirken, entstehen. Ein Wegfall eines wesentlichen Vertragsbestandteils, der die Unwirksamkeit des Vertrags zur Folge hätte, wäre damit nicht verbunden. Vielmehr bliebe es dabei, dass der Käufer das Geld für die Tickets an die Beklagte zahlen, die Beklagte dem Käufer im Gegenzug ein Ticket verschaffen und in irgendeiner Form den Zugang zum Ticket ermöglichen müsste.

bb.

Eine Entgeltabrede einer ausschließlichen Versandleistung als Hauptleistung oder selbständige Sonderleistung ergibt sich auch nicht aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten. Denn diese lauten unter III. 2.: „Bei der Internet-Bestellung werden Service- und Versandkosten erhoben, die je nach Veranstaltung variieren können.“ Der Wortlaut der „Kosten“ wird von einem rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden in der Regel auch mit einem Aufwendungsersatzanspruch gleichgesetzt und so gerade nicht mit einer Vergütungsvereinbarung (OLG Frankfurt, Urteil vom 09.01.2014 - 3 U 72/13-, Rn. 13, juris).

cc.

Ein Aufspalten der Tätigkeit der Beklagten in eine reine Vermittlungsleistung als Hauptleistung gegenüber den Veranstaltern einerseits und einer reinen Versandhauptleistung gegenüber den Kunden andererseits ist ebenso wenig anzunehmen wie

die Vereinbarung einer eigenständigen, gesondert zu vergütenden (echten) Sonderleistung durch die angebotenen Optionen. Die Tätigkeit der Beklagten schafft die Möglichkeit der konkreten Auswahl des Sitzplatzes incl. Veranstaltungsräumlichkeiten für den Kunden, beinhaltet die Kontingentverwaltung, Einzug des Eintrittspreises und Datenverwaltung, systembedingt im Zusammenspiel mit den Veranstaltern. Dass die Beklagte hierbei „doppelt“ tätig ist, einerseits auf Veranstalterseite und andererseits auf Käuferseite, begründet eine Aufspaltung des Vorgangs nicht. Eine solche Aufteilung in eine reine Vermittlungstätigkeit im Verhältnis zu dem jeweiligen Veranstalter einerseits und eine reine Versandpflicht im Verhältnis zu den Kunden andererseits ist für einen durchschnittlichen Kunden schon in keiner Form erkennbar. Aus Sicht des Käufers wird in einem einheitlichen Vorgang das Ticket gesucht und gekauft, welches dann auch denkllogisch an ihn übermittelt werden muss - auf welchem Wege auch immer.

Das Vorgehen der Beklagten ist aber auch tatsächlich nicht auftrennbar, denn die Beklagte könnte ihre Tätigkeit nicht nur auf eine Seite isoliert beschränken. Eine Vermittlung eines Besuchers nebst Einziehung des Kaufpreises ohne stoffliche oder elektronische Übermittlung des notwendigen Zugangspapiers an den Kunden ist sowohl aus Sicht des Veranstalters als auch aus Sicht des Kunden sinnlos. Schon aus Sicht der Veranstalter ist die Übermittlung des Tickets eine von der Beklagten stets zu erbringende Leistung, denn diese beauftragen die Beklagte gerade mit der Abwicklung des gesamten Vermittlungs- und Abwicklungsvorganges. Würde die Beklagte die Tickets den Kunden nicht zur Verfügung stellen, so würde dieses zur Rückforderung des für die Veranstalter eingezogenen Eintrittspreises führen oder aber die Veranstalter dazu zwingen, entgegen der Intention der Vertragsbeziehung doch eigene Ressourcen für die Erstellung und Übermittlung der Tickets vorzuhalten. Die Ermöglichung des Zugriffs des Kunden zu dem den Eintritt ermöglichenden Papier ist daher keine Zusatzleistung nur für Kunden, sondern bereits ein erforderlicher Teil der vollständigen Erbringung der Vermittlungstätigkeit auch gegenüber den Veranstaltern.

Für Kunden spiegelbildlich ist ein bloßer Versand von Tickets, ohne dass diese in einer vom Veranstalter legitimierter Form beschafft werden, ebenfalls nicht sinnvoll. Die Übermittlung der Tickets bietet weder der Veranstalter an, noch ist sie entbehrlich wie im Wege der Hinterlegung von Karten an der Abendkasse oder bei Führen einer Gästeliste. Es ist aus dem Vertragsverhältnis grundsätzlich zweitrangig, wie die Zugangs-

berechtigung übermittelt wird (Buchungscode, .pdf-Versand, Hinterlegen, Abholen, Postversand, personalisiertes eTicket etc.), so lange die Einlassberechtigung im Ergebnis verschafft wird. Aus Sicht des Käufers wird es daher regelmäßig als Teil der von der Beklagten zu erbringenden Grundleistung erwartet werden, dass die Beklagte nach dem Erwerb des Tickets durch den Käufer sicherstellt, dass dieser in irgendeiner Form das Ticket auch erhält.

Das Ermöglichen des Zugriffs auf das Ticket ist daher eine Nebenpflicht, die nicht selbstständig ist, sondern der Erfüllung der Hauptpflicht dient und unmittelbar aus der Vermittlertätigkeit der Beklagten folgt. Der konkrete Weg der Übermittlung kann durch eben solche Klauseln wie den Vorliegenden erfolgen, welche keine selbständigen Pflichten betreffen, sondern die Leistungserbringung (Vermittlung des Tickets) ausgestalten und näher regeln, mithin kontrollfähige Nebenleistungen und keine Hauptleistungen oder echte Zusatzleistungen betreffen.

dd.

Eine eigenständige Leistung ergibt sich auch nicht daraus, dass das Ermöglichen des Zutritts zu der Veranstaltung grundsätzlich eine Aufgabe des Veranstalters ist. Denn hier ist zu differenzieren: Die faktische Ermöglichung des Eintritts der Person ist eine Verpflichtung, die der Veranstalter zu erfüllen hat. Hiervon abzugrenzen ist der Schritt, den Kunden in die Lage zu versetzen, ein entsprechendes Ticket vorzuzeigen. Denn da der Veranstalter systembedingt (mangels Führen einer Gästeliste) regelmäßig nur Personen Zutritt gewähren wird, die ein entsprechendes Ticket vorzeigen können, gehört zu einer erfolgreichen Vermittlung auch, den Kunden in die Lage zu versetzen, faktisch Einlass von dem Veranstalter begehren zu können. Dieses übernimmt die Beklagte aber gerade für die Veranstalter.

ee.

Die Tätigkeit der Beklagten ist daher auch insgesamt nicht mit einem klassischen Versandhandel vergleichbar. Vielmehr lassen sich Parallelen zu Vermittlungsverträgen bei Reisevermittlungen ziehen: Die Vermittlung einer Personenbeförderung setzt gelegentlich ebenfalls voraus, dass der Reisende in irgendeiner Form Zugang zu einem für den konkreten Transport erforderlichen Dokument erhält, wenn es systemseitig nicht ausreichend ist, die berechtigte Person zu sein und sich zu legitimieren (wie im Falle von personifizierten elektronischen Flugtickets), sondern die Vorlage eines Ti-

ckets oder eines Barcodes zwingend erforderlich ist, um eine Transportleistung von dem ausführenden Unternehmer in Anspruch nehmen zu können. Auch dann dürfte die Übermittlung des Dokumentes, sei es in elektronischer Form oder stofflich, der Erfüllung der Vermittlung dienen, ohne dass in dem reinen Versand eine Hauptleistung oder eine über einen Aufwendungsersatz für z.B. Porto hinausgehende extra zu berechnende Sonderleistung zu sehen wäre.

ff.

Nicht von entscheidungserheblicher Bedeutung ist angesichts der vorstehenden Erwägungen, ob es sich bei dem Ticketerwerb grundsätzlich um eine Holschuld handelt, die nur durch die Vereinbarung des Versands entgeltpflichtig wird. Denn die Versandleistung wird, wie dargelegt, gerade nicht als Haupt- oder eigenständige Sonderleistung erbracht, sondern als systembedingt zwingend erforderlicher Teil der Vermittlungstätigkeit. Schließlich aber wird eine stoffliche Leistungserbringung am Sitz der Beklagten auch gar nicht angeboten.

Auch die von der Beklagten vorgenommene Erwägung einer sachenrechtlichen Komponente der Übergabe der Tickets ist ebenfalls nicht übertragbar, denn gerade im Fall des „ticketdirect“ erstellt der Erwerber selbst erst das stoffliche Ticket. Auch ein werkvertraglicher Charakter der Versandleistung ist nicht anzunehmen, denn eine eigene „Transportleistung“ erbringt die Beklagte nicht: Sie nimmt im Falle des „Premiumversands“ für die Bewirkung der postalischen Zustellung Dritte in Anspruch. Die Form des „ticketdirect“ wiederum ist schon kein „Versand“ einer Datei, sondern die Zusendung eines Links, der für den Käufer einen Zugang zu dem Bereich der Beklagten „öffnet“ und diesem einen Download der dort gespeicherten Datei ermöglicht, was eher einem „Abholen“ durch den Käufer entspricht. Schließlich schlägt sich eine werkvertragliche Risikoübernahme des Zustellungserfolges in den übrigen Bestimmungen der Beklagten ebenfalls nicht nieder.

3.

Das Landgericht hat die Klauseln zutreffend für unwirksam erklärt, denn sie stellen unangemessene Benachteiligungen des Vertragspartners des Verwenders dar. Die Klausel zu der Option „Premiumversand“ verstößt jedenfalls gegen das Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, welches innerhalb und außerhalb der Inhaltskontrolle gilt. Die Klausel zu der Option „ticketdirect“ verstößt gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB,

da hierdurch Kosten einer Tätigkeit auf den Kunden abgewälzt werden, die im eigenen Interesse der Beklagten liegt.

a.

Die Regelung zum „Premiumversand“ verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, so dass eine Unwirksamkeit auch dann die Folge wäre, wenn man von einer kontrollfreien Preishauptabrede ausgehen wollte.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden nach dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der in Rede stehenden Klausel einheitlich so auszulegen, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden wird (BGH NJW 2013, 995; NJW-RR 15, 181). Zweifel bei der Auslegung gehen dabei gemäß § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders. Außer Betracht bleiben solche Auslegungsmöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und daher nicht in Betracht zu ziehen sind (BGH aaO). Die Option „Premiumversand“ weist Kosten in Höhe von zuletzt 29,90 € aus, die neben den offenkundigen Kosten für den Versand an sich (Porto) noch einen in der Höhe nicht benannten Anteil von Bearbeitungsgebühren enthalten. Anders als bei klassischen Versandoptionen werden so nicht Aufwendungen, die der Beklagten durch Inanspruchnahme eines Dritten entstehen, im Sinne der Darlegung eines Aufwendungsersatzanspruchs nach §§ 675, 670 BGB transparent weitergegeben, sondern zusätzliche „Bearbeitungsgebühren“ erhoben. Welche konkrete zusätzliche Tätigkeit über die Versandleistung hinaus von der Beklagten bewirkt und von dem Kunden bezahlt werden soll, ist in der Aufstellung nicht begründet und für einen redlichen durchschnittlichen Kunden so weder auf die Berechtigung dem Grunde nach noch auf die Angemessenheit der Höhe nach überprüfbar. Dies gilt umso mehr, als bereits der Preis für die Tickets, der als „Normalpreis“ bezeichnet ist, wie dargestellt die „MwSt, die Vorverkaufsgebühr und eine Buchungsgebühr von max. 2 €“ enthält. Insgesamt ist daher nicht nachvollziehbar, welche Leistung zusätzlich zu den bereits berechneten Vorverkaufsgebühren, dem Betrag, der als „Buchungsgebühr ausgewiesen“ ist, und schließlich den Kosten für die Zustellung, als weitere Bearbeitungsgebühr für den Premiumversand vergütet werden soll.

Soweit die Beklagte zu den Bearbeitungsgebühren angegeben hat, dass es sich um Kosten für die Vermittlungstätigkeit handelt, ist dem schon entgegenzuhalten, dass sie selber ihre Vermittlungstätigkeit ausschließlich isoliert im Interesse des Veranstalters und gerade nicht im Kundeninteresse erbringen will. Entscheidend ist jedoch, dass die Beklagte bereits bei der Berechnung des Normalpreises eben diesen Aufwand bereits vergütet erhält, namentlich in Form der Vorverkaufsgebühren, zudem auch in Form der weiteren „Buchungsgebühren von max. 2 €“. Da die Beklagte in den Bearbeitungsgebühren zum „Premiumversand“ Vermittlungsaufwand berechnet, verstößt die Klausel - und auch insoweit sind die Ausführungen des Landgerichts zutreffend - zudem auch gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Denn eine Unwirksamkeit ist dann anzunehmen, wenn Entgeltklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit wesentlichen Grundgedanken der Rechtsordnung unvereinbar sind, weil Aufwand für Tätigkeiten auf den Kunden abgewälzt wird, zu denen der Verwender gesetzlich oder nebenvertraglich verpflichtet ist oder die er überwiegend im eigenen Interesse erbringt (BGH, Urteil vom 22.09.2016 – III ZR 264/15 –, Rn. 28, juris m.w.N.). Die von der Beklagten angebotene Option „Premiumversand“ beinhaltet in Form der Bearbeitungsgebühren solche Kosten. Denn die Vermittlungsleistung, deren Kosten auf den Kunden abgewälzt werden, ist eine Leistung, die von der Beklagten überwiegend im eigenen Interesse vorgenommen wird. Diese ist zum Verschaffen des Tickets zur Erfüllung der Hauptleistung ohnehin verpflichtet (s.o.). Neben der Tatsache, dass die entsprechenden Kosten bereits im Normalpreis ausgewiesen wurden, weicht die Beklagte schließlich auch von der gesetzlichen Regelung des Aufwendungsersatzanspruchs gemäß §§ 675, 670 BGB bereits deswegen ab, weil in der Klausel - anders als bei reinen Portokosten - gerade keine Orientierung an der Höhe der konkret entstandenen Aufwendungen erfolgt (vgl. hierzu auch unten b.).

b.

Auch die Klausel zum Selbsta Ausdruck im Wege des „ticketdirect“ zu 2,50 € hält einer Inhaltskontrolle nicht stand, da sie eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders begründet.

aa.

Ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist anzunehmen, wenn die zu erledigenden Arbeiten keine Leistung gegenüber dem Kunden darstellen, sondern überwiegend dem Interesse des Verwenders dienen (Bamberger/Roth/Schmidt, aaO. Rn. 56). Un-

angemessen sind zudem Regelungen, die ein Zusatzentgelt für Leistungen festlegen, die nach dem Gesamtbild des Vertrags sowie den hieraus folgenden, berechtigten Verkehrserwartungen zur „Grundleistung“ des Verwenders gehören und die mit dem Grundpreis abgegolten sind (Staudinger/Coester, aaO. Rn. 329a). Beide Kriterien sind vorliegend erfüllt: Die Verschaffung des Zugangs zu dem für den Besuch der Veranstaltung zwingend notwendigen Ticket, sei es durch stoffliche Übersendung oder aber durch elektronische Übersendung bzw. durch Ermöglichung des Abrufs, ist zwar nicht die Hauptpflicht, sie gehört aber (auf welche Art auch immer vorgenommen) zur erfolgreichen Vermittlungstätigkeit der Beklagten und dient dazu, deren Hauptleistungspflicht zu erfüllen. Die Möglichkeit des „ticketdirect“ beinhaltet daher hauptsächlich eine Leistung, die die Beklagte im eigenen Erfüllungsinteresse aufgrund der Vermittlungstätigkeit erbringt. Auch die Generierung der Tickets erfolgt vornehmlich im eigenen Interesse der Beklagten, denn die Option des „ticketdirect“ ist maßgeblich ein möglicher Bestandteil des Leistungsangebotes der Beklagten für Veranstalter: Die Beklagte bietet diesen ein Vertriebssystem mit Möglichkeiten bis hin zur vollständigen Verwaltung und Abwicklung des gesamten Kartenvorverkaufs einschließlich Zahlungsabwicklung. Die Möglichkeit des „ticketdirect“ ist dabei keine stets für Kunden verfügbare Option, sondern (da sie z.B. wegen der Vervielfältigungsmöglichkeit ein Erfassungssystem der Veranstalter zur Verhinderung erneuter Nutzung bereits entwerteter Tickets/Barcodes voraussetzt) ein Baustein aus dem entgeltlichen Leistungsangebot der Beklagten, den ein Veranstalter bei Interesse in Anspruch nehmen kann, namentlich um bis unmittelbar vor Beginn der Veranstaltung sog. „Spontankäufe“ zu ermöglichen und die Zahl der abgesetzten Tickets zu maximieren. Zwar hat der Kunde grundsätzlich ebenfalls ein Interesse daran, die Zutrittsmöglichkeit zu der Veranstaltung durch den notwendigen Erhalt des Tickets sicherzustellen. Dieses Interesse ist jedoch der Ausdruck eines Interesses des Kunden an der Erfüllung des Vertrages durch die Beklagte und gerade kein Ausdruck einer eigenen im Zuge des Vertrags übernommenen Verpflichtung.

Da, wie oben bereits dargelegt, das zwischen der Beklagten und den Veranstaltern vereinbarte Ticketsystem eine Übermittlung der Tickets an den Kunden für die erfolgreiche Vermittlungstätigkeit voraussetzt und die Beklagte neben den Ticketkosten auch Kosten für den Vorverkauf sowie für den Buchungsvorgang als bereits im „Normalpreis“ enthalten ausweist, können die Kosten für die Übermittlung durch „ticketdi-

rect“ von einem verständigen Durchschnittskunden schließlich auch berechtigterweise als mit dem Ticketpreis abgegolten betrachtet werden.

bb.

Die für die Leistung erhobene Servicegebühr von 2,50 € weicht zudem gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB von dem (für den reinen postalischen Versand bestehenden) Aufwendungsersatzanspruch der Beklagten gemäß §§ 675, 670 BGB ab. Aufwendungen im Sinne von § 670 BGB sind freiwillige Vermögensopfer, die der Beauftragte zur Erreichung des Auftrags- oder Geschäftsbesorgungszwecks erbringt (BGH, Urteil vom 22.09.2016 – III ZR 264/15 –, Rn. 17, juris m.w.N.). Zur Begründung einer Ersatzpflicht müssen die Aufwendungen nachweisbar im konkreten Einzelfall entstanden sein (BGH aaO.; BGH, Urteil vom 19.05.2016, III ZR 399/14 Rn. 19, juris). Eine solche Orientierung an der Höhe der konkret entstandenen Aufwendungen erfolgt vorliegend durch die Beklagte nicht. Anders als bei Portokosten sind konkrete Aufwendungen nicht ausgewiesen, die Beklagte erhebt in Abweichung von § 670 BGB vielmehr eine Pauschale. Zwar kann auch eine solche Pauschale in Einzelfällen zulässig sein (vgl. BGH, Urteil vom 22.09.2016 - III ZR 264/15, Rn. 31ff.). Die von der Beklagten vorliegend berechneten 2,50 € pro Bestellvorgang entsprechen jedoch - wie sie selbst darlegt - gerade nicht dem „Selbstkostenpreis“. Zudem sind erforderliche Aufwendungen der Beklagten bereits dem Grunde nach nicht dargelegt. Die Beklagte übersendet bei „ticketdirect“ dem Kunden eine automatisiert erstellte Email über die Bestätigung des Vorgangs und übermittelt dem Kunden einen Link zum Abruf des systemseitig bereits automatisiert erstellten und vorhandenen Tickets von ihren Servern. Soweit die Beklagte zu dem hierfür notwendigen Aufwand darauf verweist, dass generell eine Infrastruktur zum Online-Abruf bereitgestellt werden müsse, stellt dieser Verweis keinen konkreten Nachweis von tatsächlichen Aufwendungen dar. Der Betrieb von eigenen Servern und Ressourcen ist bereits dem Geschäftsmodell der Beklagten immanent, denn diese betreibt ihre gesamte Vermittlung, Kommunikation mit Käufern, Sitzplatzauswahl, Kontingentverwaltung etc. elektronisch und onlinebasiert. Die entsprechende Infrastruktur ist daher schon notwendig, um überhaupt von Veranstaltern für die Vermittlungs- und Abwicklungstätigkeit beauftragt zu werden. Die Kosten der technischen Einrichtungen der Beklagten, welche für den Betrieb und den Buchungsvorgang erforderlich sind, sind in der Kalkulation der Vorverkaufsgebühren und ggf. in der „Buchungsgebühr“ im so genannten „Normalpreis“ enthalten. Dass die Beklagte allein für die Umsetzung der Option „ticketdirect“ noch weitere Infrastruktur vorhält, die über die

für den Bestellvorgang und die Abwicklung ohnehin erforderliche Ausstattung hinausgeht, ist nicht dargelegt und auch nicht ersichtlich.

4.

Da die Beklagte weiterhin die streitgegenständlichen Klauseln für wirksam hält und diese verwendet, hat das Landgericht richtigerweise eine Wiederholungsgefahr angenommen.

5.

Ebenfalls zutreffend und mit zutreffender Begründung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, hat das Landgericht schließlich den Anspruch des Klägers aus § 5 UKlaG i. V. m. § 12 Abs. 1 UWG auf Ersatz von Aufwendungen i.H.v. 260 € bejaht. Die entsprechende Einschätzung wurde im Berufungsverfahren nicht beanstandet und deckt sich mit der des Senats.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, da die Frage der Wirksamkeit der Vereinbarung von Entgelten für eine besondere Versendungsart sowie für die Möglichkeit des Selbstausdrucks von Veranstaltungstickets in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Telemediendienstes bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden ist.

V.

Der Streitwert beruht auf §§ 3-5 ZPO, 47, 48 GKG.

gez. Lüttringhaus

gez. Dr. Röfer

gez. Hogenkamp