

Schriften zum geistigen Eigentum
und zum Wettbewerbsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig

Prof. Dr. Horst-Peter Götting, Techn. Universität Dresden

Band 83

Stefan Hennigs

Unlauterer Wettbewerb durch Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln



Nomos

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel Einleitung	19
A. Untersuchungsgegenstand	19
B. Stand der Forschung	21
C. Gang der Darstellung	24
2. Kapitel Grundlagen	25
A. Das UWG 2015	25
B. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken	26
I. Anwendungsbereich	27
1. Persönlicher Anwendungsbereich	27
2. Sachlicher Anwendungsbereich	28
3. Zeitlicher Anwendungsbereich	29
II. Aufbau der Verbotstatbestände	30
III. Vollständige Rechtsangleichung	31
1. Vollharmonisierung	31
2. Konsequenzen für die Mitgliedstaaten	33
3. Konsequenzen für den Gang der Darstellung	34
C. Unwirksame Vertragsklauseln	36
I. AGB-Kontrolle	37
1. Kontrollgegenstand	37
2. Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen	39
3. Einbeziehungskontrolle	41
a) Allgemeine Einbeziehungsvoraussetzungen	41
b) Überraschende Klauseln	42
4. Inhaltskontrolle	44
a) Anwendungsbereich	44
b) Prüfungsmaßstab	45
c) Modifikationen des Prüfungsmaßstabs	45
d) Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	46
5. Verbandsklage	48

Inhaltsverzeichnis

II. Verbraucherschutzrecht	50
1. § 475 BGB	51
2. Sonstiges Verbraucherschutzrecht	52
III. Mietrecht	53
IV. Sonstige Klauselverbote	53
V. Prüfungsmaßstab und -umfang	54
D. Die Legitimation gesetzlicher Klauselverbote	55
I. Schutz der schwächeren Partei	56
II. Ökonomische Analyse	58
1. Grundsätze der ökonomischen Analyse des Rechts	58
2. Ökonomische Analyse der zivilrechtlichen Klauselverbote	61
a) Transaktionskosten	61
b) Informationsasymmetrien	63
c) Marktversagen	66
d) Sonstige Klauselverbote	70
e) Effiziente Bekämpfung des Marktversagens	72
E. Risiken und Nutzen einer lauterkeitsrechtlichen Kontrolle unwirksamer Klauseln	73
I. Risiken	74
II. Nutzen	75
III. Abwägung	78
IV. Ökonomische Erwägungen	81
1. Durchsetzungsdefizit	81
2. Ergänzende Sanktionsmechanismen	85
3. Gegenüberstellung von lauterkeitsrechtlicher und behördlicher Kontrolle	87
F. Zusammenfassung	91
3. Kapitel Anwendbarkeit des UWG	93
A. Die geschäftliche Handlung im Allgemeinen	93
I. Verhalten einer Person	94
II. Verhalten zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens	95
1. Unternehmensbezug	95
2. Bezug zu einem fremden Unternehmen	96
III. Verhalten vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss	97

IV. Objektiver Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Produkten oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Produkte	98
1. Objektiver Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung	101
a) Erforderlichkeit eines Marktbezugs	101
b) Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen	103
c) Objektiver Zusammenhang	104
aa) Geschäftliche Handlungen im B2C-Verhältnis	104
(1) Funktionaler Zusammenhang	104
(2) Kritik	106
(3) Funktionaler Zusammenhang gegenüber sonstigen Marktteilnehmern?	108
bb) Geschäftliche Handlungen im B2B-Verhältnis	109
cc) Keine Wettbewerbsförderungsabsicht erforderlich	111
dd) Kein unmittelbarer Kausalzusammenhang erforderlich	112
2. Objektiver Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Produkte	113
a) Vertrag über Waren oder Dienstleistungen	113
b) Objektiver Zusammenhang	114
c) Objektiver Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vertrags über Produkte	114
d) Objektiver Zusammenhang mit der Durchführung eines Vertrags über Produkte	115
V. Zusammenfassung	116
B. Die Verwendung unwirksamer Klauseln als geschäftliche Handlung	117
I. Der Entwurf einer Klausel	118
II. Das Empfehlen einer Klausel	119
1. Begriffsbestimmung	119
2. Das Empfehlen einer Klausel als geschäftliche Handlung	121
a) Verhalten zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens	121

Inhaltsverzeichnis

b) Objektiver Zusammenhang mit der Absatz- oder Bezugsförderung oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Produkte	122
aa) Marktbezug	122
bb) Objektiver Zusammenhang	122
(1) Empfehlungen im B2B-Verhältnis	123
(2) Empfehlungen im B2C-Verhältnis	124
III. Die Abgabe eines Angebots und die invitatio ad offerendum	125
1. Abgabe eines Angebots, das unwirksame Klauseln enthält	125
a) Abgabe eines Angebots	125
b) Übertragbarkeit auf im Angebot enthaltene Klauseln	126
aa) Objektiver Zusammenhang mit der Absatz- oder Beförderung	127
bb) Objektiver Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Produkte	130
cc) Verhältnis der beiden Zusammenhänge	131
c) Keine wirksame Einbeziehung erforderlich	133
d) Nachträgliche Einbeziehung	134
2. Aufforderung zur Abgabe eines Angebots	134
IV. Die Abgabe einer Annahmeerklärung und sonstige bestätigende Handlungen	135
V. Die Berufung auf eine Klausel	136
1. Verweigerung einer Leistung	136
a) Eigenständige Handlung	137
b) Objektiver Zusammenhang	138
2. Aufforderung zu einer Leistung	139
3. Verfahrensbezogene Äußerungen	140
VI. Zusammenfassung	141

4. Kapitel Die Verwendung unwirksamer Klauseln als unlautere Handlung	143
A. Die Verwendung gegenüber Verbrauchern (B2C-Verhältnis)	143
I. Unlauterkeit gemäß dem Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG (Schwarze Liste)	143
1. Keine stets unzulässige irreführende oder aggressive Handlung	144
2. Unlautere Gratiswerbung durch Verwendung unwirksamer Klauseln?	145
3. Stets unzulässige Angabe innerhalb eines Klauselwerks	146
4. Keine analoge Anwendbarkeit	146
II. Unlauterkeit gemäß § 3a UWG (Rechtsbruch)	147
1. Grundlagen des Rechtsbruchtatbestands	148
a) Entstehungsgeschichte	148
b) Gesetzliche Vorschrift	150
c) Regelung des Marktverhaltens	151
d) Im Interesse der Marktteilnehmer	152
aa) Interessen der Mitbewerber	153
bb) Interessen der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer	154
(1) Schutz sonstiger Rechte und Rechtsgüter	154
(2) Stellungnahme	156
e) Zuwiderhandlung	159
f) Spürbarkeit	160
2. Verhältnis des § 3a UWG zur UGP-RL	160
a) Marktverhaltensregelungen außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL	161
b) Informationspflichten	163
aa) Durchsetzung von Informationsanforderungen mittels § 3a UWG	163
bb) Keine Durchsetzung rein nationaler Informationsanforderungen	164
c) Sonstige Marktverhaltensregelungen im Anwendungsbereich der UGP-RL	166
aa) Verstoß gegen die beruflichen Sorgfaltspflichten	168

bb) Nationale Marktverhaltensregelungen als berufliche Sorgfaltspflichten?	169
(1) Konkretisierung von Generalklauseln durch den EuGH	170
(2) Konkretisierung des Art. 5 Abs. 2 lit. a UGP-RL durch den EuGH	173
(3) Keine Konkretisierung durch nationale Marktverhaltensregelungen	175
(4) Ökonomische Erwägungen	178
cc) Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung	180
(1) Konkretisierung durch den EuGH?	181
(2) Berücksichtigung bei der Anwendung des § 3a UWG	182
(3) Das Spürbarkeitserfordernis des § 3a UWG	184
(4) Unzureichende Berücksichtigung des § 3 UWG a. F. in den Vorabentscheidungsersuchen des BGH	185
dd) Keine hinreichend transparente Umsetzung?	188
d) Zwischenergebnis	191
3. Rechtsbruch durch Verwendung unwirksamer Klauseln	191
a) §§ 307–309 BGB (AGB-Inhaltskontrolle)	191
aa) Diskussionsstand	192
bb) Stellungnahme	194
b) §§ 305–305c BGB (AGB-Einbeziehungskontrolle)	198
c) § 475 BGB (Verbrauchsgüterkauf)	200
d) Sonstiges Verbraucherschutzrecht	202
e) §§ 536 ff. BGB (Mietrecht)	202
f) Sonstige Klauselverbote	203
4. Vereinbarkeit mit der UGP-RL	204
a) Anwendbarkeit der UGP-RL	204
aa) Vorrang des Vertragsrechts gemäß Art. 3 Abs. 2 UGP-RL?	205
bb) Vorrang der Klausel-RL gemäß Art. 3 Abs. 4 UGP-RL?	206
b) Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln unter der Generalklausel	209
aa) Verstoß gegen die Erfordernisse der beruflichen Sorgfaltspflicht	210
bb) Ausschluss rein nationaler Klauselverbote	212

cc) Anwendung eines danebenstehenden Klauselverbots	215
c) Zwischenergebnis	217
5. Spürbarkeit der Verwendung unwirksamer Klauseln	217
a) Maßstab der Spürbarkeitsschwelle	217
b) Anforderungen der Spürbarkeitsschwelle im Einzelnen	219
aa) Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit	220
bb) Eignung zur Veranlassung einer geschäftlichen Entscheidung	220
c) Spürbarkeit unwirksamer Vertragsklauseln	221
d) Keine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls?	226
6. Zusammenfassung	228
III. Unlauterkeit gemäß § 4a UWG (aggressive Handlungen)	228
1. Grundlagen des § 4a UWG	228
a) Aggressive Handlung	229
b) Relevanzschwelle	230
2. Ausnutzen der Rechtsunkenntnis durch Verwendung unwirksamer Klauseln	230
IV. Unlauterkeit gemäß § 5 Abs. 1 UWG (irreführende Handlungen)	233
1. Grundlagen des Irreführungstatbestands	234
a) Schutzzweck	234
b) Angaben	234
c) Unwahre Angaben	235
d) Sonstige zur Täuschung geeignete Angaben	235
e) Bezugspunkte der Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 UWG	236
f) Geschäftliche Relevanz	237
2. Irreführung durch Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln	238
V. Unlauterkeit gemäß § 5a UWG (Irreführung durch Unterlassen)	241
VI. Unlauterkeit gemäß § 3 Abs. 2 UWG (Verbrauchergeneralklausel)	242

VII. Sperrwirkung des UKlaG?	245
1. Regelungsgehalt	245
a) Überblick	245
b) Gegenüberstellung mit dem UWG	248
aa) Tatbestand	248
bb) Rechtsfolgen	249
cc) Verfahren	250
2. Sperrwirkung	250
a) Keine Spezialität des UKlaG	250
b) Keine abschließende Regelung	251
c) Unionsrechtliche Vorgaben	254
d) Ökonomische Erwägungen	257
3. Analoge Anwendung der Verfahrensvorschriften des UKlaG?	258
VIII. Zusammenfassung	259
B. Die Verwendung gegenüber Unternehmern (B2B-Verhältnis)	260
1. Verwendung unwirksamer Klauseln gegenüber Unternehmern	260
2. Unlauterkeit gemäß § 3a UWG (Rechtsbruch)	263
a) Klauselverbote im B2B-Verhältnis	264
b) Spürbarkeit	265
3. Unlauterkeit gemäß § 5 UWG (Irreführung)	269
C. Zusammenfassung	270
5. Kapitel Rechtsfolgen	271
A. Unterlassungsanspruch	272
I. Grundlagen des Unterlassungsanspruchs	272
1. Der Verletzungsunterlassungsanspruch	272
2. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch	273
II. Unterlassungsanspruch bei Verwendung unwirksamer Klauseln	274
1. Vereinbarung einer unwirksamen Klausel	274
a) Entstehung eines Unterlassungsanspruchs	274
b) Umfang des Unterlassungsanspruchs	275
c) Ausräumung der Wiederholungsgefahr	278
2. Berufung auf eine unwirksame Klausel	279

3. Vorvertragliche Verwendung einer unwirksamen Klausel	280
B. Beseitigungsanspruch	283
I. Grundlagen des Beseitigungsanspruchs	284
II. Beseitigungsanspruch bei Verwendung unwirksamer Vertragsklauseln	284
1. Entstehung eines Beseitigungsanspruchs	284
2. Inhalt des Beseitigungsanspruchs	286
C. Ersatz der Aufwendungen für eine Abmahnung	289
I. Grundlagen des Aufwendungsersatzanspruchs	289
II. Aufwendungsersatz bei Verwendung unwirksamer Klauseln	290
D. Missbräuchliche Geltendmachung	292
I. Grundlagen des Missbrauchseinwands	292
II. Missbräuchliche Verfolgung der Verwendung unwirksamer Klauseln	293
III. Aufwendungsersatzanspruch	296
E. Schadensersatzanspruch	297
I. Grundlagen des Schadensersatzanspruchs	297
II. Schadensersatzanspruch wegen Verwendung unwirksamer Klauseln	298
F. Zusammenfassung	299
6. Kapitel Zusammenfassung und Ausblick	301
A. Zusammenfassung	301
B. Ausblick	303
I. Verdrängung der Verbandsklage?	303
II. Offene Fragen	304
III. Gesetzgeberische Maßnahmen	304
Literaturverzeichnis	309