

Aktuelle rechtliche Entwicklungen zum Beförderungsvertrag

MICHAEL HOCHSTRASSER*

1. Einleitung

Der Beförderungsvertrag ist einer der häufigsten Verträge; jeden Tag dürften in der Schweiz schätzungsweise eine Million Beförderungsverträge geschlossen werden.¹ Gerichtsentscheide sind jedoch verhältnismässig selten. Beschäftigt haben die Praxis jüngst vor allem die Abgrenzung des Beförderungsvertrags zu anderen Verträgen, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Beförderers und die Passagierrechte.

Der Fokus dieses Aufsatzes liegt auf der Luftbeförderung, doch werden auch andere Transportarten einbezogen.

2. Beförderungsvertrag: Abgrenzung von anderen Verträgen

2.1 Definition des Beförderungsvertrags

Durch den Beförderungsvertrag verpflichtet sich der Beförderer², eine Person oder eine Sache in eigener Verantwortung zu transportieren.

Der Beförderungsvertrag enthält nach dieser Definition drei Merkmale: erstens eine Ortsveränderung (Transportieren); Objekt des Transports ist zweitens eine Person oder eine Sache; und drittens muss der Beförderer den Transport in eigener Verantwortung ausführen. Bei der Güterbeförderung gehört zum Transportieren auch, das Frachtgut abzuliefern. Oft ist der Transport entgeltlich³ und oft hat der Beförderer

* PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner bei der Schiller Rechtsanwälte AG in Winterthur. Der Aufsatz ist eine leicht erweiterte Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 24. Januar 2015 beim Seminar Luftrecht 2015 in Lenzburg hielt.

¹ Vgl. IIOCIISTRASSER MICHAEL, Der Beförderungsvertrag, Habil. Zürich 2015, N 10.

² Ich spreche allgemein vom «Beförderer». Soweit nur die Luftbeförderung betroffen ist, verwende ich auch die Bezeichnung «Luftfrachtführer».

³ Die Entgeltlichkeit kann Voraussetzung dafür sein, dass ein bestimmtes Gesetz oder Übereinkommen anwendbar ist (Art. 440 Abs. 1 OR; Art. 19 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 1 PBG; Art. 10 Abs. 1 GüTG; Art. 101 Abs. 1 SSG; Art. 1 Abs. 1 CMR). Ist kein Entgelt vereinbart, so schliesst das einen Beförderungsvertrag aber nicht aus (a.M. GUHL THEO/SCHNYDER ANTON K., Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 52 N 1; MARCIAND SYLVAIN, Commentaire romand, art. 440 CO N 40).

die Obhut⁴. Diese beiden Elemente sind aber nicht zwingend; ein Beförderungsvertrag kann auch vorliegen, wenn sie fehlen.

2.2 Abgrenzung im Allgemeinen

Für den Vertrag über eine Beförderung mit einem Flugzeug sehen internationale Übereinkommen (z.B. das Montrealer Übereinkommen⁵) und nationale Spezialgesetze (z.B. die Lufttransportverordnung⁶) besondere Vorschriften vor, insbesondere eine strenge Haftung des Beförderers, beschränkte Entlastungsgründe und Haftungslimiten. Diese Vorschriften gelten jedoch nur, wenn ein Beförderungsvertrag vorliegt – nicht bei anderen Verträgen. Der Vertragsqualifikation kommt daher grosse Bedeutung zu.

Am 10. Januar 2013 hat das Bundesgericht mit BGE 139 III 217 ff. ein Urteil gefällt, das für die Abgrenzung des Beförderungsvertrags von der Pauschalreise und vom Chartervertrag wichtig ist. Es betrifft die Beförderung mit einer Segeljacht, die Erwägungen sind aber auch für den Lufttransport aufschlussreich.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Y wollte mit zehn Personen vom 10. bis 24. Juli 2008 auf dem Mittelmeer kreuzen. Ein Makler vermittelte ihr eine Jacht im Hochpreissegment samt Personal und Hochsee-Sportausrüstung zum Preis von CHF 177'500. Am Ende hatte er drei Jachten vermittelt, denn die erste stand wegen mechanischer Probleme nicht zur Verfügung, und die zweite verließ Y nach vier Tagen, weil sie nach ihrer Auffassung nicht den vereinbarten Kriterien entsprach. Die dritte war in Ordnung, doch gerieten die Parteien in Streit über die Abrechnung.

2.3 Abgrenzung vom Pauschalreisevertrag

Eine Pauschalreise ist die im Voraus festgelegte Verbindung von mindestens zwei der folgenden Dienstleistungen, wenn diese Verbindung zu einem Gesamtpreis angeboten wird und länger als 24 Stunden dauert oder eine Übernachtung einschliesst (Art. 1 PauRG⁷):

⁴ Die Obhut des Beförderers wird als Merkmal des Beförderungsvertrags angeführt. Tatsächlich hat der Güterbeförderer das Frachtgut regelmässig in seiner Obhut und dadurch die Möglichkeit (und die Pflicht), es zu schützen. Die Obhut kann aber auch entfallen oder gelockert sein, so zum Beispiel beim begleiteten Viehtransport (BASEDOW JÜRGEN, Der Transportvertrag, Habil. Hamburg, Tübingen 1987, S.38). Der Personenbeförderer ist zwar zu Schutz und Sorge gegenüber dem Passagier verpflichtet. Eine eigentliche Obhut besteht aber nicht. Denn der Passagier bewegt sich innerhalb des Transportmittels frei; er kann und muss soweit möglich auf sich selber aufpassen. Dementsprechend hafter der Personenbeförderer nicht für sämtliche Schäden während der «Obhutszeit», sondern grundsätzlich nur für jene, die auf ein beförderungstypisches Risiko zurückzuführen sind (HOCHSTRASSER, *op. cit.* Fn. 1, N 182 ff.).

⁵ Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr (MÜ, SR 0.748.411).

⁶ SR 748.411.

⁷ Bundesgesetz über Pauschalreisen (SR 944.3).

- Beförderung;
- Unterbringung;
- andere touristische Dienstleistungen, die nicht Nebenleistungen von Beförderung oder Unterbringung sind und einen beträchtlichen Teil der Gesamtleistung ausmachen.

Im Fall, den das Bundesgericht zu beurteilen hatte, wurden die Gäste mit der Jacht nicht nur transportiert, sie übernachteten auch auf dem Schiff, wurden verpflegt und benützten die Hochsee-Ausrüstung.

Das Bundesgericht verneinte sowohl einen Beförderungsvertrag als auch eine Pauschalreise und bejahte einen Chartervertrag. Dabei stellte es Vergleiche zum Luftransport an und erwog Folgendes:

- Die Besatzung an Bord des Flugzeugs ist keine andere touristische Dienstleistung im Sinn von Art. 1 Abs. 1 lit. c PauRG («*Dans le cas où il est fourni un billet d'avion, il ne viendrait pas à l'idée de dire que la présence de l'équipage est une prestation supplémentaire parce que le touriste n'est pas obligé de piloter lui-même l'avion.*»; E. 2.1.3).
- Die während des Flugs servierte Mahlzeit ist eine andere touristische Dienstleistung, aber keine wesentliche im Sinn von Art. 1 Abs. 1 lit.c PauRG («... *fournir un plateau de repas sur un vol long-courrier n'est assurément pas une prestation touristique principale.*»; E. 2.1.3). Gleches gilt für den Schlafwagen bei der Eisenbahn (E. 2.1.2).
- Eine Kreuzfahrt beinhaltet ein Programm. Der Veranstalter denkt sich ein Reiseziel und attraktive Zwischenhalte aus und bietet das ganze Paket zu einem Pauschalpreis an. Das Programm ist eine andere touristische Dienstleistung (neben Transport und Unterbringung⁸). Eine Kreuzfahrt stellt damit eine Pauschalreise dar. Wer seine Reise hingegen wie Y selber organisiert und die dafür nötigen Verträge abschliesst – inklusive jener zur Benützung eines Transportmittels mit Besatzung – bucht keine Pauschalreise (E. 2.1.4).⁹

Zusammenfassend bedeutet das: Der Transport ist ein Beförderungsvertrag und wird nicht zur Pauschalreise, wenn Flugbegleiter den Passagier betreuen, wenn Getränke und eine Mahlzeit serviert werden, wenn Duty-free-Produkte verkauft werden oder eine Schlafkabine vorhanden ist. Wird die Beförderung hingegen als Paket zusammen mit einer Übernachtung oder mit einem Programm während der Zwischenlandung angeboten, liegt eine Pauschalreise vor.

⁸ Das erinstanzliche Genfer Gericht war zum Schluss gekommen, das Überlassen des Schiffs sei eine einzige Dienstleistung, die ihrer Natur nach sowohl den Transport als auch die Unterbringung beinhalte. Das Bundesgericht setzte sich nicht ausdrücklich mit dieser Ansicht auseinander, scheint ihr jedoch implizit zuzustimmen.

⁹ A.M. SCHMID JÖRG/ZBINDEN OLIVER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2013, ZBJV 151/2015, S. 26 ff., S. 50, die im Fall von Y eine Pauschalreise annehmen wollen. Als Grenzfall erachten sie einen mehr als 24-stündigen Langstreckenflug, auf dem der Passagier isst und schläft; ob ein solcher Flug eine Pauschalreise darstellt, lassen sie offen.

2.4 Abgrenzung vom Chartervertrag

Beim Chartervertrag überlässt der Vercharterer dem Charterer ein Transportmittel (oder einen Teil davon) mit Besatzung und Ausrüstung für eine bestimmte Zeit (Zeicharter) oder für eine oder mehrere bestimmte Reisen (Reisecharter); der Charterer bezahlt dafür eine Vergütung. Der Vercharterer lässt den Charterer das Transportmittel benutzen, er behält aber den Besitz und die Kontrolle darüber.¹⁰

Der Chartervertrag liegt zwischen der Miete und dem Beförderungsvertrag.¹¹ Er ist mehr als eine Miete, denn der Vercharterer überlässt nicht nur das Transportmittel, sondern stellt auch die Besatzung und behält die Kontrolle. Er ist aber weniger als ein Beförderungsvertrag, denn der Vercharterer verspricht keine Ortsveränderung.¹² Der Charterer zieht den wirtschaftlichen Nutzen aus dem Transportmittel;¹³ er trägt aber anderseits das finanzielle Risiko, da er die Vergütung auch dann bezahlen muss, wenn er die Kapazität weder selbst nutzen noch an Dritte verkaufen kann.¹⁴ Welche Personen oder Waren transportiert werden, entscheidet der Charterer und er darf dies jederzeit ändern – auch dadurch unterscheidet sich der Chartervertrag vom Beförderungsvertrag.¹⁵

Im erwähnten BGE 139 III 217 ff. erwog das Bundesgericht, Y habe das Schiff samt Besatzung und Ausrüstung erhalten, um damit gegen eine vereinbarte Vergütung während einer bestimmten Zeit nach ihrem Gutdünken zu verreisen («pour y voyager à sa guise»). Damit liege offensichtlich («manifestement») ein Chartervertrag vor (genauer gesagt: drei Charterverträge).

¹⁰ Vgl. BGE 83 II 231 ff., E. 2.b (Luftballon); 115 II 108 ff., E. 4.a (Seeschiff zur Personenbeförderung); 139 III 217 ff. E. 2.2 (Jacht); Urteile des Bundesgerichts 2A_689/2004 vom 12. September 2005, E. 3.3 (diverse Luftbeförderungen) und 4A_641/2010 vom 23. Februar 2011, E. 3.2 (Passagierflugzeug). Eine Legaldefinition enthält Art. 94 Abs. 1 SSG für den Seetransport.

¹¹ BGE 115 II 108 ff., E. 4.a und 4.c.

¹² Vgl. die Botschaft SSG, BBl 1952 I 303: «die Gegenleistung [...] besteht nicht unmittelbar in einer Transportleistung, sondern vielmehr in der Durchführung einer für Transporte geeigneten *Seefahrt*» (kursiv im Original).

¹³ Vgl. BGE 115 II 108 ff., E. 4.a; MÜLLER WALTER, Der Chartervertrag, in: Forstmoser Peter/Tercier Pierre/Zäch Roger (Hrsg.), *Innominateverträge*, FS Schluep Walter R., Zürich 1988, S. 215 ff., S. 216.

¹⁴ DETTLING-OTT REGULA, Internationales und schweizerisches Luftransportrecht, Habil. Zürich 1993, S. 108.

¹⁵ MARCHAND, *op. cit.* Fn. 3, art. 440 CO N 34; vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2001 i.S. Eidg. Steuerverwaltung gegen J. SA und Eidg. Stuerrekurskommission, ASA 71, S. 564, E. 5.e. Kritisch BASEDOW, *op. cit.* Fn. 4, S. 112, der die Unterscheidung von Beförderungsvertrag und Chartervertrag als Chimäre bezeichnet.

3. Parteien des Beförderungsvertrags

Parteien des Beförderungsvertrags sind der Beförderer und der Passagier oder Absender. Eine Sonderstellung hat der Empfänger bei der Güterbeförderung: Er ist nicht Vertragspartei, sondern begünstigter Dritter;¹⁶ unter gewissen Voraussetzungen kann er selbständig vertragliche Ansprüche geltend machen.

Zur Erfüllung des Beförderungsvertrags ist der Beförderer (insbesondere der gewerbsmäßig tätige) auf die Hilfe Dritter angewiesen. Zu denken ist an Piloten, Flugbegleiter oder die mit Wartung, Betankung etc. befassten Personen und Unternehmen.¹⁷ Sie stehen in der Regel in einem Anstellungs- oder Auftragsverhältnis zum Beförderer. Als Angestellte oder Beauftragte sind sie Erfüllungsgehilfen des Beförderers und nicht Vertragspartei.

Es kommt häufig vor, dass die Beförderung Begleiterscheinung eines anderen Verhältnisses ist; in diesem Fall charakterisiert das andere Verhältnis den Vertrag und die Beförderung ist blosse Nebenpflicht. Zum Beispiel wenn der Verkäufer die Kaufsache zum Käufer schickt: Wird sie unterwegs zerstört, haftet der Verkäufer nach den kaufrechtlichen Regeln. Die Haftung gegenüber dem Käufer beruht nicht auf dem Beförderungsvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Beförderer, und damit kann der Verkäufer bei einer Luftbeförderung seine Haftung nicht auf 19 Sonderziehungsrechte (SZR) pro Kilogramm¹⁸ beschränken.

Sinngemäss gleich verhält es sich, wenn die Beförderung für die Angestellten und Beauftragten Begleiterscheinung ihres Verhältnisses zum Beförderer ist: Die Angestellten des Beförderers werden im Rahmen ihrer Arbeit befördert, etwa die Flight-Attendant im Flugzeug. Zwischen Flight-Attendant und Fluggesellschaft besteht kein Beförderungsvertrag, vielmehr erfolgt die Beförderung im Rahmen des Arbeitsvertrags.¹⁹ Anders verhält es sich, wenn der Beförderer seinen Angestellten erlaubt, die Transportmittel für private Reisen gratis oder verbilligt zu benützen (sog. Industry Discount). In diesem Fall ist die Ortsveränderung das Ziel. Es liegt daher ein Beförderungsvertrag vor, je nachdem ein unentgeltlicher.²⁰

¹⁶ Der Frachtvertrag ist ein Vertrag zugunsten Dritter.

¹⁷ Im Übrigen können weitere Beförderer am Transport beteiligt sein.

¹⁸ Vgl. Art. 22 Abs. 3 MÜ.

¹⁹ Vgl. DETTLING-OTT, *op. cit.* Fn. 14, S. 13 m.w.Hinw.; RUHWEDEL EDGAR, Der Luftbeförderungsvertrag, 3. Aufl., Berlin 1998, N119. Gleich verhält es sich bei der Beförderung zu oder von einem Einsatzort (sog. Positioning); auch dabei ist die Beförderung Begleiterscheinung des Arbeitsvertrags und hat die Ortsveränderung keinen Selbstzweck.

²⁰ DETTLING-OTT, *op. cit.* Fn. 14, S. 14; a.M. SCHWENDENER HANS, Das Personentransportrecht – mit besonderer Berücksichtigung des schweiz. Post-, Eisenbahn- und Dampfschiffverkehrs, Diss. Bern 1911, S. 24, der ein einseitiges Rechtsgeschäft annimmt.

Bei einer Beförderung zu Schulungs- oder Testzwecken ist die Ortsveränderung nicht das Ziel, sondern Begleiterscheinung. Es liegt kein Beförderungsvertrag vor.²¹

Eine Person kann gleichzeitig an mehreren Rechtsverhältnissen beteiligt sein. Der Pilot und die Flight-Attendant sind während der Beförderung von Passagieren und Gütern einerseits Erfüllungsgehilfen des Beförderers im Rahmen des Beförderungsvertrags (zwischen Beförderer und Passagier bzw. Absender). Anderseits sind sie Arbeitnehmer und werden dienstlich befördert, ohne neben dem Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber (Beförderer) einen separaten Beförderungsvertrag abzuschliessen. Diese Doppelstellung kann zu Fragen und Unklarheiten führen. Es ist zu empfehlen, die relevanten Punkte (z.B. die Haftung bei einem Unfall) vertraglich zu regeln und die Risiken zu versichern.

Das gilt nicht nur für den genannten Verkäufer, der sich überlegen sollte, (i) seine Haftung gegenüber dem Käufer im Kaufvertrag auf 19SZR pro Kilogramm zu beschränken, (ii) die Haftung des Beförderers im Beförderungsvertrag zu erweitern, (iii) die Differenz aus der Haftung gegenüber dem Käufer und dem Schadenersatz, den er vom Beförderer erhält, zu versichern oder (iv) das Risiko bewusst selber zu tragen. Es gilt auch für den Piloten und die Flight-Attendant. Das Risiko bei der Arbeit zu verunfallen, sollte im Arbeitsvertrag geregelt werden (soweit dies bei Körperschäden zulässig ist²²). Und die vertragliche Risikoverteilung sollte entsprechend versichert werden.

4. Verwendung von Allgemeinen Geschäftshedingungen (AGB)

4.1 Einbezug im Allgemeinen

AGB gelten nur, wenn die Parteien sie übernehmen. Dabei bestehen besondere Anforderungen für den Einbezug (Übernahme) wie auch für die Auslegung und den Inhalt.

Bei Konsumentenverträgen muss die Übernahme der AGB ausdrücklich erfolgen: Der Vertragspartner ist darauf hinzuweisen.²³ Im Geschäfts-

²¹ Vgl. DETTLING-OTT REGULA/HALDIMANN URS, Luftverkehrsrecht, Teil II: Betrieb der Luftfahrt, in: Müller Georg (Hrsg.), Verkehrsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Bd.IV, Basel 2008, S. 391 ff., N 90.

²² Nach heute herrschender Auffassung ist ein Ausschluss der Haftung für Körperschäden unzulässig (Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 8. Juli 1955, ZR56/1957, Nr. 101, S. 201ff., E. 3.c; GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5.Aufl., Zürich 2011, N 2573; HUGUENIN CLAIRE, Basler Kommentar, Art. 19/20 OR N 44; SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6.Aufl., Bern 2012, N24.14. Für eine (beschränkte) Zulässigkeit demgegenüber VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S.407 FN 214; WEBER ROLF II., Berner Kommentar, Art. 100 OR N 34. Das Bundesgericht hat nicht klar Stellung genommen, vgl. BGE 60 II 341 ff., E. 3 und 94 II 151 ff., E. 2; vgl. auch das Urteil vom 7. Februar 1933, SJ 1934, S. 1ff., S. 10.).

²³ KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Art. 1 OR N 194; vgl. HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014, N 616.

verkehr kann der Einbezug stillschweigend erfolgen, etwa wenn der Vertragspartner die AGB des Beförderers aufgrund früherer Verträge oder als Unternehmer der Transportbranche kennt.²⁴ Die zustimmende Partei muss aber in jedem Fall die Möglichkeit haben, vor dem Vertragschluss in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen.²⁵ Unzureichend ist es, die Beförderungsbedingungen auf dem Flugschein abzudrucken, der dem Passagier nach dem Vertragsabschluss ausgehändigt wird.²⁶

Die AGB müssen außerdem lesbar und verständlich sein.²⁷

4.2 Einbezug im Internet und in anderen Konstellationen

Beim Vertragsabschluss im Internet verlangt die Lehre, dass der Kunde deutlich auf die AGB hingewiesen wird. Zudem muss er sie nicht nur lesen, sondern auch herunterladen, speichern und ausdrucken können.²⁸ Wenn der Beförderer die Buchungsseite richtig gestaltet, ist der Einbezug über das Internet problemlos.²⁹ Die Buchungsseite sollte einen deutlichen Hinweis auf die AGB enthalten. Gewöhnlich muss der Passagier ein Kästchen anklicken und damit bestätigen, dass er dem Einbezug zustimmt.

Im Gegensatz dazu ist der Einbezug der AGB beim telefonischen Vertragsabschluss heikel.³⁰ Der Passagier kann die AGB nicht zur Kenntnis nehmen – es sei denn, sie würden ihm vorgängig zugesandt (was realitätsfremd ist). Richtigerweise muss der Passagier auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme verzichten können. Allerdings darf ein solcher Verzicht nicht leichthin angenommen werden, er muss vielmehr ausdrücklich erfolgen. Den Beweis für den Verzicht hat der Beförderer zu erbringen. Ist der Passagier einverstanden, kann (und soll) der Beförderer ihm die AGB nachträglich zusenden.³¹

²⁴ Vgl. BGE 77 II 154 ff., E. 4 (betreffend einen Speditionsvertrag): stillschweigen der Einbezug der allgemeinen Bedingungen des Schweizerischen Spediteurenverbands im Rahmen einer seit Jahren bestehenden Geschäftsbeziehung.

²⁵ SCHWENZER, *op. cit.* Fn. 22, N 45.03; HUGUENIN, *op. cit.* Fn. 23, N 617.

²⁶ Vgl. SCHWENZER, *op. cit.* Fn. 22, mit dem Hinweis, dass derartig kundgetane AGB lediglich eine Offerte zur Vertragsänderung darstellten, die durch das Stillschweigen des Kunden nicht angenommen würden (Art. 6 OR); gl.M. DETTLING-OTT, *op. cit.* Fn. 14, S. 123.

²⁷ KRAMER ERNST A., *op. cit.* Fn. 23, Art. 1 OR N 192 ff., insb. N 207; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1140a.

²⁸ GAUCH/SCIILUEP/SCHMID/EMMENEGGER, *op. cit.* Fn. 27, N 1140b m.w.Nachw.

²⁹ Vgl. EBINGER CHRISTOPH, Zivilrechtliche Haftung des Luftfrachtführers im Personentransport, Diss. Zürich 2012, S. 88; JANKÖSTER JENS PETER, Fluggastrechte im internationalen Luftverkehr, Diss. Konstanz, Tübingen 2009, S. 54.

³⁰ Vgl. auch EBINGER, *op. cit.* Fn. 29, S. 88; KIRSCH ALEXANDER, in: Hobe Stephan/von Ruckteschell Nicolai (Hrsg.), Kölner Kompendium des Luftrechts, Band 3: Wirtschaftsrechtliche Aspekte des Luftverkehrs, Köln 2010, Teil I A, N 176.

³¹ Zum Ganzen JANKÖSTER, *op. cit.* Fn. 29, S. 55 f. m.w.Nachw.

Beim Abschluss des Beförderungsvertrags durch einen vermittelnden Dritten (z.B. Reisebüro) können die AGB des Beförderers einbezogen werden. Erforderlich ist, dass der Vermittler auf die AGB des Beförderers hinweist.³² Der Vermittler muss dem Passagier zudem die Möglichkeit verschaffen, die AGB zur Kenntnis zu nehmen. Zwar hat er gewöhnlich nicht die AGB aller von ihm vermittelten Beförderer vorrätig. Doch muss es genügen, wenn der Vermittler den Passagier darauf hinweist, dass die AGB auf der Webseite des Beförderers auffindbar sind, und sie auf Wunsch des Passagiers ausdrückt.³³ An einer zumutbaren Möglichkeit der Kenntnisnahme fehlt es hingegen, wenn der Passagier Aufwand betreiben muss, um zu erfahren, welche Konditionen für seinen Vertrag gelten.³⁴

4.3 Ungewöhnlichkeitskontrolle

Meist nimmt der Kunde die AGB nicht im Einzelnen zur Kenntnis. Man spricht von einer *Globalübernahme*. Dabei sind ungewöhnliche Klauseln – das heißt solche, mit denen der Vertragspartner nicht gerechnet hat und nach Treu und Glauben auch nicht rechnen musste – nicht vom Konsens erfasst. Nach der sog. *Ungewöhnlichkeitsregel* erlangen sie keine Geltung.³⁵

Objektiv ungewöhnlich ist eine Klausel, wenn sie einen geschäfts fremden Inhalt aufweist. Das ist der Fall, wenn sie den Charakter des Vertrags wesentlich ändert oder erheblich vom dispositiven Gesetzesrecht abweicht.³⁶

Subjektiv ist zusätzlich erforderlich, dass der Zustimmende branche unerfahren ist und nicht auf die ungewöhnliche Bestimmung aufmerksam gemacht wurde.³⁷ Die Ungewöhnlichkeit ist aus der Sicht des Zustimmenden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beurteilen.

³² Gemäß HÜGLI DANIEL, Die Geltung von AGB beim Luftbeförderungsvertrag für Personen, in: ASDA-Bulletin 2/1997, Nr. 123, S. 16 ff., S. 26 machen Reisebüros gewöhnlich nicht auf die Existenz oder Geltung von AGB der Beförderer aufmerksam. An einem Hinweis auf die AGB fehlte es im Fall, welcher der Verfügung des Einzelrichters in Zivilsachen des Bezirks Zürich vom 16. Mai 1989, SJZ 86/1990, Nr. 45, S. 214 ff., E. 3 zugrunde lag (das Reisebüro als IATA-Agent wies nicht auf die Beförderungsbedingungen hin); ebenso beim Urteil des Cour de justice civile de Genève vom 25. Juni 1982, ASDA-Bulletin 1983/1, S. 25 ff., E. 3 (die AGB waren in einem Prospekt abgedruckt, das Personal des Reisebüros machte den Passagier nicht darauf aufmerksam).

³³ JANKÖSTER, *op. cit.* Fn. 29, S. 53 f. Ungenügend ist nach einem Urteil des deutschen BGH vom 26. Februar 2009, Xa ZR 141/07, NJW 2009, S. 1486, E. II.1 (N 12 f.), wenn die AGB in einem Katalog abgedruckt sind, den der Kunde im Reisebüro zwar einsehen kann, der ihm aber nicht ausgehändigt wird.

³⁴ Vgl. HÜGLI, *op. cit.* Fn. 32, S. 26. Nicht wirksam einbezogen sind die AGB auch dann, wenn der Kunde erst nach dem Vertragsschluss von ihnen Kenntnis nehmen kann.

³⁵ BGE 135 III 1 ff., E. 2.1; 119 II 443 ff., E. 1.a; 109 II 452 ff., E. 4.

³⁶ BGE 138 III 411 ff., E. 3.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, *op. cit.* Fn. 27, N 1141 ff.

³⁷ BGE 135 III 1 ff., E. 2.1; HUGUENTIN, *op. cit.* Fn. 23, N 623.

Für einen Branchenfremden können daher auch branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein.³⁸

Auch eine (objektiv) ungewöhnliche Klausel erlangt Geltung, wenn der Vertragspartner von ihr Kenntnis hat.³⁹ Der Beförderer kann die Klausel optisch hervorheben (z.B. mit Fettdruck oder grösserer Schrift) oder den Vertragspartner mündlich auf die Klausel aufmerksam machen. Ist die Tragweite einer Klausel nicht ohne weiteres erkennbar, sollte der Beförderer geschäftsunfahrene Kunden speziell darüber aufklären.

4.4 Auslegungskontrolle

AGB sind nach den gleichen Grundsätzen auszulegen wie individuelle Vereinbarungen.⁴⁰ Allerdings muss der Verwender einer unklaren Klausel sich nach der sog. *Unklarheitenregel* die für ihn ungünstigere Auslegungsvariante entgegenhalten lassen.⁴¹

4.5 Inhaltskontrolle

Die Schweiz kennt erst seit 1. Juli 2012 eine (beschränkte) offene Inhaltskontrolle von AGB.⁴²

Gemäss Art. 8 UWG⁴³ sind AGB unlauter, wenn sie in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumenten zu einem erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten führen.

Art. 8 UWG erfasst nur AGB zwischen Unternehmen und Konsumenten, nicht aber solche zwischen zwei Unternehmen.⁴⁴ Ein gewerbsmässiger Absender kann sich daher nicht auf Art. 8 UWG berufen, auch wenn die AGB des Beförderers noch so einseitig sind.

Der Begriff des «Konsumenten» ist in Art. 8 UWG weiter gefasst als in Art. 32 Abs. 2 ZPO⁴⁵ und Art. 120 IPRG⁴⁶: Vorausgesetzt wird nur, dass der Vertrag nicht der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit des Kon-

³⁸ BGE 138 III 411 ff., E. 3.1.

³⁹ HUGUENIN, *op. cit.* Fn. 23, N 626.

⁴⁰ BGE 126 III 388 ff., E. 9.d.; 117 II 609 ff., E. 6.c.

⁴¹ BGE 74 II 81 ff., E. 3 (unklare Freizeichnung des Beförderers); außerdem BGE 50 II 537 ff., E. 4 (unklare AVB der Transportversicherung); vgl. allgemein auch BGE 124 III 155, E. 1.b.

⁴² Nach der zuvor geltenden Fassung von Art. 8 UWG handelte missbräuchlich, wer AGB in «irreführender Weise» zum Nachteil seines Vertragspartners verwendete. Aufgrund des wenig griffigen Kriteriums der Irreführung waren AGB nur in den seltensten Fällen missbräuchlich. Die Praxis behielt sich mit einer verdeckten Inhaltskontrolle auf der Ebene des Einbezug und der Auslegung.

⁴³ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241).

⁴⁴ SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, S. 1 ff., S. 7 m.w.Hinw.; THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter vom 29. Oktober 2012, N 18.

⁴⁵ Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272).

⁴⁶ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291).

sumenten zuzurechnen ist – nicht aber, dass es sich um eine Leistung des üblichen Verbrauchs handelt.⁴⁷ Damit kann sich ein Privater, der ein Round-the-World-Ticket bucht, auf Art. 8 UWG berufen, auch wenn er eine solche Reise nur ausnahmsweise bucht.

Missbräuchlich ist die Verwendung von AGB, wenn ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten besteht.⁴⁸ Ein Missverhältnis liegt vor, wenn die Rechte und Pflichten spürbar einseitig zulasten des Konsumenten verteilt sind. Als Referenzmassstab kann das Gesetz herangezogen werden.⁴⁹ Erheblich und ungerechtfertigt ist das Missverhältnis, wenn das Beibehalten der Klausel mit dem Grundsatz der Billigkeit nicht zu vereinbaren ist.⁵⁰ Dabei können nachteilige Klauseln durch vorteilhafte kompensiert werden.⁵¹

Eine gegen Art. 8 UWG verstössende Klausel ist nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR). Die Nichtigkeit beschränkt sich auf die betreffende Klausel; nur äusserst selten wird der hypothetische Parteiwille zur Nichtigkeit des ganzen Beförderungsvertrags führen.⁵²

Diese allgemeinen Ausführungen bedürfen einer Präzisierung: Dass die Schweiz erst seit 2012 eine offene Inhaltskontrolle kennt, stimmt nicht für das Luftrecht. Ein Jahrzehnt vor der Revision von Art. 8 UWG hatte die Schweiz mit dem Luftverkehrsabkommen⁵³ die europäische AGB-Richtlinie⁵⁴ übernommen (sie ist im Anhang LVA aufgeführt), allerdings nur für den Luftverkehr. Der Bundesrat führte in der Botschaft aus, eine Umsetzung erübrige sich, weil das schweizerische Recht der Richtlinie bereits entspreche (sic!). Im Bereich der Luftfahrt würden sich die AGB nach den Vorschriften der IATA richten, die im Einklang mit der AGB-Richtlinie stünden.⁵⁵

⁴⁷ STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, *Baurrecht* 2011, S. 184 ff., S. 186; SCHMID, *op. cit.* Fn. 44, S. 9 m.Hinw. auf abweichende Meinungen; THOUVENIN, *op. cit.* Fn. 44, N 19.

⁴⁸ Art. 8 UWG. Anders noch der Entwurf des Bundesrats (BBI 2009 6193 f.), der neben dem erheblichen Missverhältnis von vertraglichen Rechten und Pflichten auch die erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung als missbräuchlich bezeichnet hatte.

⁴⁹ MAISSEN EVA, Die automatische Vertragsverlängerung, Unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. Zürich 2012, N 318; differenzierend THOUVENIN, *op. cit.* Fn. 44, N 45.

⁵⁰ Botschaft UWG, BBI 2009 6179.

⁵¹ Dazu ausführlich THOUVENIN, *op. cit.* Fn. 44, N 39 ff. m.w.Hinw.

⁵² Vgl. Art. 20 Abs. 2 OR; vgl. MAISSEN, *op. cit.* Fn. 49, N 341 f. m.w.Hinw.

⁵³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EG über den Luftverkehr, abgeschlossen am 21. Juli 1999 (LVA; SR 0.748.127.192.68).

⁵⁴ Richtlinie Nr. 93/13 (EWG) des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherträgen, ABI L 95 vom 21. April 1993, S. 29 ff.

⁵⁵ Botschaft Bilaterale I, BBI 1999 6261.

4.6 Anwendungsbeispiele

4.6.1 Verfall der Flugtickets für noch nicht zurückgelegte Teilstrecken

Die Klausel in den AGB vieler⁵⁶ Fluggesellschaften, wonach der Passagier seine Flüge in der vereinbarten Reihenfolge abfliegen muss und die Flugtickets für die noch nicht zurückgelegten Teilstrecken verfallen oder ein Aufpreis zu zahlen ist, wenn der Passagier die Teilstrecken nicht vollständig oder nicht in der vorgesehenen Reihenfolge abfliegt, ist ein klassisches Beispiel für die AGB-Kontrolle.⁵⁷

Bei zahlreichen Fluggesellschaften ist ein Retourflug günstiger als ein einfacher Flug oder ein Flug mit Umsteigen ist günstiger als ein Direktflug (z.B. ist Mailand-Zürich-New York günstiger als Zürich-New York). Passagiere können deshalb versucht sein, einen Retourflug zu buchen und einen Flug verfallen zu lassen («*Cross Ticketing*») oder eine zusätzliche Strecke zu buchen, die sie gar nicht abfliegen wollen («*Cross Border Selling*»).⁵⁸ Verweigert die Fluggesellschaft dann den Flug mit Berufung auf die AGB oder verlangt sie einen Aufpreis bis zum Tarif,

⁵⁶ Die Klausel hat ihren Ursprung in den von der IATA empfohlenen Musterbedingungen (Recommended Practice 1724); vgl. MAKIOL PHILIP/VON RUCKTESCHELL NICOLAI, Zur Problematik der «Wegwerfcoupons» bei Flugreisen, ZLW 2008, S. 1 ff., S. 2.

⁵⁷ Vgl. z.B. die Klausel, die das OLG Köln zu beurteilen hatte (RRa 2009, S. 245 ff.): «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.»

Der OGII Wien hatte folgende Klausel zu beurteilen (RRa 2013, S. 100 ff.): «[...] 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. Sollten Sie den Aufpreis vor Flugantritt nicht bezahlen, wird Ihr Ticket entsprechend den anwendbaren Tarifbedingungen refundiert. Wir haften in solchen Fällen nicht für eine allfällige Nichtbeförderung und sonstige daraus resultierende Nachteile.»

⁵⁸ Vgl. das Urteil des OLG Köln vom 31. Juli 2009, 6 U 224/08, RRa 2009, S. 245 ff., E. II.3.a; RUSCH ARNOLD F., Cross ticketing, cross border selling und hidden city ticketing bei Flugreisen, Jusletter vom 15. Oktober 2012, N 2.

der dem Preis für die tatsächlich geflogene Route entspricht, stellt sich die Frage, ob eine solche Klausel gültig ist.⁵⁹

Die deutsche Lehre verwendet zur Illustration der Kontroverse plakative Bilder: Die Gegner der Klausel führen an, der Wirt, der ein Menu verkauft, dürfe dem Gast auch nicht den Hauptgang verweigern, bloss weil dieser die Suppe nicht fertig isst. Die Befürworter finden dieses Bild falsch; es gehe vielmehr um einen Gast, der statt dem bestellten Schnitzel ein Steak einfordere, ohne einen Aufpreis zu bezahlen.⁶⁰

Dass ein Passagier alle Teilstrecken abfliegen muss, dürfte ihm häufig nicht geläufig sein. Von anderen Transportmitteln (Eisenbahn, Bus, Schiff) kennt er diese Einschränkung nicht. Die Klausel dürfte daher in vielen Fällen subjektiv ungewöhnlich sein. Allerdings entfällt die subjektive Ungewöhnlichkeit, wenn der Passagier das Ticket in Kenntnis der Klausel bucht. Die Fluggesellschaften weisen deshalb den Passagier, der sein Ticket online bucht, deutlich darauf hin, dass er die Flüge in der gebuchten Reihenfolge absolvieren muss; und der Passagier muss bestätigen, dass er die Klausel gelesen hat.

Bei der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG ist zu prüfen, ob ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten besteht. Der Verfall nicht abgeflogener Teilstrecken und die Pflicht, einen Aufpreis zu bezahlen, benachteiligen den Passagier. Demgegenüber haben die Fluggesellschaften ein berechtigtes Interesse daran, ihre Preise auf die Nachfrage abzustimmen.⁶¹ In Anbetracht des hohen Fixkostenanteils wollen sie ihre Flugzeuge maximal auslasten. Frühbuchern und Passagieren, die einen Retourflug kaufen, offerieren sie andere Preise als einem Passagier, der

⁵⁹ Für die Zulässigkeit der Verfallklausel das OLG Köln, Urteil vom 31. Juli 2009, 6 U 224/08, RRa 2009, S. 245 ff., E. II.3; TEICHMANN ANDREAS, Anmerkung zum Urteil des OLG Frankfurt a.M. vom 18.12.2008, RRa 2009, S. 103 f.; KOST ALBERT, Zulässigkeit von vertraglichen Bestimmungen über die Reihenfolge der Benützung von Flugscheinen, ASDA-Bulletin 145/2013, S. 18 ff., S. 31 f.; dagegen der Entscheid des Einzelgericht in Zivilsachen BS vom 2. Dezember 2008 i.S. A gegen Swiss International Air Lines AG (V 2008 1573 SCA; nicht motiviert), zitiert nach EBINGER, *op. cit.* Fn. 29, S. 90 Fn. 349; Urteil des österreichischen OGH vom 17. Dezember 2012, 4 Ob 164/12i, RRa 2013, S. 100 ff.; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 18. Dezember 2008, 16 U 76/08, E. II (N 46 ff.); RUSCH, *op. cit.* Fn. 58, N 5 ff.; vermittelnd für eine Neuberechnung des Preises nach der tatsächlich geflogenen Strecke als milderndes Mittel im Vergleich zum Verfall der BGH in den beiden Urteilen vom 29. April 2010 Xa ZR 5/09 (= NJW 2010, S. 1958 ff.), E. II.4 (N 28 und 33 ff.) und Xa ZR 101/09, E. II.1 (N 26). Vgl. auch schon BGE 102 I b 300 ff., E. 6, in welchem das Bundesgericht entschied, dass Art. 30 LFG keine Grundlage darstelle, um die Beschaffung von Flugscheinen im Ausland zu verbieten.

⁶⁰ Vgl. TEICHMANN, *op. cit.* Fn. 59, S. 10.

⁶¹ Urteil des österreichischen OGH vom 17. Dezember 2012, 4 Ob 164/12i, RRa 2013, S. 100 ff., E. 3.3 (es sei das legitime Ziel der Fluggesellschaften, den Preis der unterschiedlichen Nachfragesituation anzupassen und so den höchsten Erlös zu erzielen; dazu müssten die Fluggesellschaften verhindern, dass ihre Tarifsysteme umgangen werden); MAKIOL/VON RUCKTESCHELL, *op. cit.* Fn. 56, S. 3 f.; vgl. auch das Urteil des deutschen BGH vom 29. April 2010, Xa ZR 5/09, NJW 2010 S. 1958 ff., E. II.4 (N 30 und N33).

spät oder einen einfachen Flug bucht. Dieses bedarfsgesteuerte Preismodell ist ein wesentliches Marketinginstrument der Fluggesellschaften. Entsprechend bietet die Fluggesellschaft ein bestimmtes Ticket als einheitliche Leistung zu einem Gesamtpreis an; der Passagier kauft diese Gesamtleistung. Eine Zerlegung in Teilstrecken entspricht nicht dem ursprünglichen Parteiwillen und ist eine einseitig nachträgliche Änderung der vereinbarten Leistung.⁶² Im Verfall der weiteren Flugstrecken liegt auch keine Konventionalstrafe.⁶³ Vielmehr definiert die Fluggesellschaft, unter welchen Bedingungen (Obliegenheit des rechtzeitigen Erscheinens zu jeder Flugstrecke) sie die Leistung anbietet.⁶⁴ Der Nachteil der fehlenden Flexibilität wird kompensiert durch den günstigeren Preis. Der Passagier, der zwei Retourflüge kauft und je einen Flug verfallen lässt, will die angebotenen Preise bewusst umgehen.⁶⁵ Würde man ihn schützen, müssten die Fluggesellschaften die Preise generell anheben – zum Nachteil jener Passagiere, die sich an die Vertragsbedingungen halten. In Anbetracht der aufgezeigten Interessen ist die Verfallklausel nicht missbräuchlich. Sie führt zu keinem Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten, schon gar nicht zu einem erheblichen.

Die Fluggesellschaften haben ihre Preismodelle in Bezug auf die Reihenfolge der Flugabschnitte weiterentwickelt und bieten heute den Hin- und Rückflug jeweils individuell an. Der Passagier entscheidet, ob und auf welchem Abschnitt er flexible Konditionen (freies Stornieren, Stornieren gegen Gebühr, freies Umbuchen, Umbuchen gegen Gebühr, kein Umbuchen) braucht. Verzichtet er bei der Buchung auf Flexibilität und kauft einen fixen, nicht erstattbaren Tarif, dessen Konditionen er während des Buchungsvorgangs ausdrücklich kennt (und bestätigt), ist das mit Art. 8 UWG vereinbar.

4.6.2 Preisanpassung

Das Landgericht München hatte die Preisanpassungsklausel einer Fluggesellschaft zu beurteilen, die nach dem Vertragsabschluss erhöhte Steuern, Gebühren und Abgaben auf den Passagier überwälzte, ohne dass dieser vom Vertrag zurücktreten konnte.⁶⁶

⁶² A.M. RUSCH, *op. cit.* Fn. 58, N 6.

⁶³ A.M. RUSCH, *op. cit.* Fn. 58, N 7.

⁶⁴ TEICHMANN, *op. cit.* Fn. 59, S. 104. Der Passagier, der nur einen Teil der Leistung entgegennimmt, befindet sich im Gläubigerverzug (Urteil des österreichischen OGH vom 17. Dezember 2012, 4 Ob 164/12i, RRa 2013, S. 100 ff., E. 3.2).

⁶⁵ In diesem Sinne auch der BGII, Urteil vom 29. April 2010, Xa ZR 5/09, NJW 2010 S. 1958 ff., E. II.4, (N 28): der Anspruch auf die Teilleistung könne in diesem Fall nach Tren und Glauben ausgeschlossen sein.

⁶⁶ LG München I, Urteil vom 22. Dezember 2011, 12 O 22100/11, RRa 2012, S. 142f. Die Klausel lautete: «Steuern, Gebühren und Abgaben für Flugreisen sind ausserhalb unserer Verfügungsgewalt und ändern sich ständig, ferner können sie nach dem Datum der Ausstellung des Flugscheins erhoben oder erhöht werden. 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. [...]»

Das Gericht unterzog die Klausel der AGB-Kontrolle nach deutschem Recht und befand sie für unwirksam. Erstens weil sie eine kurzfristige Preiserhöhung im Sinn des § 309 Nr. 1 BGB⁶⁷ regelte und eine Bindung für den Zeitraum von vier Monaten für die Fluggesellschaft nicht unzumutbar sei. Zweitens verstösse die Klausel auch gegen § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, weil sie eine Preisanpassung vorsehe, ohne dem Vertragspartner die Möglichkeit zu geben, vom Vertrag zurückzutreten.

Ein Schweizer Gericht würde als erstes die Ungewöhnlichkeit prüfen. Die subjektive Seite hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und kann hier offen bleiben. In objektiver Hinsicht weicht die Klausel vom dispositiven Gesetzesrecht ab. Ohne vertragliche Regelung müsste der Passagier die nach dem Vertragsschluss erhöhten Steuern, Gebühren und Abgaben nicht tragen. Entscheidend ist, ob diese Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht erheblich ist und zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt. Meines Erachtens ist die Wesentlichkeit tendenziell zu verneinen. Doch kommt es darauf an, in welchem Umfang der Preis angepasst wird und ob es sich um ein Low-Fare- oder eine First-Class-Ticket handelt: je nachdem fällt die Preisänderung nämlich stärker oder schwächer ins Gewicht.

Das Bundesgericht hat diesen Fall noch nicht entschieden. In BGE 135 III 1ff. (der vor dem Inkrafttreten des neuen Art. 8 UWG erging) befasste es sich aber mit einer Klausel in Allgemeinen Versicherungsbedingungen, die das Kündigungsrecht des Versicherten ausschloss, wenn der Versicherer den Vertrag aufgrund einer behördlichen Anordnung anpasst.⁶⁸ Das Bundesgericht erwog, Anpassungsklauseln seien nur dann gültig, wenn sowohl das erwartete Ereignis als auch der Umfang der Anpassung vertraglich bestimmt würden; ein undefiniertes Gestaltungsrecht zur einscigen Abänderung vertraglicher Pflichten widerspreche der Natur und dem Zweck des Vertrags, die gegenseitigen Rechte und Pflichten zu definieren. Im Übrigen sei eine Anpassungsklausel nur zulässig, wenn sie mit einem Kündigungsrecht verbunden sei (E. 2.5 f.). In jenem Fall war zur Zeit des Vertragsabschlusses unklar, wann, wie oft und in welchem Ausmass die Prämien bzw. die Vertragsgrundlagen ändern. Auch konnte die Änderung der Vertragsgrundlagen nicht auf eine allgemein bekannte und regelmässige Entwicklung zurückgeführt werden. Das Bundesgericht befand, es widerspreche der Erwartungshaltung des Versicherten und sei ungewöhnlich, dass der Versicherer das Kündigungsrecht ausschliesse (E. 3.3). Es erachtete die Klausel deshalb für ungewöhnlich.

⁶⁷ Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland (BGB).

⁶⁸ Der betreffende Teil der Klausel lautet: «Schreibt eine Bundesbehörde bei einer gesetzlich geregelten Deckung (z.B. Elementarschäden) eine Änderung der Prämien, der Selbstbehalte, der Entschädigungsgrenzen oder des Deckungsumfangs vor, so kann die X. ab folgendem Versicherungsjahr eine entsprechende Anpassung des Vertrages vornehmen. In diesem Fall besteht kein Kündigungsrecht.»

Würde das Bundesgericht die Preisanknopfungsklausel, die das Landgericht München zu beurteilen hatte, mit dem gleichen Massstab wie in BGE 135 III 1 ff. messen, ist zu erwarten, dass es sie für ungewöhnlich befände. Eine Prüfung nach Art. 8 UWG erübrigts sich damit; sie würde wohl zum gleichen Ergebnis (Unwirksamkeit) führen.

5. Passagierrechte

5.1 Verordnung (EG) Nr. 261/2004

Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 über die Leistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annulierung oder grosser Verspätung⁶⁹ ist aufgrund des Luftverkehrsabkommens⁷⁰ auch für die Schweiz verbindlich.

Umstritten ist, ob die Verordnung nur im Verhältnis der Schweiz zur EU (früher EG) gilt oder ob sie auch auf Beförderungen innerhalb der Schweiz und auf Beförderungen zwischen der Schweiz und Drittstaaten anwendbar ist. Die gleiche Frage stellt sich bei der Verordnung (EG) Nr. 2027/97⁷¹.

Es gibt gute Gründe für die Auffassung, dass die Verordnungen nur im Verhältnis der Schweiz zur EU gelten, das heißt nur für grenzüberschreitende Sachverhalte zwischen der EU und der Schweiz. Das Luftverkehrsabkommen regelt nur die Beziehung zwischen der Schweiz und der EU; es macht der Schweiz keine Vorschriften für das innerstaatliche Recht oder ihre Beziehung zu Drittstaaten⁷². Der Bundesrat dürfte beim Erlass der Luftransportverordnung (LTrV) davon ausgegangen sein, dass das Montrealer Übereinkommen (MÜ) und die EG-Verordnungen die Haftung des Beförderers nicht abschliessend regeln, sonst hätte er die Luftransportverordnung nicht erlassen müssen. Andersseits strebt das Luftverkehrsabkommen eine Harmonisierung der Vorschriften in der Schweiz und in der EU an, welche eher erreicht wird, wenn innerhalb der Schweiz und bei Beförderungen zwischen der Schweiz und Drittstaaten die gleichen Regeln gelten wie im Verhältnis zur EU. Eine Harmonisierung wäre zwar zu begrüssen, doch bedürfte es hierfür einer klaren gesetzlichen Grundlage, die im Luftverkehrsabkommen nicht zu finden ist. Eine extensive Auslegung ist abzulehnen. Die mit dem Luft-

⁶⁹ Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annulierung oder grosser Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (ABl. L 46 vom 17. Februar 2004, S. 1ff.).

⁷⁰ Vollständig zitiert in Fn. 53.

⁷¹ Verordnung (EG) Nr. 2027/97 des Rates vom 9. Oktober 1997 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei der Beförderung von Fluggästen und deren Gepäck im Luftverkehr (ABl. L 285 vom 17. Oktober 1997, S. 1 ff.) in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 889/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Mai 2002 (ABl. L 140 vom 30. Mai 2002, S. 2 ff.).

⁷² Vgl. die Präambel des Luftverkehrsabkommens der Schweiz mit der EG: «[...] vom Wunsche geleitet, Regeln für die Zivilluftfahrt innerhalb des Gebietes der Gemeinschaft und der Schweiz aufzustellen [...]».

verkehrsabkommen übernommenen Verordnungen sind deshalb nicht auf Beförderungen innerhalb der Schweiz und auf Beförderungen zwischen der Schweiz und Drittstaaten anwendbar.⁷³

Die Lehre ist in dieser Frage gespalten.⁷⁴ Und auch die Gerichtspraxis ist uneinheitlich: Das Zivilgericht Basel entschied 15. Mai 2012, dass die Verordnung 261/2004 auf einen Flug von Zürich nach São Paulo nicht anwendbar sei.⁷⁵ Demgegenüber erachtete der deutsche Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 9. April 2013 die Verordnung 261/2004 auf einen Flug von Zürich nach Yaoundé (Kamerun) für anwendbar. Wegen der Gefahr dauerhaft voneinander abweichender Urteile legte er die Frage dem EuGH vor; dieser schrieb das Verfahren jedoch infolge eines Vergleichs ab, ohne dass es zu einer materiellen Beurteilung kam.⁷⁶ Früher oder später dürften das Bundesgericht oder (nochmals) der EuGH mit der Frage befasst werden.

Klar ist: Die Verordnung 261/2004 hat, wenn sie anwendbar ist, erhebliche Auswirkungen für die Schweiz. Zum Teil weicht sie von den Grundsätzen des schweizerischen Zivilrechts ab. Ein Beispiel: Fluggesellschaften müssen bei einer Annulierung den Passagieren Unterstützungs- und Betreuungsleistungen nach den Art. 8 und 9 der Verordnung anbieten.⁷⁷ Je nachdem, wie früh der Passagier über die Annulierung informiert und ob ihm eine Ersatzbeförderung angeboten wird, hat er zudem Anspruch auf eine Ausgleichszahlung nach Art. 7.⁷⁸ Die Pflicht zur Leistung der Ausgleichszahlung entfällt, wenn die Fluggesellschaft beweist, dass die Annulierung auf «aussergewöhnliche Umstände zurückgeht, die sich auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Massnahmen ergriffen worden wären» (Art. 5 Abs. 3). Die Unterstützungs- und Betreuungsleistungen nach Art. 8 und 9 sind hingegen auch in diesem Fall zu erbringen.

⁷³ HOCHSTRASSER, *op. cit.* Fn. 1, N 88.

⁷⁴ Für eine Geltung nur im Verhältnis EU-Schweiz DETTLING-OETI REGULA, 10 Jahre Luftverkehrsabkommen zwischen der EU und der Schweiz – eine Bilanz, ASDA-Bulletin 144/2012, S. 6 ff., S. 15; HEMPEL HEINRICH, in: Hobe Stephan/von Ruckteschell Nicolai (Hrsg.), Kölner Kompendium des Luftrechts, Band 3: Wirtschaftsrechtliche Aspekte des Luftverkehrs, Köln 2010, Teil I A, N310 f.; KOST ALBERT, Geltungsbereich der Passagierrechtsverordnung (EG) 261/2004 aus Schweizer Sicht, ASDA-Bulletin 144/2012, S. 20 ff., S. 27 ff.; vgl. auch die EU-Kommission in ihrer Entscheidung vom 5. Dezember 2003 zu den deutschen Massnahmen bezüglich An-/Abflügen zum/vom Flughafen Zürich: die Verordnung (in jenem Fall die VO (EWG) Nr. 2408/92) gelte nur, «soweit Verkehrsdieneste zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz betroffen sind» (ABl. L4 vom 8. Januar 2004, S. 13 ff., E. 21); a.M. CHASSOT LAURENT, Les sources de la responsabilité du transporteur aérien international: entre conflit et complémentarité, La Convention de Montréal et son interaction avec le droit européen et national, Diss. Bern, Genf 2012, NI178 und EBINGER, *op. cit.* Fn. 29, S.63; vgl. auch die Botschaft MÜ, BBI 2004 2905: «Für Inlandflüge [...] soweit nicht ohnehin die entsprechende EU-Verordnung 2027/97 anwendbar ist».

⁷⁵ Urteil vom 15. Mai 2012, BJM 2013 S. 79 ff., E. 4;

⁷⁶ Urteil des BGH vom 9. April 2013, X ZR 105/12, E. III.2 und Beschluss des Präsidenten des EuGH vom 6. Februar 2014, C-259/13 (Recinto-Pfingsten/Swiss International Air Lines AG).

⁷⁷ Art. 5 Abs. 1 lit. a und b VO 261/2004.

⁷⁸ Art. 5 Abs. 1 lit. c VO 261/2004.

Diese Rechtsfolge steht im Widerspruch zu Art. 119 OR⁷⁹, wonach beide Seiten frei werden, wenn die Leistung durch Umstände unmöglich geworden ist, die der Schuldner nicht zu vertreten hat. Nicht im Widerspruch zu Art. 119 OR stehen die Erstattung des Beförderungspreises und die Ersatzbeförderung gemäss Art. 8 sowie die Ausgleichszahlung nach Art. 7, die bei aussergewöhnlichen Umständen entfällt.⁸⁰ Jedoch steht im Widerspruch zu Art. 119 OR, dass die Fluggesellschaften die Kosten von Hotel, Verpflegung etc. auch dann tragen müssen, wenn sie kein Verschulden trifft – und das, wie der EuGH im Fall McDonagh/Ryanair⁸¹ entschieden hat, zeitlich und betragsmässig unbegrenzt und selbst dann, wenn die aussergewöhnlichen Umstände das Ausmass höherer Gewalt erreichen.

Diese Diskrepanz ist bemerkenswert, weil nach Art. 119 OR bereits der einfache Zufall zur vollständigen Befreiung des Schuldners führt. Umso mehr müsste dies bei höherer Gewalt der Fall sein. Die Fluggesellschaften werden die zusätzlichen Kosten auf die Passagiere überwälzen (müssen), davon geht auch der EuGH aus.⁸² Im Ergebnis wirkt die Verordnung 261/2004 damit wie eine Zwangsversicherung: Die Ticketpreise werden für alle teurer, dafür sind die Passagiere finanziell abgesichert, wenn sie wie beim Ausbruch des isländischen Vulkans Eyjafjallajökull festsetzen. Das kann man gut finden oder nicht – aus der Perspektive des schweizerischen Obligationenrechts ist es zumindest gewöhnungsbedürftig. Es passt auch nicht zum Grundsatz «casum sentit dominus». Problematisch ist aber vor allem, dass der schweizerische Gesetzgeber mit dem Luftverkehrsabkommen und der Übernahme des *acquis communautaire* in keiner Hinsicht beabsichtigte, das OR auszuhebeln.

Die Verordnung (EG) 261/2004 wird zurzeit überarbeitet. Die Arbeiten sind weit fortgeschritten, doch hat sich der Abschluss wegen des Streits um den Status des Flughafens Gibraltar verzögert. Umstritten sind vor allem die Höhe der Entschädigung, die massive Dauer der Verspätung und die Entschädigungspflicht bei verpassten Anschlussflügen. Weniger kontrovers scheint die Bestimmung, wonach Luftfahrtunternehmen ihre Haftung für die Unterbringung beschränken können.

⁷⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR, SR 220).

⁸⁰ Art. 119 OR widerspricht auch nicht, dass der Beförderer die Leistungen nach Art. 9 der VO 261/2004 erbringen muss, wenn er die Nichtbeförderung zu vertreten hat.

⁸¹ Urteil des EuGH vom 31. Januar 2013, C-12/11 (McDonagh/Ryanair Ltd.), E.26ff. und E.36ff.

⁸² Urteil des EuGH vom 31. Januar 2013, C-12/11 (McDonagh/Ryanair Ltd.), E. 49.

Über die Anzahl der Nächte und den maximalen Preis pro Nacht diskutieren die Gremien der EU nach wie vor.⁸³

5.2 Vergleich mit anderen Beförderungsmitteln (Eisenbahn, Bus, Schiff)

Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 war die erste Passagierrechts-Verordnung, aber nicht die letzte. Es folgten 2009 die Verordnung über die Fahrgastrechte im Eisenbahnverkehr, 2010 jene für den See- und Binnenschiffsverkehr und 2013 für den Busverkehr.⁸⁴ Sie alle wollen den Schutz der Verbraucher verbessern⁸⁵ und wirken sich auf den Beförderungsvertrag aus. Für die Schweiz ist die Verordnung 261/2004 aufgrund des Luftverkehrsabkommens anwendbar; die anderen Verordnungen sind es nicht.

Beförderer vergleichen ihre gesetzlichen Pflichten gerne mit denen von Beförderern anderer Verkehrssektoren. Entschied der EuGH im Fall McDonagh/Ryanair⁸⁶, dass die Fluggesellschaften die Kosten für Hotel, Verpflegung etc. zeitlich und betragsmässig unbegrenzt übernehmen müssen, ist das auch deshalb bemerkenswert, weil der Beförderer nach der Bus-Fahrgastrechte-Verordnung seine Haftung für die Unterbringung auf EUR 80 pro Passagier und zwei Nächte beschränken kann (Art. 21 lit. b), nach der Schiff-Fahrgastrechte-Verordnung auf EUR 80 und drei Nächte (Art. 17 Abs. 2).

⁸³ Vgl. den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annulierung oder grosser Verspätung von Flügen und der Verordnung (EG) Nr. 2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei der Beförderung von Fluggästen und deren Gepäck im Luftverkehr (COM(2013) 130 final) [Beschränkung auf EUR 100 pro Nacht und Passagier sowie auf maximal drei Nächte] und den Bericht des Europäischen Parlaments vom 22. Januar 2014 A/-0020/2014 [Beschränkung auf 175 EUR pro Nacht und fünf Nächte].

⁸⁴ Am 3. Dezember 2009 trat die Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr (ABl. L 315, S. 14 ff. vom 3. Dezember 2007) in Kraft, am 18. Dezember 2012 die Verordnung (EU) Nr. 1177/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über die Fahrgastrechte im See- und Binnenschiffsverkehr und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 (ABl. L 344, S. 1 ff. vom 17. Dezember 2010) und zuletzt am 1. März 2013 die Verordnung (EU) Nr. 181/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 über die Fahrgastrechte im Kraftomnibusverkehr und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 (ABl. L 55, S. 1 ff. vom 28. Februar 2011).

⁸⁵ Vgl. etwa die Verordnung (EG) Nr. 261/2004, Erwägungsgrund 1 (Ziel: ein hohes Schutzniveau für Fluggäste sicherstellen und den Erfordernissen des Verbraucherschutzes Rechnung tragen); Verordnung (EG) Nr. 1371/2007, Erwägungsgründe 2 und insb. 3 («Da der Fahrgast die schwächere Partei eines Beförderungsvertrags ist, sollten seine Rechte [...] geschützt werden.»).

⁸⁶ *op. cit.* Fn 81.

Eine ähnliche Diskrepanz besteht auch, wenn man die Ansprüche bei einer Verspätung vergleicht. Dies hatte der EuGH mit Urteil vom 26. September 2013 in der Rechtssache C-509/11 betreffend die ÖBB-Personenverkehr AG zu konkretisieren⁸⁷.

Gemäss Art. 17 der Verordnung Nr.1371/2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr hat der Passagier bei Verspätungen Anspruch auf eine Entschädigung, deren Höhe nach der Dauer der Verspätung (25% des Fahrpreises bei einer Verspätung von 60 bis 119 Minuten; 50% ab einer Verspätung von 120 Minuten) und der Art des Tickets variiert. Die ÖBB-Personenverkehr AG hatte in ihren «Bedingungen für die Fahrpreisentschädigung» (AGB) die Verpflichtung zur Leistung einer Entschädigung in Fällen höherer Gewalt ausgeschlossen, was die Aufsichtsbehörde beanstandete. Der EuGH hatte zu beurteilen, ob der Ausschluss für höhere Gewalt zulässig war, und zwar – so die Vorlagefrage – «in analoger Anwendung» der in der Verordnung 261/2004 oder einer anderen Passagierrechtsordnung bzw. Art. 32 Abs. 2 CIV⁸⁸ vorgesehenen Haftungsbefreiungsgründe.

Der EuGH verneinte die Frage. Er erwog – wie in den Fällen aus dem Lufttransport – dass Art. 32 CIV den Beförderer verpflichte, den Schaden zu ersetzen, der den Passagieren infolge Verspätung oder Ausfall eines Zugs entstehe und dieser Schaden individuell zu berechnen sei. Demgegenüber wolle Art. 17 der Verordnung Nr.1371/2007 den Preis kompensieren, den der Passagier als Gegenleistung für die nicht korrekt erbrachte Beförderungsleistung bezahlt hat. Dabei handle es sich um einen finanziellen Ausgleich in pauschalierter und standardisierter Form, während der Schadenersatz nach Art. 32 Abs. 1 CIV konkret zu berechnen sei (E. 37 f.). Der Unionsgesetzgeber habe es im Übrigen bewusst abgelehnt, die Haftung der Eisenbahnunternehmen unter den in den CIV genannten Gründen entfallen zu lassen (E. 43-45).

Der EuGH führte in E. 47 weiter aus, die Eisenbahn könne sich nicht analog auf die Ausschlussgründe anderer Verkehrssektoren berufen. Wörtlich: «Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die jeweilige Lage der in den verschiedenen Verkehrssektoren tätigen Unternehmen nicht miteinander vergleichbar ist, da die einzelnen Beförderungsformen unter Berücksichtigung ihrer Funktionsweise, ihrer Zugänglichkeit und der Aufteilung ihrer Netze hinsichtlich ihrer Nutzungsbedingungen nicht austauschbar sind. Unter diesen Umständen war der Unionsgesetzgeber berechtigt, Vorschriften aufzustellen, die ein unterschiedliches Verbraucherschutzniveau vorsehen, je nachdem, welcher Verkehrssektor betroffen ist (Urteil vom 31. Januar 2013, McDonagh, C-12/11, Randnrn. 56 und 57).»

⁸⁷ Die ÖBB-Personenverkehr AG ist der grösste Mobilitätsdienstleister (Bahn und Bus) in Österreich.

⁸⁸ Übereinkommen vom 9. Mai 1980 über den internationalen Eisenbahnverkehr, abgeschlossen in Bern (COTIF SR 0.742.403.1), Anhang A: Einheitliche Rechtsvorschriften für den Vertrag über die internationale Eisenbahnbeförderung von Personen (CIV), in der Fassung des Protokolls von Vilnius vom 3. Juni 1999 (SR 0.742.403.12).

Der EuGH bestätigte damit, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Fall McDonagh/Ryanair, was er bereits zuvor zu den Rechten der Flugpassagiere ausgeführt hatte.⁸⁹

Das leuchtet, jedenfalls in dieser Absolutheit, nicht ein. Flugzeug, Bahn und Bus sind heute weitgehend vergleichbare Massentransportmittel. Der Passagier und der Absender haben einen vergleichbar leichten Zugang und es bestehen ähnliche Risiken (Verspätung, Körperverletzung, Güterschaden). Eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt sich daher nicht (mehr) per se. Für eine Strecke wie z.B. Zürich-Paris wird sich der Passagier durchaus überlegen, den Zug zunehmen, wenn ihm die Konditionen der Fluggesellschaften nicht passen – und umgekehrt. Eine Mindest-Koordination der Passagierrechte in den einzelnen Sektoren wäre daher wünschenswert.

Der EuGH ist anderer Meinung. Nach seiner Auffassung sind die zum Teil erheblichen Unterschiede zwischen den einzelnen Passagierrechtsverordnungen vom Unionsgesetzgeber gewollt. Die Beförderer eines Verkehrssektors können sich daher nicht auf die Vorschriften eines anderen Sektors berufen.

6. Fan-Transporte

Eine bemerkenswerte Gesetzesänderung plante der Bundesrat für Fan-Transporte mit der Eisenbahn. Als Reaktion auf den Hooliganismus wollte er einen neuen Art.12a in das Personenbeförderungsgesetz (PBG)⁹⁰ einfügen. Die Transportunternehmen sollten den Fans die Beförderung zu Sportveranstaltungen im Regelverkehr verweigern können, wenn Extra- oder Charterzüge zur Verfügung stehen (Art.12a Abs.1 VE-PBG). Weiter sollten die Sportclubs den Transportunternehmen für den Schaden haften, den ihre Fans im Rahmen der Extrafahrt verursachen (Art.12a Abs.2 und 3 VE-PBG).

⁸⁹ Urteil des EuGH vom 31. Januar 2013, C-12/11 (McDonagh/Ryanair Ltd), E. 56 und 57; zuvor bereits im Urteil vom 10. Januar 2006, C-344/04 (IATA und ELFAA), E. 96.

⁹⁰ Bundesgesetz über die Personenbeförderung (SR 745.1).

Diese Haftung sollte subsidiär sein und nur dann greifen, wenn der Schädiger nicht ermittelt werden kann.⁹¹

Die geplante Gesetzesänderung ist aus zwei Gründen bemerkenswert: Zum einen hätte sie die heute bestehende Transportpflicht der konzessionierten Transportunternehmen eingeschränkt. Zum anderen hätte sie eine Art Sippenhaftung der Sportclubs für ihre Fans geschaffen (genau genommen nicht für ihre Fans, sondern für Personen, die unter diesem Deckmantel randalieren).

Der Entwurf wurde nicht Gesetz: Der Nationalrat hat die Änderung am 18. September 2014 mit 119:50 Stimmen in zweiter Lesung an den Bundesrat zurückgewiesen.⁹² Der Ständerat hatte zuvor die vom Nationalrat schon in erster Lesung beschlossene Zurückweisung mit 33:7 Stimmen abgelehnt. Es ist nun am Bundesrat, einen neuen Vorschlag zu präsentieren.

Auch in der Luftfahrt gibt es Spezialflüge und es kommt vor, dass ein Fussballverein, ein Fanclub oder ein Reiseveranstalter einen Flug chartern, um die Fans zu einem Auswärtsspiel ihrer Mannschaft zu bringen. Solche Fan-Flüge erfolgen in unterschiedlichen Konstellationen: Möglich ist, dass der Verein/Veranstalter ein Flugzeug (oder eine Anzahl von Plätzen) mit Besatzung und Ausrüstung chartert und der Fluggesellschaft dafür eine Vergütung bezahlt.⁹³ Der Verein/Veranstalter verkauft die Plätze an die Fans und trägt das finanzielle Risiko, wenn die Plätze leer bleiben. Er entscheidet daher auch, welche Fans mitreisen dürfen.⁹⁴ Möglich ist auch, dass die Fans als Gruppe reisen; dann bucht jeder Teilnehmer einen individuellen Flug mit einem vereinheitlichten Buchungsverfahren.

⁹¹ Botschaft des Bundesrates vom 28. August 2013 zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes (Fan-Transporte), BBl 2013 6993 ff. Art. 12a VE-PGB lautet: «Beförderung zu Sportveranstaltungen

1 Ein Unternehmen kann Anhängerinnen und Anhängern eines Sportklubs die Beförderung zu oder von einer Sportveranstaltung mit fahrplanmässigen Kursen verweigern oder einschränken, wenn es dem Sportklub einen Chartervertrag für die Beförderung mit nicht fahrplanmässigen Kursen zu angemessenen Bedingungen namentlich bezüglich Haftung, Fahrpreis, Platzangebot, Abfahrts- und Zielort sowie Abfahrtszeiten angeboten hat.

2 Wird kein Chartervertrag abgeschlossen, so haftet der Sportklub gegenüber dem Unternehmen für Schäden, die seine Anhängerinnen und Anhänger bei der Beförderung zu oder von einer Sportveranstaltung verursachen, soweit die Verursacherinnen oder Verursacher nicht identifiziert werden können.

3 Der Sportclub kann sich von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um Schäden dieser Art zu verhüten.

4 Im Übrigen richtet sich die Haftung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über die unerlaubten Handlungen.»

⁹² Amtl Bull NR 2014 1630.

⁹³ Vgl. zur Definition des Chartervertrags vorn 2.4.

⁹⁴ Vgl. MARCHAND, *op. cit.* Fn. 3, art. 440 CO N 34; MERCADAL BARTHÉLÉMY, Droit des transports terrestres et aériens, Paris 1996, N 88; vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2001 i.S. Eidg. Steuerverwaltung gegen J. SA und Eidg. Steuerrekurskommission, ASA 71, S. 564, E. 5.e.

Insbesondere beim Chartervertrag stellt sich die Frage, wer Lufttransportführer ist und wer im Schadensfall haftet.

«Beförderer» ist derjenige, der den Beförderungsvertrag mit dem Passagier oder Absender schliesst und sich zur Beförderung verpflichtet – das ist nicht zwingend derselbe, der die Beförderung ausführt.⁹⁵ Zwei Konstellationen sind zu unterscheiden: Tritt der Charterer gegenüber den Passagieren als Beförderer auf, liegt ein sog. *Mietcharter*⁹⁶ vor. Der Vercharterer ist Hilfsperson des Charterers bei der Erfüllung des Beförderungsvertrags;⁹⁷ er erbringt die Leistung, die der Charterer dem Passagier versprochen hat. Zwischen dem Vercharterer und dem Passagier besteht kein Vertrag. Tritt hingegen die Fluggesellschaft (Vercharterer) als Beförderer auf, werden aber die Beförderungsverträge vom Charterer abgeschlossen, handelt es sich um einen sog. *Transportcharter*.⁹⁸ Der Vercharterer und der Charterer können dem Passagier einen direkten Erfüllungsanspruch gegen den Vercharterer einräumen.⁹⁹

Vom Anspruch auf Beförderung zu trennen ist die Frage der Haftung. Diese wird vom Luftrecht geregelt: Das Montrealer Übereinkommen und die Lufttransportverordnung unterscheiden zwischen vertraglichem und ausführendem Lufttransportführer; bei einem Unfall kann der Passagier gegen beide Schadenersatzansprüche geltend machen.¹⁰⁰

Bleibt die Frage, wer gegenüber der Fluggesellschaft für die Beschädigung haftet, wenn ein Fan randaliert. Vertragspartner der Fluggesellschaft ist der Charterer, er haftet, wenn das Flugzeug beschädigt wird.¹⁰¹ Der Fan haftet daneben aus unerlaubter Handlung.

⁹⁵ BGE 83 II 231 ff., E. 2.b.

⁹⁶ Oft weiss der Passagier beim Mietcharter gar nicht, dass das Transportmittel nicht dem Beförderer gehört (SCHEUCH URS, Luftbeförderungs- und Charterverträge unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Privatrechts, Diss. Zürich, Winterthur 1979, S. 20; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2001 i.S. Eidg. Steuerverwaltung gegen J. SA und Eidg. Steuerrealkommission, ASA 71, S. 564 ff., E.5.d).

⁹⁷ BGE 83 II 231 ff., E. 2.c.; MÜLLER, *op. cit.* Fn. 13, S. 223 erachtet als fragwürdig, dass das Bundesgericht den Piloten und die Besatzung als Hilfspersonen des Charterers bezeichnet. Das ist insofern richtig, als der Pilot und die Besatzung grundsätzlich dem Vercharterer unterstellt bleiben (vgl. Art. 96 Abs. 1 und 2 SSG). Da der Vercharterer aber Hilfsperson des Charterers ist, sind der Pilot und die Besatzung sozusagen Hilfspersonen der Hilfsperson des Charterers.

⁹⁸ SCHEUCII, *op. cit.* Fn. 96, S. 26.

⁹⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2001 i.S. Eidg. Steuerverwaltung gegen J. SA und Eidg. Steuerrealkommission, ASA 71, S. 564 ff., E. 5.c; DETTLINGOTT, *op. cit.* Fn. 14, S. 109; beide mit dem Hinweis, dass der Charterer den Beförderungsvertrag mit dem Passagier schliesst und diesem die Dokumente aushändigt.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 39 ff. MÜ; Art. 20 LTrV.

¹⁰¹ Dabei steht ihm der Rückgriff auf den Fan offen.