

Forum Wettbewerbsrecht 2011
25. November 2011

Lauterkeitsrechtliche AGB-Kontrolle

Dr. Roman Heidinger, M.A.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN 

Übersicht

- Rechtsprechung des OGH und des BGH
- Beurteilung der Verwendung unzulässiger AGB als Rechtsbruch
- Vorliegen einer „Geschäftspraktik“ oder „sonstigen unlauteren Handlung“
- Berufliche Sorgfalt
- Erheblichkeitsschwellen
- Exkurs: Anwendbarkeit der §§ 1a und 2 UWG
- Verhältnis zu den Bestimmungen des KSchG
- Kollisionsrechtliche Aspekte

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN 

OGH 23.2.2010, 4 Ob 99/09a – Zero intern

- Bewerbung eines Mobilfunktarifes ausschließlich für Unternehmer
- Nach den Bestimmungen der AGB war auch bei der ordnungsgemäßen Beendigung des Mobilfunkvertrages ein Bearbeitungsentgelt („Deinstallationsentgelt“) in Höhe von € 480.- durch den Kunden zu bezahlen.
- Das Verlangen von Deinstallationsentgelt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern nach Ablauf der Mindestvertragsdauer begründet einen Verstoß gegen § 879 Abs 3 ABGB.
- Die Verwendung unzulässiger AGB ist im vorliegenden Fall als "sonstige unlautere Handlung" iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu qualifizieren.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



OGH 23.2.2010, 4 Ob 99/09a – Zero intern

- Die vorliegende Verletzung von § 879 Abs 3 ABGB kann nicht mit gutem Grund vertreten werden.
- Die Erheblichkeitsschwelle des § 1 Abs 1 Z 1 UWG ist überschritten:
 - Die Vereinbarung des Deaktivierungsentgelts verschafft der Beklagten eine in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht bessere Position und führt damit letztlich – im Zusammenhang mit der Verrechnung dieses Entgelts – zu einer wirtschaftlichen Verbesserung zu Lasten der Mitbewerber.
 - Bei der Beurteilung der Auswirkungen von unlauteren Wettbewerbshandlungen auf das Marktgeschehen ist auch die Marktstärke eines Unternehmens zu berücksichtigen. Da die Beklagte über eine beträchtliche Marktmacht verfügt, ist die Eignung der beanstandeten Vorgangsweise der Beklagten zur spürbaren Beeinflussung des Wettbewerbs evident.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



**BGH I ZR 34/08, GRUR 2010, 1117 –
Gewährleistungsausschluss im Internet**

- Das Angebot eines gewerblichen Verkäufers auf eBay, das auch an Verbraucher gerichtet war, enthielt einen Gewährleistungsausschluss.
- Eine geschäftliche Handlung (§ 2 Abs 1 Z 1 dUWG) liegt vor.
- Kein Vorrang der Bestimmungen des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG).
 - Vergleichbar mit den §§ 28ff KSchG
- § 475 Abs. 1 S. 1 BGB zählt zu den Vorschriften, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.
 - In Österreich nach der hM nicht erforderlich.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



**BGH 31. 3. 2010, I ZR 34/08, GRUR 2010, 1117 –
Gewährleistungsausschluss im Internet**

- Vollharmonisierung durch die RL-UGP ist zu beachten.
 - Die RL-UGP regelt die Frage der Unlauterkeit von Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern abschließend.
 - „Dementsprechend kann ein Verstoß gegen *nationale Bestimmungen* eine Unlauterkeit nach § 4 Nr. 11 dUWG *grundsätzlich nur noch begründen, wenn die betreffende Regelung ... eine Grundlage im Unionsrecht hat*“
 - Verweis durch den BGH auf ErwGr 15 S 2 der RL-UGP, der allerdings nur die Informationsanforderungen bei der Irreführung durch Unterlassen regelt.
 - Die gegenständliche Regelung beruht auf der RL 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



BGH 31. 3. 2010, I ZR 34/08, GRUR 2010, 1117 – Gewährleistungsausschluss im Internet

- Berufliche Sorgfalt: „Eine Geschäftspraxis, die der in Umsetzung des Unionsrechts erlassenen nationalen Vorschrift ... entgegensteht, widerspricht regelmäßig den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt.“
- Spürbarkeit: Der Verbraucher kann durch einen – wenn auch nicht wirksamen – Gewährleistungsausschluss davon abgehalten werden, seine Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Derartige Klauseln sind daher grundsätzlich geeignet, den Verbraucher daran zu hindern, eine informationsgeleitete Entscheidung zu treffen.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



Einordnung als Rechtsbruch

- Es könnte argumentiert werden, dass die bloße Vereinbarung unwirksamer Bestimmungen keinen Bruch gesetzlicher Vorschriften darstellt, weil zB § 879 Abs 3 ABGB kein ausdrückliches Verbot gröblich benachteiligender AGB-Klauseln enthält. Die Rechtsfolge der Bestimmung ist auf die Nichtigkeit der Klausel beschränkt.
- Die Verwendung einer unzulässigen AGB-Klausel stellt aber nach der Rechtsprechung ein rechtswidriges Verhalten dar. Es besteht nämlich eine Verhaltenspflicht, „bei der Aufstellung von AGB auf die berechtigten Interessen der künftigen Vertragspartner Rücksicht zu nehmen, insbesondere keine sittenwidrigen, grob unbilligen oder sozialschädlichen Klauseln aufzustellen“ (Vgl schon OGH 22.3.2005, 10 Ob 23/04m zu Zinsanpassungsklauseln).

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



„Geschäftspraktik“ oder „sonstige unlautere Handlung“?

- Vollharmonisierung des Verbotes unlauterer Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern durch die RL-UGP
 - Nicht in den Regelungsbereich der RL-UGP fallen nur Geschäftspraktiken, die „lediglich“ die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern beeinträchtigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen (ErwGr 6).
 - Es ist Aufgabe der nationalen Gerichte zu bestimmen, ob eine Vorschrift dem Zweck des Verbraucherschutzes dient (vgl. EuGH 30.6.2011, C-288/10 – *Wamo/JBC*, Rz 28).
- Weite Definition der Geschäftspraktik: *„Jede Handlung, Unterlassung ... die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammenhängt“* (§ 1 Abs 4 Z 2 UWG).

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



„Geschäftspraktik“ oder „sonstige unlautere Handlung“?

- Auch nachvertragliche Handlungen fallen unter die Definition der Geschäftspraktik (vgl. Anhang Z 27 und Definition „geschäftliche Entscheidung eines Verbrauchers“).
- Die Vereinbarung unzulässiger AGB ist daher als Geschäftspraktik zu qualifizieren.
- Um die Geltung des Unionsrechts sicherzustellen, sind die Bestimmungen des B2C-Bereichs (§ 1 Abs 1 Z 2 UWG) vorrangig anzuwenden.
- Die ausschließliche Verwendung unzulässiger AGB gegenüber Unternehmern fällt aber unter § 1 Abs 1 Z 1 UWG (so beim Sachverhalt in *OGH Zero intern*).
 - „Freiwillige“ Harmonisierung der Beurteilungsgrundsätze

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



Berufliche Sorgfalt

- Widerspricht der Verstoß gegen Vorschriften (außerhalb des UWG) den Erfordernissen der „beruflichen Sorgfalt“?
 - Gemeinschaftskonforme Interpretation notwendig
- Nach Ansicht des BGH widerspricht eine Geschäftspraxis, die der in Umsetzung des Unionsrechts erlassenen nationalen Vorschrift entgegensteht, regelmäßig den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt.
- Es ist davon auszugehen, dass es den „anständigen Marktgepflogenheiten“ entspricht, auch rein nationale Vorschriften zu beachten.
 - Vgl ErwGr 20 RL-UGP: *„In Branchen, in denen es spezifische zwingende Vorschriften gibt, die das Verhalten von Gewerbetreibenden regeln, ist es zweckmäßig, dass aus diesen auch die Anforderungen an die berufliche Sorgfalt in dieser Branche ersichtlich sind.“*
 - Aber: Dies führt zu unterschiedlichen Anforderungen in den einzelnen Mitgliedsstaaten.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



Berufliche Sorgfalt – Argumente gegen eine lauterkeitsrechtliche AGB-Kontrolle

- Unionsrecht differenziert zwischen lauterkeitsrechtlichem und rechtsgeschäftlichem Verbraucherschutz (vgl auch Art 3 Abs 2 RL-UGP).
- RL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen nicht im Anhang II der RL-UGP erwähnt
- Die RL-UGP verpflichtet Unternehmer bei einer Aufforderung zum Kauf nur zur Aufklärung über „... Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen ...“, falls sie von den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt abweichen“.
 - Könnte dahingehend verstanden werden, dass die Verwendung solcher Bedingungen nicht gegen die RL-UGP verstößt.
 - Wäre nicht nur eine Informationspflicht gewollt, so wäre eine Übernahme der Klauselverbote in die „schwarze Liste“ nahegelegen.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



Berufliche Sorgfalt – Kriterien

- Ein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt liegt vor, wenn das beanstandete Verhalten im Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, der offenkundigen Absicht des Gesetzgebers oder einer dazu ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur steht.
 - Dies gilt auch, wenn die dem Streit zugrundeliegende Norm ausschließlich von den Gerichten auszulegen ist (vgl. OGH 14.7.2009, 4 Ob 60 /09s – *Rechtsanwaltssoftware*).
- Die Anforderungen an die „berufliche Sorgfalt“ dürfen gerade bei Bestimmungen mit einem großem Interpretationsspielraum (zB § 879 Abs 3 ABGB) nicht zu streng bemessen werden.
 - Zu strenge Beurteilung, wenn die Revision mit der Begründung zugelassen wird, dass höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit der streitgegenständlichen AGB fehlt?

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



Erheblichkeitsschwellen

- Im B2C-Bereich ist maßgeblich, dass eine wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers vorliegt.
 - Maßfigur ist der Durchschnittsverbraucher (Marktverhältnisse spielen keine Rolle).
 - Unzulässige AGB-Klauseln werden idR geeignet sein, die Fähigkeit des Verbrauchers eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.
 - (Rechtsunkundige) Verbraucher können davon abgehalten werden, berechnete Ansprüche geltend zu machen.
- Im B2B-Bereich ist hingegen die Beeinflussung der Wettbewerbs zum Nachteil von Unternehmen maßgeblich.
 - IdR wirtschaftliche Verbesserung zu Lasten der Mitbewerber, da berechnete Ansprüche nicht geltend gemacht werden.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



Exkurs: Anwendbarkeit der §§ 1a und 2 UWG

- Die unberechtigte Abwehr von Ansprüchen bzw die Durchsetzung unberechtigter Ansprüche kann unabhängig vom Einsatz von AGB unlauter sein.
- Die Abwehr berechtigter Ansprüche durch Hindernisse nichtvertraglicher Art verstößt gegen § 1a UWG (Vgl § 1a Abs 2 UWG, Z 27 des Anhangs).
 - ZB unverhältnismäßige Kosten für die Wahrnehmung der Verbraucherrechte, „Hinhaltetaktiken“ und drohende bzw.beleidigende Verhaltensweisen
- Unrichtige Angaben über die Rechte des Verbrauchers verstoßen gegen § 2 UWG .
 - Erfasst sind nur solche nachprüfbaren Behauptungen, die sich bei einer Überprüfung als eindeutig richtig oder falsch erweisen können.
 - Bloße (nicht nachprüfbare) Meinungsäußerungen, die der Untermauerung des eigenen Rechtsstandpunktes des Unternehmers dienen sind nicht erfasst.

Verhältnis zu §§ 28 KSchG

- Keine abschließende Regelung der AGB-Kontrolle durch die §§ 28 KSchG
- Bestimmungen des KSchG auch für klagsbefugte Einrichtungen (§ 29 Abs 1 KSchG) nicht abschließend:
 - Verletzung der beruflichen Sorgfalt und Erheblichkeit nach den Bestimmungen des KSchG kein Tatbestandsmerkmal
 - Regelungen des KSchG für klagsbefugte Verbände daher günstiger
 - Unterschiedliche Regelungen zur Aktivlegitimation (zB VKI bei Verstößen gegen § 1 UWG in der Fallgruppe „Rechtsbruch“ nicht klagsbefugt)
 - Verjährung lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsansprüche nach § 20 KSchG
- Konkurrenten sind jedenfalls nicht klagsbefugt, sodass in diesem Bereich kein Normenkonflikt vorliegt.

Kollisionsrechtliche Aspekte

- Bestimmungen der ROM-I VO führen vielfach zur Anwendung des Rechts jenes Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.
 - Vgl insbesondere die Beschränkung der Rechtswahl gem Art 6 Abs 2 ROM-I VO
- Anwendbares Lauterkeitsrecht bestimmt sich nach dem Wettbewerbsauswirkungsort.
 - Ausnahme vom Herkunftslandprinzip gem § 22 Abs 2 Z 5 ECG, wenn die lauterkeitsrechtliche Bestimmung auch dem Verbraucherschutz dient (OGH 25.5.2004, 4 Ob 234/03w – *Wiener Werkstätten III*)
- Spürbarkeitsgrenze der RL-UGP (und § 1 Abs 1 Z 2 UWG) stellt nicht auf die Marktauswirkungen ab.
- Anforderungen an die „berufliche Sorgfalt“ bei grenzüberschreitendem Einsatz anders?

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



Zusammenfassung

- Die Verwendung (unzulässiger) AGB-Klauseln ist als „Geschäftspraktik“ iSd RL-UGP (und § 1 Abs 4 Z 2 UWG) einzustufen.
- Im B2C-Bereich sind die Vorgaben der RL-UGP zu beachten.
- Maßgeblich ist daher, ob die Verwendung unzulässiger Geschäftsbedingungen einen Verstoß gegen die Erfordernisse der „beruflichen Sorgfalt“ darstellt. Die Befolgung rechtlicher Vorschriften gehört zu den „anständigen Marktgepflogenheiten“.
 - Abschließende Klärung durch den EuGH?
- §§ 1a und 2 UWG sind auch bei der Durchsetzung/Abwehr von Ansprüchen anwendbar.
- Die §§ 28ff KSchG enthalten keine abschließende Regelung der AGB-Kontrolle.
- Bei grenzüberschreitender Verwendung von AGB (insb im Internet) sind lauterkeitsrechtliche Sanktionen auch nach anderen Rechtsordnungen möglich.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt:

Dr. Roman Heidinger, M.A.

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wettbewerbs- und
Immaterialgüterrecht, Medien- und Informationsrecht

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Deutschland

Email: roman.heidinger@jura.uni-goettingen.de

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN



Lauterkeitsrechtliche AGB-Kontrolle

Entscheidungen und Literatur

1. Österreich

OGH 23.2.2010, 4 Ob 99/09a, ÖBl-LS 2010/90 (Thöni) = ecolex 2010, 471 (Horak) = RdW 2010, 388 (Thiele) – Zero intern

Schopper, Die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen als Wettbewerbsverstoß, ecolex 2010, 684

2. Deutschland

BGH 31.3.2010, I ZR 34/08, GRUR 2010, 1117 – Gewährleistungsausschluss im Internet

BGH 19.5.2010, I ZR 140/08, GRUR 2010, 1120 – Vollmachtsnachweis

Holtz, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht (2010)

Köhler, Die Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln: ein Fall für das UWG, GRUR 2010, 1047

Köhler, Unzulässige geschäftliche Handlungen bei Abschluss und Durchführung eines Vertrags, WRP 2009, 898

Ruess/Tüngler, In welchem Verhältnis stehen die Schutzvorschriften des AGB-Rechts zu den Bestimmungen des UWG?, WRP 2009, 1336

Mann, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, WRP 2007, 1035