

MEMORANDUM

An: topbonus Ltd.

Von: Dentons Europe LLP

Datum: 5. Februar 2018

Betreff: **Zum Umfang möglicher Schadensersatzansprüche von topbonus Kunden wegen nicht mehr einlösbarer Meilenguthaben**

Gliederung

- A. Sachverhalt..... 2
- B. Fragestellung / Prüfungsumfang / Haftungsausschluss..... 2
- C. Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse 3
- D. Rechtliche Bewertung 4
 - I. Rechtsnatur und Inhalt der Meilenguthaben 4
 - II. Anspruch dem Grunde nach 4
 - III. Wert der Meilenguthaben 5
 - 1. Prämie als Wertmaßstab 5
 - 2. Prämienleistungen nach Art und Wert 6
 - 3. Für die Bestimmung des Schadens relevante Prämie 8
 - 4. Kein Schwellenwert 11
 - 5. Exkurs: Statusmeilen 12

Dentons ist ein weltweiter Zusammenschluss von Anwaltskanzleien in einem Verein schweizerischen Rechts mit dem Namen Dentons Group (a Swiss Verein). Dieser Verein erbringt selbst keine rechtlichen oder sonstigen Beratungsleistungen. Eine der Mitgliedsgesellschaften ist die Dentons Europe LLP. Die Mitgliedsgesellschaften und die mit ihnen verbundenen Unternehmen sind voneinander getrennte, rechtlich unabhängige Einheiten, die für ihre Mandanten weltweit Beratungsleistungen erbringen.

Die Dentons Europe LLP ist eine Limited Liability Partnership (Partnerschaft mit auf das Gesellschaftsvermögen beschränkter Haftung), die in England und Wales unter der Registernummer OC 316822 eingetragen ist. Eine Liste der Mitglieder kann am Sitz der Gesellschaft, One Fleet Place, London EC4P 4GD, England, eingesehen werden. Ergänzend verweisen wir auf die rechtlichen Hinweise (Legal Notices) auf dentons.com.

A. Sachverhalt

Die topbonus Ltd., Zweigniederlassung Berlin, Saatwinkler Damm 42-43, 13627 Berlin („**topbonus**“ oder „**Gesellschaft**“) betreibt das Kundenbindungsprogramm „topbonus“. Durch die Teilnahme an diesem Programm hat der jeweilige Kunde („**topbonus-Teilnehmer**“ oder „**Gläubiger**“) die Möglichkeit, sog. Prämien- und Statusmeilen auf seinem Meilenkonto gutschreiben zu lassen. Grundlage hierfür sind die topbonus Teilnahmebedingungen in der jeweils gültigen Fassung, zuletzt geändert am 24. Mai 2017 („**Teilnahmebedingungen**“).

Prämienmeilen (nachfolgend auch: „**Meilen**“) wurden dem entsprechenden Meilenkonto gutgeschrieben, wenn der topbonus-Teilnehmer die Leistung eines Partners von topbonus („**topbonus-Partner**“) in Anspruch nahm. Prämienmeilen konnten nach den Teilnahmebedingungen ab einem bestimmten Meilenstand in Flugprämien aus dem topbonus Programm (Prämienflüge, Upgrades, Companion Tickets) sowie für Produkte, Dienstleistungen und Gutscheine bestimmter topbonus-Partner eingelöst werden.

Statusmeilen für Flüge mit topbonus-Partnern wurden nur gutgeschrieben, wenn dies explizit so vorgesehen war. Durch Statusmeilen erhielt der Kunde verschiedene Statusvorteile (z.B. Lounge-Zugang, Priority Services, kostenfreie Sitzplatzreservierung, etc.).

Nicht eingelöste Prämienmeilen verfallen nach einem Zeitraum von 36 Monaten am Ende des Quartals, in dem sie gesammelt worden sind. Statusmeilen verfallen 12 Monate nach Inanspruchnahme der Leistung, die zur Statusmeilengutschrift führte.

Weitere Einzelheiten zum Sammeln von Prämien- bzw. Statusmeilen bzw. dem Einlösen von Prämienmeilen sind in den Teilnahmebedingungen geregelt. Das topbonus Meilenkonto und das Prämien- bzw. Statusmeilenguthaben auf einem solchen Meilenkonto sind nicht übertragbar und können nicht in Bargeld umgerechnet oder ausgezahlt werden.

Aufgrund des Insolvenzantrags der Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG („**Air Berlin**“) hatte topbonus das Einlösen gesammelter Meilen für Flüge der Air Berlin sowie weiterer topbonus-Partner am 15. August 2017 zunächst eingestellt. Seit dem 19. August 2017 war auch das Meilensammeln nicht mehr möglich. Im Anschluss wurde das Meilensammeln sowie Einlösen gesammelter Meilen über das im Auftrag von topbonus betriebene Internet-Portal in eingeschränktem Umfang fortgesetzt. Die Einstellung des Internet-Portals wird voraussichtlich im April 2018 erfolgen.¹

B. Fragestellung / Prüfungsumfang / Haftungsausschluss

Gegenstand dieses Gutachtens ist zu prüfen, ob den topbonus-Teilnehmern gegen topbonus dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch für die von ihnen nicht mehr in Prämien einlösbaren Meilen zusteht und welche Höhe dieser Anspruch hat.

¹ Aktuell können die topbonus-Teilnehmer wieder Meilen auf Etihad Flügen und bei einigen anderen topbonus-Partnern sammeln. Ferner können alle topbonus-Teilnehmer ihre Meilen wieder in einem neuen, von Loylogic Inc. betriebenen Pop-up Shop gegen Sachprämien und Gutscheine für Dienstleistungsprämien einlösen. Diese Bedingungen sollen im Rahmen dieses Gutachtens unberücksichtigt bleiben.

Zu diesem Zweck sollen nachfolgend die rechtlichen Grundlagen zur Bestimmung des Werts der nicht mehr einlösbaren Meilen ermittelt werden. Dieser Meilenwert soll den topbonus-Teilnehmern dabei helfen abschätzen zu können, in welchem Umfang sie im Insolvenzverfahren über das Vermögen von topbonus Schadensersatzansprüche geltend machen können. Auf diese Weise soll eine Gleichbehandlung aller Gläubiger in dem Insolvenzverfahren gewährleistet werden. Aus dieser Zielrichtung folgt, dass individuelle Schadensersatzansprüche einzelner topbonus-Teilnehmer nicht untersucht werden.

Bei der Wertermittlung soll auf den Zeitpunkt abgestellt werden, in welchem das Meilenprogramm noch in vollem Umfang verfügbar war. Die Untersuchung beruht auf historischen Daten, die nur zum Teil rekonstruierbar sind. Die historischen Flugpreise für die relevanten Flugsegmente sowie Wertansätze bei Sachprämien und Prämiegutscheinen wurden uns von der Gesellschaft zur Verfügung gestellt. Bei dem in diesem Gutachten ermittelten Meilenwert handelt es sich um einen Näherungswert unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Gläubiger.

Schwerpunkt des Gutachtens ist die Bestimmung des Wertes von Prämienmeilen. Soweit es um Statusmeilen geht, beschränkt sich das Gutachten auf den Nachweis, dass diese Meilen keinen in Geld bezifferbaren Wert haben.

Das vorliegende Gutachten ist nach geltendem deutschen Recht (unter Ausschluss des internationalen Privatrechts) ausschließlich für topbonus erstellt. topbonus ist berechtigt, dieses Gutachten den Gläubigern der Gesellschaft zu Informationszwecken zur Verfügung zu stellen. Dentons Europe LLP sowie unsere Partner und Mitarbeiter übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit und/oder Vollständigkeit des vorliegenden Gutachtens gegenüber den Gläubigern. Etwaige Ansprüche wegen vorsätzlichen Verhaltens, die nach zwingenden gesetzlichen Vorschriften nicht ausgeschlossen werden können, bleiben hiervon unberührt. Die Gläubiger sind zu verpflichten, den Inhalt dieses Gutachtens bzw. jegliche Auszüge daraus vertraulich zu behandeln und nicht ohne die vorherige schriftliche Zustimmung von Dentons Europe LLP Dritten gegenüber offenzulegen.

C. Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse

- Die gesammelten Meilen sind nicht in bar auszahlfar und nicht übertragbar. Den topbonus-Teilnehmern stehen jedoch gegen topbonus Schadensersatzansprüche in Höhe des Wertes ihrer nicht mehr einlösbaren Meilen zu.
- Der Wert einer Meile bestimmt sich grundsätzlich nach dem durchschnittlichen Wert der Prämie, in welche die Meile typischerweise eingelöst werden konnte. Maßgeblich ist dabei der Wert, den die Prämie in dem Zeitpunkt hatte, in dem die Meilen der topbonus-Teilnehmer nicht mehr eingelöst werden konnten.
- Zur Bestimmung des potentiellen Schadens kann jedoch aufgrund der eingeschränkten Verfügbarkeit der Prämien nicht allein von dem Wert der Prämie mit dem besten Euro-Meilen-Wert ausgegangen werden, sondern es ist der Wert der Prämie zugrunde zu legen, deren Einlösung am wahrscheinlichsten war. Dies waren die Sachprämien,

welche ggf. auch durch Zuzahlung erlangt werden konnten. Daraus ergibt sich ein Meilenwert von **0,36 Eurocent** je Prämienmeile.

- Ein Schwellenwert findet keine Anwendung, da durch Meilenguthaben unterhalb der günstigsten Prämie der topbonus-Teilnehmer zumindest eine Anwartschaft erworben hat. Deren Wert bestimmt sich nach dem entsprechenden Meilenwert.
- Der Wegfall der Statusmeilen stellt keinen ersatzfähigen Schaden dar.

D. Rechtliche Bewertung

I. Rechtsnatur und Inhalt der Meilenguthaben

Nach den Teilnahmebedingungen handelt es sich bei den gesammelten Meilen um Gutschriften. Die Meilen werden den topbonus-Teilnehmern auf einem sog. Meilenkonto gutgeschrieben, wenn diese die Leistung eines topbonus-Partners in Anspruch nehmen und ihre Meilensammelberechtigung ausüben. Diese Gutschrift können die topbonus-Teilnehmer bei den topbonus-Partnern in Prämien einlösen. Die Meilengutschrift ist gemäß Ziff. 2.1. Abs. 3 Satz 1 der Teilnahmebedingungen nicht übertragbar und kann nicht in Bargeld umgerechnet oder ausgezahlt werden.

Die Rechtsprechung ordnet Meilengutschriften in Kundenbindungsprogrammen als Rückvergütungen ein, die nicht in bar auszahlabar, sondern nur auf den Preis für die in Anspruch genommene Prämie anrechenbar sind.² Dem folgt auch die Fachliteratur. Danach ist die Meilengutschrift ein abstraktes Schuldversprechen i. S. d. §§ 780, 781 BGB des Anbieters des Meilen-Programms, welches der Meilenprogramm-Teilnehmer mit der von ihm gewählten Prämie verrechnen kann.³

topbonus ist als Programmanbieterin verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der topbonus-Teilnehmer die Meilengutschrift bei den topbonus-Partnern in eine Prämie einlösen kann. Dies ergibt die Auslegung der Regelungen in Ziff. 2.4. Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 der Teilnahmebedingungen, die implizit davon ausgehen, dass topbonus für die Einlösemöglichkeit sorgt. Die Pflicht steht unter dem Vorbehalt, dass die entsprechende Prämie verfügbar ist. Wenn das der Fall ist und der topbonus-Teilnehmer seine Meilen in die Prämie einlöst, vergütet topbonus dem topbonus-Partner die vom topbonus-Teilnehmer gewählte Prämie. Hierauf richtet sich der Anspruch des topbonus-Teilnehmers.

II. Anspruch dem Grunde nach

Jedem topbonus-Teilnehmer steht gegen topbonus dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1, 2 Alt. 1 bzw. 283 S. 1 BGB in Höhe des Wertes seines nicht mehr einlösbaren Meilenguthabens zu.

² BGH, Urteil vom 28. Januar 2010 – Xa ZR 37/09, NJW 2010, 2046 (2047).

³ Vgl. *Lehmann-Richter*, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 39. EL Mai 2017, Abonnementvertrag, Rn. 4, 22-24 m. w. N.; Anm. *Lehmann-Richter* zu OLG Köln, Urteil vom 8. Januar 2013 – 15 U 45/12, NJW 2013, 1454.

topbonus war gegenüber den topbonus-Teilnehmern vertraglich verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die topbonus-Teilnehmer bei den topbonus-Partnern Meilen in Prämien umtauschen und sich auf diese Weise eine Prämie verschaffen können. Diese Pflicht hat topbonus schuldhaft verletzt, sofern das Internet-Portal eingestellt wurde und damit auch die Einlösemöglichkeit in Sachprämien entfiel. Dem steht nicht entgegen, dass topbonus gemäß Ziff. 2.4 Abs. 2 Satz 2 sowie Ziff. 2.4. Abs. 1 Satz 3 der Teilnahmebedingungen die Prämien nur unter dem Vorbehalt der Verfügbarkeit angeboten hatte. Denn diese Beschränkung bezieht sich nicht auf eine dauerhafte Einstellung der Einlösemöglichkeit an sich, sondern nur auf die Verfügbarkeit bestimmter Prämienarten. Hinsichtlich der Einlösemöglichkeit in Flugprämien ist topbonus keine Pflichtverletzung vorzuwerfen, da Air Berlin aufgrund der Insolvenzantragstellung keine Flugprämien mehr anbot und damit ein Einlösen unmöglich war.

Dem Schadensersatzanspruch steht auch nicht der Haftungsausschluss nach Ziff. 4.4 Satz 2 der Teilnahmebedingungen entgegen, da die Einstellung des Internet-Portals willentlich erfolgte. Die Einstellung des Prämienprogramms stellt die Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht dar. Wird eine derartige Pflicht verletzt, umfasst die Haftung der Höhe nach alle Sach- und Vermögensschäden, die einen vorhersehbaren, typischerweise eintretenden Schaden darstellen. Im vorliegenden Fall liegt ein solcher Schaden in dem Wertverlust für die dem Meilenkonto gutgeschriebenen, aber nicht mehr einlösbaren Meilen.

Wie hoch der zu ersetzende Schaden im Einzelfall ist, bestimmt sich nach der Anzahl der Meilen des jeweiligen topbonus-Teilnehmers sowie dem Wert je Meile.

III. Wert der Meilenguthaben

1. Prämie als Wertmaßstab

Die Meilenguthaben konnten nur in die von topbonus über das Internet-Portal angebotenen Prämien der topbonus-Partner eingetauscht werden. Der Wert einer Meile bestimmt sich daher in erster Linie nach dem Wert der Prämien, für die sie eingelöst werden konnten. Diesen Maßstab legt auch die Rechtsprechung in Entscheidungen an, die sich mit dem Wert von Bonusmeilen befassen.⁴

Ein ähnlicher Bewertungsmaßstab folgt auch aus der steuerrechtlichen Einordnung nach § 37a Abs. 1 Satz 2 EStG i.V. m. § 8 Abs. 2 Satz 1 EStG für den Fall der tatsächlichen Einlösung in Prämien. Hiernach ist die Bemessungsgrundlage für die pauschale Einkommensteuer der gesamte Wert der Prämien, die dem Steuerpflichtigen zufließen. Diese Prämien sind als nicht entgeltliche Einnahmen mit den üblichen Endpreisen am Abgabeort, abzüglich den üblichen Preisnachlässen, anzusetzen. Entscheidend ist danach gemäß Abschnitt 8.1 Abs. 2 LStR 2015 der Preis, der im allgemeinen Geschäftsverkehr von Letztverbrauchern in der Mehrzahl der Verkaufsfälle am Abgabeort für gleichartige Waren oder Dienstleistungen tatsächlich gezahlt wird.

⁴ OLG Köln, Urteil vom 8. Januar 2013 – 15 U 45/12, NJW 2013, 1454 (1456).

Die Ansprüche der topbonus-Teilnehmer wegen der von ihnen nicht mehr einlösbaren Meilenguthaben sind bezifferbare Schadensersatzansprüche nach §§ 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1, 2 Alt. 1 BGB. Zur Bestimmung der Höhe des Schadenersatzanspruchs ist auf den Zeitpunkt vor dem 15. August 2017 abzustellen, da zu diesem Zeitpunkt das Meilenprogramm letztmalig in vollem Umfang verfügbar war.

2. Prämienleistungen nach Art und Wert

Der Wert einer Prämienmeile schwankt in Abhängigkeit von der Art und damit dem Wert der Prämie, in welche die Prämienmeile eingelöst werden kann. Prämien können dabei Flugprämien oder Upgrades oder der Erwerb von Produkten oder Dienstleistungen von topbonus-Partnern sein. Der Preis in Meilen für einen Prämienflug bestimmt sich gemäß Ziff. 2.4.1. Abs. 1 Satz 2 der Teilnahmebedingungen nach der Prämientabelle von Air Berlin bzw. einer anderen Partnerairline von topbonus. Sachleistungen und Gutscheine für Dienstleistungen werden nach Ziff. 2.4. Abs. 2 Satz 1 der Teilnahmebedingungen von den topbonus-Partnern nach deren Geschäfts- und Lieferbedingungen selbstständig angeboten.

a) Flugleistungen

Der Wert einer Flugprämie entspricht dem Flugpreis, den ein topbonus-Teilnehmer Mitte August 2017 für einen in der Zukunft liegenden Flug hätte zahlen müssen, sofern dieses Flugsegment als Prämienflug verfügbar gewesen wäre. Welchen Wert die für diesen Flug aufgewendeten Meilen haben, hängt davon ab, ob der topbonus-Teilnehmer seine Meilen für einen Freiflug, für einen Prämienflug oder einen Companion Flug einsetzte. Grund ist, dass die Anzahl der einzusetzenden Meilen je Flug nach dem gewählten Prämiensegment schwankt. Ferner ist zu beachten, dass die tatsächlichen Marktpreise für Flüge ihrerseits abhängig vom Buchungszeitpunkt sind.

Der Wert der für eine bestimmte Flugleistung aufzuwendenden Meile entspricht dem Quotienten aus dem durchschnittlichen Marktpreis des entsprechenden Fluges und der Anzahl der erforderlichen Meilen (Flugpreis pro Meile).

aa) Freiflug (inklusive Steuern, Gebühren und Kerosinzuschlag)

Ein Freiflug ist ein Prämienflug, bei dem der gesamte Flugpreis inklusive Steuern, Gebühren und Kerosinzuschlag mit Prämienmeilen beglichen wird. Steuern im vorgenannten Sinne sind die von dem topbonus-Partner zu zahlenden Steuern (Luftverkehrssteuer etc.). Gebühren sind die von dem topbonus-Partner zu zahlenden Gebühren wie z. B. die Start- und Landgebühr etc.

Der Wert einer für einen Freiflug eingesetzten Prämienmeile betrug demnach entsprechend den Angaben der Gesellschaft mindestens ca. **0,38 Eurocent**.

bb) Prämienflug (exklusive Steuern, Gebühren und Kerosinzuschlag)

Bei einem Prämienflug wird der Flugpreis exklusive Steuern, Gebühren und Kerosinzuschlag mit Prämienmeilen beglichen. Der Wert einer Prämienflug-Meile lässt sich dadurch ermitteln, dass man den Quotienten aus dem durchschnittlichen Marktpreis dieses Fluges (abzüglich der anteiligen Aufwendungen für Steuern, Gebühren und Kerosin) in Euro und dem Preis dieses Fluges in Meilen bildet.

Der Wert einer für einen Prämienflug eingesetzten Prämienmeile lag nach Angaben der Gesellschaft bei mindestens ca. **0,41 Eurocent**.

cc) Companion-Flug

Bei Companion-Flügen zahlt der topbonus-Teilnehmer, welcher einen Freiflug oder Prämienflug in der Economy Class gebucht hat, für eine Begleitperson 50 % des Meilenpreises, den er selbst für das Flugticket aufwenden musste, exklusive Steuern, Gebühren und Kerosin. Dabei konnte der Companion-Flug nur zusammen mit einem Flug in der Economy Class gebucht werden.

Der Wert einer Flugprämie für einen Companion-Flug entspricht ebenfalls dem Flugpreis eines vor dem 15. August 2017 gebuchten Fluges. Der Wert einer Companion-Flugmeile lässt sich dadurch ermitteln, dass man den Quotienten aus dem Preis dieses Fluges (exklusive Steuern, Gebühren und Kerosin) in Euro und dem Preis dieses Fluges in Meilen (hier also der um 50 % geminderte Meileneinsatz aus dem Ticket für den Flug) bildet. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass bei Verwendung eines Meilenguthabens für einen Companion-Flug stets auch ein entsprechender Flug als Hauptflug gebucht werden musste. Daher kann nicht allein auf den Wert der für den Companion-Flug eingesetzten Meilen abgestellt werden, sondern es ist der Einsatz von Meilen für den Hauptflug zu berücksichtigen. Dazu ist die Summe des Marktpreises für beide Flüge durch die Summe des für den Hauptflug und für den Prämienflug eingesetzten Meilenguthabens zu teilen.

Der Wert einer für einen Companion-Flug (zusammen mit Hauptflug) eingesetzten Prämienmeile betrug nach Angaben der Gesellschaft mindestens ca. **0,54 Eurocent**.

b) Upgrades für Flugleistungen

Gemäß Ziff. 2.4.3. Satz 1 der Teilnahmebedingungen berechtigen Upgrade-Prämien zum Flug in einer anderen Flugklasse. Ein Upgrade gibt es gemäß Ziff. 2.4.3. Satz 2 der Teilnahmebedingungen nur für ein Economy Class Flugticket für Langstreckenflüge (FlyDeal, FlyClassic oder FlyFlex) oder für ein bestätigtes Prämienflugticket. Für den Erwerb eines Flug-Updates musste der topbonus-Teilnehmer einen Economy-Flug oder einen Prämienflug buchen; nach Bestätigung dieser Buchung konnte er per Telefon ein Upgrade bestellen. Der Wert einer Upgrade-Prämie entspricht somit der Differenz aus dem Preis eines Fluges, der in dem betreffenden Flugsegment vor dem 15. August 2017 in der Business Class gebucht wird und dem Preis eines Fluges, der in demselben Flugsegment in der Economy Class gebucht

wird. Teilt man diesen Betrag durch die für den Erwerb für diesen Flug aufgewendeten Meilen, erhält man den in Euro ausgedrückten Wert pro Prämienmeile.

In Bezug auf für Upgrades eingesetzte Prämienmeilen betrug deren Wert nach Angaben der Gesellschaft mindestens ca. **0,42 Eurocent**.

c) Sachprämien und Prämiegutscheine für Dienstleistungen und Vouchers

Nach Ziff. 2.4. Abs. 2 S. 1 der Teilnahmebedingungen konnten die Prämienmeilen auch zum Kauf von Produkten und Gutscheinen für Dienstleistungen von topbonus-Partnern eingelöst werden. Diese Prämien konnte der topbonus-Teilnehmer über das von topbonus betriebene Internet-Portal erwerben.⁵

Der Wert einer Sachprämie entspricht dem zum Einstellungszeitpunkt geltenden Wert der in dem Internet-Portal angebotenen Sachprämie, für die der topbonus-Teilnehmer seine Meilen einlösen konnte. Der Wert der für die Sachprämie aufgewendeten Meilen entspricht dem Quotienten aus dem Kaufpreis der zur Einlösung angebotenen Sache und dem eingesetzten Meilenguthaben. Dabei war es den topbonus-Teilnehmern möglich, bei nicht ausreichendem Meilenguthaben eine Zuzahlung in Euro zu erbringen. Hierdurch war faktisch eine hohe Verfügbarkeit der Sachprämien gegeben. Die erforderliche Zuzahlung betrug nach Angaben der Gesellschaft 0,36 Eurocent pro fehlender Meile. Somit beträgt der Wert einer für eine Sachprämie eingesetzten Prämienmeile **0,36 Eurocent**.

Ein topbonus-Teilnehmer konnte seine Prämienmeilen auch in Gutscheine für Dienstleistungen von topbonus-Partnern einlösen oder in Vouchers, die bei www.amazon.de in Produkte einlösbar waren (amazon-Voucher). Diese Gutscheine konnte er dann anteilig auf die Vergütung für eine von ihm in Anspruch genommene Dienstleistung oder das von ihm bei www.amazon.de gekaufte Produkt anrechnen lassen. Wenn Meilen in Gutscheine eingelöst wurden, wurde nach Angaben der Gesellschaft regelmäßig ein Wert von 0,36 Eurocent pro Meile zugrunde gelegt, bei amazon-Vouchers 0,31 Eurocent.

3. Für die Bestimmung des Schadens relevante Prämie

a) Feststellung eines Schadens

Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen wird ein Schaden ermittelt, indem der Rechtsgüter- und Vermögenszustand des Geschädigten unter Berücksichtigung des schädigenden Ereignisses festgestellt wird und sodann mit jenem Zustand verglichen wird, in dem das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Besteht zwischen beiden Zuständen eine Differenz, so bildet diese den Schaden ab.⁶

⁵ Aus Ziff. 2.4. Abs. 1 S. 5 der Teilnahmebedingungen folgt, dass Informationen zur Verfügbarkeit der Produkte und der weiteren Prämienleistungen über www.airberlin.com/einloesen einsehbar waren.

⁶ BGH, Urteil vom 19. Mai 2009 – IX ZR 43/08, WM 2009, 1376 (1378); *Oetker*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 19; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. 2015, Vorb. v. §§ 249-253 Rn. 3 ff.

Nach diesem Maßstab wird der Schaden der topbonus-Teilnehmer, die ihre Meilen nicht mehr einlösen konnten, durch die Differenz zwischen der Vermögenslage bei ordnungsgemäßer Erfüllung (Prämienerhalt nach Meileneinlösung) und der tatsächlichen Vermögenslage (Prämienerverlust infolge Nichteinlösbarkeit) ausgedrückt.

b) Konkreter Schaden

Nach den Grundsätzen des Schadensrechts ist ein Schaden grundsätzlich konkret zu ermitteln.⁷ Maßstab ist somit der einzelne topbonus-Teilnehmer und der Schaden, der ihm durch den Verlust der Einlösungsmöglichkeit seiner Meilen im Einzelfall entstanden ist. Dass die Rechtsprechung in einzelnen Entscheidungen zu Bonusprogrammen⁸ auf den typischen Programmkunden abgestellt hat, ist für die Schadensberechnung nicht maßgebend. Denn die betreffenden Urteile befassten sich mit der Auslegung von AGB, die – anders als die individuelle Schadensberechnung – typisierend erfolgt.

Der konkrete Schaden eines topbonus-Teilnehmers ist abhängig vom Wert der Prämie, in die er sein Meilenguthaben nicht mehr einlösen kann. Welchen Wert eine Prämie für den topbonus-Teilnehmer hat, wird durch den Europreis der Prämie pro Meile ausgedrückt. Dieser Preis kann je nach Prämie schwanken. Dies führt zu der Frage, auf welchen Europreis pro Meile im Einzelfall abzustellen ist, für welche Prämienleistung sich also ein topbonus-Teilnehmer entschieden hätte. Die Rechtsprechung hat den Grundsatz formuliert, dass sich der Teilnehmer eines Kundenbindungsprogrammes stets für eine Prämie entscheiden würde, die ihm den höchsten Ertrag bringt.⁹

c) Eingeschränkte Verfügbarkeit

Jedoch ist im Rahmen der schadenersatzrechtlichen Bewertung der Meilenguthaben zu berücksichtigen, dass die vorgenannten Prämien nicht uneingeschränkt zur Verfügung standen. Topbonus hatte gemäß Ziff. 2.4 Abs. 2 Satz 2 sowie Ziff. 2.4. Abs. 1 Satz 3 der Teilnahmebedingungen die Prämien nur unter dem Vorbehalt der Verfügbarkeit angeboten. So war beispielsweise ein Upgrade-Flug nach Nordamerika nur sehr selten buchbar. Gutscheine wurden hingegen sehr häufig angeboten.

Folglich kann bei der Berechnung des Wertes einer Prämienmeile nicht von dem Wert der Prämie mit dem besten Euro-Meilen-Wert ausgegangen werden, sondern von dem Wert der Prämie, deren Einlösung am wahrscheinlichsten war. Denn dies war die Prämie, in welche die Mehrheit der topbonus-Teilnehmer ihre Meilen vor dem 15. August 2017 hätten einlösen können.

⁷ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, Vorb. § 249, Rn. 21; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. 2015, Vorb. §§ 249-253 Rn. 50.

⁸ BGH, Urteil vom 23. Juni 2004 – IV ZR 130/03, NJW 2004, 2589 (2590); BGH, Urteil vom 15. April 2010 – Xa ZR 89/09, NJW 2010, 2942 (2944); OLG Köln, Urteil vom 8. Januar 2013 – 15 U 45/12, NJW 2013, 1454 (1456).

⁹ Diese wirtschaftliche Betrachtung liegt (mittelbar) vor allem OLG Köln, Urteil vom 12. Juni 2013 – 5 U 46/12, juris Rn. 166 ff. zugrunde; siehe auch den 4. Leitsatz der Entscheidung bei BeckRS 2013, 10145.

Alle anderen Prämien können hingegen nicht als Bewertungsmaßstab berücksichtigt werden. Dies folgt bereits aus dem allgemeinen schadensrechtlichen Grundsatz, dass Schäden, deren Eintritt außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt, nicht ersatzfähig sind (Adäquanztheorie).¹⁰

Ob der Eintritt eines Schadens eine nur geringe Wahrscheinlichkeit hatte, ist im Wege einer objektiven nachträglichen Prognose aus Sicht eines optimalen Betrachters zu ermitteln.¹¹ Dabei sind alle Umstände, die zum Schädigungszeitpunkt erkennbar waren, zu berücksichtigen.¹² Im Fall der Prämienmeilen bei topbonus ist dies zum einen die vertragliche Regelung in den Teilnahmebedingungen, welche die Einlösung in Prämien für alle topbonus-Teilnehmer erkennbar dem Vorbehalt der Verfügbarkeit unterwarf. Zum anderen ist dies die hieran anknüpfende tatsächliche Verfügbarkeit der Prämien, die für alle topbonus-Teilnehmer erkennbar schwankte. Diese Umstände legen aus Sicht eines optimalen Betrachters nahe, dass es bei ordnungsgemäßer Bereitstellung der Einlösungsmöglichkeit unwahrscheinlich war, eine nur eingeschränkt verfügbare Prämie zu erwerben.

Danach handelt es sich bei dem Verlust der Möglichkeit, Meilen in eine nur eingeschränkt verfügbare Prämie einlösen zu können, um einen Schaden, der auch bei pflichtgemäßem Alternativerhalten von topbonus eingetreten wäre. Solche Schäden sind regelmäßig nicht ersatzfähig, weil sie nicht vom Schutzzweck der verletzten Pflicht erfasst sind.¹³

Würde man die Prämie mit dem höchsten Europreis pro Meile als Bewertungsgrundlage berücksichtigen, würde dies die topbonus-Teilnehmer als Geschädigte bevorteilen, weil damit der Verlust einer Chance in Geld ersetzt würde. Das aber widerspricht dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot¹⁴ und dem Grundsatz, dass der bloße Verlust einer Chance nicht ersatzfähig ist.¹⁵ Auch aufgrund des insolvenzrechtlichen Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gläubiger scheint es geboten, auf den Wert der Prämienleistung abzustellen, welche mit hoher Wahrscheinlichkeit verfügbar war und somit hätte von jedem topbonus-Teilnehmer in Anspruch genommen werden können. Dies waren die Sachprämien, welche ggf. auch durch Zuzahlung erlangt werden konnten. Wie dargestellt betrug der Meilenwert bei diesen 0,36 Eurocent pro eingesetzter Prämienmeile.

d) Vergleichsbetrachtung

Als weiteren Indikator für den Meilenwert kann auch auf den Verrechnungspreis abgestellt werden, der zwischen topbonus und dem betreffenden topbonus-Partner für die Einlösung von Meilenguthaben vereinbart war. Denn dieser war konstant und unabhängig von der Verfügbarkeit der Prämie.

¹⁰ Allgemein hierzu: BGH, Urteil vom 11. Januar 2005 – X ZR 163/02, NJW 2005, 1420 (1421); *Flume*, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 43. Edition, Stand: 15.06.2017, § 249 Rn. 52.

¹¹ OLG Hamm, Urteil vom 7. November 2012 – I-30 U 80/11, NJW-RR 2013, 349 (350).

¹² Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, Vorb. v. § 249, Rn. 27 m. W. n.

¹³ BGH, Urteil vom 9. März 2012 – V ZR 156/11, NJW 2012, 2022 (2023).

¹⁴ Zu diesem Grundsatz: *Flume*, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 43. Edition, Stand: 15.06.2017, § 249 Rn. 52 m. w. N.

¹⁵ Dazu, dass Chancen schadensrechtlich nicht berücksichtigungsfähig sind: *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, Vorb. v. § 249 Rn. 53.

Als Grundsatz ist im Schadensrecht anerkannt, Schäden und schadensmindernde Faktoren mit Hilfe von Vergleichsgruppen zu ermitteln.¹⁶ Als Vergleichsgruppe kann der im Innverhältnis zwischen topbonus und dem topbonus-Partner festgelegte Verrechnungspreis pro Meile herangezogen werden. Denn aus dem Umstand, dass der topbonus-Partner den von topbonus gezahlten Verrechnungspreis in Euro pro Meile akzeptiert, folgt, dass jede Meile zumindest den Wert dieses Verrechnungspreises haben muss.¹⁷ Auch wenn sich der Anspruch des topbonus-Teilnehmers auf Einlösung seiner Meilen durch Eintausch in Prämien allein gegen topbonus richtet, kann daher für die Wertermittlung vergleichend auf dieses Drittverhältnis abgestellt werden.

Der Verrechnungspreis, den topbonus und die topbonus-Partner einer Meile beimessen, betrug nach Auskunft der Gesellschaft 0,36 Eurocent für Sachprämien und Gutscheine (bei amazon-Vouchers 0,31 Eurocent). Der Verrechnungspreis für Prämien in Form einer Flugleistung betrug 0,40 Eurocent. Dieser Verrechnungspreis entspricht hinsichtlich der Sachprämien auch dem vorstehend ermittelten Meilenwert für Sachprämien, welcher zum Zeitpunkt der Einstellung des Internet-Portals galt.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Einlösung in Sachprämien weitaus wahrscheinlicher war als in Flugprämien ist auf den Meilenwert für Sachprämien abzustellen. Der Schaden des einzelnen topbonus-Teilnehmers pro nicht eingelöster Meile beträgt demnach:

0,36 Eurocent pro Meile.

Damit ist im Einzelfall nicht ausgeschlossen, dass ein topbonus-Teilnehmer seine Meilen tatsächlich in die Prämie mit einem höheren Euro-Meilen-Wert hätte einlösen können. Dies müsste er aber in einem Zivilverfahren darlegen und beweisen,¹⁸ wobei der Erfolg einer solchen Klage mit steigender Zahl an Klägern abnehmen würde. Grund ist, dass mit einer zunehmenden Anzahl von Anspruchstellern, welche eine Einlösung in eine höherwertige Prämie behaupten, aufgrund der begrenzten Verfügbarkeit die Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Einlösung, und damit des behaupteten Schadenseintritts, sinken würde.

4. Kein Schwellenwert

Auch Topbonus-Teilnehmer, die noch nicht genügend Meilen gesammelt hatten, um die relevante Prämienleistung zu erwerben, können den anteiligen Wert dieser Prämienleistung in Höhe ihres Meilenguthabens als Schaden geltend machen.

Der Meilenwert ist unabhängig vom Erreichen eines Schwellenwertes und jede Meile führt zum Entstehen einer werthaltigen, anwartschaftsähnlichen Position auf Erlangung einer Prämie aus dem topbonus Programm. Denn die Teilnahmebedingungen sehen gerade kein Mindest-Meilenguthaben oder einen bestimmten Schwellenwert für die Möglichkeit der Einlösung

¹⁶ Vgl. etwa die typischen Vergleichsgruppen bei *Oetker*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 198 (Ersatz von Aufwendungen), Rn. 228 (Vorteilsausgleichung).

¹⁷ Dies gilt ganz unabhängig vom Preis der einzelnen Prämie in Meilen, den der topbonus-Partner beliebig variieren kann.

¹⁸ Vgl. *Oetker*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 252 Rn. 32 zum Spekulationsgewinn.

von Prämienmeilen im Rahmen des topbonus Programms vor. Die Werthaltigkeit von Meilen wird also losgelöst von der Möglichkeit anerkannt, mit ihnen eine Prämie erwerben zu können.

Mit Meilengutschrift hatte der topbonus-Teilnehmer eine anwartschaftsähnliche, werthaltige Rechtsposition erlangt. Ein Anwartschaftsrecht entsteht, wenn von einem mehraktigen Erwerbstatbestand schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer gesicherten Rechtsstellung des einen Vertragspartners gesprochen werden kann, die der andere Vertragspartner nicht mehr einseitig zu zerstören vermag.¹⁹ Eine gesicherte Rechtsstellung hat insbesondere derjenige, der ein Recht unter einer aufschiebenden Bedingung erwirbt.²⁰ Denn bis zum Eintritt der Bedingung ist er vor Zwischenverfügungen des Veräußerers gem. § 161 Abs. 1 BGB und gem. § 162 Abs. 2 BGB vor der Vereitelung des Bedingungseintritts geschützt.

Der topbonus-Teilnehmer ist aufgrund der jeweiligen Meilengutschrift in einer vergleichbaren Rechtsstellung: Er hat gegen topbonus auf Grundlage der Teilnahmebedingungen einen Anspruch darauf, dass ihm diese die Möglichkeit verschafft, seine Meilen in eine Prämie einzulösen, sofern er genug Meilen gesammelt hat, um eine bestimmte Prämie zu erwerben und er seinen Anspruch auf Bereitstellung der Einlösemöglichkeit geltend macht. Die Möglichkeit, Meilen in eine Prämie einzulösen, ist aufschiebend bedingt durch das Erreichen des jeweiligen Prämienpreises und die Erklärung des topbonus-Teilnehmers, dass er von seiner Einlösemöglichkeit Gebrauch macht.

Diese Rechtsstellung verliert der topbonus-Teilnehmer gemäß Ziff. 2.5 S. 1 der Teilnahmebedingungen allein dadurch, dass er es unterlässt, seinen Anspruch auf Einlösung seiner Meilen in eine Prämie innerhalb eines Zeitraums von 36 Monaten am Ende des Quartals, in dem er seine Meilen gesammelt hat, geltend zu machen. Ob der topbonus-Teilnehmer seine Rechtsstellung verliert, kann er somit selbst beeinflussen.

Der Wert einer Anwartschaft entspricht dem anteiligen Wert des Rechts, in das sich die Anwartschaft nach Bedingungseintritt verwandelt, d.h. dem anteiligen Erwerbspreis dieses Rechts.²¹ Dies ist vorliegend der entsprechend ermittelte Meilenwert der von dem entsprechenden topbonus-Teilnehmer erlangten Meilen.

5. Exkurs: Statusmeilen

Anhand der in einem vorgegebenen Zeitraum gesammelten Statusmeilen bestimmt sich der Status des jeweiligen topbonus-Teilnehmers. Aktionsbedingt können andere Voraussetzungen zur Erlangung eines Status gelten. Im Rahmen des topbonus Programms werden verschiedene topbonus Kartentypen ausgegeben, welche den Status des topbonus Teilnehmers festlegen.

¹⁹ BGH, Urteil vom 5. April 1991 – V ZR 39/90, NJW 1991, 2019 (2020); *Bork*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB – Buch 1: Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2015, Vorb. v. §§ 158–163, Rn. 53.

²⁰ Vgl. *Bork*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2015, Vorb. v. §§ 158–163 Rn. 58 ff; *Westermann*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2015, § 161 Rn. 1 ff.

²¹ Zu der Bewertung von Anwartschaftsrechten vgl. *Koch*, in: MüKo BGB, 7. Aufl. 2016, § 1376 Rn. 12, *Cziupka*, in: BeckOK BGB, 43. Edition, Stand: 15.06.2017, § 1376 Rn. 39.

Nach Ziff. 2.7 S. 4 der Teilnahmebedingungen steht es topbonus frei, Vorteile für Inhaber der topbonus Karten statusabhängig anzubieten oder einzustellen, sofern Teilnehmer hierdurch nicht unangemessen benachteiligt werden. Ebenso können diese Vorteile auch von den Partnerunternehmen angeboten / eingestellt werden. Statusmeilen verfallen gemäß Ziff. 2.5 der Teilnahmebedingungen 12 Monate nach Inanspruchnahme der Leistung, die zur Statusmeilengutschrift führte. Die Leistungen von topbonus und deren Partnern standen daher von Anfang an unter dem Vorbehalt, dass die mit dem Status zusammenhängenden Vorteile jederzeit geändert werden können. Den Statusmeilen bzw. dem erlangten Status kann aufgrund der vorgenannten vertraglichen Regelungen kein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zugewiesen werden.

Die mit dem Status zusammenhängenden Vorteile sind schadensrechtlich nicht ersatzfähig. Denn dem Verlust von Gebrauchsvorteilen wird von der Rechtsprechung ein Vermögenswert nur dann beigemessen, sofern der Berechtigte auf deren ständige Verfügbarkeit angewiesen ist.²² Daher beschränkt sich der Ersatzanspruch auf Sachen, die typischerweise für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung von zentraler Bedeutung sind (wie etwa Mietwagen, Wohnung oder Internetzugang).²³ Eine solche Position ist mit den Statusvorteilen (Sonderstellung bei Flugbuchungen und Verfügbarkeit von Flügen, Lounge-Aufenthalt) nicht verbunden.

Mangels eines gesetzlich geregelten Leitbilds für Kundenbindungsprogramme kann topbonus eigenständig bestimmen, ob und welche Anreize den topbonus-Teilnehmern gesetzt werden sollen.²⁴ Daraus folgt, dass mit den Statusmeilen auch keine schutzwürdige Rechtsposition verbunden ist, deren Entziehung einen Schadensersatzanspruch auslöst.

Dentons Europe LLP

²² BGH, Beschluss vom 9. Juli 1986 – GSZ 1/86, NJW 1987, 50 (51); BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 – III ZR 98/12, NJW 2013, 1072 (1072).

²³ Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, § 249, Rn. 49.

²⁴ BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 – X ZR 79/13, NJW 2015, 687 (689).