



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **HINWEIS-BESCHLUSS**

I ZR 195/20

vom

18. November 2021

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 18. November 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, die Richter Feddersen und Odörfer

einstimmig beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die zugelassene Revision der Beklagten gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg - 15. Zivilsenat - vom 12. November 2020 gemäß § 552a Satz 1 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

Die Parteien erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses.

#### Gründe:

- 1 I. Die Klägerin ist eine Verbraucherzentrale. Die Beklagte betreibt ein Internetportal, auf dem sie unter anderem Buchungen für Flüge vermittelt.
- 2 Die Klägerin nahm im Jahr 2016 eine Testbuchung vor, deren Ablauf sie in der Anlage K 6 dokumentiert hat. Dabei fiel der niedrigste Gesamtpreis an, wenn sich der Buchende der Zahlungsmethoden "Visa Entropay" oder "Viabuy Prepaid MasterCard" bediente, die jeweils einen Verbreitungsgrad bei den Kunden der Beklagten von unter 5% aufwiesen. Wählte der Buchende eine andere Zahlungsart wie zum Beispiel "Visa Kreditkarte" oder "Mastercard Kreditkarte", fielen ein "Entgelt pro Kartentyp" von 13,70 € und eine "Servicepauschale" von 23,80 € an. Die gleichen Beträge erhob die Beklagte bei einer Zahlung per Sofortüberweisung. Bei einer Zahlung über Paypal betrug das Entgelt - bei unveränderter Servicepauschale - 15,70 €.

3 Nach erfolgloser Abmahnung hat die Klägerin - soweit für das Revisionsverfahren relevant - beantragt, der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen,

als Vermittler Verbrauchern im Internet Flüge zur Buchung unter Einschluss einer "Servicepauschale" anzubieten, ohne dem Verbraucher mindestens eine gängige und zumutbare Zahlungsmöglichkeit zur Verfügung zu stellen, für die kein Zahlungsmittelentgelt verlangt wird, wie geschehen in Bezug auf die Flugbuchung nach Anlage K 6, Seiten 3 bis 6.

4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Hamburg, GRUR-RR 2021, 162). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren auf Klageabweisung gerichteten Antrag weiter.

5 II. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klage sei zulässig. Es bestehe keine inhaltliche Überschneidung mit einem anderen Klageantrag (zum Wortlaut vgl. Rn. 23), hinsichtlich dessen das Urteil des Landgerichts in Rechtskraft erwachsen sei. Die rechtskräftige Verurteilung der Beklagten beziehe sich auf ihre Verpflichtung zur Ausweisung des Endpreises nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft, während vorliegend § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB in Rede stehe, der die Verfügbarkeit mindestens einer gängigen und zumutbaren unentgeltlichen Zahlungsmöglichkeit verlange. Die Klage sei begründet, weil die Beklagte gegen diese mit dem Unionsrecht vereinbare Vorschrift verstoßen habe. Die von der Beklagten unentgeltlich akzeptierten Zahlungsmittel "Visa Entropay" und "Viabuy Prepaid MasterCard" seien nicht gängig; alle übrigen von ihr akzeptierten Zahlungsmittel seien nicht unentgeltlich. Auch die "Servicepauschale" stelle sich aus Sicht des durchschnittlichen Verbrauchers als Entgelt dar.

6 Die Revision sei zuzulassen, weil sich die Frage, ob die beanstandete Handlung der Beklagten gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB verstoße, in einer unbestimmten Zahl von Fällen stellen könne und deswegen grundsätzliche Bedeutung habe. Zudem habe das Oberlandesgericht Dresden (GRUR-RS 2020, 6067) in einem vergleichbaren Fall die Revision zugelassen. Da der Bundesgerichtshof hierbei möglicherweise zu einem anderen Ergebnis gelange, sei das Interesse an der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung berührt.

7 III. Der Senat beabsichtigt, die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten durch einstimmigen Beschluss gemäß § 552a Satz 1 ZPO zurückzuweisen, weil er davon überzeugt ist, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht mehr vorliegen (dazu III 1) und die Revision keine Aussicht auf Erfolg hat (dazu III 2).

8 1. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind zwischenzeitlich entfallen.

9 a) Die Revision ist nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, wenn die Rechtsache grundsätzliche Bedeutung hat (Nr. 1) oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (Nr. 2). Maßgeblich für die Beurteilung nach § 552a ZPO, ob die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision vorliegen, ist der Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Regelungsbereich des § 552a ZPO erfasst danach auch den Fall, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision im Zeitpunkt der Entscheidung des Berufungsgerichts vorgelegen haben, aber bis zur Entscheidung des Revisionsgerichts entfallen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Januar 2021 - I ZR 173/20, juris Rn. 9 mwN). So verhält es sich im Streitfall.

b) Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache ist durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. August 2021 (X ZR 23/20, WRP 2021, 1600) entfallen, mit dem er die Revision gegen die vom (hiesigen) Berufungsgericht erwähnte Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden vom 11. Februar 2020 (GRUR-RS 2020, 6067) zurückgewiesen hat.

11           aa) Im vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall berechnete die dortige Beklagte in ihrem Internetportal den Kunden eine als "ServiceFee" bezeichnete Gebühr pro Flugstrecke und einen Rabatt in derselben Höhe bei Zahlung mit einer im Buchungsverlauf voreingestellten Kreditkarte, die sie in Zusammenarbeit mit einer Direktbank kostenlos vertrieb. Hierin hat der Bundesgerichtshof einen Verstoß gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB gesehen, weil die voreingestellte Kreditkarte nicht gängig war und die Beklagte für die Nutzung aller anderen Zahlungsmittel ein zusätzliches Entgelt erhob (BGH, WRP 2021, 1600 Rn. 15 bis 25).

12           bb) Nach § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB ist eine Vereinbarung unwirksam, durch die ein Verbraucher verpflichtet wird, ein Entgelt dafür zu zahlen, dass er für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten ein bestimmtes Zahlungsmittel nutzt, wenn für den Verbraucher keine gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit besteht. Der Bundesgerichtshof hat die Anwendung dieser Vorschrift im genannten Urteil für mit dem Unionsrecht vereinbar gehalten (BGH, WRP 2021, 1600 Rn. 12 bis 14 und 26 f.). Für den Streitfall gilt nichts Anderes.

13           (1) Der Bundesgerichtshof hat unter Verweis auf ein früheres Urteil (vom 18. Juli 2017 - KZR 39/16, NJW 2017, 3289 Rn. 19 - Sofortüberweisung) bekräftigt, dass die in der Literatur umstrittene Frage, ob § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB auf alle Arten von Verbraucherverträgen Anwendung findet, zumindest dann dahingestellt bleiben kann, wenn die in Streit befindliche Zahlungsentgeltvereinbarung in den Anwendungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen fällt. Denn nach Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher bleibt das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom

Regelungsbereich der Richtlinie unberührt (BGH, WRP 2021, 1600 Rn. 13). Werden die abstrakten und für eine Vielzahl von Vertragsschlüssen konzipierten Regeln beanstandet, die einem Buchungsvorgang zugrunde liegen, fällt auch dies in den Anwendungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (BGH, WRP 2021, 1600 Rn. 14).

14 (2) Für den Streitfall kann nichts Anderes gelten, auch wenn das Berufungsgericht offengelassen hat, ob eine Vereinbarung in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegt. Die Revision behauptet zwar, bei der Abrede über die Servicepauschale handele es sich um eine am Ende des Buchungsvorgangs zustande kommende Individualvereinbarung. Sie legt aber nicht konkret dar, warum die Servicepauschale nicht als Teil der zum fraglichen Zeitpunkt für jeden Buchungsvorgang geltenden Bestimmungen anzusehen sein und worin eine Abweichung von diesen Bestimmungen liegen soll.

15 (3) Danach bedarf es im Streitfall keiner Entscheidung, ob § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB mit Blick auf Individualvereinbarungen gegen die in Art. 4 angeordnete Vollharmonisierung im Bereich der Richtlinie 2011/83/EU verstößt. Die Revision meint (unter Berufung auf Omlor, NJW 2014, 1703, 1706 f.), dass dies der Fall sei, weil die Voraussetzungen, unter denen Unternehmer von Verbrauchern Zahlungsmittelentgelte erheben dürften, durch den - in § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB umgesetzten - Art. 19 der Richtlinie 2011/83/EU abschließend geregelt werde. Das Berufungsgericht hat § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB demgegenüber für unionsrechtskonform gehalten, weil Art. 19 der Richtlinie 2011/83/EU allein regle, dass Unternehmer von Verbrauchern maximal kostendeckende Entgelte für die Nutzung von Zahlungsmitteln erheben dürften, und außerhalb dieses Bereichs nach Art. 3 Abs. 2 dieser Richtlinie vorrangig Art. 62 Abs. 5 der Richtlinie (EU) 2015/2366 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt anzuwenden sei, der den Mitgliedstaaten gestatte, die Erhebung von Entgelten durch den Zahlungsempfänger zu untersagen oder begrenzen (kritisch hierzu Omlor, WM 2018, 937, 939).

16 cc) Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof die von der dortigen Be-  
klagten erhobene "ServiceFee" als Entgelt für ein Zahlungsmittel im Sinne des  
§ 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB angesehen. Auch insoweit kann für den Streitfall nichts  
Anderes gelten.

17 (1) Der Bundesgerichtshof hat den Entgeltcharakter der "ServiceFee" da-  
mit begründet, dass sich der Preis erhöhte, sobald der Kunde ein anderes als  
das voreingestellte Zahlungsmittel wählte (BGH, WRP 2021, 1600 Rn. 16), und  
die Gegenüberstellung von Servicegebühr und Rabatt bei der voreingestellten  
Kreditkarte dem Kunden den Eindruck vermittelte, der höhere Preis sei nicht die  
Folge von - nicht näher spezifizierten - Serviceleistungen, sondern beruhe allein  
auf der Auswahl eines anderen Zahlungsmittels (BGH, WRP 2021, 1600 Rn. 18).

18 (2) Auch der Streitfall betrifft die Frage, ob die Erhebung eines Service-  
entgelts für nicht näher spezifizierte Serviceleistungen dazu führt, dass ein Zah-  
lungsmittel nicht mehr als unentgeltlich im Sinne des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB  
anzusehen ist.

19 c) Der Bedarf, die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtspre-  
chung zuzulassen, ist durch das genannte Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH,  
WRP 2021, 1600) ebenfalls entfallen. Der Bundesgerichtshof hat das Urteil des  
Oberlandesgerichts Dresden (GRUR-RS 2020, 6067) bestätigt und damit auch  
im Sinne des hiesigen Berufungsgerichts entschieden.

20 2. Die Revision hat zudem keine Aussicht auf Erfolg. Der Klägerin steht  
ein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG, § 312a  
Abs. 4 Nr. 1 BGB gegen die Beklagte zu.

21 a) Die Klage ist zulässig.

22 aa) Gegen die Klagebefugnis der Klägerin wendet sich die Revision zu  
Recht nicht. Diese besteht auch nach der ab dem 1. Dezember 2021 geltenden

Fassung des § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG fort, weil die Klägerin in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragen ist.

23 bb) Entgegen der Ansicht der Revision steht der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen, dass das Urteil des Landgerichts bezüglich eines Klageantrags in Rechtskraft erwachsen ist, mit dem es der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel untersagt hat,

als Vermittler Verbrauchern Flüge zur Buchung unter Angabe von Endpreisen anzubieten, wie aus Anlage K 3, Seite 1, Anlage K 5, Seite 1, Anlage K 6, Seite 1 ersichtlich, wenn diese Endpreise nicht eine "Servicepauschale" und ein "Zahlungsentgelt" berücksichtigen, die der Verbraucher jeweils nur dadurch vermeiden kann, dass er für die Zahlung Zahlungskarten mit einem Verbreitungsgrad von unter 5% einsetzt, wie geschehen in Bezug auf die Zahlungskarten "Visa Entropay" und "Viabuy Prepaid MasterCard" nach Anlage K 6.

24 Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, betrifft dieser Antrag einen Verstoß der Beklagten gegen das aus Art. 23 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 folgende Gebot, stets den zu zahlenden Endpreis auszuweisen, der den anwendbaren Flugpreis sowie alle anwendbaren Steuern und Gebühren, Zuschläge und Entgelte, die unvermeidbar und zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vorhersehbar sind, einschließen muss. Der Klägerin ist es nicht verwehrt, die konkrete Verletzungsform unter verschiedenen Aspekten anzugreifen und diese im Wege der kumulativen Klagehäufung zu jeweils getrennten Klagezielen zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2012 - I ZR 230/11, BGHZ 194, 314 Rn. 24 f. - Biomineralwasser).

25 b) Die Klage ist auch begründet.

26 aa) Der rechtsfehlerfreien Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte mit ihrem Internetangebot eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorgenommen hat, tritt die Revision nicht entgegen.

27 bb) Die Beklagte hat gegen die Marktverhaltensregelung des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB verstoßen.



28 (1) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Vorschrift des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG darstellt. Die Revision erhebt insoweit keine Rügen.

29 (2) Die Revision nimmt auch hin, dass das Berufungsgericht die Zahlungsmittel "Visa Entropay" oder "Viabuy Prepaid MasterCard", die die Beklagte ohne Erhebung einer Servicepauschale (und eines als solches ausgewiesenen Entgelts) akzeptiert hat, nicht als gängig im Sinne des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB angesehen hat. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

30 (3) Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht die weiteren von der Beklagten akzeptierten Zahlungsmöglichkeiten als nicht unentgeltlich im Sinne des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB betrachtet hat, weil die von ihr erhobene Servicepauschale ein verdecktes Zahlungsmittelentgelt darstellt. Zur Begründung hat das Berufungsgericht ausgeführt, auch die Erhebung eines verdeckten Zahlungsmittelentgelts verstoße wegen des Umgehungsverbots in § 312k Abs. 1 Satz 2 BGB gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB. Werde ein erhöhtes Entgelt - unabhängig von seiner Bezeichnung - nur bei Zahlung mit bestimmten Zahlungsmitteln erhoben, müsse der Verbraucher davon ausgehen, dass es wegen der Benutzung dieser Zahlungsmittel anfalle. Das gelte auch dann, wenn - wie hier - mehrere Entgeltbestandteile abhängig von der Wahl des Zahlungsmittels seien. An diesem Eindruck des Verbrauchers ändere auch die Rabattierung um die Servicepauschale bei einer Zahlung mit "Visa Entropay" und "Viabuy Prepaid MasterCard" nichts.

31 Soweit die Revision geltend macht, der durchschnittliche Verbraucher stelle keinen Zusammenhang zwischen der Servicepauschale und dem gewählten Zahlungsmittel her, zeigt sie keinen Rechtsfehler des Berufungsgerichts auf.

Die Beurteilung des Bundesgerichtshofs steht zudem - wie ausgeführt (Rn. 17) - im Einklang mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. August 2021 (WRP 2021, 1600) zu einer unter vergleichbaren Umständen erhobenen "ServiceFee".

32 cc) Mit Recht hat das Berufungsgericht den Verstoß der Beklagten als im Sinne des § 3a UWG geeignet angesehen, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Hiergegen wendet sich die Revision nicht.

33 dd) Die Revision erinnert auch nichts gegen die vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei bejahte Wiederholungsgefahr für einen solchen Verstoß.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Odörfer

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 25.04.2017 - 406 HKO 201/16 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 12.11.2020 - 15 U 79/19 -