

Prof. Dr. Dr. h.c. Norbert Reich
Universität Bremen, FB Rechtswissenschaft
Ex-Rector, Riga Graduate School of Law
Andreasstr. 29, D 22301 Hamburg, den 15/23.5.2005
Phone +49-40-69212754 ; mp 0176-23792750,
e-mail norbert.reich@rgsl.edu.lv; n.reich1@gmx.net

Kurze gutachterliche Stellungnahme zu den Auswirkungen des Richtlinienvorschlages der Kommission v. 25.2.2004 (Kom [2004] 2 endg) über **Dienstleistungen im Binnenmarkt** (im folgenden: Vorschlag) auf den Verbraucherschutz

Hier: Expertenanhörung des BT-Ausschusses für Verbraucherschutz am 30.5. 2005 in Berlin

I. Auswirkungen auf den zivil- und lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutz

1. Aus Zeitgründen wird der Vorschlag in den Ziff. 1-17 nur im Hinblick auf Auswirkungen auf den europäischen und deutschen Verbraucherschutz im Zivil- und Lauterkeitsrecht untersucht. Kurze ergänzende Überlegungen zu den mir erst später zugegangenen Fragen der Koalitionsfraktion finden sich in den Ziff. 18-22.
2. Das in Art. 16 des Vorschlages zu findende sog. „**Herkunftslandprinzip**“, wie es sich z.T. auch in der e-commerce-RiLi 2000/31 findet, ist in Art. 17 Nr. 21 für das Verbrauchervertragsrecht z.T. ausgenommen. Daraus folgt, dass offenbar nach Meinung der Kommission das Herkunftslandprinzip kein taugliches Instrument zur Verwirklichung und Absicherung des *acquis* ist. Dem kann nach allen Erfahrungen nur voll inhaltlich zugestimmt werden. Inoweit bleiben die verbraucherrechtlichen Schutzvorschriften des Art. 5 EVÜ (in Art. 29 EGBGB umgesetzt) und des Art. 15 VO 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen unberührt.
3. Die **Ausnahme ist allerdings restriktiv** formuliert, was wiederum nach der Rspr. des EuGH für eine einschränkende Auslegung sprechen könnte:
 - Sie bezieht sich nur auf „geschlossene Verträge“ („contracts concluded by consumers...“)
 - Sie gilt nur dann, wenn die Gemeinschaft die anwendbaren Bestimmungen „nicht vollständig harmonisiert“ hat.
4. Was heißt „**geschlossene Verträge**“? Bezieht sich dies nur auf „gültige Verträge“ mit der Folge, dass die Gültigkeitsvoraussetzungen, Anfechtung, Form usw. nicht ausgenommen wären? Eine solche Spaltung machte keinen Sinn. Hier sollte auf Klarstellung gedrungen werden.
5. Wie steht es mit **vorvertraglichen Informationspflichten**? Soweit sie auf den *acquis* zurückgehen, bleiben sie unberührt. Wie steht es mit spezialgesetzlichen Pflichten? Mit richterrechtlich entwickelten Aufklärungspflichten? Mit den

Einbeziehungsvoraussetzungen für AGB (s.u. Ziff. 12)? Verdrängen die Sonderregelungen über Informationspflichten im Vorschlag (dazu Ziff. 10) die im Verbraucherrecht der Mitgliedstaaten entwickelten, z.T. sehr detaillierten Informationspflichten?

6. Was heißt „**von**“ **Verbrauchern** geschlossene Verträge? Reicht es, dass sie – wie im Reiserecht - „**für**“ **Verbraucher**, etwa als Drittbegünstigte nach § 328 BGB geschlossen sind?
7. Der Begriff des „**Verbrauchers**“ ist im Vorschlag nicht definiert. Gilt der enge Verbraucherbegriff des sonstigen RiLi-Rechts, der weitere Begriff des § 13 BGB, oder gar der umfassende Begriff des „Dienstleistungsempfängers“ in Art. 4 (3), ev. auf natürliche Personen beschränkt? Geht hier die RiLi von einer „Mindestharmonisierung“ oder einer Vollharmonisierung aus? Wie steht es mit gemischten Verträgen (vgl. dazu die EuGH-Entscheidung v. 20.1.2005 in der Rs. Gruber/BayWa, EuZW 2005, 241 mit Anm. Reich S. 244)?
8. Die **deliktische Haftung** des Dienstleistungserbringers soll sich – mit der eher seltenen Ausnahme einer Unfallhaftung – gem. Art. 17 Nr. 23 des Vorschlages nach dem Herkunftsstatut richten, Art. 16 (1). Hiergegen sind eine Reihe von gewichtigen Vorbehalten angebracht:
 - Anders als etwa bei der Produkthaftung, die den allgemeinen, durch die geplante Rom II-VO kodifizierten Regeln der *lex loci commissi* folgt, soll auch bei der Verletzung deliktischer Verhaltenspflichten gegenüber Verbrauchern durch Dienstleistungserbringer das Herkunftslandprinzip gelten. Die Kommission (S. 20 des Vorschlages) rechtfertigt dies mit der Ausnahme in Art. 23 (2) der Rom II-VO, der allerdings nur für den elektronischen Geschäftsverkehr passt, nicht für eine horizontale Richtlinie. Die Kommission nimmt einen erheblichen Systembruch im Gemeinschaftsrecht in Kauf, der auch durch die Tendenz des Vorschlages, den Dienstleistungserbringer vor der Rechtsordnung des Tätigkeitslandes gleichsam zu „schützen“ (in die er sich ja freiwillig begeben hat!), nicht gerechtfertigt wird.
 - Der Dienstleistungserbringer muss hinsichtlich des Gerichtsstandes für (grenzüberschreitende) Deliktssklagen ohnehin „befürchten“, nach Art. 5 Nr. 3 VO 44/2001 in der Auslegung des EuGH vor Gerichten des Erfolgsortes (d.h. des Tätigkeits-, nicht des Herkunftslandes) verklagt zu werden. Dieses muss dann aber paradoxerweise das ihm (und vermutlich auch den Parteien) unbekanntes Recht der Herkunftslandes anwenden, was entsprechenden Aufwand verursacht. Die Spaltung von gerichtlicher Zuständigkeit und anwendbarem Recht, die bislang durch das Zusammenspiel von VO 44/2001 und geplanter Rom II-VO vermieden werden sollte, führt auch für den Dienstleistungserbringer zu erheblichen Kosten und Risiken.
 - Offenbar soll das Herkunftslandprinzip auch für die wettbewerbliche Haftung des Dienstleistungserbringers gelten, auch wenn Art. 16 Nr. 1 nur die „Werbung“ erwähnt. Nach deutschem, in der EU bislang völlig unbestrittenen Rechtsverständnis wird der

Verstoß gegen Verbraucherschutzvorschriften, die die kollektiven Interessen der Verbraucher (UWG, UKIG) schützen, dem Deliktsrecht und damit prozessual der Norm des Art. 5 Nr. 3 VO 44/2001 zugerechnet. Diese Auffassung ist durch die *Henkel*-Entscheidung des EuGH (EuZW 2002, 657) für sog. vorbeugende Unterlassungsklagen nach AGB- und Lauerkeitsrecht bestätigt worden. Offenbar soll dieses Gericht entgegen dem im Lauterkeitsrecht geltenden und von der Rom II-VO zu kodifizierenden „Marktortprinzip“ durch das Herkunftslandprinzip abgelöst werden, und zwar völlig systemwidrig nur für die Erbringung von Dienstleistungen (mit der Ausnahme von Finanzdienstleistungen und anderen Dienstleistungen gem. Art. 2 Nr. 2 des Vorschlages!), nicht aber für Warenverkehr. Ein solcher Systembruch ist nicht zu rechtfertigen.

9. Art. 22 verpflichtet die Mitgliedstaaten (bzw. die entsprechende Stelle des Herkunftslandes) zu bestimmten **Informationen** im Wohnsitzland, z.B. über Verbraucherschutzbestimmungen, Rechtbehelfe, Verbände. In welcher Sprache soll dies geschehen? Wie intensiv muss diese Unterrichtung sein, umfasst sie z.B. auch die höchstrichterliche Rechtsprechung? Wie muss man sich die „gegenseitige Unterstützung und effiziente Zusammenarbeit“ konkret vorstellen? Was sind die Folgen bei Verstoß gegen diese Pflichten?
10. Art. 26 enthält Vorschriften über „Informationen über die Dienstleistungserbringer und deren Dienstleistungen“ und findet sich im Kapitel über die „**Qualität von Dienstleistungen**“. Dabei werden zwei Arten der Informationsvermittlung unterschieden:
 - Obligatorische Informationen mit der Pflicht zur „leichten Zugänglichkeit“ gem. Abs. 1 und 2.
 - Zusatzinformationen auf „Anfrage“ des Empfängers gem. Abs. 3, wozu „die Hauptmerkmale der Dienstleistungen“ sowie deren Preis gehören.
11. Auch an dieser „horizontalen“ Regelung überrascht der von der Kommission in Kauf genommene, aber geleugnete (S. 18) Bruch im Gemeinschaftsrecht, und zwar konkret mit der geplanten Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Bei letzterer verbietet Art. 6/7 i.d.F. des Gemeinsamen Standpunktes v. 9/15.11.2004 (die endgültige Fassung der RiLi liegt mir noch nicht vor) sowohl irreführende als auch bestimmte unterlassene Angaben. Bei konkreten Verkaufsaufforderungen gehören dazu der Preis und die Hauptmerkmale des Produktes (hierzu rechnen nach Art. 2 (c) auch Dienstleistungen). Die RiLi strebt insoweit eine vollständige Harmonisierung an. Wie ist das Verhältnis der beiden Vorschläge zueinander?
12. Art. 26 Nr. 1 f) enthält lediglich die Pflicht, Informationen über AGB „zur Verfügung zu stellen“. Soll damit auch die Einbeziehung von AGB in den Vertrag geregelt werden (vgl. oben Ziff. 5)? Das bedeutete für das deutsche Recht ein Unterlaufen der in § 305 BGB n.F. zu findenden strengen Einbeziehungsvoraussetzungen, die z.T. auch im Geschäftsverkehr gelten (vgl. § 310 I BGB).

13. Art. 26 Nr. 5 des Vorschlages gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den Dienstleistungserbringern, die in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassen sind, „zusätzliche Informationspflichten“ vorzuschreiben. Im Umkehrschluss ist daraus ein Verbot des Tätigkeitslandes abzuleiten, solche weitergehenden Informationspflichten einzuführen, was damit den **informationellen Verbraucherschutz** aushöhlt, wie er in Art. 153 (1) EG als subjektives Recht des Verbrauchers garantiert und in der Rechtsprechung des EuGH ausformuliert ist (dazu Reich, Understanding EU Law, 2. A. 2005, S. 294 ff.).
14. Der Vorschlag schweigt sich völlig über die **Sprache** der zu erbringenden Informationen aus. Zugegebenermaßen gehört das Sprachenproblem bei einer erweiterten Union mit 20 verschiedenen Amtssprachen zu den schwierigsten Integrationsproblemen und bildet möglicherweise das größte Hemmnis für einen grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr, der gleichsam, da i.d.R. durch Verträge vermittelt, von der „Sprache lebt“. Wie kann eine Information i.S. von Art. 26 Nr. 4 des Vorschlages „klar und eindeutig“ sein, wenn sie in einer dem Verbraucher nicht verständlichen Sprache gegeben wird? Man hätte von der Kommission wenigstens erwarten können, dass sie das Problem anspricht, wie es in einigen RiLi zu FDL immerhin versucht worden ist.
15. Art. 31 betrifft „**Maßnahmen zur Qualitätssicherung**“, deren rechtlicher Gehalt allerdings unklar bleibt. Was bedeutet: die Dienstleistungserbringer sollen „ermutigt“ werden? Offenbar geht es hier um freiwillige Maßnahmen (Zertifizierung, Qualitätssicherung, Codes of practice). Gegen solche Maßnahmen ist nichts einzuwenden, wenn sie in einem entsprechenden rechtlichen Rahmen stattfinden, der sich aber in den schwachen Informationspflichten des Art. 26 (oben Ziff.10) gerade nicht findet. Außerdem ist eine Mitwirkung von Verbraucher- und Nutzerorganisationen noch nicht einmal erwähnt, geschweige denn vorgesehen.
16. Art. 32 enthält Regeln zur „**Streitbeilegung**“, die aber eigentlich gar nichts regeln. Es geht lediglich um die – an sich selbstverständliche – Einrichtung von Beschwerdeadressen sowie um (letztlich freiwillige) außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen. Irgendwelche Verpflichtungen für Anbieter entstehen daraus nicht, bis auf die bekannte, aus der RiLi 2000/31 übernommene Pflicht zur Adressenangabe.
17. Abschliessend kann aus Sicht gerade auch des europäischen Verbraucherrechts, wie es sich in den letzten 20 Jahren entwickelt hat (dazu umfassend Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. A. 2003) vor einer Annahme des Vorschlages nur gewarnt werden. Er bedeutete einen **totalen Systembruch** mit anderen Regelungsinitiativen, trotz der Behauptung der Kommission (S. 15 des Vorschlages) einer „Kohärenz mit anderen Politikbereichen der Gemeinschaft“. Er führt nicht nur zu einer erheblichen Reduktion des verbraucherrechtlichen *acquis*, sondern vermeidet auch für Dienstleistungserbringer keineswegs die Unwägbarkeiten einer

grenzüberschreitenden Tätigkeit (z.B. in gerichtlichen Auseinandersetzungen, die häufig einen Gerichtsstand im Tätigkeits- und nicht im Herkunftsland erzwingen). Für die Mitgliedstaaten selbst bedeutet er eine nachgerade dramatische Aushöhlung ihrer Regelungshoheit im Bereich des nicht angeglichenen Rechts. Der „horizontale Ansatz“ der Kommission ist viel zu weit und gleichzeitig zu unbestimmt und vage, um eine solche umfassende Derogation mitgliedstaatlicher Befugnisse durch die Hintertür des Herkunftslandprinzips entgegen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 5 (3) EG zu rechtfertigen.

II. Ergänzende Fragen-Koalitionsfraktionen gem. Scheiben der Ausschussvorsitzendem v. 20.5.

18. *Zu Frage 1 = Beeinträchtigung der nationalen Standards:* Der Vorschlag erfasst nur Dienstleistungen, nicht den warenverkehrsbezogenen Verbraucher-, Tier- und Gesundheitsschutz. In Frage kommen etwa Labor-, Untersuchungs-, Kontrolldienstleistungen. Hier ist ein Herkunftslandsprinzip nur gerechtfertigt, wenn gemeinsame Regeln etwa zur Akkreditierung von Labors, Zertifizierung von Prüfungen (etwas: **europäischer TÜV!**) usw. existieren. Mir ist nicht bekannt, wieweit dies im einzelnen der Fall ist. Ein generelles Herkunftslandprinzip ist angesichts der erheblich unterschiedlichen Standards in den MS – vor allem den neuen MS – entschieden abzulehnen. Die Ausnahmen in Art. 17 Nr. 16/17 des Vorschlages sind m.E. zu eng gefasst.
19. *Zu Fragen 2/8/9 – Auswirkungen auf das Verbraucherschutzniveau in Dtl. sowie Probleme der grenzüberschreitenden Kontrolltätigkeit:* Das zentrale Problem liegt m.E. in der **Herkunftslandkontrolle** selbst, die ja nach dem Vorschlag auch die Tätigkeit ausserhalb des Sitzlandes erfassen soll, Art. 16 (2). Meine eigenen Erfahrungen in den neuen MS (vier Jahre Lehrtätigkeit in Lettland und in anderen Staaten des Baltikums) zeigen bereits eine völlige Überforderung hinsichtlich der im Rahmen des *acquis* erforderlichen Überwachungstätigkeiten im eigenen Lande. Umgekehrt dürften auch deutsche Behörden nicht in der Lage sein, die Tätigkeit deutscher Dienstleistungserbringer etwa in Lettland zu überwachen. Nur dort, wo sich bereits eine enge Zusammenarbeit eingespielt hat, etwa bei der Bankenaufsicht, ist die Herkunftslandkontrolle akzeptabel, aber nicht als generelles Prinzip. Es ist wohl auch kein Zufall, dass die Kommission ihren Vorschlag vor dem Beitritt der neuen MS publiziert hat, obwohl sie in ihren Fortschrittsberichten immer wieder auf Defizite in der Aufsicht und Rechtskontrolle dieser Staaten hingewiesen hatte, die auch nach dem 1.5.2004 weiter bestehen und noch längere Zeit andauern dürften. Hinzu kommen die erheblichen Sprachprobleme, die bislang noch nicht einmal hinsichtlich der Übersetzung von Gemeinschaftsdokumenten gelöst sind. Die in den Art. 34-38 des Vorschlages vorgesehenen Möglichkeiten der Zusammenarbeit und Unterstützung

können die vorhandenen, in Zukunft fortdauernden Kontrolldefizite nicht wirklich ersetzen.

20. *Zu Frage 3 – Änderungsvorschläge im Bericht Gebhardt*: Mir sind Einzelheiten nicht bekannt. Das Prinzip der „**gegenseitigen Anerkennung**“ liegt bereits der Rspr. des EuGH sowie zahlreichen sektoriellen Richtlinien (etwa Rechtsberatung) zugrunde. Es ändert aber nichts an der Zuständigkeitsverteilung hinsichtlich Überwachung. Es lässt den MS immer die Möglichkeit, außerhalb des angeglichenen Bereiches ihre im Allgemeininteresse (Sozialschutz, Verbraucherschutz, Gesundheitsschutz) erlassenen Vorschriften im Bestimmungsland (Land der Dienstleistungserbringung) durchzusetzen, sofern sie sich an das Gebot der Verhältnismäßigkeit halten. M.E. sollte diese bewährte Vorgehensweise beibehalten werden; sie bedarf dazu keines neuen Gesetzgebungsaktes, weil sie sich aus dem EU-Primärrecht von selbst ergibt.
21. *Zu Fragen 4/6 – Mindestanforderungen an eine DienstleistungsRiLi*: Schon der Grundansatz des Vorschlages ist **verfehlt**, und zwar nicht nur aus Sicht des Verbraucherschutzes. Vielmehr sollte der durchaus bewährte Ansatz einer sektoriellen Öffnung der Dienstleistungsmärkte, die sehr unterschiedliche Anforderungen haben, fortgesetzt werden, was die Kommission implizit für Finanzdienstleistungen und andere ausgenommene Bereiche anerkennt. Er wurde letztlich auch für den Warenverkehr gewählt (sektorielle Richtlinien mit den grundlegenden Anforderungen an die Produktsicherheit, verkoppelt mit einer ausgefeilten Normungs- und Zertifizierung auf freiwilliger Basis, und abgeschlossen durch eine Nachmarktkontrolle und Haftung für unsichere bzw. fehlerhafte Produkte). Als Mindestanforderung ist eine „*Dienstleistungshaftung*“ zu fordern, wie sie bereits einmal von der Kommission vorgeschlagen war (Nachweise bei Reich/Micklitz, Europ. Verbraucherrecht, 4. A. 2003, S. 1078 f.), aber an politischen und strukturellen Widerständen scheiterte. Wie oben (Ziff. 10) nachgewiesen, reichen die in der RiLi vorgesehenen sog. „Qualitätssicherungspflichten“ in keinem Fall für ein ausreichendes Verbraucherschutzniveau aus.
22. *Fragen 10-11*: Die Antworten ergeben sich aus dem Vorstehenden.

III. Resümee

23. Dem Ausschuss wird eine **ablehnde Haltung** gegenüber der Annahme des Vorschlages durch den Rat empfohlen, soweit es um die den Verbraucherschutz direkt oder indirekt betreffenden Regelungen geht.