



BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

KZR 66/17

Verkündet am:
10. Februar 2021
Zöller
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Wikingerhof/Booking.com

Brüssel-Ia-VO Art. 7 Nr. 2, Art. 25; GWB § 19; AEUV Art. 102

- a) Macht der Kläger einen Anspruch wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch das beklagte Unternehmen geltend, ist der unionsrechtliche Gerichtsstand der unerlaubten Handlung auch dann eröffnet, wenn in Betracht kommt, dass das als missbräuchlich beanstandete Verhalten den Bestimmungen eines zwischen den Parteien bestehenden Vertrages (hier: über die plattformgebundene Vermittlung von Hoteldienstleistungen) entspricht.
- b) Ob die Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen haben, richtet sich nach Unionsrecht. Die Annahme einer entsprechenden Willensübereinstimmung erfordert die Feststellung, dass die nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Partei die Zuständigkeit begründende Klausel tatsächlich Gegenstand einer klar und deutlich zum Ausdruck kommenden Einigung der Parteien war.
- c) Eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Plattformbetreibers enthaltene Gerichtsstandsklausel, nach der für aus dem Vertrag entstehende Streitigkeiten das Gericht seines Geschäftssitzes zuständig ist, erfasst Ansprüche wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nur dann, wenn deutliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Vertragsparteien die sachliche Reichweite der Gerichtsstandsvereinbarung auch auf solche vom Vertrag unabhängigen Ansprüche erstrecken wollten.

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Februar 2021 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff und Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Rombach

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Kartellsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 12. Oktober 2017 aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin betreibt in Schleswig-Holstein ein Hotel. Die Beklagte, die ihren Sitz in den Niederlanden hat, betreibt die Hotelbuchungsplattform booking.com. Die Klägerin vermarktet ihr Hotel (auch) über diese Plattform. Sie sieht in bestimmten Verhaltensweisen der Beklagten bei der Vermittlung von Hotelbuchungen eine unbillige Behinderung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen und nimmt die Beklagte deshalb auf Unterlassung in Anspruch.

- 2 Die Parteien schlossen 2009 einen Vertrag, der auf einem von der Beklagten vorgelegten Vertragsformular beruht, in dem auf eine bestimmte Version der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten verwiesen wird, die auf der Plattform online verfügbar seien. Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im Folgenden: AGB 2008) sehen u.a. vor, dass ausschließlich niederländisches Recht gelte und Gerichtsstand für alle aus dem Vertrag entstehenden Streitigkeiten mit Ausnahme von Zahlungs- und Rechnungsstreitigkeiten, für die als Gerichtsstand auch der Sitz des Hotels in Frage komme, Amsterdam sei. Die Beklagte änderte ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Folge mehrfach. Die Klägerin widersprach der Einbeziehung einer Version der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Beklagte ihren Vertragspartnern per E-Mail vom 25. Juni 2015 bekannt machte (im Folgenden: AGB 2015 neu). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen 2015, die die Beklagte vor der Änderungsmitteilung verwendete (AGB 2015 alt), sehen ebenso wie die AGB 2015 neu vor, dass - sofern nichts anderes in dem Vertrag festgelegt ist - die aus oder in Verbindung mit dem Vertrag entstehenden Streitigkeiten ausschließlich vor die zuständigen Gerichte in den Niederlanden gebracht und dort verhandelt werden.

3 Das Landgericht hat die Klage wegen fehlender örtlicher und internationaler Zuständigkeit abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt.

4 Auf ein Vorabentscheidungsersuchen des Senats vom 11. Dezember 2018 (BGH, WuW 2019, 143) hat der Gerichtshof der Europäischen Union mit Urteil vom 24. November 2020 (C-59/19, WuW 2021, 31 - Wikingerhof) entschieden, dass Art. 7 Nr. 2 der Verordnung (EU) 1215/2012 (nachfolgend: Brüssel-Ia-VO) dahin auszulegen ist, dass er für eine Klage gilt, die auf die Unterlassung bestimmter Verhaltensweisen im Rahmen einer Vertragsbeziehung zwischen dem Kläger und dem Beklagten gerichtet ist und die darauf gestützt wird, dass der Beklagte unter Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutze.

Entscheidungsgründe:

5 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Für die Klage sei die örtliche und internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht gegeben. Weder sei der Gerichtsstand des Erfüllungsorts (Art. 7 Nr. 1 Brüssel-Ia-VO) noch der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (Art. 7 Nr. 2 Brüssel-Ia-VO) gegeben. Auf die Frage, ob eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung getroffen worden sei, komme es daher nicht an.

7 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur sachlichen Prüfung des Klagebegehrens. Seine Annahme, das angerufene Landgericht sei örtlich und international unzuständig, hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

8 1. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel-Ia-VO verneint. Für die Prüfung des Klagebegehrens ist ein im Bezirk des angerufenen Landgerichts belegener Gerichtsstand am Sitz der Klägerin als demjenigen Ort eröffnet, an dem sich der mit der Klage geltend gemachte Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gegenüber der Klägerin ausgewirkt hat (vgl. EuGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - C-352/13, WuW 2015, 785 Rn. 53 - CDC Hydrogene Peroxide).

9 a) Mit der Klage begehrt die Klägerin die Unterlassung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Beklagte als Betreiberin der Hotelbuchungsplattform booking.com bei der Vermittlung von Beherbergungsverträgen an Hotelgäste und sonstige Kunden, die auf der Plattform nach Angeboten suchen. Als missbräuchlich beanstandet sie die Bewerbung von

rabattierten Preisen ohne ihre Mitwirkung, eine Beschränkung der Kontaktmöglichkeiten zwischen den Vertragspartnern des über die Plattform abgeschlossenen Beherbergungsvertrags sowie eine von der Höhe der an die Beklagte gezahlten Provision abhängige Platzierung des Hotels in der Reihenfolge der auf der Plattform angezeigten Angebote.

10 b) Damit macht sie auf eine unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 7 Nr. 2 Brüssel-Ia-VO gestützte Ansprüche geltend.

11 aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schließt das Bestehen einer Vertragsbeziehung zwischen den Parteien die Qualifikation des Klagebegehrens als deliktischer Anspruch nicht aus. Entscheidend für die Abgrenzung des besonderen Gerichtsstands des Art. 7 Nr. 2 Brüssel-Ia-VO von dem besonderen Gerichtsstand des Art. 7 Nr. 1 Brüssel-Ia-VO ist vielmehr, ob ein gesetzlicher Anspruch geltend gemacht wird, der unabhängig von einem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien besteht (EuGH, WuW 2021, 31 Rn. 33 - Wikingerhof). Dies ist dann der Fall, wenn die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der mit der Klage beanstandeten Handlung des Anspruchsgegners nicht vom Inhalt der beiderseitigen vertraglichen Rechte und Pflichten abhängt, sondern hiervon unabhängig nach Deliktsrecht zu beurteilen ist (EuGH, WuW 2021, 31 Rn. 32 - Wikingerhof).

12 bb) So verhält es sich im Streitfall. Die Kartellrechtswidrigkeit der beanstandeten Handlungen hängt allein davon ab, ob der Beklagten nach § 18 GWB eine marktbeherrschende Stellung zukommt und sie diese missbräuchlich ausgenutzt hat (§ 19 GWB, Art. 102 AEUV). Auf den Inhalt des Vertrages kommt es hierfür nicht an. Es ist deshalb im Sinne der Abgrenzungsformel des Unionsgerichtshofs zur Beurteilung der Begründetheit der Klage auch nicht unerlässlich, den Vertrag zwischen den Parteien auszulegen. Eine solche Auslegung ist allen-

falls erforderlich, um das Vorliegen der beanstandeten Handlungsweisen festzustellen (EuGH, WuW 2021, 31 Rn. 35 - Wikingerhof; Schlussanträge des Generalanwalts Saugmansgaard Øe - C-59/19, juris Rn. 103). So kann etwa eine (Erst-)Begehungsgefahr nach § 33 Abs. 2 GWB für die mit der Klage als kartellrechtswidrig beanstandeten Verhaltensweisen daraus abgeleitet werden, dass die Beklagte sich vertraglich ausbedungen hat, in der angegriffenen Weise handeln zu dürfen.

- 13 cc) Allerdings erfordert die nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB stets gebotene Interessenabwägung im Einzelfall (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juni 2016 - KZR 6/15, BGHZ 210, 292 Rn. 48 - Pechstein/International Skating Union) bei einer Vertragsbeziehung der Parteien auch eine Betrachtung der vertragstypischen Rechte und Pflichten und der zwischen den Parteien getroffenen Regelungen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 - KZR 2/15, WuW 2017, 286 Rn. 31 - Kabelkanalanlagen). Für die Qualifikation des Klageanspruchs als deliktischen Anspruch ist dies jedoch ohne Belang, zumal dabei Interessen nicht berücksichtigt werden dürfen, deren Durchsetzung insbesondere nach den kartellrechtlichen Wertungen rechtlich missbilligt werden (BGH, WuW 2017, 286 Rn. 30 - Kabelkanalanlagen).
- 14 dd) Fehl geht auch die Erwägung des Berufungsgerichts, die Klägerin verlange nicht nur Unterlassung, sondern erstrebe letztlich eine Abänderung des Vertrages. Die Klägerin macht - sachlich richtig - einen Unterlassungsanspruch nach § 33 Abs. 1 GWB geltend. Dass die Beklagte einem entsprechenden gerichtlichen Verbot - außer durch eine Einstellung ihrer Vermittlungstätigkeit - gegebenenfalls nur durch eine andere Vertragsgestaltung nachkommen könnte, ändert nichts daran, dass weder die Grundlage der Klage noch das Klagebegehren selbst vertraglicher Natur sind.

- 15 2. Die nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel-Ia-VO begründete internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist nicht aufgrund einer zwischen den Parteien geschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung ausgeschlossen.
- 16 a) Eine wirksame Zuständigkeitsvereinbarung begründet allerdings nach Art. 25 Abs. 1 Satz 2 VO (EU) 1215/2012 eine ausschließliche Zuständigkeit, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben (vgl. EuGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - C-322/14, NJW 2015, 2171 Rn. 24 - Majdoub/CarsOn-TheWeb.Deutschland GmbH).
- 17 b) Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt folgerichtig - nicht geprüft, ob der niederländische Gerichtsstand, welcher in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten vorgesehen war, auf die das von der Klägerin unterzeichnete Vertragsformular Bezug nimmt (AGB 2008), zwischen den Parteien wirksam vereinbart worden ist. Dies kann auch weiterhin dahinstehen.
- 18 aa) Die Anwendung der Gerichtsstandsklausel auf die nach § 33 Abs. 1 GWB geltend gemachten Ansprüche ist allerdings nicht schon gemäß Art. 25 Abs. 1 Satz 1 Brüssel-Ia-VO ausgeschlossen. Danach kann eine Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit nur eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit betreffen, was ihre Geltung auf Rechtsstreitigkeiten einschränkt, die ihren Ursprung in dem Rechtsverhältnis haben, anlässlich dessen die Vereinbarung geschlossen wurde. Dieses Erfordernis soll vermeiden, dass eine Partei dadurch überrascht wird, dass die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts für sämtliche Rechtsstreitigkeiten begründet wird, die sich eventuell aus den Beziehungen mit ihrem Vertragspartner ergeben und ihren Ursprung in einer anderen Beziehung als derjenigen haben, anlässlich deren die Begründung des Gerichtsstands vorgenommen wurde (vgl. EuGH, Urteile vom 21. Mai 2015 - C-352/13, WuW 2015, 785 Rn. 68 - CDC Hydrogen Peroxide, und vom

24. Oktober 2018 - C-595/17, WuW 2018, 630 Rn. 22 - Apple Inc.). Dies ist dann der Fall, wenn das vorgetragene wettbewerbswidrige Verhalten nichts mit dem Vertragsverhältnis zu tun hat, in dessen Rahmen die Gerichtsstandsklausel vereinbart wurde (vgl. EuGH, WuW 2018, 630 Rn. 27 - Apple Inc.). Da sich der hier geltend gemachte Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in den vertraglichen Beziehungen und in den Vertragsbedingungen manifestieren kann, ist eine Erstreckung einer Gerichtsstandsvereinbarung auf darauf gestützte Klagen auch dann nicht überraschend, wenn sie sich nicht ausdrücklich auf Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht bezieht (vgl. EuGH, WuW 2018, 630 Rn. 29 ff. - Apple Inc.).

19 bb) Die Klausel erfasst die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche jedoch nicht.

20 (1) Die sachliche Reichweite einer Gerichtsstandsvereinbarung ist durch Auslegung zu ermitteln (BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 22/18, NJW 2019, 1300 Rn. 25). Die Auslegung einer Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit ist Sache des nationalen Gerichts (vgl. EuGH, WuW 2015, 785 Rn. 67 - CDC Hydrogen Peroxide; WuW 2018, 630 Rn. 21 - Apple Inc.; BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 22/18, NJW 2019, 1300 Rn. 25). Sie richtet sich, wenn sie - wie hier - Teil einer umfassenderen Vereinbarung ist, regelmäßig nach dem für den Vertrag geltenden Recht, soweit Art. 25 Brüssel-Ia-VO keine Maßstäbe und Vorgaben enthält (BGH, NJW 2019, 1300 Rn. 25).

21 (2) Mithin unterliegt die Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung im Falle der wirksamen Einbeziehung der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Rechtswahlklausel niederländischem Recht. Da das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt folgerichtig - das ausländische Recht nicht ermittelt und gewürdigt hat, kann der Senat dieses selbst ermitteln und seiner Entscheidung zugrunde legen (vgl. BGH, Urteil vom 12. November

2009 - Xa ZR 76/07, NJW 2010, 1070 Rn. 21). Nach der grundlegenden Entscheidung "Haviltex" des Hoge Raad der Niederlanden ist bei der Auslegung nicht nur auf den Wortlaut der Vertragsbestimmung abzustellen. Vielmehr sind auch die Bedeutung und die Erwartung in Betracht zu ziehen, die die Parteien unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise der Vertragsbestimmung beimessen (Urteil vom 13. März 1981, ECLI:NL:1981:AB4158). Erforderlich ist eine interessengerechte Auslegung (vgl. Hoge Raad, Urteil vom 19. Oktober 2007 - C06/123HR, ECLI:NL:PHR:2007:BA7024, Rn. 3.4). Diese Grundsätze gelten auch für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (Hoge Raad, Urteil vom 19. Oktober 2007 - C06/123HR, ECLI:NL:PHR:2007:BA7024, Rn. 3.4).

22 Damit unterscheidet sich das niederländische Recht im Wesentlichen nicht von den im deutschen Recht maßgeblichen Auslegungsgrundsätzen. Danach sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zu Grunde zu legen sind (BGH, Urteil vom 17. Februar 2016 - XII ZR 183/13, NZM 2016, 315 Rn. 10 mwN). Weil sich die anzuwendenden Auslegungsgrundsätze im niederländischen und deutschen Recht nicht wesentlich unterscheiden, kann dahinstehen, ob die Rechtswahlklausel wirksam in den Vertrag einbezogen wurde.

23 (3) Die Auslegung kann der Senat selbst vornehmen, da keine weiteren Feststellungen zu erwarten sind (vgl. BGH, NJW 2019, 1300 Rn. 27).

- 24 (a) Die Gerichtsstandsklausel der AGB 2008 betrifft alle aus dem Vertrag entstehenden Streitigkeiten mit Ausnahme von Zahlungs- und Rechnungstreitigkeiten. Dieser Wortlaut bietet keinen hinreichenden Anhalt dafür, dass mit ihr deliktische Ansprüche eines Vertragspartners der Beklagten wegen eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfasst werden sollten. Eine aus dem Vertrag entstehende Streitigkeit setzt voraus, dass der Streit der Parteien die sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten betrifft. Gegenstand des Streits der Parteien sind, wie ausgeführt, behauptete vom Vertrag unabhängige kartellrechtliche Ansprüche der Klägerin auf Unterlassung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Dass sich dieser in vertraglichen Bestimmungen manifestieren kann, ändert nichts daran, dass der Streit nicht Rechte und Pflichten aus dem Vertrag betrifft (vgl. oben Rn. 12).
- 25 (b) Auch die Interessenlage der Vertragsparteien, die Rückschlüsse auf den Parteiwillen zulässt, spricht gegen die Einbeziehung kartellrechtlicher Ansprüche in die Gerichtsstandsklausel. Durch die Klausel wird die Beklagte als Verwenderin begünstigt. Zuwiderhandlungen gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot sind dem Vertragspartner im Zeitpunkt des Vertragsschlusses regelmäßig nicht bekannt, noch muss er damit rechnen (vgl. für den Verstoß gegen das Kartellverbot: EuGH, WuW 2015, 785 Rn. 70 - CDC Hydrogen Peroxide). Da ein entsprechender Regelungswille damit nicht unterstellt werden kann (vgl. Mankowski in Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl., Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 358) darf jedenfalls nicht ohne - im Streitfall fehlende - deutliche Anhaltspunkte hierfür angenommen werden, mit einer für aus dem Vertrag entstehende Streitigkeiten vereinbarten Gerichtsstandsvereinbarung unterwerfe sich der Vertragspartner des Marktbeherrschers dem Vertragsgerichtsstand auch für die Prüfung von Ansprüchen wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.

- 26 Ob solche deutlichen Anhaltspunkte auch deshalb erforderlich sind, weil Bestehen und Reichweite solcher Ansprüche - von bestimmten Fällen der vergleichsweisen Beilegung von Streitigkeiten abgesehen (vgl. BGH, Urteil vom 29. Oktober 2019 - KZR 60/18, WuW 2020, 90 Rn. 40 - Berufungszuständigkeit II) - grundsätzlich der vertraglichen Regelung nicht zugänglich sind, oder ob der Berücksichtigung dieses Umstandes bei der Interessenbewertung entgegensteht, dass im Anwendungsbereich der europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnungen nationale Beschränkungen der prozessualen Parteiautonomie vollständig verdrängt werden (Wurmnest in Festschrift Magnus, 2014, S. 567, 570 mwN), kann vor diesem Hintergrund offenbleiben.
- 27 c) Ob die in den Geschäftsbedingungen 2015 alt enthaltene Klausel, die die internationale Zuständigkeit niederländischer Gerichte für aus oder in Verbindung mit dem Vertrag entstehende Streitigkeiten vorsieht, auch die hier geltend gemachten Ansprüche erfasst (dafür Mankowski aaO Art. 25 Brüssel Ia-VO Rn. 91; Weller in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., Art. 25 Brüssel-Ia-VO Rn. 17), kann dahinstehen. Denn es fehlt insoweit an einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 25 Abs. 1 Satz 2 Brüssel-Ia-VO.
- 28 aa) Das Verständnis des Begriffs der Gerichtsstandsvereinbarung richtet sich nicht nach dem innerstaatlichen Recht eines beteiligten Staates. Es handelt sich vielmehr um einen autonomen Begriff des Unionsrechts (EuGH, Urteil vom 18. November 2020 - C-519/19, RIW 2021, 44, Rn. 38 - Ryanair DAC/DelayFix; vgl. EuGH, Urteil vom 7. Juli 2016 - C-222/15, EuZW 2016, 635 Rn. 29 - Hőszig/Alstom Power Thermal Services). Die Auslegung des Art. 25 Brüssel-Ia-VO unterscheidet sich insoweit nicht von der des Art. 23 Abs. 1 Brüssel-I-VO (Mankowski aaO Art. 25 Brüssel-Ia-VO Rn. 216 f.; Hausmann in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl., 8. Teil: Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen Rn. 8.41; Magnus, IPRax 2016, 521, 522; aA Geimer in Zöller, ZPO, 33. Aufl., Art. 25 Brüssel-Ia-VO Rn. 21; Weller in

Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., Art. 25 Brüssel-Ia-VO Rn. 17). Etwas anderes ergibt sich nicht aus der Kollisionsregel in Art. 25 Abs. 1 Satz 1 Brüssel-Ia-VO und Erwägungsgrund 20 der Verordnung (aA Geimer aaO, Art. 25 Brüssel-Ia-VO Rn. 21). Diese betrifft die Nichtigkeit der Vereinbarung und nicht die Frage, ob eine Willenseinigung vorliegt (vgl. EuGH, RIW 2021, 44, Rn. 41 und Rn. 50 - Ryanair DAC/DelayFix).

29 bb) Eine Gerichtsstandsvereinbarung muss nach Art. 25 Abs. 1 Satz 2 Brüssel-Ia-VO entweder schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Betätigung ("halbe Schriftlichkeit", BGH, Urteil vom 25. Januar 2017 - VIII ZR 257/15, ZIP 2017, 2324 Rn. 17) oder in einer Form geschlossen werden, die den zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten oder im internationalen Handel einem Handelsbrauch entspricht. Der Schriftform gleichgestellt ist die elektronische Übermittlung, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglicht (Art. 25 Abs. 2 Brüssel-Ia-VO). Damit soll verhindert werden, dass einseitig in den Vertrag eingefügte Gerichtsstandsklauseln unbemerkt bleiben (vgl. EuGH, Urteil vom 20. April 2016 - C-366/13, RIW 2016, 357 Rn. 39 - Profit Investment SIM SpA/Ossi; BGH, ZIP 2017, 2324 Rn. 25), und sichergestellt werden, dass eine Willenseinigung der Parteien tatsächlich vorliegt (vgl. EuGH, EuZW 2016, 635 Rn. 36 f. - Hőszig/Alstom Power Thermal Services; NJW 2015, 2171 Rn. 30 - Majdoub/CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH). Es bedarf deshalb der Feststellung, dass die die Zuständigkeit begründende Klausel tatsächlich Gegenstand einer klar und deutlich zum Ausdruck kommenden Einigung der Parteien war (EuGH, Urteil vom 8. März 2018 - C-64/17, ZIP 2018, 1754 Rn. 25 - Saey Home & Garden; RIW 2021, 44, Rn. 38 - Ryanair DAC/DelayFix; vgl. auch Urteil vom 14. Dezember 1976 - Rs 24/76, NJW 1977, 494 - Colzani/Rüwa; EuZW 2016, 635 Rn. 36 f. - Hőszig/Alstom Power Thermal Services).

- 30 cc) Da es sich bei der internationalen Zuständigkeit um eine von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung handelt, kann der Senat das Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ohne Bindung an die Feststellungen des Berufungsgerichts prüfen und würdigen (vgl. BGH, Urteile vom 14. Dezember 1959 - V ZR 197/58, BGHZ 31, 279, 282 f., und vom 24. September 2009 - IX ZR 149/08, WM 2009, 2134 Rn. 9).
- 31 dd) Es kann nicht festgestellt werden und aus dem Parteivortrag ergeben sich auch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die in den AGB 2015 alt enthaltene Gerichtsstandsklausel tatsächlich Gegenstand einer Willenseinigung zwischen den Parteien war, die klar und deutlich zum Ausdruck gekommen ist (vgl. Rn. 29).
- 32 Zwar sieht Nummer 17 der AGB 2008 der Beklagten vor, dass diese berechtigt sein soll, die Geschäftsbedingungen zu ändern. Änderungen soll die Beklagte nach der Klausel auf ihren als Extranet bezeichneten Internetseiten bekannt geben, und sie sollen einen Monat nach Bekanntgabe in Kraft treten. Für den Fall, dass das Hotel zu den Änderungen nicht Stellung nimmt, sollen sie durch die weitere Inanspruchnahme "des Services" der Beklagten als vom Hotel angenommen gelten. Es kann dahinstehen, ob bei einer Veröffentlichung der Änderungen im "Extranet" von einer entsprechenden Willenseinigung auszugehen wäre. Denn es kann bereits nicht angenommen werden, dass eine Veröffentlichung der AGB 2015 alt im "Extranet" erfolgt ist. Damit können weder die Voraussetzungen für das Inkrafttreten der geänderten Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß der Änderungsvorbehaltsklausel in den AGB 2015 alt noch für eine Willenseinigung festgestellt werden. Denn ohne Kenntnis der Gerichtsstandsklausel oder zumindest die Möglichkeit der Kenntnisnahme bei normaler Sorgfalt konnte sich eine Einigung der Parteien nicht auf die Gerichtsstandsklausel erstrecken (vgl. EuGH, NJW 1977, 494 - Colzani/Rüwa; EuZW 2016, 635

Rn. 40 - Höszig/Alstom Power Thermal Services; BGH, Urteil vom 28. März 1996 - III ZR 95/95, NJW 1996, 1819).

33 Die Klägerin hat behauptet, diese Version der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei im "Extranet" nicht abrufbar gewesen (Schriftsatz vom 20. März 2017 S. 7, GA 230) und sie habe von ihr auch nicht auf andere Weise Kenntnis erlangt (Schriftsatz vom 14. Dezember 2016, S. 4 GA 191). Diesem Vortrag ist die Beklagte nicht mit Substanz entgegengetreten. Sie hat sich vielmehr dem unzutreffenden Standpunkt des Landgerichts angeschlossen, die Klägerin habe diese Version in der Klage zitiert und zum Gegenstand ihrer Beanstandung gemacht, weshalb von einer wirksamen Einigung auszugehen sei (Schriftsatz vom 14. Juli 2017, S. 14, GA 308). Allerdings ist die Klägerin in der Klageschrift von der Anwendbarkeit der Gerichtsstandsklausel in den AGB 2015 ausgegangen. Damit hat sie jedoch lediglich eine Rechtsauffassung geäußert, die nicht im Sinne des § 288 Abs. 1 ZPO zugestanden werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 2015 - IX ZR 1/13, ZIP 2015, 1303 Rn. 15). Unabhängig davon bindet ein Geständnis der die Prozessvoraussetzungen begründenden Tatsachen ohnehin nicht (vgl. Althammer in Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 56 ZPO Rn. 5). Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Auffassung der Beklagten musste ihr nicht gemäß § 139 Abs. 2 ZPO Gelegenheit für weiteren Vortrag gegeben werden. Anlass für eine Darlegung der Veröffentlichung im "Extranet" hatte die Beklagte bereits deshalb, weil die Klägerin auf den fehlenden Vortrag hierzu hingewiesen hatte (Schriftsatz vom 20. März 2017 S. 7, GA 230).

34 ee) Auf die Frage, ob der von der Beklagten behauptete internationale Handelsbrauch hinsichtlich der Einbeziehung geänderter Allgemeiner Geschäftsbedingungen besteht, kommt es danach nicht an. Die Willenseinigung der Vertragsparteien über die Gerichtsstandsklausel wird zwar vermutet, wenn sie in einer Weise in die Geschäftsbeziehung eingeführt wird, die einem solchen Han-

delsbrauch entspricht, wenn dieser den Parteien bekannt ist oder als ihnen bekannt angesehen werden muss (vgl. EuGH, Urteil vom 20. Februar 1997 - C-106/95, NJW 1997, 1431 Rn. 25 - MSG; RIW 2016, 357 Rn. 50 - Profit Investment SIM/Ossivgl; BGH, Urteil vom 26. April 2018 - VII ZR 139/17, NJW 2019, 76 Rn. 23). Da von einer Veröffentlichung der AGB 2015 alt nicht ausgegangen werden kann, fehlt es jedoch an einer Einführung in die Geschäftsbeziehung.

35 ff) Auch die vom Landgericht angenommenen Gepflogenheiten im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Satz 3 Buchst. b Brüssel-Ia-VO können lediglich die ansonsten erforderliche Schriftform ersetzen, nicht jedoch die Einigung der Vertragsparteien (BGH, Urteile vom 25. Februar 2004 - VIII ZR 119/03, NJW-RR 2004, 1292, 1293, und vom 6. Juli 2004 - X ZR 171/02, NJW-RR 2005, 150, 152; WuW 2019, 143 Rn. 16), und damit auch nicht die unverzichtbare Einbeziehung der Gerichtsstandsklausel durch deren Kenntnisnahme oder zumindest die Möglichkeit der Kenntnisnahme.

36 d) Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte auf die identische Gerichtsstandsklausel in den AGB 2015 neu. Die Klägerin hat von der Änderung zwar durch die E-Mail vom 25. Juni 2015 Kenntnis erlangt. Da die geänderten Bedingungen auf der verlinkten Internetseite veröffentlicht waren, hatte sie auch die Möglichkeit, die hier interessierende Gerichtsstandsklausel bei normaler Sorgfalt zur Kenntnis zu nehmen. Die Gerichtsstandsklausel ist jedoch nicht Gegenstand einer Willenseinigung der Parteien geworden. Denn die Klägerin hat mit der Geltung der geänderten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ihr Einverständnis erklärt (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 2015 - VIII ZR 125/14, NJW 2015, 2584 Rn. 30). Die Klägerin hat ihrer Einbeziehung ausdrücklich widersprochen. Ohne Erfolg macht die Beklagte geltend, die Zustimmung ergebe sich nach niederländischem Recht daraus, dass die Beklagte den Vertrag durchgeführt habe. Wie

ausgeführt (Rn. 28) richtet sich das Verständnis des Begriffs der Gerichtsstandsvereinbarung nicht nach dem niederländischen Recht. Es handelt sich vielmehr um einen autonomen Begriff des Unionsrechts. In der bloßen Vertragsdurchführung kann danach jedenfalls wegen des ausdrücklichen Widerspruchs der Klägerin keine Zustimmung zu der Geltung einer erweiterten Gerichtsstandsklausel gesehen werden (vgl. Mankowski in Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 5. Aufl., Art. 25 Brüssel-Ia-VO Rn. 217).

Meier-Beck

Kirchhoff

Tolkmitt

Picker

Rombach

Vorinstanzen:

LG Kiel, Entscheidung vom 27.01.2017 - 14 HKO 108/15 Kart -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 12.10.2017 - 16 U 10/17 Kart -