

## Stellungnahme

### **zum Gutachten von Prof. Dr. Schricker / Dr. Henning-Bodewig „Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union“**

BITKOM begrüßt grundsätzlich die Schaffung eines europäischen Rechtsrahmens zur Regelung des unlauteren Wettbewerbs. Die bestehenden Teilregelungen auf europäischer Ebene müssen zusammengeführt und ergänzt werden. Ein Gesamtkodex ist einer fortlaufenden, auf eng begrenzte Teilbereiche beschränkten Regulierung („Salomitaktik“) vorzuziehen. Das Gutachten zeigt den richtigen Weg auf.

#### **1. Generalklausel**

**Vorschlag des Gutachtens: Das harmonisierte Recht bedarf notwendig einer Generalklausel. Sie sollte sich an die Einzeltatbestände anschließen. Wesentlich für die Unlauterkeit sollte sein, dass im geschäftlichen Verkehr unter Verletzung der guten Sitten die Interessen der Anbieter, Abnehmer und/oder der Allgemeinheit beeinträchtigt werden oder der Gefahr einer Beeinträchtigung ausgesetzt sind. Wettbewerbsverhältnis oder Wettbewerbsabsicht sollten nicht vorausgesetzt werden.**

Aufgrund der Vielfältigkeit der Fallgestaltungen im Recht des unlauteren Wettbewerbs hält auch der BITKOM eine Generalklausel für notwendig, welche die erforderliche Flexibilität auch für die Zukunft schafft. Zudem greifen beinahe sämtliche Ländergesetze, mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs und Irland, auf Generalklauseln zurück.

Wie bereits in unsere Stellungnahme zum Gutachten von Prof. Dr. Fezer betont, halten wir jedoch das Tatbestandsmerkmal „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs“ für nicht verzichtbar.

## 2. Hervorrufen von Verwechslungen

**Vorschlag des Gutachtens: Das Hervorrufen von Verwechslungsgefahr ist als unlauterer Wettbewerb zu verbieten. Der Schutz sollte vom sondergesetzlichen Schutz für Marken und andere Kennzeichenrechte unabhängig sein. Geschützt werden sollten originär kennzeichnungskräftige Elemente ab Erstbenutzung, sonstige Elemente ab der Erlangung von Kennzeichnungskraft.**

An entsprechende Regelungen in diesem Bereich sollte mit der notwendigen Vorsicht herantreten werden, um den einzelnen Nuancen dieses Gebietes gerecht zu werden. Ein für die Praxis relevanter Schwerpunkt ist durch das bestehende Markenrecht bereits gegeben.

## 3. Sklavische Nachahmung

**Vorschlag des Gutachtens: Eine Regelung der sklavischen Nachahmung außerhalb des Tatbestandes der Verwechslungsgefahr erscheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt wegen der diametral entgegengesetzten Rechtsauffassungen in der EU mit Schwierigkeiten verbunden. Gleichwohl sollte der Versuch einer Angleichung unternommen werden. Bei der Diskussion möglicher Regelungsmodelle könnte u.a. von der AIPPI-Resolution und dem WIPO-Vorschlag ausgegangen werden. Diese stellen vor allem auf die Ausbeutung von goodwill und Ruf und/oder die Beeinträchtigung des Unterscheidungsvermögens (dilution) ab.**

Auch in diesem Bereich sollte an eine entsprechende Regelung mit der nötigen Vorsicht herantreten werden, um der Vielgestaltigkeit der Sachverhalte gerecht zu werden. Zudem gestaltet sich die Abgrenzung der einzelnen Fallgruppen untereinander ausgesprochen schwierig, was die Zusammenfassung zu einer regelbaren Fallgruppe zu einem komplizierten Unterfangen machen dürfte.

## 4. Anschwärzung, persönliche Bezugnahme

**Vorschlag des Gutachtens: Die Anschwärzung, die sonstige einseitige Kritik wie auch die persönliche Bezugnahme sollten der Richtlinienregelung für die vergleichende Werbung unterstellt werden. Wahre, sachliche Angaben sollten toleriert; Anschwärzung und persönliche Bezugnahme verboten werden.**

Das Verbot dieser Handlungen wird auch vom BITKOM unterstützt. In diesem Bereich besteht innerhalb Europas eine große Übereinstimmung, dass derartige Praktiken verboten sein sollen. Gegen eine Regelung über die Richtlinie für die vergleichende Werbung bestehen angesichts der zusammenhängenden Thematik keine Einwände.

## **5. Geheimnisschutz**

**Vorschlag des Gutachtens: Harmonisierung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Ausführung von Art. 39 des TRIPS-Übereinkommens. Regelung des Geheimnisbegriffs und der Verletzungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung der Position der Arbeitnehmer.**

Eine Regelung des Geheimnisschutzes wird vom BITKOM für notwendig erachtet. Angesichts des Zusammenwachsens der europäischen Märkte und der damit einhergehenden Fluktuation der Arbeitnehmer besteht ein Interesse an einem einheitlich geregelten Geheimnisschutz auf europäischer Ebene. Diebstahl und Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen stören den lautereren Wettbewerb in nicht unerheblichem Ausmaß. Ein einheitlicher Standard ist daher wichtig, um einen fairen Umgang im Wettbewerb zu gewährleisten.

## **6. Tarnung von Werbung**

**Vorschlag des Gutachtens: Werbung und sonstige Maßnahmen der Absatzförderung sind als unlauterer Wettbewerb zu verbieten, wenn ihr kommerzieller Charakter für das angesprochene Publikum nicht klar und unmissverständlich erkennbar ist. Erfolgt eine Verbreitung über Medien, die zugleich anderen Zwecken dienen, so ist von einer Werbung oder sonstigen Absatzförderungsmaßnahme insbesondere dann auszugehen, wenn für das Einräumen der Werbemöglichkeit ein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gefordert oder angenommen wird. Die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag die Werbung oder Absatzförderungsmaßnahme erfolgt, muss eindeutig identifizierbar sein, sofern das angesprochene Publikum hieran ein berechtigtes Interesse hat.**

Bezüglich dieses Vorschlages ist nach Ansicht des BITKOM ein vordringlicher Regelungsbedarf auf europäischer Ebene nicht auszumachen. Die für die Praxis relevanten Bereiche sind über die Fernsehrichtlinie und die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr bereits weitgehend geregelt.

## **7. Belästigende Werbung**

**Vorschlag des Gutachtens: Werbung und sonstige Maßnahmen der Absatzförderung, die den Verbraucher in unzumutbarer Weise belästigen, indem sie ihn durch aggressive Verkaufsmethoden in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen oder gegen seinen manifestierten Willen in seine Privatsphäre eindringen, etwa durch unerbetene Haustürgeschäfte, Werbesendungen, Telefonanrufe, e-mails, sind als unlauterer Wettbewerb zu verbieten. Die**

**Nichtbeachtung von „opt-out“-Systemen, die von den betreffenden Branchen einzurichten sind, sollte stets als unlauterer Wettbewerb angesehen werden.**

Der BITKOM steht dem Vorschlag des Gutachtens zur Regelung von belästigender Werbung grundsätzlich aufgeschlossen gegenüber. Ein Verbot in Fällen, in denen sich die Belästigung zu einer solchen Intensität verdichtet hat, dass sie von einem großen Teil der Verbraucher als unerträglich empfunden wird, kann unterstützt werden.

Auch halten wir den Vorschlag des Gutachtens für tragfähig, dass der Verbraucher die Möglichkeit haben muss, sich bestimmten Belästigungen durch Werbung und Marketing zu entziehen. Der BITKOM befürwortet daher ausdrücklich das vorgeschlagene „opt-out“-System für eine europäische Regelung. Der erkennbare Wunsch des Verbrauchers, sei es durch Hinweise an der Tür, Robinsonlisten und ähnliche Systeme ist zu respektieren. Das „opt-out“-System sollte dabei als europäische Standardregelung festgeschrieben werden.

Der BITKOM spricht sich in diesem Zusammenhang auch dafür aus, dass zur Erreichung einer größtmöglichen Harmonisierung auf europäischer Ebene und zur Schaffung einer tatsächlichen Wettbewerbsgleichheit, die Einzelheiten des „opt-out“-Systems in der zu treffenden Regelung festzuhalten sind und gleichzeitig überschüssige Regelungen einzelner Mitgliedstaaten zurückgefahren werden.

So stellt sich ein „opt-in“-System, insbesondere in der von Deutschland bisher verfolgten Art mit einem schriftlich geforderten Einverständnis des Verbrauchers, als in der Praxis schwer zu realisieren dar. Es wirkt oft faktisch wie ein Verbot und ist in der Tendenz als unverhältnismäßig abzulehnen.

Die zu treffende Regelung sollte als Standard und nicht als Mindeststandard festgeschrieben werden. Andernfalls erfolgte eine Regelung auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner, der sodann auf nationaler Ebene entweder für ausreichend gehalten oder durch strengere Regelungen verschärft würde. Mit einer solchen Regelung wäre jedoch für ein einheitliches Wettbewerbsrecht innerhalb Europas nicht wirklich etwas gewonnen. Die Folge wäre vielmehr eine zunehmende Inländerdiskriminierung.

## **8. Gewinnspiele**

**Vorschlag des Gutachtens: Zu Absatzförderzwecken veranstaltete Gewinnspiele, bei denen ein Einsatz zu leisten ist, sind – ebenso wie die Werbung für diese, - als unlauterer Wettbewerb zu verbieten. Gleiches gilt, wenn der Eindruck erweckt wird, dass der Kauf von Waren oder die Inanspruchnahme entgeltlicher Dienstleistungen die Gewinnchancen erhöhen könnten. Auf die Bedingungen der Teilnahme, die Modalitäten des Gewinnspiels und die Durchführung der Gewinnverteilung ist klar und unmissverständlich hinzuweisen.**

**Überlegenswert wäre, ob derjenige, der bei sweepstakes etc. den Eindruck erweckt, der Empfänger eines Loses sei bereits Gewinner eines Preises, zur Einlösung verpflichtet sein sollte.**

BITKOM steht dem Verbot von Gewinnspielen, bei denen ein Einsatz zu leisten ist, aufgeschlossen gegenüber. Dieser Teilbereich ist zur Zeit auch als Teil der Regelung für eine Verordnung zur Verkaufsförderung im Binnenmarkt im Gespräch. Die im Gutachten vorgeschlagene Einlöschungspflicht erscheint, sofern von einem verständigen Durchschnittsverbraucher ausgegangen wird, überlegenswert.

## **9. Progressive Kundenwerbung**

**Vorschlag des Gutachtens: Systeme der progressiven Kundenwerbung (Schneeballsysteme etc.), bei denen dem Verbraucher Waren oder Dienstleistungen angeboten und den Abnehmern besondere Vorteile für den Fall versprochen werden, dass diese andere zum Vertragsschluss zu entsprechenden Bedingungen veranlassen, sind als unlauterer Wettbewerb zu verbieten. Das Verbot sollte weit genug sein, um auch Kettenbriefsysteme mit gewerblichem Charakter zu erfassen. Neben zivilrechtlichen Sanktionen sollten auch strafrechtliche Sanktionen vorgesehen werden.**

Gegen ein Verbot progressiver Kundenwerbung bestehen von unserer Seite keine Einwände. Diese Art von Werbung ist unseriös. Eine rechtliche Harmonisierung auf europäischer Ebene ist erstrebenswert.

## **10. Verletzung von Grundwerten**

**Vorschlag des Gutachtens: Werbung und sonstige Maßnahmen der Absatzförderung sind als unlauterer Wettbewerb zu verbieten, wenn sie gegen Grundwerte der Gesellschaft verstoßen, insbesondere die Menschenwürde verletzen, nach Rasse, Geschlecht, Nationalität diskriminieren, religiöse Gefühle verletzen, abergläubige Vorstellungen, Gefühle der Angst, des Mitleids oder des sozialen Engagements missbrauchen, Umweltschutzzielen zuwiderlaufen oder die Unerfahrenheit bzw. Leichtgläubigkeit von Kindern oder Jugendlichen ausnutzen. Bei einem „Social“- oder Umweltsponsoring muss es sich um einen substantiellen, tatsächlich erbrachten Beitrag zu dem in der Werbung unmissverständlich offengelegten Zweck handeln, hierfür sollte der Werbende beweispflichtig sein.**

Nach Ansicht des BITKOM ist ein solcher, weiterer Auffangtatbestand nicht erstrebenswert. Die Verfasser des Gutachtens stellen selbst fest, dass es sich bei der herausgestellten Sachverhaltsgruppe um einen Bereich ohne feste Konturen handelt und eine erschöpfende Beschreibung der einzelnen Fallgruppen von zu missbilligendem Verhalten den Rahmen einer gesetzlichen Regelung sprengen würde. Zudem sei eine Abwägung auch mit den Grundrechten der Meinungs- bzw. Pressefreiheit vorzunehmen.

Der Vorschlag einer Regelung greift dementsprechend auf sehr vage Tatbestandsmerkmale zurück. Gegenüber einer ebenfalls erlassenen Generalklausel wäre damit nichts gewonnen. In diesem Bereich sollte weiterhin auf die seit vielen Jahren erfolgreich praktizierte Selbstregulierung der Werbewirtschaft gesetzt werden.

## **11. Werteklamme**

**Vorschlag des Gutachtens: Maßnahmen der Absatzförderung wie Preisnachlässe, Sonderangebote, Geschenke, Zugaben, Kopplungsgeschäfte und Kundenbindungssysteme sollten, ebenso wie die für sie betriebene Werbung, nur dann als unlauterer Wettbewerb verboten werden, wenn die Bedingungen ihrer Inanspruchnahme und der tatsächliche Wert des Angebots und der gewährten Vorteile nicht klar und unzweideutig erkennbar sind. Bei Preisnachlässen obliegt der Nachweis, dass der höhere Preis zuvor während einer angemessenen Zeit praktiziert wurde, dem den Preisnachlass Gewährenden.**

Auch dieser Bereich steht im Fokus des Kommissionsvorschlags für eine Verordnung zur Verkaufsförderung im Binnenmarkt. Wir teilen die Ansicht der Verfasser des Gutachtens, dass bereits eine gewisse Gewöhnung des „verständigen Durchschnittsverbrauchers“ auch an unübliche Werbemethoden eingetreten ist und daher eine liberale Haltung zu diesem Themenbereich besteht. Der „verständige Durchschnittsverbraucher“ ist heute sehr viel aufgeklärter und daher durchaus in der Lage, derartigen „Verlockungen“ zu widerstehen und sie zu durchschauen. Dies gilt insbesondere auch für Kundenbindungssysteme, denen der Verbraucher sich freiwillig anschließt. Einen teureren Preis wird der Verbraucher lediglich dann bereit sein zu zahlen, wenn der sich daraus ergebende mittelbare Vorteil für ihn insgesamt günstiger auswirkt. Bei der heute bestehenden Vielfalt an Informationsmöglichkeiten, Leistungen der Anbieter zu vergleichen, ergibt sich daraus für einen verständigen Verbraucher keine Gefahr.

Der Statuierung von gewissen Transparenzvorschriften steht der BITKOM nicht ablehnend gegenüber. Eine Beschränkung auf zwingend notwendige Angaben sollte dabei jedoch Voraussetzung sein.

## **12. Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Rechtsnormen**

**Vorschlag des Gutachtens: Die zu Absatzzwecken erfolgende Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Rechtsnormen, die einen mit dem Wettbewerbsrecht übereinstimmenden Schutzzweck aufweisen oder von unmittelbar wettbewerbsregelnder Bedeutung sind, sollte als unlauterer Wettbewerb verboten werden, wenn es hierdurch zu spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb des jeweiligen Marktes kommt.**

Eine solche Regelung bedarf der Diskussion. Eine extrem weite Regelung, wie sie etwa in Belgien verfolgt wird, wird vom BITKOM jedenfalls abgelehnt. Der von der deutschen Rechtsprechung eingeschlagene Weg könnte Vorbild auch für eine europäische Regelung sein.