

Vertragsbindung und willkürlicher Rücktritt des Reisenden beim Personenbeförderungsvertrag

Von Dr. Ingo K O L L E R, Wissenschaftlicher Assistent, München

I.

1. a) In der Praxis werden die rechtlichen Beziehungen zwischen Beförderungsunternehmen und Reisenden weitgehend von Allgemeinen Geschäftsbedingungen beherrscht. Diese Entwicklung vom dispositiven Recht zu einem auf die Interessen der Beförderungsunternehmen hin zugeschnittenen Kleid von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat sich bezeichnenderweise selbst in der Nomenklatur des Gesetzgebers niederschlagen, der in § 58 Abs. 1 Satz 1 PBefG¹ eine Ermächtigung zum Erlaß „Allgemeiner Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Ortsverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen“ (LVerkVO)² statuierte. Die Beschäftigung mit dem gesetzten Recht ist dadurch nicht überflüssig geworden; denn wenn das dispositive Recht auch weitgehend durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen überlagert worden ist, so vermag es nach ständiger Rechtsprechung des B G H doch seinerseits einen Orientierungsmaßstab für eine inhaltliche

Kontrolle der von dem Beförderungsunternehmen diktierten Vertragsordnung zu liefern³. Danach sind Abweichungen von den in den dispositiven Regeln verankerten Gerechtigkeitswerten nur insoweit zulässig, als sie berechnete Interessen des die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) aufstellenden Unternehmens erfordern und den Belangen der Kunden angemessen Rechnung tragen.

b) Die Zersplitterung der Rechtsgrundlagen für den Rücktritt vom Beförderungsvertrag erschwert allerdings die Extrapolation der maßgeblichen Werte.

¹ Personenbeförderungsgesetz vom 21. 3. 1961, BGBl. I S. 241.

² Allgemeine Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Ortsverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. 2. 1970, BGBl. I S. 230.

³ Vgl. BGH, 17. 2. 1964, BGHZ 41 S. 151, 154 = BB 1964 S. 411; zuletzt BGH, 19. 4. 1972, BB 1972 S. 856 = NJW 1972 S. 1227, 1228; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1971, Randnrn. 135 ff. mit weiteren Nachweisen.

Beim Rücktritt des Reisenden vor Antritt der Reise ist beispielsweise im Eisen- und Straßenbahnverkehr sowie im Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen gemäß §§ 24 EVO⁴, 10 Abs. 1 LVerkVO der gesamte Fahrpreis abzüglich einer Bearbeitungsgebühr, in der Seeschiffahrt gemäß § 667 Abs. 1 1. Alt. HGB die halbe Passage zu erstatten, während im Luftverkehr und in der Binnenschiffahrt, wo besondere Normen fehlen, nach herrschender Ansicht⁵ das Entgelt nur insoweit gemindert wird, als der Beförderer durch die anderweitige Besetzung des frei gewordenen Platzes Einnahmen erzielt oder sonstige Einsparungen tätigt (§ 649 BGB).

Auch bei nachträglichem Rücktritt fallen die Rechtsfolgen bei den verschiedenen Beförderungsarten weit auseinander, ohne daß auf den ersten Blick sachlich einleuchtende Differenzen sichtbar wären. Der Passagier in der Seeschiffahrt soll die volle Passage bezahlen, selbst wenn der Platz anderweit besetzt wird⁶, im Luftverkehr und der Binnenschiffahrt⁷ soll er sich hingegen auf die Vorteile berufen können, die der Beförderer infolge des Rücktritts erlangt. Im Linienverkehr der Eisen-, Straßenbahnen und mit Kraftfahrzeugen wiederum darf er immer die Erstattung des anteiligen Fahrpreises verlangen.

2. Angesichts dieser Unterschiede in den Rechtsfolgen erhebt sich eine weitere Frage, die mit der Herausarbeitung der den einzelnen Rücktrittsnormen zugrundeliegenden Wertungen eng verknüpft ist. Beruhen diese divergierenden Rechtsfolgen auf historisch erkläraren Wertungswidersprüchen; können diese Unterschiede im Wege der Analogie und der teleologischen Reduktion ausgeglichen werden⁸? So liegt es doch recht nahe, im gesamten Linienverkehr, in dem Beförderungsmittel nicht reserviert, sondern nach abstrakten Plänen bereitgestellt werden, die Regelung der EVO und der LVerkVO sowie im übrigen Luft- und Schiffsverkehr § 667 HGB anzuwenden. Die Antwort auf die hier aufgeworfenen Fragen hängt in erster Linie von den in §§ 24 EVO, 10 LVerkVO, 667 HGB, 649 BGB verfolgten gesetzgeberischen Zwecken ab.

II.

1. Am radikalsten durchbrechen § 24 EVO und § 10 LVerkVO die Vertragsbindung.

a) Ihr historischer Ursprung dürfte in einer Billigkeitsregel zu suchen sein. Schon die Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands von 1892⁹ sah ein Rücktrittsrecht vor, das allerdings auf einen bloßen Umtausch gegen Fahrkarten niedrigerer Preisklasse oder zu anderen Stationen bis 5 Minuten vor Abgang des Zuges beschränkt war. Diese Umtauschmöglichkeit wurde 1908 durch § 1 der Allgemeinen Ausführungsbestimmungen erweitert¹⁰. Er eröffnete der Eisenbahnverwaltung die Befugnis, in Fällen eines Irrtums, einer Erkrankung oder aus sonstigen Billigkeitsgründen die Fahrkarte nach freiem Ermessen zurückzunehmen. Die EVO von 1928¹¹ wandelte das Erstattungsrecht aus Billigkeitsgründen in eine Erstattungspflicht um, die dem Reisenden einen unentziehbaren Anspruch verschaffte. Das galt zunächst nur für die Rückgabe der Karte vor Antritt der Fahrt, während die Erstattung des Fahrpreises von bereits teilweise benutzten Fahrkarten auf Tod, Krankheit oder andere zwingende Gründe begrenzt blieb. Die Neufassung der Rücktrittsvorschrift brachte 1965 den Durchbruch zur unumschränkten Erstattungspflicht¹², die dann in § 10 LVerkVO ihre Parallele fand.

b) Die Annahme, die ständige Ausdehnung des Fahrkarten-Rückgaberechts beruhe auf dem Fehlen eines Vertrauens- und Verkehrsschutzbedürfnisses, drängt sich auf. Die Eisenbahn- und sonstigen Linienverkehrsunternehmen betreiben im Personenbeförderungsverkehr Vorratsproduktion für potentielle Bedürfnisträger. Nicht nur, daß sie die Transportanlagen auf Vorrat bereit halten. Der Linienverkehr ist vielmehr gerade dadurch gekennzeichnet, daß die abstrakte Leistungshandlung unabhängig von den konkreten Bedürfnissen, wie sie sich in den Verträgen manifestiert haben, erbracht wird. Wenn man von den geringfügigen, nicht ins Gewicht fallenden, Kontrahierungskosten absieht, die von der Erstattungsgebühr (§§ 24 V EVO, 10 LVerkVO) aufgefangen werden, veranlaßt der einzelne Reisende durch den Kauf einer Fahrkarte typischerweise keine Vertrauensinvestitionen. Weder werden erst auf Grund seines Versprechens Beförderungsmittel bereitgestellt, noch werden andere Nachfrager abgewiesen, die ihre Bedürfnisse dann bei konkurrierenden Betrieben oder in sonstiger Weise befriedigen. Selbst Fahrkartenrückgaben in größerem Umfang könnten die langfristigen

Dispositionen im Linienverkehr nicht stören, weil diese auf konstante Verkehrserschließung ausgerichtet und von den kurzfristigen Nachfrageschwankungen unabhängig sind. Da die Verkehrsunternehmen im Linienverkehr auf den einzelnen Vertrag in der Regel keine wirtschaftlich relevanten Dispositionen gründen, taucht das Problem der Unzumutbarkeit des Nachweises konkreter Investitionen, das einen generalisierenden Vertrauensschutz rechtfertigen würde, erst gar nicht auf. Insofern scheint diese Konstellation mit der freien Widerruflichkeit des Auftrages gemäß § 671 BGB vergleichbar¹³, bei dem ebenfalls kein Bedürfnis für einen generalisierenden Verkehrsschutz entsteht, da die dem Auftraggeber zurechenbaren Vertrauensinvestitionen individuell als Aufwendungen (§ 670 BGB) erfaßt werden.

2. Das Fehlen von in Geld bezifferbaren Vertrauensdispositionen vermag jedoch die nahezu völlige Durchbrechung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ durch das Rücktrittsrecht der §§ 24 EVO, 10 LVerkVO nicht zu tragen. Das Prinzip der Vertragsbindung¹⁴ kann auch im Bereich der Austauschverträge nicht ausschließlich von einem wirtschaftlich-rationalen Vertrauensschutz und der Verkehrssicherheit¹⁵ her verstanden werden. Die Vertragsbindung ist mit einer starken Wurzel in der ethischen Pflicht verankert, das Versprechen¹⁶, durch das sich der Versprechende selbst gebunden hat, einzuhalten, wenngleich dem Gedanken des Vertrauens¹⁷ und Verkehrsschutzes¹⁸ erhebliche Bedeutung als ausfüllendem und bestärkendem Element¹⁹ zukommt²⁰.

Der ethische Wert der Vertragstreue darf indessen nicht verabsolutiert²¹ werden. Die Rechtsordnung hat bei der Regelung der Intensität der Vertragsbindung auch Nützlichkeits- und Zweckmäßigkeitsüberlegungen sowie konkurrierenden rechtsethischen Werten²² Raum zu geben²³. Vor allem aber hat sie

4 Eisenbahn-Verkehrsordnung in der Fassung vom 24. 7. 1965. BGBl. II S. 1083.

5 Zum Binnenschiffahrtsgesetz (BSchG) vgl. Mittelstein, in *Ehrenberg*, Handbuch des gesamten Handelsrechts, VII 1, 1918, S. 313; *Vortisch/Zschucke*, Binnenschiffahrts- und Flößereirecht, 3. Aufl. 1964, § 77 BSchG Anm. 1 b; *Schlegelberger/Liesecke*, Seehandelsrecht, 2. Aufl. 1964, vor § 664 HGB Anm. 2; zum Luftbeförderungsvertrag vgl. *Hofmann*, Luftverkehrsgesetz, 1971, § 44 Anm. 3; *Abraham*, Der Luftbeförderungsvertrag, 1955, S. 25 ff., die diesen Vertragstypus als Werkvertrag kennzeichnen.

6 *Schaps/Abraham*, Das deutsche Seerecht, Bd. II, 3. Aufl. 1962, § 667 HGB Anm. 2; *Prüssmann*, Seehandelsrecht, 1968, § 667 HGB Anm. 2 B; *Schlegelberger/Liesecke*, a.a.O., § 667 Anm. 1; *Wüstendörfer*, Neuzeitliches Seehandelsrecht, 1947, S. 355.

7 Vgl. Mittelstein, a.a.O. (Fußnote 5), S. 313; *Vortisch/Zschucke*, a.a.O., § 77 BSchG Anm. 1 b, jedoch ohne Begründung.

8 Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, S. 112 ff.

9 RGBl. 1892 S. 923, § 14 II.

10 Vgl. *Rundnagel*, in *Ehrenberg*, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. V 2, 1915, S. 506 f.

11 RGBl. II 1928 S. 401.

12 VO zur EVO vom 24. 7. 1965. BGBl. II S. 1083.

13 Vgl. *Staudinger/Nipperdey*, BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 662 Anm. 12, wenn auch später bei § 671 Anm. 11 das Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem in den Vordergrund gerückt wird.

14 In seiner positiv-rechtlichen Ausprägung.

15 Vgl. *Schmidt-Rimpler*, in *Festschrift für Nipperdey* zum 60. Geburtstag, 1955, S. 1, 11 ff.; *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966, S. 79 f.

16 Vgl. *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1972, S. 35; *Larenz*, in *Phänomenologie, Rechtsphilosophie, Jurisprudenz*, Festschrift für G. Husserl, 1969, S. 132, 139; *Fikentscher*, Schuldrecht, 3. Aufl., § 194. Nur so kann erklärt werden, daß ein Vertrag mit seinem Abschluß unwiderruflich ist, obgleich doch zu diesem Zeitpunkt typischerweise noch keine Vertrauensinvestitionen getätigt worden sind. Vgl. ferner die Rechtsfiguren der Auslobung und des § 151 BGB.

17 Zumal, wenn man das „Vertrauen“ über das wirtschaftlich-rational greifbar gewordene Vertrauen auf das „Vertrauensklima“ hin erweitert und damit auch Erwartungshaltungen in den rechtlichen Schutz einbezieht. Vgl. *Schloßmann*, Der Vertrag, 1876, S. 308 f.; *Eichler*, Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950, S. 8. Zugegebenermaßen reduziert man damit das Versprechen auf soziale Zwecke. Diese Reduktion empfiehlt sich aber, wenn das Gewicht des Versprechens gegen andere Werte abgewogen werden muß.

18 Zutreffend *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, S. 131 ff., der der Verkehrssicherheit einen wichtigen Platz in seinem System einräumt.

19 Das erkennt auch *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 423 an, der an sich Vertrauen und privatautonome Geltung scharf trennen will (S. 414 f.).

20 Vgl. *Bydlinski*, a.a.O. (Fußnote 17).

21 Vgl. *F. v. Hippel*, Das Problem der Privatautonomie, 1936, S. 89, Fußnote 25; *Bydlinski*, a.a.O. (Fußnote 17), S. 110.

22 Vgl. *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1969, S. 114. Im besonderen ist an die Konkurrenz des Wertes „Jedem nach seinen Bedürfnissen“ zu denken.

23 Vgl. *Bydlinski*, a.a.O. (Fußnote 17), S. 111.

die besondere Funktion des vertraglichen Versprechens in Austauschverhältnissen zu berücksichtigen. Sie darf sich nicht damit beruhigen, daß das Versprechen auf einem Akt der Selbstbestimmung beruht²³, durch den der Vertragspartner selbst über Rang und Intensität seiner Bedürfnisse entschieden hat. Denn diese Akte der Selbstbestimmung sind auf zukünftige Bedürfnisse gerichtet, die nur zu häufig falsch eingeschätzt werden, sei es, weil sich die Verhältnisse anders entwickelt, sei es, weil sich die Begehrensvorstellungen verschoben haben.

Das Gewicht dieser Fehleinschätzung ist von Vertragstypus zu Vertragstypus verschieden²⁴. Bei Kaufverträgen, wo der Käufer das Kaufobjekt relativ einfach anderweit verwerten kann²⁵, muß die Abweichung der wahren von den projizierten Bedürfnissen schon recht groß werden, wenn die Vertragsbindung gelockert und das Stabilitätsinteresse des Vertragspartners hintangestellt werden soll.

Beim Personenbeförderungsvertrag, wie ganz allgemein beim Werkvertrag, sind die Verhältnisse jedoch anders gelagert. Dort muß der Versprechende sich selbst quasi als Leistungssubstrat bereitstellen, wenn er die Leistung in Empfang nehmen will. Damit müßte er unter Umständen Nachteile hinnehmen, die über die bloße Verpflichtung zur Erfüllung seines Versprechens weit hinausgingen²⁶.

Dem hat der Gesetzgeber in § 649 BGB generell Rechnung getragen, indem er dem Besteller ein Rücktrittsrecht einräumte, das eine teilweise Lösung vom Vertrag ermöglicht. Damit wollte er die rechtsethische Bindungskraft des Versprechens einschränken, nicht aber ganz aufheben oder gar durch einen — generalisierenden — Vertrauensschutz ersetzen. Das erhellen die Motive zum BGB²⁷, wo davon die Rede ist, daß der Unternehmer „dadurch völlig schadlos gehalten“ werde, „daß ihm der Anspruch auf die Gegenleistung“ unter Minderung um die ersparten Aufwendungen und den anderweitigen Erwerb bzw. die böswillig unterlassenen Einkünfte verbleibe. Freilich ist die Formulierung „völlig schadlos“ nicht ganz exakt, da der Unternehmer infolge des Rücktritts zu weiterem geschäftlichem Engagement gezwungen wird, ohne daß er jedoch verpflichtet wäre, besondere Anstrengungen zu machen, um neue Geschäftskontakte anzuknüpfen²⁸. Diese geringfügige Belastung²⁹ muß er sich jedoch gefallen lassen, da das Versprechen des Entgelts vom Austauschweck geprägt ist³⁰ und der Rücktritt zu keiner Bereicherung führen soll. Mit einem generalisierenden Vertrauensschutz hat die Verpflichtung aus § 649 BGB jedenfalls nichts zu tun. Wäre es nämlich anders, dann hätte die Obliegenheit zum anderweitigen Einsatz der frei gewordenen Arbeitskapazität nicht auf „Böswilligkeit“ beschränkt werden dürfen, weil mit dem Zugang der Rücktrittserklärung die Vertrauensgrundlage zerstört ist. Von diesem Zeitpunkt an kann der Verzicht des Gesetzgebers auf die Anrechnung aller mit verkehrsrühlichem Aufwand realisierbaren Geschäftsabschlüsse nur mehr mit dem Fortwirken der Vertragstreue erklärt werden.

3. Im Linienverkehr der Eisenbahnen, Straßenbahnen und Kraftfahrzeuge müssen mithin neben dem Fehlen von Vertrauensdispositionen, das die Einführung des uneingeschränkten Rücktrittsrechts fraglos außerordentlich begünstigt hat, zusätzliche Faktoren eine Rolle spielen, die die ethische Kraft der Vertragstreue weiter abschwächen. Zum einen werden reine Praktikabilitäts Gesichtspunkte stark in Richtung auf eine volle Fahrgelderstattung gewirkt haben. Hätte man nämlich die Fahrpreiserstattung konsequent und effizient auf Fälle des Irrtums oder von in der Person des Reisenden begründeten absoluten Reisehindernissen begrenzt, in denen mangels konkret veranlaßter Investitionen eine Rückzahlung des Fahrpreises nicht zu umgehen gewesen wäre³¹, so hätte man in Anbetracht der Häufigkeit derartiger Fälle ein allzu aufwendiges Kontrollsystem errichten müssen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß noch während der Geltung des § 19 Abs. 3 der EVO in der Fassung von 1928, der an sich eine Erstattung bei Rücktritt nach Beginn der Reise nur aus Anlaß von Krankheit oder anderen zwingenden Fällen zuließ, faktisch eine Erstattung ohne Rücksicht auf die konkreten Hinderungsgründe gewährt wurde. Den Ausschlag wird die Funktion der Daseinsvorsorge gegeben haben, die die Eisenbahn und der sonstige von der LVerkVO erfaßte Linienverkehr in immer stärkerem Maße übernehmen mußten. Für die Eisenbahn kommt dies beispielsweise eindeutig in dem Genehmi-

gungserfordernis der Tarife nach § 6 AEG³² zum Ausdruck, der dafür zu sorgen hat, daß die Tarife den Bedürfnissen des allgemeinen Wohles, insbesondere der schwachen und verkehrungünstig gelegenen Gebiete angepaßt werden. Diese Versorgungsaufgabe der Eisenbahnen wirkt sich natürlich nicht nur im Bereich der Tarifbildung aus, wo sie das Gewinnstreben zurückdrängt, sondern prägte — damit in engem Zusammenhang — auch das Recht des Rücktritts, indem sie die den Personenbeförderungsvertrag regelnden Normen stärker an den wahren, d. h. aktuellen Bedürfnissen der Reisenden orientierte. Daß der 1965 in die EVO aufgenommene, totale Erstattungsanspruch später auch auf den Linienverkehr mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen übertragen wurde, ist von daher gesehen folgerichtig; denn auch diese Formen des Personenbeförderungsverkehrs werden, wie sich aus den hoheitlichen Genehmigungsvorbehalten der §§ 39, 41 Abs. 3, 45 Abs. 3 PBefG ergibt, vom Versorgungsprinzip beherrscht.

4. Bei der Entstehung des § 667 HGB, der dem Passagier den freien Rücktritt vor Beginn der Reise gegen Zahlung der Hälfte des vereinbarten Entgelts und danach ohne Minderung der Passage erlaubt, scheinen dagegen nur Praktikabilitäts erwägungen ins Spiel gebracht worden zu sein, die in Modifizierung des § 649 BGB zu einer Pauschalierung des Wertes der ersparten Aufwendungen und der frei gewordenen Arbeitskapazität führten. Bei näherer Betrachtung der Materialien zu diesem Gesetz zeigt sich jedoch, daß von einer Pauschalierung allenfalls im Rahmen des § 667 Abs. 1 nicht jedoch des § 667 Abs. 2 HGB gesprochen werden kann.

a) § 667 Abs. 1 HGB verdankt seine Fassung einem nicht ganz zu Ende gedachten Kompromiß. Ein Teil der 1. Kommission, die 1858 in Hamburg zur Beratung des seerechtlichen Teils des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (von 1861) zusammengetreten war, bekämpfte die Ansicht, daß bei zufälliger Unmöglichkeit der Beförderung die Pflicht zur Zahlung des Entgelts erlösche, gleichviel ob der Grund beim Reisenden oder beim Beförderer zu suchen sei³³. Die Vertreter jener Ansicht betonten offensichtlich die Zweckgebundenheit des Versprechens, das sog. konditionelle Synallagma. Das Entgelt sollte in jedem Fall nur im Austausch gegen die Beförderungsleistung geschuldet werden. Diese Wertung hatte sich in § 628 Abs. 1 Nr. 2 HGB für den Güterfrachtverkehr durchgesetzt. Ihr hielt man nun entgegen, daß das Unmöglichkeitserisiko, soweit es in der Person des Passagiers seinen Ursprung habe, von der gesundheitlichen Konstitution des jeweiligen Reisenden sowie seinen sonstigen persönlichen Verhältnissen abhängig und somit von Passagier zu Passagier unterschiedlich sei. Kein Beförderungsunternehmen könne dieses Risiko richtig ein-

23 Vgl. Bydliński, a.a.O. (Fußnote 17), S. 68 f., der zutreffend betont, daß die Akte der Selbstbestimmung an sich jederzeit durch neue Akte der Selbstbestimmung abgelöst werden können. Die Theorie vom „Willen als Selbstgesetzgeber“ ist, wie F. v. Hippel, a.a.O. (Fußnote 20) S. 94 ff., nachgewiesen hat, m. E. unhaltbar.

24 Vgl. Flume, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, 1960, S. 135, 209.

25 Soweit dies nicht der Fall sein sollte, ist mit Flume, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, a.a.O., S. 135, 224, ein Lösungsrecht analog § 649 BGB zu bejahen.

26 Vgl. Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage 1958, § 155 I.

27 Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 1896, S. 503.

28 „Böswillig“ im Sinn des § 649 BGB heißt zwar nicht vorsätzliche Untätigkeit, erfordert aber auch keine Schädigungsabsicht (so aber die Motive, a.a.O., Bd. II S. 209), die fehlen kann, wenn der Unternehmer aus bloßer Unlust eine zusätzliche geschäftliche Tätigkeit ablehnt. Vielmehr wird man annehmen müssen, daß „Böswilligkeit“ vorliegt, wenn der Unternehmer einen ihm zumutbaren Kunden kennt und den Vertragsschluß vorsätzlich unterläßt. Im Schrifttum klingt dies im Anschluß an RG, PuchtelSZ 37 S. 307 in der Formulierung an, „wider Treu und Glauben“ untätig bleiben und ist in der Rechtsprechung des BAG (AP Nr. 1, 4 zu § 615 BGB) anerkannt. Vgl. Staudinger/Riedel, BGB, § 649 Anm. 4; Soergel/Ballerstedt, BGB, 10. Aufl., § 649 Anm. 5.

29 Daneben mag der Unternehmer manchmal durch die vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses einen jenseits des Vergütungsanspruches liegenden Schaden erleiden, der ebenfalls nicht liquidiert werden kann. Vgl. Enneccerus/Lehmann, a.a.O. (Fußnote 26), § 155 I mit weiteren Nachweisen.

30 Vgl. Motive, a.a.O., Bd. II S. 208.

31 Vgl. BGH, 30. 11. 1972, BB 1973 S. 261 = NJW 1973 S. 318 ff.

32 Allgemeines Eisenbahngesetz vom 29. 3. 1951, BGBl. I S. 225.

33 Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Hamburg 1858/59, S. 2512.

schätzen, da ihm alle relevanten Daten fehlen würden. Der Grundsatz des „do ut des“ müsse deshalb für die sich in der Person des Reisenden ereignenden Zufälle preisgegeben werden³⁴.

Anstatt nun aber die dem Reisenden auferlegten Risiken in konkrete Beziehung zum Versprechen oder den vom Passagier veranlaßten Vertrauensinvestitionen zu setzen, zog man sich auf die Billigkeit zurück. Dem Beförderungsunternehmen sei zumindest ein Teil des Entgeltes zuzubilligen³⁵, den man kurzerhand in Anlehnung an Art. 531 Abs. 1 des preussischen Entwurfes an der Fautfrachregel des Chartervertrages im Güterverkehr orientierte, obgleich dort die Minderung des Entgeltes um die Hälfte eine einleuchtende Funktion besaß, die sie im Reiseverkehr nicht zu erfüllen brauchte. Im Charterverkehr sollte nämlich die pauschalierende Fautfrachregel im Falle des Rücktritts des Charterers Streitigkeiten über die Höhe des anzurechnenden, anderweitigen Verdienstes verhüten, die immer dann drohten, wenn das Schiff eine andere als die ursprünglich geplante Reise mit völlig unterschiedlich gelagerten Gefahren unternahm³⁶.

Immerhin hätte man § 667 Abs. 1 2. Alt. HGB noch als einen an den Erfahrungssätzen im Charterverkehr orientierten Pauschalausgleich der im Sinne des § 649 BGB anrechnungspflichtigen Vorteile verstehen können, wenn man in den Fällen der zufälligen Verhinderung nicht auf eine Rücktrittserklärung oder förmliche Mitteilung verzichtet hätte. Das Erfordernis der Rücktrittserklärung war zunächst zwar noch vorgesehen³⁷, bei der Redaktionsarbeit später jedoch aufgegeben worden. Die Minderung der Passage bei zufälliger Verhinderung sollte, wie in den Abschlußberatungen hervorgehoben wurde³⁸, selbst in den Fällen eingreifen, in denen der Fahrgast seine Verhinderung nicht bis zur Abfahrt des Schiffes angezeigt und damit jede Chance einer anderweitigen Besetzung seines Platzes zunichte gemacht hatte, die durch die Fautfrachregel pauschalierend erfaßt werden sollte. § 667 Abs. 1 2. Alt. HGB kann deshalb nur als konturenlose Billigkeitsregel angesehen werden.

Die Regelung des § 667 Abs. 1 HGB im Falle des willkürlichen Rücktritts läßt sich dagegen zur Not von dem Ziel einer möglichst einfachen Berechnung der Einsparungen und anderweitigen Vorteile her interpretieren. In den Materialien finden sich dafür freilich keinerlei Anhaltspunkte; vielmehr beschäftigte man sich dort ausschließlich mit möglichen Streitigkeiten über den Anlaß des Nichtantrittes der Reise, die man abschneiden wollte³⁹. Man befürchtete nämlich, der Reisende, der seine Pläne umgestoßen habe, könne absolute Reisehindernisse vorschützen, die kaum jemals kontrollierbar wären. Die totale Gleichstellung zwischen willkürlichem Rücktritt und zufälliger Verhinderung des Reisenden war dann aber durch Verzicht auf eine Anzeige der Verhinderung wieder aufgegeben worden. Damit war die Basis für die Ausdehnung der Billigkeitsregel des § 667 Abs. 1 2. Alt. HGB auf die Fälle des willkürlichen Rücktrittes entfallen. Man hätte daher ohne weiteres zu einer individuellen Anrechnung der infolge des Rücktritts anfallenden geldwerten Vorteile kommen müssen, zumal man in § 588 Abs. 2 2. Alt. HGB diesen Regelungstyp für die dem Personenverkehr ähnlichste Form des Güterverkehrs, den Stückgutverkehr, gewählt hatte. Daß die pauschale Herabsetzung des Entgelts um die Hälfte endlich doch beibehalten wurde, kann daher im Lichte der Entstehungsgeschichte nur damit erklärt werden, daß man zugunsten einer einfacheren Abwicklung des Rücktritts die Unsicherheit im Hinblick auf das konkrete Ausmaß der anrechnungspflichtigen Vorteile in Kauf nahm und sie in Anlehnung an die für die Fautfrachregeln⁴⁰ im Charterverkehr maßgeblichen Durchschnittswerte mit 50 Prozent der Passage bezifferte.

b) Im Gegensatz dazu kann die starre Verpflichtung zur Zahlung des vollen Entgelts beim Rücktritt nach Beginn der Reise — wie sie § 667 Abs. 2 HGB anordnet — nicht mehr auf Zweckmäßigkeitsgründe gestützt werden. Dazu fehlt schon das Bedürfnis für eine pauschalierende Regelung, da die Einsparungen ja relativ leicht zu ermitteln sind⁴¹. Jedenfalls hätte man aber bei der Festsetzung der Pauschalsumme die wahrscheinlichen Einsparungen von Aufwendungen und die Möglichkeit anderweitiger Besetzung schätzen und in Form eines prozentualen Abschlages in Anrechnung bringen müssen.

Die Entstehungsgeschichte des § 667 Abs. 2 HGB zeigt denn auch, daß die Norm im Hinblick auf die Ausgleichung etwai-

ger Vorteile aus dem Rücktritt vom Beförderungsvertrag eine Lücke aufweist. Ebenso wie bei der Beratung des Rücktritts vor Beginn der Reise ging man auch beim Rücktritt nach Beginn der Fahrt von der zufälligen Verhinderung des Passagiers an der Fortsetzung der Reise aus. Man überlegte, ob man in diesen Fällen das Entgelt nicht auf die wirklich zurückgelegte Strecke, d. h. auf die Distanzfracht, beschränken sollte⁴². Dagegen wurden neben nicht näher belegten Hinweisen auf die Verkehrsanschauung — wie schon bei der Unmöglichkeit vor Antritt der Reise — vor allem ins Feld geführt, daß der Grund für die Unmöglichkeit in der Sphäre des Reisenden zu suchen sei. Aus dieser Entscheidung, dem Reisenden in Fällen von in seiner Person liegenden Hindernissen nicht nur die Distanzfracht, sondern die volle Passage aufzuerlegen, kann man jedoch nur die Belastung mit dem vollen Vertragsrisiko herauslesen. Daraus folgt aber nicht, daß dadurch auch der Austauschcharakter des Entgeltsversprechens hinfällig und dem Beförderer die Bereicherung an den dem Reisenden zugedachten Aufwendungen und Schiffsplatz erlaubt werden soll⁴³, zumal dann, wenn die Reiseverhinderung auf Zufall beruht⁴⁴.

III.

1. Aber auch in den Fällen des willkürlichen Rücktritts nach Beginn der Reise besteht kein Anlaß zu einer Bereicherung des Schiffsverkehrsunternehmens. § 667 Abs. 2 HGB hat den Rücktritt nach Beginn der Reise zugelassen und damit die Vertragsbindung ähnlich wie in § 649 BGB im Interesse des Reisenden gelockert. Da Praktikabilitäts Gesichtspunkte gegen einen Ausgleich der Bereicherung nicht ins Feld geführt werden können, hat sich der Beförderer in Analogie zu § 649 BGB die ersparten Kosten und die Vorteile aus einer anderweitigen Belegung des Schiffsplatzes bzw. der böswilligen Nichtverwertung der frei gewordenen Schiffskapazität anrechnen zu lassen⁴⁵.

2. An dieser Stelle erhebt sich ferner die Frage, ob nicht in Fällen eines Linienverkehrs ohne vorherige Platzbuchung sowohl in der Seeschifffahrt, als auch in der Binnenschifffahrt und im Luftverkehr ein uneingeschränktes Rücktritts- und Erstattungsrecht in Analogie zu §§ 24 EVO, 10 LVerkVO gewährt werden muß.

Die Analogie scheitert jedoch daran, daß diesen Verkehrszweigen keine soziale Versorgungsfunktion zugewiesen worden ist. Zwar ist auch die Tarifbildung im Luftverkehr genehmigungsbedürftig. Die hoheitliche Aufsicht hat aber im Gegensatz zum Linienverkehr mit den Massenverkehrsmitteln nicht die Funktion, eine breite und billige Versorgung der Verkehrsbedürfnisse der Bevölkerung zu gewährleisten, sondern sie soll — wie sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 6 LVerkVO⁴⁶ ergibt — lediglich der Gefährdung im Luftverkehr durch rui-

34 Protokolle, a.a.O., S. 2514.

35 Protokolle, a.a.O., S. 2514 f.

36 Protokolle, a.a.O., S. 2533.

37 Protokolle, a.a.O., S. 2523.

38 Protokolle, a.a.O., Bd. VI, Hamburg 1860, S. 4036. Vgl. ferner *Boysen, Seerecht*, § 667 HGB Anm. 2.

39 Protokolle, a.a.O., Hamburg 1858/59, S. 2515.

40 So auch *Schaps/Abraham*, a.a.O. (Fußnote 6), § 667 HGB Anm. 2.

41 Anderer Ansicht ohne jede Begründung *Grapengeter*, *Der Überfahrtsvertrag im deutschen Seerecht*, Diss. Halle 1917, S. 76; *Schaps/Abraham*, a.a.O. (Fußnote 6), § 667 HGB Anm. 2; *Prüssmann, Seehandelsrecht*, a.a.O. (Fußnote 6), § 667 Anm. 2 B.

42 Protokolle, a.a.O., S. 2522.

43 Welchen Stellenwert die Bemerkung (Protokolle, a.a.O., S. 2522) hat, derzufolge durch die Verpflichtung zur Zahlung des vollen Überfahrtsentgeltes „dem Verfrachter wieder eine Ausgleichung für den Nachteil geboten“ werde, „der ihm aus der Statuierung eines unbeschränkten Rücktrittsrechts des Reisenden vor Antritt der Reise gegen Zahlung des halben Überfahrtsentgeltes entstehen könnte“, ist nicht feststellbar. Jedenfalls kann daraus keine klare Entscheidung gegen eine Anrechnung der Einsparungen und anderweitigen Vorteile abgeleitet werden. Eher scheint sie als Argument zur Ablehnung der Distanzfracht-Regel verwandt worden zu sein.

44 Bei dieser Konstellation will auch *Prüssmann, Seehandelsrecht*, a.a.O. (Fußnote 6), § 667 Anm. 2 C, aus rechtsstaatlichen Gründen (§ 669 Anm. A) einen Rückforderungsanspruch aus Bereicherung zubilligen, wenn der Beförderer den freigewordenen Platz bei voll ausgebuchtem Schiff anderweitig belegt.

45 Das gilt gleichermaßen für den Fall, daß der Reisende die Abfahrt des Schiffes versäumt hat. Allerdings ist der Beförderer entgegen § 649 BGB nicht verpflichtet, den Platz anderweitig zu vergeben; denn solange der Passagier nicht zurückgetreten ist, muß der Beförderer immer damit rechnen, daß der Passagier das Schiff mit einem schnelleren Verkehrsmittel einholt.

46 Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung vom 19. 6. 1964, BGBl. I S. 370 in der Fassung vom 28. 11. 1968, BGBl. I S. 1263.

nöse Konkurrenz vorbeugen. Die Preisbildung in der See- und Binnenschifffahrt steht nicht einmal insoweit unter öffentlicher Überwachung. Der Gedanke der fehlenden Vertrauensinvestitionen und der Praktikabilität allein vermag aber eine so weit reichende Verdrängung des rechtsethischen Wertes der Vertragsbindung nicht zu rechtfertigen. Wenn heute im Linienverkehr der IATA-Luftverkehrsgesellschaften trotzdem das freie Rücktrittsrecht praktiziert wird, so zeigt das nur, daß die Luftverkehrsunternehmen im Interesse ihres Kundenkreises, der in besonders starkem Maße zu Umdispositionen gezwungen ist, auf den vollen Schutz der Vertragsbindung zu verzichten bereit sind.

3. Desgleichen scheidet eine Analogie zu § 667 Abs. 1 1. Alt. HGB⁴⁷ aus. Die starre, primär an praktischen Erfahrungssätzen orientierte Regel läßt vor allem im Hinblick auf den festen Prozentsatz der Entgeltsminderung keine verallgemeinerungsfähige Rechtswertung erkennen, die auf die Verhältnisse im Luftverkehr und der Binnenschifffahrt, wo die Quote der anrechnungspflichtigen, anderweitigen Vorteile ganz anders liegen kann, übertragbar⁴⁸ wäre.

IV.

1. Von dieser Grundlage aus läßt sich nun der Spielraum festlegen, der den Aufstellern von AGB⁴⁹ in dem nicht vom Gedanken der Daseinsvorsorge beherrschten Verkehr einzuräumen ist. Den Eisenbahnen und den Trägern des Straßenbahn-, Obus- sowie Kraftfahrzeuglinienverkehrs ist in dem Bereich des Rücktritts die Errichtung von AGB wegen der zwingenden Natur der EVO und der LVerkVO⁵⁰ ohnehin verwehrt.

2. In Betracht kommen mithin nur die AGB der Schifffahrtsunternehmen sowie die AGB im Luft- und sonstigem Kraftfahrzeugverkehr. Dort ist bei der Regelung der Rücktrittsfolgen den grundlegenden Wertungen des § 649 BGB Rechnung zu tragen.

a) Das bedeutet zunächst, daß der Rücktritt vom Transportvertrag nicht ganz untersagt werden kann, etwa um unter allen Umständen den vollen Anspruch auf das Transportentgelt zu sichern. Es ist kaum vorstellbar, daß ein Personenbeförderungsunternehmen, das sein Rechtsverhältnis zu seinen Kunden durch AGB regeln will und daher aller Wahrscheinlichkeit nach ein Massengeschäft betreibt, ein besonderes Interesse an der Durchführung der Reise hat. Allenfalls bei Reisen, bei denen der gesellschaftliche Kontakt eine zentrale Rolle spielt, mag der Wunsch nach einer Sicherung des „good will“ für eine möglichst volle Belegung der Plätze sprechen. Das allein reicht jedoch nicht aus, um dem Reisenden den Antritt einer für ihn sinnlos gewordenen Reise zuzumuten. Zwar wäre der Passagier auch bei Ausschluß des Rücktrittsrechtes keinesfalls verpflichtet, die Reise anzutreten, doch müßte er befürchten, daß ihm aus dem Annahmeverzug gravierende Rechtsnachteile entstehen, er zumindest aber seiner Verpflichtung zur Zahlung des Entgelts voll nachkommen müßte.

b) Deshalb darf ihm auch der Rücktritt nicht durch einen Ausschluß der infolge des Rücktritts anfallenden Einsparungen und sonstigen Vorteile unangemessen erschwert werden, wie der BGH⁵¹ — in einem Parallelfall zu § 627 BGB — moniert hatte. Vor allem aber darf nicht der für Austauschverträge grundlegende Gerechtigkeitswert der subjektiven Äquivalenz⁵², der sich in der Anrechnungspflicht des § 649 BGB widerspiegelt⁵³, beiseite geschoben und der Rücktritt zu einer Bereicherung ausgenutzt werden.

Das heißt nicht, daß eine Pauschalierung durch AGB ganz unzulässig wäre. Vielmehr wird man sie grundsätzlich unbeschränkt gestatten müssen⁵⁴. Freilich dürfen die Pauschalsätze nicht willkürlich festgelegt werden, sondern müssen den typischen Einsparungen entsprechen. Dabei darf die Generalisierung nicht wichtige Unterschiede zwischen verschiedenen Personengruppen einebnen. Dies hat erst jüngst der BGH im „Pockenimpf-Fall“⁵⁵ hervorgehoben, wo er für den Fall des Rücktritts vom Reisevertrag infolge höherer Gewalt eine Differenzierung zwischen dem Rücktritt während der Hochsaison und in der Nachsaison forderte. Dementsprechend wird beim Beförderungsvertrag der Unternehmer, dessen Transportmittel üblicherweise weit im voraus ausgelastet werden, den Zeitpunkt der Absage berücksichtigen müssen.

Ist das Transportmittel aber in der Regel nicht voll besetzt und sind die variablen, für den einzelnen Reisenden bestimmten Aufwendungen gering, wie es für den Ausflugsverkehr

typisch ist, so kann ein Erstattungsverfahren unverhältnismäßige Kosten verursachen, die letztlich doch wieder auf alle Reisenden abgewälzt werden. Nur in diesen Fällen erscheint im Gegensatz zu vielen Beförderungsbedingungen⁵⁶ ein Ausschluß der Anrechnung durch AGB gerechtfertigt.

c) Andererseits kann natürlich von der pauschalierenden Minderung des Entgelts in der Seeschifffahrt (§ 667 Abs. 1 HGB) jederzeit zu einer konkreten Berechnung der anrechnungspflichtigen Vorteile übergegangen werden. Auch einer Pauschalierung, die von dem in § 667 Abs. 1 HGB festgesetzten Wert abweicht, erregt keine Bedenken, wenn sie sich nur nicht willkürlicher Annahmen bedient, sondern sich auf beweiskräftige Kostenanalysen und Statistiken stützt.

d) Dagegen wird man eine Stornogebühr, die neben den individuellen Vorteilsausgleich tritt⁵⁷, nur in engen Grenzen hinnehmen dürfen. Mit einer derartigen Stornogebühr können mehrere Zwecke verfolgt werden. Einmal könnte sie den durch den Rücktritt veranlaßten erhöhten Aufwand abgelden, zum zweiten jedoch auch Abschreckungsfunktionen übernehmen. Letzteres widerspricht aber klar der Wertung des § 649 BGB, der die absolute Vertragstreue dem Bedürfnis nach Bewegungsfreiheit opferte. Eher scheint schon ein Ausgleich der Kosten angemessen, die die Erstattung und das erneute geschäftliche Engagement mit sich bringen. Als Begründung könnte man dafür etwa anführen, daß der Geschäftsapparat infolge des Rücktritts erneut habe tätig werden müssen. Soweit damit ausscheidbare, variable Kosten erfaßt werden sollen, wird der durch die Besetzung des frei gewordenen Platzes erzielte Vorteil in der Tat greifbar gemindert. Eine bedeutende Rolle werden diese Kosten indessen kaum jemals spielen. Die Stornogebühr wird deshalb schon eher auf die Gemeinkosten der Geschäftsorganisation gestützt werden müssen. Da diese Kosten aber ohnehin ständig anfallen, wäre ihre Abwälzung mit der Liquidation ideellen Schadens vergleichbar, der nach der grundlegenden Wertung des § 253 BGB dem Geschädigten zur Last fällt. Es besteht kein Anlaß, den Beförderungsunternehmen zusätzliche Gewinnmöglichkeiten zu eröffnen. Allenfalls könnte man zur Rechtfertigung der Stornogebühr eine Parallele zur abstrakten Schadensberechnung⁵⁸ ziehen, die in der Regel einen Ersatz der anteiligen Gemeinkosten⁵⁹ in Form der ungeschmälernten Gewinnspanne ermöglicht, — womit man aber doch letztlich wieder mit der Wertung des § 649 BGB in Konflikt geraten würde, der zur Erleichterung des Rücktritts eine schadensersatzrechtliche Abwicklung ausdrücklich abgelehnt⁶⁰ und eine konkrete Vorteilsausgleichung vorgeschrieben hat. Man wird somit nur, soweit variable Zusatzkosten abgewälzt werden sollen, eine Ausnahme von der grundsätzlichen Mißbilligung der Stornogebührenklausel in AGB zulassen dürfen.

47 „Vorsichtige Analogie zu den §§ 664 ff. HGB“ schlägt Rudolf. ZI.W 1969 S. 90, 93, vor. Ebenso wohl Hofmann, LuftverkehrsG, a.a.O. (Fußnote 5), § 44 Anm. 3 a. E.

48 Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 175.

49 Allgemeine Geschäftsbedingungen.

50 Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 LVerkVO; ferner Loh, BB 1970 S. 1017, 1021.

51 Vgl. BGH, 4. 6. 1970, BB 1970 S. 986, zu § 17 Abs. 1 der Allgemeinen Gebührenordnung für die wirtschaftsprüfenden, sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe, die vorsah, daß bei vorzeitiger Beendigung ohne berechtigten Grund ohne Rücksicht auf die tatsächlich erbrachten Leistungen das volle Entgelt geschuldet werde.

52 Das stellt auch der BGH, 4. 6. 1970, BB 1970 S. 986, in dem Parallelfall zur AllGO in den Vordergrund.

53 Vgl. auch BAG, AP Nr. 24 zu § 615 BGB mit zustimmender Anmerkung von A. Hueck.

54 Vgl. BGH, 4. 6. 1970, BB 1970 S. 986; vgl. zum Parallelproblem der Pauschalierung des Schadensersatzes Lindacher, Phänomenologie der „Vertragsstrafe“, 1972 S. 168 ff.

55 BGH, 30. 11. 1972, BB 1973 S. 261 = NJW 1973 S. 318, 320; vgl. dazu auch Medicus, JZ 1973 S. 371.

56 Vgl. Prüssmann, Seehandelsrecht, a.a.O. (Fußnote 6), § 667 Anm. 2.

57 In den AGB der „Italian Line“ heißt es beispielsweise: „Wenn vor der Abfahrt des Schiffes der Passagier beabsichtigt, den Passagiervertrag rückgängig zu machen, wird die Gesellschaft sich . . . bemühen, die von diesem Vertrag beinhaltet Unterbringung zu verkaufen. Im Fall des Verkaufs wird (sie) . . . den eingezahlten Betrag abzüglich 10 % Stornierungskosten zurückerstatten.“

58 Vgl. Steindorff, JZ 1961 S. 12, 14.

59 Vgl. auch OLG Stuttgart, Recht 1912 Nr. 3345, das einen Ersatz dieser Aufwendungen abgelehnt hat. Zustimmend Soergel/Ballerstedt, BGB, § 649 Anm. 4.

60 Motive, a.a.O., Bd. II S. 503. Vgl. ferner Staudinger/Riedel, BGB, § 649 Anm. 5; Soergel/Ballerstedt, BGB, § 649 Anm. 4; kritisch Esser, Schuldrecht II, 4. Aufl. 1971, § 80 III 1, der aber betont, daß das Gesetz den Interessen des Bestellers den Vorrang eingeräumt habe. Eine andere Lösung hätte das Risiko des Rücktritts unberücksichtigt werden lassen.