



BUNDESGERICHTSHOF

HINWEIS-BESCHLUSS

I ZR 205/20

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

beschlossen:

Der Senat weist darauf hin, dass die Revision der Beklagten gegen ihre vom Berufungsgericht ausgesprochene Verurteilung zur Unterlassung Aussicht auf Erfolg hat, weil der Klageantrag insoweit nicht den Bestimmtheitsanforderungen genügt. Der Sache nach liegt aber ein Wettbewerbsverstoß der Beklagten vor. Im Falle der Durchführung des Revisionsverfahrens wird die Sache voraussichtlich (teilweise) an das Berufungsgericht zurückzuverweisen sein, um der Klägerin Gelegenheit zur Stellung eines hinreichend bestimmten Unterlassungsantrags zu geben.

Die Parteien erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme binnen sechs Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses. Der Senat stellt den Parteien anheim, sich auf Basis der im Beschluss enthaltenen Hinweise gütlich zu einigen.

Gründe:

- 1 I. Die Klägerin ist eine Fluggesellschaft. Die Beklagte betreibt ein Internetportal, auf dem sie unter anderem Buchungen für Flüge der Klägerin vermittelt.
- 2 Suchte ein Interessent auf dem Internetportal der Beklagten nach einem zu seinen Vorgaben passenden Flug, wurde das Ergebnis der Suche zunächst mit dem bei Zahlung mit der Prepaid-Kreditkarte "Visa Entropay" geltenden Preis angezeigt. Der Interessent konnte auf dieser Ergebnisseite auch andere Zahlungsmittel wählen. Dies führte - außer bei Wahl des Zahlungsmittels "Viabuy

Prepaid MasterCard" - zu einer Erhöhung des Gesamtpreises. Bei einer von der Klägerin durchgeführten Testbuchung erhöhte sich der Gesamtpreis bei Auswahl des Zahlungsmittels "Visa Kreditkarte" von 41,49 € auf 59,81 €.

3 Die Beklagte ist der Ansicht, es handele sich bei dem Aufschlag um eine Servicegebühr.

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

im Wettbewerb handelnd im Hinblick auf das Auffinden und Buchen von Flugreiseangeboten auf der Internetseite www. .de Flüge zur Buchung anzubieten, ohne dass dem Kunden mindestens eine gängige und zumutbare Zahlungsmöglichkeit (z.B. Überweisung, Lastschrift oder Visa-Kreditkarte) zur Verfügung gestellt wird, für die er kein Entgelt zahlen muss.

5 Darüber hinaus hat die Klägerin die Zahlung von 2.636,90 € nebst Zinsen für Abmahnkosten verlangt.

6 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist überwiegend ohne Erfolg geblieben; lediglich die zu erstattenden Abmahnkosten hat das Berufungsgericht auf einen Betrag von 1.863,40 € nebst Zinsen reduziert. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren auf Klageabweisung gerichteten Antrag weiter.

7 II. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klage sei zulässig. Insbesondere seien die aus der Vorschrift des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB in den Klageantrag übernommenen Begriffe "gängig" und "zumutbar" hinreichend bestimmt. 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" oder "Viabuy Prepaid MasterCard" seien nicht gängig, alle übrigen Zahlungsmittel akzeptiere sie nicht unentgeltlich. Auch

eine "Servicepauschale" stelle sich aus Sicht des durchschnittlichen Verbrauchers als Entgelt dar.

8 III. Der Senat weist darauf hin, dass die Klage aufgrund des unbestimmten Unterlassungsantrags teilweise Aussicht auf Erfolg hat (dazu III 1). Der Sache nach liegt aber ein Wettbewerbsverstoß der Beklagten vor (dazu III 2). Im Falle der Durchführung des Revisionsverfahrens wird die Sache voraussichtlich teilweise an das Berufungsgericht zurückzuverweisen sein, um der Klägerin Gelegenheit zur Stellung eines hinreichend bestimmten Unterlassungsantrags zu geben (dazu III 3).

9 1. Die Revision hat teilweise Aussicht auf Erfolg, weil der Unterlassungsantrag der Klägerin nicht hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und die Klage daher insoweit unzulässig ist.

10 a) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag - und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung - nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht klar umrissen sind, der Beklagte sich deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und im Ergebnis dem Vollstreckungsgericht die Entscheidung darüber überlassen bleibt, was dem Beklagten verboten ist. Aus diesem Grund sind Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen. Abweichendes kann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist, oder wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert. Die Bejahung der Bestimmtheit setzt in solchen Fällen allerdings grundsätzlich voraus, dass zwischen den Parteien kein Streit darüber besteht, dass das beanstandete Verhalten das fragliche Tatbestandsmerkmal erfüllt. Die Wiedergabe

des gesetzlichen Verbotstatbestands in der Antragsformulierung ist auch un-
schädlich, wenn sich das mit dem selbst nicht hinreichend klaren Antrag Begehrte
im Tatsächlichen durch Auslegung unter Heranziehung des Sachvortrags des
Klägers eindeutig ergibt und die betreffende tatsächliche Gestaltung zwischen
den Parteien nicht infrage gestellt ist, sondern sich ihr Streit ausschließlich auf
die rechtliche Qualifizierung der angegriffenen Verhaltensweise beschränkt. Eine
auslegungsbedürftige Antragsformulierung kann im Übrigen hinzunehmen sein,
wenn dies zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes erforderlich ist (st.
Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 22. Juli 2021 - I ZR 194/20, GRUR 2021,
1534 Rn. 34 = WRP 2021, 1556 - Rundfunkhaftung, mwN).

11 b) Die Revision rügt mit Recht, dass der Unterlassungsantrag der Klägerin
nach diesen Grundsätzen nicht hinreichend bestimmt ist.

12 aa) Mit der Wendung "gängige und zumutbare Zahlungsmöglichkeit ...", für
die er [der Kunde] kein Entgelt zahlen muss" greift der Unterlassungsantrag die
wesentlichen Tatbestandsmerkmale des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB nahezu wört-
lich auf. Jedenfalls die Begriffe "gängig" und "zumutbar" sind auslegungsbedürf-
tig, so dass die Wiedergabe des gesetzlichen Verbotstatbestands im Ausgangs-
punkt nicht den an einen Unterlassungsantrag anzulegenden Bestimmtheitsan-
forderungen genügt.

13 bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts besteht für die Begriffe
"gängig" und "zumutbar" auch keine gefestigte Auslegung, die geeignet wäre,
ihre Unbestimmtheit zu überwinden.

14 (1) Es besteht keine gefestigte Auslegung zu der Frage, welchen Verbrei-
tungsgrad ein Zahlungsmittel gefunden haben muss, um als gängig zu gelten.
Die vom Berufungsgericht zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH,
Urteil vom 20. Mai 2010 - Xa ZR 68/09, BGHZ 185, 359 Rn. 53 f.) verhält sich zu
dieser Frage nicht. Die instanzgerichtlichen Entscheidungen, die das Berufungs-
gericht darüber hinaus aufgeführt hat (OLG Frankfurt, K&R 2017, 135 [juris

Rn. 32 bis 35]; OLG Dresden, MDR 2015, 602 [juris Rn. 18]; LG Mannheim, Urteil vom 10. Februar 2017 - 7 O 73/16, juris Rn. 24), betreffen jeweils eindeutige Fälle, erlauben aber keine hinreichende Konkretisierung des Grenzbereichs. In der Literatur wird vertreten, die Feststellung, ob eine Zahlungsmöglichkeit gängig und zumutbar ist, könne nur im Einzelfall und unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände getroffen werden (vgl. MünchKomm.BGB/Wendehorst, 8. Aufl., § 312a Rn. 82).

15 (2) Nichts Anderes gilt für den Begriff "zumutbar". Der Bundesgerichtshof hat zwar bereits entschieden, dass ein gängiges Zahlungsmittel in aller Regel dem Kunden auch zumutbar ist, die Unzumutbarkeit sich jedoch aus besonderen Umständen wie einem dem Verbraucher entstehenden Mehraufwand, eintretenden Verzögerungen und ihrer Bedeutung im Lichte des Vertragszwecks sowie Sicherheitsaspekten ergeben kann (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2017 - KZR 39/16, NJW 2017, 3289 Rn. 21; ebenso zuvor OLG Frankfurt, K&R 2017, 135 [juris Rn. 36]). Diese Konkretisierung ist jedoch nicht dazu geeignet, dem Begriff die für die Verwendung in einem Unterlassungsantrag erforderliche Bestimmtheit zu verleihen, weil sie ihrerseits auf ausfüllungsbedürftige Begriffe verweist. Die in der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vorgenommene Beurteilung für das Zahlungsmittel "Sofortüberweisung" sowie die in der Literatur aufgeführten Beispielfälle (vgl. jurisPK-BGB Junker, 8. Aufl. Stand: 16. Januar 2019, § 312a Rn. 52 mwN) überwinden die Unbestimmtheit des Begriffs "unzumutbar" ebenfalls nicht.

16 cc) Die Klägerin hat sich in ihrem Unterlassungsantrag auch nicht an der konkreten Verletzungshandlung orientiert, sondern ein umfassendes Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts begehrt. Der Antrag nimmt in keiner Weise Bezug auf die von der Klägerin konkret beanstandete Verhaltensweise, dass die Beklagte nur die Zahlungsmittel "Visa Entropay" und "Viabuy Prepaid MasterCard" entgeltfrei akzeptiert hat. Auch die im Antrag enthaltenen Beispiele für aus Sicht der Klägerin gängige und zumutbare Zahlungsmittel ("z.B. Überweisung,

Lastschrift oder Visa-Kreditkarte") sind von der konkreten Beanstandung losgelöst und tragen darüber hinaus - gerade im Grenzbereich - nichts zur Bestimmtheit der genannten Begriffe bei. Zudem streiten die Parteien darüber, ob die von der Beklagten als solche bezeichnete Servicegebühr ein Zahlungsmittelentgelt darstellt.

17 dd) Eine unbestimmte Antragsfassung ist auch nicht deswegen hinzunehmen, weil dies zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes erforderlich wäre. Die Klägerin hätte ohne Weiteres einen auf die konkrete Verletzungsform bezogenen Antrag stellen können.

18 2. Der Sache nach steht der Klägerin gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG, § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte zu.

19 a) Die Revision wendet sich zu Recht nicht gegen die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Klägerin als Mitbewerberin der Beklagten nach § 8 Abs. 3 Nr. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG aktivlegitimiert ist.

20 b) Auch 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.

21 c) Die Beklagte hat gegen die Marktverhaltensregelung des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB verstoßen. Danach 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. Die Anwendung dieser Vorschrift im Streitfall steht mit dem Unionsrecht im Einklang.

22 aa) 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.

23 bb) Ohne Erfolg rügt die Revision, dass das Berufungsgericht einen Verstoß der Beklagten gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB bejaht hat.

24 (1) Die Revision nimmt hin, dass das Berufungsgericht die Zahlungsmittel "Visa Entropay" oder "Viabuy Prepaid MasterCard", die die Beklagte ohne Entgelt (einschließlich der Erhebung einer Servicepauschale) akzeptiert hat, nicht als gängig im Sinne des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB angesehen hat. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

25 (2) 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.

26 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 Würdigung des Berufungsgerichts steht im Einklang mit einem Urteil des

Bundesgerichtshofs vom 24. August 2021 (X ZR 23/20, WRP 2021, 1600) zu einer unter vergleichbaren Umständen erhobenen "ServiceFee". In diesem 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). Den Entgeltcharakter der "ServiceFee" hat der Bundesgerichtshof damit 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).

27 cc) Die Anwendung des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB im Streitfall steht mit dem Unionsrecht im Einklang.

28 (1) Der Bundesgerichtshof hat in der genannten Entscheidung unter Verweis auf ein früheres Urteil (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).

29 (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.

30 (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).

31 d) 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.

32 e) Die Revision erinnert auch nicht gegen die vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei bejahte Wiederholungsgefahr für einen solchen Verstoß.

33 3. Im Falle der Durchführung des Revisionsverfahrens wird die Sache voraussichtlich teilweise an das Berufungsgericht zurückzuverweisen sein, um der Klägerin Gelegenheit zur Stellung eines hinreichend bestimmten Unterlassungsantrags zu geben.

34 a) Das folgt aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Anspruch der Parteien auf ein faires Gerichtsverfahren, die es bei erstmals in der Revisionsinstanz festgestellten Mängeln des Klageantrags gebieten, von einer Abweisung der Klage als unzulässig abzusehen und dem Kläger durch die Wiedereröffnung der Berufungsinstanz Gelegenheit zu geben, den aufgetretenen Bedenken durch eine angepasste Antragsfassung Rechnung zu tragen (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 11. Februar 2021 - I ZR 227/19, GRUR 2021, 758 Rn. 26 = WRP 2021, 610 - Rechtsberatung durch Architektin). Die Verurteilung zur Zahlung von Abmahnkosten ist hiervon nicht betroffen (zu den geringeren Bestimmtheitsanforderungen bei der Abmahnung vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Januar 2021 - I ZR 17/18, GRUR 2021, 752 Rn. 26 = WRP 2021, 746 - Berechtigte Gegenabmahnung, mwN).

35 b) Da durch eine Teilzurückweisung zusätzliche Kosten entstünden, stellt der Senat den Parteien anheim, sich auf Basis der in diesem Beschluss enthaltenen Hinweise gütlich zu einigen.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Odörfer

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 18.11.2016 - 315 O 28/16 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 26.11.2020 - 15 U 71/19 -