

## **Stellungnahme zum**

### **Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG, 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken)**

#### **Grundsätzliche Anmerkungen:**

Die Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände fordert eine Harmonisierung des Lauterkeitsrechts aus einem Guss und wiederholt damit ihre, anlässlich der Folgemaßnahmen zum Grünbuch über den Verbraucherschutz gestellte, zentrale Forderung. Mit der Kommission ist die Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände der Auffassung, dass die Rechtszersplitterung in dem Bereich der unlauteren Geschäftspraktiken sowohl erhebliche Hindernisse für den Binnenmarkt darstellen als auch Wettbewerbsverzerrungen zur Folge haben kann. Entgegen der Kommission ist die Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände jedoch der Überzeugung, dass das Abstellen auf den Verbraucherschutz nicht ausreichend ist. Die Frage, ob eine Wettbewerbshandlung unlauter ist oder nicht darf nicht davon abhängen, ob diese das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinträchtigt bzw. dazu geeignet ist. Für die Beantwortung dieser Frage muss vielmehr entscheidend sein, ob die Wettbewerbshandlung geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der Verbraucher, Mitbewerber und der Allgemeinheit nicht unerheblich zu verfälschen. Nicht der Verbraucherschutz sondern der lautere Wettbewerb muss im Fokus der Richtlinie stehen!

Die Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände begrüßt – abgesehen von der Forderung nach einem integrierten Ansatz – den Ansatz der Kommission, eine Harmonisierung mit Hilfe einer durch Spezialtatbestände ergänzten Generalklausel herbeizuführen.

Die Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände fordert kohärente Regelungen in dem Bereich des lautereren Geschäftsverkehrs. Diese Forderung umfasst insbesondere die Richtlinie über irreführende Werbung sowie den Verordnungsvorschlag über Verkaufsfördermaßnahmen.

## **Zu dem Vorschlag im Einzelnen:**

### Artikel 1 Ziel der Richtlinie

Ziele der Richtlinie sind die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus sowie des Funktionierens des Binnenmarktes. Im Sinne des Petitums der Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände sollte Ziel der Richtlinie die Gewährleistung eines lautereren Geschäftsverkehrs sein.

### Artikel 2 Begriffsbestimmungen

- (b) Die deutsche Übersetzung des Begriffs „Durchschnittsverbraucher“ weicht von der englischen Fassung ab; der Durchschnittsverbraucher ist – ausgehend von der englischen Fassung - der hinlänglich aufgeklärte, aufmerksame und umsichtige Verbraucher.
- (k) Der definierte Begriff „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes“ ist nicht verständlich. Vermutlich geht es hierbei um die *Invitatio ad offerendum*, d.h. die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots. In diesem Fall muss die Erläuterung am Ende heißen „...und den Verbraucher ... in die Lage versetzt, ein Angebot abzugeben“ statt „...und den Verbraucher ... in die Lage versetzt, einen Vertrag zu schließen“. Andernfalls würde der Europäische Gesetzgeber die Voraussetzungen eines Angebots definieren.

### Artikel 3 Anwendungsbereich

Die Vorschrift dient der Abgrenzung der nicht erfassten Bereiche. Kartellfragen und das Vertragsrecht werden nicht erfasst. Spezialvorschriften gegen unlautere Geschäftspraktiken haben Vorrang vor der allgemeinen Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken; diese kann allerdings eine ergänzende Funktion ausüben.

Die Richtlinie bezieht sich lediglich auf Sachverhalte, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher berühren. Damit stellt die Richtlinie durchgängig auf den Verbraucherschutz ab. Grundlage für die Beurteilung der Frage, ob eine unlautere Geschäftspraktik vorliegt oder nicht ist das Verhältnis zwischen dem Unternehmen und dem Verbraucher. Das Wettbewerbsverhalten zwischen den Unternehmen bleibt daher grundsätzlich außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie. Dies steht im klaren Widerspruch zu der Rechtslage in den Mitgliedstaaten, in denen Verbraucher, Wettbewerber und die Allgemeinheit gleichermaßen durch die Vorschriften gegen unlautere Geschäftspraktiken geschützt werden. Neun Mitgliedstaaten erkennen - nach Aussage des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht - bereits das integrierte Modell entweder ausdrücklich an oder neigen zumindest dazu. Neben Deutschland sind dies Österreich, Belgien, Dänemark, Niederlande, Luxemburg, Schweden, Griechenland, Spanien und fast alle Ost-Beitrittsländer. Einen davon abweichenden Regelungsansatz, d.h. Trennung von Verbraucher- und Wettbewerberschutz, verfolgen Italien und Frankreich; wobei in Frankreich eine Zusammenfassung unter dem Begriff des Marktrechts bereits gefordert wird. Großbritannien und Irland erkennen bisher ein eigenständiges Rechtsgebiet des unlauteren Wettbewerbs nicht an. Legt man diese Erkenntnisse zugrunde, würde eine lediglich auf den Verbraucherschutz fokussierte Regelung daher in den meisten Mitgliedstaaten

zu weitreichenden Änderungen in der Hinsicht führen, getrennte Regelungen für unlautere Geschäftspraktiken gegenüber den Verbrauchern und gegenüber den Wettbewerbern einzuführen. Rechtszersplitterung statt Rechtsvereinheitlichung wäre die Folge.

Schon die Wahl des Begriffes „Geschäftspraxis“ bzw. „Geschäftspraktiken“ ist mehr als unglücklich, da sie in der deutschen Sprache eher abwertend verstanden werden ( vgl. dazu Köhler / Lettl in einem in Kürze in der wrp erscheinenden Beitrag zum geltenden europäischen Lauterkeitsrecht, dem Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und der UWG-Reform ). Geht man nach der in Art. 2 lit. e genannten Definition, so dürften diese Begriffe sowohl den noch in der Irreführungsrichtlinie verwendeten Begriff der „Werbung“ als auch den in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr verwendeten Begriff der „kommerziellen Kommunikationen“ mit einschließen.

Die Differenzierung unlauterer Geschäftspraktiken nach solchen, die die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen tatsächlich beeinträchtigen, und solchen, die dies nicht bewirken, stellt darüber hinaus eine künstliche Aufspaltung der Geschäftspraktiken dar und ist als Abgrenzungskriterium für den Anwendungsbereich der Richtlinie nicht geeignet. Dies zeigt das Beispiel des „Schlechtmachens eines Mitbewerbers“, das laut Begründung (Rdnr. 40) nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fällt. Eine Beeinflussung des Marktes und somit eine – wenn auch nur indirekte - Auswirkung auf den Verbraucher ist auch durch eine solche Handlung denkbar. Nach Auffassung der Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände können Geschäftspraktiken nur einheitlich betrachtet und bewertet werden. Eine künstliche Differenzierung in einen Wettbewerb gegenüber dem Verbraucher und einen Wettbewerb gegenüber dem Wettbewerber muss vermieden werden. An diesem Beispiel wird darüber hinaus deutlich, dass die bloße Ausrichtung auf den Verbraucherschutz auch kontraproduktiv sein kann; wenn nämlich Verbraucherinteressen nur mittelbar bzw. indirekt betroffen sind.

Ferner spricht die bisherige Praxis der Europäischen Gesetzgebung ebenfalls für einen integrierten Ansatz. Der Europäische Gesetzgeber wählte 1984 bereits den integrierten Ansatz für die Richtlinie über irreführende Werbung und bestätigte dies 1997 durch die Ausdehnung des Geltungsbereichs der Richtlinie auf die vergleichende Werbung. Die Richtlinie 84/450/EWG definiert aus guten Gründen in Artikel 1 den Zweck als „Schutz der Verbraucher, der Personen, die einen Handel oder ein Gewerbe betreiben oder ein Handwerk oder einen freien Beruf ausüben, sowie die Interessen der Allgemeinheit gegen irreführende Werbung und deren unlautere Auswirkungen“. Die Rechtsangleichung liegt im Interesse aller genannten Adressaten, heißt es in den Erwägungsgründen. Dieses Prinzip verlässt der Europäische Gesetzgeber mit dem aktuellen Vorschlag und bewirkt durch die konsequente Änderung der genannten Richtlinien die Aufspaltung einer Vorschrift, die seit fast zwei Jahrzehnten gilt.

#### Artikel 4 Binnenmarkt

Artikel 4 regelt das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, beschränkt auf den durch die Richtlinie harmonisierten Bereich. Diese Ausgestaltung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung verdient den Vorzug gegenüber einer Regelung, die das Herkunftslandprinzip auch auf den nichtharmonisierten Bereich erstreckt, wie in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Die Geltung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung ohne eine Harmonisierung des betroffenen Bereichs wäre abzulehnen. Dies würde dazu

führen, dass auf ein und demselben Markt unlautere Geschäftspraktiken aufgrund unterschiedlicher Vorschriften beurteilt werden würden. Die Folge wären Wettbewerbsverzerrungen für die Anbieter und Irreführungen für die Verbraucher. Nur eine ausreichende Harmonisierung in Verbindung mit dem Herkunftslandprinzip gewährleistet einen vergleichbaren Rechtsrahmen für Anbieter und Verbraucher.

### Artikel 5 Verbot unlauterer Geschäftspraktiken

Die Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände begrüßt grundsätzlich, dass mit der Aufnahme einer Generalklausel der Versuch unternommen wird, eine vollständige Harmonisierung des Lauterkeitsrechts herbeizuführen. Darüber hinaus entspricht die Wahl einer Generalklausel der Tradition der meisten Mitgliedstaaten, da deren Rechtssysteme ebenfalls auf einer Generalklausel beruhen.

Keine Zustimmung findet jedoch die Beschränkung auf solche Geschäftspraktiken, die das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinflussen oder dazu geeignet sind. Die Folge ist, wie schon oben ausgeführt, dass allein der Adressat darüber entscheidet, ob eine Geschäftspraktik unlauter ist oder nicht. Der unlautere Charakter einer Wettbewerbshandlung als solcher ist damit bedeutungslos, wenn er sich nicht auf einen Durchschnittsverbraucher auswirkt. Die Generalklausel muss sich daher ebenfalls auf die Mitbewerber und die sonstigen Marktteilnehmer erstrecken.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Mitgliedstaaten befugt sind, eine Generalklausel zu verfassen, die zusätzlich zum Verbraucherschutz den Mitbewerberschutz bzw. den Schutz der Allgemeinheit mitumfasst. Zweifel bestehen vor dem Hintergrund der Ausführungen in der Begründung (Rdnr. 48), wonach das generelle Verbot „die im Hinblick auf unlautere Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern bestehenden nationalen Generalklauseln ersetzt und präzisere Kriterien zur Bestimmung der Unlauterkeit aufstellt als jede bestehende nationale Generalklausel“.

### Artikel 6 Irreführende Handlungen

Regelungen über irreführende Handlungen sollten in der Richtlinie 84/450/EWG verbleiben. Notwendige Änderungen könnten durch eine Änderung dieser Richtlinie erreicht werden.

### Artikel 7 Irreführendes Unterlassen

Gleiches gilt für die Normierung des Unterlassens in diesem Bereich. Ansonsten würden diese erheblichen Unterschiede zu einer Ungleichbehandlung von Verbrauchern und Gewerbetreibenden als Werbeadressaten führen, ohne dass es dafür einen sachlichen Grund gibt ( so auch Köhler / Lettl aaO. ).

Die Vorschrift normiert die Verpflichtung, keine „wesentlichen“ Informationen vorzuenthalten, die der durchschnittliche Verbraucher benötigt, um eine informierte Entscheidung zu treffen, ohne bestimmte Elemente zu benennen.

Im Falle der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots werden bestimmte Kerninformationen verpflichtend vorgesehen, wenn sie sich nicht aus dem Kontext ergeben. Laut Be-

gründung (Rdnr. 64) ist damit aber keine allgemeine marken- oder produktbezogene Werbung gemeint, die nicht die Bedingungen eines Kaufangebotes erfüllt. Diese Aussagen sind widersprüchlich. Eine Aufforderung zur Abgabe eines Kaufangebotes (invitatio ad offerendum) beinhaltet gerade keinen Rechtsbindungswillen und erfüllt nicht die Voraussetzungen eines Kaufangebotes. Trotzdem sind daran bestimmte Informationspflichten geknüpft. Die Werbung für ein Produkt dient dazu, auf das betreffende Produkt aufmerksam zu machen; es ist kein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages. Dies sieht wohl auch die Kommission, wenn sie in der Begründung ausführt, dass allgemeine marken- und produktbezogene Werbungen frei sind von den definierten Informationspflichten. Bei einer Aufforderung zur Abgabe von Angeboten handelt es sich aber auch lediglich um eine allgemeine Werbung und nicht um ein Kaufangebot. Es wäre unverhältnismäßig, bereits in dem Augenblick, in dem die Aufmerksamkeit zum ersten Mal auf das Produkt gelenkt werden soll, zu fordern, dass sämtliche, für die Kaufentscheidung wesentlichen Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen. Die kaufrelevanten Informationen sind erst dann notwendig, wenn ein tatsächliches Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages gemacht wird. Dies ist aber eine Frage des Vertragsschlusses und nicht der Werbemaßnahmen im Vorfeld der konkreten geschäftlichen Beziehungen.

### Artikel 11 Durchsetzung

Diese Vorschrift beinhaltet Vorgaben für die Mitgliedstaaten zur Durchsetzung der Bestimmungen der Richtlinie. Die Vorentwürfe des Richtlinienvorschlags vom 20.03.03 sowie vom 03.06.03 beinhalteten in der jeweiligen Regelung über die Durchsetzung der Bestimmungen der Richtlinie in Absatz 1 die Schutzzwecktrias „Verbraucher, Wettbewerber und Allgemeinheit“. Artikel 11 des Richtlinienvorschlags beinhaltet nun lediglich noch den Hinweis auf die Verbraucher. Die Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände plädiert für eine Wiedereinführung der genannten Schutzzwecktrias, die den gesamten Schutzbereich des lautereren Geschäftsverkehrs deutlich macht und die bereits seit 1984 für den Bereich der irreführenden Werbung gilt.

### Artikel 14 Änderung der Richtlinie 1984/450/EWG in der durch die Richtlinie 1997/55/EG geänderten Fassung

Die vorgesehene Änderung der Richtlinie – Überführung der verbraucherschützenden Aspekte – wird von der Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände abgelehnt. Diese Absicht spaltet den Anwendungsbereich der Richtlinie auf bewirkt so eine Zunahme der Rechtszersplitterung. Die Europäische Kommission beabsichtigt mit der auf Artikel 95 EG-Vertrag gestützten Maßnahme, einen Beitrag zur Harmonisierung des Binnenmarkts zu leisten. Wie die Kommission selbst feststellt, umfasst der Binnenmarkt auch die Lauterkeit des Geschäftsverkehrs. An diesem Aspekt – Lauterkeit des Geschäftsverkehrs – muss sich also die Harmonisierungsmaßnahme ausrichten, und zwar im Interesse aller am Geschäftsverkehr teilnehmenden Parteien.

### Anhang 1: Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten

Der Europäische Gesetzgeber hat sich zurecht für die Schaffung eines flexiblen Systems entschieden. Dies verdeutlicht die Schaffung einer durch Spezialtatbestände ergänzten Generalklausel. Im Gegensatz dazu besteht der Anhang aus einer Liste von Einzelfällen, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind. Diese schwarze Liste soll nach

Auffassung der Kommission der Rechtssicherheit dienen und das Vertrauen der Verbraucher fördern. Nach Auffassung der Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände beschreiben diese Beispiele jeweils nur sehr eingegrenzte einzelne Sachverhalte und verfügen daher nur über sehr enge Anwendungsbereiche. Die Zusammenstellung der Beispiele ist nicht nachvollziehbar und erscheint willkürlich. Darüber hinaus ist unklar, ob diese Liste abschließend ist, d.h. ob die Mitgliedstaaten diese Liste erweitern können oder nicht. Die Europäische Kommission gibt in dem zu dem Entwurf veröffentlichten Fragen- und Antwortenkatalog zwar die Auskunft, dass es sich um eine nicht erschöpfende Auflistung verbotener Praktiken handelt. Dies kann jedoch lediglich als ein Hinweis auf die durch Spezialtatbestände ergänzte Generalklausel verstanden werden. Die Frage, ob die Mitgliedstaaten auch andere Fallgruppen aufnehmen können, ist damit nicht beantwortet. Aus Sicht der Bundesvereinigung Deutscher Handelsverbände wäre eine Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch flexiblere Fallgruppen oder Regelbeispiele zu bevorzugen. Diese Rechtssetzungsinstrumente erfüllen ebenfalls die von der Kommission angeführten Ziele – mehr Rechtssicherheit und Stärkung des Verbrauchervertrauens - , können sich jedoch den sich wandelnden Marketinginstrumenten anpassen und führen somit nicht zu einem negativen Zwangsjackeneffekt.

Berlin, den 29.08.2003