

Unlautere Geschäftspraktiken in den Niederlanden

Beitrag zum Seminar »Lauterkeitsrecht«

Deutsche Richterakademie Wustrau, September 2010

Prof. Dr. D.W.F. (Feer) Verkade

Generalanwalt beim *Hogen Raad der Nederlanden*

Honorarprofessor an der Universität Amsterdam

1. Ihr Seminar beschäftigt sich mit dem Thema »Lauterkeitsrecht«. Etwas ausführlicher könnte man auch vom »Recht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs« sprechen – so auch die Bezeichnung bei uns in den Niederlanden. Den Begriff »Lauterkeitsrecht« kennen wir dagegen nicht. Ich hoffe, Sie denken jetzt nicht, dass niederländische Gewerbetreibende nur mit *unlauterem* und nicht mit *lauterem* Wettbewerb vertraut wären ...

Kein UWG, sondern allgemeines Zivilrecht

2. Anders als in Deutschland hat es in den Niederlanden nie ein Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) gegeben. Die Niederlande gehören in dieser Hinsicht der »französischen Schule« an. Wir haben bis heute kein UWG, auch wenn im Laufe der Jahrzehnte immer wieder dahingehende Vorschläge formuliert worden sind, zum Beispiel auf den Tagungen der Niederländischen Juristenvereinigung (NJV) von 1903, 1941 und 1963. Dabei stand natürlich jeweils das deutsche Modell zur Diskussion. Doch am Ende waren die versammelten Juristen nie so recht von der Notwendigkeit einer solchen gesetzlichen Regelung überzeugt, und Gleiches gilt für die jeweiligen Regierungen und Parlamente.

Es gibt, so denke ich, vier Hauptgründe, warum man diese Notwendigkeit nicht sah: zwei materiellrechtliche und zwei verfahrensrechtliche.

3. Der *erste materiellrechtliche* Grund ist folgender. Im Jahr 1919 etablierte unser oberstes Zivilgericht, der Hohe Rat, eine umfassende deliktsrechtliche Haftung aufgrund einer Generalklausel. Davor hatten wir ein System, das auf der Linie des Ihnen bekannten Apollinaris-Urteils des Reichsgerichts von 1880 lag.

Ab 1919 jedoch war zivilrechtlich in den Niederlanden nicht nur verboten, was zuvor vom Gesetzgeber ausdrücklich untersagt worden war, sondern auch alle Verstöße gegen das, was im gesellschaftlichen Verkehr infolge ungeschriebener Regeln zu beachten ist.

Die Entscheidung fiel – ob Zufall oder nicht – in einem Rechtsstreit, in dem es um unerlaubten Wettbewerb ging, nämlich das Verleiten zum Verrat von Geschäftsgeheimnissen.

Diesem – für das gesamte Zivilrecht – bahnbrechenden Kurswechsel des Hohen Rates war übrigens eine dreißigjährige Debatte zunächst im Schrifttum und später auch im Parlament vorausgegangen. Und so verkündeten denn auch die Kommentatoren noch am selben Tag, dem 31. Januar 1919, das Urteil komme der Einführung eines völlig neuen Gesetzbuchs gleich. Das war tatsächlich so, und eigentlich war es noch mehr als das. Denn mit dem Urteil zog die Zivilgerichtsbarkeit die grundsätzliche Zuständigkeit für gerichtliche Rechtsetzung an sich.

Auf diese Weise konnten nun aufgrund der Generalklausel des Artikels 1401 Bürgerliches Gesetzbuch (alte Fassung; jetzt 162:BW6) auch die zahlreichen Formen unlauteren Wettbewerbs geahndet werden. Verschiedene Formen von potentiell unlauterem Wettbewerb, wie Irreführung und Anschwärzung, waren den niederländischen Juristen natürlich durchaus bekannt, vor allem aus dem deutschen und französischen Schrifttum.

4. Der *zweite materiellrechtliche* Grund ist folgender. Von Anfang an wurde jede Form des unlauteren Wettbewerbs, die sich nicht gegen einen bestimmten Wettbewerber richtete, die aber alle Wettbewerber gemeinsam traf – wie etwa Irreführung bezüglich des eigenen Angebots –, als unerlaubte Handlung gegen *jeden einzelnen* der Konkurrenten gewertet. Dogmatisch lässt sich dies einordnen als Ausnutzung eines unlauteren Vorsprungs durch Rechtsbruch durch den unredlichen Unternehmer gegen *jeden* Wettbewerber. Mithin kann sich auch jeder der Wettbewerber dagegen zur Wehr setzen.

5. Nun zu den beiden *verfahrensrechtlichen* Gründen. Der *erste* ist die rasante Entwicklung des *summarischen Eilverfahrens* (niederländisch: »kort geding«) in den Jahren nach 1919. Bereits ab den zwanziger Jahren wurde in sämtlichen Fällen, in denen der Schaden fortauern kann, zum Beispiel in Wettbewerbssachen bei einer Werbekampagne oder bei sklavischer Nachahmung, die für ein Unterlassungsgebot im Eilverfahren erforderliche Eilbedürftigkeit angenommen, und zwar verschuldensunabhängig. In den dreißiger Jahren kam noch eine adäquate Zwangsgeldregelung hinzu.

6. Was allerdings noch fehlte – und dies ist der zweite verfahrensrechtliche Aspekt –, war die Möglichkeit einer Verbandsklage. Diese hat der Hohe Rat im allgemeinen Sinne eigentlich erst in den achtziger Jahren geschaffen. Dabei waren Wettbewerber auf die Verbandsklage gar nicht angewiesen, weil es – wie ich bereits erwähnte – möglich und auch ausreichend war, dass nur ein einziger Wettbewerber ein Unterlassungsverfahren (oder ein Berichtigungsverfahren) anstrengt.

Für die Verbraucher wäre die Verbandsklage dagegen sehr wohl hilfreich gewesen. Nachdem aktive Verbraucherverbände entstanden waren – und das war in den Niederlanden erst in den sechziger Jahren der Fall –, machte der Hohe Rat die

Verbandsklage schließlich möglich – mit zwanzig Jahren Verspätung, wie man rückblickend feststellen muss.¹ Übrigens richteten sich die ersten Verbandsklagen nicht etwa gegen Unternehmen, sondern gegen behördliche Verhalten, zum Beispiel – mit Erfolg – gegen die Anreicherung des Trinkwassers mit Fluor oder – teilweise mit Erfolg – gegen die Zerstörung der Umwelt für neue Autobahnen.

Geschriebenes Lauterkeitsrecht

7. Bedeutet dies nun, dass es in den Niederlanden überhaupt kein geschriebenes Lauterkeitsrecht gibt?

Nein, natürlich nicht. Es gab schon immer einschlägige Vorschriften im Strafgesetzbuch, zum Beispiel über Betrugsdelikte, und in Sondergesetzen, etwa über Lebensmittel und Arzneimittel, und vielen anderen mehr, längst bevor dies von Brüssel vorgeschrieben wurde.

Von Brüssel vorgechrieben! Das wurden auch die Richtlinien über irreführende Werbung, über vergleichende Werbung und über unlautere Geschäftspraktiken. Sie wurden in niederländisches Recht überführt: nicht in ein UWG, denn das haben wir noch immer nicht, sondern ins Bürgerliche Gesetzbuch, als Sonderregelungen zur großen generellen Deliktisklausel.

8. Und damit bin ich beim eigentlichen Thema meines heutigen Vortrags gelangt: Hat die Umsetzung dieser Richtlinien in den Niederlanden Probleme verursacht?

Umsetzung der Richtlinien 84/450, 97/55 und 2005/29

9. *Richtlinie 84/450*, die ursprüngliche Richtlinie über *irreführende Werbung*, brachte den Niederlanden nichts Neues. Wir hatten dies bereits 1980 vorweggenommen – und das ist wesentlich angenehmer, als der Entwicklung hinterherzuhinken, wie es heute weithin üblich ist ...

Die einzige Änderung, die die damalige Harmonisierung unter dem Strich mit sich brachte, war die Tatsache, dass nun der EuGH zur obersten Instanz wurde. In den 26 Jahren seit 1984 wurde dem EuGH vonseiten der Niederlande aber nie eine Frage zur Richtlinie 84/450 vorgelegt. Es gab also offensichtlich keine Probleme. Was aber auch damit zu erklären ist, dass diese Richtlinie nur auf ein Mindestmaß an Harmonisierung angelegt war. Die Niederlande befanden sich nach wie vor nicht unter dem Mindestniveau der Richtlinie.

10. Mit der *Richtlinie 97/55* wurden die Regeln für *vergleichende Werbung* harmonisiert, und zwar in maximalem Umfang. *Diese* Änderung ging bei uns sehr wohl mit weitreichenden Neuerungen einher. Nach Jahrzehnten lange zaudernde und unklare Rechtsprechung des Hohen Rats aufgrund des BGB, hatte im letzten Viertel des

¹ Inzwischen gesetzlich geregelt durch Art. 305a:BW3.

zwanzigsten Jahrhunderts eine bestimmte Auslegung des Benelux-Markengesetzes durch den Benelux-Gerichtshof faktisch zu einem völligen Verbot vergleichender Werbung geführt, und zwar aus rein markenrechtlichen Gründen. Dadurch war eine Lauterkeitsprüfung eigentlich gegenstandslos geworden.

Richtlinie 97/55 befreite die Niederlande (und die Benelux) also von diesem markenrechtlichen Korsett. Die Umsetzung in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch war nicht schwierig. Obwohl ... Es war schon etwas gewöhnungsbedürftig, in einen Gesetzestitel über *unerlaubte* Handlungen einen Artikel einzufügen, der *erlaubte* Handlungen voraussetzt.

Mit Bewunderung, zum Teil auch mit Verwunderung, haben wir dann in den Niederlanden die konsequent vergleichungsfreundlichen EuGH-Urteile zur Kenntnis genommen. In anderen kontinentalen Staaten dürfte das Erstaunen noch größer gewesen sein.

Auch zur vergleichenden Werbung wurden vonseiten der Niederlande noch keine Vorabentscheidungsfragen vorgelegt. Das heißt aber nicht, dass über alles Klarheit bestünde. Die Gerichte der unteren Instanzen haben gelegentlich ihre Schwierigkeiten mit der Abgrenzung zwischen der von jeher liberal beurteilten *Superlativwerbung* an sich einerseits, und der – manchmal verstärkten – Superlativwerbung der Art »der *absolut* günstigste ...« im potentiellen Anwendungsbereich des § 3a der Richtlinie (alte Fassung) andererseits. Ich meine die Bedingung, dass eine Vergleichung, die das Angebot von Mitbewerbern unmittelbar oder mittelbar erkennbar macht, nicht irreführend sein darf.

Der Hohe Rat hat den EuGH dazu bisher jedoch noch nicht befragt. Warum nicht? Das hat mit den niederländischen Revisionsmaßstäben zu tun. Die Entscheidung der Frage, ob eine bestimmte Werbung gerade noch als nicht irreführend oder doch schon als irreführend anzusehen ist, überlässt der Hohe Rat gern als »nicht revisionsfähig« den Gerichten der Vorinstanz. Diese Abstinenz des Hohen Rates lässt sich damit erklären, dass die Beurteilung dieser Frage in der Regel nicht zuletzt von vielen fallbezogenen Umständen abhängt, wie etwa vom Gesamtkontext der betreffenden Werbung und vom Umfeld neuerer Werbeaussagen der – nun klagenden – Wettbewerber.

11. Damit bin ich bei der Umsetzung der *Richtlinie 2005/29* über unlautere Geschäftspraktiken und den ersten Erfahrungen der Gerichte damit.

12. Wie bereits erwähnt, wurde auch diese Richtlinie als Sonderregelung zur großen generellen Deliktisklausel implementiert. Das ist durchaus angemessen, wenn man an Unterlassungsverfahren von Mitbewerbern und von (Verbraucher-)Verbänden denkt.

13. Von der Regelung profitiert aber auch der *einzelne Verbraucher*, der zu seinem Recht kommen möchte, wenn ein Rechtsgeschäft auf eine mit der Richtlinie unvereinbare Art und Weise zustande gekommen ist. Es wäre denkbar gewesen, einige Regeln zusätzlich –

oder sogar primär – im Vertragsrecht zu implementieren: als besondere Anfechtungsgründe neben Irrtum, Drohung (»metus«) und arglistiger Täuschung, oder als besondere Auflösungsgründe. Das ist nicht geschehen. Allerdings wurde in der Begründung zum Umsetzungsgesetz darauf hingewiesen, dass bestehende Anfechtungs- und Auflösungsgründe unberührt bleiben und dass eine Berufung auf Irreführung im Sinne der Richtlinie häufig mit der vertragsrechtlichen Berufung auf einen Irrtum zusammenfallen kann.

Ferner kann der einzelne Verbraucher den Unternehmer wegen Verstoßes gegen die Sonderbestimmungen der Richtlinie zum Schadensersatz haftbar machen. Auch wenn die dogmatischen Grundlagen und die gerichtliche »Forderung« unterschiedlich sind, braucht sich das praktische Ergebnis kaum von einem vertragsrechtlichen Verfahren zu unterscheiden, zumal wenn man an Geschäfte von relativ kleinem Umfang denkt.

Erwähnenswert ist auch das Folgende. Wie schon gesagt, können Mitbewerber und Verbraucherverbände ein Berichtigungseilverfahren anstrengen. In eindeutigen Fällen wird das Gericht bereit sein, eine so weitreichende Berichtigungsanzeige anzuordnen, dass diese einen Passus mit folgendem (oder ähnlichem) Wortlaut enthalten muss: »Wenn Sie durch unsere Werbung irreführt worden sind und aufgrund dessen einen Vertrag mit uns abgeschlossen haben, haben Sie ein gesetzliches Anfechtungsrecht.« Natürlich hat so ein Passus keinerlei formelle Rechtsgültigkeit, und er führt schon gar nicht zu einem Vollstreckungstitel im Verhältnis zwischen dem verurteilten Unternehmer und dem Verbraucher. Es würde aber wohl keinem Unternehmer je in den Sinn kommen, nach der Veröffentlichung einer solchen Berichtigungsanzeige Verbrauchern, die dies wünschen, nicht entsprechend entgegenzukommen.

14. In Anlehnung an das deutsche UWG 2004 wollte der europäische Gesetzgeber eine Art Bagatellschwelle einführen. Für die Niederlande war dies eine Neuerung. Nach unserem Verständnis kommt dieses Streben in der Richtlinie auf zweierlei Weise zum Ausdruck.

Zum einen in dem *ausdrücklichen Erfordernis der Kausalität* zwischen der »unlauteren Handlung« und der »Fähigkeit des Verbrauchers, sich zu entscheiden«. Das war für uns nichts Neues, wie ich meine. Zum anderen in der ausdrücklichen Forderung, dass die Beeinträchtigung der durch die Richtlinie geschützten Interessen »wesentlich« sein muss. Das allerdings war neu für uns.

Eine Illustration: Im Jahr 1985 erließ der Hohe Rat, nach altem Recht, ein Urteil in einem Fall, in dem es um den Vergleich mit unverbindlichen Preisempfehlungen und Katalogpreisen für Elektrogeräte ging. Die Frage, über die er zu entscheiden hatte, war, ob diese Preise in der Praxis überhaupt eine nennenswerte Rolle spielten, so dass ein Vergleich damit als realistisch gelten konnte und nicht irreführend war. Der zuständige Gerichtshof in Amsterdam befand, dass dieser Preisvergleich im vorliegenden Fall keine *gravierende Irreführung* darstelle. Der Hohe Rat hob dieses Urteil auf mit der

Begründung, das Gesetz schütze vor *jedweder* Irreführung. Wir müssen uns an den Gedanken gewöhnen, dass vermutlich nicht die damalige Rechtswürdigung des Hohen Rates, sondern die des Gerichts in Amsterdam mit der Richtlinie 2005/29 in Einklang steht.

Übrigens wurde im deutschen Schrifttum zu Recht darauf hingewiesen, dass mittlerweile der EuGH auf ganz eigene Weise bereits eine Bagatellschwelle installiert hat, und zwar indem er das Verbraucherleitbild eines »Durchschnittsverbrauchers« etablierte, der »angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist«, und nicht etwa das des »flüchtigen Verbrauchers«. Dieses Kriterium des EuGH wird von unseren Bezirksgerichten noch relativ häufig nicht beachtet.

15. Bei der Umsetzung der Richtlinie 2005/29 hatte der niederländische Gesetzgeber auch gewisse Schwierigkeiten mit der Implementierung der für die Unlauterkeit mitentscheidenden Verhaltensnorm der fachlichen Sorgfalt, insbesondere mit der wiederum dafür mitentscheidenden Beachtung der anständigen (Markt-)Gepflogenheiten. Denn diese Begriffe waren in der Richtlinie 84/450 noch nicht enthalten gewesen.

Diese Kriterien sind möglicherweise von nachgeordneter Bedeutung für die Werbung, aber von umso größerer für die Geschäftspraktiken *nach* Abschluss eines auf ein Produkt oder eine Dienstleistung bezogenen Handelsgeschäfts.

In diesem Kontext haben die Kriterien keine oder so gut wie keine Bedeutung, wenn es um sogenannte Erfolgspflichten (»resultaatsverbintenissen«) geht, denn dann ist der Erfolg, das Ergebnis der entscheidende Maßstab. Umso mehr Bedeutung haben sie für sogenannte Handlungspflichten (»inspanningsverbintenissen«).

In den Niederlanden sind wir davon ausgegangen, dass »fachliche Sorgfalt« den für die Berufshaftung (»beroepsaansprakelijkheid«) geltenden Normen entspricht. Bei uns ist das »die Sorgfalt, die von einem nach vernünftigen Maßstäben fähigen und verständig handelnden Fachmann erwartet werden kann«. Sie haben in Ihrer täglichen Arbeit, wie ich, mit guten, mittelmäßigen und schlechten Rechtsanwältinnen zu tun, und Sie werden hin und wieder auch mit Berufshaftungsforderungen gegen Anwältinnen zu tun haben. Sie werden deshalb wissen, welchen Maßstab ich meine. Der ist, jedenfalls in den Niederlanden, weder übermäßig lax noch übermäßig streng.

16. Über die Rolle des Begriffs »anständige Gepflogenheiten« wurde, wie wir wissen, in Deutschland jahrzehntelang heftig diskutiert. Wie in Deutschland, so wurde auch in den Niederlanden noch bis weit in die zweite Hälfte des vorigen Jahrhunderts daran festgehalten, dass die *üblichen* Gepflogenheiten eine entscheidende Rolle spielen können. Ich weiß, dass man diese Position in Deutschland schon vor geraumer Zeit aufgegeben hat.

Die Beamten im niederländischen Justizministerium wussten das allerdings nicht. In der Begründung zum Umsetzungsgesetz legten sie viel – zu viel – Nachdruck auf *übliche*

Gepflogenheiten. Sie wussten auch nicht, dass unser Hoher Rat 1960 entschieden hatte, dass diese allenfalls eine Orientierung bieten, aber keinesfalls ausschlaggebend sein können. Nicht nur, weil sie, obschon üblich, *den Verbraucher* benachteiligen können, sondern auch – und das war Gegenstand des Urteils von 1960 – weil sie neuen Wettbewerbern auf dem Markt zu sehr die Normen der etablierten Anbieter auferlegen und damit zu einer Verkrustung führen könnten.

Ich habe gelesen, dass die BGH-Rechtsprechung und das deutsche Schrifttum sich dessen sehr wohl bewusst sind. In den Niederlanden ist, was das angeht, noch – oder wieder – viel Überzeugungsarbeit zu leisten.

17. Ähnliches gilt für die Rolle der *Verhaltenskodizes*. Sie bilden eine relativ strenge Norm für Unternehmer, die sich ihnen unterworfen haben, dürfen deshalb aber noch nicht, für andere Unternehmer, als Norm für fachliche Sorgfalt beziehungsweise anständige (Markt-)Gepflogenheiten gelten.

Verhaltenskodizes – die grundsätzlich gar nicht genug begrüßt werden können – machen die Unterzeichner gewissermaßen »erhaben«, was diese zum Beispiel mit einem gemeinsamen Gütesiegel nach außen hin dokumentieren können. Dieser Vorsprung gegenüber den Mitbewerbern hat jedoch für die Verbraucher seinen Preis. Die Wahlfreiheit – ein ureigenes Interesse der Verbraucher – kann übermäßig beeinträchtigt sein, wenn diejenigen Verbraucher, die sich mit einem *niedrigeren* Niveau – zu *niedrigeren* Preisen – zufriedengeben würden, keinen Händler finden, der bereit ist, diesen Bedarf zu bedienen.

Auch hier: Aufgrund der BGH-Rechtsprechung und des deutschen Schrifttums werden Sie diesen Fehler nicht machen, aber die Begründung des niederländischen Umsetzungsgesetzes zeugt davon, dass die Verfasser diesen wichtigen Punkt überhaupt nicht begriffen haben. Leider spiegelt sich das auch in der Rechtsprechung unserer Bezirksgerichte wider.

Übrigens kommt auch in der Begründung der *Richtlinie* der Gedanke »Wie die Ware, so das Geld« nach meinem Eindruck zu kurz. Aber das Sprichwort kann doch unmöglich im Rauch des europäischen Verbraucherrechts aufgegangen sein (abgesehen natürlich von minimalen Informationspflichten und Mindestanforderungen an die Produktsicherheit). Gerade im Dienstleistungssektor, und bei den sich auf die Produktlieferung beziehenden Sorgfalts- und Nachbetreuungspflichten, kann der Verbraucher doch nicht erwarten, »für einen Groschen im ersten Rang sitzen« zu dürfen – um eine andere Redensart zu brauchen.

Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken, insbesondere unlauterer Werbung in der Praxis

18. Ich möchte meinen Vortrag gerne fortsetzen mit einigen Anmerkungen über die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken, insbesondere unlauterer Werbung in der Praxis in den Niederlanden, die derzeit rund 16 Millionen Einwohner zählen.

19. Ich schicke gleich voraus, dass der Hohe Rat dabei selten in Erscheinung tritt. Jahr für Jahr werden zwischen 500 und 600 Zivilsachen (bisher ohne Genehmigungsvorverfahren) vor dem Hohen Rat verhandelt. In den letzten 25 Jahren wurden bei ihm jährlich im Schnitt nur zwei Verfahren aus dem Bereich des Lauterkeitsrechts anhängig gemacht.

Das ist verständlich, namentlich in Werbesachen, wenn man bedenkt, dass in Eilverfahren innerhalb weniger Wochen eine Unterlassungsanordnung erwirkt werden kann. Eine Beschwerde in einem Eilverfahren kann innerhalb von drei bis sechs Monaten zu einem anderen Urteil führen. Von dieser Möglichkeit wird noch gelegentlich Gebrauch gemacht. Revision im Eilverfahren dagegen ist zwar möglich, dauert aber mindestens anderthalb Jahre. Damit ist dieses Rechtsmittel in Werbesachen weitgehend uninteressant, weil die betreffende Werbung bis dahin normalerweise längst nicht mehr aktuell sein dürfte.

Die wenigen werberechtlichen Streitigkeiten, mit denen der Hohe Rat befasst wird, haben nur selten Grundsatzfragen zum Gegenstand, über die die Parteien eine höchstrichterliche Entscheidung herbeiführen möchten. Und wenn die Parteien klug sind, dann ersuchen sie – heutzutage – den zuständigen Gerichtshof, direkt den EuGH zu befragen. Das spart viel Zeit und Geld.

Die wenigen Werbestreitigkeiten, die den Hohen Rat erreichen, haben – wie wir vermuten – meist damit zu tun, dass gleichzeitig ein Streit über Zwangsgelder im Gange ist oder aber droht, die in die Millionen gehen können. Oder umgekehrt: eine umfangreiche Schadensersatzklage, nachdem ein vorläufig vollstreckbares Urteil auf Betreiben des Klägers vollstreckt worden war, das jedoch im Berufungsverfahren aufgehoben wurde.

Ein dritter – uns meistens doch bekannter – Grund für ein Revisionsverfahren können drohende Massenschadensersatzklagen sein, bei denen die Werbung eine Rolle spielt. Dazu werde ich gleich noch etwas sagen.

20. Nun vom Hohen Rat zu den nachgeordneten Gerichten. Unsere fünf Gerechthoven (wörtlich: Gerichtshöfe), die in etwa mit Ihren Oberlandesgerichten vergleichbar sind, bearbeiten jedes Jahr zusammen schätzungsweise 30 Werbestreitigkeiten, das sind durchschnittlich sechs pro Gericht. Fast immer handelt es sich dabei um Eilverfahren.

Die 19 Rechtbanken (Bezirksgerichte), vergleichbar mit den deutschen Landgerichten, erledigen jedes Jahr zirka 200 Werbesachen, das heißt im Schnitt zehn pro Gericht. Auch hier geht es fast in allen Fällen um Eilverfahren.

21. Dabei spreche ich nicht von Sachen – und das ist gerade unter der Richtlinie 2005/29 aktuell –, in denen der Verbraucher selbst Partei ist in einem regulären, also keinem Eilverfahren, und bei denen er früher seine Schadensersatzforderung nur mit Irrtum, Betrug oder Leistungsstörungen begründen konnte.

Später konnten sich Verbraucher auch auf die Gesetzgebung der irreführende Werbung berufen, und nun sind noch unlautere Geschäftspraktiken hinzugekommen. Die Berufung darauf spielt bisher zwar nur eine Nebenrolle, aber doch eine potentiell wichtige Nebenrolle. Wir haben es heute in den Niederlanden nicht mehr nur mit einigen wenigen solcher Fälle zu tun, nein, es geht geradezu manchmal um Massenklagen.

So wurden beim Amsterdamer Bezirksgericht vor einigen Jahren *Zehntausende* von Verfahren gegen einige Banken angestrengt, die sich alle im Wesentlichen um Irreführung drehten. Den Geschädigten war im Rahmen sogenannter Effektenleasingverträge, die sie vor 2000 geschlossen hatten, als die Börsenkurse noch stiegen, das Blaue vom Himmel versprochen worden. Die Kläger, überwiegend Kleinanleger, brachten vor, sie seien unzureichend darüber aufgeklärt worden, dass es sich um Anlagengeschäfte mit *geliehenem Geld* handelte und dass sie – bei sinkenden Börsenkursen – nicht nur keine Gewinne zu erwarten hätten, sondern sogar erhebliche Nach- oder Restzahlungen würden leisten müssen. Vielleicht haben Sie in der Zeitung von diesen Fällen gelesen, bei denen vor allem die Dexia-Bank, aber auch andere Banken, in der Kritik standen.

Die Verfahren ruhten einige Jahre lang, weil unter der Leitung des ehemaligen EZB-Präsidenten Wim Duisenberg eine gütliche Regelung ausgehandelt wurde. Diese Regelung kam auch zustande und wurde für allgemeinverbindlich erklärt, mit einer Opt-out-Möglichkeit. Aus den verbliebenen Opt-out-Sachen, immerhin noch einige Tausend, haben die beteiligten Anwälte eine vernünftige Auswahl getroffen. Die entsprechenden Fälle, in denen irreführende Werbung und unlautere Geschäftspraktiken eine Rolle spielten, wurden dem Hohen Rat zwischen 2007 und 2009 zur Entscheidung vorgelegt. In sieben Musterprozessen hat er dann tatsächlich einige richtungweisende Grundsatzentscheidungen getroffen. Zum Beispiel befand der Hohe Rat, dass das Verbraucherleitbild des EuGH bei komplexen Produkten, auch bei komplexen Finanzprodukten, uneingeschränkt gilt. Danach kann von den Verbrauchern erwartet werden, dass sie auch das Kleingedruckte in den Broschüren lesen. Andererseits bestätigte der Hohe Rat, dass die Anleger sehr deutlich vor dem Risiko hätten gewarnt werden müssen, dass sie bei sinkenden Börsenkursen zusätzlich zur Kasse gebeten werden. Außerdem hätten die Banken in jedem Einzelfall prüfen müssen, ob der Kunde den möglichen finanziellen Verlust verkraften würde, ohne an den Bettelstab zu kommen, oder anders ausgedrückt: ohne seinen Lebensunterhalt nicht mehr bestreiten zu können.

Ebenfalls in die Tausende geht – oder ging – die Zahl der Klagen gegen Versicherungsgesellschaften wegen sogenannter »Wucherpolicen«: gemischte Anlage- und Versicherungsprodukte. Unter dem Druck der Rechtsprechung, in Form einiger aufsehenerregender Urteile, unter dem Druck der Finanzaufsicht und unter dem Druck der

Medien haben die Versicherer in diesen Fällen mittlerweile weitreichende Zugeständnisse gemacht. Voraussichtlich werden jetzt nur noch einige wenige Verfahren zu Ende geführt werden.

In all diesen Rechtssachen, einschließlich des Effektenleasings, spielt auch der schon in den achtziger Jahren vom Hohen Rat entwickelte Begriff der »besonderen Sorgfaltspflicht« eine Rolle, die gerade Banken und andere Finanzinstitute trifft. Übrigens lässt sich dies meines Erachtens gut vereinbaren mit einer branchenspezifischen Präzisierung des Begriffs »fachliche Sorgfalt« aus der Richtlinie 2005/29.

22. Rechtsstreitigkeiten wie die im Zusammenhang mit Effektenleasing und Wucherpolicen sind aber Ausnahmen vom normalerweise geringen Anfall an Werbestreitsachen bei niederländischen Zivilgerichten.

23. Dass der Geschäftsanfall in diesem Bereich für gewöhnlich gering ausfällt, ist nicht – oder noch nicht – dem Verbraucherschutzbeauftragten zu verdanken, der aufgrund des EU-Rechts geschaffen werden musste und der in den Niederlanden in der »Consumentenautoriteit« (deutsch: Verbraucherbehörde) Gestalt angenommen hat. Diese Behörde hat vor drei Jahren ihre Arbeit aufgenommen und hat nach Ansicht vieler Beobachter noch nicht viel Nennenswertes zuwege gebracht. Einige allzu forsche Sanktionen der Verbraucherbehörde wurden sogar schon wieder von Gerichten kassiert.

24. Vielmehr verdanken wir die relativ geringe Zahl der Werbestreitsachen guten Journalisten und Presseorganen. In den Niederlanden gibt es nämlich, neben Verbraucherschweizerzeitschriften, zahlreiche Zeitungsrubriken und Fernsehsendungen, in denen mit großer Regelmäßigkeit unlautere Handelspraktiken an den Pranger gestellt werden. Dabei werden die kritisierten Unternehmen namentlich genannt, und natürlich erhalten sie, wie es sich für seriöse Medien gehört, Gelegenheit zum Widerspruch. Vor allem die Verbrauchersendungen im Fernsehen – die die Sender übrigens viel weniger kosten als große Unterhaltungsshow – erfreuen sich in Holland großer Beliebtheit. Sie sind nämlich oft auch noch sehr humorvoll. Die Gewerbetreibenden fürchten nichts mehr, als in einem einschlägigen Artikel oder einer solchen Fernsehsendung schlecht wegzukommen. Diese »Verbraucherpresse« bringt viele Unternehmer zur Einkehr und hat zudem eine starke präventive Wirkung. Ab und zu muss ein Fernsehmoderator auch mal eine Berichtigung bringen, aber das tut seiner Popularität keinen Abbruch, eher im Gegenteil.

25. Darüber hinaus ist die geringe Zahl der Verfahren vor Zivilgerichten der Tatsache zu verdanken, dass wir in den Niederlanden – schon seit 1964 – ein hervorragendes System der Selbstkontrolle haben.

Es ist, so denke ich, dem System sehr ähnlich, das in Deutschland beim Zentralverband der Deutschen Wirtschaft (ZAW) angesiedelt ist.

Das System umfasst einen Verhaltenskodex, der inzwischen auf Richtlinie 2005/29 abgestimmt ist, sowie viele zusätzliche Bestimmungen für bestimmte Waren- und Dienstleistungsgruppen beziehungsweise Mediensparten.

Jeder Verbraucher (ja jeder Schüler, der im Rahmen einer Schularbeit auf Verstöße aufmerksam wird), kann eine Beschwerde einreichen. Für Privatpersonen ist dies kostenlos. Eingaben können auch per E-Mail erfolgen.

Die Beschwerden werden von einer Jury geprüft, der sogenannten »Reclame Code Commissie«, abgekürzt RCC (deutsch: Werbekodexkommission). Ihre Entscheidungen können vor der internen Berufungsstelle angefochten werden.

Die Juries werden mit Personen besetzt, die von Unternehmer- und Verbraucherverbänden benannt werden, und werden von einem unabhängigen Vorsitzenden geleitet. Nicht selten ist der Vorsitzende ein Berufsrichter, ja zum Teil sogar Richter am Hohen Rat. Ich habe so meine Zweifel, ob Richter sich wirklich in diesem Maße beteiligen sollten, aber damit stehe ich ziemlich allein. Ganz sicher kommt die Mitwirkung von Richtern der Qualität und der Autorität der Jury-Entscheidungen sehr zugute.

Im Rahmen dieses Selbstkontrollsystems werden jedes Jahr rund 750 Beschwerden bearbeitet (wenn man Massenbeschwerden gegen ein und dieselbe Werbung als *eine* Beschwerde rechnet).

26. Ich möchte schließen mit einer für die Praxis nicht unwichtigen Frage von grundsätzlicher Art, wobei ich nicht weiß, ob sie auch in Deutschland aktuell ist.

Da nun Richtlinie 2005/29 – wie auch Richtlinie 97/55 – auf eine Maximalharmonisierung abzielt, ist es denkbar, dass die Berufungsstelle der RCC zu einem zu strengen Urteil gelangt. Das kann in den Niederlanden nicht durch Selbstbindung gerechtfertigt sein. Einerseits deshalb nicht, weil der RCC-Kodex nun gerade einen Gleichschritt mit der Richtlinie anstrebt. Andererseits nicht, weil bei einem Großteil der Werbetreibenden keine Selbstbindung vorliegt. Sie werden vielmehr dem RCC-Kodex und den Jury-Urteilen unterworfen, weil die *Medienbetreiber* (Presse, Rundfunk, Telekommunikationsunternehmen, Post und andere Verbreiter) durch Selbstbindung versprochen haben, die von ihnen *verbreitete* Werbung anhand des Kodex prüfen zu lassen und bei negativem Ergebnis die Verbreitung zu verweigern. Sie werden verstehen, dass ich im Rahmen dieses Vortrags nicht auf die besonderen, teils europäischen Vorschriften für die verschiedenen Werbemittler eingehen kann.

Die Selbstkontrollorgane können bei Zweifeln, wie streng die geltenden Regeln auszulegen sind, nicht selbst den EuGH befragen, weil sie keine Gerichte sind. Wie kann das Problem also gelöst werden?

Diese Frage stellte sich auch schon, als es noch keine maximalharmonisierenden Richtlinien gab, die als Prüfungsrahmen hätten dienen können. Was damals aber sehr wohl als Prüfkriterium zur Verfügung stand, war das auch für Werbetreibende geltende Recht der Meinungsfreiheit. Man hielt die Heranziehung dieses Prinzips umso mehr für möglich, als das Kollektiv der Medienbetreiber, die miteinander und gegenseitig jene Selbstbindung eingegangen waren, gegenüber den einzelnen Werbetreibenden als *Machtblock* angesehen werden konnte.

Die damals gefundene und bis heute praktizierte Lösung ist die, dass eine Verurteilung durch die höchste Instanz der Selbstkontrolle beim zuständigen Bezirksgericht Amsterdam angefochten werden kann wegen Unvereinbarkeit mit dem Gesetz oder den Regeln des supranationalen Rechts. Das Zivilgericht kann dann eventuell dem EuGH Vorabentscheidungsfragen vorlegen.

Ohne Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH kamen die Zivilgerichte in der Vergangenheit mehr als einmal zu dem Ergebnis, dass die Selbstkontrollorgane zu streng geurteilt und damit unrechtmäßig gehandelt hatten. Die Cause célèbre ist hier ein Verfahren in Sachen südafrikanischer Apfelsinen der Marke »Outspan« in der Zeit, als in Südafrika noch die Apartheid herrschte. Ein Plakat mit Antiwerbung gegen »Outspan«-Blutorangen, auf dem der Kopf eines Schwarzafrikaners zu sehen war, der wie eine Apfelsine ausgepresst wird, wurde von der RCC als sittenwidrig eingestuft. Das zuständige Zivilgericht in Amsterdam sah darin eine zu weitgehende Einschränkung der Meinungsfreiheit. Vielleicht hat es damit ja einen – wenn auch winzig kleinen – Beitrag zur Überwindung des Apartheidregimes geleistet.