

Deutsche Vereinigung
für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht e.V.

Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
Hohenstaufenring 30-32 • 50674 Köln

Mrs. Carina Tornblom
Head of Unit B 2 Unfair
Commercial Practices
DG Health and Consumer Protection
European Commission
Rue de la Loi 200 / Wetstraat 200

B-1049 Bruxelles

Sitz Berlin
Hauptgeschäftsstelle Köln

50674 Köln, den **09.12.2003**
Hohenstaufenring 30-32
Telefon (0221) 650 65-151
Telefax (0221) 650 65-205
e-mail: office@grur.de
www.grur.de

Unser Zeichen:
(Bei der Antwort bitte angeben)

Stellungnahme zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern – KOM (2003) 356 endg.

Sehr geehrte Frau Tornblom,

in der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. haben sich auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts einschließlich des Wettbewerbsrechts tätige Wissenschaftler und Praktiker zusammengeschlossen. Gemäß ihrer Satzung hat sich die Vereinigung zur Aufgabe gemacht, an der wissenschaftlichen Fortbildung des gewerblichen Rechtsschutzes mitzuwirken und den Gesetzgeber, die zuständigen Ministerien und Institutionen in Fragen des geistigen Eigentums zu unterstützen.

Die folgende Stellungnahme beruht auf den Ergebnissen einer Diskussion des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Markenrecht, die am 29. September 2003 in Hamburg stattgefunden hat.

I. Zielsetzung und Struktur des Richtlinienvorschlags. Beschränkung auf Verbraucherinteressen greift zu kurz.

Im Grünbuch zum Verbraucherschutz KOM (2001) 531 sind divergierende nationale Rechtsvorschriften über Geschäftspraktiken im B2C-Bereich zu recht als Hinderungsgrund für einen voll funktionierenden Binnenmarkt für die Verbraucher identifiziert und beschrieben worden. Die Schlußfolgerung des Grünbuchs, daß zur Überwindung dieses Mißstands ein Mehr an Harmonisierung erforderlich ist, hat Zustimmung erfahren. Auch unsere Vereinigung hat dies in ihrer seinerzeitigen Stellungnahme zum Grünbuch unterstrichen.

1. Die Generaldirektion Verbraucherschutz hat einen Entwurf einer **Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken** zwischen Unternehmen und Verbrauchern vorgelegt, die als Folgemaßnahme zum Grünbuch zu verstehen ist. Konzeptionell greift der Entwurf das auf, was im Grünbuch als kombinierter Ansatz (3.4 des Grünbuchs) bezeichnet wird. Vorgeschlagen wird eine umfassende technologieunabhängige EU-Rahmenrichtlinie zur Harmonisierung der einzelstaatlichen Lauterkeitsregelungen für Geschäftspraktiken im B2C-Bereich.

Wir befürworten den Ansatz der Kommission, mit Hilfe einer Richtlinie eine Harmonisierung des Lauterkeitsrechts anzustoßen. Richtig erscheint uns auch, daß diese Richtlinie allgemeiner gefaßt ist, d.h. nicht lediglich sektorale oder ausschließlich technologiegebundene Einzelfragen regelt.

Zu begrüßen ist schließlich auch die vorgeschlagene Regelungstechnik, nämlich in Art. 5 Abs. 2 eine Generalklausel vorzusehen, die als Obersatz und Auffangtatbestand dient. Um die Rechtsanwendung zu erleichtern, werden einzelne unlautere Geschäftspraktiken in eigenen Vorschriften dezidiert angesprochen und verboten, z.B. in den Artikeln 6 und 7: Irreführungstatbestände, in Art. 8 und 9: aggressive Geschäftspraktiken wie Belästigung, Nötigung und unzulässige Beeinflussung. Insbesondere die Generalklausel wird dafür sorgen, daß die Wertungsmaßstäbe im Lauterkeitsrecht in den einzelnen Mitgliedsstaaten harmonisiert werden.

2. Schon in verschiedenen früheren Stellungnahmen hat unsere Vereinigung die Auffassung vertreten, daß es wünschenswert und auch rechtlich möglich wäre, mit dem Instrument einer Richtlinie ein einheitliches europäisches Lauterkeitsrecht zu schaffen (die Vereinheitlichung des Markenrechts durch die RiLi 89/104/EG z.B. ist ein ermutigendes Vorbild).

Das Lauterkeitsrecht dient nicht nur dem Verbraucherschutz, sondern auch dem Schutz des Konkurrenten und dem Allgemeinwohl.

Die Richtlinie indes beschränkt sich erklärtermaßen auf das Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern (B2C) und beschäftigt sich lediglich mit denjenigen Sachverhalten, welche die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher berühren. Dieser Ansatz greift zu kurz.

Rechtsvergleichende Untersuchungen über den derzeitigen Status des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EU (vgl. Insbesondere *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367 ff.) haben gezeigt, daß in vielen Mitgliedsstaaten das Wettbewerbsrecht als eigenständiges Rechtsgebiet gesehen wird. In den meisten Mitgliedsstaaten schützt das Wettbewerbsrecht weder ausschließlich Verbraucherinteressen (vor allem das Interesse, durch unlautere Praktiken nicht zu Kaufentscheidungen veranlaßt zu werden, die eigentlich so nicht gewollt wurden) noch ausschließlich die Interessen des Mitbewerbers (d.h. dessen Interesse, durch unlautere Praktiken des Konkurrenten nicht eigene Kunden oder Absatzchancen zu verlieren). Vielmehr besteht zumeist Einigkeit, daß das Wettbewerbsrecht mehrere Zwecke zugleich verfolgt, nämlich Schutz des Mitbewerbers, Schutz des Verbrauchers und Förderung von Gemeinwohlinteressen.

Dieses Verständnis kommt auch in § 1 des Regierungsentwurfs eines künftigen deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zum Ausdruck, der lauten soll:

„Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.“

Nach unserer Auffassung steht dieser Ansatz im Einklang mit dem bisherigen Gemeinschaftsrecht. So basieren auch die Irreführungsrichtlinien 84/450/EWG und 97/55/EWG auf dieser Schutzzwecktrias (vgl. dort Art. 1).

3. Die Vereinigung hält es deshalb für einen Rückschritt gegenüber dem schon erreichten Gemeinschaftsrecht, wenn die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken sich nun ausschließlich auf den B2C-Bereich beschränkt. Es läßt sich prognostizieren, daß dieser Ansatz das vom Grünbuch angestrebte Ziel einer Rechtsvereinfachung nicht erreichen, sondern sogar einer weiteren Fragmentierung Vorschub leisten würde. Dies gilt gleichermaßen für das materielle Recht wie für die Fragen der Rechtsdurchsetzung.

- a) Bekanntlich sind viele der jetzt auch in der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken inkriminierten Praktiken janusköpfig, d.h. sie haben sowohl eine verbrauchertäuschende als auch eine den Konkurrenten schädigende Wirkung. Täuscht der Anbieter eines Lebensmittels beispielsweise über dessen kommerzielle Herkunft („Parmaschinken“ oder „Dresdner Stollen“), so kann dies gleichermaßen den Verbraucher fehlleiten, der im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angabe seine Kaufentscheidung trifft, wie die Anbieter der Originalprodukte schädigen, die tatsächlich aus dem Raum Parma oder aus Dresden stammen. Beiden „Opfern“ des unlauteren Handelns sollten strukturgleiche Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.

Es steht zu befürchten, daß eine Richtlinie, die sich auf den B2C-Bereich beschränkt und das Herkunftslandsprinzip vorgibt (dazu sogleich), zu einer bedenklichen Aufspaltung der bisher einheitlichen Regelungen führen könnte: es würde für den gleichen Tatbestand - je nachdem, wer betroffen und deshalb aktivlegitimiert ist - unterschiedliche rechtliche Regelungen geben. Möglicherweise würde dies sogar dazu führen, daß ein und derselbe Lebenssachverhalt bei grenzübergreifenden Konflikten einerseits nach dem Recht des Herkunftslandes (wenn der Verbraucher vorgeht) und

andererseits nach dem Recht des Markortes zu beurteilen wäre (wenn der Konkurrent klagt).

- b) Ein harmonisiertes Lauterkeitsrecht muß angemessene Durchsetzungsstrukturen vorsehen. In den meisten Mitgliedsländern hat sich gezeigt, daß gerade die Aktivlegitimation der Wettbewerber in vielen Teilbereichen des Lauterkeitsrechts gleichzeitig der Durchsetzung von Verbraucherinteressen dient. Aufgrund ihrer Marktnähe, ihrer Finanzkraft und ihres wirtschaftlichen Eigeninteresses als geschädigte Wettbewerber sind gerade die Konkurrenten besonders effektiv, wenn es um die Unterbindung unlauteren Verhaltens geht. Diese Einschätzung wird auch auf Seiten von Verbraucherschutzverbänden geteilt. Wir würden es als langfristig nachteiligen „Geburtsfehler“ der Harmonisierung des Lauterkeitsrechtes in Europa ansehen, wenn die Richtlinie sich auf den B2C-Bereich beschränken und die B2B-Auswirkung des nämlichen unlauteren Verhaltens verkürzend ausblenden würde.

II. Die Binnenmarktklausel des Art. 4, Herkunftsland vs. Marktort

Gemäß Art. 4 Abs. 1 des Vorschlags sollen Gewerbetreibende sich lediglich an die Rechtsvorschriften desjenigen Mitgliedstaates halten müssen, in dem sie niedergelegt sind. Die Lauterkeit der Geschäftspraktiken eines Unternehmens, das in Land A seinen Firmensitz hat, aber im Land B Verbraucher werbend anspricht, soll also nach diesem Konzept nur anhand des Rechts des Heimat- bzw. Herkunftslandes beurteilt werden.

1. Diese Regelung erscheint schon unter Verbraucherschutzgesichtspunkten kontraproduktiv. Im Grünbuch hatte die zuständige Generaldirektion noch das **Marktortprinzip** vertreten, das besagt, daß der Gewerbetreibende sich an das Recht derjenigen Staaten halten muß, in dem die in Rede stehenden Geschäftspraktiken eingesetzt werden.

Das in der Richtlinie propagierte **Herkunftslandprinzip** führt demgegenüber tendenziell zu einer weniger punktgenauen Berücksichtigung der Verbraucherinteressen und zu einer Absenkung des Schutzniveaus. Ob eine Geschäftspraktik unlauter ist und wie sie in dem jeweils relevanten Markt aufgefaßt wird, kann nach unserer Überzeugung am besten „vor Ort“ beurteilt werden. Das Marktortprinzip kann in weit größerem Umfange auf Kenntnisse, Gewohnheiten und Präferenzen der tatsächlich angesprochenen örtlichen Verkehrs- und Verbraucherkreise Rücksicht nehmen.

Die Gerichte, die am jeweiligen Marktort die Beeinträchtigung der Verbraucherschutzinteressen im Besonderen und die Beachtung der beruflichen Sorgfaltspflichten im Allgemeinen prüfen sollen, stünden bei Einführung des Herkunftslandprinzips vor dem Problem, das Recht eines anderen Mitgliedslandes anzuwenden. Die Unterbindung wettbewerbswidrigen Verhaltens ist zumeist eilbedürftig. Deshalb ist die einstweilige Verfügung in diesem Rechtsgebiet das oft geeignete Instrument. Verfügungsverfahren würden unerträglich verlangsamt und verteuert, wenn jeweils das Recht eines anderen Mitgliedsstaates ermittelt werden müßte.

2. Auch wenn man idealiter davon ausgeht, daß die Richtlinie eines Tages zu einer Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedsstaaten führt, wäre die Rechtsdurchsetzung nach dem Marktortprinzip weit wirksamer und flexibler, weil die Gerichte im Land des Begehungs- bzw. Marktorts das viel leichter zugängliche örtliche Recht anwenden könnten.

Wir verkennen nicht, daß das Herkunftslandprinzip im Entwurf vorgeschlagen wird, um Gewerbetreibende zu ermutigen, auch in anderen Mitgliedsstaaten absatzfördernde Maßnahmen zu ergreifen, was derzeit möglicherweise wegen der Unübersichtlichkeit des Lauterkeitsrechts in diesen anderen Ländern unterbleibt. Diese Anbieter mögen tatsächlich eher geneigt sein, den Schritt über die Grenze zu wagen, wenn sie sich darauf verlassen können, nur mit dem Maßstab des ihnen bekannten eigenen Rechts gemessen zu werden.

Die Unübersichtlichkeit des Lauterkeitsrechts würde nach einer Vollharmonisierung aber nachhaltig abnehmen, so daß spätestens dann die Nachteile des Herkunftslandprinzips dessen Vorteile deutlich überwiegen. Wir empfehlen dringend, am Marktortprinzip festzuhalten. Nur dieses dient wirklich dem intendierten Verbraucherschutz. Der Verbraucher wird sich übrigens auch nur dann Anbietern aus anderen Mitgliedsstaaten zuwenden, wenn er darauf vertrauen kann, daß er sich gegen eventuelle unlautere Machenschaften solcher Anbieter mit Hilfe der in seinem eigenen Mitgliedstaat gültigen Lauterkeitsvorschriften wehren kann.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß das Internationale Privatrecht das Wettbewerbsrecht dem Deliktsrecht zuordnet. Der Entwurf einer Verordnung zum Internationalen Deliktsrecht, der im Juni 2003 vorgelegt wurde (Rom II-VO), sieht eine Spezialanknüpfung für das Internationale Wettbewerbsrecht dergestalt vor, daß das Marktortprinzip gelten soll (Art. 6:

„Auf ein außervertragliches Schuldverhältnis infolge von unlauterem Wettbewerb oder unlauteren Praktiken findet das Recht des Staates Anwendung, in dem der unlautere Wettbewerb oder die unlauteren Praktiken die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Verbraucherinteressen beeinträchtigt bzw. beeinträchtigen.“).

Wir halten diesen Ansatz für vorzugswürdig und zutreffend. Blicke es bei dem gegenwärtigen Konzept des Richtlinienvorschlags, so hätte dies zur Folge, dass die mit der Rechtsdurchsetzung befassten Gerichte auf einen einheitlichen Sachverhalt unter Umständen

wegen des Nebeneinanders des Herkunftslands- und des Marktortprinzips zwei verschiedene nationale (wenn auch einer Harmonisierung unterzogene) Rechtsordnungen sowie

wegen der nicht ganz deckungsgleichen Ansätze in der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken einerseits und in der Irreführungsrichtlinie andererseits zwei verschiedenen Schutzniveaus

anwenden müssten.

III. Einzelne Vorschriften

1. Art. 2: Begriffsbestimmungen

a) **Art. 2 lit. e): „Geschäftspraxis“ jede unmittelbar mit der Absatzförderung ...**

Es ist fraglich, ob nicht auch Handlungen, die nur mittelbar der Absatzförderung dienen, prima facie aber einen anderen Zweck verfolgen, z.B. der Selbstdarstellung des Unternehmens in den Medien, Verbraucher schädigen können (namentlich im Bereich der Irreführung). Das Wort „unmittelbar“ sollte entfallen.

b) **Art. 2 lit. j): Berufliche Sorgfalt**

Dieser Begriff weckt Assoziationen an Verschuldensmaßstäbe (vgl. § 276 Abs. 2 BGB). Die „berufliche Sorgfalt“ spielt in der Generalklausel (§ 5 Abs. 2) eine zentrale Rolle. Unlauter ist demnach, was „dem Gebot der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht“. Diese soll definitionsgemäß anhand der im Tätigkeitsbereich des Gewerbetreibenden üblichen Handelspraxis ermittelt werden. Verschuldensüberlegungen spielen also zu recht keine Rolle. Ob es sinnvoll ist, der Branchenübung normative Qualität zu geben, erscheint uns aber zweifelhaft. Diese Regelungstechnik erschwert die Annahme der Unlauterkeit, wenn in einem Gewerbe unlautere Geschäftspraktiken an der Tagesordnung und daher „üblich“ sind. Neuartige Geschäftspraktiken lassen sich so kaum bewerten, da es noch keine übliche Handels- oder Branchenpraxis gibt.

Die bewährte Definition des Art. 10 bis Abs. 2 PVÜ rekurriert auf die „anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel“, um einen solchen objektivierte Maßstab zu gewinnen. Es wäre wünschenswert, daß in

geeigneter Form klargestellt wird, ob der Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ im Kern diesem Konzept entspricht.

Zu eng ist aus den bereits angesprochenen Gründen Art. 5 Abs. 2, 2. Spiegelstrich. Der Begriff der Unlauterkeit sollte auch hier die bewährte Schutzzwecktrias berücksichtigen. Unlautere Wettbewerbshandlungen können sich zum Nachteil der Verbraucher, der Mitbewerber oder der sonstigen Marktteilnehmer auswirken. Die ausschließliche Anknüpfung an die relevante Auswirkung auf das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers ist verfehlt.

c) Art. 2 lit. k): Aufforderung zur Abgabe eines Angebots

Richtet sich eine kommerzielle Kommunikation eines Gewerbetreibenden an eine unbestimmte Vielzahl potenzieller Kunden, so ist hierin zivilrechtlich in aller Regel noch kein rechtsgeschäftlich bindendes Angebot zu sehen, sondern eine „invitatio ad offerendum“. Diese Invitatio wird nun erstmals wettbewerbsrechtlich definiert. Art. 2 lit. k) ist recht weit. Soll auch jede Anzeige des Handels, die die Produkte benennt, beschreibt oder abbildet und mit einem Preis auslobt eine „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ darstellen, weil der umworbene Verbraucher mit der Anzeige in der Hand ein Ladenlokal des Werbenden aufsuchen kann, um das dort beworbene Produkt zu kaufen? Die Beantwortung dieser Frage hat für den Gewerbetreibenden gewichtige Auswirkungen, weil beispielsweise per se Verbote (Anlage 1 – irreführende Geschäftspraktiken Nr.3 und 4) hieran anknüpfen und das Überschreiten der Schwelle von der allgemeinen kommerziellen Kommunikation zur Invitatio eine erhebliche Intensivierung der Informationslast für den Werbenden auslöst (vergl. z.B. Art. 7 Abs. 3).

2. Art. 5: Verbot unlauterer Geschäftspraktiken

- a) Die Generalklausel des Art. 5 Abs. 2 wird durch detailliert ausformulierte Beispiele in Abs. 3 illustriert. Über Art. 5 Abs. 3 lit. a) gelangt man zu Art. 6 und 7 mit enumerativ dargestellten Fallgruppen irreführender Geschäfts-

praktiken, über Art. 5 Abs. 3 lit. b) zu Art. 8 oder 9, wo unzulässige aggressive Geschäftspraktiken dargestellt werden. Diese Regelungstechnik ist im Grundsatz zu begrüßen, weil sie einerseits die Rechtsanwendung in Standardfällen erleichtert, die sich unter die Regelfallgruppen subsumieren lassen, andererseits mit der Generalklausel aber ein Auffangtatbestand geboten wird, der hilft, außergewöhnliche oder zukünftige neue Verhaltensweisen in den Griff zu bekommen.

- b) Art. 5 Abs. 4 verweist schließlich auf einen Anhang 1, der eine (schwarze) Liste von Geschäftspraktiken enthält, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sein sollten. Hier werden also unbedingte Verbote ausgesprochen, die den Rechtsanwendern theoretisch keine Wertungsmöglichkeit offenlassen.

Die Liste des Anhangs 1 ist aber noch durchaus verbesserungsfähig, was an einigen Beispielen gezeigt werden soll.

aa) Strikte Verbote: „irreführende Geschäftspraktiken“.

- (1) Hier fällt die Ziff. (3) auf. Unseres Erachtens sind in dieser Klausel so viele unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, daß dieser Tatbestand für ganz starres Verbot nicht geeignet ist („hinreichender Grund für die Annahme“, „dieses oder ein gleichwertiges Produkt“, „in Bezug auf das Produkt und den Angebotspreis angemessen“). Die hier geregelten Fälle des Lockangebots bzw. der unzureichenden Bevorratung sollten deshalb nur als Regelbeispiele in Art. 6 erscheinen.
- (2) In der Fallgruppe (5) wird dem Gewerbetreibenden vorgeworfen, daß er „fälschlich“ dem Verbraucher suggeriert hat, das angebotene Produkt werde nur eine sehr kurze Zeit verfügbar sein. Soll dieses per se Verbot auch eingreifen, wenn der Gewerbetreibende diese Aussage in gutem Glauben getroffen hat, die Ware werde sich sehr schnell abverkaufen, dies dann aber nicht eingetreten ist?

- (3) Gemäß (12) ist es per se unzulässig, den Begriff „Räumungsverkauf“ zu verwenden, wenn der Gewerbetreibende tatsächlich keine Geschäftsaufgabe betreibt. In Deutschland ist der Begriff „Räumungsverkauf“ auch gebräuchlich, wenn außergewöhnliche Schadensereignisse wie Feuer, Wasser, Sturm oder auch ein genehmigter Umbau den Handel zwingen, jedenfalls für die Phase des Baus oder der Sanierung die vorhandene Ware abzuverkaufen. Alle diese Fälle wären künftig per se verboten, weil eine Geschäftsaufgabe erklärtermaßen nicht intendiert wird.

bb) Verbot „aggressiver Geschäftspraktiken“

Die im Anhang 1 enthaltene Liste „aggressiver Geschäftspraktiken“ erscheint uns teilweise zu eng formuliert.

So könnte Ziff. (3) unter Umständen e contrario dahingehend ausgelegt werden, daß im Regelfall unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax und E-Mail nicht als unlauter zu gelten hat, weil das zusätzliche Tatbestandsmerkmal „hartnäckig“ nicht gegeben ist. Hier liegt ein Wertungswiderspruch vor zur Richtlinie 2002/58/EWG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation). Diese verfolgt bekanntlich den Ansatz der vorherigen Zustimmung (opt-in, vgl. Art. 13 der Richtlinie: Unerbetene Nachrichten). Hinter dieses Schutzniveau fällt der Wortlaut des Verbots aggressiver Geschäftspraktiken in diesem Punkt weit zurück.

Generell sollten die einzelnen Tatbestände des Anhangs 1 „Irreführende Geschäftspraktiken“ – ggf. auf der Basis rechtsvergleichender Studien – noch einmal gründlich überarbeitet werden.

3. Art. 6: Irreführende Handlungen; Beweislastumkehr

- a) Aus Erwägungsgrund 69 in Zusammenschau mit Art. 6 Abs. 1 lit. f) folgt, daß vorgesehen ist, dem Gewerbetreibenden die Beweislast für die Richtigkeit seiner produktbezogenen Behauptungen aufzuerlegen. Abgesehen davon, daß der Begriff „Behauptung“ in Art. 6 Abs. 1 lit. f) noch weiter ist als „Tatsachenbehauptung“, ist diese ganz generelle Beweislastumkehr bedenklich.

Die Irreführungsrichtlinie (dort Art. 6) sieht eine entsprechende Beweislastumkehr nur in Einzelfällen vor, nicht indes als Regel. Art. 6 Abs. 1 lit. f) in der jetzt vorgelegten Fassung würde bedeuten, daß eine Werbung mit zutreffenden Tatsachenbehauptungen über ein Produkt stets als irreführend verboten werden müßte, wenn der Gewerbetreibende die Richtigkeit seiner Aussagen nicht beweisen könnte. Nach unserer Auffassung sollte demgegenüber sichergestellt werden, dass – wie im Rahmen der Irreführungsrichtlinie und wie im deutschen Recht bereits angelegt – ein flexiblerer Umgang mit der Darlegungs- und Beweislast möglich bleibt.

- b) Der Unterschied zwischen Art. 6 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 bleibt dunkel.

Art. 6 Abs. 1 verlangt mindestens, daß eine Geschäftspraktik den Durchschnittsverbraucher voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen könnte, die er ansonsten nicht getroffen hätte, § 6 Abs. 2 läßt es ausreichen daß die Geschäftspraxis „im konkreten Fall“ einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen geeignet ist, die er sonst nicht getroffen hätte. Wird hier etwas anderes gesagt als in Art. 6 Abs. 1? Die in Abs. 2 nachfolgend erwähnten Einzelfälle sind dann andere als in Abs. 1. Wir haben den Eindruck, daß die Fallgruppen des Absatzes 2 lit. a) bis c) auch unter einem mit Absatz 1 vereinheitlichten Obersatz angeordnet werden könnten und sollten.

4. Art. 7: Irreführendes Unterlassen

a) Art. 7 Abs. 1:

Art. 7 Abs. 1 ist generalklauselartig formuliert. Es gilt als irreführende Geschäftspraxis, wenn der Gewerbetreibende dem Verbraucher wesentliche Informationen vorenthält, die dieser benötigt hätte. Dieser offene Tatbestand ist für die werbende Wirtschaft wenig praktikabel und wird zur Unsicherheit führen, möglicherweise auch zu einer letztlich den Verbraucher verwirrenden Informationsüberflutung.

Ist die Werbung so konkret, daß sie die Definition „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ erfüllt, so verlangt Art. 7 Abs. 3 automatisch die Offenbarung aller wesentlichen Informationen, die im einzelnen in lit. a) bis d) aufgeführt werden. Über Art. 7 Abs. 4 und 5 sollen alle im Gemeinschaftsrecht festgelegten Informationsanforderungen unterschiedslos als wesentlich gelten. Dies scheint zu bedeuten, daß jeder noch so kleine Verstoß gegen eine Informationsobliegenheit per se zur Wettbewerbswidrigkeit der entsprechenden Werbemaßnahme führt. Dies halten wir nicht für angemessen. Oder soll auch in diesen Fällen eine Relevanzprüfung i.S.d. Art. 7 Abs. 1 durchgeführt werden? Wünschenswert wäre auch eine Klarstellung, daß Informationen im Einzelfall nicht „vorenthalten“ werden, wenn sie zwar nicht mit der Werbemaßnahme übermittelt wurden, dem Verbraucher aber ein geeigneter Weg aufgezeigt wird, diese Informationen zu erlangen (Internet, gebührenfreie Telefonnummer etc.).

b) Art. 7 Abs. 2:

Unklare, unverständliche und zweideutige Informationen behandelt Art. 7 Abs. 2 als Irreführen durch Unterlassen. Tatsächlich dürfte es sich insoweit um aktive Irreführung handeln, die eher in Art. 6 zu verorten ist.

Wenn ein kommerzielles Angebot sich als privates Handeln oder als nicht kommerzielle Wohltätigkeit tarnt, so kann man dies als Unterlassung der Aufklärung über den kommerziellen Zweck des Handelns begreifen. Eigentlich läge es aber auch hier näher, diese Praxis als aktive Täuschung über das Unternehmen des Werbenden zu begreifen.

- c) In Art. 7 Abs. 3 wird klargestellt, daß Geschäftspraktiken vor einer kommerziellen Transaktion nur dann wegen Vorenthaltens wesentlicher Informationen unlauter sein können, wenn die Werbung schon so konkret war, daß sie die Definition des Art. 2 lit. k) „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ erfüllt. Definitionsgemäß liegt dieser Tatbestand indes nur vor, wenn in der kommerziellen Kommunikation wesentliche Eigenschaften des Produktes und der Preis der Ware bereits angegeben werden. Wer wesentliche Eigenschaften des Produktes bewirbt, ist also verpflichtet, die wichtigsten Merkmale des Produktes zu nennen. Fast scheint es, als sei hier ein definitorischer Zirkelschluß erreicht.

Müssen die Informationen über die wichtigsten Merkmale des Produktes im Rahmen der Werbung unaufgefordert offenbart werden (Push) oder reicht es aus, wenn die Informationen für den Kunden leicht erreichbar vorgehalten werden (Pull, z.B. via Verweis auf eine Internet-Präsentation)?

5. Art. 8 und 9: Aggressive Geschäftspraktiken

- a) Art. 8 definiert generalklauselartig, wann eine Geschäftspraxis als aggressiv zu gelten hat, dann nämlich, wenn die Entscheidungs- bzw. Verhaltensfreiheit des Verbrauchers durch drei alternativ genannte Mittel beeinträchtigt wird, durch Belästigung, Nötigung oder unzulässige Beeinflussung. Art. 9 nennt nun Gesichtspunkte, die der Rechtsanwender bei der Bewertung der Geschäftspraxis berücksichtigen soll. Sinnvollerweise sollte man Art. 8 und 9 zu einem Artikel verschmelzen. In einem ersten Absatz sollte die Generalklausel enthalten sein, in einem zweiten Absatz könnte man die Gesichtspunkte des Art. 9 zum Tragen bringen. Art. 9 lit. a) ist wohl in jedem Fall zu

prüfen und zu bewerten, die Art. 9 lit. b) bis e) indes sind Beschreibungen spezieller Situationen, die eher als je eigene Regelbeispiele für das Vorliegen einer aggressiven Geschäftspraktik formuliert werden sollten.

- b) Schließlich ist noch folgendes zu bedenken: Der Vorschlag einer Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt (KOM (2001) 546) zielt darauf ab, Instrumente der Wertreklame, wie Rabatte, Zugaben und unentgeltliche Zuwendungen zu liberalisieren. Es könnte bei der Rechtsanwendung zu Inkongruenzen führen, wenn eben diese Maßnahmen der Verkaufsförderung als unzulässige Beeinflussung i.S.d. Art. 8 des Richtlinienentwurfs angesehen würden. Zwar sieht Art. 3 Abs. 5 einen Vorrang spezieller Rechtsvorschriften vor. Sollte die VO über Verkaufsförderung Gesetzeskraft erlangen, wäre es aber sinnvoll, diese Rechtsvorschrift auch ausdrücklich zu erwähnen, denn die im Erwägungsgrund 71 genannten Beispiele für zulässige Zuwendungen und Zugaben könnten ansonsten tendenziell so verstanden werden, daß die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken viel weniger zuläßt als die Verordnung über Verkaufsförderung.

6. Art. 11: Durchsetzung

Hier wäre es wünschenswert, daß die Aktivlegitimation auch der Wettbewerber ausdrücklich angesprochen wird. Auch Wettbewerbsvereine (Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen) sollten neben Verbraucherverbänden bzw. qualifizierten Einrichtungen i.S. Art. 4 der Richtlinie 98/27/EWG klagebefugt sein.

Insgesamt sind wir der Meinung, daß der Richtlinienvorschlag zwar insofern positiv zu bewerten ist, als er eine Harmonisierung des Lauterkeitsrechts anstrebt und einer weiteren Partikularisierung der einschlägigen Vorschriften entgegenwirken will. In seiner konkreten Ausformung aber wird er – insbesondere durch das Zusammenwirken von zwei Elementen, nämlich der Beschränkung auf das Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern und durch die „Binnenmarktklausel“ (m.a.W. das Herkunftslandprinzip) – seinerseits zu einer unnötigen Zersplitterung führen, die in vielen Fällen die Rechtsdurchsetzung durch Unternehmen und Verbände und die Berücksichtigung der

Verbraucherbelange gleichermaßen eher erschweren als erleichtern dürfte. Eine Harmonisierung des Projekts mit relevanten anderen Normen und Vorhaben des Gemeinschaftsrechts erscheint uns unerlässlich. Unabhängig hiervon ergibt sich in einer Reihe von Einzelfragen Verbesserungspotenzial.

Dr. Kunz-Hallstein
Präsident

Dr. Loschelder
Generalsekretär