

PD Dr. Arnold F. Rusch

Cross ticketing, cross border selling und hidden city ticketing bei Flugreisen

Wer eine Flugreise nicht in der vorgesehenen Reihenfolge oder nicht vollständig abfliegt, muss meist draufzahlen oder verliert die weiteren Flugverbindungen. Ist dies im Lichte des Wettbewerbsrechts zulässig? Die nachfolgenden Erwägungen beleuchten die AGB der Fluggesellschaften nicht nur hinsichtlich des AGB-Korrektivs, sondern auch bezüglich des Kartellrechts.

Rechtsgebiet(e): Konsumentenrecht; OR besonderer Teil; Luftfahrt; Beiträge

Zitiervorschlag: Arnold F. Rusch, Cross ticketing, cross border selling und hidden city ticketing bei Flugreisen, in: Jusletter 15. Oktober 2012

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Erfassung in den AGB
- III. AGB-Korrektiv
 - 1. Art. 8 UWG
 - a. Teilleistung und *pacta sunt servanda*
 - b. Konventionalstrafe
 - c. Fehlende Rechtfertigung
 - d. Fazit
 - 2. Ungewöhnlichkeitsregel
- IV. Kartellrechtliches Korrektiv
- V. Schlusswort
- Literaturverzeichnis

I. Problemstellung

[Rz 1] Fluggesellschaften segmentieren ihre Kunden nach Zahlungskraft. Deshalb kosten die bei den Geschäftsreisenden beliebten Hin- und Rückflüge während der Arbeitswoche mehr, während der übers Wochenende reisende Tourist billiger fliegt. Um diese Tarifgestaltung zu schützen, kostet der blosse Hinflug massiv mehr als der Retourflug.¹ Die Segmentation nach der Zahlungskraft steht auch unter Verdacht, Flüge aus der Schweiz zu verteuern.²

[Rz 2] Flugpassagiere versuchen die unverständlichen Tarife insbesondere mit zwei Praktiken zu umgehen: Beim *cross ticketing* erwirbt der Passagier zweimal einen Retourflug, um die von den Fluggesellschaften vorgesehene Mindestaufenthaltsdauer zu umgehen: Er will beim einen Angebot nur den Hinflug, beim anderen nur den Rückflug in Anspruch nehmen und die übrigen Flüge verfallen lassen. Beim *cross border selling* oder *hidden city ticketing* will der Passagier einen Flug mit Zwischenhalten nur teilweise beanspruchen. Er erwirbt beispielsweise einen Flug Istanbul-Zürich-Chicago und zurück. Er will die Reise aber erst in Zürich antreten und dort auch vorzeitig beenden. Obwohl die vereinbarten Reisen eine längere oder gar die doppelte Strecke umfassen, kosten sie weniger als die tatsächlich gewünschte, kürzere Reise.

[Rz 3] Die Fluggesellschaften bekämpfen in ihren AGB beide Formen als Umgehung ihrer Tarifgestaltung und sehen Zusatzzahlungen oder den Verfall der Anschluss- und Rückflüge vor. Die nachfolgende Darstellung zeigt erstens

die relevanten Klauseln und zweitens das dazugehörige AGB-Korrektiv.

II. Erfassung in den AGB

[Rz 4] Die AGB der Swiss sehen bei Änderungen der Reisefolge oder Auslassung von Teilstrecken Preiserhöhungen vor. Der Preis des geänderten Flugs wird nach der tatsächlich geflogenen Strecke neu berechnet. Teilt der Passagier Änderungen nicht mit, ist die Swiss überdies berechtigt, die Reservation für den Anschluss- und Rückflug zu streichen.³ Die AGB der anderen Fluggesellschaften variieren nur in Details, da sie auf den empfohlenen Musterverträgen der IATA beruhen.⁴ Lufthansa sah bis zum 13. September 2012 zusätzlich *explizit* vor, dass ein nichtangetretener Rückflug zu einer Mehrforderung berechtigt.⁵ United Airlines verweisen auch auf ihrer Schweizer Seite auf AGB, die die Praktiken leicht anders benennen (*hidden cities, throwaway* und

³ Vgl. AGB der Swiss, Artikel 3.3.1–3.3.6: «3.3.1 Ihr Flugschein ist nur für die auf diesem vermerkte Beförderung gültig und gilt für die Reise vom Abgangsort via allfällig vereinbarte Zwischenlandeorte bis zum Zielort. Der bezahlte Preis entspricht unserem Tarif. Er bildet einen wesentlichen Teil unseres Vertrags mit Ihnen. Der Flugpreis ist nur gültig, wenn die Flüge in gebuchter Reihenfolge absolviert werden. Andernfalls erfolgt eine Neuberechnung des Flugpreises auf Basis des tatsächlichen Reiseweges. 3.3.2 Wenn Sie Ihre Beförderung ändern wollen, müssen Sie uns im Voraus kontaktieren. Der Preis für Ihre neue Beförderung wird berechnet und Sie erhalten die Möglichkeit, den neuen Preis zu akzeptieren oder Ihre ursprüngliche Beförderung gemäss Flugschein beizubehalten. Sollten Sie aufgrund höherer Gewalt gezwungen sein, Ihre Beförderung zu ändern, müssen Sie uns so früh wie möglich kontaktieren. Wir bemühen uns, Sie zu den ursprünglich vereinbarten Bedingungen an Ihren nächsten Zwischenlandeort oder an Ihren Zielort zu befördern. 3.3.3 Sollten Sie Ihre Beförderung ohne unsere Zustimmung ändern, berechnen wir den anwendbaren Preis für Ihre tatsächliche Reise. Sie müssen die Differenz zwischen dem von Ihnen bezahlten Preis und dem ganzen Preis für Ihre geänderte Beförderung entrichten. Wir erstatten Ihnen die Differenz, wenn der neue Preis geringer ist. Im übrigen haben die nicht benützten Coupons Ihres Flugscheines keinen Wert. 3.3.4 Bitte beachten Sie, dass es Änderungen gibt, die keine Preisanpassungen bewirken; andere, wie die Änderung des Abflugortes (wenn Sie zum Beispiel den ersten Coupon nicht benützen) oder die Umkehrung Ihrer Reiserichtung können einen höheren Preis bewirken. Manche Preise gelten nur für die auf dem Flugschein angegebenen Daten und Flüge; diese dürfen nicht oder nur gegen Aufpreis geändert werden. 3.3.5 (...) 3.3.6 Erscheinen Sie für einen Flug nicht, ohne uns im Voraus darüber zu informieren, können wir Ihre Reservation für den Rück- oder Anschlussflug streichen.» (Internet: http://www.swiss.com/web/DE/general/footer_links/conditions_of_carriage/Pages/article_03.aspx, 5. September 2012).

⁴ Vgl. BISCHOFF/MAERTENS/GRIMME, Transportation Journal 2011, 232, 241 f.

⁵ Die neuen AGB enthalten dies nicht mehr explizit (jetzt Ziff. 3.3), vgl. aber die alten AGB der Lufthansa: «3.3.3.1. Insbesondere sind wir im Falle der Nichtinanspruchnahme des im Flugschein eingetragenen Rückfluges berechtigt Ihnen, vorbehaltlich Nichteingreifens von Art. 3.2.3., den für einen One-Way-Flug zugrunde liegenden Flugpreis zum Zeitpunkt der ursprünglichen Buchung in Rechnung zu stellen. Dieser kann höher sein als der ursprünglich bezahlte Flugpreis.» (Internet: http://www.lufthansa.com/online/portal/lh/cmn/generalinfo?l=de&nodeid=1761532&blt_p=DE&blt_l=de&blt_t=Homepage&blt_e=Footer&blt_n=AGB&blt_z=AGB#3, 5. September 2012).

¹ GILLEN/HAZLEDINE, 56: «The most famous and effective of these fences has been, since its introduction in the 1980s, the requirement that a discounted ticket be purchased, in advance, for a return journey involving a Saturday night stayover at the destination. This restriction cleverly sorted out leisure travelers – for whom the weekend or Saturday stay may be part of the reason for the trip – from the business customer who would be keen to get home for the weekend and might also have a more complicated itinerary than a simple return journey. Obviously, if an airline switches to selling one-way fares, it cannot impose any stay-over requirement, and so, if the legacy carriers have been forced by LCC competition to adopt offers of a one-way-trip pricing structure, they may have thereby lost some or all of their ability to fence off leisure from business travelers.»; vgl. BISCHOFF/MAERTENS/GRIMME, Transportation Journal 2011, 236 f.

² Vgl. hinten, Rz. 15.

back-to-back ticketing), aber umso deutlicher als unzulässig bezeichnen.⁶ Die Folge ist der Verfall des Tickets, die Weiterbeförderung nur gegen Aufpreis oder die Nachforderung des Tarifpreises für die tatsächlich geflogene Strecke.⁷

III. AGB-Korrektiv

1. Art. 8 UWG

[Rz 5] Darf man eine Leistung nur teilweise beanspruchen, wenn man trotzdem voll bezahlt? Darf man in AGB vorsehen, dass bei Nichtbeanspruchung eines Teils der Rest verfällt oder dass man sogar mehr bezahlen muss? Die AGB der Fluggesellschaften müssen sich am neuen Art. 8 UWG messen. Dieser lautet wie folgt: «*Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.*» Treu und Glauben stellen den *Massstab* der Prüfung dar. Es handelt sich dabei nicht um ein eigenes Tatbestandsmerkmal. Dies ergibt sich aus dem Vergleich zum Wortlaut der EU-Richtlinie, die dem revidierten Art. 8 UWG als Modell gedient hat.⁸ Das Missverhältnis beurteilt sich im Vergleich zum dispositiv anwendbaren Recht, zum gesetzlichen Leitbild⁹ oder

im Vergleich der vertraglichen Rechte und Pflichten sowie der Interessenlage. Die AGB-rechtliche Diskussion knüpft an drei gesetzliche Leitbilder an, wobei auch der Vergleich der Rechte und Pflichten zum identischen Ergebnis führt. Es sind *erstens* die Möglichkeit der Beanspruchung einer Teilleistung, *zweitens* das Prinzip *pacta sunt servanda* und *drittens* die Regeln zur Konventionalstrafe.

a. Teilleistung und *pacta sunt servanda*

[Rz 6] Flüge mit mehreren Umsteigevorgängen sind eindeutig teilbar.¹⁰ Wenn der Passagier bei den Flugreisen später zusteigt, aber dennoch den Preis für die ganze Leistung bezahlt, sind keine rechtlichen Hindernisse ersichtlich.¹¹ Der Gesetzgeber sah einen Regelungsbedarf ausschliesslich bei der *Annahmepflicht* von Teilzahlungen (Art. 69 OR). Es ist bei einer voll bezahlten Flugreise nicht möglich, aus der fehlenden Beanspruchung einer Teilstrecke einen Gläubigerverzug oder gar eine verletzte Annahmepflicht zu konstruieren. Wer eine angebotene Leistung nicht beansprucht, könnte sich aus allgemeinen Prinzipien eigentlich sogar auf eine *Anrechnungspflicht* für Ersparnisse und getätigte sowie nicht getätigte Gewinne der Fluggesellschaft berufen. Die Fluggesellschaften müssten sich also anrechnen lassen, dass doch jemand den frei gebliebenen Platz entgeltlich belegt hat. Dieses Prinzip beruht auf dem Gedanken der Schadensminderungspflicht und kennt viele kodifizierte Anwendungsfälle (Art. 264 Abs. 3, 293 Abs. 3, 324 Abs. 2, 337c Abs. 2 OR).¹² Auch die Regelung im Werkvertrag, unter den sich die Flugreise subsumieren liesse (strittig),¹³ kennt bei vorzeitiger Kündigung eine Anrechnungspflicht für Ersparnisse und Gewinne (Art. 377 OR, Abzugs- oder Additionsmethode).¹⁴ Die Passagiere berufen sich aber nicht einmal darauf, sondern fordern ohne Anrechnung lediglich eine Teilleistung und lassen den Rest verfallen. Insofern ist es nicht abwegig, sogar von einem *Vorteil* für die Fluggesellschaften zu sprechen – sie haben die Möglichkeit, angesichts der gängigen Praxis der Überbuchung¹⁵ einen Sitzplatz sogar zweimal entgeltlich zu belegen. Es kann den Fluggesellschaften egal sein, ob

⁶ Vgl. Dokument «Beförderungsvertrag» von United Airlines, Rule 6 J: «*Prohibited Practices: 1) Fares apply for travel only between the points for which they are published. Tickets may not be purchased and used at fare(s) from an initial departure point on the Ticket which is before the Passenger's actual point of origin of travel, or to a more distant point(s) than the Passenger's actual destination being traveled even when the purchase and use of such Tickets would produce a lower fare. This practice is known as 'Hidden Cities Ticketing' or 'Point Beyond Ticketing' and is prohibited by UA. 2) The purchase and use of round-trip Tickets for the purpose of one-way travel only, known as 'Throwaway Ticketing' is prohibited by UA. 3) The use of Flight Coupons from two or more different Tickets issued at round trip fares for the purpose of circumventing applicable tariff rules (such as advance purchase/minimum stay requirements) commonly referred to as 'Back-to-Back Ticketing' is prohibited by UA.*» (Internet: https://www.united.com/web/format/pdf/Contract_of_Carriage.pdf, 22. September 2012).

⁷ Vgl. Dokument «Beförderungsvertrag» von United Airlines, Rule 6 K (vgl. den Link in Fn. 6).

⁸ Vgl. Bericht UWG-Revision, 15 (Internet: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1615/Bericht.pdf>, 3. September 2012) und die Botschaft zum UWG (BBI 2009, 6171); vgl. SCHMID, ZBV 2012, 14, KUT/STAUBER, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter 20. Februar 2012, N 125, STÖCKLI, BR 2011, 184, STÖCKLI, HAVE 2012, 205 und die Literatur zur Richtlinie: vgl. GRABITZ/HILF-PFEIFFER, A5, Art. 3 N 64; vgl. STAUDINGER-CÖSTER, BGB 307 N 91, 96, 97.

⁹ Beide Vergleichspunkte sind strittig, vgl. SCHOTT, ST 2012, 80, der sich für das erhebliche Ungleichgewicht am Massstab der Übervorteilung (Art. 21 OR) orientieren will – als Massstab für eine AGB-Kontrolle ist dies nicht zielführend; vgl. KUT/STAUBER, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter 20. Februar 2012, N 120, die einzige Vertragszweck und Interessen als Kriterien akzeptieren. Die Gegenpositionen vertreten

RUSCH/MAISSEN, Gutscheine mit Einlösefrist, in: Jusletter 12. Dezember 2011, N 21, RUSCH, recht 2011, 172, FURER, HAVE 2011, 327 und SCHMID, ZBV 2012, 11.

¹⁰ Zum Begriff der Teilbarkeit CHK-WULLSCHLEGER, OR 70 N 2; vgl. die Bejahung der Teilbarkeit in BGH, Urteil vom 29. April 2010, Xa ZR 101/09, BeckRS 2010, 12525, Rz. 16 f.

¹¹ Die Konstruktion einer Annahmepflicht ist nur bei Leistungen denkbar, deren Verbleib beim Veräußerer belastend wäre. Beispiele dafür sind sperri ge Güter und Lagerausverkäufe, vgl. HUGUENIN, OR BT, N 126.

¹² Vgl. RUSCH/HOCHSTRASSER, Verträge mit Kinderkrippen, Jusletter 22. Oktober 2007, N 53 f. Generelle Norm der Vorteilsanrechnung, des Bereicherungsverbots und der Schadensminderungspflicht sind Art. 2 ZGB und Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR.

¹³ BK-KOLLER, OR 363 N 11, 233, CHK-VON ZIEGLER/MONTANARO, OR 440 N 8, vgl. die Übersicht bei HUGUENIN, OR BT, N 1071.

¹⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.120/1999 vom 25. April 2000, E. 5a.

¹⁵ Vgl. FÜHRICH, NJW 1997, 1044.

jemand mitfliegt, solange er den verabredeten Preis bezahlt. Der mögliche Verfall der tatsächlich gewünschten Teilleistung oder deren Verteuerung schaffen deshalb ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung, weil man *für weniger mehr bezahlen muss*.¹⁶ Die Fluggesellschaft hat folglich die Teilleistung nach dem Prinzip *pacta sunt servanda* vertragsgemäss zu erbringen. Das LG Frankfurt benützt dafür ein besonders anschauliches Bild: «*Niemand wird bezweifeln, dass es unangemessen wäre, wenn ein Gastwirt einem Gast, der ein Menü bestellt hat, den Hauptgang verweigert oder nur gegen einen Aufpreis servieren will, weil er seine Suppe nicht aufgegessen hat.*»¹⁷

b. Konventionalstrafe

[Rz 7] Weiter liegt eine in den AGB vereinbarte *Konventionalstrafe* vor. Nicht bloss der Mehrpreis für die neu kalkulierte Reise, sondern auch der Verfall eines Anspruchs kann eine Konventionalstrafe darstellen.¹⁸ Die Konventionalstrafe für die blosse Beanspruchung einer Teilleistung wäre immer übermässig im Sinne des Art. 163 Abs. 3 OR, weil für die Fluggesellschaft kein Nachteil ersichtlich ist. Es stellt sich aber grundsätzlich die Frage, ob man Konventionalstrafen in AGB vereinbaren kann. Die einseitig eingeräumte Schiedsrichterstellung, die einseitige Ausrichtung der Strafen und die negativen und kontraintuitiven Folgen sind äusserst nachteilig. Sie schaffen auf diese Weise ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung. Deren Vereinbarung in AGB ist deshalb unzulässig.¹⁹

¹⁶ Diese Philosophie verwendet der Film «*Live and let die*» sogar als Witz, wenn James Bond einen Whisky ohne Eis wünscht, worauf ihm der Kellner in Harlem erwidert: «*That's extra, man!*»

¹⁷ LG Frankfurt a.M., Urteil vom 14. Dezember 2007 – 2/2 0 243/07 in NJOZ 2008, 3657 ff., 3659; vgl. auch *In re NORTHWEST AIRLINES CORP.*, et al., United States District Court, E.D. Michigan, Southern Division, No. 96-74711., 208 F.R.D. 174, 192 f.: «*Package discount pricing is commonplace in many industries – children's meals at fast food restaurants and automobile luxury packages are two examples that come to mind – and the average consumer presumably would not perceive that his purchase of such a package would serve as an implied 'representation' that he intends to use each and every part of that package, much less that he might be accused of fraud or deception if he chooses to discard a particular portion.*»

¹⁸ Vgl. BGE 135 III 433 ff., 439, E. 3.4. und 440, E. 4.3.

¹⁹ In Deutschland fällt dies unter das Verbot des § 309 Nr. 6 BGB; vgl. zur *ratio legis* MK-WURMNEST, BGB 309 Nr. 6 N 1: «*Die Bedenken gegen Strafklauseln in AGB röhren daher, dass sich hier der Verwender ungerechtfertigte Gewinne verschaffen kann und dass er sich, indem er seine Formulierungsinitiative beim Aufstellen der AGB nutzt, neben der Rolle als Partei die des Schiedsrichters anmasst. Hinzu kommt die Einseitigkeit solcher Klauseln, die regelmässig nur die Vertragsverletzungen des Vertragspartners, nicht die des Verwenders sanktionieren. Aus ökonomischer Sicht lässt sich ferner einwenden, dass Strafklauseln auch solche Leistungen erzwingen können, die einen gegenüber den Erwartungen bei Vertragsschluss gesteigerten und vielleicht ganz unwirtschaftlichen Aufwand in der Nähe der 'Obergrenze' verlangen, oder auch Leistungen, die aus sonstigen Gründen bei einer Kosten-Nutzen-Analyse für alle Beteiligten besser unterblieben.*»; vgl. OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 18. Dezember 2008 – 16 U 76/08 in BeckRS 2008, 26894: «*Die Verfallsklausel ist als*

c. Fehlende Rechtfertigung

[Rz 8] Worin liegen die Interessen der Fluggesellschaften und rechtfertigen diese die umstrittenen AGB-Klauseln? Die Fluggesellschaft British Airways machte in einem deutschen Gerichtsverfahren geltend, es gehe um die Durchsetzung ihrer Tarifgestaltung, die Passagiere mit unterschiedlichen *Preiserwartungen* und Gebiete mit unterschiedlichem *Preisniveau* anders behandelt. Ebenso müsse man unattraktive Umsteigeverbindungen und Verbindungen zu ungünstigen Zeiten billiger anbieten. Wo es aber möglich sei, einen höheren Preis auf dem Markt durchsetzen zu können, umgehe der Teilstreckenflieger die Tarifkalkulation.²⁰ Generell bekannt ist die Marktsegmentierung in touristische und geschäftliche Reisen. Die Fluggesellschaften gehen davon aus, dass Geschäftskunden mehr bezahlen können und versuchen diese über ihre Reisegewohnheit mit Hin- und Rückflug während der Arbeitswoche und meist kurzfristiger Buchung zu erfassen, während die preisempfindlichen Touristen ihre Reisen

Vertragsstrafe anzusehen. Zwar gewährt § 354 BGB nur dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht, wenn der Vertrag mit dem Vorbehalt geschlossen wurde, dass der Schuldner seine Rechte aus dem Vertrag verliert, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Jedoch sind die Vertragsstrafenregelungen entsprechend anwendbar, wenn die Parteien eine echte Verwirkung der Rechte vereinbart haben und nur einzelne Rechte verlustig gehen sollen (...). Die Verfallsklausel ist insoweit ein Sonderfall der Vertragsstrafe (...). Damit verstösst die Regelung gegen § 309 Nr. 6 BGB. Ein solcher Verstoss ist auch ein Verstoss gegen wesentliche Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.»

²⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010 – Xa ZR 5/09 in NJW 2010, 1958 ff., 1960, Rz. 30: «*Die Bekl. verfolgt mit der beanstandeten Klausel das Interesse, bestimmte Fernflüge im Verbund mit Zubringerflügen und bestimmte Hin- und Rückflüge billiger anbieten zu können als den jeweils vom Gesamtleistungsversprechen umfassten einzelnen Flug allein. Solche Angebote eröffnen ihr die Möglichkeit, geringeren Preiserwartungen am Abflugort des Zubringerflugs gerecht werden zu können. Diese Erwartungen können aus unterschiedlichen Preisniveaus an einzelnen Abflugorten resultieren, ergeben sich häufig aber schon daraus, dass eine Umsteigeverbindung nur dann gebucht wird, wenn diese günstiger ist als eine Direktverbindung. Durch das Angebot von Hin- und Rückflügen, die eine gewisse Mindestaufenthaltsdauer vorsehen, kann die Bekl. den Preisvorstellungen von Touristen gerecht werden, die typischerweise eine längere Verweildauer am Zielort einplanen und in ihrer Terminplanung flexibler und deshalb eher geneigt sind, gegen einen günstigeren Preis ungünstigere Flugtermine in Kauf zu nehmen (...). Eine solche Tarifgestaltung würde ihr Ziel verfehlen, wenn die Bekl. hinnehmen müsste, dass sich ein Fluggast etwa den niedrigeren Preis einer Umsteigeverbindung zu Nutze macht, um auf diese Weise einen Anspruch auf einen Direktflug zu erwerben, den die Bekl. zwar auch anbietet, für den sie aber einen höheren Preis verlangt und auf dem Markt durchsetzen kann. Somit dient die beanstandete Klausel dem legitimen und von der Klauselkontrolle grundsätzlich zu respektierenden Bestreben der Bekl., jeweils entsprechend der unterschiedlichen Nachfragesituation ihre Preise privat autonom zu gestalten, sich damit den jeweiligen Markterfordernissen anzupassen und so jeweils den für sie besten auf dem Markt erzielbaren Preis fordern zu können.»; ebenso in BGH, Urteil vom 29. April 2010, Xa ZR 101/09 in BeckRS 2010, 12525, Rz. 21 ff.; vgl. auch TEICHMANN, RRa 2007, 103: «*Es besteht ein anzuerkennendes Interesse der Fluggesellschaften, durch genaue Definition der Hauptleistung in AGB ihre den Grundsätzen freier Marktwirtschaft folgende Preispolitik abzusichern.*»*

möglichst langfristig und um das Wochenende herum planen, um Ferientage einzusparen.²¹ Deshalb kosten Reisen mit Hin- und Rückflug während der Arbeitswoche und blosse Einfachreisen deutlich mehr.²²

[Rz 9] Deutsche Gerichte sehen die Durchsetzung der Tarifgestaltung als legitimen Grund an – sie monierten lediglich, dass der Passagier, der die Reise nicht antreten kann, den Rest der Reise verliert oder einen zu hohen Aufpreis bezahlen muss.²³ Der BGH fordert deshalb im Sinne eines milderenden Mittels, dass eine Neuberechnung des tatsächlich geflogenen Preises zu den Tarifen am Buchungstag erfolgt. Der Flugpassagier, der die Reise nicht antreten kann, mag existieren, ist hier aber nicht wirklich von Interesse. Die AGB machen für den Fall höherer Gewalt ohnehin eine Ausnahme.²⁴ Die Rechtsprechung ist in ihrer Gesamtheit verfehlt. Wenn die Fluggesellschaften von unterschiedlichen Preisniveaus²⁵ sprechen, die es mit der Tarifgestaltung auszunützen gilt, dann bedeutet dies für Geschäftsreisende und Passagiere mit Schweizer Abflugort nichts Gutes. Für die Bekämpfung der Schweizer Hochpreisinsel ist es vielmehr wichtig, billige Tickets von längeren, im Ausland startenden Flugreisen zu erwerben, in der von Anfang an bestehenden Absicht, einen Teil der Leistung verfallen zu lassen, oder einen im Ausland billiger erworbenen Retourflug in umgekehrter Reihenfolge zu fliegen. Besteht wirklich ein legitimes Interesse, dies zu unterbinden? Die Fluggesellschaften erhalten das versprochene Geld, müssen dafür aber keine Leistung erbringen. Im Gegenteil haben sie sogar die Möglichkeit, einen Sitzplatz zweimal zu «verkaufen». Das Interesse an einer Marktsegmentierung der Passagiere nach Zahlungskraft und Preisniveau ist unter keinem Titel schützenswert und vermag die unangemessene Benachteiligung in den AGB nicht zu rechtfertigen. Überdies ist die Tarifgestaltung absurd, bei der eine einfache Flugreise stets bedeutend mehr kostet als

ein Retourflug. Zusätzliche Antworten kann die kartellrechtliche Analyse geben (vgl. unten, ab Rz. 12). Es kann deshalb schon aus AGB-Überlegungen keinen Schutz der Konventionalstrafe oder des Verbots des Teilleistungsbezugs geben. Dass die Fluggesellschaften die in den AGB enthaltenen Möglichkeiten nicht konsequent durchsetzen und nach ihrem eigenen Ermessen gegen Passagiere ungleich vorgehen, spielt rechtlich gesehen keine Rolle. Ermessenskomponenten müssen sich in der Inhaltskontrolle an der kundenfeindlichsten Variante messen.²⁶

d. Fazit

[Rz 10] Wenn die AGB mit höheren Tarifen *cross ticketing*, *hidden city ticketing* und *cross border selling* verhindern möchten oder dafür gar den Verfall des Tickets vorsehen, liegt darin eine für den Konsumenten ausschliesslich und äusserst nachteilige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild zum Grundsatz von *pacta sunt servanda*²⁷, zu den *Konventionalstrafen* und zu den *Teilleistungen*.²⁸ Als Rechtfertigungsgrund sind die Preissegmentierung nach Zahlungskraft und allgemein die Tarifgestaltung ungeeignet.

2. Ungewöhnlichkeitsregel

[Rz 11] Gegenüber Nichtkonsumenten beschränkt sich das AGB-Korrektiv weiterhin auf die Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel. Die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel ist einfach begründbar. Es überrascht und ist höchst nachteilig, wenn die AGB den Bezug einer Teilleistung bestrafen, sei es durch Verfall weiterer Teilleistungen oder durch höhere Preise. Die natürliche Erwartungshaltung sieht darin für die Vertragspartei einen Vorteil, aber sicher keinen Grund für einen Mehrpreis. Die natürliche Erwartungshaltung orientiert sich an sinnvollen Preisen, die sich an der Länge der Strecke orientieren: die längere Strecke kostet mehr als die kürzere.²⁹

²¹ Vgl. BISCHOFF/MAERTENS/GRIMME, Transportation Journal 2011, 236 f. und GILLEN/HAZLEDINE, 56.

²² Vgl. BISCHOFF/MAERTENS/GRIMME, Transportation Journal 2011, 236 f.; GILLEN/HAZLEDINE, 56 (vgl. das Zitat in Fn. 1).

²³ Vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010 – Xa ZR 5/09 in NJW 2010, 1958 ff., 1960, Rz. 28, 33 ff.; vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010, Xa ZR 101/09 in BeckRS 2010, 12525, Rz. 26.

²⁴ Vgl. dazu Ziff. 3.3.2 der AGB der Swiss (Fn. 3) und Ziff. 3.2.3 der AGB der Lufthansa (Fn. 5), wobei diese Klauseln zu schwammig und ermessensabhängig sind, als dass man etwas daraus ableiten könnte (Swiss: «Wir bemühen uns, Sie zu den ursprünglich vereinbarten Bedingungen an Ihren nächsten Zwischenlandeort oder an Ihren Zielort zu befördern.» und Lufthansa: «Sind Sie nach Antritt Ihrer Reise wegen Krankheit nicht in der Lage, die Reise innerhalb der Gültigkeitsdauer Ihres Flugscheins fortzusetzen, so können wir die Gültigkeitsdauer des Flugscheins verlängern, bis Ihnen aus gesundheitlichen Gründen die Fortsetzung der Reise möglich ist.»), vgl. dazu HG Wien, Urteil vom 27. Februar 2012 – 39 CG 29/11z in RRA 2012, 204 ff., 206.

²⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010 – Xa ZR 5/09 in NJW 2010, 1958 ff., 1960, Rz. 30 (vgl. das Zitat in Fn. 20); zum Hintergrund der Preisdiskriminierung siehe BISCHOFF/MAERTENS/GRIMME, Transportation Journal 2011, 236 f.

²⁶ Bei der Auslegung von AGB ist dies ähnlich, vgl. STAUDINGER-CÖESTER, Eckpfeiler, Geschäftsbedingungen, N 39: «*Bleiben nach Ausschöpfung aller Auslegungsmöglichkeiten noch Unklarheiten, dh mindestens zwei vertretbare Klauselverständnisse, offen, so hilft das Gesetz mit der Auslegungsregel des § 305c Abs 2: Zweifel gehen >zulasten des Verwenders, der ja die Formulierungsverantwortung allein trägt (...).* Was das konkret bedeutet, richtet sich nach der Art des Prozesses: Im Verbandsverfahren ist die Klausel in ihrem kundenfeindlichsten Verständnis auf ihre Angemessenheit zu überprüfen (gegebenenfalls zu verwerfen). Im Individualprozess gilt das Gleiche, wenn man so zur Unwirksamkeit der Klausel gelangt.»

²⁷ Vgl. LG Frankfurt a.M., Urteil vom 14. Dezember 2007 – 2/20 243/07 in NJOZ 2008, 3657 ff., 3659.

²⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2010 – Xa ZR 5/09 in NJW 2010, 1958 ff., Rz. 21-33.

²⁹ Vgl. OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 1981 – 6 U 156/80 in NJW 1981, 1164 ff., 1165: «Wie im Verkehr mit sonstigen Beförderungsmitteln stehen auch im Flugverkehr Entfernung und Preis derart in Beziehung, dass – ungeachtet der <Langstreckenrabatte> (...) – ein Ticket für den Teil einer bestimmten Strecke grundsätzlich (...) billiger ist als ein Ticket für die gesamte Strecke. Bei Verwirklichung der von der IATA erstrebten weltweiten Preisgleichheit ist zugleich die Einhaltung dieses Prinzips des

Wer voll bezahlt, kann deshalb auch nur einen Teil beanspruchen, ohne mit dem Verfall der restlichen Teilleistung oder gar einem Aufpreis rechnen zu müssen. Die Ungewöhnlichkeitsregel entfaltet aber keine Wirkung, wenn ein besonderer Hinweis auf die ungewöhnliche Klausel erfolgt.³⁰

IV. Kartellrechtliches Korrektiv

[Rz 12] Indem die allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Flugpreis immer nach der tatsächlich geflogenen Route berechnen oder bei nicht vollständiger Beanspruchung Teile des Fluges verfallen lassen, wollen die Fluggesellschaften ihre Tarifgestaltung durchsetzen. Wollte das nicht auch BMW, wenn es die Händler im Ausland anwies, keine Fahrzeuge an Schweizer zu verkaufen, damit diese die höheren Schweizer Preise bezahlen müssen? Die Wettbewerbskommission verhängte dafür eine – noch nicht rechtskräftige – Busse in der Höhe von Fr. 156'868'150.³¹ Verhindern die AGB der Fluggesellschaften nicht auch den «Direktimport» eines Fluges in die Schweiz? Beim *cross border selling*, *hidden city ticketing* oder dem Flug mit umgekehrter Reihenfolge importiert der Schweizer Passagier eigentlich auch einen Flug, der nicht für ihn als Passagier mit Reisebeginn in der Schweiz bestimmt ist. Der höhere Preis als solcher ist noch nicht problematisch, sondern die Behinderung der Umgehung des Tarifs durch die AGB. Die nachfolgenden Überlegungen widmen sich dieser kartellrechtlichen Frage.

[Rz 13] Im Unterschied zum BMW-Fall kann es bei den Fluggesellschaften nicht um *vertikale*³² Abreden im kartellrechtlichen Sinne gehen (Art. 5 Abs. 4 KG). Die gleiche Fluggesellschaft bietet den teureren kürzeren und den billigeren längeren Flug an, ohne dies mit einer anderen Person – etwa Reisebüros – auf einer anderen Handelsstufe abzusprechen. Deshalb kommen nur *horizontale Abreden* mit anderen Fluggesellschaften (Art. 5 KG) und *unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen* in Betracht (Art. 7 KG).³³

[Rz 14] Ob im konkreten Fall Abreden bestehen, muss an dieser Stelle offen bleiben. Dass in der Vergangenheit Abreden zur Verhinderung des *cross border selling* und des *cross ticketing* auf Initiative und Empfehlung der Flugverbände stattfanden, ist in einem amerikanischen Gerichtsentscheid

indes dokumentiert.³⁴ Jedenfalls verwenden praktisch alle Fluggesellschaften die AGB gemäss der *IATA recommended practice 1427*.³⁵ ZÄCH/HEIZMANN und weitere Autoren bejahren richtigerweise eine Abrede im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG ohnehin schon, wenn die Mitglieder eines Verbands dessen Empfehlungen befolgen.³⁶

[Rz 15] Die andere Variante stützt sich auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Marktbeherrschend sind einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Eine Fluggesellschaft ist dazu in der Lage, wenn sie eine Strecke ohne nennenswerte Konkurrenz bedient.³⁷ Da fast alle Flugunternehmen die Verhinderung des *cross ticketing* und des *cross border selling* praktizieren, könnte auch eine *kollektive* Marktbeherrschung vorliegen.³⁸ Dafür spricht, dass die herkömmlichen

³⁴ Vgl. In re NORTHWEST AIRLINES CORP., et al., United States District Court, E.D. Michigan, Southern Division, No. 96-74711., 208 F.R.D. 174, 184 ff. und 201 f.: «*The Court finds that this evidence, viewed in a light most favorable to Plaintiffs, could support an inference of more than mere sharing of information, and that the activities and discussions at industry meetings could reasonably be construed as an instigating factor in the Airlines' arguably stepped-up efforts to deter hidden-city ticketing. First, it is somewhat striking that representatives of the Airlines found so many opportunities to at least 'compare notes' on their responses to hidden-city ticketing where, as discussed earlier, cooperation among the Airlines was by no means necessary for any individual Airline to take effective action against this practice. (...) Indeed, the record suggests more than mere passing references to hidden-city ticketing on a few occasions, where task forces and working groups were convened to address this and other 'fraudulent practices.'*»; es gibt einen klaren Anreiz, *cross border selling*, *hidden city ticketing* und *cross ticketing* zu verhindern, vgl. WANG/YE, 1: «*We show that when the passengers take advantages of such opportunities whenever possible, the airlines had better to react, and the optimal reaction will no longer contain any hidden-city opportunities.*»; eine Fluggesellschaft brachte die IATA-Empfehlung sogar selbst im Verfahren als Verteidigung vor, vgl. AG Köln, Urteil vom 15. Mai 2007 – 28 C 633/06 in NJW-RR 2008, 214 ff., 215: «*Ausserdem ist es unerheblich, dass die ABB der Bekl. auf den Mustervertragsbedingungen der IATA (International Air Transport Association) beruht. Diese entfalten als reine Verbandsempfehlungen keinerlei Rechtswirkung (Schmid, RRa 2005, 139).*»

³⁵ Vgl. BISCHOFF/MAERTENS/GRIMME, Transportation Journal 2011, 241 f.

³⁶ ZÄCH/HEIZMANN, recht 2009, 196 f., m.w.H.

³⁷ Dies bedingt eine genaue Analyse des relevanten Marktes, vgl. RPW 2008/4, 674 ff., 677, Airtrust AG/Edelweiss Air AG, N 39.

³⁸ Vgl. zur kollektiven Marktbeherrschung ZÄCH, N 373, 602 ff. und BSK-REINERT/BLOCH, KG 4 Abs. 2 N 400 f.; in LG Frankfurt a.M., Urteil vom 14. Dezember 2007 – 2/2 O 243/07 in NJOZ 2008, 3657 ff., 3660, bezieht sich das Gericht ohne Begründung auf Art. 82 des damaligen EG-Vertrages (jetzt Art. 102 EGV), der den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erfasst: «*In fast allen Fällen werden Geschäftsbedingungen verwendet, um dem Unternehmen wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen. Ob das angemessen ist, ist gerade die erst zu entscheidende Frage. Sollte die Klausel von den Kartellbehörden (§§ 22f. GWB, Artikel 82 EG) nicht beanstandet werden, ist das kein Anhaltspunkt für ihre Angemessenheit.*»; vgl. ZÄCH, NZZ vom 21. Februar 2012, 26: «*Eine solche Verhaltenskontrolle ist wettbewerbstheoretisch begründet: Unternehmen, die andere Unternehmen und Konsumenten zwingen können, nicht im preisgünstigeren*

geringeren Preises für die kürzere Strecke auch im internationalen Luftverkehr gewährleistet.»

³⁰ Vgl. BGE 135 III 225 ff., 227 f., E. 1.3.

³¹ Vgl. die Verfügung der WEKO vom 7. Mai 2012, Internet: http://www.weko.admin.ch/index.html?lang=de&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU04212Z6ln1acy4Zn4Z2qZpn02Yuq2Z6gpJCDdlF8f2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--, 5. September 2012.

³² Dazu ZÄCH, N 376.

³³ Eine stillschweigende Abrede ohne bewusstes und gewolltes Zusammenwirken ist keine Abrede im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG, vgl. dazu EMCH, recht 2003, 169 und RPW 2003/1, 106 ff., 134, Rz. 161; vgl. auch ZÄCH, N 371 ff.

Fluggesellschaften selber auch plötzlich Einwegflüge anbieten, wenn die Konkurrenz durch Billigfluggesellschaften mit Punkt-zu-Punkt-Verbindungen zu gross wird.³⁹ Für die Durchsetzung eines alleine für die Schweizer Kundschaft oder für Geschäftsreisende überhöhten Preises sind die Diskriminierung von Handelspartnern und die Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. b/c KG) einschlägig. Die Diskriminierung betrifft Geschäftskunden und Schweizer Kunden, die unangemessene Geschäftsbedingungen akzeptieren oder höhere Preise bezahlen müssen (lit. b), die allenfalls erzwungen worden sind (lit. c). Es gibt Anzeichen, dass Schweizer Passagiere grundsätzlich höhere Preise bezahlen müssen.⁴⁰ Geschäftsreisende, deren Aufenthalt nicht auch ein Wochenende umfasst, bezahlen auch stets mehr.⁴¹ Ebenso hat eine aufwendige Analyse des Preisüberwachers ergeben, dass Monopolstrecken bestehen, für die die Fluggesellschaften besonders hohe Preise verlangen.⁴²

[Rz 16] Die Diskriminierung durch den höheren Preis für das identische Produkt bewirkt bei den Endkunden einen

Ausland, sondern in der teureren Schweiz einzukaufen, sind als marktbeherrschend zu beurteilen.»; zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 KG siehe HEIZMANN, recht 2010, 172 ff.; zu beachten ist, dass gewisse Fluggesellschaften das *cross border selling* oder *cross ticketing* gar nicht verhindern müssen, weil sie ohnehin nur sog. «Punkt-zu-Punkt-Verbindungen» anbieten (vgl. dazu unten, Fn. 52).

³⁹ Vgl. zu diesem Phänomen RATHS, Mit Kampfpreisen gegen Easyjet, Tages-Anzeiger online, <http://www.tagesanzeiger.ch/31583538/print.html> (5. September 2012).

⁴⁰ Dies ergibt sich aus einem Vergleich zwischen den Kosten eines Retourfluges mit Ausgangsort in der Schweiz und dem ungefähr zeitgleichen Flug in umgekehrter Reihenfolge oder ähnlich langen Strecken ab ausländischen Flughäfen; vgl. GUGGISBERG, Tages-Anzeiger online, Internet: <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Fliegen-mit-der-Swiss-ist-fuer-Schweizer-teurer/story/19058428> (5. September 2012); vgl. auch die Preisvergleiche für Flüge Athen-Bangkok und Zürich-Bangkok bei BISCHOFF/MAERTENS/GRIMME, Transportation Journal 2011, 238.

⁴¹ Vgl. BISCHOFF/MAERTENS/GRIMME, Transportation Journal 2011, 236 f.

⁴² PREISÜBERWACHER, Flugpreise Zürich-Brüssel, 1: «*Folglich führte die Preisüberwachung im Februar und September 2011 je eine Marktbeobachtung durch und analysierte Preise für Flüge zwischen den grösseren europäischen Hauptstädten und Brüssel. Bei rund der Hälfte der untersuchten Flugstrecken handelt es sich um sogenannte Monopolstrecken. [...] Prozent dieser Strecken werden von der Star Alliance bedient. Erfahrungsgemäss zeigt sich, dass die Preise auf einer Monopolstrecke im Gegensatz zu Strecken, wo der Wettbewerb spielt, höher sind. Unter diese Monopolstrecken fallen auch die Routen Zürich-Brüssel und Basel-Brüssel, deren Preissetzung bei den Schweizer Flugkunden vermehrt zu Beschwerden bei der Preisüberwachung führt. So wird zum Beispiel die Strecke Zürich-Brüssel nur von der SWISS und Brussels Airlines bedient, welche beide Mitglieder der Star Alliance sind. Für Reisende besteht somit auf dieser Strecke keine gleichwertige Alternative. Die Preise der SWISS auf der Strecke Zürich-Brüssel, beziehungsweise Basel-Brüssel, sind verglichen mit anderen, ähnlich weiten, innereuropäischen Flügen nach Brüssel rund doppelt so teuer. Die SWISS bietet Flüge Richtung Brüssel ab Genf zu sehr viel tieferen Preisen an, was auf den lokalen Wettbewerb mit dem Billiganbieter EasyJet zurückzuführen sein dürfte, denn die Konkurrenz mit Billig-Airlines drückt die Margen.»*

unangemessenen Preis⁴³ im Sinne eines *Ausbeutungsmissbrauchs*, wobei die hier besprochenen AGB-Klauseln die Diskriminierung erzwingen, indem sie Umgehungen des Tarifs verhindern.⁴⁴ Der Preisvergleich bei Flugreisen zur Feststellung der Unangemessenheit ist besonders einfach, weil die Fluggesellschaften dieselben oder gar längere Flüge zu billigeren Preisen im Ausland anbieten. Der sonst mögliche Hinweis auf höhere Kosten in der Schweiz zieht deshalb nicht. Diese Grundstruktur passt zu Art. 7 Abs. 2 lit. c KG, weil die Fluggesellschaften damit lediglich Handelspartner ausbeuten wollen, ohne ihnen einen Wettbewerbsnachteil zuzufügen – Geschäfts- und Privatkunden sowie Reisende aus der Schweiz und dem Ausland stehen miteinander nicht im Wettbewerb.⁴⁵

[Rz 17] Es stellt sich die Frage, ob es für diese Diskriminierung eine kartellrechtliche Rechtfertigung gibt (sog. *legitimate business reasons*).⁴⁶ Die Preisunterschiede lassen sich jedenfalls nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen. Solange das *cross ticketing* trotz doppelter Reisestrecke billiger ist und Retourflüge mit Schweizer Ausgangsort mehr als die entsprechenden Flüge mit ausländischem Ausgangsort kosten, klingen alle Rechtfertigungsversuche unglaublich. Vielmehr geht es um eine Segmentierung der Passagiere nach ihrer finanziellen Kraft,⁴⁷ die sich für Passagiere mit Schweizer Ausgangsort und für Geschäftskunden besonders negativ auswirkt. Die Fluggesellschaften könnten argumentieren, dass erst die Quersubventionierung der Touristen und der im Ausland startenden Passagiere durch höhere

⁴³ Zur Unangemessenheit des Preises vgl. BSK-AMSTUTZ/CARRON, KG 7 N 301 ff. und RPW 2007/2, 272, N 198 und 273, N 203.

⁴⁴ Zu den Erfordernissen der Benachteiligung vgl. BSK-AMSTUTZ/CARRON, KG 7 N 292 ff.; zum Erfordernis der Erzwingung Urteil des Bundesgerichts 2C_343/2010 vom 11. April 2011, E. 4.3. Die blosse Kausalität zwischen Marktmacht und Unangemessenheit des Marktverhaltens genügt nicht (E. 4.3.3.–4.3.5.); zur Erzwingung und AGB vgl. BSK-AMSTUTZ/CARRON, KG 7 N 296, m.w.H.

⁴⁵ Vgl. BSK-AMSTUTZ/CARRON, KG 7 N 247; vgl. BGE 126 III 129 ff., 154, E. 9c; bejaht man den Wettbewerb der Schweizer Geschäftskunden mit den ausländischen Geschäftskunden, wäre auch Art. 7 Abs. 2 lit. b KG anwendbar.

⁴⁶ Vgl. BSK-AMSTUTZ/CARRON, KG 7 N 63 ff., 318; dies ist in Art. 7 Abs. 1 KG implizit enthalten, vgl. RPW 2007/2, 272, N 196 ff.

⁴⁷ Vgl. LG Frankfurt a.M., Urteil vom 14. Dezember 2007 – 2/2 O 243/07 in NJOZ 2008, 3657 ff., 3659: «*Die Bekl. pönalisiert ein Verhalten beim Vollzug des Vertrags, obwohl sie es gar nicht verhindern will. Ihr geht es vielmehr darum, Kunden für ihr Verhalten beim Vertragsschluss mit dem Verlust ihrer Rechte zu bestrafen, wenn sie ein preiswertes Angebot wahrgekommen haben, mit dem nicht sie, sondern andere Kunden angelockt werden sollten. Ohne dies offenzulegen, soll mit der Regelung eine Marktabgrenzung durchgesetzt werden. Es geht darum, das hohe Preisniveau in einzelnen Marktsegmenten zu erhalten. Wenn aber Verbraucher Preisunterschiede zwischen Marktsegmenten auf Kosten des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen ausnutzen und beispielsweise Waren einer international tätigen Handelskette nicht in Deutschland, sondern billiger in New York erwerben, ist dies nicht zu beanstanden.»; Fluggesellschaften wollen geschäftliche Flüge ohne langen Aufenthalt einer zahlungskräftigen Klientel teuer verkaufen und touristische Angebote dadurch verbilligen, vgl. GAO, 6 f.*

Preise bei den Geschäftsreisenden und den in der Schweiz startenden Passagieren zur genügenden Auslastung der Flugzeuge führt. Müssten die Touristen und ausländischen Passagiere den richtigen Preis bezahlen, würden sie gar nicht fliegen, was einen grossen Teil der Flüge unrentabel machen würde. Somit müssten die Fluggesellschaften ohne diese Querfinanzierung im Ergebnis alle Tickets verteuern oder Flugkapazitäten streichen.⁴⁸ Die Quersubventionierung ist als Rechtfertigungsgrund zwar anerkannt, doch darf sie nicht wie vorliegend *permanenter Natur* sein, sondern nur in einer Aufbauphase wirken.⁴⁹ Überdies wäre es nach dieser Logik gar nicht möglich, einen rentablen Flug zu einer *reinen Touristendestination* oder *zwischen Ländern mit gleicher Kaufkraft* anzubieten.

[Rz 18] Fluggesellschaften könnten *auf zulässige Weise* die Preise für verschiedene Zielgruppen differenzieren, indem sie auf deren Bedürfnisse eingehen. Beispiele dafür sind die für Geschäftskunden notwendige kurzfristige Buchung, Klassenunterschiede und die beliebige Umbuchbarkeit der Flüge⁵⁰ – das darf ruhig mehr kosten, weil es mehr Flexibilität der Fluggesellschaft voraussetzt und das Risiko mit sich bringt, einen Sitzplatz gar nicht verwenden zu können.⁵¹ Der Wunsch der Fluggesellschaften nach einer möglichst hohen Auslastung kann die Bestrafung des *cross ticketing*, des *hidden city ticketing* und des *cross border selling* ebenfalls nicht rechtfertigen, da die Passagiere den abgemachten Preis bezahlen und die Fluggesellschaft vielleicht den Platz sogar zweimal verkaufen kann. Die Fluggesellschaften hätten es aber auch hier in der Hand, die *tatsächliche* Belegung optimal zu gestalten: Wenn die längere Flugreise mehr kostet, löst sich das Problem der nicht beanspruchten Teilleistung von selbst auf. Ebenso ist es möglich, Flüge nur als «Punkt-zu-Punkt-Verbindungen» anzubieten.⁵²

V. Schlusswort

[Rz 19] Die obenstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das Korrektiv zu missbräuchlichen AGB und zu Kartellen gegen die Verhinderung des *cross ticketing*, des *cross border selling* und des *hidden city ticketing* wirksam sein kann. Es stellt sich bloss die Frage, wer es wagt, dagegen vorzugehen. Die Aussichten für einen Vergleich stehen gut, weil die Fluggesellschaften das Präjudiz fürchten,⁵³ doch es

bleibt das Grundproblem: *Schweizer Gesetze wollen nicht, dass man klagt*. Wie kann man es sonst erklären, dass ein Passagier seinen eigenen Anspruch mit vollem Prozessrisiko und Kautionspflicht⁵⁴ einklagen muss, ohne spürbare Wirkung für alle anderen betroffenen Passagiere und Fluggesellschaften? Welche Konsumentenschutzorganisation klagt und hat die Mittel dazu? Wiederum wäre zur wirksamen Durchsetzung der Rechte aller Flugpassagiere ein sinnvolles Instrument des kollektiven Rechtschutzes notwendig, das die Interessen *präventiv und repressiv* richtig setzt und einen effektiven und effizienten Zugang zum Recht garantiert. Dazu gehören die Sammelklage mit Erfolgshonoraren für Anwälte, der Wegfall von Gerichts- und Parteientschädigungen und Kautionen, alles kombiniert mit punitiven Schadensatzansprüchen wegen des kalkulierten Vorgehens und der Erfahrung, dass nur ein Streit um hohe Summen Respekt und Gehör verschafft.⁵⁵

Literaturverzeichnis

- AMSTUTZ MARC et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012 (CHK-VERFASSER).
- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010 (zitiert: BSK-VERFASSER).
- BISCHOFF GREGOR/ MAERTENS SVEN/GRIMME WOLFGANG, Airline pricing strategies versus consumer rights, Transportation Journal 2011, 232 ff.
- EMCH DANIEL, Das Verhältnis zwischen unzulässigen Wettbewerbsabreden und unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Lichte des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung, recht 2003, 161 ff.
- FURRER ANDREAS, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz? HAVE 2011, 324 ff.
- FÜHRICH ERNST, Entschädigung bei Überbuchung von Linienflügen, NJW 1997, 1044 ff.
- GAO, United States General Accounting Office, Report to Congressional Committees: Aviation competition, Restricting Airline Ticketing Rules Unlikely to Help Consumers, July 2001, Internet: <http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc>.

⁴⁸ Vgl. zu dieser Argumentation GAO, 32; differenzierter BISCHOFF/MAERTENS/GRIMME, Transportation Journal 2011, 245 f.

⁴⁹ Vgl. BSK-AMSTUTZ/CARRON, KG 7 N 242, RPW 2004/2, 443, N 160, RPW 2011/1, 94, N 59.

⁵⁰ Vgl. BISCHOFF/MAERTENS/GRIMME, Transportation Journal 2011, 245 f.

⁵¹ GAO, 17 f.

⁵² Eine Flugreise mit Umsteigen besteht dann aus zwei separat bezahlten Flügen; vgl. Art. 17 der Ryanair-Beförderungsbedingungen, Internet: <http://www.ryanair.com/de/geschaeftsbedingungen#article17>, 5. September 2012; vgl. GAO, 29.

⁵³ GUGGISBERG hat gezeigt, dass die Fluggesellschaften schnell einen Vergleich

suchen oder vor Gericht gar nicht erst erscheinen, Tages-Anzeiger online, Internet: <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Fliegen-mit-der-Swiss-ist-fuer-Schweizer-teurer/story/19058428> (5. September 2012).

⁵⁴ Art. 98 f. ZPO.

⁵⁵ Vgl. dazu PERUCCHI, AJP 2011, 492 ff. (zur Effizienz der *class action*), 493 (zur Notwendigkeit punitiver Schadensatzelemente), 502 (zur Notwendigkeit des Kautions- und Entschädigungserlasses), 502 f. (zur Notwendigkeit des Erfolgshonorars).

- cgi?dbname=gao&docid=f:d01831.pdf, (5. September 2012).
- GILLEN DAVID/HAZLEDINE TIM, Chapter 3: The New Pricing in North American Air Travel Markets: Implications for Competition and Antitrust, in James Peoples (ed.) Pricing Behavior and Non-Price Characteristics in the Airline Industry (Advances in Airline Economics, Volume 3), Emerald Group Publishing Limited 2011, 55 ff., Internet: [http://dx.doi.org/10.1108/S2212-1609\(2011\)0000003005](http://dx.doi.org/10.1108/S2212-1609(2011)0000003005), (5. September 2012).
 - GUGGISBERG RAHEL, Fliegen mit der Swiss ist für Schweizer teurer, Tages-Anzeiger online, Internet: <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Fliegen-mit-der-Swiss-ist-fuer-Schweizer-teurer/story/19058428>, (5. September 2012).
 - HEIZMANN RETO, Relative Marktmacht, überragende Markstellung – eine Analyse nach sechs Jahren Praxis, recht 2010, 172 ff.
 - HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2008.
 - KOLLER ALFRED, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363–366 OR, Bern 1998 (zitiert: BK-KOLLER).
 - PERUCCHI LEANDRO, Class actions für die Schweiz, AJP 2011, 489 ff.
 - PREISÜBERWACHER, Flugpreise Zürich-Brüssel, März 2012, Internet: <http://www.preisueberwacher.admin.ch/> (5. September 2012).
 - RATHS OLIVIA, Mit Kampfpreisen gegen Easyjet, Tages-Anzeiger online, <http://www.tagesanzeiger.ch/31583538/print.html> (5. September 2012).
 - RUSCH ARNOLD F./HOCHSTRASSER MICHAEL, Verträge mit Kinderkrippen, Jusletter 22. Oktober 2007.
 - SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, 1 ff.
 - SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen – zur Inhaltskontrolle, ST 2012, 78 ff.
 - STAUDINGER-COESTER MICHAEL, Kommentar zu § 307 BGB (Berlin 2006) und Eckpfeiler des Zivilrechts, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Berlin 2012), in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (zitiert: STAUDINGER-COESTER).
 - STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 184 ff.
 - STÖCKLI HUBERT, UWG 8 – Aufbruch oder perte d'une chance? HAVE 2012, 199 ff.

- TEICHMANN ANDREAS, Anmerkung zu OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 18. Dezember 2008, 16 U 76/08, RRa 2007, 103 f.
- WANG ZIQUO/YE YINYU, Hidden-City Ticketing: the Cause and Impact, Internet: www.stanford.edu/~yyye/hiddencity3.pdf (5. September 2012).
- WURMNEST WOLFGANG, Münchener Kommentar zu § 309 BGB, 6. A., München 2012 (MK-WURMNEST).
- ZÄCH ROGER, Für eine «Lex Nivea» gegen die Hochpreisinsel Schweiz: Es gibt Grenzen der Preisdifferenzierung, NZZ 21. Februar 2012, 26.
- ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005.
- ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO A., Vertikale Preisempfehlungen im schweizerischen Kartellrecht, recht 2009, 194 ff.

Rechtsanwalt PD Dr. Arnold F. Rusch LL.M. ist Lehrbeauftragter an den Universitäten Zürich und Fribourg.

* * *