

Zeitschrift für

VERKEHRS-**ZVR** RECHT

Redaktion Karl-Heinz Danzl, Christian Huber,
Georg Kathrein, Gerhard Pürstl

Februar 2021

02

37 – 72

Beiträge

„Faire“ Lösung? – Saison- und Jahreskarten in Zeiten von COVID-19

Anna Bergmayr und Johannes Reheis ➔ 40

Die Ermittlung der Höhe des immateriellen Schadens

Christian Huber ➔ 47

Rechtsprechung

Zuschlag beim Schmerzensgeld wegen besonders schwerem Verschulden
oder zögerlichem Regulierungsverhalten? ➔ 55

Beweislastfragen bei Kollision eines Skifahrers erst durch Abrutschen
nach Sturz aufgrund Verkantens Marwin Gschöpf ➔ 58

Judikaturübersicht Verwaltung

Gehsteig, tatsächliche Gegebenheiten sind festzustellen ➔ 62

Ermahnung, aufschiebende Wirkung der Rev
kommt nicht in Betracht ➔ 65

Kuratorium für Verkehrssicherheit

Mopedlenker: sicher unterwegs?

Birgit Salamon, Erwin Wannemacher und Martin Winkelbauer ➔ 66

„Faire“ Lösung? – Saison- und Jahreskarten in Zeiten von COVID-19

ZVR 2021/16

§§ 920, 1447
ABGB;
§ 9 KSchGTarifverbund;
Unmöglichkeit;
Wegfall der
Geschäfts-
grundlage

Die COVID-19-Pandemie zieht umfassende Betriebsschließungen von Seilbahnunternehmen nach sich. Im Beitrag werden dadurch ausgelöste Probleme mit Saison- und Jahreskarten, insb auch im Hinblick auf Tarifverbundtickets, analysiert.

Von Anna Bergmayr und Johannes Reheis

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangslage/Einleitung
- B. Darstellung der Rechtsbeziehungen
 1. Saison- oder Jahreskarte als Dauerschuldverhältnis
 2. Saison- oder Jahreskarte in einem Tarifverbund
- C. Szenarien
 1. Lockdown
 - a) Ausgangslage
 - b) Rechtliche Beurteilung
 - c) Rechtsfolgen
 2. Schließung aus betrieblichen Gründen
 - a) Schließung eines einzelnen Betriebs (keine Verbundkarte)
 - b) Schließung einzelner Betriebe aus dem Tarifverbund
- D. AGB nach Corona
 1. Risikoverteilung
 - a) Grenze der gröblichen Benachteiligung
 - b) Zulässige Vereinbarungen
 2. „Fair-Use“-Klauseln
- E. Fazit und Thesen

A. Ausgangslage/Einleitung

Die Skisaison im vergangenen Winter endete mit der nach Europa schwappenden COVID-19-Pandemie abrupt. Anfang März 2020 erfolgte die hoheitliche Sperung des Skigebiets in Ischgl, kurz darauf wurde die Skisaison in ganz Tirol, Salzburg und Vorarlberg und auch im restlichen Österreich beendet. Im November 2020 wurden erneut hoheitliche Schließungen von Seilbahnbetrieben angeordnet. Ende Dezember 2020 folgte der dritte Lockdown, der Betrieb von Seilbahnen ist allerdings seit Weihnachten – unter Einschränkungen – wieder möglich. Für die Seilbahnbetriebe bedeuten Betriebsschließungen hohe Umsatzeinbußen, das Geschäft mit Tagesgästen fällt für diesen Zeitraum komplett weg. Probleme ergeben sich aber auch iZm Rückforderungsansprüchen von Saison- und Jahreskartenbesitzern, die ihre Tickets schon vorab erworben haben und dazu berechtigt sind, die Anlagen der Seilbahnbetriebe den ganzen Winter oder das ganze Jahr über zu nutzen. Worauf sich so ein Rückforderungsanspruch stützt, wem gegenüber er besteht und wie hoch er ist, wird in diesem Beitrag aufgezeigt. Zudem wird auf die Zulässigkeit von AGB-Bestimmungen, die in Reaktion auf die Pandemie eingeführt worden sind, eingegangen.

B. Darstellung der Rechtsbeziehungen

1. Saison- oder Jahreskarte als Dauerschuldverhältnis

Der Erwerb eines Skitickets begründet einen Beförderungsvertrag zwischen dem Seilbahnunternehmen und dem Kunden, der seiner Natur nach ein Werkvertrag iSd §§ 1165 ff ABGB ist.¹⁾ Da im Fall einer Saison- oder Jahreskarte das Vertragsverhältnis über einen längeren Zeitraum zur Beförderung berechtigt und das Schuldverhältnis periodisch wiederkehrende Leistungen zum Inhalt hat, handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis mit insofern teilbarer Leistungspflicht.²⁾ Vertragspartner des Kunden können entweder ein einzelnes Unternehmen – etwa dann, wenn er eine Saison- oder Jahreskarte für ein einzelnes Skigebiet erwirbt – oder, wie beim Erwerb einer Tarifverbundkarte, eine Vielzahl von Unternehmen sein.

2. Saison- oder Jahreskarte in einem Tarifverbund

Bieten mehrere Anbieter ihre Leistungen gemeinsam in Form einer einheitlichen Berechtigungskarte als Tarifverbund an, ist für den Kunden nicht ohne weiteres erkennbar, mit wem schlussendlich eine Vertragsbeziehung zustande kommt.³⁾ Treten Leistungsstörungen auf, bspw eine Betriebssperre, oder erleidet der Kunde einen Schaden aufgrund der Verletzung vertraglicher (Neben-)Pflichten, ist die Kenntnis des konkreten Anspruchsgegners entscheidend.

Ganz allg gilt: Der Unternehmer, bei dem die Karte gekauft wurde, kann entweder im eigenen Namen kontrahieren oder als Vertreter für die anderen Mitglieder des Tarifverbunds auftreten. Ferner besteht auch die Möglichkeit, dass ein Vertrag mit einer zum Betrieb des Kartenverbunds gegründeten Gesellschaft geschlossen wird.⁴⁾ Soll ein aufgespaltenes Vertragsverhältnis mit mehreren Vertragspartnern und unterschiedlichen Pflichtenkreisen entstehen, muss das Vertretungsverhältnis zum Zeitpunkt des Vertragsschlus-

1) StRsp RIS-Justiz RS0026007; s etwa OGH 2 Ob 206/11 z ZVR 2013/203; *Krejci* in *Rummel* § 1166 ABGB Rz 26.

2) OGH 25. 3. 1980, 4 Ob 543/79; *Gschneider*, Schuldrecht AT² 26; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 28; s auch *Ermarcora*, Aktuelle Rechtsfragen zur Haftung der Skigebietsbetreiber, ZVR 2019, 453.

3) Vgl *Stabentheiner*, Pistensicherung und verwandte Fragenkreise, ZVR 2016, 217 (252).

4) Vgl OGH 4 Ob 251/06 z ZVR 2008/44 (*Kathrein*).

ses eindeutig offengelegt werden.⁵⁾ Das ist nach allg vertragsrechtl Grundsätzen geboten, die diesbzgl auf den objektiven Empfängerhorizont abstellen;⁶⁾ im Zweifel ist von einem Eigengeschäft des Handelnden auszugehen.⁷⁾ Die Offenlegung hat nach der Rsp vor dem Erwerb der Verbundkarte zu erfolgen,⁸⁾ bspw durch Verweis auf die eine entsprechende Klarstellung enthaltende Tarif- und Beförderungsbestimmungen.⁹⁾ Laut der Rsp ist es jedenfalls ausreichend, wenn darin konkretisiert wird, dass der Beförderungsvertrag mit „jener Seilbahn- bzw Liftgesellschaft zustande kommt, deren Anlagen sowie Skipisten der Kunde benützt“.¹⁰⁾ Ebenfalls möglich ist idZ die Aufspaltung der Verantwortlichkeit der einzelnen Verbundmitglieder, sodass sie jeweils nur für die von ihnen betriebenen Seilbahnanlagen und Skipisten haften.¹¹⁾ Der Kauf einer Verbundkarte begründet bei erfolgter Offenlegung somit eine Vielzahl von Dauerschuldverhältnissen zwischen dem Kunden auf der einen und den Mitgliedern des Tarifverbands auf der anderen Seite.

C. Szenarien

Im Folgenden wird erläutert, welche Auswirkungen die vollständige oder teilweise Schließung von Seilbahnbetrieben oder sonstigen Freizeiteinrichtungen auf das Schicksal des Dauerschuldverhältnisses bzw der Dauerschuldverhältnisse haben. Insb wird herausgearbeitet, welche Ansprüche den jeweiligen Vertragsparteien zustehen und wem gegenüber sie geltend gemacht werden können.

1. Lockdown

a) Ausgangslage

Das erste Szenario betrifft einen generellen Lockdown aufgrund behördlicher Anordnung, vergleichbar mit der Situation, die im Frühjahr und Spätherbst 2020 in Österreich vorherrschte. Die flächendeckende Schließung der Seilbahnunternehmen erfolgte zumeist durch V der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörden.¹²⁾ Mit Kundmachung der V am 14. 3. 2020 wurde etwa in Tirol ganz allg die Beförderung von Personen mit Seilbahnanlagen verboten.

b) Rechtliche Beurteilung

Zunächst ist festzuhalten, dass die Betriebsschließungen aufgrund hoheitlicher Anordnung ihren Ausgang weder in der Sphäre des Leistungspflichtigen noch des Leistungsberechtigten finden. Es handelt sich vielmehr um ein sog „zufälliges“ Ereignis. Das Dauerschuldverhältnis ist bereits in das Abwicklungsstadium übergetreten, eine Rückabwicklung ex tunc scheidet daher nach hA aus.¹³⁾ Fraglich ist nun, welche Leistungsstörungenregelungen zur Anwendung kommen. IZm mit der COVID-19-Pandemie wird oft auf das Institut des Wegfalls bzw der Störung der Geschäftsgrundlage zurückgegriffen,¹⁴⁾ darauf soll als Erstes eingegangen werden.

Wegfall der Geschäftsgrundlage

Die Lehre des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kann auf eine lange und reichhaltige Diskussion in Lit und Rsp zurückblicken.¹⁵⁾ Anders als etwa in Deutschland

(vgl § 313 BGB) kam es hierzulande jedoch nicht zu einer ausdrücklichen Normierung des Rechtsinstituts.¹⁶⁾ Vorab ist die grds Subsidiarität des Rechtsinstituts zu betonen,¹⁷⁾ die Lehre des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt nach hA nur dann zur Anwendung, wenn weder eine entsprechende vertragl Vereinbarung¹⁸⁾ (ausdrücklich oder stillschweigend) noch eine ges Regelung – also eine „Doppellücke“ – vorliegen.¹⁹⁾ Demnach muss zunächst geprüft werden, ob sich etwas aus dem Vertrag entnehmen lässt; in Frage kommt etwa eine eigene Risikoverteilungsregel.²⁰⁾ Vor Eintritt der Corona-Pandemie waren derartige Klauseln bspw für betriebsbedingte Sperren einzelner Mitgliedsbetriebe vorgesehen.²¹⁾ Eine Ausweitung dieser Regelung durch Auslegung auf den Fall eines generellen Lockdowns würde uE allerdings zu weit gehen, dasselbe gilt für die Annahme einer konkludent getroffenen Vereinbarung über die Risikotragung bei Schließung aller Betriebe.²²⁾ Bringt auch das sogleich zu untersuchende ges Leistungsstörungsrecht kein Licht ins Dunkel, könnte die Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden, wenn dem Vertragsinhalt oder den Umständen des Vertragsschlusses Ableitungen und Wertungen entnom-

5) OGH 4 Ob 66/201 ZVR 2020/223 (Kolbitsch) = EvBI 2020/97 (Brenn/Reheis); 6 Ob 13/13z ZVR 2013, 362 (Hechenblaickner); 4 Ob 251/06z ZVR 2008/44 (Kathrein); vgl auch Stabentheiner, ZVR 2016, 217 (253f); Reindl/Stabentheiner, Tarifverbund – Vermeidung einer Haftungsgemeinschaft; Verantwortlichkeit für Renn- und Trainingsstrecken – Abgrenzung zum Publikumsschilaf, ZVR 2008, 98 (101f).

6) RIS-Justiz RS0019516, s auch OGH 4 Ob 251/06z ZVR 2008/44 (Kathrein).

7) OGH 4 Ob 251/06z ZVR 2008/44 (Kathrein).

8) OGH 4 Ob 251/06z ZVR 2008/44 (Kathrein).

9) OGH 4 Ob 66/201 ZVR 2020/223 (Kolbitsch) = EvBI 2020/97 (Brenn/Reheis).

10) Ebd.

11) Ebd.

12) Siehe bspw V der BH Landeck über verkehrsbeschränkende Maßnahmen nach dem EpiG 1950 für alle Gemeinden des Bezirks Landeck, Bote für Tirol, Stück 10b, Nr 119/2020.

13) RIS-Justiz RS0018365; Gschnitzer in Klang IV/1² 446; Reischauer in Rummel/Lukas⁴ Vor §§ 918ff ABGB Rz 102; Reidinger in Schwimann/Kodek⁴ § 918 ABGB Rz 54.

14) Siehe etwa W. Doralt, Wegfall der Geschäftsgrundlage, JBI 2020, 491; T. Rabl, Recht Smart^{COVID19}: Pandemiebedingt zu Analogem und: Warum schnell nicht immer gut ist! ecolex 2020, 364; vgl auch J. Flume, Austauschverträge in volatilen Märkten, JBI 2020, 502 (503).

15) Ausf zur Entwicklung Fenyves in Klang³ § 901 ABGB Rz 27f.

16) Zu den Gründen s Fenyves in Klang³ § 901 ABGB Rz 39.

17) RIS-Justiz RS0017454, zuletzt OGH 3 Ob 143/18b; W. Doralt, JBI 2020, 491 (493); Rummel in Rummel/Lukas⁴ § 901 ABGB Rz 7; Fenyves in Klang³ § 901 ABGB Rz 44; Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 901 ABGB Rz 11; Bollenberger/P. Bydlinski in KBB⁵ § 901 ABGB Rz 8; Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 901 ABGB Rz 17 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at); Bezemek, Die Geschäftsgrundlage im österreichischen Zivilrecht (2009) 75.

18) Siehe nur OGH 10. 5. 1995, 3 Ob 534/95: „Was Vertragsinhalt ist, kann nicht Geschäftsgrundlage sein“.

19) Siehe zur Begriffsbestimmung Chiotellis, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen (1981) 24f.

20) Fenyves in Klang³ § 901 ABGB Rz 41; s ausf Medicus in FS Flume I (1978) 631.

21) Vgl AGB der Tirol Regio Card (Stand 1. 8. 2019), https://tirol-regio.at/wp-content/uploads/2019/09/Tirol-Regio-AGBs-2019-2020_2.pdf: „Bei betriebsbedingten Sperren einzelner Mitgliedsbetriebe (teilweisen oder auch gänzlichen) – aus welchem Grund auch immer – besteht kein – auch kein aliquoter – Rückerstattungsanspruch.“ (zuletzt abgerufen am 23. 12. 2020).

22) Siehe dazu Kerschner, Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei unwiderruflichen Sozialleistungen, wbl 1988, 211 (214f); F. Bydlinski, Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im österreichischen Recht, ÖBA 1996, 499 (504); Fenyves in Klang³ § 901 ABGB Rz 35.

men werden können.²³⁾ Die Anwendung und Reichweite dieser Methode ist jedoch äußerst umstritten.²⁴⁾

Unmöglichkeit der Leistung?

Mängel in der Abwicklung eines Schuldverhältnisses ziehen die Anwendung des Leistungsstörungsrechts nach sich. Infolge eines generellen Lockdowns wird die Erbringung der Leistung durch den Schuldner zwischen Vertragsschluss und Ende des Abwicklungsstadiums verunmöglicht. Zu prüfen ist demnach, ob es sich um einen Fall der nachträglichen Unmöglichkeit handelt.²⁵⁾ Die Schließung der Seilbahnbetriebe erfolgte durch V; die Seilbahnunternehmer sind direkt unter den Adressatenkreis des Verbots zu subsumieren.²⁶⁾ Aufgrund der Untersagung durch generell abstrakten Hoheitsakt kann die daraus resultierende rechtl Unmöglichkeit (Unerlaubtheit) in diesem Fall weder dem Schuldner (Seilbahnunternehmen) noch dem Kunden angelastet werden;²⁷⁾ es liegt also eine auf Zufall beruhende Unmöglichkeit vor (§ 1447 ABGB). Die Leistungserbringung durch den Schuldner wurde durch den Lockdown im Frühjahr allerdings nur für eine bestimmte Zeit verunmöglicht, die Aufhebung der behördl Seilbahnsperren erfolgte Ende Mai. Das bedeutet, dass nur ein Teil der geschuldeten Leistung – bei Saison- oder Jahreskarten ist dies eben ein gewisser Zeitraum – unmöglich geworden ist.²⁸⁾

Einschlägig sind demgemäß die Regelungen zur nachträglichen, zufälligen Teilunmöglichkeit, die dem Wegfall der Geschäftsgrundlage vorgehen. Im Hinblick auf die Rechtsfolgen ist festzuhalten, dass der Schuldner hins der Leistungen, die in den angesprochenen Verhinderungszeitraum fallen, frei wird; demgegenüber entfällt korrespondierend die Entgeltzahlungspflicht des Kunden.²⁹⁾ Ob die Suspendierung der Leistungspflichten für den Unmöglichkeitszeitraum einer Erklärung bedarf oder ohne weiteres erfolgt, ist umstritten.³⁰⁾ Für Dauerschuldverhältnisse im Abwicklungsstadium ist davon auszugehen, dass die Aufhebung der gegenseitigen Verbindlichkeiten ex lege erfolgt.³¹⁾ Das ist uE schon aus Gründen der Zweckmäßigkeit geboten.

Ausführlich zu den Rechtsfolgen und zur Geltendmachung der Ansprüche s sogleich unten Punkt C.1.c). Zu betonen ist ferner, dass die Bestimmungen zur nachträglichen Unmöglichkeit (§ 1447 ABGB) grds dispositiv sind.³²⁾ Eine Abänderung der Regeln über die Gefahrtragung zu Lasten von Verbrauchern – bspw durch AGB – ist in analoger Anwendung von § 9 KSchG iVm § 879 Abs 3 ABGB allerdings unzulässig (s dazu unten Punkt D.1.).³³⁾

c) Rechtsfolgen

Kündigungsmöglichkeit

Die zufällige nachträgliche Teilunmöglichkeit eines Dauerschuldverhältnisses begründet nach hA zunächst eine Kündigungsmöglichkeit ex nunc aus wichtigem Grund für den Gläubiger.³⁴⁾ Ein wichtiger Grund ist gegeben, wenn die Fortsetzung des Vertrags zu den bisherigen Bedingungen unzumutbar wird.³⁵⁾ Die Fortführung wird etwa dann als unzumutbar angesehen werden können, wenn das Ende des Verhinderungszeitraumes unabsehbar weit in der Zukunft liegt. Ge-

gen eine allzu niedrige Unzumutbarkeitsschwelle spricht allerdings der Umstand, dass für den Unmöglichkeitszeitraum ohnehin die Gegenleistungspflicht des Kunden suspendiert wird.³⁶⁾

Bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch

Ist die Teilunmöglichkeit eingetreten, steht dem Gläubiger ein bereicherungsrechtl Rückforderungsanspruch (§ 1435 ABGB) hins des bereits geleisteten Entgelts zu.³⁷⁾ Im Fall von Saison- oder Jahreskarten stellen sich idZ die Fragen, (a) gegenüber wem der Anspruch geltend gemacht werden kann und (b) wie hoch der Ausgleichsanspruch ausfällt.

Anspruchsgegner

Handelt es sich um eine Saison- oder Jahreskarte, welche den Kunden zur Benützung der Aufstiegshilfen und Pisten eines Seilbahnunternehmens berechtigt, gestaltet sich die Lage klar. Der Anspruch auf Rückerstattung des geleisteten Entgelts ist gegenüber dem betreffenden Seilbahnunternehmen geltend zu machen.

Anderes gilt für Tarifverbundkarten. Hierbei ist zu unterscheiden: Wurde für den Betrieb des Tarifverbunds eine eigene Gesellschaft gegründet, kann der Rückforderungsanspruch jedenfalls an jene gerichtet werden. Besteht keine eigene Tarifverbundbetriebsgesellschaft, ist fraglich, ob der Anspruch gegenüber einem bestimmten Tarifverbundmitglied geltend gemacht werden kann oder an alle gerichtet werden muss. Wie oben ausgeführt, kann das der Tarifverbundkarte zugrundeliegende Vertragsverhältnis zulässigerweise aufgespaltet werden, wenn die handelnde Verkaufsstelle ihre Vertretereigenschaft entsprechend offenlegt.³⁸⁾ Die Folge sind eine Vielzahl von Dauerschuldverhältnissen gegenüber allen Teilnehmern des Tarifverbunds. Jene bilden allerdings aufgrund ihres

23) Vgl *Vonklich* in *Klang*³ § 914 ABGB Rz 69.

24) *F. Bydliński*, ÖBA 1996, 499 (504 f); *Vonklich* in *Klang*³ § 914 ABGB Rz 65 ff; *Fenyves* in *Klang*³ § 901 ABGB Rz 43.

25) *Laimer/Schickmair* in *Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 11 Rz 23.

26) Vgl OGH 3 Ob 112/97 k.

27) *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1447 ABGB Rz 22 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at).

28) Vgl *Graf/Brandstätter*, Rechtliche Auswirkungen von COVID-19 auf Bauvorhaben, Zak 2020, 127 (127 f).

29) *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1447 ABGB Rz 42.

30) Für eine Auflösung ohne Rücktrittserklärung: *Pisko/Gschnitzer* in *Klang* VI² 558; *Gschnitzer*, Schuldrecht AT² 105; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 220; aA *Reischauer* in *Rummel/Lukas*⁴ § 920 ABGB Rz 71 f; *Heidinger* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 1447 ABGB Rz 15; *Dullinger*, Schuldrecht AT⁶ Rz 3/53.

31) *Pisko/Gschnitzer* in *Klang* VI² 557 f; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1447 ABGB Rz 42.

32) OGH 2 Ob 543/53; *Heidinger* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 1447 Rz 17; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1447 ABGB Rz 36; *Laimer/Schickmair* in *Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 11 Rz 26 (Stand 30. 9. 2020, rdb.at).

33) *Perner*, ABGB-Gefahrtragsregeln zugunsten von Verbrauchern zwingend, RdW 2005, 590; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1447 ABGB Rz 36.

34) *Pisko/Gschnitzer* in *Klang* VI² 557; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1447 ABGB Rz 42.

35) *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1447 ABGB Rz 27/1; *Angermair et al*, COVID-19-Gesetze: Ausgewählte für Unternehmen relevante Regelungen, NZ 2020, 121 (123).

36) *Pisko/Gschnitzer* in *Klang* VI² 557; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1447 ABGB Rz 42.

37) OGH 7 Ob 129/68; *Mader* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 1435 ABGB Rz 4; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1447 ABGB Rz 43.

38) Siehe oben Punkt B.2.

Zusammenschlusses und mangels Vorliegens einer eigenständigen Dachgesellschaft eine Außen-GesbR.³⁹⁾ Darauf deuten etwa ein gemeinsamer Außenauftritt oder auch ein Schlüssel über die Aufteilung des Erlöses aus den Ticketverkäufen hin. Da einer GesbR keine Rechtsfähigkeit zukommt, haften alle Gesellschafter gem § 1199 Abs 1 ABGB gesamtschuldnerisch für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten. Das bedeutet, dass jeder Gesellschafter für die Erfüllung der gesamten geschuldeten Leistung herangezogen werden kann.⁴⁰⁾ Bei einem Bereicherungsanspruch eines Kunden, der aus der Unmöglichkeit der Leistungserbringung iZm mit einer Tarifverbundkarte resultiert, liegt die Gesellschaftsbezogenheit zweifellos vor;⁴¹⁾ der Zweck der GesbR ist gerade im Zusammenschluss der Teilnehmer zu einem Tarifverbund zu erblicken.⁴²⁾ Nach § 1199 Abs 1 HS 2 ABGB wäre es allenfalls noch möglich, die Haftung der Gesellschafter durch eine gesonderte Vereinbarung mit den betroffenen Dritten zu begrenzen.⁴³⁾ Eine solche liegt im Fall eines Verbundtickets allerdings nicht vor, weil sie nur mit jedem Gläubiger individuell abgeschlossen werden kann. Die Aufnahme einer Haftungsbeschränkung iSd § 1199 Abs 1 HS 2 ABGB in AGB ist gröblich benachteiligend.⁴⁴⁾

Anspruchshöhe

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Berechnung des Rückforderungsanspruchs. Nach *Pisko/Gschnitzer* bewirkt die Teilunmöglichkeit eine „grds verhältnismäßige Minderung des Entgeltes“.⁴⁵⁾ Auf Dauerschuldverhältnisse bezogen bedeutet dies, dass der Gläubiger das für den Zeitraum der Unmöglichkeit entrichtete Entgelt zurückfordern kann. Bei Saisonkarten, welche die Beförderung mit Liftanlagen und Benützung von Pisten nur während der Wintersaison (idR von November/Dezember bis April/Mai) vermitteln, kann eine aliquote (tagweise) Aufteilung gerechtfertigt und auch zweckmäßig sein.⁴⁶⁾

Anderes gilt uE jedoch für Jahrestickets eines Tarifverbunds (bspw Freizeitticket Tirol). Im Gegensatz zu Saisonkarten, die nur zur Benützung der Anlagen und Pisten eines Seilbahnunternehmens berechtigen, sind bei derartigen Verbundtickets auch andere Freizeitanlagen (Schwimmbäder, Museen etc) inkludiert. Der Großteil der Angebote betrifft allerdings unzweifelhaft die Wintermonate; in den AGB des Freizeitticket Tirol ist sogar ausdrücklich festgehalten, „[...] dass die kostenintensiven Nutzungen vor allem in der Wintersaison erfolgen“.⁴⁷⁾ Wird nun wie im heurigen Frühjahr der Betrieb der Seilbahnanlagen in eben jenen „kostenintensiven“ Monaten untersagt, wäre eine aliquote Berechnung des Rückforderungsanspruchs, welche nur auf die Tage der Nichtnutzung im Verhältnis zur gesamten Laufzeit abstellt, nicht gerechtfertigt. Vielmehr muss dieser Umstand in die Berechnung der „verhältnismäßigen“ Minderung miteinbezogen werden. Wie die Gewichtung tatsächlich zu erfolgen hat, ist von der konkreten Ausgestaltung des Verbundtickets abhängig. Orientierung bieten könnten uE bspw die kumulierten Preise von Tagestickets im Unmöglichkeitzeitraum im Verhältnis zum gesamten Leistungszeitraum.

2. Schließung aus betrieblichen Gründen

Im Zuge der Corona-Pandemie wurde jedoch nicht nur ein „harter“ Lockdown verhängt, sondern im Nachgang eine Vielzahl verschiedener Maßnahmen zur Virusbekämpfung verordnet. Neben Abstandsregelungen und Personenbeschränkungen ist auch das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes bzw einer FFP2-Maske, zB im Eingangsbereich und in Gondeln von Seilbahnbetrieben, vorgeschrieben. Für viele Betriebe führen die Auflagen zu erheblichen Ausgaben und Umsatzeinbußen, andere können wiederum keinen ausreichenden Infektionsschutz gewährleisten.⁴⁸⁾ Zum Teil entschieden Betriebe sich daher autonom, also unabhängig von einem behörl Verbot, für eine Schließung oder die Absage von Veranstaltungen. Für öff Seilbahnen kam eine autonome Schließung bis zum jetzigen Zeitpunkt nicht in Betracht, weil gem § 5 SeilbG eine Betriebspflicht besteht. Die Praxis des Verkehrsministeriums für die Aufhebung der Seilbahnbetriebspflicht wurde allerdings jüngst modifiziert, um den Seilbahnbetrieben eine flexible Anpassung an die Verhältnisse zu ermöglichen.⁴⁹⁾ Fraglich ist, wie die Risikoverteilung im Fall einer Schließung eines Seilbahnbetriebs liegt, die nicht aufgrund behörl (Schließungs-)Anordnung erfolgt, sondern vielmehr betrieblich bedingt ist, weil sich eine weitere Offenhaltung aufgrund der Auflagen nicht mehr lohnt bzw aus Gründen der Infektionsprävention davon abgesehen wird.

Die Vertragsparteien können für betriebsbedingte Schließungen privatautonome Risikoverteilungen vereinbaren. Derartige „Force-Majeure“-Klauseln fanden sich in den AGB der Seilbahnen bereits vor der Corona-Pandemie zB für Schließungen aufgrund von Sturm und Lawinengefahr. Vor COVID-19 wurde eine Pandemie in den AGB der Unternehmen zumeist nicht bedacht.⁵⁰⁾ Dann ist nach den Grundsätzen der

39) *Reheis*, Anm zu 4 Ob 66/201, ÖJZ 2020, 933; vgl auch OLG Innsbruck 2 R 162/06z.

40) *Artmann in Klang* § 1199 ABGB Rz 5; *Rauter in Rummel/Lukas* § 1199 ABGB Rz 16; *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 2/174; vgl auch *Krejci*, Neuere Entwicklungen im österreichischen Gesellschaftsrecht, in FS Jud (2012) 377 (397 f); *Spitzer*, GesbR und Insolvenz, in FS Nowotny (2015) 413 (445).

41) Vgl zur Gesellschaftsbezogenheit *Artmann in Klang* § 1199 ABGB Rz 5.

42) *Reheis*, Anm zu 4 Ob 66/201, ÖJZ 2020, 933 (933 f).

43) *Artmann in Klang* § 1199 ABGB Rz 16.

44) *Artmann in Klang* § 1199 ABGB Rz 17; *Rauter in Rummel/Lukas* § 1199 ABGB Rz 35; *Haberer*, Unzulässigkeit der GesBR m. b. H., SWK 2000, W 89; vgl hierzu auch BGH II ZR 371/98 NJW 1999, 3483.

45) *Pisko/Gschnitzer in Klang* VI² 557.

46) Eine derartige Vorgehensweise ist mittlerweile in zahlreichen AGB von Seilbahnunternehmen vorgesehen.

47) AGB Freizeitticket Tirol, <https://www.freizeitticket.at/agbs/> (zuletzt abgerufen am 23. 12. 2020).

48) Das Sicherheitspersonal muss erhöht werden; zudem sind weniger Einnahmen aufgrund von Personenbeschränkungen und Abstandsregelungen zu erwarten.

49) https://www.tourismuspresse.at/presseaussendung/TPT_202012_04_TPT_0010/hoerl-zur-flexiblen-aufhebung-der-betriebspflicht-wesentliche-erleichterung-fuer-seilbahnunternehmen-in-diesem-ausnahme-winter (zuletzt abgerufen am 23. 12. 2020). Dies geht darauf zurück, dass einzelne Skigebiete um eine Aufhebung der Betriebspflicht angesucht haben, zB „*Axamer Lizum behält sich Schließung vor*“, <https://tirol.orf.at/stories/3069794/> (zuletzt abgerufen am 23. 12. 2020).

50) Vgl zB AGB der Tirol Regio Card (Stand 1. 8. 2019). Das hat sich nun geändert, vgl die AGB des Stubaier Gletschers <https://www.>

allg Vertragsauslegung und dem Parteiwillen zu ermitteln, ob die in der Klausel aufgenommenen Fälle höherer Gewalt abschließend aufgezählt wurden oder ob die Klausel offen gestaltet ist.⁵¹⁾ Fehlt es an einer einschlägigen Pandemie-Vertragsklausel, so ist die weitere Vertragsabwicklung nach allg Leistungsstörungenrecht zu beurteilen.⁵²⁾ Wiederum müssen die Rechtsinstitute der Unmöglichkeit und die Grundlagenstörung geprüft werden, mit dem Unterschied, dass die Nichterfüllung nun (vermeintlich) in die Sphäre des Schuldners, also des (Seilbahn-)Unternehmens fällt. Wiederum muss ferner unterschieden werden, ob es sich um eine Tarifverbundkarte handelt oder nicht.

a) Schließung eines einzelnen Betriebs (keine Verbundkarte)

Schließung als zu vertretende Unmöglichkeit?

Die Schließung des Betriebs macht die Erfüllung des Vertragsverhältnisses für diese Zeit unmöglich. Wie im Fall einer hoheitlichen Schließungsanordnung könnte es sich auch hier um eine nachträgliche Teilunmöglichkeit handeln. Die Bereitstellung der Liftanlagen ist dem Leistungserbringer jedoch weder verboten (rechtl Unmöglichkeit, s oben Punkt C.1.b), noch sonst an sich unmöglich. Zu denken wäre nur an Unerschwinglichkeit oder Unzumutbarkeit der Leistung für den Schuldner, welche die Rsp und ein Teil der Lehre der Unmöglichkeit gleichsetzen.⁵³⁾ Die Unerschwinglichkeit kann auch als wirtschaftliche Unmöglichkeit bezeichnet werden; gemeint ist eine überobligationsmäßige Schwierigkeit der Leistung.⁵⁴⁾ Hieran ist zu denken, da für die Offenhaltung des Betriebs zahlreiche teure Maßnahmen notwendig sind, um die Gäste hinreichend zu schützen. Bspw müssten Anstehbereiche an Kassen, Liftanlagen oder Bergrestaurants neu organisiert werden, ggf können Gondeln oder Lifte nur mit einer geringeren Personenanzahl besetzt und das Personal muss aufgestockt werden.⁵⁵⁾ Eine der Unmöglichkeit gleichzusetzende Unerschwinglichkeit wird angenommen, wenn der notwendige Aufwand in keinem Verhältnis zum Wert der Leistung steht, so dass er objektiv unvernünftig und wirtschaftlich sinnlos erscheinen müsste.⁵⁶⁾ Es muss sich mithin um ein grobes Missverhältnis handeln. Die Erschwerung der Leistung müsste eine Lösung des Vertrags, entgegen dem Grundsatz *pacta sunt servanda*, rechtfertigen. Eine erhebliche Existenzverschlechterung wird wohl in den meisten Fällen durch die Maßnahmen zur Pandemieerhaltung nicht eintreten. Es handelt sich daher nicht um eine Unmöglichkeit gem § 920 ABGB in Form von Unerschwinglichkeit.

Weiters ist auch keine zur Unmöglichkeit führende Unzumutbarkeit gegeben. Nicht gemeint ist die Unzumutbarkeit in dem Sinne, dass das Infektionsrisiko für Betreiber oder Mitarbeiter selbst als zu hoch und daher unzumutbar angesehen werden könnte. Dem ist ohnehin entgegenzuhalten, dass auch hiergegen geeignete Schutzmaßnahmen ergriffen werden können. Gerade in Krisenzeiten sind die Zumutbarkeitsgrenzen sehr weit zu ziehen.⁵⁷⁾ Auch hier ist auf den Grundsatz *pacta sunt servanda* zu verweisen und zu bedenken, dass eine Befreiung von einem wirksam übernommenen Risiko,

insb in einem Dauerschuldverhältnis, zu unerwünschten Ergebnissen führen würde.

In Abgrenzung zu § 1447 ABGB regelt § 920 ABGB die nachträgliche, zu vertretende Unmöglichkeit.⁵⁸⁾ Ob die Betriebsschließung, die ihren Ausgang zweifellos in der Sphäre des Leistungserbringers hat und gerade nicht auf einem Hoheitsakt beruht, darüber hinaus vom Leistungserbringer zu vertreten wäre, hängt davon ab, ob er die Ungewissheit der Erfüllbarkeit kannte oder kennen musste.⁵⁹⁾ Im Hinblick auf jene Tickets, die vor dem Ausbruch der COVID-19-Pandemie im Frühjahr 2020 verkauft wurden, kann dem Schuldner nicht vorgeworfen werden, dass es zu derartigen Schwierigkeiten bei der Leistungserfüllung kommen würde. Anderes gilt für Saison- und Jahreskarten, die Seilbahnunternehmer in Kenntnis der pandemischen Umstände angeboten haben. Da damit zu rechnen war, dass es im Herbst/Winter 2020/21 zu weiteren Einschränkungen und Schwierigkeiten bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses kommen wird, ist eine autonome Betriebsschließung in diesem Fall vom Schuldner zu vertreten. Liegt darüber hinaus keine Unmöglichkeit oder ihr gleichzusetzende Unerschwinglichkeit vor, gerät der Leistungserbringer in Schuldnerverzug.

Wegfall der Geschäftsgrundlage Vertragsschluss vor Eintritt der Pandemie

Als ultima ratio kommt eine Vertragsanpassung oder eine gänzliche Beseitigung des Vertrags über das Instrument des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht (s oben Punkt C.1.b).⁶⁰⁾ Die Umstandsänderung, die infolge der COVID-19-Pandemie im Abwicklungsstadium eingetreten ist, nimmt ein Ausmaß an, das die Erbringung der Leistung durch den Schuldner erheblich erschwert.⁶¹⁾ Geschäftsgrundlage ist hier die Möglichkeit, den Seilbahnbetrieb ungehindert aufnehmen

stubaier-gletscher.com/agb/ (zuletzt abgerufen am 23. 12. 2020), zu deren Gültigkeit s unten Punkt D.

- 51) Zur Zulässigkeit und Auslegung von Force-Majeure-Klauseln vgl *Laimer*, Internationale Warenlieferungsverträge in der COVID-19-(Wirtschafts-)Krise, JBl 2020, 553 (560ff); *Uitz/Parsché*, Coronavirus – ein Praxisleitfaden bei Unterbrechung internationaler Lieferketten, *eolex* 2020, 273 (274f); *Wagner/Holtz/Dötsch*, Auswirkungen von COVID-19 auf Lieferverträge, BB 2020, 845.
- 52) Vgl *Wagner*, Corona Law, ZEuP 2020, 531.
- 53) OGH 3 Ob 589/51; 2 Ob 543/53; 7 Ob 70/63; *Pisko/Gschnitzer* in *Klang* VI² 541 ff; *Ehrenzweig*, System II/1² 352f; *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 901 ABGB Rz 11; *Welsler/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 23; *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,06} § 920 ABGB Rz 10 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at); *Reidinger* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 920 ABGB Rz 2; ähnlich *Reischauer* in *Rummel/Lukas*⁴ § 920 ABGB Rz 32ff; aA *F. Bydliński*, ÖBA 1996, 499 (500f); *Bollenberger/P. Bydliński* in *KBB*³ § 901 ABGB Rz 11; *Heidinger* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 1447 ABGB Rz 11; *Rummel*, Anmerkungen zum gemeinsamen Irrtum und zur Geschäftsgrundlage, JBl 1981, 1 (10); *Fenyves* in *Klang*³ § 901 ABGB Rz 100ff.
- 54) Vgl *Pisko/Gschnitzer* in *Klang* VI² 541 FN 9; aA *Reischauer* in *Rummel/Lukas*⁴ § 920 ABGB Rz 9, der die Bezeichnung für unzutreffend hält.
- 55) Vgl die Schutzmaßnahmen am Stubaier Gletscher, <https://www.stubaier-gletscher.com/stubai-live/news/detail/coronavirus-information/> (zuletzt abgerufen am 23. 12. 2020).
- 56) *Reischauer* in *Rummel/Lukas*⁴ § 920 ABGB Rz 12; RIS-Justiz RS0034124; OGH 7 Ob 152/18f.
- 57) *Reischauer* in *Rummel/Lukas*⁴ § 920 ABGB Rz 11.
- 58) *Reischauer* in *Rummel/Lukas*⁴ § 920 ABGB Rz 1.
- 59) *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,06} § 920 ABGB Rz 11.
- 60) Vgl *Laimer/Schickmair* in *Resch*, Corona-HB^{1,02} Kap 11 Rz 27.
- 61) Die Bezifferung der für die Anwendung des Rechtsinstituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage notwendigen Äquivalenzstörung ist heftig umstritten, s dazu auf *Fenyves* in *Klang*³ § 901 ABGB Rz 59ff mwN.

zu können.⁶²⁾ Die erforderliche „Doppellücke“ liegt vor. In Verträgen, die vor Ausbruch der Corona-Pandemie geschlossen wurden, wurde idR keine vertragl Vereinbarung getroffen. Dieses damals unvorhersehbare Ereignis wurde insb in den AGB von Seilbahnbetrieben nicht bedacht und lässt sich auch nicht unter eine Klausel zur vertraglichen Risikoverteilung für andere Force-Majeure-Akte subsumieren. Ein normiertes Rechtsinstitut des allg Leistungsstörungenrechts kommt in diesem Fall, wie oben gezeigt, nicht zur Anwendung. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage ist überdies nur relevant, wenn sich ein „neutrales Risiko“ verwirklicht, das beide Parteien gleichermaßen trifft.⁶³⁾ Zudem müssen veränderte Umstände, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbar waren, vorliegen.⁶⁴⁾ Mit COVID-19 und dessen Folgen für Gesundheit und die Gesellschaft im Allg konnte im Frühjahr 2020 wohl niemand rechnen, die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist somit grundsätzlich möglich.

Vertragsschluss nach Eintritt der Pandemie

Anders ist freilich die Lage im Herbst/Winter 2020/21 und danach zu beurteilen (s oben Punkt C.2.a). Die Berufung auf das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage scheidet für Verträge, die im Wissen um die Pandemie geschlossen wurden, aus.

Rechtsfolgen

Auf Rechtsfolgenebene ist zu beachten, dass hier, ganz iS des Grundsatzes der Vertragstreue, nach Möglichkeit die Anpassung des Vertrags an die veränderten Umstände Vorrang vor Auflösung des Vertrags hat.⁶⁵⁾ Bei Dauerschuldverhältnissen wirkt eine Auflösung jedenfalls ex nunc.⁶⁶⁾ Im gegenständlichen Fall erscheint eine Anpassung jedenfalls interessengerechter. Für die Monate, in welchen der Betrieb geschlossen ist, könnten die gegenseitigen Leistungspflichten für diesen Zeitraum aufgehoben werden. Eine Verlängerung des Vertrags um den Zeitraum der Nichtbenutzbarkeit ist bei Saison- und Jahreskarten, deren Leistungsinhalt nicht gleichförmig ausgestaltet ist – die Nutzungsmöglichkeiten unterscheiden sich von Monat zu Monat –, weder zweckmäßig noch interessengerecht. Bei Jahreskarten, deren Nutzungsschwerpunkt in den Wintermonaten liegt, wird das Interesse des Kunden durch eine aliquote Rückerstattung allerdings nicht ausreichend gewürdigt. Es sollte vielmehr eine entsprechende Anpassung des Ticketpreises vorgenommen werden, welche die Schließung in geeignetem Maß abgilt (s oben Punkt C.1.c).

b) Schließung einzelner Betriebe aus dem Tarifverbund

Entscheiden sich ein oder mehrere Betriebe aus einem Tarifverbund zur Schließung des Betriebs, liegt eindeutig keine Unmöglichkeit zur Benützung des Verbundtickets vor. Das Verbundticket bietet gerade für den Fall, dass die Leistung eines Unternehmens vorübergehend nicht nutzbar ist, die Möglichkeit, auf ein anderes Unternehmen des Tarifverbunds auszuweichen. Es kommt daher lediglich das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für eine Anpassung des Vertrags infolge Schließungen aufgrund der Pandemie in

Betracht.⁶⁷⁾ Es stellt sich hierbei jedoch die Frage, ob eine Vertragsanpassung überhaupt notwendig oder das Ausweichen auf einen Partnerbetrieb für den Ticketkäufer nicht ohnehin zumutbar ist. Das wird jedenfalls so sein, wenn andere Betriebe geöffnet haben, die vergleichbare Leistungen anbieten. Damit vergleichbar wäre ein Dauerschuldverhältnis mit einem Einzelbetrieb, der zwar geöffnet hat, aber nur wenige der vertraglich zugesicherten Leistungen zur Verfügung stellt. Dem Kunden ist die Nutzung des verkürzten Angebots idR eher zumutbar als eine Vertragsauflösung oder Anpassung über das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Haben alle Betriebe des Tarifverbunds aus betrieblichen Gründen geschlossen, ist der Fall parallel zum oben entworfenen Szenario der betrieblich bedingten Schließung eines einzelnen Betriebs zu behandeln.⁶⁸⁾

D. AGB nach Corona

1. Risikoverteilung

a) Grenze der gröblichen Benachteiligung

Bereits vor der Corona-Krise sicherten sich Seilbahnunternehmen gegen das Risiko höherer Gewalt, zB für witterungsbedingte Schließungen oder aufgrund von Schneemangel oder Lawinengefahr, in den AGB ab. Das Risiko höherer Gewalt, welches naturgemäß weder der Sphäre des Schuldners, noch der Sphäre des Gläubigers zuzurechnen ist, wird kraft vertragl Regelung gänzlich dem einen Teil aufgebürdet. § 1447 ABGB normiert für den Fall der zufälligen nachträglichen Teilunmöglichkeit der Leistung (s oben Punkt C.1.b) die ges Risikoverteilung. Demnach werden die gegenseitigen Leistungspflichten für den betroffenen Zeitraum aufgehoben. Die Vorschrift ist dispositiv, dh im Rahmen der allg Grenzen (insb § 879 Abs 1 und 3 ABGB) darf grundsätzlich eine abweichende Risikoverteilung vereinbart werden.⁶⁹⁾

Für Verbraucherverträge muss insofern § 6 KSchG iVm § 879 Abs 3 ABGB beachtet werden; Grenze ist dabei jedenfalls eine gröbliche Benachteiligung.⁷⁰⁾ Eine solche ist zunächst immer dann anzunehmen, wenn in unangemessener Weise einseitig vom dispositiven Recht abgewichen wird.⁷¹⁾ Gröblich benachteiligend

62) Anders T. Rabl, *ecolex* 2020, 364 (365).

63) OGH 5 Ob 243/75; 4 Ob 506/93; 5 Ob 58/18t; Pletzer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 901 ABGB Rz 38; Riedler in *Schwimann/Kodek*⁴ § 920 ABGB Rz 11.

64) Pletzer in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 901 ABGB Rz 43; dazu insb W. Doralt, *JBl* 2020, 490 (492); Laimer/Schickmair in *Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 11 Rz 7; vgl *Fenyves* in *Klang*³ § 901 ABGB Rz 96 ff.

65) *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴ § 901 ABGB Rz 24; Laimer/Schickmair in *Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 11 Rz 29; vgl für Warenbezugsverträge *Vonkilch*, Risikotragung für COVID-19 in Absatzketten – eine erste Annäherung, *Zak* 2020, 103 (105).

66) *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴ § 901 ABGB Rz 28.

67) Zu den Voraussetzungen s oben Punkt C.2.a).

68) Siehe oben Punkt C.2.a).

69) *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1447 ABGB Rz 36.

70) OGH 4 Ob 221/06p *ecolex* 2007/252 (*Wilhelm*); *Krejci* in *Rummel/Lukas*⁴ § 879 ABGB Rz 377.

71) RIS-Justiz RS0014676; s nur OGH 1 Ob 581/83; *Kramer*, Die normative Kraft des dispositiven Rechts: Am Beispiel der AGB der österreichischen Kreditunternehmungen, *ÖJZ* 1973, 505; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 436; *Krejci* in *Rummel/Lukas*⁴ § 879 ABGB Rz 377; *Langer* in *Kosesnik-Wehrle*, *KSchG*² § 879

und daher unzulässig ist eine Vereinbarung, die die Leistungspflicht des Unternehmers aufgrund höherer Gewalt entfallen lässt, den Verbraucher aber weiterhin an den Vertrag bindet.⁷²⁾ Das ergibt sich bereits daraus, dass eine komplette Überwälzung des Risikos für höhere Gewalt auf den Verbraucher diesen härter trifft als den Unternehmer, der derartige Risiken besser vorhersehen und sich gegebenenfalls versichern kann.

Den Wertungen des § 9 KSchG zu Gewährleistungsrechten des Verbrauchers entsprechend, soll allerdings schon jede Abänderung der ABGB-Gefahrtragungsregeln zu Lasten eines Verbrauchers unzulässig sein.⁷³⁾ Gewährleistung und Gefahrtragung stehen, so *Perner*, in einem untrennbaren Zusammenhang.⁷⁴⁾ Wann sich das zufällige Risiko höherer Gewalt verwirklicht, kann nicht ausschlaggebend dafür sein, ob eine Überwälzung des Risikos auf den Verbraucher zulässig ist oder nicht. Die ges Risikoverteilung ist somit gegenüber Verbrauchern relativ zwingend.⁷⁵⁾

b) Zulässige Vereinbarungen

Das Risiko „höherer Gewalt“ darf folglich in AGB-Klauseln entgegen der gesetzgeberischen Gefahrtragung beim Beförderungsvertrag nicht auf den Verbraucher überwält werden.⁷⁶⁾ Für die Dauer des von außen kommenden Ereignisses kann demnach nicht vereinbart werden, dass der eine Vertragsteil nicht zu leisten braucht, der andere aber dennoch an den Vertrag gebunden ist und die Gegenleistung ungeachtet des Entfallens der Leistungspflicht des Schuldners aufrechtbleibt. AGB dürfen also für die Rückvergütung keine Schlechterstellung des Verbrauchers, im Vergleich zu einem Rückforderungsanspruch, der sich aus dem dispositiven Recht ergeben würde, regeln; zur Berechnung s oben Punkt C.1.c). Eine rein aliquote Berechnung scheidet damit – zumindest bei Jahreskarten – in aller Regel aus.

2. „Fair-Use“-Klauseln

Einige Tarifverbände nehmen neuerdings einen Passus über einen sog „Fair-Use-Gedanken“ in AGB auf.⁷⁷⁾ Damit ist eine Abgeltung des Rückerstattungsanspruchs des Kunden gemeint. Nach einer bestimmten Anzahl von Nutzungstagen⁷⁸⁾ soll dem Kunden auch im Fall einer behördlichen Schließung keine Rückerstattung des Ticketpreises mehr zustehen. Der verwendete Begriff „Fair-Use“ impliziert, dass eine Rückvergütung unabhängig von der übrigen Nutzung des Tickets in den geöffneten Monaten „unfair“ sei. Das genau ist aber Teil des Geschäftsmodells eines Saison- bzw Jahrestickets. Der Nutzer kauft sich ein Ticket, damit er eben nicht darüber nachdenken muss, wie häufig er eine Einrichtung benutzt, zudem erhofft sich der Kunde einen Preisvorteil gegenüber den Einzeltickets. Darin manifestiert sich jedoch gerade das dem Geschäftsmodell innewohnende Risiko. Das Unternehmen oder der Tarifverbund generiert (Stamm-)Kunden und profitiert, wenn manche Kunden das Ticket nicht „ausnutzen“. Die meisten Kunden wählen eine Saison- oder Jahreskarte nur deshalb, weil sie das Ticket unbegrenzt nutzen können und sich einen Preisvorteil davon versprechen. Die Anknüpfung des Rück-

vergütungsanspruchs nach § 1447 ABGB an Bedingungen, die diesem Motiv des Kunden zuwiderlaufen, ist gegenüber Verbrauchern unzulässig. „Fair-Use“-Klauseln stellen somit eine gröbliche Benachteiligung iSv § 879 Abs 3 ABGB iVm § 9 KSchG analog dar, weil es zu nachteiligeren Ergebnissen als bei Anwendung der ges Leistungsstörungsregeln kommt.⁷⁹⁾

E. Fazit und Thesen

Die rechtl Behandlung von Saison- und Jahreskarten iZm der COVID-19-Pandemie ist von zahlreichen Faktoren abhängig. Folgende Thesen fassen die vorauszehende Untersuchung zusammen:

- Bei temporären Betriebsschließungen aufgrund behörl Anordnungen handelt es sich um Fälle der nachträglichen zufälligen Teilunmöglichkeit.
- Für den Zeitraum der Unmöglichkeit werden die gegenseitigen Leistungspflichten aufgehoben. Dies erfolgt ex lege, es bedarf keiner ausdrücklichen Erklärung.
- Die zufällige nachträgliche Teilunmöglichkeit eines Dauerschuldverhältnisses begründet eine Kündigungsmöglichkeit, wenn die Fortführung des Vertragsverhältnisses unzumutbar ist. Der Umstand, dass die Gegenleistungspflicht des Kunden für den Unmöglichkeitszeitraum suspendiert wird, spricht allerdings gegen eine allzu niedrige Unzumutbarkeitsschwelle.
- Dem Gläubiger steht im Fall der zufälligen nachträglichen Teilunmöglichkeit ein bereicherungsrechtl Rückforderungsanspruch (§ 1435 ABGB) zu. Bei der Berechnung der Anspruchshöhe ergeben sich Schwierigkeiten. Eine aliquote (tagweise) Berechnung ist bei Jahreskarten idR nicht gerechtfertigt, weil die „kostenintensiven“ Monate bei Seilbahnbetrieben in der Wintersaison liegen.
- Bei einer Tarifverbundkarte kann der Rückforderungsanspruch gegenüber allen Mitgliedern des Tarifverbunds geltend gemacht werden, weil jene eine GesbR bilden und gesamtschuldnerisch für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten haften. Eine AGB-Klausel, die eine Haftungsbeschränkung iSd § 1199 Abs 1 HS 2 ABGB vorsieht, ist gröblich benachteiligend.

Rz 16; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 ABGB Rz 279 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at).

72) *Krejci in Rummel*⁸ § 6 KSchG Rz 31; vgl OLG Wien 3 R 171/83 LS 4; so aber zB in den AGB der Axamer Lizum festgelegt, <https://www.axamer-lizum.at/de/agbs-axamer-lizum.html> (zuletzt abgerufen am 23. 12. 2020).

73) *Ausf Perner*, RdW 2005, 590; *Laimer/Schickmair in Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 11 Rz 26.

74) *Perner*, RdW 2005, 590.

75) Vgl zur Gewährleistung *Grumböck in Keiler/Klauser*, KSchG § 9 KSchG Rz 1; *Kathrein/Schoditsch in KBB*⁸ § 9 KSchG Rz 1.

76) *Perner*, RdW 2005, 590; *Laimer/Schickmair in Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 11 Rz 26.

77) Bspw AGB Tirol Regio Card Punkt 4.6.2. (Stand. 1. 10. 2020), <https://www.tirol-regio.at/wp-content/uploads/2020/09/Tirol-Regio-AGBs-2020-2021-screen.pdf>, oder AGB des Freizeitticket Tirol, <https://www.freizeitticket.at/agbs/> (jeweils zuletzt abgerufen am 23. 12. 2020).

78) Das Freizeitticket Tirol nennt bspw 20 Nutzungstage, in den AGB der Tirol Regio Card wird differenziert: 60 Einheiten dürfen benützt werden, wobei Wintertage als drei Einheiten, Sommertage als eine Einheit zählen.

79) Vgl *Perner*, RdW 2005, 590 (591).

- Ansprüche wegen betriebsbedingter Schließungen, die nicht auf einer hoheitlichen Anordnung beruhen und Tickets betreffen, die vor Eintritt der Pandemie verkauft wurden, werden nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage behandelt. Sind die Voraussetzungen gegeben, kommt vorrangig eine Anpassung des Vertrags in Frage.
- Ein Ausweichen auf geöffnete Partnerbetriebe, die vergleichbare Leistungen anbieten, ist einem Tarifverbundkarteninhaber in aller Regel zumutbar,

weshalb eine Anpassung des Vertrags nicht geboten ist.

- AGB dürfen das Risiko für höhere Gewalt nicht auf den Verbraucher überwälzen, die ges Risikoverteilung ist bei Verbrauchergeschäften insofern relativ zwingend.
- „Fair-Use“-Klauseln, die einen Entfall des Rückvergütungsanspruchs des Kunden nach einer bestimmten Anzahl von Nutzungstagen vorsehen, sind gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und somit unwirksam.

→ In Kürze

Die Auswirkungen von Betriebsschließungen von Seilbahn- und sonstigen Freizeitanlagen auf Saison- und Jahrestickets sind zunächst davon abhängig, aus welchem Grund die Schließung erfolgt. Leistungsstörungen aufgrund hoheitlich angeordneter Schließungen werden anhand der Regeln zur nachträglichen, zufälligen Teilungsmöglichkeit (§ 1447 ABGB) gelöst. Erfolgt die Schließung aus betrieblichen Gründen, ist zu prüfen, ob eine Vertragsanpassung über das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erreicht werden kann. Tarifverbundtickets sind nach denselben Grundsätzen zu behandeln; mögliche Anspruchsgegner allfälliger Rückforderungsansprüche sind alle Tarifverbundmitglieder, die als GesbR

gesamtschuldnerisch haften. AGB, die das Risiko höherer Gewalt auf den Verbraucher überwälzen, sind unwirksam. Der Rückvergütungsanspruch des Kunden kann ferner nicht durch sog „Fair-Use“-Klauseln beschränkt werden.

→ Zum Thema

Über die AutorInnen:

Univ.-Ass. Anna Bergmayr forscht am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck. E-Mail: anna.bergmayr@uibk.ac.at

Univ.-Ass. Mag. Johannes Reheis forscht am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck. E-Mail: johannes.reheis@uibk.ac.at

