Unlautere Geschäftspraktiken und Luftbeförderungsverträge: Der Fall *Ryanair* und die Leitlinien der italienischen Rechtsprechung

Alberto De Franceschi

© Springer-Verlag 2012

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 15.06.2011,
PS892 (Ryanair) provv Nr 22511¹

Dr. iur., Wissenschaftlicher Assistent an der Juristischen Fakultät
der Universität Ferrara (Italien).

Alberto De Franceschi (✉)
Dipartimento di Scienze giuridiche,
Università degli Studi di Ferrara,
Corso Ercole I d'Este, 37, 44121 Ferrara, Italy
E-Mail: <alberto.franceschi@unife.it>

¹ Für den Volltext aller zitierten Entscheidungen der Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) siehe <agcm.it/consumatore-delibereconsumatore-provvedimenti.html> mit Suche nach Verfahrensname. Die Provvedimenti (provv) der AGCM können vor dem Tribunale amministrativo regionale Lazio-Roma sezione I (TAR Lazio-Roma) beanstandet werden, dessen Urteile vor dem Consiglio di Stato (sezione VI) angefochten werden können. Für die Urteile des TAR und des Consiglio di Stato siehe <giustizia-amministrativa.it>. Die Richtlinie 2005/29/EG wurde durch drei decreti legislativi (d.lgs.) in Italien umgesetzt: d.lgs. Nr 145 vom 20.08.2007 (siehe *De Cristofaro*, Il regime normativo «generale» della pubblicità, in *Le nuove leggi civili commentate* (2008) 295 ff; *Gambino*, La nuova disciplina della pubblicità commerciale, in *Barucci/Rabitti Bedogni*, 20 anni di Antitrust II (2010) 1235 ff; d.lgs. Nr 146 vom 02.08.2007 und d.lgs. Nr 221 vom 23.10.2010. Die Umsetzungsnormen zu Art 1–13 und

Leitsätze des Autors

1. Der Unternehmer, der eine Dienstleistung bewirbt, muss ab dem ersten Kontakt dem Verbraucher präzise Informationen über die tatsächliche Verfügbarkeit der Leistung erteilen.
Die Werbung muss insbesondere beseitigt werden, sobald der Unternehmer nicht mehr in der Lage ist, die angebotene Leistung zu erbringen.
2. Die verschiedenen Komponenten des Preises einer Leistung müssen ab dem ersten Kontakt mit dem Verbraucher deutlich und vollständig angezeigt werden, damit dieser den Endpreis sofort erkennen kann.
3. Um seinen beruflichen Sorgfaltspflichten zu genügen, muss der Unternehmer dem Verbraucher alle für die Ausübung seiner Rechte erforderlichen Informationen mitteilen.
4. Die Ausübung des Rechts zur Voll- oder Teilerstattung einer Leistung sowie von eventuellen Alternativen zur Erstattung (zB Bonus) muss vom Unternehmer ohne Kosten für die Verbraucher ermöglicht werden, wenn die Kosten anderenfalls den Inhalt des genannten Rechts im Wesentlichen entwerten würden; eine aggressive Handlung ist insbesondere in der Bestimmung eines Verfahrens für die Erstattung der Kosten zu erkennen, das dem Zweck dient, den Verbraucher von der Geltendmachung seines Anspruchs abzuhalten oder jedenfalls die Ausübung seiner Rechte zunichte zu machen.

17 RL über unlautere Geschäftspraktiken sind die Art 18–27-quer Codice del consumo (d.lgs. Nr 205 vom 06.09.2005, die durch das d.lgs. Nr 146 vom 02.08.2007 in den Codice del consumo (Cod cons) eingefügt worden sind). Art 27 Cod cons bestimmt die Sanktionen, die die AGCM verhängen kann. Für die englische Sprachfassung der erwähnten italienischen Gesetzestexte siehe <agcm.it/en/list-consumerprotection.html>.

1. Einführung

Die Entscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde bezieht sich auf verschiedene umstrittene Fragen der RL über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG². Die Gesellschaft Ryanair Ltd (Ryanair) ist in mehr als 27 Staaten tätig und hat im Jahr 2010 insgesamt mehr als 70 Millionen Passagiere (davon 22 Millionen in Italien) befördert. In Anbetracht des Geschäftsgebarens der Luftbeförderungsgesellschaft im Zeitraum Februar 2008 – September 2010 hatte die italienische Wettbewerbsbehörde AGCM ein auf fünf Rügen gestütztes Verfahren eingeleitet.

In Bezug auf die Werbeangabe (siehe Abbildung) einer bestimmten Zahl von Flügen („1 Million“) zu einem bestimmten Preis („1 Euro“) in Italien wurde beanstandet, dass die von Ryanair erteilten Informationen über die begrenzte Verfügbarkeit der Plätze unvollständig waren. Die zweite von der AGCM geprüfte Geschäftspraxis bestand in der separaten Angabe einiger Preiselemente („web check in“, „credit card surcharge“ und Mehrwertsteuer), die erst am Ende des Buchungsverfahrens dem ursprünglich vereinbarten Ticketpreis aufgeschlagen wurden. Außerdem wurde beanstandet, dass den Verbrauchern keine transparenten und leicht zugänglichen Informationen über die Voraussetzungen und Modalitäten der Erstattung eines nicht verwendeten Tickets (insbesondere für den Fall einer Nichtbenutzung des Flugtickets, einer Annullierung des Fluges, oder einer Verspätung, die der Luftfahrtgesellschaft zuzurechnen ist) erteilt wurden. Eine weitere Rüge stützte sich auf den Umstand, dass die allgemeinen Beförderungsbedingungen auf der italienischen Website des Unternehmens nur in englischer Sprache zur Verfügung standen. Schließlich wurde Ryanair dafür gerügt, dass am Flughafen zusätzliche Beträge für die erneute Ausstellung der Bordkarte verlangt wurden – vor der Alternative der Verweigerung der Beförderungsleistung.

Gerade die Vielfältigkeit der betrachteten Aspekte gibt Anlass, die in diesem Zusammenhang bisher ergangenen Entscheidungen der italienischen Judikatur zu erläutern³. Dies ist auch für den europäischen Juristen von besonderer Relevanz, da in Italien auf eine gefestigte – auch höherinstanzliche – Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann, die bereits dazu beigetragen hat, verschiedene in den Umsetzungsnormen der RL über unlautere Geschäftspraktiken beinhaltete Begriffe zu konkretisieren.

² RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl 2005 L 149/22, berichtigt durch ABl 2009 L 253/18.

³ Vgl. *Libertini*, Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette, *Giurisprudenza commerciale* 2009 II, 880 ff.; *De Franceschi*, sub Art 18–27-*quater Codice del consumo*, in *Cian*, *Codice civile e leggi collegate – Commento giurisprudenziale sistematico II* (2010) 5706 ff.

2. Der Begriff „Unlautere Geschäftspraktiken“

Der Ausdruck „pratiche commerciali scorrette“ wurde vom italienischen Gesetzgeber verwendet, um die Handlungen zu bezeichnen, die Gegenstand des allgemeinen Verbots in Art 20 Abs 1 Cod cons sind (Art 5 Abs 1 RL über unlautere Geschäftspraktiken).⁴

Einer der umstrittensten Punkte ist hierbei die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Handlung als Geschäftspraxis einzustufen ist, die in Bezug auf einen einzigen Verbraucher im Rahmen einer einzigen Vertragsanbahnung oder auf einen einzigen Vertrag durchgeführt wurde.

Ein Teil der Rechtsprechung und der Literatur behauptet, dass nur eine Handlung als Geschäftspraxis eingestuft werden kann, die mehrfach mit nennenswerter Homogenität aufgetreten ist. Nach dieser Meinung könnten bestimmte Handlungen also nicht als Geschäftspraxis eingestuft werden, wenn ihre tatsächliche Verbreitung nicht bewiesen wird.⁵

Angemessener erscheint aber die Auffassung, nach der auch eine nur sporadisch auftretende unternehmerische Handlung als Geschäftspraxis zu bezeichnen ist.⁶ Damit das Verhalten des Unternehmens als „pratica commerciale scorretta“ qualifiziert wird, muss man nicht eine konkrete Verletzung der Verbraucherinteressen beweisen, sondern nur eine abstrakte Eignung des Verhaltens, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er ansonsten nicht getroffen hätte.⁷ In der Ryanair-Entscheidung sind jedoch eindeutig Elemente zu finden, die die letztgenannte Auffassung stärken: Die AGCM hat nämlich eine irreführende Geschäftspraxis in einer Handlung erkannt, obwohl in Bezug auf diese bloß bewiesen wurde, dass sie gegenüber einem einzigen Verbraucher vorgenommen worden war.⁸

⁴ Vgl. bspw. *De Cristofaro*, sub Art 18 Codice del consumo, in *De Cristofaro/Zaccaria*, *Commentario breve al Diritto dei consumatori* (2010) 119 ff.; *Scognamiglio*, Le pratiche commerciali sleali: disciplina dell'atto o dell'attività?, in *Barucci/Rabitti Bedogni*, 20 anni di Antitrust II (2010) 1224 ff.; *Bargelli*, in *De Cristofaro*, Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori (2007) 75 ff.

⁵ TAR Lazio–Roma 06.04.2009 Nr 3692 (*Intesa San Paolo*); in der Lit wird diese Ansicht vertreten von *Auteri*, in *Genovese*, I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette (2008) 11; *Libertini*, Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette, in *Giurisprudenza commerciale* 2009 II 881 f.

⁶ TAR Lazio–Roma 11.06.2009 Nr 5570 (*Energas*); siehe auch AGCM 24.05.2011, PS1311 (*Fiditalia*) provv Nr 22450, nach der die abstrakte Wiederholbarkeit der Handlung gegenüber einer allgemeinen Kategorie von Verbrauchern – unabhängig von der konkreten Zahl der Empfänger – ausreicht; in der Lit vertritt diese Meinung zB *De Cristofaro* 123.

⁷ TAR Lazio–Roma 08.04.2009 Nr 3722 (*Enel Energia*).

⁸ Vgl. Rn 241–244 der Entscheidung in Bezug auf einen vom Verbraucher gestellten Antrag zur Änderung des Flugdatums.

Gemäß Art 19 Abs 1 Cod cons (Art 3 Abs 1 RL über unlautere Geschäftspraktiken) finden Art 18–27-quater Cod cons (Art 1–13 und 17 RL über unlautere Geschäftspraktiken) Anwendung auf alle unlauteren Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts.⁹

Diesbezüglich hat der Consiglio di Stato geklärt, dass die genannte Bestimmung alle Handlungen und Unterlassungen nach dem Abschluss eines „Rechtsgeschäftes“ („dopo una operazione commerciale relativa ad un prodotto“) einschließt, soweit solches Verhalten auf das Rechtsgeschäft zurückzuführen ist. Daraus wurde gefolgert, dass eine unlautere Geschäftspraxis auch in einer zeitlichen Phase vorgenommen werden kann, in der die vertraglich geschuldeten Leistungen schon vollständig erfüllt worden sind und somit die Geschäftsabwicklung abgeschlossen ist. Die Auslegung von Abs 1 und 2 des Art 19 Cod cons (Art 3 Abs 1 und 2 RL über unlautere Geschäftspraktiken) ergibt also, dass als Geschäftspraxis jede Handlung zu verstehen ist, die mit einem Vertragsverhältnis zweckverbunden ist, das noch nicht abgeschlossen, schon abgeschlossen aber noch nicht erschöpft, in der Phase der Erfüllung der auf ihm begründeten Leistungen oder schon erschöpft ist.¹⁰ Der höchstinstanzliche Gerichtshof in UGP-Sachen hat ferner präzisiert, dass nicht jegliche Nichterfüllung einer vertraglich geschuldeten Leistung als unlautere Geschäftspraxis eingestuft werden kann. Das Verhalten des Unternehmens, das eine vorsätzliche und wiederholte Nichterfüllung vornimmt, ist nicht nur nach Art 1176 Codice civile („Sorgfalt in der Erfüllung“) und Art 1453 Codice civile („Vertragsauflösung wegen Nichterfüllung“) relevant, sondern kann auch als unlautere Geschäftspraxis eingestuft werden, soweit seine Handlung das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen. Diese Bewertung sollte nach Meinung der italienischen Richter auch für die Fälle gelten, in denen der Unternehmer in der vorvertraglichen Phase eine Leistung verspricht, bezüglich der er schon weiß, dass er sie nicht erfüllen wird.

⁹ Vgl *De Cristofaro* 128 f.

¹⁰ Im konkreten Fall handelte es sich um die von einer Bank geschuldete, aber trotzdem nicht vorgenommene Löschung der auf einem schon erschöpften Darlehensvertrag begründeten Hypothek: Consiglio di Stato, sezione VI, 24.08.2011 Nr 4800 (*Intesa San Paolo*) Rn 4.2, der den engen Zusammenhang zwischen dem Darlehensvertrag und der auf ihm begründeten Hypothek hervorgehoben hat.

3. Der Begriff „berufliche Sorgfalt“

Art 20 Abs 2–4 Cod cons (Art 5 Abs 2–4 RL über unlautere Geschäftspraktiken), Art 21–26 Cod cons (Art 6–9 und Anhang I RL über unlautere Geschäftspraktiken) bestimmen die Kriterien, die angewendet werden müssen, um die Unlauterkeit einer Praxis zu bewerten. In der *Ryanair*-Entscheidung wurde mehrfach die mangelnde Berücksichtigung des Gebots der beruflichen Sorgfalt hervorgehoben: Nach der AGCM muss nämlich der Unternehmer, der eine Luftbeförderungsdienstleistung bewirbt, dem Verbraucher von Beginn des Buchungsverfahrens an präzise Informationen über die Zahl der noch verfügbaren Plätze und/oder über deren Verteilung für jede angegebene Strecke geben, damit die in Art 20 Abs 2 Cod cons festgelegten Kriterien der „Sorgfaltspflicht“ (Art 5 Abs 2 RL über unlautere Geschäftspraktiken) erfüllt werden. Die Werbung muss außerdem beseitigt werden, sobald die angebotenen Plätze – auch bloß auf einer der in derselben Information angegebenen Strecken – ausverkauft sind. Damit der Unternehmer seinen beruflichen Sorgfaltspflichten genügt, muss er dem Verbraucher alle für die Ausübung seiner Rechte erforderlichen Informationen mitteilen.

In Bezug auf diesen letzten Aspekt hat der Consiglio di Stato festgestellt, dass obwohl die Informationspflichten für den Fall von Nichtbeförderung oder Annullierung des Flugs oder Flugverspätung von mehr als zwei Stunden nach Art 14 Fluggastrechte-VO 261/2004/EG¹¹ vom Unternehmer erst direkt im Flughafen erfüllt werden dürfen, die Fluggesellschaft schon im Laufe des Buchungsverfahrens alle (auch in der Fluggastrechte-VO vorgesehenen) Informationen über die Fluggastrechte erteilen muss, um ihrer Sorgfaltspflicht nachzukommen.¹²

Die Ausdrücke „diligenza professionale“ (Art 20 Abs 2 Cod cons [Art 5 Abs 2 RL über unlautere Geschäftspraktiken]) und „grado della specifica competenza ed attenzione“ (Art 18 Abs 1 lit h Cod cons [Art 2 lit h RL über unlautere Geschäftspraktiken]) lassen zunächst vermuten, dass auf diejenige Sorgfalt abzustellen ist, die der Schuldner gemäß Art 1176 Codice civile bei der Erfüllung anwenden muss bzw die „negligenza, imprudenza o imperizia“ als Bestandteile der Schuld im zivilrechtlichen Unrecht („responsabilità civile extracontrattuale“).¹³

¹¹ Verordnung 261/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.02.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen, ABl 2004 L 46/1.

¹² Consiglio di Stato, sezione VI, 30.06.2011 Nr 3897 (*Blue Panorama Airlines*) Rn 10.1 ff.

¹³ TAR Lazio–Rom 28.01.2009 (*Intesa San Paolo*); in der Lit siehe *Abbamonte*, The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition, in Weatherill/Bernitz, The Regulation of Unfair Com-

Es wurde jedoch vor kurzem geklärt, dass man sich in diesem Zusammenhang auf einen Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ beziehen muss, dem eine spezifische Bedeutung im Bereich von unlauteren Geschäftspraktiken zukommt und der sich sowohl vom zivilrechtlichen Begriff der „diligenza“ in der Leistungserbringung als auch von der „diligenza“ im Rahmen der „responsabilità civile extracontrattuale“ unterscheidet.¹⁴

Im Ryanair-Fall hat die AGCM außerdem betont, dass das Gebot der beruflichen Sorgfalt sich nicht nur auf die unmittelbar von dem Unternehmer selbst vorgenommenen Geschäftspraktiken bezieht, sondern sich auch auf solche Handlungen erstreckt, die von anderen Rechtssubjekten im Auftrag und im unmittelbaren Interesse des Unternehmers vorgenommen worden sind: hier sind das Auswahlverschulden und/oder das Überwachungsverschulden des Unternehmers zu berücksichtigen.¹⁵ An dieser Beurteilung ändere sich auch dann nichts, wenn der Unternehmer seine Verantwortung leugne, indem er behauptet, die von ihm beauftragten handling-Gesellschaften hätten sich nicht an seine Hinweise und an die von ihm festgelegten Verfahren gehalten. In einem Fall im Zusammenhang mit Telekommunikationsdienstleistungen wurde diese Anforderung dahingehend präzisiert, dass der Carrier die Inhalte der Werbung des Content Providers effektiv überprüfen muss, um sich von der Verantwortlichkeit für etwaige unlautere Geschäftspraktiken derjenigen Rechtssubjekte zu befreien, die durch den Carrier selbst ihre Werbung in die Öffentlichkeit bringen.¹⁶ Für Finanzdienstleistungen wurde verlangt, dass der Finanzdienstleister sich an das Kriterium der „particolare diligenza professionale“ halten muss. Allerdings begrenzt sich der konkrete Umfang der Informationspflichten auf das Angebot von Produkten und Dienstleistungen, das dem Unternehmer zur Verfügung steht. Die Schutz- und Informationspflichten gehen nicht so weit, dass der Unternehmer eine zusätzliche vergleichende Untersuchung von anderen auf dem Markt verfügbaren Produkten und Dienstleistungen

mercials Practices under EC Directive 2005/29 (2007) 22, wonach der Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ mit dem Begriff der *duty of care* im *common law* tendenziell identisch ist.

¹⁴ Consiglio di Stato, sezione VI, 31.01.2011 Nr 720 (Enel Energia); ebenso *Auteri*, in Genovese, 14 f, wonach es sich bei den in der RL 2005/29/EG enthaltenen Normen über die berufliche Sorgfalt um „objektive Verhaltensregeln“ handelt, denen der Unternehmer sein Verhalten anpassen muss: in diesem Sinn entspricht die Regel der „diligenza professionale“ dem Sorgfaltsmaßstab des im Art 2598 *Codice civile* enthaltenen Prinzips der „correttezza professionale“.

¹⁵ So auch AGCM 24.05.2011, PS4058 (Telecom) provv Nr 22451; siehe schon TAR Lazio–Roma 08.04.2009 Nr 3722 (Enel Energia).

¹⁶ Consiglio di Stato, sezione VI, 24.03.2011 Nr 1809 (Vodafone Omnitel und Wind), bestätigend TAR Lazio–Roma 09.12.2009 Nr 12593: Im konkreten Fall hatte sich der Netzanbieter verpflichtet, an den *Content Provider* einen Teil des Preises abzugeben, den der Kunde für jede/n Leistung/Inhalt bezahlt hätte. Der verbleibende Teil des Preises wurde vom Netzanbieter als „revenue share“ einbehalten.

gen durchzuführen hat, um die Einflussfaktoren der Entscheidungen des konkreten oder potentiellen Kunden besser beurteilen zu können.¹⁷

4. Der Begriff „durchschnittlicher Verbraucher“

Der italienische sowie schon der europäische Gesetzgeber haben den Begriff des „durchschnittlichen Verbrauchers“ nicht ausdrücklich definiert¹⁸, und auch in der Entscheidung Ryanair sind keine eindeutigen Elemente zu finden, die dazu beitragen können, ihn zu konkretisieren. Die italienischen Verwaltungsrichter haben dennoch klargestellt, dass die Bestimmung der Merkmale des „durchschnittlichen Verbrauchers“ nicht allein durch eine eher statistische Bewertung erfolgen kann.¹⁹ Insbesondere in Bezug auf Massenverträge wurde hervorgehoben, dass das ursprüngliche Informationsdefizit, durch welches die Entscheidungssituation des Verbrauchers von Grund auf wesentlich gekennzeichnet ist, im Bereich des großen Einzelhandels – wie zB in einem großen Supermarkt – noch weiter zunimmt, da die Wahrnehmungsfähigkeit des Verbrauchers hier spiegelbildlich noch weiter abnimmt.²⁰

In Bezug auf den Fall, in dem die Adressaten der Geschäftspraxis Verbraucher sind, „deren Eigenschaften sie für unlautere Geschäftspraktiken besonders anfällig machen“ (dazu ErwGr 18 und Art 5 Abs 3 RL über unlautere Geschäftspraktiken), wurde eine besonders schwache Position bei solchen Verbrauchern erkannt, die auf der Suche nach einem Arbeitsplatz sind²¹ oder die im Bereich des Strommarktes Nachfrager sind²². Die AGCM hat außerdem präzisiert, dass es im Bereich der Finanzdienstleistungen geboten ist, der Schwäche der Adressaten von unlauteren Geschäftspraktiken Rechnung zu tragen, da sie wahrschein-

¹⁷ Consiglio di Stato, sezione VI, 23.12.2010 Nr 9329 (BNL ea) in Bezug auf Darlehensverträge.

¹⁸ Vgl *De Cristofaro* sub Art 18, in *De Cristofaro/Zaccaria* 121 ff.

¹⁹ In diesem Sinn schon ErwGr 18 RL: Es sind hierfür vielmehr auch soziale, kulturelle und ökonomische Faktoren in die Betrachtung einzubeziehen, wobei dem wirtschaftlichen Kontext, in dem sich der Verbraucher befindet, besondere Bedeutung beizumessen ist (TAR Lazio–Roma 29.03.2010 Nr 4931 [Wind Absolut]).

²⁰ Consiglio di Stato, sezione VI, 22.06.2011 Nr 3763 (Auchan) in Bezug auf Werbung und Abschluss von Darlehensverträgen in einem großen Supermarkt; zum Thema unlautere Geschäftspraktiken und Finanzdienstleistungen vgl *Rossi Carleo*, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, Europa e diritto privato (2010) 685 ff; *Meo*, *Consumatori, mercato finanziario e impresa: pratiche scorrette e ordine giuridico del mercato*, *Giurisprudenza commerciale*, 2010 I 720 ff.

²¹ TAR Lazio–Roma 08.04.2009 Nr 3723 (Video System); siehe dazu *Minervini*, in *Minervini/Rossi Carleo*, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano* (2007) 80.

²² TAR Lazio–Roma 08.04.2009 Nr 3722 (Enel Energia).

lich geringe Kenntnisse in Bezug auf eine Dienstleistung haben, von der sie selten Gebrauch machen, und da es unter den Adressaten der Geschäftspraxis höchstwahrscheinlich Verbraucher gibt, die sich in finanziellen Schwierigkeiten befinden und die daher als besonders beeinflussbar von den in der Werbung versprochenen Vorteilen anzusehen sind.²³

5. Irreführende Geschäftspraktiken

Im Fall *Ryanair* hat die AGCM vier verschiedene irreführende Geschäftspraktiken festgestellt.²⁴ Eine irreführende Handlung wurde in erster Linie in dem vor Beginn des Buchungsverfahrens bestehenden Mangel von präzisen Informationen über die Zahl der noch verfügbaren Plätze und/oder über deren Verteilung für jede angegebene Strecke gesehen. Diesbezüglich hat die AGCM festgestellt, dass die bewerbende Information beseitigt werden muss, sobald die angebotenen Plätze – auch bloß auf einer der in der bewerbenden Information angegebenen Strecken – ausverkauft sind.²⁵

Eine zweite irreführende Handlung wurde von der AGCM in der ab dem ersten Kontakt mit dem Verbraucher fehlenden deutlichen und vollständigen Angabe des Endpreises der Luftbeförderungsdienstleistung erkannt. In der Ausgliederung von Kosten wie für „web check in“, „credit card surcharge“ und Mehrwertsteuer wurde eine irreführende Handlung nach Art 20 Abs 2 und Art 21 lit d Cod cons (Art 5 Abs 2 und Art 6 Abs 1 lit d RL über unlautere Geschäftspraktiken) gesehen.²⁶ Diesbezüglich bestimmt Art 23 Abs 1 Luftverkehrsdienste-VO 1008/2008/EG²⁷ über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten, dass der zu zahlende Endpreis stets auszuweisen ist, dass fakultative Zusatzkosten auf klare, transparente und eindeutige Art und Weise am Beginn jedes Buchungsvorgangs mitgeteilt werden müssen, und dass die Annahme der

fakultativen Zusatzkosten durch den Kunden auf opt-in Basis erfolgt. Auf dieser Grundlage liegt also nach dem Consiglio di Stato eine irreführende geschäftliche Handlung vor, wenn im Rahmen des Buchungsformulars eine Reiseversicherung als gewünschte Nebenleistung voreingestellt ist.²⁸ In Bezug auf die Werbung für Seebeförderungsverträge wurde außerdem schon im Rahmen eines vorherigen Verfahrens eine Geschäftspraxis als irreführend iSv Art 21 Cod cons (Art 6 RL über unlautere Geschäftspraktiken) bezeichnet, da der Endpreis des Seebeförderungsvertrags nicht beim ersten Kontakt mit dem Verbraucher, sondern erst nach einer komplexen Berechnung von verschiedenen Nebenkosten erkennbar war.²⁹

In der fehlerhaften Mitteilung aller für die Ausübung seiner Rechte erforderlichen Informationen an den Verbraucher hat die italienische Wettbewerbsbehörde in der *Ryanair*-Entscheidung eine dritte irreführende Handlung erkannt. Nach Meinung der AGCM nimmt nämlich der Unternehmer eine irreführende Handlung nach Art 20 Abs 2 und Art 22 Cod cons (Art 5 Abs 2 und Art 7 RL über unlautere Geschäftspraktiken) für den Fall der Annullierung des Flugs oder der Nichtbenutzung des Flugtickets vor, wenn er dem Verbraucher keine klaren, transparenten und leicht zugänglichen Informationen in Bezug auf die Voraussetzungen sowie auf die Modalitäten der Erstattung des nicht verwendeten Tickets erteilt.³⁰

Die fehlende Veröffentlichung der Allgemeinen Beförderungsbedingungen auf der italienischen Website in Italienisch wurde als eine irreführende Geschäftspraxis nach Art 20 Abs 2 und Art 22 Cod cons (Art 5 Abs 2, Art 7 RL über unlautere Geschäftspraktiken) bezeichnet, weil sie den Anforderungen an die berufliche Sorgfaltspflicht widerspricht und geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des

²³ Vgl AGCM 17.05.2011, PS6758 (Cofidis) provv Nr 22439, in der die AGCM die besondere Schwäche der Werbeadressaten mit finanziellen Schwierigkeiten annimmt.

²⁴ Siehe dazu Art 21 und 22 Cod cons (Art 6 f RL), dazu *Calvo*, in *De Cristofaro*, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo* (2007) 175 ff.

²⁵ In diesem Sinn auch Consiglio di Stato, sezione VI, 30.6.2011 Nr 3897 (Blue Panorama Airlines) Rn 7.3.

²⁶ Dieselbe *Autorità* hat schon andere Luftbeförderungsgesellschaften wegen der irreführenden Ausgliederung des *credit card surcharge* aus dem Flugticket bebußt: siehe AGCM 28.04.2011, PS 3771 (Germanwings) provv Nr 22340; AGCM 28.04.2011, PS3773 (Blu Express) provv Nr 22341; AGCM 28.04.2011, PS5530 (Alitalia) provv Nr 22343; AGCM 28.04.2011, PS5667 (Wizzair) provv Nr 22345; AGCM 16.02.2011, PS4261 (Airtality.it) provv Nr 22121.

²⁷ VO 1008/2008/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.09.2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten, ABl 2008 L 93/3.

²⁸ So Consiglio di Stato, Blue Panorama Airlines Rn 9.1.

²⁹ TAR Lazio–Roma 15.04.2010 Nr 7109 (SNAV). In Bezug auf die Werbung für Tarife von Seebeförderungsverträgen siehe Art 22-bis Cod cons, der die „*Pubblicità ingannevole delle tariffe marittime*“ verbietet. Diese Norm wurde erst mit Art 22 des Gesetzes vom 23.07.2009 in den Cod cons eingefügt; dazu *De Cristofaro*, sub Art 22-bis, in *De Cristofaro/Zaccaria* 165 f, der die letztgenannte Norm kritisiert: Sie sei nämlich schwer vereinbar mit dem von der RL angestrebten Vollharmonisierungszweck, der die Mitgliedsstaaten daran hindere, nicht auf die Tatbestände der schwarzen Liste zurückzuführende Geschäftspraktiken *tout court* zu verbieten (siehe in diesem Sinn EuGH 23.04.2009 verb Rs C-261/07 und C-299/07 (VTB-VAB und Galatea) Rn 55; 14.01.2010 Rs C-304/08 (Plus Warenhandelsgesellschaft) Rn 41; 09.11.2010 Rs C-540/08 (Mediaprint) Rn 37). Dieselbe Kritik verdient auch Art 3 Abs 1 Gesetz vom 02.04.2007 Nr 40 (<parlamento.it/parlam/leggi/070401.htm>), wo die Werbung für Tarife von Luftbeförderungsverträgen geregelt ist.

³⁰ Nach Consiglio di Stato, sezione VI, 30.06.2011 Nr 3897 (Blue Panorama Airlines) müssen solche Informationen dem Verbraucher sogar vor der Ticketbuchung erteilt werden. Dasselbe Urteil hat eine weitere irreführende Handlung in der unvollständigen oder irreführenden Angabe über die Nichterstattungsfähigkeit des „*fuel surcharge*“ angenommen.

Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf das Vertragsverhältnis mit dem Unternehmer wesentlich zu beeinflussen.

Gemäß dem Tenor der Ryanair-Entscheidung hatten die italienischen Verwaltungsrichter schon vorher festgestellt, dass eine falsche Werbeangabe als unlautere Geschäftspraxis zu bezeichnen ist, wenn sie in ihren Inhalten oder in der Weise ihrer Darstellung unmittelbar geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers zu beeinflussen: Bei einer solchen Beurteilung können die eventuell nachträglich erfolgenden Aufklärungen keine Rolle spielen, da der Gesetzgeber ab dem ersten Kontakt mit dem Werbeadressaten einen effektiven Schutz der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers bezweckt hat.³¹

6. Aggressive Geschäftspraktiken

Die aggressiven Geschäftspraktiken finden in Italien Niederschlag in den Art 24 und 25 Cod cons (Art 8, 9 RL über unlautere Geschäftspraktiken).³²

In der Ryanair-Entscheidung hat die AGCM zwei verschiedene aggressive Geschäftspraktiken angenommen. Sie hat zuerst klargestellt, dass die Ausübung des Rechts zur Voll- oder Teilerstattung des Tickets sowie von eventuellen Alternativen zur Erstattung (zB ein Bonus) vom Unternehmer ohne Kosten für die Verbraucher ermöglicht werden muss, wenn die Kosten anderenfalls den Inhalt des genannten Rechts im Wesentlichen entwerten würden. Eine aggressive Handlung nach Art 24 und Art 25 lit d Cod cons (Art 8, Art 9 Abs 1 lit d RL über unlautere Geschäftspraktiken) ist deswegen in der Bestimmung eines Verfahrens für die Erstattung der Kosten zu erkennen, das dem Zweck dient, den Verbraucher von der Geltendmachung seines Anspruchs abzuhalten oder jedenfalls die Ausübung seiner Rechte zunichte zu machen.

Eine zweite aggressive Geschäftspraxis nach Art 24 und Art 25 lit a Cod cons (Art 8 und Art 9 lit a RL über unlautere Geschäftspraktiken) sah die AGCM in der Forderung, für die Ausstellung einer neuen Bordkarte am Boden eine Bezahlung zu verlangen bei Androhung der Verweigerung der Beförderungsleistung. Diese Maßnahme sei geeignet, dem durchschnittlichen Verbraucher einen ungerechten

wirtschaftlichen Nachteil zu bringen. Nach der AGCM soll sich an dieser Beurteilung auch dann nichts ändern, wenn der Unternehmer seine Verantwortung leugnet, indem er behauptet, die von ihm beauftragten handling-Gesellschaften hätten sich nicht an seine Hinweise und an die von ihm festgelegten Verfahren gehalten.

Was die Tatbestände der Art 24 und 25 Cod cons (Art 8 und 9 RL über unlautere Geschäftspraktiken) anbelangt, ist in der italienischen Rechtsprechung insbesondere die Grenze zwischen „Nötigung“ und „unzulässiger Beeinflussung“ noch nicht vollständig geklärt worden. Beide Merkmale wurden zB von der AGCM hinsichtlich der Handlung eines Unternehmens festgestellt, das im Fall eines (berechtigten) Bestreitens der Rechnung bezüglich eines Stromversorgungsvertrags die Zahlungsfristen nicht gehemmt hatte.³³

Das Tribunale amministrativo hat außerdem zwei verschiedene aggressive Geschäftspraktiken nach Art 20, 24 und 25 lit a, d und e Cod cons (Art 5, 8, 9 lit a, d und e RL über unlautere Geschäftspraktiken) festgestellt, wenn unter unzulässiger Beeinflussung die Ausübung des dem Verbraucher nach Art 64 Cod cons (Art 5 Abs 1 Haustürgeschäfte-RL 85/577/EWG³⁴; Art 6 Abs 1 Fernabsatz-RL 1997/7/EG³⁵) zustehenden Rücktrittrechts verhindert wird, und sogar die volle Erfüllung durch Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen gemahnt wird.³⁶

Mit spezifischem Bezug auf den Tatbestand des Art 25 lit a Cod cons (Art 9 lit a RL über unlautere Geschäftspraktiken) wurde eine unzulässige Beeinflussung in der Handlung eines Unternehmens erkannt, das seine Geschäftsräume ausnutzt, um den Verbraucher zu zwingen, eine schnellere und weniger informierte Geschäftsentscheidung zu treffen: Die Verbraucher wurden insbesondere systematisch veranlasst, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zu lesen, und – genereller – keine weiteren Informationen zu erfragen, um die Natur des Vertrages und die Merkmale der Dienstleistung verstehen zu können.³⁷

In Bezug auf „belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Gewerbetreibende den Verbraucher an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern versucht“ (Art 25 lit d Cod cons [Art 9 lit d RL über unlautere Geschäftspraktiken]), hat der TAR eine aggressive Geschäftspraktik in der Handlung eines

³¹ TAR Lazio–Roma 21.07.2008 Nr 7093 (H3G); AGCM 16.12.2009, PS1178 (Renault) provv Nr 20586. Insbesondere wenn die irreführende Werbeangabe durch das Fernsehen verbreitet wird, kann der irreführende Charakter der Handlung nicht durch eine Verweisung auf die Website ausgeschlossen werden (AGCM 03.09.2009, PS4704 [Canale Italia] provv Nr 20271; TAR Lazio–Roma 24.04.2009 Nr 4138 [Cottonjoy]; TAR Lazio–Roma 20.02.2009 Nr 1824 [Holiday Business Consulting]). In diesem Zusammenhang – aber mit spezifischem Bezug auf die Aufforderung zum Kauf – ist es unter anderem erforderlich, den Ausführungen des EuGH in der Rs C-122/10 (Ving Sverige) Rechnung zu tragen.

³² De Franceschi, sub Art 24, in De Cristofaro/Zaccaria 192 ff.

³³ So zB AGCM 03.12.2008, PS1874 (Enel Energia) provv Nr 19232.

³⁴ RL 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl 1985 L 372/31.

³⁵ RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl 1997 L 144/19.

³⁶ TAR Lazio–Roma 09.06.2011 Nr 5161 (Sogeve Italia).

³⁷ So AGCM 16.04.2009, PS1821 (Agos-Acquisto Televisore) provv Nr 19761.

Unternehmens erkannt, das sich geweigert hatte, nach der Vertragsauflösung die geschuldete Rückerstattung durchzuführen.³⁸ Entsprechend wurde als eine aggressive Geschäftspraxis auch die Ablehnung des Verkäufers eingestuft, die nach dem Vertrag gelieferte Ware zurückzunehmen.³⁹

7. Schlussbetrachtung

Die vom europäischen Gesetzgeber mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken bezweckte Vollharmonisierung im Bereich von unlauteren Geschäftspraktiken im Verhältnis B2C (vgl ErwGr 14 f) wurde noch nicht erreicht, da noch große Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen bestehen, insbesondere in Anbetracht der

von der Richtlinie offen gelassenen Fragen. Es ist deswegen umso wichtiger, die schon harmonisierten abstrakten Tatbestände so zu konkretisieren, dass jeder von diesen eine hoffentlich identische Bedeutung für alle Mitgliedstaaten bekommt. In der Ryanair-Entscheidung werden verschiedene wichtige Knotenpunkte des Rechts der unlauteren Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern berührt. Während die Behörde auf der einen Seite interessante Lösungen vorschlägt, lässt sie auf der anderen Seite viele andere Fragen offen. Hier gibt es bestenfalls Anregungen in die Richtung einer effektiveren Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Die im Vergleich weit fortgeschrittene italienische Rechtsprechung liefert dafür wichtige Anhaltspunkte.

³⁸ TAR Lazio–Roma 11.06.2009 Nr 5570 (Energas).

³⁹ AGCM 07.10.2009, PS376 (Sorgenia) provv Nr 20364.