

Institut für Internationales Recht, Ludwigstr. 29/II, 80539 München

An den
Rechtsausschuss
des Deutschen Bundestags

Stellungnahme

zum Thema „EU-Dienstleistungsrichtlinie“

I. Überblick

Die Stellungnahme beschränkt sich auf die Frage, ob das in der Dienstleistungsrichtlinie vorgesehene Herkunftslandprinzip auch für die Anwendung des Lauterkeitsrechts (UWG) gelten soll. Es wird ausgeführt, welche rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen dies für die deutschen Unternehmen und die deutschen Verbraucher hätte. Darauf aufbauend wird ein Vorschlag zur Änderung der Richtlinie unterbreitet.

II. Die rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen einer Geltung des Herkunftslandprinzips auf die Anwendung des Lauterkeitsrecht (UWG)

1. Zur Anwendbarkeit des materiellen Rechts des Herkunftslandes

Nach Art 16 Abs. 1 der Richtlinie tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterstehen, die vom koordinierten Bereich erfasst werden. Unter Absatz 1 fallen die nationalen Bestimmungen betreffend die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit, die insbesondere das Verhalten des Dienstleistungserbringers, die Qualität oder den Inhalt der Dienstleistung, die Werbung, die Verträge und die Haftung des Dienstleistungserbringers regeln.

Zu den damit gemeinten „nationalen Bestimmungen“ gehört auch das Lauterkeitsrecht, weil es insbesondere die Werbung, aber auch das sonstige (Markt-)Verhalten regelt. Nach der Richtlinie wäre demnach das Marktverhalten eines ausländischen Dienstleistungserbringers auf dem deutschen Markt nicht nach

dem deutschen Lauterkeitsrecht (UWG), sondern nach seinem Heimatrecht zu beurteilen.

Würde beispielsweise ein ungarischer Busreiseunternehmer in Deutschland für Busreisen in Zeitungsanzeigen werben und wollte dies ein deutscher Mitbewerber oder ein deutscher Verbraucherverband als unlauter beanstanden, so müsste dieser zuerst ermitteln, ob die Werbung nach ungarischem Recht zulässig oder unzulässig ist.

a) Das Problem der Informationskosten

Wie schwierig es ist, die Rechtslage in einem anderen Staat zu ermitteln, zeigt die Praxis der Gerichte, zu solchen Rechtsfragen wissenschaftliche Gutachten erstellen zu lassen. Das ist teuer und zeitaufwendig. Die Kommission sieht dieses Problem nur aus der Perspektive der Dienstleistungsempfänger und will es „in erster Linie durch Information über die Gesetze der anderen Mitgliedstaaten sowie durch Harmonisierung der Vorschriften über die Transparenz der Dienstleistungstätigkeiten“ lösen (vgl. Erwägungsgrund 37 aE).

Der Aufbau eines solchen, alle Rechte der Mitgliedstaaten umfassenden Informationssystems dürfte indessen schwierig, wenn nicht unmöglich machbar und finanzierbar sein. Denn, um konkrete Fälle beurteilen zu können, würde es nicht genügen, bloß die Gesetze der Mitgliedstaaten wiederzugeben; vielmehr müsste auch die einschlägige Rechtsprechung und/oder Verwaltungspraxis referiert werden. Dazu müsste auch eine ständige Aktualisierung erfolgen. Auch müssten wohl die entsprechenden Informationen für den Dienstleistungsempfänger – in der Regel ein Verbraucher - in dessen Sprache verfügbar sein. Denn will man es dem Dienstleistungsempfänger zumuten, eine Information in der Sprache des Herkunftslandes zu nutzen? Die Kommission muss sich daher die Frage entgegenhalten lassen, wie dieses System in der Praxis funktionieren, wer es bezahlen und wer für eine fehlerhafte oder unzureichende Information haften soll.

Selbst wenn es aber ein solches Informationssystem gäbe, so würde es dem von dem Marktverhalten betroffenen Dienstleistungsempfänger (oder einem inländischen Mitbewerber des ausländischen Dienstleistungserbringers oder einem Interessenverband) wenig nützen, sich dieses Systems zu bedienen. Denn er bräuchte allemal einen im betreffenden ausländischen Recht erfahrenen Juristen, um sich zuverlässig darüber zu informieren, ob das Marktverhalten des ausländischen Dienstleistungserbringers mit dessen Heimatrecht vereinbar ist oder nicht. Die entsprechende Auskunft wäre gewiss teuer und zeitraubend. Wenn die Auskunft dahin geht, dass das betreffende Marktverhalten im Heimatstaat des Dienstleistungserbringers zulässig ist, bleibt er auf diesen Kosten sitzen. Ob er seine Kosten wenigstens dann ersetzt verlangen kann, wenn das Verhalten sich als unzulässig erweist, ist eine ungeklärte Frage. Außerdem würde bis zu einer zuverlässigen Auskunft in der Regel so viel Zeit verstreichen, dass selbst eine Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes kaum mehr rechtzeitig wäre, um die Werbeaktion zu stoppen.

Demgegenüber wäre es für den Dienstleistungserbringer, der in einem anderen Land tätig werden und z.B. eine bestimmte Werbeaktion starten will, sehr viel leichter, sich gezielt über die dort geltenden Vorschriften zu informieren. Es wä-

re auch angemessener, wenn er und nicht der Dienstleistungsempfänger den für die Informationsbeschaffung erforderlichen Zeit- und Kostenaufwand zu tragen hat (**Verteilung der Kosten nach dem Verursacherprinzip**). Schließlich wird auch von jedem Urlauber erwartet, dass er sich an die gesetzlichen Bestimmungen des Gastlandes hält.

b) Das Problem der Inländerdiskriminierung

Weiter ist zu bedenken, dass die Anwendung des Herkunftslandprinzips zu einer **Inländerdiskriminierung** führen kann, sofern das ausländische Recht weniger strenge Anforderungen an die Lauterkeit eines Marktverhaltens stellt als das Inland. Denn inländische Unternehmer müssen sich an das inländische Recht halten, ausländische Unternehmen – wiewohl auf dem inländischen Markt als Wettbewerber tätig – nur an ihr Heimatrecht. Dass dies zu empfindlichen **Wettbewerbsverzerrungen** führen kann, liegt auf der Hand. Kein inländischer Unternehmer wird verstehen, weshalb bestimmte Normen nur für ihn, nicht aber für seinen ausländischen Mitbewerber gelten.

2. Zur Durchsetzung des Rechts des Herkunftslandes

Nach Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie ist der Herkunftsmitgliedstaat dafür verantwortlich, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren, auch wenn er diese in einem anderen Mitgliedstaat erbringt. Begründet wird dies in Erwägungsgrund 38 damit, die zuständigen Stellen des Herkunftsmitgliedstaates seien am besten in der Lage, den Dienstleistungserbringer effizient und dauerhaft zu kontrollieren und dabei nicht nur den Schutz der Dienstleistungsempfänger ihres Landes, sondern auch den aus anderen Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Die gemeinschaftsweite Verantwortung des Herkunftsmitgliedstaates für die Überwachung der Tätigkeiten des Dienstleistungserbringers unabhängig vom Bestimmungsort der Dienstleistung sei klar herausgestellt, um gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten bei der Regelung der Dienstleistungstätigkeiten herzustellen. Andererseits soll aber die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit nicht Gegenstand dieser Richtlinie, sondern der VO (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 (EuGVVO) sein. Wie dies zusammenpassen soll, ist nicht recht klar. Außerdem berücksichtigt die Kommission lediglich den Schutz des Dienstleistungsempfängers, nicht aber den Schutz der inländischen Mitbewerber des Dienstleistungserbringers.

Vor allem aber stellt sich die Frage, wie die Rechtsdurchsetzung durch die zuständigen Stellen des Herkunftsmitgliedstaates praktisch erfolgen soll. Die Kommission stellt sich dies nach Erwägungsgrund 41 so vor, dass der Bestimmungsgliedstaat im Auftrag des Herkunftsmitgliedstaates Überprüfungen, Kontrollen und Untersuchungen durchführen oder aber, wenn es lediglich um die Sachverhaltsfeststellung geht, von sich aus tätig werden kann.

Wie soll dies in der Realität aussehen? Das soll am erwähnten Beispiel der Werbung des ungarischen Busunternehmers erläutert werden. Nach ungarischem Wettbewerbsrecht ist für die Ahndung verbraucherbezogener Vorschriften über irreführende und vergleichende Werbung eine Behörde, der Wettbewerbsrat, zuständig. Das Verfahren wird von Amts wegen oder auf Antrag der betroffenen Parteien oder der Verbraucherorganisationen eingeleitet. Das bedeutet: Ein deutscher Verbraucher oder Verbraucherschutzverband müsste sich an den un-

garischen Wettbewerbsrat wenden und dort seine Beschwerde vortragen. Das müsste er, wenn nicht rechtlich geboten, so doch jedenfalls aus Gründen der Zweckmäßigkeit in ungarischer Sprache tun. Der ungarische Wettbewerbsrat müsste dann ein entsprechendes Verwaltungsverfahren mit dem Ziel etwa einer Unterlassungsverfügung einleiten. Man kann sich vorstellen, mit welchem Zeit- und Kostenaufwand ein solches Verfahren verbunden ist. Daran würde es nichts ändern, wenn eine deutsche Behörde oder ein deutsches Gericht von sich aus oder auf Antrag den Sachverhalt (der zumeist ohnehin klar ist, wie das Beispiel der Zeitungsanzeige zeigt) aufklären würde. Erschwerend kommt hinzu, dass nach Art. 16 Abs. 3 lit. c) der Richtlinie die Mitgliedstaaten Dienstleistungserbringern nicht die Verpflichtung auferlegen dürfen, „in ihrem Hoheitsgebiet eine Anschrift oder eine Vertretung zu haben oder eine dort zugelassene Person als Zustellungsbevollmächtigten zu wählen.“ Wie soll unter diesen Umständen eine rasche Bekämpfung von Wettbewerbsverstößen erfolgen können? Wie groß im Übrigen der Eifer von ausländischen Behörden sein wird, in Deutschland begangene Wettbewerbsverstöße von Dienstleistern ihres Landes zu verfolgen, darüber mag man spekulieren. Auch die EuGVVO hilft hier nicht weiter. Denn selbst wenn ein deutsches Gericht für den Fall zuständig wäre, müsste es doch ungarisches Lauterkeitsrecht anwenden. Nach ungarischem Recht wäre aber eben nur eine Behörde zur Bekämpfung des fraglichen Verstoßes zuständig. Sie dürfte und könnte nicht vor einem deutschen Gericht als Kläger auftreten.

An diesem deprimierenden Befund würde es übrigens nichts ändern, wenn es zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in Europa käme: Die Rechtsdurchsetzung im Ausland bliebe mit den gleichen Kosten und Risiken behaftet. Dagegen wäre es – wie bisher – dem Dienstleistungserbringer ohne weiteres zumutbar, sich in dem Land, in dem er tätig wird, auch ggf. gerichtlich für seine gesetzwidrigen Handlungen zu verantworten. Das bleibt auch keinem Urlauber erspart, der im Gastland gegen die dort geltenden Gesetze verstößt.

Auch im Falle einer Harmonisierung des materiellen Rechts sollte daher die Rechtsdurchsetzung nicht durch den und im Herkunftsmitgliedstaat, sondern im Bestimmungsmitgliedstaat erfolgen.

III. Ergebnis

Der Schutz vor unlauterem Wettbewerb steht und fällt mit der raschen Durchsetzung von Sanktionen. Die **Anwendung des Herkunftslandprinzips auf unlautere Wettbewerbshandlungen von Dienstleistungserbringern**, wie in der Richtlinie vorgesehen, würde wegen der damit verbundenen Kostenbelastung und zeitlichen Verzögerung einer Rechtsdurchsetzung **de facto** zu einer **Rechtsschutzverweigerung** gegenüber den von unlauteren Wettbewerbsmaßnahmen betroffenen inländischen Verbrauchern (und deren Verbänden) und inländischen Mitbewerbern (und deren Verbänden) führen. Daher empfiehlt es sich, in den **Katalog der Ausnahmen** vom Herkunftslandprinzip auch das **Lauterkeitsrecht** einzufügen.