

An den
Rechtsausschuss
des Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Dr. Erhard Keller
Direktwahl: 0211 / 13 68 340
erhard.keller@lovells.com

Unser Zeichen:
EK/IB
#139552.v4

09. Mai 2005

**Kurzstellungnahme zur "EU-Dienstleistungsrichtlinie"
(Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates
über Dienstleistungen im Binnenmarkt, Ratsdok.-Nr. 5161/05) unter dem
Blickwinkel des Lauterkeitsrechts**

**von
Dr. Erhard Keller
Rechtsanwalt in Düsseldorf
Mitglied der beim Bundesministerium der Justiz eingerichteten Arbeits-
gruppe zur Reform des UWG als Vertreter der Deutschen Vereinigung für gewerbli-
chen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)**

Meine Stellungnahme zur DiLiRiLi ist auf das Gebiet des Lauterkeitsrechts und das für das Lauterkeitsrecht in der DiLiRiLi angeordnete "Herkunftslandprinzip" beschränkt. Als Anwalt auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des unlauteren Wettbewerbs bin ich mit dem Problem des unlauteren Wettbewerbs praktisch und wissenschaftlich vertraut.

Der Anwendungsbereich der DiLiRiLi ist nach Art. 2 und Art. 4 i.V.m. Erwägungsgrund 14 denkbar weit. Erfasst sind praktisch sämtliche wirtschaftlichen Dienstleistungen sowohl gegenüber Unternehmen wie auch gegenüber Verbrauchern, insbesondere etwa die Unternehmensberatung, der gesamte Bereich der Werbung, die Dienste von Handelsvertretern, immobilienbezogene Dienstleistungen, die Tätigkeit von Reisebüros usw. Die DiLiRiLi zielt nach Erwägungsgrund 6 eigentlich darauf ab, eine Modernisierung der nationalen Regelungen für den Dienstleistungssektor durch eine "ausgewogene Kombination aus gezielter Harmonisierung, Verwaltungszusammenarbeit, Anwendung des Herkunftslandprinzips und Förderung der Erarbeitung von

Verhaltenskodizes für bestimmte Bereiche" zu erreichen. Tatsächlich bildet aber das in Art. 16 vorgesehene "Herkunftslandprinzip" die maßgebliche Grundlage der DiLiRiLi. Nach Art. 16 Abs. 1 haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen,

dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaats unterstehen, die vom koordinierten Bereich erfasst sind.

Wie Art. 16 Abs. 1 Satz 2 DiLiRiLi klarstellt, gelten alsdann für die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nur die Bestimmungen des Herkunftsmitgliedstaats. Das Herkunftslandprinzip gilt zwar nach Art. 17 Ziff. 13 nicht für Urheberrechte sowie die gewerblichen Schutzrechte (wie Patente und Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster und Marken). Weil jedoch für das Lauterkeitsrecht eine solche Sektorausnahme nicht vorgesehen ist, würde künftig das gesamte absatzfördernde und werbliche Verhalten eines Dienstleistungserbringers nicht mehr nach dem deutschen Lauterkeitsrecht, sondern den insoweit maßgebenden Regelungen des Herkunftslands (also etwa auf der Grundlage französischen, spanischen, portugiesischen, englischen oder polnischen Rechts) zu beurteilen sein.

Die in Deutschland begangenen unlauteren Wettbewerbshandlungen von im EU-Ausland niedergelassenen Dienstleistungserbringern wären nicht nur ausschließlich nach dem Recht des Herkunftslands zu beurteilen. Das Recht des Herkunftslands wäre vielmehr auch dafür maßgeblich, wer gegen solche Unlauterkeiten einschreiten und ggf. Ansprüche auf Unterlassung oder Schadensersatz geltend machen könnte. Das ergibt sich aus Art. 16 Abs. 2. Danach ist allein

der Herkunftsmitgliedstaat (ist) dafür verantwortlich, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren, einschließlich der Dienstleistungen, die er in einem anderen Mitgliedsstaat erbringt.

Es heißt insoweit dazu in Erwägungsgrund 38,

dass die Kontrolle der Dienstleistungstätigkeiten an der Quelle erfolgt, d.h. durch die zuständigen Stellen des Mitgliedsstaats, in dem sich der Ort der Niederlassung, von der die Dienstleistung erbracht wird, befindet. Die zuständigen Stellen des Herkunftsmitgliedstaats sind am besten in der Lage, den Dienstleistungserbringer wirksam und dauerhaft zu kontrollieren und dabei nicht nur den Schutz der Dienstleistungsempfänger ihres Landes, sondern auch der in anderen Mitgliedsstaaten zu gewährleisten.

Je nach den Bestimmungen des Herkunftslands können deshalb die nach deutschem Lauterkeitsrecht ansonsten klagebefugten Mitbewerber, Verbraucherschutzverbände oder gewerbliche Interessenverbände nicht mehr gegen unlautere Wettbewerbshandlungen auf dem deutschen Markt vorgehen.

Die praktischen Auswirkungen des "Herkunftslandprinzips" können anhand dreier kleiner Beispielfälle verdeutlicht werden:

1. Ein in Tschechien ansässiger Immobilienmakler bietet in Deutschland Immobilien an, die er tatsächlich nicht "an der Hand" hat.
2. Ein in Spanien ansässiges Reisebüro bietet Tickets für attraktive Fernreiseziele für € 10,00 an, obwohl für diesen Preis tatsächlich nur ein Sitzplatz zur Verfügung steht und der reguläre Preis bei weitem höher liegt.
3. Ein in England ansässiger Adressbuchverleger versendet rechnungsähnliche Formulare, obwohl der damit suggerierte Eindruck eines bereits erteilten Auftrags falsch ist.

Alle drei Beispiele sind nach deutschem Recht typische Beispiele unlauteren Wettbewerbs. Das unlautere, insbesondere irreführende geschäftliche Absatzverhalten kann durch Mitbewerber und Verbände, insbesondere Verbraucherverbände, untersagt werden. Auf der Grundlage der DiLiRiLi würde sich ein gänzlich abweichendes Bild ergeben:

1. Ermittlung ausländischen Rechts

In den Beispielfällen müsste zunächst ermittelt werden, ob das unlautere Verhalten auch in den Herkunftsländern, also beispielsweise in Tschechien, in Spanien oder in England mit den dort bestehenden Bestimmungen unvereinbar ist. Das kann in einem Europa mit 25 Mitgliedstaaten und 25 unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen nicht in vertretbarer Zeit erfolgen, zumal wenn dabei noch die Handhabung der Bestimmungen durch nationale Behörden oder Gerichte dargestellt werden muss. Damit scheidet ein Vorgehen in einem einstweiligen Verfügungsverfahren praktisch aus. Die Einholung eines Gutachtens in einem Hauptsacheverfahren ist teuer und zeitaufwendig. Soweit die DiLiRiLi etwa eine wechselseitige Information der Mitgliedsstaaten und eine wechselseitige Amtshilfe (etwa in Art. 35) vorsieht, ist abzusehen, dass diese Information und Amtshilfe schon aufgrund der Sprachbarrieren jedenfalls nicht zügig erfolgen kann.

2. Ermittlung der zur Kontrolle zuständigen Stellen

Selbst wenn das für den Dienstleistungserbringer maßgebende Recht hinreichend aufgeklärt werden kann, stellt sich die weitere Frage, wer die zur Anspruchsverfolgung "zuständigen Stellen des Mitgliedsstaats" sind, die den Dienstleistungserbringer auch in anderen Mitgliedstaaten kontrollieren sollen. Sofern hierzu nicht auch Mitbewerber und Verbände aus dem Tätigkeitsstaat rechnen, sondern ggf. ausschließlich Behörden zuständig sind, muss jedenfalls als zweifelhaft angesehen werden, ob etwa das englische "Office of Fair Trading" oder die in Tschechien oder in Spanien zuständigen Stellen tatsächlich ein Interesse daran haben, einen Dienstleistungserbringer wegen unlauterem Wettbewerbsverhalten in einem Drittstaat in Anspruch zu nehmen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Anspruchsverfolgung im Herkunftsland (also in Tschechien, Spanien oder England) oder ggf. etwa auch im Tätigkeitsstaat erfolgen kann. Insoweit heißt es zwar in Erwägungsgrund 38, dass die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit nicht in den Anwendungsbereich der DiLiRiLi fallen soll, sondern es bei der Frage über die richtige Zuständigkeit (EG-Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000) verbleiben soll. Welche Folgen dies für die Rechtsschutzmöglichkeiten hat, erscheint jedoch noch ungeklärt.

3. Fazit

Die Geltung des Herkunftslandprinzips für das absatzfördernde Verhalten von im Ausland niedergelassenen Dienstleistungserbringern lässt befürchten, dass diese faktisch nicht kontrolliert werden. Jedenfalls ist zu erwarten, dass diese rechtliche Kontrolle erst mit ganz erheblicher zeitlicher Verzögerung effektiv gemacht werden kann. Es ist deshalb auch eine drastische Verschlechterung des wettbewerbsrechtlichen Rechtsschutzes von deutschen Verbrauchern und Mitbewerbern gegenüber ausländischen Dienstleistern zu befürchten. Dies hätte auch eine Inländerdiskriminierung der einer effektiven Rechtsschutzkontrolle unterliegenden deutschen Mitbewerber gegenüber ausländischen Dienstleistungsanbietern zur Folge.

4. Empfehlung

Es empfiehlt sich, das Lauterkeitsrecht ebenso wie das Urheberrecht und die gewerblichen Schutzrechte vom Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips in der DiLiRiLi auszunehmen. Das gilt um so mehr, als der Zugang zum deutschen Markt hierdurch nicht beeinträchtigt wäre und das deutsche Lauterkeitsrecht gerade europarechtskonform liberalisiert wurde. Erst recht könnte auf das Herkunftslandprinzip verzichtet werden, wenn die zu

erwartende Teilharmonisierung des Lauterkeitsrechts erreicht ist. Dass sich auch ein ausländischer Dienstleistungsanbieter bei etwaigen Mitbewerber- oder Verbraucherschädigungen am Marktort einer Kontrolle zu stellen hat, entspreche nicht nur dem künftigen harmonisierten Recht, sondern auch der Zuständigkeits-VO (EG-Nr. 44/2001 mit dem dort in Art. 5 Ziff. 3 vorgesehenen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung am Schädigungsort), sowie dem Geist der "Keck"-Rechtsprechung des EuGH, wonach es den Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt, die "Verkaufsmodalitäten" (hier also: "Dienstleistungsmodalitäten") national zu regeln, sofern sie diskriminierungsfrei gelten und den Absatz von inländischen Erzeugnissen und Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.

Düsseldorf, den 09. Mai 2005



Dr. Erhard Keller
Rechtsanwalt