

**Die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des
Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines

Doctor iuris

der Juristischen Fakultät

der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität

Würzburg

vorgelegt von

Thomas Wolf

Braunschweig

2001

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg im Sommersemester 2001 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis Mai 2001 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meiner Doktormutter *Frau Prof. Dr. Inge Scherer*. Sie hat das Thema der vorliegenden Arbeit angeregt und durch ihre freundliche Unterstützung einen zügigen Abschluss ermöglicht. Darüber hinaus habe ich *Herrn Prof. Dr. Günter Christian Schwarz* für die überaus rasche Erstellung des Zweitgutachtens zu danken.

Ebenfalls möchte ich an dieser Stelle meinen Freunden danken, die mich bei der Erstellung dieser Arbeit „auf den letzten Metern“ in vielfältiger Form unterstützt haben. Dies gilt insbesondere für *Herrn Rechtsreferendar Axel Hamann*, dessen konstruktive Kritik mir an vielen Stellen weitergeholfen hat. Darüber hinaus danke ich *Herrn cand.-Ing. Ingo Weiß* und *Frau Rechtsreferendarin Christiane-Marie Janssen* für die schnelle Einarbeitung der Korrekturen und die Überarbeitung des Abkürzungsverzeichnisses sowie *Herrn Dipl.-Kfm. Niklas Unger* für die schriftliche Ausfertigung der Arbeit.

Schließlich möchte ich meinen Eltern ganz herzlich danken, ohne deren jederzeitige wohlwollende Unterstützung die Erstellung der vorliegenden Arbeit niemals möglich gewesen wäre. Meinem Vater dient die Arbeit hoffentlich als Beweis dafür, dass es den mystischen Ort „Bib“ tatsächlich gibt und ich auch dort war.

Berlin, im Juli 2001

Thomas Wolf

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| A. Inhaltsverzeichnis | I |
| B. Literaturverzeichnis | IV |
| C. Abkürzungsverzeichnis | XVI |
| | |
| 1 Einleitung | 1 |
| 1.1 Problemaufriß | 1 |
| 1.2 Gang der Untersuchung | 3 |
| 2 Gemeinschaftsrecht und nationales Lauterkeitsrecht | 4 |
| 2.1 Wettbewerbliche Regelungen im primären Gemeinschaftsrecht | 5 |
| 2.2 Existenz eines ungeschriebenen Unlauterkeitsrechts auf EG-Ebene | 6 |
| 3 Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit i. S. des Art. 28 EGV | 9 |
| 3.1 Die Entscheidung <i>Dassonville</i> | 10 |
| 3.2 Die Entscheidung <i>Cassis de Dijon</i> | 14 |
| 3.2.1 Einzelne zwingende Erfordernisse i. S. der <i>Cassis-de-Dijon</i> -Formel | 17 |
| 3.2.1.1 Lauterkeit des Handelsverkehrs | 18 |
| 3.2.1.1.1 Das Gebot der gemeinschaftsweiten Betrachtung | 20 |
| 3.2.1.1.2 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz | 21 |
| 3.2.1.1.3 Strukturpolitische Motive | 22 |
| 3.2.1.2 Der Verbraucherschutz | 23 |
| 3.2.1.2.1 Der Verbraucherschutz als zwingendes Erfordernis in der Rechtsprechung des EuGH | 24 |
| 3.2.1.2.1.1 Das Verbraucherleitbild des EuGH | 25 |
| 3.2.1.2.1.2 Die Informationspflicht des Verbrauchers als rechtliche Obliegenheit | 27 |
| 3.2.1.2.1.3 Das Kriterium der Markttransparenz | 28 |
| 3.2.1.2.1.4 Verbot der Informationsverkürzung | 32 |
| 3.2.1.2.1.5 Keine Überdehnung des Informationserfordernisses | 33 |
| 3.2.1.2.1.6 Aufbrechen nationaler Verbrauchergewohnheiten | 35 |
| 3.2.1.2.2 Abgrenzung zur Lauterkeit des Handelsverkehrs | 36 |
| 3.3 Die Entscheidung <i>Keck und Mithouard</i> | 38 |
| 3.3.1 Die Abgrenzung zwischen Produkt- und Verkaufsmodalitäten | 42 |
| 3.3.2 Die Kollision von Verkaufs- und Produktmodalitäten | 44 |
| 3.3.3 Stellungnahme | 45 |
| 3.3.4 „Bestimmte Verkaufsmodalitäten“ i. S. des Urteils <i>Keck</i> | 46 |
| 3.3.4.1 Unterschiedslose Geltung | 47 |
| 3.3.4.2 Rechtlich und tatsächlich in der gleichen Weise berührt | 48 |
| 3.3.4.2.1 Die Auslegung i. S. eines Diskriminierungsverbotes | 49 |
| 3.3.4.2.2 Das Kriterium des Marktzugangs | 51 |
| 3.3.4.2.2.1 Rechtliche Gleichberührung | 53 |
| 3.3.4.2.2.2 Tatsächliche Gleichberührung | 53 |
| 3.3.4.2.3 Die Art der Betrachtungsweise | 54 |
| 3.3.4.2.4 Stellungnahme | 57 |
| 3.3.4.2.5 Bewertung der <i>Keck</i> -Folgerechtsprechung | 59 |
| 3.3.5 Die Beurteilung des <i>Keck</i> -Urteils in der Literatur | 60 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 3.3.5.1 | Die Begrenzung auf reine Inlandssachverhalte | 60 |
| 3.3.5.2 | Die Einführung eines Spürbarkeitskriteriums..... | 61 |
| 3.4 | Eingrenzung durch Art. 30 EGV | 62 |
| 3.4.1 | Geographische Herkunftsangaben | 64 |
| 3.4.2 | Grenzen der Anwendbarkeit des Art. 30 EGV | 66 |
| 4 | Die Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit i. S. des Art. 49 EGV..... | 67 |
| 4.1 | Der Begriff der Dienstleistung | 67 |
| 4.2 | Der Begriff der Beschränkungen | 69 |
| 4.3 | Die Rechtfertigung innerstaatlicher Beschränkungen | 70 |
| 4.4 | Maßnahmen der Verkaufsförderung als eigenständige Dienstleistungen i. S. des Art. 49 EGV..... | 72 |
| 4.4.1 | Grenzen der Akzessorietät nach der Entscheidung <i>De Agostini</i> | 74 |
| 4.4.1.1 | Verstoß gegen Art. 28 EGV..... | 74 |
| 4.4.1.2 | Verstoß gegen Art. 49 EGV..... | 75 |
| 4.4.1.3 | Stellungnahme..... | 76 |
| 4.4.1.4 | Die Entscheidung <i>Alpine Investments</i> | 78 |
| 4.4.1.4.1 | Die Anwendbarkeit der <i>Keck</i> -Doktrin im Bereich des Art. 49 EGV..... | 79 |
| 4.4.1.4.2 | Grundsätzliche Parallelität zwischen Art. 28 EGV und Art. 49 EGV bei der Bewertung von Verkaufsmodalitäten | 81 |
| 4.4.2 | Stellungnahme | 82 |
| 5 | Die Entwicklung fallgruppenspezifischer Grundsätze durch die Rechtsprechung des EuGH..... | 83 |
| 5.1 | Teilnahme am fremden Vertragsbruch..... | 84 |
| 5.1.1 | Die Entscheidung <i>Dansk Supermarked</i> | 84 |
| 5.1.1.1 | Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil <i>Keck</i> | 85 |
| 5.1.1.2 | Die Entscheidung des EuGH..... | 86 |
| 5.2 | Sklavische Nachahmung bzw. Verwechslungsgefahr..... | 88 |
| 5.2.1 | Die Entscheidung <i>Beele</i> | 88 |
| 5.2.1.1 | Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil <i>Keck</i> | 88 |
| 5.2.1.2 | Die Entscheidung des EuGH..... | 89 |
| 5.3 | Zugabeverbote | 90 |
| 5.3.1 | Die Entscheidung <i>Oosthoek</i> | 90 |
| 5.3.1.1 | Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil <i>Keck</i> | 91 |
| 5.3.1.2 | Die Entscheidung des EuGH..... | 92 |
| 5.4 | Eigenpreisvergleiche | 95 |
| 5.4.1 | Die Entscheidung <i>GB-Inno-BM</i> | 95 |
| 5.4.1.1 | Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil <i>Keck</i> | 96 |
| 5.4.1.2 | Die Entscheidung des EuGH..... | 97 |
| 5.4.2 | Die Entscheidung <i>Yves Rocher</i> | 99 |
| 5.4.2.1 | Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil <i>Keck</i> | 100 |
| 5.4.2.2 | Die Entscheidung des EuGH..... | 100 |
| 5.5 | Irreführung | 101 |
| 5.5.1 | Die Entscheidung <i>r + r</i> | 101 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 5.5.1.1 | Die Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil <i>Keck</i> | 102 |
| 5.5.1.2 | Die Entscheidung des EuGH..... | 103 |
| 5.5.2 | Die Entscheidung <i>Pall</i> | 105 |
| 5.5.2.1 | Die Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil <i>Keck</i> | 105 |
| 5.5.2.2 | Die Entscheidung des EuGH..... | 105 |
| 5.5.3 | Die Entscheidung <i>Mars</i> | 109 |
| 5.5.3.1 | Die Entscheidung des EuGH..... | 109 |
| 5.6 | „Cold Calling“ | 112 |
| 5.6.1 | Die Entscheidung <i>Alpine Investments</i> | 112 |
| 5.7 | Stellungnahme | 117 |
| 6 | Rechtsprechung des EuGH zum sekundären Gemeinschaftsrecht..... | 119 |
| 6.1.1 | Begriff des Sekundärrechts | 119 |
| 6.1.2 | Sekundärrechtliche Vorschriften mit wettbewerbsrechtlicher Relevanz | 120 |
| 6.1.2.1 | Die Werberichtlinie 84/450/EWG | 120 |
| 6.1.2.1.1 | Die <i>Nissan</i> -Entscheidung..... | 123 |
| 6.1.2.1.2 | Die <i>Clinique</i> -Entscheidung | 125 |
| 6.1.2.1.3 | Stellungnahme | 126 |
| 6.1.2.2 | Sekundärrechtliche Irreführungsverbote | 127 |
| 6.1.2.3 | Weitere sekundärrechtliche Vorschriften mit lauterkeitsrechtlichem Bezug..... | 129 |
| 6.1.3 | Die Rechtsprechung des EuGH zu lauterkeitsrechtlichen Vorschriften des Sekundärrechts..... | 133 |
| 6.1.3.1 | Die Rechtsprechung zu sekundärrechtlichen Irreführungsverbote..... | 133 |
| 6.1.3.2 | Die Rechtsprechung zum sekundärrechtlichen Schutz geographischer Herkunftsangaben | 135 |
| 6.1.3.2.1 | Die Entscheidung <i>Warsteiner</i> des EuGH | 136 |
| 6.1.3.3 | Die sekundärrechtliche Gebotenheit eines Verhaltens..... | 139 |
| 6.1.4 | Stellungnahme | 141 |
| 7 | Die prozessualen Einflußmöglichkeiten des EuGH | 142 |
| 7.1 | Direkte Einflußnahme | 143 |
| 7.1.1 | Das Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 f. EGV | 143 |
| 7.1.2 | Das Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EGV | 144 |
| 7.1.2.1 | Gültigkeitsurteile | 145 |
| 7.1.2.2 | Auslegungsurteile | 146 |
| 7.2 | Indirekte Einflußnahme..... | 147 |
| 8 | Schlußbetrachtung | 148 |

Literaturverzeichnis

- Arndt, Hans-Wolfgang Warenverkehrsfreiheit innerhalb der Europäischen Union, der Fall Keck und Mithouard
Jus 1994, S. 469 ff.
- Basedow, Jürgen Zwischen Amt und Wettbewerb – Perspektiven des Notariats in Europa
RabelsZ 1991, S. 409 ff.
- Baumbach, Adolf; Hefermehl, Wolfgang Wettbewerbsrecht, Kommentar
21. Auflage
München 1999
- Becker, Ulrich Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ – Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV
EuR 1994, S. 162 ff.
- Beier, Friedrich-Karl Anmerkung zu EuGH Urt. v. 10.11.1992 – Exportur –
GRUR Int. 1993, S. 79 ff.
- ders. Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten
GRUR Int. 1998, S. 603 ff.
- Beier, Friedrich-Karl; Knaak, Roland Der Schutz der geographischen Herkunftsangaben in der europäischen Gemeinschaft – Die neueste Entwicklung
GRUR Int. 1993, S. 602 ff.
- Bernhard, Peter “Keck” und “Mars” – die neueste Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 EGV
EWS 1995, S. 404 ff.
- Bleckmann, Albert Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte
in: Roland Bieber – Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, Band I, S. 665 ff.
Tübingen 1981
- ders. Zur Problematik der Cassis de Dijon-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes
GRUR Int. 1996, S. 172 ff.
- ders. Europarecht
6., neubearbeitete und erweiterte Auflage
Köln, München 1997

| | |
|--------------------------|--|
| Bornkamm, Joachim | Anmerkung zum Urteil „Keck und Mithouard“ GRUR 1994, S. 297 ff. |
| Brinkmann, Thomas | Gewerbekritik zwischen freier Meinungsäußerung und Warentest NJW 1987, S. 2721 ff. |
| Classen, Claus Dieter | Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG- Grundfreiheiten? EWS 1995, S. 97 ff. |
| Däubler, Wolfgang | Die Klage der EWG-Kommission gegen einen Mitglied- staat NJW 1968, S. 325 ff. |
| Ebenroth, Carsten Thomas | Neue Ansätze zur Warenverkehrsfreiheit im Binnen- markt der Europäischen Union <i>in</i> : Willi Erdmann, Wolfgang Gloy, Rolf Herber - Fest- schrift für Henning Piper zum 65. Geburtstag, S. 133 ff. München 1996 |
| Ehlermann, Claus-Dieter | Das Verbot der Maßnahmen gleicher Wirkung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes <i>in</i> : Rolf Stödter, Werner Thieme - Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, S. 579 ff. Tübingen 1977 |
| Everling, Ulrich | Niederlassungsrecht und Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwälte in der Europäischen Gemeinschaft EuR 1989, S. 338 ff. |
| ders. | Die Einwirkung der Grundfreiheiten des EWG- Vertrages auf das Werberecht der Mitgliedstaaten Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte Nr. 17 Bonn 1992 |
| Fastenrath, U. | Europarecht: Pflicht letztinstanzlicher nationaler Gerich- te zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens JA 1986, S. 283 f. |
| Fezer, Karl-Heinz | Europäisierung des Wettbewerbsrechts JZ 1994, S. 317 ff. |

-
- ders. Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot als ein normatives Modell des verständigen Verbrauchers im Europäischen Unionsrecht
WRP 1995, S. 671 ff.
- Fikentscher, Wolfgang Kartell- und Wettbewerbsrecht im deutschen und europäischen Recht
in: Ernst v. Caemmerer, Hans-Jürgen Schlochauer, Ernst Steindorff - Festschrift für Walter Hallstein zum 65. Geburtstag, S. 127 ff.
Frankfurt a.M. 1966
- ders. Wirtschaftsrecht
Bd. I Weltwirtschaftsrecht, Europäisches Wirtschaftsrecht
München 1983
- Gierschmann, Sybille Die E-Commerce-Richtlinie
DB 2000, S. 1315 ff.
- Gilles, Peter Recht und Praxis des Telemarketing
NJW 1988, S. 2423 ff.
- Glöckner, Jochen „Cold Calling“ und europäische Richtlinie zum Fernabsatz – ein trojanisches Pferd im deutschen Lauterkeitsrecht
GRUR Int. 2000, S. 29 ff.
- Gloy, Wolfgang Handbuch des Wettbewerbsrechts
2. Auflage
München 1997
- Grabitz, Eberhard
Hilf, Meinhard Das Recht der Europäischen Union
Kommentar, Band I
München 2000
- Grosskopf, Lambert Anmerkungen zum „Alpine Investments“-Urteil des EuGH vom 10.05.1995
WRP 1995, S. 805 ff.
- Hailbronner, Kay;
Nachbaur, Andreas Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH
EuZW 1992, S. 105 ff.
- Hailbronner, Kay; Nachbaur, Andreas Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt 1992
Linz 1992

- Hammer, Kristina Handbuch zum freien Warenverkehr
Eine Analyse der Rechtsprechung zu Art. 30 EGV vor
und nach dem Urteil „Keck und Mithouard“
Wien u.a. 1998
- Hartwig, Henning Anmerkung zu EuGH Urt. v. 04.04.2000
Rs. C-465/98 – Darbo –
GRUR Int. 2000, S. 758 f.
- Heermann, Peter W. Auswirkungen der Europäischen Rechtsentwicklung auf
das deutsche Wettbewerbsrecht
WRP 1993, S. 578 ff.
- ders. Das deutsche Wettbewerbsrecht und die „Keck“-
Rechtsprechung des EuGH
WRP 1999, S. 381 ff.
- ders. Artikel 30 EGV im Lichte der „Keck“-Rechtsprechung:
Anerkennung sonstiger Verkaufsmodalitäten und Ein-
führung eines einheitlichen Rechtfertigungstatbestan-
des?
GRUR Int. 1999, S. 579 ff.
- Hirsch, Günter Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemein-
schaftsrecht und nationalem Recht
NJW 2000, S. 1817 ff.
- Hödl, Sascha Oliver Die Beurteilung von verkaufsbehindernden Maßnah-
men im Europäischen Binnenmarkt
Baden-Baden, 1997; zugleich: Graz, Univ., Diss., 1996
- Hoppmann, Erich Wettbewerb und Werbung
WuW 1983, S. 776 ff.
- Hösch, Ulrich Willi Der Einfluss der Freiheit des Warenverkehrs (Art. 30
EWGV) auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs
Bayreuth, Univ., Diss., 1993
- Iglesias, Gil Carlos Rodríguez Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten – Kom-
ponenten der richterlichen Gewalt in der Europäischen
Union
NJW 2000, S. 1889 ff.
- Immenga, Ulrich;
Mestmäcker, Ernst- Joachim EG Wettbewerbsrecht
Kommentar
München 1997

| | |
|---|--|
| Jacobs, Rainer Lindacher, Walter F. Teplitzky, Otto | Großkommentar zum UWG Berlin 1994 |
| Jarass, Hans D. | Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten EuR 1995, S. 202 ff. |
| Jestaedt, Thomas Kästle, Florian | Kehrtwende oder Rückbesinnung in der Anwendung von Art. 30 EGV: Das „Keck-und-Mithouard“-Urteil EWS 1994, S. 26 ff. |
| Jickeli, Joachim | Der Binnenmarkt im Schatten des Subsidiaritätsprinzips JZ 1995, S. 57 ff. |
| Joliet, René | Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung GRUR Int. 1994, S. 979 ff. |
| Keßler, Jürgen | Wettbewerbstheoretische Aspekte des Irreführungsver- botes - eine ökonomische und dogmengeschichtliche Analyse WRP 1990, S. 73 ff. |
| Keßler, Jutta | Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemein- schaftsrecht – Zwischen Produktbezug und Verkaufs- modalitäten – Baden-Baden 1997; zugleich jur. Diss., Humboldt- Univ.,Berlin, 1996 |
| Kieninger, Eva-Maria | Verbot des Multi-Level-Marketing in Deutschland – Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des EG- Vertrages? EWS 1998, S. 277 ff. |
| Knaak, Roland | Der Schutz geographischer Herkunftsangaben im neu- en Markengesetz GRUR 1995, S. 103 ff. |
| Köhler, Helmut | EG-Recht, nationales Wettbewerbsrecht und Verbrau- cherschutz Jus 1993, S. S. 447 ff. |
| ders. | Irreführungs-Richtlinie und deutsches Wettbewerbs- recht GRUR Int. 1994, S. 396 ff. |

- Köhler, Helmut / Piper, Henning UWG, Kommentar
München 1995
- Kort, Michael Schranken der Dienstleistungsfreiheit im europäischen
Recht
JZ 1996, S. 132 ff.
- Krüger, Timothy Die Zulässigkeit vergleichender Werbung aufgrund ge-
meinschaftsrechtlicher Vorgaben
Berlin 1996; zugleich: jur. Diss., Potsdam, Univ., 1996
- Langenbucher, Katja Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht
München 1996
- Larenz, Karl;
Canaris, Wilhelm Methodenlehre der Rechtswissenschaft
3. Auflage
- Larenz, Karl;
Wolf, Manfred Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts
8., neubearb. und erw. Auflage
München 1997
- Leible, Stefan Kfz-Parallelimporte und deutsches Irreführungsverbot
WRP 1997, S. 517 ff.
- ders. Anmerkung zu EuGH Urt. v. 16.07.1998
Rs. C-210/96 – Gut Springenheide –
EuZW 1998, S. 528 f.
- Lenz, Otto Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäi-
schen Gemeinschaft
2. Auflage 1999
Köln 1999
- Leupold, Andreas
Nachbaur, Andreas Werbebeschränkungen und Warenverkehrsfreiheit
nach Art. 30 EWG-Vertrag
JZ 1991, S. 1113
- Leupold, Andreas;
Bräutigam, Peter;
Pfeiffer, Markus Von der Werbung zur kommerziellen Kommunikation:
Die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen im
Internet
WRP 2000, S. 575 ff.
- Lüder, Tilman Mars: Zwischen Keck und Cassis
EuZW 1995, S. 609 f.

-
- Matthies, Heinrich
Art. 30 nach Keck
in: Olaf Due, Marcus Lutter, Jürgen Schwarze - Festschrift für Ulrich Everling, Band I, S. 803 ff.
Baden-Baden 1995
- Meier, Gert
Zum gemeinschaftsrechtlichen Schutz des Verbrauchers gegen irreführende Kennzeichnung, Aufmachung und Werbung
EuZW 1994, S. 391 ff.
- Menke, Burkhard
Recht und Ökonomie der kritisierenden vergleichenden Werbung
Frankfurt a.M. 1994; zugleich jur. Diss., Hamburg, Univ., 1993
- ders.
Die moderne, informationsökonomische Theorie der Werbung und ihre Bedeutung für das Wettbewerbsrecht, dargestellt am Beispiel der vergleichenden Werbung
GRUR 1993, S. 718 ff.
- Meyer, Alfred Hagen
Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen
WRP 1995, S. 783 ff.
- ders.
Bemerkungen zur Mars-Entscheidung des EuGH
GRUR Int. 1996, S. 98 ff.
- Moench, Christoph
Der Schutz des freien Warenverkehrs im Gemeinsamen Markt
Zur Auslegung der Art. 30, 34, 36 EWGV in der Rechtsprechung des EuGH Ur. v. NJW 1982, S. 2689 ff.
- ders.
Reinheitsgebot für Bier
Zum Urteil des EuGH vom 12.3.1987
NJW 1987, S. 1109 ff.
- Möllering, Jürgen
Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Europa:
Eine neue Dimension
WRP 1990, S. 1 ff.
- Möschel, Wernhard
Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit
NJW 1994, S. 429 ff.

| | |
|---|--|
| ders. | Anmerkung zum Urteil Hünermund NJW 1994, S. 782 |
| Mülbert, Peter | Privatrecht, Binnenmarktauftrag und Subsidiarität? ZHR 1995 (159), S. 2 ff. |
| Müller-Graff, Peter-Christian | Ordnungspolitische Divergenzen und wettbewerbliche Lauterkeit in der verfassung des Gemeinsamen Mark- tes in: Bodo Börner, Hermann Jahrreiß, Klaus Stern - Fest- schrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag, Band I, S. 209 ff. |
| Musielak, Hans-Joachim | Grundkurs ZPO 3. Auflage München 2000 |
| Niemöller, Stefan | Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäi- schen Rechtsprechung München 1999; zugleich: jur. Diss., Univ. Augs- burg, 1999 |
| Obergfell, Eva | Der Schutz geographischer Herkunftsangaben in Euro- pa ZEuP 1997, S. 677 ff. |
| Olten, Rainer | Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik München 1995 |
| Oppermann, Thomas | Europarecht 2., vollständig überarbeitete Auflage München 1999 |
| Oppermann, Thomas; Hiermaier, Werner | Das Rechtsschutzsystem des EWG-Vertrages Jus 1980, S. 782 ff. |
| Petschke, Matthias | Die Warenverkehrsfreiheit in der neuesten Rechtspre- chung des EuGH EuZW 1994, S. 107 ff. |
| Reese, Ulrich | Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft München 1994 |

| | |
|---|--|
| Reich, Norbert | Anmerkung zum Urteil Keck und Mithouard ZIP 1993, S. 1815 ff. |
| ders. | Anmerkung zu Alpine Investments EuZW 1995, S. 407 f. |
| Renegeling, Hans-Werner; Middeke, Andreas; Gellermann, Martin | Rechtsschutz in der europäischen Union, Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts vor europäi- schen und deutschen Gerichten München 1994 |
| Roth, Wulf-Henning | Anmerkung zu den verbundenen Rs. C-267, 268/91 Keck und Mithouard und zu der Rs. C-292/92 Hüner- mund Common Market Law Review 1994, S. 845 ff. |
| ders. | Wettbewerb der Mitgliedstaaten oder Wettbewerb Her- steller? ZHR 1995 (159), S. 78 ff. |
| Sack, Rolf | Staatliche Regelungen sogenannter „Verkaufsmodalitä- ten“ und Art. 30 EG-Vertrag EWS 1994, S. 37 ff. |
| ders. | Zur Vereinbarkeit des RabattG mit Art. 30 EG-Vertrag EWS 1994, S. 181 ff. |
| ders. | Auswirkungen der Art. 30, 36 und 59 ff. EG-Vertrag auf das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb GRUR 1998, S. 871 ff. |
| ders. | Staatliche Werbebeschränkungen und die Art. 30 und 59 EG-Vertrag WRP 1998, S. 103 ff. |
| Scherer, Inge | Divergenz und Kongruenz der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zur Verbraucherwerbung WRP 1999, S. 991 ff. |
| Schierenbeck, Henner | Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre 11. Auflage München 1993 |
| Schilling, Theodor | Rechtsgrenze zu Art. 30 EGV – Zugleich eine Anmer- kung zum EuGH-Urteil vom 24.11.1993 in den verbun- denen Rechtssachen C-267 und 268/91 – EuR 1994, S. 50 ff. |

- Schmid, Gregor Neuordnung des Wettbewerbsrechts – Recht des unlauteren Wettbewerbs und Verbraucherschutz im Wandel
GRUR Int. 1998, S. 475 ff.
- Schricker, Gerhard Probleme der Europäischen Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs
in: Herbert Bernstein, Ulrich Drobing, Hein Kötz - Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, S. 537 ff.
Tübingen 1981
- ders. Die Bekämpfung der irreführenden Werbung in den Mitgliedstaaten der EG
GRUR Int. 1990, S. 112 ff.
- ders. Die europäische Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs – ein aussichtsloses Unterfangen?
GRUR Int. 1990, S. 771 ff.
- ders. Deregulierung im Recht des unlauteren Wettbewerbs?
GRUR Int. 1994, S. 586 ff.
- ders. Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich
GRUR Int. 1998, S. 541 ff.
- Schroeder, Dirk;
Federle, Anne Das Keck-Urteil: Tatsächlich eine Abkehr von „Yves Rocher“?
ZIP 1994, S. 1428 ff.
- Schwappach, Jürgen EU-Rechtshandbuch für die Wirtschaft
München 1996
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.) EU-Kommentar
1. Auflage
Baden-Baden 2000
- Springer, Ralf Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Auslegung des Irreführungsverbots gemäss § 3 UWG
Baden-Baden 1994; zugleich: jur. Diss., Univ. Tübingen, 1993/94

-
- Steindorff, Ernst
Unlauterer Wettbewerb im System des EG-Rechts
WRP 1993, S. 139 ff.
- ders.
Unvollkommener Binnenmarkt
ZHR 1994 (158), S. 149 ff.
- Streil, Jochen
Das Vorabentscheidungsverfahren als Bindeglied zwischen europäischer und nationaler Rechtsprechung
in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.); Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz; S. 69 ff.
Baden-Baden 1983
- Streinz, Rudolf
Leible, Stefan
10% mehr Eiskrem für alle!
Anmerkungen zum Urteil des EuGH vom 6. Juli 1995,
ZIP 1995, 1137 – Mars
ZIP 1995, S. 1236 ff.
- Tilmann, Winfried
Grundlage und Reichweite des Schutzes geographischer Herkunftsangaben nach der VO/EWG 2081/92
GRUR Int. 1993, S. 610 ff.
- Ullmann, Eike
Die Europäische Union und das nationale Wettbewerbs- und Urheberrecht
JZ 1994, S. 928 ff.
- Ulmer, Eugen
Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
Bände 1 bis 7
München u.a. 1965 – 1994
- Veelken, Winfried
Nationales Lauterkeitsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht
ZvgIRWiss 92 (1993), S. 241 ff.
- von der Groeben, Hans
Thiesing, Jochen
Ehlermann, Claus-Dieter
Kommentar zum EU-/EG-Vertrag
Band 1
5. neubearbeitete Auflage
Baden-Baden 1997
- Weber, Claus
Die Dienstleistungsfreiheit nach den Art. 59 ff. EG-Vertrag einheitliche Schranken für alle Formen der Dienstleistung?
EWS 1995, S. 292 ff.

- Weinand, Armin
Europarecht und Recht gegen den unlauteren Wettbewerb
Baden-Baden 1998; zugleich: jur. Diss., Univ. Tübingen, 1997
- Weyer, Hartmut
Die Rechtsprechung zum freien Warenverkehr: Dassonville – Cassis de Dijon – Keck
DZWIR 1994, S. 89 ff.
- Wöhe, Günter
Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre
19. neubearbeitete Auflage
München 1996
- Woll, Artur
Zur wettbewerbspolitischen Bedeutung der Markttransparenz
in: Hans Besters - Festschrift für Theodor Wessels zum 65. Geburtstag
S. 199 ff.
Berlin 1967
- Ziem, Claudia
Spamming
Zulässigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce Richtlinienentwurf
MultiMedia und Recht 2000. S. 129 ff.
- Zuleeg, Manfred
Die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof
BB 1994, S. 581 ff.
- ders.
Die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes im Wandel
in: Olaf Due, Marcus Lutter, Jürgen Schwarze - Festschrift für Ulrich Everling, Band II, S. 1717 ff.
Baden-Baden 1995

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------|---|
| a. F. | alte Fassung |
| Abl. | Amtsblatt |
| Abs. | Absatz |
| AMG | Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) |
| Art. | Artikel |
| Artt. | Artikel (Mehrzahl) |
| | |
| Bd. | Band |
| Bde. | Bände |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BRD | Bundesrepublik Deutschland |
| bzgl. | Bezüglich |
| | |
| CMLR | Common Market Law Review |
| | |
| DB | Der Betrieb |
| ders. | derselbe |
| d. h. | das heißt |
| DZWiR | Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| | |
| EAGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EGKS | Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl |
| EGKSV | Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl |
| EGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25.03.1957 in der Fassung des Vertrages von Amsterdam vom 02.10.1997 (Abl EG 1997 Nr. C 340, S. 173) |
| EG-WettbR | Europäisches Wettbewerbsrecht |
| Einf. | Einführung |
| Einl. | Einleitung |
| Erwäggr. | Erwägungsgründe |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union |
| EuR | Europarecht |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| e. V. | eingetragener Verein |

| | |
|-----------|--|
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft – jetzt EU |
| EWGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschafts-gemeinschaft vom 25.03.1957 (BGBl II 766) – jetzt EGV |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht |
| f. | folgend |
| ff. | folgende |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| GA | Generalanwalt |
| GATT | General Agreement on Tariffs and Trade / Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GRUR Int. | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil |
| GS | Gedächtnisschrift |
| h. M. | herrschende Meinung |
| Hdb. | Handbuch |
| HGB | Handelsgesetzbuch (Deutschland) |
| HWG | Gesetz über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens (Heilmittelgesetz) |
| i. e. S. | im engeren Sinne |
| i. S. d. | im Sinne des |
| i. V. | im Vergleich |
| i. w. S. | im weiteren Sinne |
| i.S. | im Sinne |
| JA | Juristische Arbeitsblätter |
| JZ | Juristenzeitung |
| Komm. | Kommentar |
| LG | Landgericht |
| Lit. | Literatur |

| | |
|-------------|--|
| M.E. | Meines Erachtens |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| MarkenG | Markengesetz |
| MglW | Maßnahme gleicher Wirkung |
| MMR | MultiMedia und Recht |
| | |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJWE-WettbR | NJW – Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht |
| NJW-RR | NJW – Rechtsprechungs-Report |
| | |
| o. ä. | oder ähnlich |
| o.g. | oben genannt |
| OLG | Oberlandesgericht |
| | |
| Pkt. | Punkt |
| | |
| RabelsZ | Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel |
| RGBl | Reichsgesetzblatt |
| Rdn. | Randnummer |
| RiLi | Richtlinie |
| Rs. | Rechtsprechung |
| | |
| S. | Seite |
| Slg. | Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft |
| | |
| u.a. | unter anderem |
| u.U. | unter Umständen |
| Urt. | Urteil |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| | |
| Vgl. | Vergleiche |
| VO | Verordnung |

| | |
|------------|--|
| WettbR | Wettbewerbsrecht |
| WIPO | World Intellectual Property Organisation |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZEuP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZugabeVO | Zugabeverordnung |
| ZVglRWiss. | Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft |

1 Einleitung

1.1 Problemaufriß

Trotz intensiver Bemühungen bereits zu Beginn der sechziger Jahre ist es im Bereich des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb bis heute nicht gelungen, eine nur annähernd umfassende Harmonisierung zu erreichen. Das bisher in diesem Bereich durch die EU geschaffene Sekundärrecht nimmt sich sehr punktuell aus. Zwar hat die Gemeinschaft gerade in der jüngeren Zeit verschiedene Richtlinien erlassen, die partiell unlauterkeitsrechtliche Vorschriften enthalten.¹ Diese Richtlinien sind in ihrem Anwendungsbereich jedoch begrenzt und tragen dementsprechend wenig zu einer notwendigen Harmonisierung bei.

Mangels entsprechender Gesetzgebung wurde der EuGH daher auch in diesem Bereich des nationalen Rechts zum vielbemühten „Motor der Integration“. Schwerpunktartig erfolgte eine Einflußnahme über Art. 28 EGV² und die hierzu ergangene *Dassonville*-Formel³, die in ihrer Weite sämtliche Warenverkehrsbeschränkungen erfaßt und diese nur insoweit bestehenläßt, als sie durch Allgemeininteressen nach Verhältnismäßigkeitsmaßstäben gerechtfertigt sind. Insbesondere das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, dessen vorrangige Sanktionsmöglichkeit regelmäßig in einer staatlichen Unterlassungsanordnung besteht, erscheint vor diesem Hintergrund prädestiniert, Beschränkungen des freien Warenverkehrs zu verursachen und daher in einen Konflikt mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht zu geraten. Allerdings ist ein Konflikt der nationalen Unlauterkeitsrechte nicht nur mit Art. 28 EGV denkbar, sondern mit sämtlichen Verkehrsfreiheiten des primären Gemeinschaftsrechts.

Das es sich hierbei nicht um eine theoretische Problemstellung handelt, zeigt sich bereits an der Vielzahl von Entscheidungen des EuGH, die auf der Grundlage des

¹ Richtlinie 97/55/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997, zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, Abl. EG 1997 Nr. L 290 v. 23.10.1997 S. 18 ff.; Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz 97/7/EG; Abl. EG 1997 Nr. L 144 v. 4.6.1997, S. 19 ff.; Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, der gemeinsame Standpunkt des Rates vom 28.2.2000, welcher unverändert übernommen worden ist, ist abgedruckt in Abl. EG 2000 Nr. C 128, S. 32 ff.

² Die vorliegende Arbeit basiert auf dem EG-Vertrag in der konsolidierten Fassung des Vertrages von Amsterdam

³ EuGH, Urt. v. 11.7.1974, Rs. 8/74 – *Dassonville* – Slg. 1974, S. 837 ff. (852)

Art. 28 EGV zu diesem Themenkomplex ergangen sind.⁴ Der weite Anwendungsbereich des Art. 28 EGV hatte jedoch zur Folge, dass sich die Marktteilnehmer immer häufiger auf den Grundsatz des freien Warenverkehrs beriefen, um einer Beschränkung ihrer wirtschaftlichen Freiheit zu begegnen und zwar gerade auch in Fällen, in denen es an europäischem Auslandsbezug fehlte. Diesen Umstand bemängelte auch der EuGH und bezog in seiner Entscheidung in den verbundenen Rechtssachen Keck und Mithouard vom 24.11.1993 eine wesentlich zurückhaltendere Position im Hinblick auf die Anwendung des Art. 28 EGV.⁵ Zu diesem Zwecke unterschied der Gerichtshof im Rahmen des Art. 28 EGV fortan zwischen Verkaufsmodalitäten und sog. Produktmodalitäten, wobei nur noch letztere uneingeschränkt in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fallen sollen. Damit rückte die Frage nach der Unterscheidung zwischen Verkaufs- und Produktmodalitäten sowie nach den Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Art. 28 EGV im Bereich der Verkaufsmodalitäten in den Mittelpunkt der Diskussion und soll auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit eingehend erörtert werden.

Den Schwerpunkt der Arbeit bildet jedoch die Frage, ob und in welchem Maße den Entscheidungen des EuGH verallgemeinerungsfähige Grundsätze entnommen werden können, die den Rahmen für eine rechtliche Beurteilung nationalstaatlicher Maßnahmen auf dem Gebiet des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb bilden. Je deutlicher derartige Grundsätze herausgearbeitet werden können, desto mehr ist es möglich, nationale Vorschriften des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb europarechtskonform auszulegen und somit auch der integrativen Dimension des europäischen Rechts Rechnung zu tragen. Den Kernbereich der Untersuchung bildet die Darstellung und Untersuchung der Rechtsprechung sowohl zu primärrechtlichen Vorschriften als auch zu Vorschriften des Sekundärrechts. Im Bereich des Primärrechts bleibt die Untersuchung allerdings begrenzt auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Schutz des freien Warenverkehrs gem. Art. 28 EGV und zur Ge-

⁴ EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – Dansk Supermarked - Slg. 1981, S. 181 ff.; EuGH, Urt. v. 2.3.1982, Rs. 6/81 – Beele – Slg. 1982, S. 707 ff.; EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – Oosthoek – Slg. 1982, S. 4575 ff.; EuGH, Urt. v. 6.11.1984, Rs. 177/83 – r + r – Slg. 1984, S. 3651 ff.; EuGH, Urt. v. 7.3.199, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff.; EuGH, Urt. v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – Pall Corp./P.J. Dahlhausen – Slg. 1990, S. I-4827 ff.; EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff.; EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – Slg. 1993, S. I-2361 ff.; EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff.

⁵ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6131), Rdn. 14; vgl. unten Pkt. 3.3

währleistung der Dienstleistungsfreiheit i. S. des Art. 49 EGV. Ausgenommen von der Darstellung ist die Rechtsprechung zum Markenzeichenrecht.

1.2 Gang der Untersuchung

Nach einem kursorischen Überblick über die bestehende unlauterkeitsrechtliche Regelungsdichte auf EG-Rechtsebene (Pkt. 2) sollen - zunächst unter ausschließlich primärrechtlichen Gesichtspunkten - zwei Ansätze verfolgt werden. Zum einen soll die grundsätzliche Möglichkeit dargestellt werden, nationale Vorschriften des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb einer Überprüfung am Maßstab der Verkehrsfreiheiten der Artt. 28, 49 EGV zu unterziehen (Pkt. 3 u. 4). Zum anderen sollen im Wege einer fallgruppenorientierten Betrachtung spezielle, fallgruppenspezifische Grundsätze aus einzelnen Entscheidungen des EuGH herausgearbeitet werden (Pkt. 5).

Im Rahmen des allgemeinen Ansatzes liegt der Schwerpunkt der Untersuchung einmal auf der Frage einer möglichen Rechtfertigung binnenmarktbeschränkender Unlauterkeitsvorschriften aus Gründen des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs (Pkt. 3.2.1), zum anderen soll der Frage nach dem Anwendungsbereich des Art. 28 EGV im Hinblick auf die sog. Verkaufsmodalitäten i. S. des Urteils *Keck und Mithouard*⁶ nachgegangen werden (Pkt. 3.3.4). Schließlich wird im Rahmen der allgemeinen Betrachtung der Versuch einer Klärung der Frage unternommen, ob es für die rechtliche Bewertung von Bedeutung ist, wenn Maßnahmen der Verkaufsförderung für eine Ware i. S. des Art. 28 EGV ausgelagert werden und als eigenständige Dienstleistungen i. S. des Art. 49 EGV durch Dritte erbracht werden (Pkt. 4.4).

In einem nächsten Abschnitt soll dann, nach einem kursorischen Überblick über die unlauterkeitsrechtlich relevanten Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts, die hierzu ergangene Rechtsprechung des EuGH untersucht werden (Pkt. 6).

⁶ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff.

Im letzten Teil der Arbeit werden die Wege einer möglichen prozessualen Einflußnahme des EuGH zur Implementierung möglicher Grundsätze in das nationale Recht untersucht (Pkt. 7).

2 Gemeinschaftsrecht und nationales Lauterkeitsrecht

Grundsätzlich gilt sowohl das primäre als auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht in den Mitgliedstaaten unmittelbar und hat Vorrang vor dem innerstaatlichen Recht.⁷ Im Bereich des Unlauterkeitsrechts fehlt es allerdings bisher an einer umfassenden gemeinschaftsrechtlichen Regelung.⁸ Bereits in den sechziger Jahren wurden seitens der Kommission erste Überlegungen zur Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs vorgenommen und zu diesem Zweck beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht ein umfangreiches Gutachten in Auftrag gegeben. Dieses von *Eugen Ulmer* herausgegebene Werk enthält eine umfassende rechtsvergleichende Untersuchung der damals in der Gemeinschaft bestehenden Unlauterkeitsrechte sowie konkrete Vorschläge für eine Harmonisierung und sollte als Grundlage für diese Harmonisierung dienen.⁹ Aufgrund des einschneidenden Wandels des Schutzbereiches des Lauterkeitsrechts, der zu einer Einbeziehung des Verbraucherschutzes in dieses Rechtsgebiet führte und nicht von allen Staaten gemeinsam vollzogen wurde, sowie des Beitritts weiterer Länder mit unterschiedlich ausgeprägten Lauterkeitsrechten zur Gemeinschaft kam es jedoch zu keiner tiefgreifenden Harmonisierung.¹⁰ Allein im Bereich des Rechts der Werbung konnte man einen Minimalkonsens erzielen,¹¹ der schließlich zur Verabschiedung der Richtlinie 84/450/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung führte.¹² Des Weiteren wirkte sich auch die Schaffung eines europäischen Markenrechts hemmend auf die Harmonisierungsbestrebungen aus, da hierdurch wesentliche Regelungsberei-

⁷ EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. 106/77 – Simmenthal –Slg. 1978, S. 629 ff. (644); EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 – Costa/E.N.E.L. – Slg. 1964, S. 1251 ff. (1269 f.)

⁸ Schmid, GRUR Int. 1998, S. 478; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 608a

⁹ Ulmer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bde. 1-7

¹⁰ Schricker, FS f. Zweigert, S. 537 f.

¹¹ Schricker, GRUR Int. 1990, S. 772

¹² Abl. EG 1984 Nr. L 250 v. 19.9.1984 S. 17 ff.; zuletzt geändert und ergänzt durch die Richtlinie 97/55/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997, zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, Abl. EG 1997 Nr. L 290 v. 23.10.1997 S. 18 ff.

che, die originär im Unlauterkeitsrecht angesiedelt waren, aus der wettbewerbsrechtlichen Vereinheitlichung herausgenommen wurden.¹³

Insgesamt betrachtet, besteht auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts nur eine sehr punktuell positivrechtliche Regelung im Bereich des Unlauterkeitsrechts.¹⁴ Die jeweiligen nationalen Unlauterkeitsrechte bleiben daher grundsätzlich anwendbar.¹⁵ Daraus folgt allerdings nicht, daß die nationalen Unlauterkeitsrechte keinem europarechtlichen Einfluß unterliegen. Vielmehr ist jede nationale wettbewerbsrechtliche Regelung oder Anordnung mit europäischem Auslandsbezug in ihrer Anwendung und Ausgestaltung am primären und sekundären Gemeinschaftsrecht zu messen.¹⁶

2.1 Wettbewerbsliche Regelungen im primären Gemeinschaftsrecht

Im Bereich des primären Gemeinschaftsrechts existieren keine wesentlichen unmittelbaren Vorschriften zum Unlauterkeitsrecht.¹⁷ Soweit der EGV unmittelbare Vorschriften zum Wettbewerbsrecht enthält, nämlich in den Artt. 81 ff. EGV, handelt es sich dabei um kartellrechtliche Vorschriften. Allerdings erscheint eine Überschneidung dieser Vorschriften mit dem Recht des unlauteren Wettbewerbs nur in Randbereichen als möglich. Denkbar ist sie in den Fällen eines verabredeten Boykotts oder einer Diskriminierung.¹⁸

Einzig die Artt. 60 ff. EGKSV enthalten spezielle Vorschriften, die für den Bereich von Montanerzeugnissen bestimmte Praktiken des unlauteren Wettbewerbs untersagen.¹⁹ Doch hat diese Vorschrift in der Praxis nie eine bedeutende Rolle gespielt.²⁰

¹³ Schricker, FS f. Zweigert, S. 539

¹⁴ Jacobs/Schulte-Beckhausen in: Gloy, Hdb. d. WettbR, § 25, Rdn. 3; vg. unten Pkt. 6.1.2

¹⁵ Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 608a; Bleckmann, Europarecht, Rdn. 1523; Köhler in: Köhler/Piper, UWG Komm., Einf., Rdn. 45

¹⁶ Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 608a

¹⁷ Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 608a; Großkomm./Schricker, Einl. UWG, Rdn. F 323

¹⁸ Schroeter in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 85, Rdn. 90; Großkomm./Schricker, Einl. UWG, Rdn. F 323

¹⁹ Zielsetzung der EGKS, wie sie auch in Artt. 2 bis 4 EGKSV niedergelegt ist, ist die rationellste Verteilung der Erzeugung im Gemeinsamen Markt für Kohle und Stahl, geordnete Versorgung, Bildung niedrigster Preise und die Beseitigung jeder Diskriminierung. Dazu zählen nach Art. 60 § 1 EGKSV Praktiken unlauteren Wettbewerbs, die durch vorübergehende oder örtliche Preissenkungen eine Monopolstellung anstreben, und diskriminierende Praktiken, die zu einer ungleichen Versorgung der Käufer führen. Im Hinblick auf die Ziele verlangt Art. 60 § 2 EGKSV von den Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt für Kohle und Stahl die Verwendung von Preistafeln und veröffentlichten Verkaufsbedingungen. Des weiteren ist die Kommission berechtigt, Höchst- oder Mindestpreise gem. Art. 61 EGKSV sowie Ausgleichszahlungen gem. Art. 62 EGKSV anzuordnen, um zu verhindern, daß sich der Kohlepreis auf dem Niveau der Erzeugungskosten der Hersteller mit den höchsten Kosten bildet. Ergän-

Selbst wenn aus ihr Gemeinschaftsmaßstäbe zum unlauteren Wettbewerb abgeleitet würden, wären diese aufgrund ihrer montanrechtlichen Grundlage in der direkten Wirkung auf Kohle und Stahl beschränkt.²¹

Den entscheidenden Maßstab für die europarechtliche Zulässigkeit nationaler Regelungen und Maßnahmen im Bereich des Unlauterkeitsrechts bilden die Vorschrift des Art. 28 EGV und in wesentlich geringerem Umfang andere Grundfreiheiten des Vertrages.²² So sind die meisten Entscheidungen des EuGH mit lauterkeitsrechtlichem Bezug vor dem Hintergrund der Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EGV ergangen,²³ was im wesentlichen darauf zurückzuführen ist, daß mitgliedstaatliche Regelungen im Bereich des Unlauterkeitsrechts, aufgrund der extensiven Auslegung des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fallen. Dies wird deutlich, wenn man beispielsweise die Möglichkeit betrachtet, mit Hilfe des deutschen UWG und dessen vergleichsweise strengen Vorschriften eine Unterlassungsklage gegen den Vertrieb mitgliedstaatlicher Erzeugnisse in Deutschland zu erwirken. Damit würden zwischenstaatliche Handelsschranken, die ja eigentlich nach den Vorschriften über den freien Warenverkehr abzubauen und zu verhindern sind, im Wege des wettbewerbsbeschränkenden Marktverhaltens privater Bürger wieder errichtet werden.²⁴

2.2 Existenz eines ungeschriebenen Unlauterkeitsrechts auf EG-Ebene

Demgegenüber wird in der Literatur immer wieder vereinzelt die Ansicht vertreten, daß auf der Ebene des primären Gemeinschaftsrechts ein ungeschriebenes Lauter-

zend enthalten Art. 63 EGKSV Maßnahmen gegen Diskriminierungen und Art. 64 EGKSV die Möglichkeit Geldbußen zu verhängen. Im Vordergrund stehen bei diesen Regelungen die Versorgung und die bestmögliche Ausnutzung der Kohlegruben.

²⁰ Steindorff, WRP 1993, S. 139

²¹ Steindorff, WRP 1993, S. 139

²² Großkomm./Schricker, Einl. UWG, Rdn. F 329; Hösch, Diss., S. 3

²³ EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – Dansk Supermarked – Slg. 1981, S. 181 ff.; EuGH, Urt. v. 2.3.1982, Rs. 6/81 – Beele – Slg. 1982, S. 707 ff.; EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – Oosthoek – Slg. 1982, S. 4575 ff.; EuGH, Urt. v. 6.11.1984, Rs. 177/83 – r + r – Slg. 1984, S. 3651 ff.; EuGH, Urt. v. 7.3.199, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff.; EuGH, Urt. v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – Pall Corp./P.J. Dahlhausen – Slg. 1990, S. I-4827 ff.; EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff.; EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – Slg. 1993, S. I-2361 ff.; EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff.; eine Ausnahme bildet insoweit die Entscheidung *Alpine Investments* - EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93, Slg. 1995, S. I-1141 ff. - , die ihre Grundlage in Art. 49 EGV hat.

²⁴ Fezer, JZ 1994, S. 319

keitsrecht anzunehmen sei.²⁵ Ausgangspunkt dieser Auffassung ist die Tatsache, daß sowohl im EGKS-Vertrag als auch im EGV verschiedene Wettbewerbsregeln normiert sind, wobei namentlich auf die Artt. 60 ff. EGKSV und Artt. 3 lit. g, 81 ff. EGV abgestellt wird. Hieraus wird nun der Rückschluß einer grundsätzlichen Wertentscheidung der Europäischen Gemeinschaft zugunsten einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung gezogen, woraus sich wiederum, als systemimmanente Schranke, eine Grenze für die den Wettbewerbern eingeräumte Freiheit an dem Gebot der guten Sitten ergibt.²⁶ In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, daß gerade *Fikentscher* sich des speziellen und beschränkten Schutzbereiches der von ihm herangezogenen Normen durchaus bewußt ist, da er diesbezüglich ausführt, daß es sich bei dem Wettbewerb grundsätzlich um ein wertneutrales Instrument handele, weshalb es vorliegend nicht darauf ankomme, warum, sondern ob sich die Vertragswerke zum Wettbewerb bekennen.²⁷

Uneinigkeit besteht allerdings hinsichtlich der genauen Qualifikation und Anwendbarkeit dieses allgemeinen europäischen Lauterkeitsgebots. Während *Fikentscher* die Auffassung vertritt, es handele sich hierbei um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der zwar Rechtsquellencharakter, aber keinen Rechtssatzcharakter habe,²⁸ lehnt *Veelken* dies aufgrund dessen fehlender Konturiertheit ab.²⁹ Ebenso spricht er sich gegen die von *Fikentscher* vertretene Ansicht aus,³⁰ dieser Rechtsgrundsatz könne unmittelbar zur Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals der Sittenwidrigkeit oder der Lauterkeit in den nationalstaatlichen Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb herangezogen werden und sei ebenfalls im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 234 EGV zu berücksichtigen bzw. könne eine Vorlagepflicht begründen.³¹ Seiner Auffassung nach kommt dem allgemeinen Lauterkeitsgebot zwar der Charakter einer Generalklausel zu, doch aufgrund seiner Unvollkommenheit ist es in seiner Rechtsanwendung sehr beschränkt und kann nur ergänzend zur Bestimmung von Anwendungsbereichen und Inhalten anderer Normen herangezogen werden.³²

²⁵ Fikentscher, FS f. Hallstein, S. 158 ff.; ders., Wirtschaftsrecht Bd. I, S. 665 ff.; Veelken, ZvgIRWiss 92 (1993), S. 263

²⁶ Fikentscher, FS f. Hallstein, S. 158 f.; Veelken, ZvgIRWiss 92 (1993), S. 261 f.

²⁷ Fikentscher, FS f. Hallstein, S. 158

²⁸ Fikentscher, FS f. Hallstein, S. 160

²⁹ Veelken, ZvgIRWiss 92 (1993), S. 262

³⁰ Fikentscher, FS f. Hallstein, S. 160 f.

³¹ Veelken, ZvgIRWiss 92 (1993), S. 262

³² Veelken, ZvgIRWiss 92 (1993), S. 263

Grundsätzlich erscheint der Gedanke, daß sich die in den europäischen Verträgen institutionalisierte Wettbewerbsfreiheit nur im Bereich des lautereren Wettbewerbs entfalten und dementsprechend auch nur insoweit Schutz genießen kann, als zutreffend. Allerdings stehen den daraus gezogenen Rückschlüssen hinsichtlich einer unmittelbaren Anwendbarkeit, insbesondere in dem Umfang, den *Fikentscher* vorschlägt, erhebliche Bedenken entgegen. Der tragende Gedanke dieser unmittelbaren Rechtsanwendung ist die Rechtsvereinheitlichung im Bereich der bisher unterschiedlichen nationalen Lauterkeitsrechte.³³ Eine solche Rechtsvereinheitlichung erscheint zwar wünschenswert, doch auf diesem Wege verfehlt. Es würde eine Generalklausel konstruiert werden, gegen deren sekundärrechtliche Einführung im Rahmen von Harmonisierungsarbeiten sich die Mitgliedstaaten gerade ausgesprochen haben. Statt dessen sollte versucht werden, die Vereinheitlichung durch die dafür vorgesehenen Mittel und Wege zu erreichen, wie z. B. durch Maßnahmen des Art. 249 EGV. Soweit die montanrechtlichen Vorschriften der Artt. 60 ff. EKKS in ihrer unlauterkeitsrechtlichen Ausprägung zur Begründung herangezogen werden, ist des weiteren zu beachten, daß es sich hierbei um Regelungen mit einem sehr speziellen Regelungsbereich handelt,³⁴ aus denen nicht ohne weiteres allgemeine Rückschlüsse gezogen werden können, zumal auch die Normadressaten insbesondere auch der Artt. 81 f. EGV die Unternehmen sind und ein vergleichbares allgemeines an die Mitgliedsstaaten gerichtetes Verbot der Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit durch eine Überdehnung des Lauterkeitsschutzes nicht besteht.

Allerdings kann die grundsätzliche Wertentscheidung der EG für einen freien Wettbewerb, wie sie auch sicherlich in den o. g. Vorschriften zum Ausdruck kommt, im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Beurteilung nationaler lauterkeitsrechtlicher Maßnahmen auch nicht unberücksichtigt bleiben, da eine freie Marktordnung in der Tat systemimmanente Schranken eines lautereren Wettbewerbs enthält. Meines Erachtens trägt man diesem Aspekt am besten Rechnung, wenn man den Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit nicht als eigenständige Generalklausel auffaßt, sondern im Rahmen einer möglichen Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Marktfreiheit berücksichtigt. Konkret kommt eine Berücksichtigung im Rahmen des zwingenden Erfordernisses der Lauterkeit des Handelsverkehrs in Betracht, das geeignet ist, eine

³³ Fikentscher, FS f. Hallstein, S. 160

Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit i. S. des Art. 28 EGV und der Dienstleistungsfreiheit i. S. des Art. 49 EGV zu rechtfertigen.

3 Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit i. S. des Art. 28 EGV

Wie bereits oben dargestellt, enthält das primäre Gemeinschaftsrecht keine unmittelbaren Vorschriften zum Unlauterkeitsrecht. Dennoch unterliegen die nationalstaatlichen Maßnahmen und Regelungen in diesem Bereich einer umfassenden Überprüfung, wobei weit überwiegend Art. 28 EGV als Maßstab herangezogen wird,³⁵ der mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung verbietet. Diese Vorschrift garantiert den ungehinderten und chancengleichen Zugang zu den Märkten der Mitgliedstaaten, um so einen freien und unverfälschten Wettbewerb sicherzustellen.³⁶ Hierbei handelt es sich um eine der wesentlichen Grundlagen der Gemeinschaft

*„mit dem Ziel der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahe kommen“.*³⁷

Diese Gewährleistung ist nicht nur ein unverbindlicher Programmansatz, sondern unmittelbar geltendes Recht mit derogierender Kraft gegenüber dem nationalen Recht. Darüber hinaus kann jeder Marktbürger für die Einhaltung dieser Rechte selbst sorgen, da es sich hierbei um subjektive Rechte handelt, deren Verletzung unmittelbar vor den nationalen Gerichten gerügt werden kann.³⁸

³⁴ Vgl. obere Fn. 17

³⁵ Großkomm./Schrickler, Einl. UWG, Rdn. F 329; Ullmann, JZ 1994, S. 933; Köhler in: Köhler/Piper, UWG Komm., Einf., Rdn. 55

³⁶ Lux in: Lenz, EGV-Komm., 2.Auflage, Art. 28, Rdn. 4

³⁷ EuGH, Urt. v. 5.5.1982, Rs. 15/81 – Schul – Slg. 1982, S. 1409 ff. (1431) Rdn. 33; in diesem Sinne ebenfalls bereits EuGH, Urt. v. 28.6.1971, Rs.78/70 – Deutsche Grammophon - Slg. 1971, S. 487 ff. (500) Rdn. 12

³⁸ EuGH, Urt. v. 22.3.1977, Rs. 74/76 – Ianelli - Slg. 1977, S. 557 ff. (576 f.) Rdn. 13 und 17; Bleckmann, GS f. Sasse, Bd. II, S. 668

3.1 Die Entscheidung *Dassonville*³⁹

Entscheidend für eine Überprüfung mitgliedstaatlicher Maßnahmen und Regelungen aus dem Bereich des Unlauterkeitsrechts am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit ist das Verbot der Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung i. S. des Art. 28 EGV.⁴⁰ Dieses Merkmal zielt nicht nur auf die Verhinderung eines absichtlichen Protektionismus, sondern auch auf die Vermeidung binnenmarktswidriger Einfuhrerschwernisse, die sich ohne jede protektionistische Absicht aus anderen Regelungen oder Anordnungen ergeben können.⁴¹ Damit ist es zum Schlüsselbegriff im Rahmen des Abbaus und der Verhinderung neuer Handelshemmnisse geworden, da die Mitgliedstaaten sowohl die Verwendung diskriminierender Regelungen als auch die offensichtlicher, quantifizierbarer Handelsbeschränkungen, die ebenfalls von Art. 28 EGV erfaßt werden, eingeschränkt haben.⁴²

Die Definition des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung war in der früheren Literatur umstritten.⁴³ Dies hat sich mit der Entscheidung des EuGH vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 – Staatsanwaltschaft/Benoit und Gustave Dassonville – geändert.⁴⁴ In dieser Entscheidung hat der EuGH erstmals eine Definition der Maßnahme gleicher Wirkung gegeben, die er dann in ständiger Rechtsprechung bestätigt hat:⁴⁵

„Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen.“⁴⁶

Damit offenbart der Gerichtshof ein sehr weites Verständnis des Begriffs der Maßnahme gleicher Wirkung, als er bereits die potentielle Eignung einer mitgliedstaatli-

³⁹ EuGH, Urt. v. 11.7.1974, Rs. 8/74 – Dassonville – Slg. 1974, S. 837 ff.

⁴⁰ Sack, GRUR 1998, S. 871; Reich, ZIP 1993, S. 1815; Veelken, ZvgIRWiss 92 (1993), S. 275

⁴¹ Müller-Graff in: v. d. Groben u.a., EWG Komm., Art 30, Rdn. 34

⁴² Moench, NJW 1982, S. 2689

⁴³ Hösch, Diss., S. 12

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 11.7.1974, Rs. 8/74 – Dassonville – Slg. 1974, S. 837 ff.

⁴⁵ st. Rspr. EuGH, Urt. v. 15.12.1976, Rs. 41/76 – Donckerwolcke – Slg. 1976, S. 1921 ff. (1922); EuGH, Urt. v. 24.1.1978, Rs. 82/77 – van Tiggele – Slg. 1978, S. 25 ff.; EuGH, Urt. v. 12.10.1978, Rs. 13/78 – Eggers – Slg. 1978, S. 1935 ff.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 11.7.1974, Rs. 8/74 – Dassonville – Slg. 1974, S. 837 ff. (852)

chen Maßnahme zur Behinderung des freien Warenverkehrs ausreichen läßt und es nicht für erforderlich erachtet zu prüfen, ob tatsächlich eine Behinderung gegeben ist.⁴⁷ Betrachtet man hierzu ergänzend die Auslegung des Merkmals der mittelbaren Behinderung in der Rechtsprechung des EuGH, wonach schon die Erschwerung der Vermarktung oder des Absatzes einer eingeführten Ware ausreichend ist, um eine solche Behinderung anzunehmen,⁴⁸ wird die ganze Weite der *Dassonville*-Formel deutlich.

Ausgegrenzt werden lediglich solche Regelungen, deren Auswirkungen auf den freien Warenverkehr rein hypothetischer Natur sind, was dann anzunehmen ist, wenn es sich um Auswirkungen handelt, die in der Praxis völlig auszuschließen sind.⁴⁹ Demgegenüber hat der EuGH in seiner Rechtsprechung vor dem Urteil *Keck*⁵⁰ mehrfach eine Differenzierung anhand der Intensität der Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel (Spürbarkeitsgrenze), wie es beispielsweise im Bereich des EG-Kartellrechts praktiziert wird, abgelehnt.⁵¹ Den Mitgliedstaaten ist insoweit keinerlei Beschränkung des freien Warenverkehrs gestattet.

Diese Formel erfaßt in ihrer Weite jede hoheitliche Maßnahme, in deren Folge es zu einer negativen Beeinflussung des Warenverkehrs kommt, und damit auch beinahe jede innerstaatliche Regelung, die bestimmte Formen des Wettbewerbs verbietet. Richtungsweisend für die Einbeziehung des unlauteren Wettbewerbs in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV durch die *Dassonville*-Formel war das Urteil *Oosthoek*.⁵² Hier trifft der EuGH zur Bestimmung des Anwendungsbereiches folgende Aussage:

„Eine Regelung, die bestimmte Formen der Werbung und bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränkt oder verbietet, kann – obwohl sie die Einfuhren nicht unmittelbar regelt – geeignet sein, das Einfuhrvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für die eingeführten Erzeugnisse

⁴⁷ Moeschel spricht insoweit von einer tendenziell uferlosen Anwendbarkeit, NJW 1994, S. 429

⁴⁸ EuGH, Urt. v. , Rs. 27/80 – Fietje – Slg. 1980, S. 3839 ff. (3853) Rdn. 10; EuGH, Urt. v. 13.3.1984, Rs. 16/83 – Prantl – Slg. 1984, S. 1299 ff. (1327) Rdn. 23

⁴⁹ Fezer, JZ 1994, S. 324

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff.

⁵¹ EuGH, Urt. v. 13.3.1984, Rs. 16/83 – Prantl – NJW 1984, S. 1291 ff. (1292); EuGH, Urt. v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – NJW 1993, S. 3187 f. (3188) Rdn. 21; Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG, Rdn. 628a; Hinsichtlich der Einführung eines Spürbarkeitskriteriums durch das Urteil *Keck*, vgl. unten Pkt. 3.3.5.2

*beeinträchtigt. Es ist nicht auszuschließen, daß der für den betroffenen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen kann, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse gilt.*⁵³

Damit unterwirft der Gerichtshof die mitgliedstaatlichen Unlauterkeitsrechte einer umfassenden Überprüfung am Maßstab des Art. 28 EGV. Indem der EuGH sowohl auf die Beschränkung bestimmter Werbeformen abstellt als auch Regelungen hinsichtlich bestimmter Formen der Absatzförderung in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV einbezieht, erfaßt er sämtliche Fälle unlauteren Wettbewerbs. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf das Merkmal der bestimmten Methoden der Absatzförderung hinzuweisen, das bereits von seiner Bedeutung her einen vergleichsweise weiten Anwendungsbereich zuläßt und auch das speziellere Merkmal der bestimmten Werbeformen mit umfaßt. Es kann somit als Auffangtatbestand verstanden werden, der gerade die Fallgruppen unlauteren Wettbewerbs erfassen soll, die nicht unter den Begriff der Werbung subsumiert werden können.

Des weiteren bringt der EuGH an dieser Stelle zum erstenmal deutlich zum Ausdruck, daß sich seiner Auffassung nach auch aus der Existenz unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Regelungen und dem daraus für den grenzüberschreitend tätigen Marktteilnehmer resultierenden Diversifikationszwang eine Beschränkung des freien Warenverkehrs ergeben kann.⁵⁴ Diese Formel beruht letztlich auf der Anerkennung der Notwendigkeit eines einheitlichen Konzeptes für Werbung und Absatzförderung im gesamten Gemeinschaftsgebiet zum Zwecke einer rationalen, national unabhängigen Marktdurchdringung im Sinne eines echten Binnenmarktes.⁵⁵

Unter Bezugnahme auf diese im Urteil *Oosthoek* gefundene Formel begründet der EuGH auch in einer Reihe weiterer Entscheidungen die Eröffnung des Anwendungs-

⁵² EuGH, Urte. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – *Oosthoek* – Slg. 1982, S. 4575 ff.; zum genauen Sachverhalt des Urteils vgl. unten Pkt. 5.3.1

⁵³ EuGH, Urte. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – *Oosthoek* – Slg. 1982, S. 4575 ff. (4587), Rdn. 15

⁵⁴ Reese, S. 39

⁵⁵ ähnlich auch Weyer, DZWIR 1994, S. 90

bereiches des Art. 28 EGV.⁵⁶ Auffällig bei der Verwendung dieser Formel durch den Gerichtshof ist, daß dieser nach der Zitierung der o. g. Passage regelmäßig auf jede weitere Subsumption verzichtet und auch keine weiteren Ausführungen zur spezifischen Warenverkehrsbeschränkung in dem von ihm zu entscheidenden Fall macht. Es liegt nun insoweit nahe, dies mit einem Verweis auf die grundsätzliche, apodiktisch anmutende Kürze von Urteilen des Gerichtshofes zu rechtfertigen. Vielmehr zeigt sich hierin aber die gewichtige Bedeutung, welche der EuGH dem Argument des Diversifikationszwanges in Bezug auf die Eignung zur Beschränkung des freien Warenverkehrs zumisst. Der Gerichtshof verwendet die *Oosthoek*-Formel als einen Erfahrungssatz, wonach bei dem Vorliegen deren sämtlicher Tatbestandsmerkmale, nämlich der Existenz zweier unterschiedlicher nationaler Regelungen hinsichtlich bestimmter Formen von Werbung oder Methoden der Absatzförderung, grundsätzlich auf das Bestehen einer Warenverkehrsbeschränkung geschlossen werden kann. Dies zeigt sich beispielsweise deutlich im Urteil *Yves Rocher*.⁵⁷ Hier zitierte der EuGH im Rahmen der Prüfung des Anwendungsbereichs des Art.28 EGV die o. g. Passage des Urteils *Oosthoek*, um daraufhin ohne weitere tatsächliche Prüfung festzustellen:

„Somit ist ein Verbot der im Ausgangsverfahren streitigen Art als geeignet anzusehen, die Einfuhren von Erzeugnissen eines Mitgliedstaats in einen anderen Mitgliedstaat zu beschränken, und stellt daher insoweit eine Maßnahme gleicher Wirkung i. S. des Art. 30 EWGV dar.“⁵⁸

Insoweit weist die Verwendung der *Oosthoek*-Formel durch den EuGH Parallelen zum Anscheinsbeweis auf, wie er im deutschen Recht verwendet wird. Dieser ist ebenfalls dadurch gekennzeichnet, daß der Richter von feststehenden tatsächlichen Ereignissen auf andere Tatsachen schließt, die nach der Lebenserfahrung regelmäßig damit verbunden sind.⁵⁹ Unabhängig von der genauen rechtlichen Qualifikation dieses Erfahrungssatzes ergibt sich hieraus für den Bereich nationaler Unlauterkeitsvorschriften im Ergebnis eine erhebliche Beweis- und Darlegungserleichterung hin-

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff. (686), Rdn. 7; EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – Slg. 1993, S. I-2361 ff. (2388), Rdn. 10; EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-1/90 u. C-176/90 – Aragonesa de Publicidad Exterior/Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña – Slg. 1991, S. 4151 ff. (4161), Rdn. 10

⁵⁷ EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – Slg. 1993, S. I-2361 ff.

⁵⁸ EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – Slg. 1993, S. I-2361 ff. (2388), Rdn. 11

⁵⁹ Musielak, Grundkurs ZPO, Rdn. 401

sichtlich der Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 28 EGV im Vergleich zu mitgliedstaatlichen Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten. Während es für letztere notwendig ist, deren unmittelbare oder mittelbare Eignung zur tatsächlichen oder potentiellen Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels im einzelnen darzulegen, um ggf. das Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung i. S. des Art. 28 EGV zu bejahen, genügt es für nationale Vorschriften des Unlauterkeitsrechts, die Geltung zweier Rechtsnormen für den grenzüberschreitend tätigen Marktteilnehmer darzulegen, um den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV zu eröffnen.

Allerdings ist fraglich, ob diese Aussage auch im Hinblick auf das Urteil *Keck* und die darin enthaltenen Grundsätze aufrechterhalten werden kann.⁶⁰ Hiernach unterliegen nämlich nationale Regelungen bestimmter Verkaufsmodalitäten nur unter bestimmten Voraussetzungen dem Anwendungsbereich des Art. 28 EGV. Entscheidend ist somit zum einen die Frage nach der Auslegung des Begriffs der „Verkaufsmodalitäten“ und zum anderen die Frage, unter welchen Voraussetzungen auch für Verkaufsmodalitäten eine Überprüfung am Maßstab des Art. 28 EGV möglich ist. Dieser Frage wird an einer späteren Stelle der Untersuchung vertieft nachgegangen.⁶¹

3.2 Die Entscheidung *Cassis de Dijon*

Aufgrund der tatbestandlichen Weite der *Dassonville*-Formel wird schnell deutlich, daß diese in ihrer Anwendung einer Einschränkung bedurfte, um nicht zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls oder den Normzweck zu überschreiten.⁶² Denn Art. 28 EGV schützt zwar den freien Warenverkehr, er soll aber nicht die grundsätzliche Befugnis der Mitgliedstaaten zur autonomen Verfolgung gebotener und gemeinschaftsrechtlich anerkannter Schutzziele beseitigen.⁶³ Insoweit hätte es nahegelegen, sich für diese Begrenzung die geschriebenen Normen des EG-Vertrages nutzbar zu machen, insbesondere durch einen Rückgriff auf Art. 30 EGV. Allerdings bot diese Vorschrift aufgrund der engen Auslegung durch die Rechtsprechung des

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – *Keck und Mithouard* – Slg. 1993, S. I-6097 ff.

⁶¹ Vgl. unten Pkt. 3.3.1

⁶² Müller-Graff in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 30, Rdn. 43

⁶³ Müller-Graff in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 30, Rdn. 183; Ehlermann, FS f. Ipsen, S. 589 ff.

EuGH⁶⁴ keinen ausreichenden Ansatzpunkt, um eine Beschränkung des weiten Anwendungsbereichs des Art. 28 EGV als Folge der *Dassonville*-Formel herbeizuführen.

Die daher notwendige Einschränkung der *Dassonville*-Formel nahm der EuGH in der Rechtssache 120/78⁶⁵ daraufhin selbst vor.⁶⁶ Dort kam er zu dem Schluß:

*„In Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung der Herstellung und Vermarktung ... ist es Sache der Mitgliedstaaten, alle die Herstellung und Vermarktung ... betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen. Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der **Lauterkeit des Handelsverkehrs**⁶⁷ und des **Verbraucherschutzes**⁶⁸.“⁶⁹*

Damit erfolgte eine Begrenzung der sehr weiten Grundformel in der Form, daß handelshemmende Vorschriften, die unterschiedslos für eingeführte und inländische Wa-

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 17.6.1981, Rs. 113/80 – Kommission / Irland – NJW 1981, S. 2634 f. (2634), dort führt der EuGH aus: „...Da nämlich, wie der Gerichtshof in seinem Urteil (EuGHE 1977, 5 (15) = NJW 1977, 1003) festgestellt hat, Art. 36 EWGV „als Ausnahme von der Grundregel, daß alle Hindernisse für den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beseitigen sind, eng auszulegen“ ist, können die dort aufgeführten Ausnahmen nicht auf andere als die abschließend aufgezählten Fälle ausgedehnt werden. Da **weder der Verbraucherschutz noch die Lauterkeit des Handelsverkehrs zu den in Art. 30 genannten Ausnahmen gehören** (Hervorhebung d. Verf.), können diese Gründe nicht als solche im Rahmen dieses Artikels geltend gemacht werden.“ Vgl. auch unten Pkt. 3.4

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein – Slg. 1979, S. 649 ff.

⁶⁶ Die hier vertretene Auffassung, es handele sich bei dem Urteil *Cassis de Dijon* um eine Beschränkung der *Dassonville*-Formel ist umstritten. So gehen einige Autoren davon aus, daß es mit dem Urteil *Cassis de Dijon* zu einer Erweiterung gekommen ist, da die *Dassonville*-Formel ihrer Ansicht nach ursprünglich nur auf spezifisch für eingeführte Produkte geltenden Regelungen anwendbar war und der EuGH dort die Beschränkungen einbezogen hat, von denen man annehmen konnte, daß sie nur durch eine Annäherung der nationalen Gesetze behoben werden können; Vgl. Bornkamm, GRUR 1994, S. 297; Arndt, Jus 1994, S. 469; Joliet, GRUR Int. 1994, S. 980. Allerdings findet diese Auslegung keinen Rückhalt im Wortlaut der *Dassonville*-Formel, da daraus nicht ersichtlich wird, daß die aufgestellte Regel nur für diskriminierende Maßnahmen gilt. Es ist somit davon auszugehen, daß die *Cassis de Dijon*-Formel eine Einschränkung der *Dassonville*-Formel darstellt, da damit die grundsätzliche Befugnis der Mitgliedstaaten festgestellt wurde, im Falle des Fehlens einer gemeinschaftlichen Regelung alle die Herstellung und Vermarktung eines bestimmten Erzeugnisses betreffenden Vorschriften zu erlassen; Vgl. Jestaedt/Kästle, EWS 1994, S. 27; Sack, EWS 1994, S. 38; Moench, NJW 1987, S. 1109; Heermann, WRP 1993, S. 580; Hösch, S. 15; Leible in: Grabitz/Hilf, EGV Art. 28, Rdn. 18

⁶⁷ Hervorhebung des Verfassers

⁶⁸ Hervorhebung des Verfassers

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein – Slg. 1979, S. 649 ff. (662)

ren gelten, nur dann aufrechterhalten werden dürfen, wenn sie notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden.⁷⁰ Für den Bereich der Vorschriften nationaler Unlauterkeitsrechte sind insbesondere die Erfordernisse der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes von besonderer Relevanz.

Den Anwendungsbereich dieser Rechtsprechungsgrundsätze begrenzte der EuGH in der Folgezeit allerdings auf unterschiedslos geltende Maßnahmen.⁷¹ Daraus folgt, daß Maßnahmen, die sich ausschließlich gegen importierte Waren aus Mitgliedstaaten richten und somit diskriminierenden Charakter haben, unbedingt in den Anwendungsbereich von Art. 28 EGV fallen und nicht durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes oder der Lauterkeit des Handelsverkehrs gerechtfertigt werden können.⁷² Für diese Regelung kommt einzig eine Rechtfertigung am Maßstab des Art. 30 EGV in Betracht.⁷³

Voraussetzungen einer Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse i. S. des Urteils *Cassis de Dijon* sind demnach, daß eine abschließende gemeinschaftsrechtliche Regelung fehlt⁷⁴ und sich die Handelshemmnisse allein aus unterschiedlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten ergeben. Weiterhin müssen die als Rechtfertigung vorgebrachten zwingenden Erfordernisse unterschiedslos für einheimische und aus anderen Mitgliedstaaten verbrachte Waren gelten⁷⁵ und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen.⁷⁶

⁷⁰ Zwar spricht der EuGH, gerade auch in jüngerer Zeit (EuGH, Urt. v. 26. 6.1997, Rs. C-368/95 – *Familiapress* Zeitungsverlag/Heinrich Bauer Verlag – Slg. 1997, S. I-3689 ff. (3715), Rdn. 18), im Hinblick auf die im Urteil *Cassis de Dijon* entwickelten „zwingenden Erfordernisse“ selber von einer Rechtfertigung, doch ist die genaue dogmatische Anknüpfung umstritten. So handelt es sich hierbei nach einer Ansicht um zusätzliche Rechtfertigungsgründe (Bleckmann, GRUR Int. 1986, S. 178; Köhler, Jus 1993, S. 448), wohingegen eine andere Auffassung davon ausgeht, es fände bereits auf der Tatbestandsebene eine Einschränkung der Maßnahmen gleicher Wirkung statt (Moench, NJW 1987, S. 1109, Hoesch, Diss., S. 15; Leible in: Grabitz/Hilf, EGV Art. 28, Rdn. 20; Leupold/Nachbaur, JZ 1991, S. 1113). Allerdings kann eine Entscheidung letztlich dahingestellt bleiben, da die genaue dogmatische Einordnung letztlich keinen Einfluß auf das Ergebnis hat; so auch Heermann, WRP 1993, S. 581, Bleckmann, GRUR Int. 1986, S. 178

⁷¹ EuGH, Urt. v. 17. 6.1981, Rs. 113/80 – *Irish Souvenirs* – NJW 1981, S. 2634 f.

⁷² Müller-Graff, FS f. Carstens, S. 225

⁷³ Vgl. unten Pkt. 3.4

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – *Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* – Slg. 1979, S. 649 ff. (662)

⁷⁵ EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-1/90 u. C-176/90 – *Aragonesa de Publicidad Exterior/Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña* – Slg. 1991, S. 4151 ff. (4152); EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 – *Verband Sozialer Wettbewerb e. V. / Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH* – NJW 1994, S. 1207 f.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – *Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* – Slg. 1979, S. 649 ff. (662)

Dennoch ergab sich auch durch die Einführung der *Cassis-de-Dijon*-Formel kaum eine wirkliche Begrenzung bei der Anwendung der *Dassonville*-Formel durch den EuGH, da nach wie vor zur Eröffnung des Anwendungsbereiches des Art. 28 EGV die bloße Eignung, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern, obendrein nur potentiell und auch nur mittelbar, ausreichte. Auf diese Weise öffnete sich der EuGH den Weg, staatliche Maßnahmen nach einer Art gemeinschaftsrechtlichem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu überprüfen.⁷⁷ So nahm der EuGH über Art. 28 EGV stärkeren Einfluß auf die nationalen Wettbewerbsrechte und erklärte verschiedene Verbotsvorschriften für unvereinbar mit dem europäischen Recht. Dazu gehörten unter anderem das luxemburgische Verbot der Preisgegenüberstellung und der Befristung von Sonderangeboten⁷⁸ sowie das mittlerweile aufgehobene deutsche Verbot der Preisgegenüberstellung (ehemals § 6 e UWG⁷⁹).⁸⁰

3.2.1 Einzelne zwingende Erfordernisse i. S. der *Cassis-de-Dijon*-Formel

Wie bereits oben kurz erwähnt, sind für den Bereich der nationalen Unlauterkeitsrechte insbesondere die zwingenden Erfordernisse der „Lauterkeit des Handelsverkehrs“ und des „Verbraucherschutzes“ von besonderer Bedeutung. Sie konkretisieren die Einschränkungsmöglichkeiten, die beispielsweise auch durch das deutsche UWG vorgenommen werden können.⁸¹ Das Vorliegen derartiger zwingender Erfordernisse schließt die Qualifizierung einer nationalen Regelung als Maßnahme gleicher Wirkung aus.⁸² Allerdings sind die zwingenden Erfordernisse nur zu berücksichtigen, wenn sie ein gemeinschaftsrechtlich anerkanntes Ziel verfolgen und weiterhin „geeignet“, „notwendig“ und „verhältnismäßig“ sind.⁸³

⁷⁷ Möschel, Anm. zu EuGH, Urt. v. 15.12.1993, Rs. C-292/92 - Hünermund - NJW 1994, 781 f. (782)

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff.

⁷⁹ aufgehoben durch Gesetz v. 25. 7. 1994 (BGBl. I S. 1738)

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – Slg. 1993, S. I-2361 ff.

⁸¹ Hösch, Diss., S. 16

⁸² EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein – Slg. 1979, S. 649 ff. (662); EuGH, Urt. v. 22.6.1982, Rs. 220/81 – Robertson – Slg. 1982, S. 2349 ff. (2360) Rdn. 9; EuGH, Urt. v. 17.6.1981, Rs. 113/80 – EG Kommission/Irland – Slg. 1981, S. 1625 ff. (1639) Rdn. 10

⁸³ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein – Slg. 1979, S. 649 ff. (662), EuGH, Urt. v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – Pall Corp./P.J. Dahlhausen – Slg. 1990, I-4827 ff. (4848) Rdn. 12; EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – NJW 1995, S. 3243 f. (3243) Rdn. 15; EuGH, Urt. v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – NJW 1993, S. 3187 f. (3188) Rdn. 12

3.2.1.1 Lauterkeit des Handelsverkehrs

Im Hinblick auf eine nähere Eingrenzung des Begriffs der Lauterkeit des Handelsverkehrs ist zunächst festzustellen, daß der EuGH sowohl den Verbraucherschutz, als auch die Lauterkeit des Handelsverkehrs in seinem *Cassis-de-Dijon*-Urteil als eigenständige zwingende Erfordernisse genannt hat. Allerdings hat er bisher kein einziges Urteil allein auf die Lauterkeit des Handelsverkehrs gestützt. In seinen Urteilen mit lauterkeitsrechtlichem Bezug steht jeweils der Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes im Vordergrund, wohingegen die Lauterkeit des Handelsverkehrs lediglich ergänzend erwähnt wird, ohne allerdings näher ausgeführt zu werden. Eine eigenständige Grundstruktur ist hinter diesem Begriff daher nur schwer zu erkennen, da sich aus der verfügbaren Rechtsprechung nur wenige Rückschlüsse ziehen lassen.

Zur Bestimmung der Reichweite einer möglichen Rechtfertigung nationaler Unlauterkeitsvorschriften durch zwingende Erfordernisse der Lauterkeit des Handelsverkehrs ist es unerlässlich vorab festzustellen, welche Wettbewerbskonzeption dem Gemeinschaftsrecht zugrunde liegt. Hierzu ist zunächst festzuhalten, daß sich im europäischen Primärrecht an verschiedenen Stellen Hinweise finden, die den Rückschluß auf eine grundsätzliche Wertentscheidung der Europäischen Gemeinschaft zugunsten einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zulassen.⁸⁴ Insbesondere die Vorschriften der Artt. 3 lit. g, 81 ff. EGV beinhalten eine Verpflichtung zur Schaffung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs. Ein solches Wettbewerbsmodell kann jedoch nur funktionieren, wenn die den Wettbewerbern eingeräumte Freiheit durch das Verbot eines unlauteren Wettbewerbs begrenzt wird. Hinsichtlich des Schutzgegenstandes läßt sich daraus zumindest ableiten, daß der Rechtfertigung warenverkehrsbeschränkender Maßnahmen durch zwingende Erfordernisse der Lauterkeit des Handelsverkehrs solche Regelungen zugänglich sind, die der Erhaltung eines unverfälschten Leistungswettbewerbes dienen. Dies wird auch durch die Judikatur des EuGH bestätigt. So führte er im Urteil *Oosthoek* aus, daß die Verhinderung der Störung normaler Wettbewerbsverhältnisse durch Unternehmen im Wege des unentgeltlichen oder zu niederpreisigen Anbieten von Waren zur Förderung des eigenen

⁸⁴ Vgl. oben Pkt. 2.2

Absatzes in den Anwendungsbereich der Lauterkeit des Handelsverkehrs fällt.⁸⁵ Des weiteren stellte er dort fest:

*„Es ist nicht zu verkennen, daß das Angebot von Zugaben als Mittel der Absatzförderung bei den Verbrauchern einen Irrtum über die tatsächlichen Preise der Erzeugnisse bewirken und die Bedingungen eines **auf Leistung beruhenden Wettbewerbs**⁸⁶ verfälschen kann.“⁸⁷*

Zwar betrifft die vorstehende Aussage vorrangig den Bereich des Verbraucherschutzes, doch gibt es keinen objektiven Grund, die dort getroffene Aussage zur maßgeblichen Wettbewerbsordnung nicht auch in den Bereich der Lauterkeit des Handelsverkehrs zu transferieren. Dies wird dadurch bestätigt, daß der EuGH im Urteil *Yves Rocher* im Rahmen der Prüfung, ob § 6 e UWG möglicherweise durch das zwingende Erfordernis der Lauterkeit des Handelsverkehrs gerechtfertigt ist, ebenfalls auf eine mögliche Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen abstellt.⁸⁸

Allerdings ist in diesem Zusammenhang bereits auf die integrative Komponente des Art. 28 EGV im Hinblick auf die Schaffung eines einheitlichen europäischen Marktes hinzuweisen. So hat der EuGH in seinem Urteil *Dansk Supermarked* entschieden,⁸⁹ daß die bloße Einfuhr einer Ware, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurde, nicht als unzulässige oder unlautere Handelspraxis angesehen werden kann. Die Qualifizierung des Absatzes als unzulässige oder unlautere Handelspraxis ist seiner Ansicht nach daher nur möglich, soweit Umstände hinzutreten, die von der eigentlichen Einfuhr unabhängig sind.⁹⁰

Bezüglich der Schutzrichtung finden sich in den Urteilen keine Angaben. Aufgrund der eigenständigen Nennung neben dem zwingenden Erfordernis des Verbraucherschutzes kann allerdings davon ausgegangen werden, daß durch die Lauterkeit des Handelsverkehrs im wesentlichen die Interessen der Konkurrenten an einem fairen Wettbewerb geschützt werden.⁹¹ Im übrigen spricht der Gerichtshof lediglich von

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – Oosthoek – Slg. 1982, S. 4575 ff. (4588) Rdn. 17

⁸⁶ Hervorhebung d. Verf.

⁸⁷ EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – Oosthoek – Slg. 1982, S. 4575 ff. (4588), Rdn. 18

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – NJW 1993, S. 3187 f. (3188) Rdn. 22

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – Dansk Supermarked - Slg. 1981, S. 181 ff.

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – Dansk Supermarked - Slg. 1981, S. 181 ff. (195), Rdn. 16

⁹¹ Müller-Graff in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 30, Rdn. 209; Hösch, Diss., S. 17

„Wettbewerb“ als offenbar eigenständiger Institution, so daß zur Konkretisierung der Rückgriff auf spezielle lauterkeitsrechtliche Vorschriften aus dem Bereich des Sekundärrechts als möglich erscheint. Anhaltspunkte hierzu finden sich beispielsweise in der Werberichtlinie⁹² und der dazugehörigen Änderungsrichtlinie zur Einbeziehung der vergleichenden Werbung⁹³. Die Präambel der Änderungsrichtlinie bestätigt die vorgenannte Folgerung insofern, als sie ausdrücklich die Gewährleistung des freien Leistungswettbewerbs und den Konkurrentenschutz als Motiv für die originär lauterkeitsrechtliche Werberichtlinie nennt. Darüber hinaus wird auch der Schutz der Allgemeinheit der Verbraucher als Zielsetzung sowohl der Werberichtlinie als auch der Änderungsrichtlinie genannt. Im Hinblick auf die Schutzrichtung im Bereich der Lauterkeit des Handelsverkehrs ist somit davon auszugehen, daß diese sowohl den Schutz der Wettbewerber als auch den Schutz der Allgemeinheit vor Verfälschungen eines freien Leistungswettbewerbs umfaßt.

3.2.1.1.1 Das Gebot der gemeinschaftsweiten Betrachtung

Dies bedeutet freilich nicht, daß jede einzelstaatliche Regelung oder Anordnung unlauterkeitsrechtlichen Inhalts als zwingendes Erfordernis eine Beschränkung der gemeinschaftsrechtlich garantierten Warenverkehrsfreiheit herbeiführen kann. Erfasst werden vielmehr nur die „wesentlichen Garantien eines lautereren Handelsverkehrs“.⁹⁴ Im konkreten Fall ist die Beurteilung, ob eine Regelung oder Anordnung tatsächlich der Lauterkeit des Handelsverkehrs dient und ob es sich um eine „wesentliche Garantie“ handelt, nicht allein nach den Maßstäben des Mitgliedstaates zu entscheiden, der die streitbefangene Regelung oder Anordnung erlassen hat. Der EuGH hat in seinem Urteil *Prantl* entschieden,

„... daß im System eines Gemeinsamen Marktes der Verbraucherschutz und die Lauterkeit des Handelsverkehrs ... unter allseitiger Achtung lauterer Prak-

⁹² Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, Abl. EG 1984 Nr. L 250 v. 19.9.1984 S. 17 ff.

⁹³ Richtlinie 97/55/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997, zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, Abl. EG 1997 Nr. L 290 v. 23.10.1997 S. 18 ff.

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein – Slg. 1979, S. 649 ff. (664)

*tiken und herkömmlicher Übungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten gewährleistet werden müssen“.*⁹⁵

Daraus folgt, daß hinsichtlich der Beurteilung unlauterer Wettbewerbspraktiken bei Sachverhalten mit Gemeinschaftsbezug eine gemeinschaftsweite Betrachtung notwendig ist⁹⁶ und die Mitgliedstaaten darauf zu achten haben, daß die betreffende Regelung durch gemeinschaftsrechtliche Ziele gerechtfertigt ist.⁹⁷ Für die Beantwortung der Frage, ob es sich bei einer streitigen nationalen Vorschrift des Unlauterkeitsrechts tatsächlich um eine „wesentliche Garantie“ i. S. des Urteils *Cassis de Dijon* handelt, kommt der Tatsache eine entscheidende Bedeutung zu, ob das fragliche Erzeugnis in seinem mitgliedstaatlichen Ursprungsland einer lautereren herkömmlichen Praxis entsprechend hergestellt und in den Verkehr gebracht wird sowie eine sachgerechte Information des Käufers gewährleistet ist. Ist dies der Fall, scheidet eine Rechtfertigung der streitigen Vorschrift regelmäßig aus.⁹⁸

3.2.1.1.2 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Hinsichtlich der Rechtfertigung einer nationalen Regelung oder Anordnung durch das zwingende Erfordernis der „Lauterkeit des Handelsverkehrs“ ist weiter zu beachten, daß die betreffende Regelung in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen muß.⁹⁹ Wenn also ein Mitgliedstaat über weniger einschneidende Mittel verfügt, mit denen sich derselbe Zweck erreichen läßt, muß er auf diese Mittel zurückgreifen. So hat der EuGH in Fällen, in denen ein Produkt in seinem Heimatstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurde, aber im Einfuhrstaat auf nationale Verbotsnormen traf, entschieden, daß dem Erfordernis der Lauterkeit des Handelsverkehrs durch eine entsprechende Etikettierung ausreichend Rechnung getragen

⁹⁵ EuGH, Urt. v. 13.3.1984, Rs. 16/83 – Prantl – NJW 1984, S. 1291 ff. (1293); EuGH, Urt. v. 26.11.1985, Rs. 182/84 – Genever – NJW 1987, S. 566 ff. (568)

⁹⁶ EuGH, Urt. v. 13.3.1984, Rs. 16/83 – Prantl – NJW 1984, S. 1291 ff. (1293); EuGH, Urt. v. 22.9.1988, Rs. 286/86 – Edamer – NJW 1990, S. 972 f. (973) Rdn. 12

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 11.7.1985, Rs. 60,61/84 – Cinetheque – NJW 1986, S. 1421 ff. (1423) Rdn. 22; EuGH, Urt. v. 23.11.1989, Rs. 145/88 – Torfaen Borough Council – NJW 1991, S. 626 Rdn. 12

⁹⁸ EuGH, Urt. v. 26.11.1985, Rs. 182/84 – Genever – NJW 1987, S. 566 ff. (568) Rdn. 25; EuGH, Urt. v. 4.12.1986, Rs. 179/85 – EG Kommission/BRD – NJW 1987, S. 564 Rdn. 14

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 14.7.1988, Rs. 90/86 – Italienisches Reinheitsgebot für Teigwaren – NJW 1988, S. 2169 f. (2169) Rdn. 10; EuGH, Urt. v. 13.11.1990, Rs. C-269/89 – Bonfait – Slg. 1990, I-4169 ff. (4180) Rdn. 11

werde.¹⁰⁰ Dieser Rückgriff auf die lebensmittelrechtliche Etikettierungsrechtsprechung läßt bereits das im folgenden Abschnitt näher zu erörternde Leitbild eines aufgeklärten und mündigen Verbrauchers erkennen und postuliert das Informationsmodell auch für den Bereich des Lauterkeitsrechts. Daraus folgt, daß eine Anwendung der nationalen Verbotsnorm stets dann an Art. 28 EGV scheitert, wenn die Information als das mildere Mittel erscheint. So wurde auch den deutschen Regelungen des UWG vielfach die Anerkennung als ein zwingendes Erfordernis zum Schutze der Lauterkeit des Handelsverkehrs verweigert.¹⁰¹

3.2.1.1.3 Strukturpolitische Motive

Hingegen nicht in den Bereich der Lauterkeit des Handelsverkehrs fallen strukturpolitische Erwägungen der Mitgliedstaaten, die einer lauterkeitsrechtlichen Regelung möglicherweise zugrunde liegen können. Bereits vom Wortlaut und vom Zweck her sind sie nicht in Einklang mit der oben dargelegten Systematik der Lauterkeit des Handelsverkehrs zu bringen. Der EuGH hat zwar entschieden, daß bestimmte struktur- oder wirtschaftspolitische Entscheidungen, insbesondere im Hinblick auf Arbeits-, Liefer- und Verkaufszeiten, als berechtigte wirtschafts- und sozialpolitische Entscheidungen als Rechtfertigungsgründe anzuerkennen sind.¹⁰² Ebenso hat er in der Entscheidung *Cinétheque* ausgeführt, daß kulturelle Zwecke u. U. eine gewisse Behinderung des freien Warenverkehrs rechtfertigen.¹⁰³ Hierbei wurde aber nie der Versuch unternommen, eine Rechtfertigung unter dem Aspekt der Lauterkeit des Handelsverkehrs zu erreichen. Des weiteren hat der EuGH in seiner Entscheidung *Yves Rocher* dem eindeutig strukturpolitischen Verbot der Preisgegenüberstellung gem. § 6 e UWG, das nach Ansicht der deutschen Regierung durch zwingende Erfordernisse der Lauterkeit des Handelsverkehrs gerechtfertigt sein sollte, u.a. mit dem Hinweis auf sein Zustandekommen „*durch Drängen bestimmter Kreise des Einzel-*

¹⁰⁰ EuGH, Urt. v. 22.9.1988, Rs. 286/86 – Edamer – NJW 1990, S. 972 f.; EuGH, Urt. v. 14.7.1988, Rs. 90/86 – Italienisches Reinheitsgebot für Teigwaren – NJW 1988, S. 2169 f.; EuGH, Urt. v. 26.11.1985, Rs. 182/84 – Geneva – NJW 1987, S. 566 ff. (568) Rdn. 27; EuGH, Urt. v. 11.5.1989, Rs. 76/86 – EG Kommission / BRD – NJW 1989, S. 2184 f. (2184) Rdn. 13

¹⁰¹ EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470-93 – Mars – NJW 1995, S. 3243 f.; EuGH, Urt. v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – NJW 1993, S. 3187 f. (3188) Rdn. 22

¹⁰² EuGH, Urt. v. 23.11.1989, Rs. C-145/88 – Torfaen Borough Council – NJW 1991, S. 626 Rdn. 13; EuGH, Urt. v. 14.7.1981, Rs. 155/80 – Oebel – NJW 1981, S. 1885 f.

¹⁰³ EuGH, Urt. v. 11.7.1985, verb. Rs. 60 u. 61/84 – Cinétheque – NJW 1981, S. 1421 ff. (1422) Rdn. 18

handels“, eine Absage erteilt.¹⁰⁴ Ein ähnlich deutlicher Fingerzeig findet sich keiner anderen Entscheidung mit wettbewerbsrechtlichem Bezug.

Darüber hinaus wurde auch noch nie seitens eines Mitgliedstaates der Versuch unternommen, eine ausdrücklich wirtschafts- oder strukturpolitische orientierte Regelung mit Verweis auf die Lauterkeit des Handelsverkehrs zu rechtfertigen. Hierzu bieten sich nur andere Fallgruppen der zwingenden Erfordernisse an.

3.2.1.2 Der Verbraucherschutz

Zwar gibt es eine eigenständige EG-Verbraucherpolitik erst seit Beginn der 70er Jahre,¹⁰⁵ doch kommt dem Verbraucherschutz innerhalb der Europäischen Union eine immer größere Bedeutung zu. Dies wird nicht zuletzt an dem Wandel der Rechtsgrundlagen für verbraucherschützende Maßnahmen innerhalb der EU deutlich. Während anfangs noch Art. 100, 110 a und 235, 85 III, 92 II lit. a. EGV a. F. sowie Art. 31 EAGV in Betracht kamen,¹⁰⁶ wurde mit der Einfügung von Art. 129 a EGV a. F. durch den Maastrichter Vertrag erstmals eine eigenständige Rechtsgrundlage und Kompetenznorm für den Verbraucherschutz geschaffen. Dieser Artikel wurde durch den Amsterdamer Vertrag erneut geändert und weist als Art. 153 EGV gegenüber seinem „Vorgänger“ Art. 129 a EGV a. F. deutliche Aufwertungen aus. Ebenso dokumentiert Art. 95 III EGV den besonderen Stellenwert, der dem Verbraucherschutz auf europäischer Ebene zukommt.

Der Begriff des Verbraucherschutzes ist weit gefaßt und umfaßt alle rechtlich relevanten Regelungen, die dem Schutz des Verbrauchers dienen.¹⁰⁷ Art. 153 I lit. b. EGV nennt, ohne abschließende Wirkung, den Schutz der Gesundheit und Sicherheit und den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie die Sicherstellung einer umfassenden Verbraucherinformation als Tätigkeitsfelder der EG. In diesen Bereich fallen verbraucherpolitische Maßnahmen des Gesundheitsschutzes im Bereich von Lebens- und Arzneimitteln sowie Kosmetika. Des

¹⁰⁴ EuGH, Urt. V. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – NJW 1993, S. 3187 f. (3187), Moeschel NJW 1994, S. 429 ff. (430)

¹⁰⁵ Grub in Lenz, EGV-Kommentar, 2. Auflage, Art. 153, Rdn. 3

¹⁰⁶ Pieper in: Bleckmann, Europarecht, 6. Auflage 1997, § 33, Rdn. 2719

weiteren werden Maßnahmen in den Bereichen der Produktsicherheit, der verschuldensunabhängigen Haftung für fehlerhafte Produkte, der irreführenden Werbung und dem Vertragsrecht eingeschlossen.¹⁰⁸ Hierbei handelt es sich um unterschiedliche Problemkreise aus verschiedenen Rechtsgebieten, denen durch verschiedene Maßnahmen auf dem Gebiet des Straf-, Verwaltungs- und Zivilrecht begegnet werden muß. Grundsätzlich gilt es hierbei, den privaten Endverbraucher¹⁰⁹ vor Schäden, Gefahren, Nachteilen und Irreführungen zu schützen.

Der gemeinschaftsrechtliche Ansatz zum Verbraucherschutz kommt in den verschiedenen vom Rat erlassenen Programmen zum Verbraucherschutz¹¹⁰ und den von der Kommission beschlossenen verbraucherpolitischen Aktionsplänen¹¹¹ deutlich zum Ausdruck. Das Bestreben der Gemeinschaft zielt im Kern auf eine Optimierung des Verbraucherschutzes durch eine Verbesserung der Verbraucherinformation und Verbraucherbildung. Ziel ist es, dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, in voller Sachkenntnis zu handeln und damit regulierend auf die Marktmechanismen einzuwirken.¹¹² Bereits an dieser Stelle ist erkennbar, daß die Information des Verbrauchers nicht nur seinem eigenen Schutz insbesondere vor Irreführung dient, sondern auch eine grundsätzliche wettbewerbstheoretische Dimension hat. Denn nur, wenn der Verbraucher eine seinen Konsumpräferenzen entsprechende Entscheidung treffen kann, wird er seiner Entscheidungsfunktion im Marktgeschehen gerecht.¹¹³

3.2.1.2.1 Der Verbraucherschutz als zwingendes Erfordernis in der Rechtsprechung des EuGH

Das zwingende Erfordernis des Verbraucherschutzes, wie ihn der EuGH als Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch nationale Regelungen anerkennt, umfasst im wesentlichen den Schutz des Verbrauchers vor

¹⁰⁷ Pieper in: Bleckmann, Europarecht, 6. Auflage 1997, § 33, Rdn. 2716

¹⁰⁸ Grub in Lenz, EGV-Kommentar, 2. Auflage, Art. 153, Rdn. 8 ff.

¹⁰⁹ Grub in Lenz, EGV-Kommentar, 2. Auflage, Art. 153, Rdn. 4; Krämer in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 129a, Rdn. 3

¹¹⁰ Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Abl. 1975 C 92/1; Zweites Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung des Verbrauchers, Abl. 1981 C 133/1

¹¹¹ KOM (90) 98 endg. v. 3.5.1990; KOM (93) 378 endg. v. 28.7.1993; KOM (95) 519 endg. 31.10.1995

¹¹² Zweites Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung des Verbrauchers, Abl. 1981 C 133/1, I. Allgemeine Zielsetzungen, Rdn. 2

¹¹³ Keßler, WRP 1990, S. 75

Irreführungen.¹¹⁴ Dabei gilt auch hier, genauso wie bei der Lauterkeit des Handelsverkehrs, daß mitgliedstaatliche Maßnahmen zur Erreichung eines als legitim anerkannten Zieles „geeignet“, „notwendig“ und „verhältnismäßig“ sein müssen.¹¹⁵

In den meisten Fällen wurde von den Mitgliedstaaten das Argument vorgebracht, die betreffende Regelung diene dem Schutz der Verbrauchererwartung im Mitgliedstaat.¹¹⁶ Hier erkannte der EuGH zwar das zwingende Erfordernis grundsätzlich an, doch erachtete er dann die von den Mitgliedsstaaten eingesetzten Maßnahmen, die vielfach absolute Verkehrsverbote waren, als übermäßig, wenn sich die verfolgte Zielsetzung auch durch weniger einschneidende Mittel erreichen ließ. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf die zwingenden Erfordernisse i. S. der *Cassis*-Rechtsprechung hat für den im vorliegenden Fall relevanten Bereich des Wettbewerbsrechts regelmäßig die Folge, daß eine den Verbraucher informierende Etikettierung als milderer Mittel einem Vertriebsverbot vorzuziehen ist.

Durch diese sog. Etikettierungsrechtsprechung statuiert der EuGH einen Vorrang der Informationspflicht des Verbrauchers vor einem Verkehrsverbot und setzt damit eine Tendenz fort, die sich bereits in der Entscheidung *Cassis de Dijon* zeigte. Bereits dort hatte der Gerichtshof die Unterrichtung der Verbraucher durch Angaben auf dem Produkt als Alternative einem Verkaufsverbot vorgezogen.¹¹⁷

3.2.1.2.1.1 Das Verbraucherleitbild des EuGH

In diesem Zusammenhang tritt auch deutlich das vom EuGH vertretene Leitbild eines „mündigen“ Verbrauchers zutage. Dies bedeutet, daß für die Beurteilung des Grades

¹¹⁴ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff.; EuGH, Urt. v. 11.5.1989, Rs. 76/86 – EG Kommission / BRD – NJW 1989, S. 2184 f. (2185) Rdn. 17; EuGH, Urt. v. 19.2.1981, Rs.130/80 – Niederländische Brotverordnung – NJW 1981, S. 1146 f. (1146); EuGH, Urt. v. 4.12.1986, Rs 179/85 – EG Kommission / BRD – NJW 1987, S. 564 f. (565); EuGH, Urt. v. 9.12.1981, Rs.193/80 – EG Kommission/Italien – NJW 1982, S. 1212; Hoesch, Diss., S. 18

¹¹⁵ Leible in: Grabitz/Hilf, EGV Art. 28, Rdn. 21

¹¹⁶ EuGH, Urt. v. 11.5.1989, Rs 76/86 - EG Kommission/Bundesrepublik – NJW 1989, S. 2184; EuGH, Urt. v. 9.12.1981, Rs 193/80 – EG-Kommission/Italien – NJW 1982, S. 1212 f.; EuGH, Urt. v. 19.2.1981, Rs. 130/80 – Broodbesluit – NJW 1981, S. 1146 f.; EuGH, Urt. v. 12.3.1987, Rs. 178/84 – EG-Kommission/Bundesrepublik Deutschland – NJW 1987, S. 1133 f.; EuGH, Urt. v. 14.7.1988, Rs. 90/86 – Italienisches Reinheitsgebot für Teigwaren – NJW 1988, S. 2169 f.

¹¹⁷ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein – Slg. 1979, S. 649 ff.

einer Irreführung auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen ist.¹¹⁸ Hier müssen auch weitere Gesichtspunkte sozialer, kultureller oder sprachlicher Art berücksichtigt werden, die als besondere Eigenheiten des Falles die Annahme einer Irreführungsfahr rechtfertigen können.¹¹⁹ Dogmatisch betrachtet umfaßt der Begriff des Verbraucherleitbildes letztlich nur verschiedene Aspekte, die der EuGH unter dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit prüft.¹²⁰ Im Interesse eines ungehinderten Wettbewerbs auf allen Märkten ist nicht auf eine (vermeintlich) schutzbedürftige Minderheit abzustellen, sondern auf eine informationsbedürftige Mehrheit der verständigen Verbraucher.¹²¹

Es wird deutlich, daß der EuGH in seinen Erwägungen zum Verbraucherleitbild im wesentlichen auf Aspekte der Verbraucherinformation und der Markttransparenz abstellt.¹²² Er befindet sich damit zum einen in Übereinstimmung mit der bereits oben dargelegten Verbraucherschutzpolitik der Gemeinschaft, die auf eine ausführliche Verbraucherinformation angelegt ist,¹²³ zum anderen ist diese Rechtsprechung geeignet, bei gleichzeitigem Schutz der Verbraucher den freien Verkehr auf offenen Wettbewerbsmärkten optimal zu fördern.¹²⁴

Dieses Verbraucherleitbild unterscheidet sich deutlich von dem, das seitens der deutschen Rechtsprechung im Bereich des unlauteren Wettbewerbs vertreten wird. Zum einen erfolgt die Beurteilung einer Irreführung ausschließlich anhand normativer Kriterien und ermöglicht somit eine Ex-ante-Beurteilung, zum anderen ist eine Irreführungsquote wie im deutschen Recht nicht notwendig.¹²⁵ Für das deutsche Recht ergeben sich aus dieser Divergenz allerdings erhebliche Schwierigkeiten, da es nunmehr zwei verschiedene Irreführungsmaßstäbe berücksichtigen muß. Je nachdem, ob der Sachverhalt einen europarechtlichen Bezug hat, ist für die Beurteilung einer Irreführung das Leitbild des europäischen Verbrauchers heranzuziehen, oder

¹¹⁸ EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-220/98 – Estée Lauder – NJW 2000, S. 1173 ff. (1174) Rdn. 27 f.; EuGH, Urt. v. 16.7.1998, Rs. C-210/96 – Gut Springenheide – NJW 1998, S. 3183 ff. (3184), Rdn. 31

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-220/98 – Estée Lauder – NJW 2000, S. 1173 ff. (1174) Rdn. 29

¹²⁰ EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-220/98 – Estée Lauder – NJW 2000, S. 1173 ff. (1174) Rdn. 28; Niemöller, S. 168

¹²¹ Weinand, S. 155

¹²² Fezer, WRP 1995, S. 668

¹²³ Vgl. oben Pkt. 3.2.1.2.1

¹²⁴ GA Nial Fennely, Schlußantrag in der Rs. 220/98 – Estée Lauder Cosmetics – NJW 2000, S. 1173 ff. (1174) Rdn. 25

¹²⁵ Scherer, WRP 1999, S. 993

eine Beurteilung anhand des restriktiveren Irreführungsbegriffs der deutschen Rechtsprechung vorzunehmen. In der Konsequenz bedeutet dies eine Rechtsspaltung.¹²⁶

Das vom EuGH vertretende Leitbild des mündigen Euro-Verbrauchers ist auch das Ergebnis eines geänderten Verständnisses von Wirtschaftswerbung. Sie wird nicht länger als reine Warenanpreisung verstanden, sondern als Kommunikation zwischen Verkäufer und Kunde.¹²⁷ Dementsprechend hat eine Neuverteilung von Verantwortungsbereichen stattgefunden. Auf seiten der Verkäufer ist die Zulässigkeitsgrenze nach wie vor die mögliche Irreführung der Verbraucher, die anhand der oben genannten Kriterien rein normativ bestimmt wird.¹²⁸ Auf der Seite der Verbraucher erfährt demgegenüber die Eigenverantwortung eine stärkere Betonung. Es ist nicht mehr jedes nachlässige Verbraucherverhalten als schützenswert anzuerkennen.

Auf der Seite der Werbenden kann man insofern von einem Informationsgebot sprechen, dem eine Informationspflicht der Verbraucher entspricht.¹²⁹ Hinsichtlich der Informationspflicht der Verbraucher ginge es wohl allerdings zu weit darin eine Rechtspflicht zu sehen.¹³⁰

3.2.1.2.1.2 Die Informationspflicht des Verbrauchers als rechtliche Obliegenheit

Niemöller schlägt deshalb vor, diese Informationspflicht als eine Obliegenheit zu qualifizieren. Hierbei handelt es sich um eine Verhaltensanforderung, die im eigenen Interesse des Verbrauchers liegt.¹³¹ Zur Vermeidung rechtlicher Nachteile oder des Verlusts günstiger Rechtspositionen sollte er dieser nachkommen. Entsprechend dem Rechtscharakter einer Obliegenheit wäre ihre Erfüllung nicht einklagbar, und ihre Verletzung zöge keine Schadensersatzansprüche nach sich.¹³²

¹²⁶ Scherer, WRP 1999, S. 993 f.

¹²⁷ Fezer, WRP 1995, S. 676; Niemöller, S. 172; dies klingt auch im „Zweiten Programm für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher“ (Abl. 1981 C 133/1) an. Hier führt der Rat aus, Ziel des Programmes sei es insbesondere Voraussetzungen zu schaffen, für einen besseren **Dialog** zwischen Verbrauchern und Herstellern bzw. Händlern (Vgl. I. Allgemeine Zielsetzungen, Rdn. 2).

¹²⁸ Scherer, WRP 1999, S.992

¹²⁹ Fezer, WRP 1995, S. 676; Meyer, GRUR Int. 1996, S. 101

¹³⁰ Fezer, WRP 1995, S. 676; Niemöller S. 169; **a.A.** Springer, der die These einer „Informationsbeschaffungspflicht“, wie sie einige Autoren seiner Ansicht nach aus dem EuGH Urteil „Pall/Dahlhausen“ ableiten, als nicht haltbar ansieht. Vgl. Springer, S.98

¹³¹ Niemöller, S. 169

¹³² Larenz/Wolf, BGB AT, § 13, Rdn. 48

Fraglich ist allerdings, worin der rechtliche Nachteil bzw. der Verlust einer günstigen Rechtsposition auf der Seite des Verbrauchers bestehen soll. Man könnte insoweit auf die Idee kommen, in dem Verlust der Möglichkeit, autonom und aufgrund der Wahrnehmung aller durch den Werbenden angebotenen Informationsmöglichkeiten eine Entscheidung zu treffen, die frei von jeder Irreführung ist, einen solchen rechtlichen Nachteil zu sehen. Doch scheint dieser Nachteil im wesentlichen tatsächlicher und weniger rechtlicher Art zu sein, zumal dem Verbraucher, zumindest aus dem deutschen UWG, kein direkter Anspruch erwächst und auch die Möglichkeit der Anfechtung des Rechtsgeschäfts seitens des Verbrauchers durch Verletzung der Informationsobliegenheit nicht berührt wird. Betrachtet man darüber hinaus die Arten von Obliegenheiten und ihre Folgen im Falle der Verletzung, wie sie das deutsche Zivilrecht kennt, z. B. die Annahmepflicht des Gläubigers gem. §§ 300 ff. BGB, die Inventarfrist gem. § 1994 BGB oder die Untersuchung und Rüge gem. § 377 HGB, wird die unterschiedliche rechtliche Qualität zwischen diesen und der Verletzung der Informationsobliegenheit deutlich. Eine Qualifikation der Informationspflicht der Verbraucher als eine Obliegenheit erscheint aus den genannten Gründen nicht sinnvoll.

Zuzustimmen ist jedoch der Feststellung, daß das europäische Verbraucherleitbild eine wesentlich angemessenere Risikoverteilung enthält, als sie mit dem deutschen Verbraucherleitbild verbunden ist. Während im deutschen Recht aufgrund der Maßgeblichkeit des tatsächlichen Verständnisses der Werbung durch die Verbraucher der Werbende das gesamte Risiko eines möglichen Mißverständnisses trägt, ist im Rahmen des europäischen Irreführungsbegriffs auch der objektive Bedeutungsgehalt der Werbeaussage maßgebend.¹³³

3.2.1.2.1.3 Das Kriterium der Markttransparenz

Wie bereits oben kurz dargelegt, kommt der Unterrichtung der Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH, in grundsätzlicher Übereinstimmung mit der Verbraucherschutzpolitik der Gemeinschaft, eine herausragende Bedeutung zu, da so eine bessere Durchdringung der Märkte erreicht werden kann und einer Irreführung vor-

¹³³ Scherer, WRP 1999, S. 995

gebeugt wird.¹³⁴ Insoweit ist eine Parallele zum Kriterium der Markttransparenz, wie es in verschiedenen Wettbewerbsmodellen zur Anwendung kommt, offensichtlich. Der EuGH hatte sich mit diesem Kriterium erstmals in der Entscheidung *Oosthoek*¹³⁵ auseinanderzusetzen. Gegenstand dieser Entscheidung war die europarechtliche Zulässigkeit des niederländischen Zugabeverbotes.¹³⁶ Zur Rechtfertigung der Regelung trug die niederländische Regierung u.a. vor, daß diese durch die Herstellung größerer Markttransparenz maßgeblich dem Verbraucherschutz diene.¹³⁷ Dieses Argument griff der EuGH auf und führte hierzu aus:

„Es ist nicht zu verkennen, daß das Angebot von Zugaben als Mittel der Absatzförderung bei den Verbrauchern einen Irrtum über die tatsächlichen Preise der Erzeugnisse bewirken ... kann.“¹³⁸

Mit dieser Aussage erkannte er im Ergebnis die niederländische Gesetzesbegründung an und machte sich das Argument der Markttransparenz zu eigen. Zwar geschah dies ausdrücklich nur vor dem Hintergrund einer Irreführung der Verbraucher, gleichwohl ist aber davon auszugehen, daß sich der EuGH das Argument der Markttransparenz vollumfänglich zu eigen machte. Dies zeigt sich auch deutlich in der Entscheidung *GB-Inno-BM*.¹³⁹ Hier untersuchte der EuGH in detaillierter Weise den nach europäischer Rechtsauffassung bestehenden Zusammenhang zwischen dem Schutz und der Unterrichtung der Verbraucher und stellte im Hinblick auf die umfassende Information des Verbrauchers klar heraus, solche markttransparenzfördernden Maßnahmen

„hätten oft auch die Angleichung der für Hersteller oder Händler geltenden Wettbewerbsbedingungen zur Folge.“¹⁴⁰

Damit ist festzuhalten, daß das Kriterium der Markttransparenz auch im Rahmen der Rechtfertigung einer Maßnahme des nationalen Unlauterkeitsrechts durch zwingende Erfordernisse i. S. des Urteils *Cassis de Dijon* heranzuziehen ist.

¹³⁴ Vgl. oben Pkt. 3.2.1.2

¹³⁵ EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – *Oosthoek* – Slg. 1982, S. 4575 ff.

¹³⁶ Vgl. zum genauen Sachverhalt unten Pkt. 5.3.1

¹³⁷ EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – *Oosthoek* – Slg. 1982, S. 4575 ff. (4588) Rdn. 17

¹³⁸ EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – *Oosthoek* – Slg. 1982, S. 4575 ff. (4588), Rdn. 18

¹³⁹ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – *GB-Inno-BM* – Slg. 1990-I S. 667 ff.

¹⁴⁰ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – *GB-Inno-BM* – Slg. 1990-I S. 667 ff. (688), Rdn. 15

Als problematisch erscheint im Hinblick auf eine solche Anwendung, daß der Begriff der Markttransparenz im Verlauf unterschiedlicher wettbewerbstheoretischer Diskussionen immer mit neuen Inhalten belegt wurde.¹⁴¹ Unstreitig ist jedenfalls festzustellen, daß, ausgehend von der Verbraucherschutzpolitischen Zielsetzung der EG, auf die Markttransparenz auf der Nachfragerseite abzustellen ist.¹⁴² Damit ist jedoch noch keine Aussage zur inhaltlichen Ausgestaltung des Begriff der „Markttransparenz“ getroffen. Diese ist wiederum abhängig vom Begriff der „Information“, der ebenfalls nicht klar umrissen ist.¹⁴³ Er kann sowohl sachbezogene, aber auch subjektive Informationen umfassen. Die traditionelle Werbetheorie hat ein enges Verständnis des Begriffs „Information“ und faßt hierunter nur objektiv sachdienliche Informationen.¹⁴⁴ Auf dieses Verständnis deutet auch die Rechtsprechung des EuGH hin, der regelmäßig auf den unmittelbar informativen Charakter von Werbeaussagen abstellt und der Gefahr einer Irreführung der Verbraucher deren Information durch eine explizite Aufklärung über Herkunft¹⁴⁵, physische Beschaffenheit¹⁴⁶ und Qualität¹⁴⁷ Rechnung gegenüberstellt. Für den Begriff der Markttransparenz ergibt sich damit die Konsequenz, daß auf die Gewährleistung einer objektiven und sachbezogenen Information der Nachfrager abzustellen ist.

Fraglich ist allerdings der Umfang der zu gewährleistenden Markttransparenz. Während in den früheren Wettbewerbsmodellen, insbesondere dem der vollkommenen Konkurrenz, eine völlige Markttransparenz angenommen wurde,¹⁴⁸ wird nun überwiegend davon ausgegangen, daß eine „hinreichende Markttransparenz“ genüge.¹⁴⁹ Eine solche ist dann als gegeben anzusehen, wenn selbst bei weiterer Information

¹⁴¹ Menke, S. 81

¹⁴² Vgl. Woll, FS für Wessels, S. 204 ff.; den Gegenpol hierzu bildet die Markttransparenz auf der Angebotsseite

¹⁴³ Menke, S. 81

¹⁴⁴ Menke, S. 82; *Menke* vertritt insoweit die Auffassung, daß auch subjektive Informationen, welche bisher unter dem Begriff der unsachlichen bzw. suggestiven Werbung zusammengefasst wurden, ebenfalls unter den Informationsbegriff subsumiert werden sollten, da auch diese markttransparenzfördernde Wirkung haben. Er stellt hierfür entscheidend auf die Signalwirkung der Werbung ab, welche aus den damit verbundenen Ausgaben als „sunk capital cost“ resultiert und auf den Konsumenten als eine Art Qualitätssignal wirkt. Vgl. Menke, GRUR 1993, S. 718 ff.

¹⁴⁵ EuGH, Urt. v. 13.3.1984, Rs. 16/83 – Prantl – NJW 1984, S. 1291 ff.

¹⁴⁶ EuGH, Urt. v. 19.2.1981, Rs.130/80 – Niederländische Brotverordnung – NJW 1981, S. 1146 f.

¹⁴⁷ EuGH, Urt. v. 14.7.1988, Rs. 90/86 – Italienisches Reinheitsgebot für Teigwaren – NJW 1988, S. 2169 f.; EuGH, Urt. v. 12.3.1987, Rs.178/84 – Deutsches Reinheitsgebot für Bier – NJW 1987, S. 1133 ff.

¹⁴⁸ Wöhe, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 632; Olten, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, S. 45

¹⁴⁹ Menke, S. 83

der Nachfrager keine andere Kaufentscheidung erfolgen würde.¹⁵⁰ Gleichwohl bleibt dieser Begriff nur schwer quantifizierbar. Es besteht insoweit die grundsätzliche Annahme einer suboptimalen Markttransparenz, die u.a. mit einer zunehmenden Gütervielfalt, einer hohen technischen Komplexität der Erzeugnisse und fortlaufenden Produktänderungen gerechtfertigt wird, aber empirisch nur schwierig nachgewiesen werden kann.¹⁵¹

Betrachtet man nun die wettbewerbstheoretische Bedeutung des Kriteriums der Markttransparenz, wird schnell deutlich, daß dessen Berücksichtigung weniger im Bereich des Verbraucherschutzes und des damit verbundenen Irreführungsschutzes von Relevanz ist, sondern seine eigentliche Bedeutung im Rahmen der Rechtfertigung warenverkehrsbeschränkender nationaler Regelungen durch zwingende Erfordernisse der Lauterkeit des Handelsverkehrs hat. Denn eine hinreichende Markttransparenz auf der Nachfrageseite ist die Grundlage eines optimalen Wettbewerbs, der allen Marktteilnehmern zugute kommt und insbesondere auch dem Schutz der Mitbewerber dient. Nach den Ausführungen von *Menke* kommt dem Kriterium der „hinreichenden Markttransparenz“ in dreifacher Hinsicht eine besondere wettbewerbstheoretische Bedeutung zu:¹⁵² Zum einen dient die Markttransparenz grundsätzlich einer Intensivierung des Wettbewerbs. Fehlt die Markttransparenz hingegen, kann der Konsument seiner Entscheidungsfunktion im Marktgeschehen nicht gerecht werden. Als Folge kommt es zu einer allokativen Ineffizienz und zum fehlenden Anreiz für die Anbieter zu Qualitäts- und Preiswettbewerb. Des weiteren gewährleistet die Markttransparenz die Freiheit des Parallelprozesses, da sie es dem Anbieter ermöglicht, zum Absatz seiner Produkte die Parameter Preis und Qualität einzusetzen. Bei fehlender Markttransparenz ist diese Möglichkeit hingegen nicht oder nur eingeschränkt gegeben, da der Konsument nicht ausreichend informiert ist und somit keine der eigentlichen Marktsituation angepaßte Entscheidung treffen kann. Schließlich erleichtert die Markttransparenz auf der Nachfrageseite den Marktzugang für andere Anbieter oder macht ihn sogar erst möglich.

Anhand dieser Ausführungen wird deutlich, daß die Markttransparenz in ihrer Wirkung wesentlich weiter geht und nicht nur den Schutz des Verbrauchers vor Irrefüh-

¹⁵⁰ Woll, FS f. Wessels, S. 205

¹⁵¹ Woll, FS f. Wessels, S. 205 f. ; Brinkmann, NJW 1987, S. 2723

¹⁵² Vgl. zum folgenden *Menke*, S. 83 f.

rung umfaßt. Mit dem Ansatz, daß Kriterium der Markttransparenz auch bei der Beurteilung heranzuziehen, ob eine nationale Maßnahme durch zwingende Erfordernisse der Lauterkeit des Handelsverkehrs gerechtfertigt ist, ergibt sich zumindest in Teilbereichen ein objektiver Maßstab zur Beurteilung nationaler Normen. Im Bereich seiner Rechtsprechung zu nationalen Irreführungstatbeständen hat der EuGH bisher keinen Rückgriff auf das Kriterium der Markttransparenz genommen.¹⁵³ Vielmehr ist davon auszugehen, daß dieses Argument dann Bedeutung erlangt, wenn es um nationale Regelungen des Zugabewesens i. w. S. geht, wie beispielsweise um Koppelungsverbote o. ä. sowie um mitgliedstaatliche Regelungen, die ebenso wie die Verbote von Zugaben dem Schutz vor Preisverschleierungen dienen.

3.2.1.2.1.4 Verbot der Informationsverkürzung

In konsequenter Anwendung des Vorrangs des Informationsgrundsatzes erklärte der EuGH in der Entscheidung *GB-Inno-BM* das luxemburgische Verbot der Werbung mit der Dauer eines Sonderangebotes oder mit dem Hinweis auf frühere Preise für mit Art. 28 EGV nicht vereinbar.¹⁵⁴ Begründet wurde die Entscheidung mit einer durch die luxemburgische Vorschrift verursachten Informationsverkürzung zu Lasten der Verbraucher.¹⁵⁵ Der EuGH erklärte in dem Leitsatz des Urteils dazu, daß

„... das Gemeinschaftsrecht eines der grundlegenden Erfordernisse des Verbraucherschutzes in der Unterrichtung der Verbraucher sieht ...“¹⁵⁶

In ähnlicher Art und Weise erklärte der Gerichtshof in der Entscheidung *Yves Rocher* auch das deutsche Verbot des Eigenpreisvergleiches gem. § 6 e UWG für gemeinschaftsrechtswidrig. Hier wandte sich der EuGH gegen das Verbot blickfangmäßiger Werbung, daß unabhängig von dem Umstand galt, ob die Preisgegenüberstellungen zutreffend oder falsch waren. In diesem Zusammenhang betonte der EuGH ausdrücklich die Bedeutung der Information für die Verbraucher und erachtete das Ver-

¹⁵³ EuGH, Urt. v. 6.11.1984, Rs. 177/83 – r + r – Slg. 1984, S. 3651 ff.; EuGH, Urt. v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – Pall Corp./P.J. Dahlhausen – Slg. 1990, S. I-4827 ff.; EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 – Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff.

¹⁵⁴ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff.

¹⁵⁵ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff. (689)

¹⁵⁶ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff. (668)

bot im Ergebnis als unverhältnismäßig und damit gemeinschaftsrechtswidrig, da es auch Werbung betraf, die in keiner Weise irreführend war. Der Verbraucher wurde damit von Informationen abgeschnitten, die ihm bei seiner Entscheidung von Nutzen hätten sein können.¹⁵⁷ Die Vorschrift, die erst 1986 in das UWG eingefügt worden war, wurde daraufhin wieder aufgehoben.¹⁵⁸

Dennoch besteht zwischen den beiden Entscheidungen ein grundsätzlicher Unterschied, der beachtet werden sollte. Während der Gerichtshof in der Entscheidung *Yves Rocher* die deutsche Vorschrift als verbraucherschützend, aber unverhältnismäßig ablehnte, entschied er im Rahmen der Rechtssache *GB-Inno-BM*, daß es bei der luxemburgischen Vorschrift bereits am verbraucherschützenden Charakter der Norm fehlte.¹⁵⁹

Im Ergebnis kann jedoch festgehalten werden, daß bei mitgliedstaatlichen Vorschriften, die zu einer Verkürzung der Information der Verbraucher über wesentliche, für ihre Kaufentscheidung relevante Tatsachen führen, eine grundsätzliche Vermutung hinsichtlich ihrer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit besteht. Dies gilt insbesondere, wenn die betreffenden Regelungen als abstrakte Gefährungsdelikte ausgestaltet sind und Informationen unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt verbieten.

3.2.1.2.1.5 Keine Überdehnung des Informationserfordernisses

Allerdings dürfen mitgliedstaatliche Vorschriften auch keine übersteigerten Anforderungen an die zu gewährleistende Verbraucherinformation stellen, da sie sonst ebenfalls gegen Art. 28 EGV verstoßen. Der EuGH hat in verschiedenen Fällen entschieden, daß Maßnahmen gemeinschaftsrechtswidrig seien können, obwohl sie von Ihrer Art her durchaus verbraucherschützenden Charakter haben. So erachtet er ein Verkehrsverbot für Waren aus anderen Mitgliedstaaten als unverhältnismäßig, soweit die Kennzeichnungen der betreffenden Waren von ihrem Informationsgehalt her gleich-

¹⁵⁷ EuGH, Urt. v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – NJW 1993, S. 3187 f. (3188) Rdn. 16 f.

¹⁵⁸ § 6e UWG eingef. durch G. v. 25. 7. 1986 (BGBl. I S. 1169) und aufgeh. durch G. v. 25. 7. 1994 (BGBl. I S. 1738)

¹⁵⁹ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff. (689) Rdn. 18

wertig sind mit denen, wie die nationale Vorschrift des Einfuhrstaates fordert und für die Bewohner des Einfuhrstaates ebenso verständlich sind.¹⁶⁰

In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, daß der EuGH in seinem Urteil *Kikvorsch* festgestellt hat, daß u. U. auch ein Übermaß an Informationen nicht im Einklang mit dem Verbraucherschutz stehen kann.¹⁶¹ Gegenstand dieser Entscheidung war eine Vorschrift des belgischen Lebensmittelrechts, wonach es verboten war, den Säuregehalt von Bier anzugeben, um eine Irreführung im Hinblick auf die Angaben zum Alkoholgehalt auszuschließen. Der EuGH erachtete diese Vorschrift als mit Art. 28 EGV vereinbar.

Die Grenze zum Bereich der zulässigen Verbraucherinformation kann somit dort angenommen werden, wo es sich um nützliche Informationen handelt, die der durchschnittliche Verbraucher im Hinblick auf die Eigenart des Produkts in seine Kaufentscheidung regelmäßig einbeziehen wird. Hierbei handelt es sich um sog. Schlüsselinformationen, die für die Produktbeurteilung besonders wichtig sind und mehrere andere Informationen substituieren oder bündeln. Neben den allgemeinen produktspezifischen Hinweisen sind dies beispielsweise der Preis, der regelmäßig auch einen Rückschluß auf die Qualität erlaubt, Qualitätsurteile unabhängiger Institute, aber auch Marken oder Herstellernamen.¹⁶²

Dementsprechend geht der EuGH nicht von einem monokausalen Zusammenhang zwischen Informationsmenge und Markttransparenz aus und bestätigt damit erneut, daß er in wettbewerbstheoretischer Hinsicht keine völlige Markttransparenz für notwendig hält, sondern eine hinreichende für genügend erachtet. Des weiteren erkennt er damit im Grundsatz auch an, daß dem Verbraucher im Rahmen seiner Entscheidung kognitive Kapazitätsgrenzen gesetzt sind. Das Überschreiten dieser kognitiven Grenzen hat zur Folge, daß der Verbraucher die einzelnen Informationen nicht mehr angemessen verarbeiten kann und infolgedessen die Entscheidungsqualität abnimmt.¹⁶³

¹⁶⁰ EuGH, Urt. v. 16.12.1980, Rs. 27/80 – Fietje – NJW 1981, S. 1148 f.; EuGH, Urt. v. 22.6.1982, Rs. 220/81 – Robertson – NJW 1983, S. 1967 f.; EuGH, Urt. v. 10.11.1982, Rs. 261/81 – Rau – NJW 1983, S. 507 f.; EuGH, Urt. v. 15.9.1994, Rs. C-293/93 – Houtwipper – Slg. 1994, S. I-4249 ff.

¹⁶¹ EuGH, Urt. v. 17.3.1983, Rs. 94/82 – de Kikvorsch – Slg. 1983, S. 947 ff.

¹⁶² Menke, S. 120

Hieraus ergibt sich gleichzeitig eine Grenze für den Grad an Information, der einem aufgeklärten europäischen Verbraucher zugemutet werden kann. Diese Informationsmenge wird, zumindest nach dem bisherigen Stand der Rechtsprechung, im wesentlichen durch die aus ihr resultierende Gefahr der Irreführung begrenzt. Gleichwohl sollten dabei die kognitiven Restriktionen des Verbrauchers berücksichtigt um dessen Entscheidungsqualität im Interesse eines funktionsfähigen Wettbewerbs möglichst optimal zu halten.

3.2.1.2.1.6 Aufbrechen nationaler Verbrauchergewohnheiten

Weiterhin versucht der EuGH, durch die konsequente Anwendung seines vom Informationspostulat geprägten Verbraucherleitbildes ein Aufbrechen nationaler Verbrauchergewohnheiten zu erreichen und damit den Weg für eine faktische Durchdringung der Märkte zu bereiten. Dies kommt deutlich in der Entscheidung des EuGH vom 12.3.1987 zum Ausdruck, die das Deutsche Reinheitsgebot für Bier betraf.¹⁶⁴ Dort führte der Gerichtshof aus, daß:

*„... sich die Vorstellungen der Verbraucher, die von einem Mitgliedstaat zum anderen unterschiedlich sein können, auch innerhalb ein und desselben Mitgliedstaates im Laufe der Zeit fortentwickeln“.*¹⁶⁵

Im weiteren Urteilstext weist der EuGH nochmals darauf hin, daß das Argument des Verbraucherschutzes nicht dazu dienen darf, nationale Verbrauchergewohnheiten zu zementieren.¹⁶⁶

Zwar erkannte der Gerichtshof die in den einzelnen Mitgliedstaaten gewachsenen Verbrauchergewohnheiten und damit auch eine Irreführungsgefahr durch eingeführte Waren grundsätzlich an, doch mußten die nationalen Vorschriften, die diese Gewohnheiten schützen sollten, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zurück-

¹⁶³ Hoppmann, WuW 1983, S. 777

¹⁶⁴ EuGH, Urt. v. 12.3.1987, Rs.178/84 – Deutsches Reinheitsgebot für Bier – NJW 1987, S. 1133 ff.

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 12.3.1987, Rs.178/84 – Deutsches Reinheitsgebot für Bier – NJW 1987, S. 1133 ff. (1134) Rdn. 32

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 12.3.1987, Rs.178/84 – Deutsches Reinheitsgebot für Bier – NJW 1987, S. 1133 ff. (1134) Rdn. 32

stehen.¹⁶⁷ Dadurch, daß der EuGH in diesen Entscheidungen der Warenverkehrsfreiheit den Vorrang gab und eine informierende Etikettierung als milderes Mittel ansah, statuierte er quasi eine Lernpflicht des Verbrauchers, dem mit den neuen Angeboten ein Festhalten an alten Verbrauchergewohnheiten nicht ohne weiteres möglich ist. Daß ein informierter Verbraucher auf das ihm durch den freien Wettbewerb zuteil gewordene erweiterte Angebot eher zurückgreift und damit dem Binnenmarktziel zuträglicher ist als ein in seinen nationalen Verbrauchergewohnheiten verhafteter Bürger, liegt in diesem Fall nahe.

Insoweit verbietet es sich auch, den Maßstab des Verbraucherschutzes ausschließlich nach nationalen Maßstäben zu bestimmen. Vielmehr hat die Ermittlung aufgrund einer gemeinschaftsweiten Betrachtung zu erfolgen.¹⁶⁸

3.2.1.2 Abgrenzung zur Lauterkeit des Handelsverkehrs

Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen deutlich ergibt, ist der Übergang zwischen den zwingenden Erfordernissen des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs fließend, und es kommt in Teilbereichen zu Überschneidungen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Schutzbereich der beiden Aspekte. Eine trennscharfe Abgrenzung voneinander erscheint daher nur schwer möglich und wurde vom EuGH bisher auch nicht versucht. Soweit nationale Regelungen aus dem Bereich des Unlauterkeitsrechts einer Überprüfung vor dem EuGH unterlagen, erfolgte eine Rechtfertigung regelmäßig nicht ausschließlich, wie es vom Wortlaut her naheläge, aufgrund zwingender Erfordernisse der Lauterkeit des Handelsverkehrs, sondern es wurden beide Rechtfertigungsgründe jeweils gemeinsam geprüft.¹⁶⁹ Allerdings legte der Gerichtshof in seinen Urteilsbegründungen regelmäßig eine besondere Betonung auf das zwingende Erfordernis des Verbraucherschutzes. Damit stellt sich zwangsläufig die Frage nach dem Verhältnis der beiden zwingenden Erfordernisse zueinander.

¹⁶⁷ EuGH, Urt. v. 9.12.1981, Rs. 193/80 – EG-Kommission/Italien – NJW 1982, S. 1212 f.; EuGH, Urt. v. 12.3.1987, Rs.178/84 – Deutsches Reinheitsgebot für Bier – NJW 1987, S. 1133 ff. ; EuGH, Urt. v. 14.7.1988, Rs. 90/86 – Italienisches Reinheitsgebot für Teigwaren – NJW 1988, S. 2169 f.

¹⁶⁸ EuGH, Urt. v. 13.3.1984, Rs. 16/83 – Prantl – NJW 1984, S. 1291 ff. (1293)

Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung und dem bereits oben dargelegten hohen Stellenwert, der dem Verbraucherschutz auf europäischer Ebene zukommt,¹⁷⁰ besteht die durchaus begründete Erwartung, daß die Dominanz des Verbraucherschutzaspektes bestehenbleibt und Erwägungen der Lauterkeit des Handelsverkehrs hinter diesem Aspekt zurücktreten.¹⁷¹ Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, daß der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung zum Bereich der mitgliedstaatlichen Unlauterkeitsrechte nur sehr eingeschränkt die Möglichkeit hatte, zu spezifischen Fragen des unlauteren Wettbewerbs Stellung zu nehmen, d. h. zu Fragen, bei denen es primär um nationale Maßnahmen zum Schutze eines freien Leistungswettbewerbs ging. Vielmehr betraf der überwiegende Teil der Entscheidungen des Gerichtshofs Problemstellungen, die im Kern die Frage nach einer ausreichenden Verbraucherinformation zum Gegenstand hatten¹⁷² oder sich über das Mittel der Verbraucherinformation lösen ließen. Hingegen wurde dem EuGH bisher keine Frage vorgelegt, die beispielsweise die Behinderung eines Mitbewerbers oder die Zulässigkeit bestimmter Vertriebssysteme¹⁷³ zum Gegenstand hatte. Die Dominanz des zwingenden Erfordernisses des Verbraucherschutzes im Rahmen von Entscheidungen des EuGH zu Bereichen des Unlauterkeitsrechts beruht somit nicht auf der besonderen Bedeutung des Verbraucherschutzes auf EG-Ebene, sondern auf der Tatsache, daß eine Rechtfertigung unter dem Aspekt der Verbraucherinformation die sachnähere Lösung darstellte.

Bereits aufgrund der gleichrangigen Nennung der Aspekte des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs im Urteil *Cassis de Dijon* erscheint es nicht sinnvoll, von einem Ausschließlichkeitsverhältnis der zwingenden Erfordernisse zueinander zu sprechen.¹⁷⁴ Zwar mag dem Aspekt des Verbraucherschutzes auf europäischer Ebene eine hohe Bedeutung zukommen, doch ist diese Gewichtung vor-

¹⁶⁹ EuGH, Urt. v. 26.11.1985, Rs. 182/84 – Genever – NJW 1987, S. 566 ff.; EuGH, Urt. v. 13.3.1984, Rs. 16/83 – Prantl – NJW 1984, S. 1291 ff.; EuGH, Urt. v. 14.7.1988, Rs. 90/86 – Italienisches Reinheitsgebot für Teigwaren – NJW 1988, S. 2169 f.; EuGH, Urt. v. 17.6.1981, Rs. 113/80 – Irish Souvenirs – NJW 1981, S. 2634 f.

¹⁷⁰ Vgl. oben Pkt. 3.2.1.2

¹⁷¹ Heermann, WRP 1993, S. 589; Niemöller, S. 174

¹⁷² Hierunter ist auch der Bereich der (Verbraucher-)Irreführung zu subsumieren, da hier ebenfalls der Informationsaspekt dominiert.

¹⁷³ Vgl. hierzu Kieninger, EWS 1998, S. 277 ff.

¹⁷⁴ Vgl. Heermann, WRP 1993, S. 584; a.A. Niemöller, S. 174, nach dessen Auffassung aufgrund der verbraucher-schützenden Ausrichtung des europäischen Rechts kann davon ausgegangen werden, daß die Rechtfertigung einer die Warenverkehrsfreiheit behindernden Regelung durch das zwingende Erfordernis der Lauterkeit des Handelsverkehrs ausscheidet, wenn die betreffende Regelung nicht ebenfalls durch Aspekte des Verbraucherschutzes gerechtfertigt ist.

rangig im Hinblick auf die Rechtfertigung einer nationalen Regelung von Bedeutung. Im Verhältnis zum Aspekt der Lauterkeit des Handelsverkehrs entscheidet hingegen die Sachnähe. Ergänzend ist an dieser Stelle festzuhalten, daß auch der Gewährleistung eines lauterer Handelsverkehrs i. S. eines unverfälschten Leistungswettbewerbs gem. Art. 3 lit. g EGV für die Errichtung eines gemeinsamen Marktes eine wesentliche Bedeutung zukommt. Soweit sich zwischen den beiden zwingenden Erfordernissen im Einzelfall Zielkonflikte ergeben sollten, wären diese daher auch nicht auf dem Wege des vollständigen Zurücktretens eines der beiden Aspekte zu lösen, sondern durch einen Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz.

3.3 Die Entscheidung *Keck und Mithouard*

Einen Wendepunkt in der ausufernden Anwendung des Art. 28 EGV markiert das Urteil in den verbundenen Rechtssachen *Keck und Mithouard* vom 24.11.1993.¹⁷⁵ Mit dieser Entscheidung, deren Ausgangssachverhalt im Unlauterkeitsrecht wurzelt, begann der EuGH eine wesentlich zurückhaltendere Position im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Art. 28 EGV einzunehmen. Als Grund hierfür benannte er die zunehmende Tendenz der Wirtschaftsteilnehmer, jeglicher Beschränkung ihrer wirtschaftlichen Freiheit mit einer Berufung auf Art. 28 EGV zu begegnen, obwohl es in diesen Fällen vielfach an einem europäischen Auslandsbezug fehlte.¹⁷⁶ Dies war letztlich die Folge der sehr weit gefassten *Dassonville*-Formel, wonach der Anwendungsbereich von Art. 28 EGV bereits bei dem Vorliegen einer potentiellen Warenverkehrsbeschränkung eröffnet war. Im konkreten Fall hatte der EuGH über die Vereinbarkeit des französischen Verbots, Waren zum Verlustpreis zu verkaufen, mit dem Gemeinschaftsrecht zu entscheiden.

Den Herren Bernard Keck und Daniel Mithouard wurde in ihrer Eigenschaft als Leiter zweier französischer Einkaufszentren vorgeworfen, die Erzeugnisse „Picon bière“ (Bier) und „Sati rouge“ (Kaffee) zum Verlustpreis weiterverkauft zu haben. Dies stellte einen Verstoß gegen das französische Verbot, Erzeugnisse in unverändertem Zustand zu unter ihrem tatsächlichen Einkaufspreis liegenden Preisen weiterzuverkaufen, dar. Die Angeklagten wandten sich

¹⁷⁵ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff.

¹⁷⁶ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6131), Rdn. 14

gegen ihre Verurteilung und beriefen sich hierzu auf die Unvereinbarkeit des französischen Verbotes mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs. Zur Anwendbarkeit des Art. 28 EGV trugen sie im wesentlichen vor, daß sich die Sachverhalte im grenznahen Gebiet zur Bundesrepublik Deutschland abgepielt hätten, wo es kein generelles Verbot des Verkaufs zum Verlustpreis gebe. Insoweit werde einem ausländischen Wirtschaftsteilnehmer der Zutritt auf den französischen Markt grundsätzlich erschwert.

Der Gerichtshof übertrug das Verfahren zunächst der mit drei Richtern besetzten zweiten Kammer, die jedoch im Verlaufe des Verfahrens entschied, dieses aufgrund seiner besonderen Bedeutung an das Plenum des Gerichtshofes zu verweisen.¹⁷⁷ Nach der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung und der erneuten Stellung der überarbeiteten Schlussanträge durch den Generalanwalt kam der EuGH in seinem Urteil schließlich zu dem folgenden Ergebnis:

*„Demgegenüber ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung die Anwendung nationaler Bestimmungen, die **bestimmte Verkaufsmodalitäten**¹⁷⁸ beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils Dassonville unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“¹⁷⁹*

Damit führt der EuGH eine grundlegend neue Differenzierung im Anwendungsbereich des Art. 28 EGV ein und stellt fest, daß „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ nur ausnahmsweise dem Anwendungsbereich des Art. 28 EGV unterstellt sind. Hingegen sollen nationale Vorschriften, die die Ware selbst betreffen, sog. produktbezogene Regelungen, grundsätzlich weiter in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fallen.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Sitzungsbericht, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6101), Rdn. 9 ff.

¹⁷⁸ Hervorhebung des Verfassers

¹⁷⁹ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6131), Rdn. 16

¹⁸⁰ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6131), Rdn. 15

Die entscheidende Frage, die sich damit für die Bestimmung des Anwendungsbereiches des Art. 28 EGV nach der Entscheidung *Keck* stellt, ist die nach der Abgrenzung der „bestimmten Verkaufsmodalitäten“ zu solchen Maßnahmen, die als sog. produktbezogene Regelungen weiter uneingeschränkt von Art. 28 EGV erfasst werden sollen. Der EuGH hat zwar die *Keck*-Grundsätze bereits wenige Wochen später in dem Urteil *Hünermund*¹⁸¹ bestätigt, doch weder hier noch in der übrigen Folgerechtsprechung zu *Keck* findet sich eine abstrakte Unterscheidungsformel für das Begriffspaar Verkaufsmodalität/Produktmodalität.

Allerdings führt der EuGH in der *Keck*-Entscheidung im Hinblick auf die produktbezogenen Regelungen, die weiterhin uneingeschränkt in den Anwendungsbereich der *Dassonville*-Formel fallen, Beispiele an. Als sog. produktbezogene Regelungen sind danach solche nationalen Vorschriften aufzufassen, die die Bezeichnung, Form, Abmessung, Gewicht, Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung oder Verpackung eines Erzeugnisses betreffen.¹⁸² Hierbei handelt es sich um unmittelbare Beschaffenheitsmerkmale eines Erzeugnisses, deren Veränderung bzw. Anpassung an die nationale Vorschrift regelmäßig einen Eingriff auf der Produktionsebene notwendig macht. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, daß für die Beantwortung der Frage, ob die betreffende nationale Regelung eine Produkt- oder Verkaufsmodalität betrifft, nicht auf den abstrakten Regelungsgehalt der Vorschrift abzustellen ist, sondern auf die spezifische Wirkung der nationalen Regelung im Einzelfall.¹⁸³ Macht also im konkreten Fall eine nationale Vorschrift die Änderung unmittelbarer Beschaffenheitsmerkmale notwendig, ist der Anwendungsbereich des Art. 28 EGV eröffnet. Allerdings ist hierbei zu beachten, daß der warenverkehrsbeschränkende Charakter einer nationalen Regelung nicht automatisch mit dem Vorliegen einer produktbezogenen Regelung gegeben ist, sondern in einem weiteren Prüfungsschritt gesondert

¹⁸¹ EuGH, Urt. v. 15.12.1993, Rs. C-292/92 – Hünermund – NJW 1994, S. 781 f. In dieser Entscheidung befasste sich der EuGH mit dem deutschen standesrechtlichen Verbot der Werbung für apothekenübliche Waren außerhalb der Apotheke und verneinte dessen gemeinschaftsrechtswidrigkeit mit dem Argument es handele sich um eine bestimmte Verkaufsmodalität.

¹⁸² EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6131), Rdn. 15

¹⁸³ Dies kam in der Entscheidung *Mars* des EuGH deutlich zum Ausdruck. Gegenstand dieser Entscheidung war das deutsche Irreführungsverbot gem. § 3 UWG, welches für sich betrachtet keinerlei Produktbezug aufweist. Der Gerichtshof bejahte jedoch im konkreten Fall den produktbezogenen Charakter dieser Regelung, da sich die Irreführung aus einer unmittelbar auf der Verpackung aufgedruckten Angabe ergeben sollte und erachtete den Anwendungsbereich von Art. 28 EGV als eröffnet. EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff.; Lüder, EuZW 1995, S. 609

festgestellt werden muß.¹⁸⁴ Erst wenn sowohl der Anwendungsbereich des Art. 28 EGV aufgrund des Vorliegens einer Produktmodalität eröffnet ist und zudem die tatsächliche Beschränkung des freien Warenverkehrs festgestellt wurde, ist eine möglicherweise bestehende Rechtfertigung der nationalen Regelung zu prüfen.

Anhaltspunkte dafür, was unter einer „bestimmten Verkaufsmodalität“ i. S. des Urteils *Keck* zu verstehen ist, ergeben sich aus der Folgerechtsprechung des EuGH.¹⁸⁵ Danach wurden regelmäßig solche nationalen Vorschriften als Verkaufsmodalitäten qualifiziert, die die VertriebsEbene betrafen, ohne dabei einen Bezug zur unmittelbaren Beschaffenheit des Produkts zu haben. Hierbei handelte es sich um nationale Regelungen, die bestimmten, wer¹⁸⁶, wann¹⁸⁷, wo¹⁸⁸, wie¹⁸⁹ und zu welchem Preis¹⁹⁰ verkaufen darf. Allerdings ergibt sich auch aus dieser Folgerechtsprechung kein Ansatz für eine allgemeine Definition des Begriffs Verkaufsmodalität. Nicht zuletzt aufgrund dieses Fehlens wurden in der Literatur eine Vielzahl von Definitionsversuchen unternommen.¹⁹¹ Doch sind die inhaltlichen Unterschiede dieser Ansätze nicht besonders groß und stimmen weitestgehend mit der bisherigen Kasuistik überein. So besteht im Kern ein Konsens darüber, daß Maßnahmen, die die Absatzförderung

¹⁸⁴ EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff. (1940 f.), Rdn. 12 f.

¹⁸⁵ EuGH, Urt. v. 15.12.1993, Rs. C-292/92 – Hünermund – NJW 1994, S. 781 f.; EuGH, Urt. v. 2.6.1994, verb. Rs. C-69/93 u. C-258/93 - Punto Casa – Slg. 1994, S. 2355 ff. (2369), Rdn. 13 *„Eine Regelung der vorliegenden Art betrifft die Umstände, unter denen die Waren an die Verbraucher verkauft werden können; somit sind die in dem letztgenannten Urteil (Keck und Mithouard, Anm. d. Verf.) aufgestellten Voraussetzungen erfüllt.“*; EuGH, Urt. v. 2.6.1994, verb. Rs. C-401/92 u. C-402/92 - Strafverfahren gegen Tankstation t'Heukske u. J. B. E. Boermans – NJW 1994, S. 2141 Rdn. 14 *„Die in Rede stehende Regelung betrifft nämlich die zeitlichen und räumlichen Voraussetzungen, unter denen die fraglichen Waren an die Verbraucher verkauft werden können“*; EuGH, Urt. v. 9.2.1995, Rs. C-412/93 – Edouard Leclerc/Siplec – Slg. 1995, S. I-179 ff. (217) Rdn. 22 *„Eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige betrifft aber die Verkaufsmodalitäten insoweit, als sie eine bestimmte Form der Förderung (Fernsehwerbung) einer bestimmten Methode des Absatzes (Vertrieb) von Erzeugnissen verbietet.“*; EuGH, Urt. v. 29.6.1995, Rs. C-391/92 – EG-Kommission/Griechenland – Slg. 1995, S. I-1621 ff.; EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-63/94 – Belgapom – Slg. 1995, S. I-2467 ff.; EuGH, Urt. v. 20.6.1996, Verb. Rs. C-418/93, C-419/93 u.a. – Semeraro Casa Uno – Slg. 1996, S. I-2975 ff.; EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-254/98 – Tk-Heimdienst – Rdn. 24 *„...betrifft die Verkaufsmodalitäten für bestimmte Waren, da sie die geographischen Gebiete bezeichnet, in denen jeder betroffene Wirtschaftsteilnehmer seine Waren nach dieser Vertriebsmethode in den Verkehr bringen kann.“*

¹⁸⁶ (Apothekenzwang für Säuglingsnahrung) EuGH, Urt. v. 29.6.1995, Rs. C-391/92 – EG-Kommission/Griechenland – Slg. 1995, S. I-1621 ff.

¹⁸⁷ (Nationale LadenSchlußregelung) EuGH, Urt. v. 20.6.1996, Verb. Rs. C-418/93, C-419/93 u.a. – Semeraro Casa Uno – Slg. 1996, S. I-2975 ff.

¹⁸⁸ (geographische Vertriebsregelung) EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-254/98 – TK-Heimdienst – Rdn. 24

¹⁸⁹ (Verbot der Fernsehwerbung für bestimmte Produkte) EuGH, Urt. v. 9.2.1995, Rs. C-412/93 – Edouard Leclerc/Siplec – Slg. 1995, S. I-179 ff.

¹⁹⁰ (Verkauf zum Verlustpreis bzw. mit geringer Gewinnspanne) EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-63/94 – Belgapom – Slg. 1995, S. I-2467 ff.

¹⁹¹ Vgl. statt vieler: Hammer, Diss., S. 131 ff.

(Marketing, Vertrieb) betreffen, regelmäßig als Verkaufsmodalitäten zu qualifizieren sind.¹⁹²

Wird schließlich anhand der o. g. Kriterien der Rechtsprechung des EuGH, daß Vorliegen einer Verkaufsmodalität festgestellt, darf nicht vorschnell von einer grundsätzlichen Herausnahme der betreffenden nationalen Vorschrift aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EGV ausgegangen werden. Vielmehr ist in einem nächsten Schritt sowohl die unterschiedslose Geltung als auch die rechtliche und tatsächliche Gleichberührung i. S. des Urteils *Keck* zu überprüfen.¹⁹³ Erst wenn diese Voraussetzungen kumulativ gegeben sind, kann davon ausgegangen werden, daß eine Beschränkung des freien Warenverkehrs durch die nationale Vorschrift nicht in Betracht kommt.

3.3.1 Die Abgrenzung zwischen Produkt- und Verkaufsmodalitäten

Es wird somit deutlich, daß sich hinsichtlich einer trennscharfen Grenzziehung zwischen Produkt- und Verkaufsmodalität Probleme ergeben. An diesem Punkt setzt auch die Kritik in der Literatur ein, die eine derartige Unterscheidung für praxisfern hält, da realiter einer Unterscheidung zwischen produktbezogenen Regelungen und Verkaufsmodalitäten oftmals nicht möglich erscheint,¹⁹⁴ denn im Rahmen eines modernen Marketings, das auf einen internationalen Wirtschaftsraum ausgelegt ist, bilden Produkt und Vertrieb eine Einheit.¹⁹⁵ Bereits die Aufmachung und Verpackung eines Produkts erfüllen häufig Werbefunktionen. *Fezer* spricht in solchen Fällen von „*untrennbaren Produkteinheiten als ein Komplex unternehmerischer Leistungen*“.¹⁹⁶

¹⁹² Eine Ausnahme bilden insoweit die Ansichten von *Roth* (ZHR 1995, S. 78 ff. (87)) und *Schilling* (EuR 1994, S. 50 ff.). *Roth* sieht als Verkaufsmodalitäten nur solche Regelungen an, bei denen eine Gefahr der Mehrfachregelung (durch Herkunfts- und Importstaat) nicht besteht. *Schilling* grenzt demgegenüber zwischen dem Kern und dem Begriffshof der Importierfreiheit ab. Seiner Auffassung nach sind nur Maßnahmen, die den Kern der Warenverkehrsfreiheit betreffen, als MglW i. S. des Art. 28 EGV zu qualifizieren.

¹⁹³ Vgl. unten Pkt. 3.3.4

¹⁹⁴ Reich, ZIP 1993, S. 1817; Fezer, JZ 1994, S. 323 f.; Ebenroth, S. S. 161 f.; Sack, EWS 1994, S. 184, Petschke, EuZW 1994, S. 111, Becker, EuR 1994, S. 173

¹⁹⁵ Fezer, JZ 1994, S. 323, Ebenroth, S. 161 f., *der insoweit auf die betriebswirtschaftliche Lehre vom Marketing-Mix verweist, worunter die Kombination der verschiedenen Marketinginstrumente Produktpolitik, Distributionspolitik, Preispolitik und Kommunikationspolitik zu verstehen sind. Die Produkt- und Sortimentspolitik, welche die Festlegung von Eigenschaften eines einzelnen Produktes, sowie die Entscheidung über das gesamte Produktionsprogramm zum Gegenstand hat, ist nur eines von insgesamt vier Marketingmix-Bereichen.* Vgl. Schierenbeck, Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, S. 250 f.

Im Hinblick auf die Bestimmung des Anwendungsbereiches des Art. 28 EGV ist es jedoch auch in solchen Fällen zwingend notwendig, eine genaue Unterscheidung vorzunehmen. Der EuGH verfolgt hier offenbar das Ziel, eine Abgrenzung nach formalen Gesichtspunkten vorzunehmen,¹⁹⁷ wobei er von den Kriterien ausgeht, die er im Rahmen der *Keck*-Entscheidung beispielhaft zur Bestimmung von Produktmodalitäten aufgeführt hat.¹⁹⁸ Deutlich wird dieses Vorgehen beispielsweise anhand der Entscheidung *Familiapress*¹⁹⁹. Den Ausgangspunkt dieser Entscheidung bildete die Frage nach der Vereinbarkeit des österreichischen Verbots der Veranstaltung eines Preisausschreibens in periodisch erscheinenden Druckwerken mit den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts. In diesem Fall war es strittig und nicht einfach zu klären, ob die betreffende Regelung als Produkt- oder Verkaufsmodalität zu qualifizieren sei. Die österreichische Regierung trug hierzu vor, daß es sich ihrer Ansicht nach bei der Veranstaltung eines Preisausschreibens um eine Verkaufsmodalität i. S. des Urteils *Keck* handle.²⁰⁰ Demgegenüber stellte der EuGH auf den unmittelbaren Produktbezug ab, da es sich seiner Auffassung nach bei den fraglichen Preisausschreiben um einen Bestandteil der Zeitung handelte, in der sie sich befanden.²⁰¹ Dies spricht dafür, daß der EuGH jeweils den genauen Anknüpfungspunkt der streitigen Maßnahme herausarbeitet, um daraufhin eine Betroffenheit unmittelbarer Beschaffenheitsmerkmale zu untersuchen. Gerade im Hinblick auf die oben angesprochene enge Verzahnung von Produkt- und Verkaufsmodalitäten in der Praxis ist es durchaus im Interesse der Rechtssicherheit, eine solche formaltypisierende Abgrenzung durchzuführen.²⁰²

¹⁹⁶ Fezer, JZ 1994, S. 323

¹⁹⁷ Niemöller, S. 131

¹⁹⁸ Hierbei handelt es sich um die Bezeichnung, Form, Abmessung, Gewicht, Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung und Verpackung von Produkten, also durchgehend Merkmale welche die unmittelbare Beschaffenheit der Produkte betreffen. EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – *Keck und Mithouard* – Slg. 1993, S. I-6097 ff. Rdn. 15

¹⁹⁹ EuGH, Urt. v. 26. 6.1997, Rs. C-368/95 – *Familiapress Zeitungsverlag/Heinrich Bauer Verlag* – Slg. 1997, S. I-3689 ff.

²⁰⁰ EuGH, Urt. v. 26. 6.1997, Rs. C-368/95 – *Familiapress Zeitungsverlag/Heinrich Bauer Verlag* – Slg. 1997, S. I-3689 ff. (3714), Rdn. 10

²⁰¹ EuGH, Urt. v. 26. 6.1997, Rs. C-368/95 – *Familiapress Zeitungsverlag/Heinrich Bauer Verlag* – Slg. 1997, S. I-3689 ff. (3714), Rdn. 11

²⁰² Soweit Niemöller, dieses von ihm ebenfalls befürwortete Ergebnis, aufgrund eines Hinweises des Gerichtshofes auf die Beeinträchtigung des Marktzugangs anzweifelt, sei ergänzt, daß es sich hierbei m.E. um einen Punkt handelt, der erst bei der Frage nach der tatsächlichen und rechtlichen Gleichberührung zum Tragen kommt. Vgl. Niemöller, S. 133, Fn. 719

3.3.2 Die Kollision von Verkaufs- und Produktmodalitäten

Gerade im Hinblick auf die modernen Erscheinungsformen des Marketings, bei denen die unmittelbaren Beschaffenheitsmerkmale des Produktes und Maßnahmen des Vertriebs im Rahmen des Marketingmixes zur Absatzoptimierung auf das engste miteinander verknüpft sind, stellt sich die Frage, wie im Falle des Zusammentreffens von Produkt- und Verkaufsmodalitäten zu verfahren ist. Der EuGH geht hier davon aus, daß aufgrund des unmittelbaren Produktbezuges eine Beurteilung als reine Verkaufsmodalität nicht mehr möglich ist, was zur Folge hat, daß der Anwendungsbereich des Art. 28 EGV eröffnet ist. Bereits in seinen Entscheidungen *Clinique*²⁰³ und *Mars*²⁰⁴ qualifizierte der Gerichtshof die streitigen Regelungen, die sowohl die Produkt- als auch die Vertriebsstufe betrafen, pauschal als produktbezogene Regelungen. Eine deutlichere Auseinandersetzung mit dieser Problemlage findet sich schließlich in der Entscheidung *Familiapress*²⁰⁵. Hier führt der Gerichtshof in den Erwägungsgründen aus:

*„Selbst wenn die streitige nationale Regelung eine verkaufsfördernde Maßnahme betreffen sollte, so bezieht sie sich im vorliegenden Fall auf den Inhalt der Erzeugnisse selbst, denn die fraglichen Preisausschreiben sind Bestandteil der Zeitschrift, in der sie sich befinden. Daher betrifft die Anwendung der streitigen nationalen Regelung auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens keine Verkaufsmodalität im Sinne des Urteils Keck und Mithouard.“*²⁰⁶

Zwar läßt der EuGH in diesem Fall letztlich die Frage, ob tatsächlich eine Produkteinheit vorliegt, offen. Doch er stellt fest, daß selbst im Falle des Vorliegens einer Verkaufsmodalität aufgrund des ebenfalls vorliegenden unmittelbaren Produktbezugs die betreffende nationale Regelung als eine Maßnahme gleicher Wirkung i. S. des Art. 28 EGV zu qualifizieren ist.

²⁰³ EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 - Verband Sozialer Wettbewerb e. V. / Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH – NJW 1994, S. 1207 f. (1208) Rdn. 19

²⁰⁴ EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – NJW 1995, S. 3243 f.

²⁰⁵ EuGH, Urt. v. 26.6.1997, Rs. C-368/95 – Familiapress Zeitungsverlag/Heinrich Bauer Verlag – Slg. 1997, S. I-3689 ff.

²⁰⁶ EuGH, Urt. v. 26. 6.1997, Rs. C-368/95 – Familiapress Zeitungsverlag/Heinrich Bauer Verlag – Slg. 1997, S. I-3689 ff. (3714) Rdn. 11

3.3.3 Stellungnahme

Nach den obigen Ausführungen wird deutlich, daß ein Großteil der durch die nationalen Unlauterkeitsrechte erfassten Tatbestände als Verkaufsmodalitäten i. S. des Urteils *Keck* zu qualifizieren sind, da bei ihnen keinerlei Produktbezogenheit denkbar ist. So hat beispielsweise der EuGH in seiner Folgerechtsprechung zu *Keck* bereits festgestellt, daß bestimmte Methoden der Absatzförderung, im konkreten Fall handelte es sich um Fernsehwerbung, grundsätzlich als Verkaufsmodalitäten aufzufassen sind.²⁰⁷ Damit ist jedoch keinesfalls die kategorische Herausnahme einer Vielzahl von Tatbeständen des unlauteren Wettbewerbs aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EGV verbunden.²⁰⁸ Vielmehr ist davon auszugehen, daß auch weiterhin sämtliche Maßnahmen aus dem Bereich des Unlauterkeitsrechts einer Überprüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit unterliegen können. Allerdings ist nun ggf. für jeden Einzelfall genau zu prüfen, ob eine „bestimmte Verkaufsmodalität“ i. S. des Urteils *Keck* vorliegt, die nach Ansicht des EuGH nicht geeignet sein soll, den freien Warenverkehr zu beeinträchtigen, oder ob eine sonstige Verkaufsmodalität anzunehmen ist, die weiter in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fällt.

Damit gewinnt insbesondere die Frage nach der Auslegung des Merkmals der rechtlichen und tatsächlichen Gleichberührung an erheblicher Bedeutung. Denn je nach Art der Auslegung dieses Merkmals ergibt sich daraus die Reichweite der Überprüfung nationaler Lauterkeitsrechte am Maßstab des freien Warenverkehrs. Faßt man es beispielsweise als ein Diskriminierungsverbot auf,²⁰⁹ ergibt sich ein wesentlich engerer Anwendungsbereich, als wenn auf das Kriterium der konkreten Marktzugangsbeschränkung abgestellt wird.²¹⁰

Unabhängig von der Frage, wann „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ i. S. des Urteils *Keck* vorliegen und wann sonstige Verkaufsmodalitäten anzunehmen sind, läßt sich jedoch bereits an dieser Stelle sagen, daß die Anwendung von Art. 28 EGV in der bisherigen Art und Weise nicht mehr haltbar ist. So ist beispielsweise die *Oosthoek-*

²⁰⁷ EuGH, Urt. v. 9.2.1995, Rs. C-412/93 – Edouard Leclerc/Siplec – Slg. 1995, S. I-179 ff. (217), Rdn. 22

²⁰⁸ So neigen die deutschen Gerichte dazu, daß Vorliegen bestimmter Verkaufsmodalitäten und somit die Unanwendbarkeit von Art. 28 EGV, ohne genaue Prüfung einfach zu behaupten. Vgl. Heermann, WRP 1999, S. 383

²⁰⁹ Vgl. dazu unten Pkt. 3.3.4.2.1

Formel zumindest nicht mehr in dem oben dargelegten Umfang für die Feststellung einer Warenverkehrsbeschränkung brauchbar, was die Konsequenz der Unterscheidung zwischen Produkt- und Verkaufsmodalität ist, die dort nicht durchführbar ist. Gleichwohl kann nicht davon ausgegangen werden, daß damit auch der die *Oosthoek*-Formel tragende Gedanke des Diversifikationszwangs als Warenverkehrsbeschränkung obsolet geworden ist. Vielmehr hat sich der EuGH diesem Argument auch in seiner auf das Urteil *Keck* folgenden Rechtsprechung zur Begründung der Anwendbarkeit von Art. 28 EGV bedient.²¹¹

3.3.4 „Bestimmte Verkaufsmodalitäten“ i. S. des Urteils *Keck*

Wenn anhand der o. g. Kriterien nun festgestellt wurde, daß es sich bei der streitigen Maßnahme um eine Verkaufsmodalität handelt, dann ist es weiterhin erforderlich, daß die beschränkende Bestimmung zwei Voraussetzungen erfüllt, um als „bestimmte Verkaufsmodalität“ i. S. der *Keck*-Entscheidung qualifiziert werden zu können. Zum einen muß sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und zum anderen muß sie den Absatz inländischer und ausländischer Produkte rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.²¹² Ist eine der beiden Voraussetzungen nicht erfüllt, handelt es sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung und bedarf zu Ihrer Wirksamkeit einer Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse i. S. des Urteils *Cassis de Dijon*²¹³ oder durch Art. 30 EGV.

Hintergrund dieser Unterscheidung ist die Auffassung des EuGH, daß die Anwendung einer nationalen Regelung über „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ auf mitgliedstaatliche Erzeugnisse, die den Bestimmungen in ihrem Heimatstaat entsprechen, nicht geeignet ist,

²¹⁰ Vgl. dazu unten Pkt. 3.3.4.2.4

²¹¹ EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 - Verband Sozialer Wettbewerb e. V. / Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH – NJW 1994, S. 1207 f. (1208) Rdn. 19; EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff. (1941), Rdn. 13

²¹² EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – *Keck und Mithouard* – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6131), Rdn. 16

²¹³ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – *Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* – Slg. 1979, S. 649 ff.

„... den **Marktzugang**²¹⁴ für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als sie dies für inländische Erzeugnisse tut. Diese Regelungen fallen daher nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 28 EGV“.²¹⁵

Hiermit liefert der EuGH nicht nur die Begründung für seine Differenzierung, sondern zugleich auch den Ansatz zur Überprüfung des warenverkehrsbeschränkenden Charakters von Verkaufsmodalitäten. Diese hat demnach maßgeblich am Kriterium des Marktzugangs zu erfolgen.

3.3.4.1 Unterschiedslose Geltung

Erste Voraussetzung dafür, daß Verkaufsmodalitäten nicht in den Anwendungsbereich von Art. 28 EGV fallen, ist, daß die fraglichen Bestimmungen

„... für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben ...“.²¹⁶

Dies ist dann der Fall, wenn die streitige Regelung im Hinblick auf die persönliche Geltung die Wirtschaftstätigkeit im Inland in allgemeiner Weise betrifft.²¹⁷ Sie muß also inländische und ausländische Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen erfassen. Davon kann beispielsweise nicht ausgegangen werden, wenn die Norm explizit auf die Nationalität des Anbieters bzw. auf die Herkunft der Waren abstellt. Ist eine unterschiedslose Geltung der streitigen Regelung nicht gegeben, kommt als Rechtfertigung nur Art. 30 EGV in Betracht. Eine Rechtfertigung durch „zwingende Erfordernisse“ i. S. des Urteils *Cassis de Dijon*²¹⁸ setzt nämlich stets voraus, daß die Regelung unterschiedslos auf inländische und eingeführte Waren anwendbar ist.²¹⁹

²¹⁴ Hervorhebung des Verfassers

²¹⁵ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6131), Rdn. 17

²¹⁶ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6131), Rdn. 16

²¹⁷ Leible in: Grabitz/Hilf EGV Art. 28, Rdn. 28; Keßler, S. 165

²¹⁸ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein – Slg. 1979, S. 649 ff.

²¹⁹ EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-1/90 u. C-176/90 – Aragonesa de Publicidad Exterior/Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña – Slg. 1991, S. 4151 ff. (4152), Rdn. 1; beispielsweise ergeben sich im Bereich des deutschen UWG diesbezüglich keinerlei Probleme, da die dort enthaltenen Normen unterschiedslos für alle inländisch tätigen Wirtschaftsteilnehmer gelten.

Der Ansatz dieses Kriterium ist sehr formal, da es im wesentlichen auf den Wortlaut der Norm abstellt. Sobald eine Norm allgemein formuliert wird, greift es ins Leere. Eine Umgehung erscheint damit leicht. In der Folgerechtsprechung zu *Keck* ist dieser Punkt bisher nicht einschlägig gewesen, was nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, daß offensichtlich protektionistische und damit diskriminierende Maßnahmen der einzelnen Mitgliedstaaten weitgehend abgebaut wurden. Der Bereich der verschleierte Handelsbeschränkungen, die durch das o. g. Kriterium nicht erfasst werden können, sollen durch die im folgenden näher zu betrachtenden Kriterien der rechtlichen und tatsächlichen Gleichberührung erfasst werden.²²⁰

3.3.4.2 Rechtlich und tatsächlich in der gleichen Weise berührt

Weiterhin müßte die betreffende Regelung

„... den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“²²¹ „²²²

Der Zweck dieses weiteren Prüfungspunktes ist es, verschleierte Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handels zu erfassen, denn es ist durchaus möglich, daß eine mitgliedstaatliche Regelung zwar unterschiedslos für alle Wirtschaftsteilnehmer gilt, aber den Absatz der Erzeugnisse dennoch unterschiedlich trifft.²²³

²²⁰ Vgl. Jickeli, JZ 1995, S. 60, der aufgrund des Zusammenspiels der beiden Prüfungspunkte von einem „lückenlosen Diskriminierungsschutz“ spricht.

²²¹ In der französischen Originalversion des Urteils wird das Verb „entraver“ benutzt. Dies wird in der deutschen Übersetzung des Urteils mit dem recht neutralen Verb „berühren“ übersetzt. Eigentlich bedeutet „entraver“ soviel wie „hemmen“ bzw. „hindern“, das mit einer vergleichsweise negativen Konnotation behaftet ist. Vgl. Joliet, GRUR Int. 1994, S. 985; *Hammer* führt in ihrer Arbeit sogar, die Interpretation des *Keck*-Urteils als Diskriminierungsverbot auf diese missverständliche Übersetzung zurück. Vgl. *Hammer*, S. 239

²²² EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – *Keck und Mithouard* – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6131), Rdn. 16

²²³ Müller-Graff in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 30, Rdn. 258

3.3.4.2.1 Die Auslegung i. S. eines Diskriminierungsverbotes

Gerade im Hinblick auf die o. g. Urteils passage wird seitens der Literatur vielfach die Auffassung vertreten, daß Urteil *Keck* bedeutet, die Einführung eines Diskriminierungsverbotes im Bereich der Verkaufsmodalitäten.²²⁴ Denn der Wortlaut legt die Annahme nahe, daß im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung nunmehr ein Vergleich zwischen der Vermarktung eingeführter und einheimischer Produkte notwendig sei.

Eine Interpretation des Art. 28 EGV i. S. eines Diskriminierungsverbotes für Verkaufsmodalitäten stellt insoweit eine Neuerung dar, als in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH diese Vorschrift stets i. S. eines umfassenden Beschränkungsverbotes verstanden wurde und in dieser Auslegung der Beseitigung unverhältnismäßiger Behinderungen des grenzüberschreitenden Handels diene. Ein vergleichendes Element war hierbei nicht vonnöten. Die Interpretation als ein Diskriminierungsverbot hätte demgegenüber einen wesentlich engeren Anwendungsbereich des Art. 28 EGV zur Folge. Schutzbereich der Vorschrift wäre damit „nur“ noch die Gleichstellung ausländischer Waren auf inländischen Märkten,²²⁵ was bedeutet, daß durch Art. 28 EGV nur noch solche Vorschriften erfaßt würden, die Verkaufsmodalitäten in der Art und Weise regeln, daß ausländische Produkte von vornherein schlechter gestellt würden als inländische Produkte. Nicht erfaßt würden demgegenüber solche nationalen Regelungen, die den Importeur einzig aufgrund ihrer Verschiedenheit von Staat zu Staat belasten.²²⁶

Allerdings herrscht seitens der Vertreter dieser Auffassung keine Einigkeit darüber, welchen Umfang dieses durch *Keck* eingeführte Diskriminierungsverbot letztlich hat. Während *Sack* von einem rechtlichen und faktischen Diskriminierungsverbot ausgeht,²²⁷ spricht *Niemöller* beispielsweise von einer Reduktion der Warenverkehrsfreiheit auf ein nunmehr *partielles weites Diskriminierungsverbot im*

²²⁴ Sack, WRP 1998, S. 110; Zuleeg, BB 1994, S. 586; Niemöller, S. 134; Jickeli, JZ 1995, S. 63 f.; Reich, ZIP 1993, S. 1816; Petschke, EuZW 1994, S. 108; Möschel, NJW 1994, S. 782, Anmerkungen zu EuGH, Urt. v. 15.12.1993 – Hünermund -; Keßler, S. 163 (Fn. 449) m.w.N.

²²⁵ Bernhard, EWS 1995, S. 405

²²⁶ Kieninger, EWS 1998, S. 283

²²⁷ Sack, WRP 1998, S. 104

*Bereich mitgliedstaatlicher Regelungen von Verkaufsmodalitäten.*²²⁸ Demgegenüber spricht *Hammer* von der *Einführung eines materiellen Diskriminierungsverbotes für den Bereich der sog. Verkaufsmodalitäten*. Eine derartige Auslegung birgt bereits im Hinblick auf eine trennscharfe Abgrenzung des Anwendungsbereiches des Art. 28 EGV Probleme, weil sich daraus keine griffigen Unterscheidungsansätze ergeben. Auch die Autoren selbst lassen nicht erkennen, anhand welcher Kriterien ihrer Ansicht nach das Vorliegen einer Diskriminierung geprüft werden soll.

Des weiteren ergeben sich bei einer derartigen Auslegung auch erhebliche semantische Unklarheiten. Definiert man den Begriff „Diskriminierung“ als eine Benachteiligung durch eine unterschiedliche Behandlung,²²⁹ ist es für eine bessere Verständlichkeit unabdingbar, zunächst festzustellen, unter welchem Blickwinkel überhaupt eine Diskriminierung vorliegen kann. Fokussiert man die Betrachtung einzig auf die nationalstaatliche Regelungsebene, liegt nämlich keine Diskriminierung vor, da hier die Benachteiligung gerade auf einer Gleichbehandlung des Importeurs mit den inländischen Wirtschaftsteilnehmern beruht und nicht auf einer unterschiedlichen Behandlung. Eine solche Benachteiligung kann jedoch nicht unter den Begriff „Diskriminierung“ subsumiert werden. Erst wenn man die Betrachtung auf die gesamteuropäische Ebene erweitert, läßt sich eine Diskriminierung dann feststellen, wenn eine Benachteiligung darauf beruht, daß der Importeur den divergierenden Vorschriften seines mitgliedstaatlichen Heimatlandes und gleichzeitig den Regelungen des Importstaates gerecht werden muß. Er wird dann unterschiedlich behandelt im Vergleich zu den Marktteilnehmern, die nur auf einem mitgliedstaatlichen Markt tätig sind. Als fraglich erscheint vor diesem Hintergrund, ob vom Begriff der „Diskriminierung“ damit auch solche Fälle erfasst werden, bei denen die Vorschriften von Heimat- und Importstaat nicht zwingend sind, sondern Alternativen zulassen und deshalb die Ware nach einer freiwilligen Umgestaltung der strittigen Verkaufsmodalität durch den Importeur in beiden Ländern vertrieben werden könnte. Denn in einem solchen Fall würde die Benachteiligung nicht unmittelbar aus den unterschiedlichen nationalen Bestimmungen resultieren, sondern aus der zunächst frei wählbaren Gestaltung der Verkaufsmodalität durch

²²⁸ Niemöller, S. 134

²²⁹ Vgl. Duden Band 5, Fremdwörterbuch; Das maßgebliche Kriterium für eine Diskriminierung ist die unterschiedliche Behandlung. Die Benachteiligung ist die bloße Folge und kann für sich genommen nicht unter den Begriff „Diskriminierung“ subsumiert werden. Dies ergibt sich bereits aus dem lateinischen Wortstamm „discrimen“, was übersetzt „Unterscheidung“ bedeutet.

den Importeur. Der Sinn des Wortes „Diskriminierung“ würde m. E. für eine derartige Begrenzung auf zwingende nationale Regelungen von Verkaufsmodalitäten sprechen. Das Ergebnis einer solchen Auslegung wäre allerdings eine sehr restriktive Anwendung des Art. 28 EGV im Bereich der Produktmodalitäten, die in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nur wenig Rückhalt findet.

Von der Auffassung, daß durch das Urteil *Keck* ein wie auch immer geartetes Diskriminierungsverbot für den Bereich der Verkaufsmodalitäten eingeführt worden sei, sollte daher Abstand genommen werden. Eine trennscharfe und praktikable Lösung streitiger Fälle ist auf diesem Wege nicht zu erreichen, da es an griffigen Unterscheidungskriterien fehlt. Vielmehr würde einer stark semantisch geprägten Diskussion der Weg bereitet.

3.3.4.2.2 Das Kriterium des Marktzugangs

Der EuGH selbst stellt im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens einer rechtlichen und tatsächlichen Gleichberührung auf den Aspekt des Marktzugangs für eingeführte Waren ab.²³⁰ Dies bedeutet, daß der Absatz eingeführter Waren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in der gleichen Weise möglich sein muß wie der inländischer. Damit hält er sich konsequent an die Begründung, die er im Urteil *Keck und Mithouard* zur Differenzierung zwischen Produkt- und Verkaufsmodalitäten gegeben hat, denn seiner Ansicht nach ist im Falle der Gewährleistung eines freien Marktzugangs nicht von einer Beeinträchtigung des Art. 28 EGV auszugehen.²³¹ Als maßgebliches Entscheidungskriterium zieht der Gerichtshof die dem Importeur entstehenden Kosten heran.²³² Diese sind mit denen eines im Herkunftsland der Maßnahme tätigen Wirtschaftsteilnehmers zu vergleichen.²³³ Ergeben sich für den Importeur aufgrund der streitigen Regelung zusätzliche Kosten, um in den

²³⁰ EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-254/98 – TK-Heimdienst – Rdn. 26; EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Rs. C-189/95 – Franzén – Slg. 1997, S. 5909 ff. (5975) Rdn. 71; EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – De Agostini – Slg. 1997, S. I-3843 ff. (3887), Rdn. 43; Leible in: Grabitz/Hilf EGV Art. 28, Rdn. 28

²³¹ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6131), Rdn. 17

²³² EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-254/98 – TK-Heimdienst – Rdn. 21; EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Rs. C-189/95 – Franzén – Slg. 1997, S. 5909 ff. (5975) Rdn. 71; EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 - Verband Sozialer Wettbewerb e. V. / Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH – NJW 1994, S. 1207 f. (1208) Rdn. 19; EuGH, Urt. v. 27.5.1986, Verb. Rs. 87 u. 88/85 – Legia und Gyselinx – Slg. 1986, S. 1707 ff. (1720) Rdn. 15 f.

Importmarkt einzutreten, nimmt der EuGH eine Erschwerung des Marktzutritts an. Insoweit ist der Aspekt eines Diversifikationszwanges auch im Bereich der Verkaufsmodalitäten grundsätzlich geeignet, eine Anwendung des Art. 28 EGV zu rechtfertigen.

Dieser Ansatz ist in der Literatur nicht unumstritten.²³⁴ So ist *Joliet* der Auffassung, daß Problem liege nicht „*darin, zu wissen, ob die Exportaktivität zusätzliche Kosten hervorruft, sondern zu wissen, ob die im Einfuhrstaat geltenden Vertriebsvorschriften einen Wettbewerbsvorteil für die nationale Industrie begründen*“.²³⁵ Dies übersieht aber, daß Kosten der bestimmende Faktor im Wettbewerb sind.²³⁶ Ein Exporteur wird seine Entscheidung, ob er in einen mitgliedstaatlichen Markt eintritt, im wesentlichen von den damit verbundenen Kosten abhängig machen. Des weiteren handelt es sich hierbei um einen Faktor, der aufgrund der heute gängigen EDV-gestützten Rechnungslegung relativ genau zu lokalisieren und quantifizieren ist, weshalb er einer beweisfähigen Darlegung auch sehr gut zugänglich ist.

Darüber hinaus trägt ein Abstellen auf die Kosten als maßgebliches Entscheidungskriterium für die Beurteilung einer Marktzugangsbehinderung auch der Differenzierung zwischen Produkt- und Verkaufsmodalität am besten Rechnung, da die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Falle einer Produktmodalität ebenfalls auf dem Kostenaspekt beruht. Denn die Änderung einer Produktmodalität ist aufgrund des dafür notwendigen Eingriffs auf der Produktionsebene zweifelsohne sehr kostenintensiv und stellt daher auf jeden Fall einen Wettbewerbsnachteil gegenüber den inländischen Wirtschaftsteilnehmern dar. Das maßgebliche Entscheidungskriterium ist somit dasselbe. Im Rahmen einer Verkaufsmodalität besteht für derartige Mehrkosten und einen daraus resultierenden Wettbewerbsnachteil nach Ansicht des EuGH aber keine grundsätzliche Vermutung, weshalb diesbezüglich eine gesonderte Prüfung notwendig ist.

²³³ Herrmann, GRUR Int. 1999, S. 585

²³⁴ Joliet, GRUR Int. 1994, S. 985; Mülberr, ZHR 1995 (195), S. 27

²³⁵ Joliet, GRUR Int. 1994, S. 985

²³⁶ ähnlich Heermann, GRUR Int. 1999, S. 584

3.3.4.2.2.1 Rechtliche Gleichberührung

Im Rahmen der Prüfung einer rechtlichen Gleichberührung von eingeführten und einheimischen Gütern ist zunächst auf die Anwendungsvoraussetzungen der Norm als ersten Ansatzpunkt abzustellen. Hier gilt es zu prüfen, ob deren Tatbestandsmerkmale besonders geeignet sind, Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten zu erfassen. Ist dies der Fall, dann ist in einem nächsten Schritt festzustellen, ob dieser Gruppe aufgrund der Rechtsfolgen der Norm der Marktzugang durch einen höheren Kostenaufwand erschwert wird. Eine solche Betrachtung darf sich allerdings nicht nur am Wortlaut der Vorschrift orientieren, sondern muß auch den Sinnzusammenhang und den weiteren Regelungsrahmen der Vorschrift beachten.²³⁷

Als Beispiel hierfür kann die Entscheidung *Ortscheit* angeführt werden.²³⁸ Gegenstand der Überprüfung am Maßstab des Art. 28 EGV durch den EuGH war in diesem Fall die deutsche Vorschrift des § 73 III AMG. Hiernach dürfen ausländische Arzneimittel, die in Deutschland nicht zugelassen sind, unter bestimmten Voraussetzungen nach Deutschland eingeführt werden. Allerdings bestimmte § 8 II HWG, daß die Werbung für derartig eingeführte Arzneimittel nicht zulässig sei. Aufgrund des normativen Rasters, das sich aus dem Zusammenspiel der beiden Vorschriften des AMG ergab, war damit die Werbung für die betroffenen ausländischen Arzneimittel grundsätzlich ausgeschlossen und eine rechtliche Gleichberührung nicht gegeben.²³⁹

3.3.4.2.2.2 Tatsächliche Gleichberührung

Im Rahmen dieses Prüfungspunktes ist es entscheidend, ob die betreffende Regelung in ihrer faktischen Wirkung zu einer tatsächlichen Ungleichbehandlung des

²³⁷ GA Cosmas, Schlußanträge in der Rs. C-63/94 – Belgapom – Slg. 1995, S. I-2467 ff. (2478) Rdn. 25; GA van Gerven, Schlußanträge in den verb. Rs. C-401/92 u. 402/82 – Tankstation t’Heukske und Boermans – Slg. 1994, S. I-2199 ff- (2216 f.) Rdn. 23

²³⁸ EuGH, Urt. v. 10.11.1994, Rs. C-320/93 – Ortscheit – Slg. 1994, S. I-5243 ff.

²³⁹ Ein weiteres Beispiel ist das französische Werbeverbot für Alkohol. Hierbei erfolgte eine Einteilung der Alkoholika in verschiedene Kategorien, die unterschiedlich beworben werden durften. Die Kategorisierung war allerdings so angelegt, daß einheimische Erzeugnisse frei beworben werden durften, wohingegen ausländische Alkoholika einem Werbeverbot unterlagen. EuGH, Urt. v. 10.7.1980, Rs. 152/78 – EG-Kommission/Frankreich – NJW 1981, S. 1147 ff.

Absatzes inländischer und eingeführter Erzeugnisse und damit zu einer Erschwerung des Marktzugangs führt.²⁴⁰ Zweck dieses Prüfungspunktes ist es, die nationalen Regelungen zu erfassen, die nicht final auf Behinderungen des freien Warenverkehrs gerichtet, aber dennoch kausal dafür sind. Eine tatsächliche Ungleichberührung wurde beispielsweise vom EuGH in den Fällen bejaht, in denen es um nationale Regelungen ging, die für den Vertrieb von Waren eine Lager- oder Verkaufsstelle im Einfuhrstaat forderten²⁴¹ oder in persönlicher Hinsicht besondere Voraussetzungen für notwendig erklärten.²⁴² Auch hier erfolgt eine Prüfung des Merkmals der Marktzugangsbehinderung unter dem Aspekt eines erhöhten Kostenaufwandes des Importeurs.

In seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Gerichtshof nicht ausdrücklich zwischen einer rechtlichen und einer tatsächlichen Gleichberührung unterschieden, sondern regelmäßig beide Begriffe verwendet. Es ist allerdings davon auszugehen, daß dem Merkmal der tatsächlichen Ungleichberührung aufgrund seines faktischen Gehalts eine wesentlich höhere Bedeutung zukommt, zumal es gegenüber der rechtlichen Gleichberührung als Auffangtatbestand fungiert. Soweit eine rechtliche Gleichberührung nämlich strittig ist, wird im Zweifel jedenfalls eine faktische Benachteiligung gegeben sein.

3.3.4.2.3 Die Art der Betrachtungsweise

Klärungsbedarf besteht nunmehr noch hinsichtlich der Frage, unter welchem Blickwinkel die Prüfung des Vorliegens einer Marktzutrittsbeschränkung zu erfolgen hat. Grundsätzlich ist dies auf zwei Wegen möglich: zum einen aufgrund einer am

²⁴⁰ GA van Gerven, Schlußanträge in den verb. Rs. C-401/92 u. 402/82 – Tankstation t’Heuske und Boermans – Slg. 1994, S. I-2199 ff. (2216 f.) Rdn. 23

²⁴¹ EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-254/98 – TK-Heimdienst – Rdn. 21; EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Rs. C-189/95 – Franzén – Slg. 1997, S. 5909 ff. (5975) Rdn. 71; EuGH, Urt. v. 27.5.1986, Verb. Rs. 87 u. 88/85 – Legia und Gyselinx – Slg. 1986, S. 1707 ff.; hier ging es um eine Genehmigung, die nach luxemburgischem Recht notwendig war, um den Großhandel mit pharmazeutischen Erzeugnissen auszuüben. Diese Genehmigung wurde aber nur erteilt, wenn der Antragsteller über Betriebsräume im Großherzogtum verfügte.

²⁴² EuGH, Urt. v. 30.4.1991, Rs. C-239/90 - British Motors Wright – Slg. 1991, S. I-2023 ff.; in diesem Fall ging es um eine nationale Regelung, die vorschrieb, in das Handelsregister des Versteigerungsortes eingetragen zu sein. EuGH, Urt. v. 2.3.1983, Rs. 155/82 – EG-Kommission/Belgien – Slg. 531 ff.; dort ging es beispielsweise um die belgische Regelung der Genehmigungspflichtigkeit des Inverkehrbringens von Pflanzenschutzmitteln. Diese stellte hinsichtlich der notwendigen Antragstellung die Anforderung, einen Vertreter in Belgien zu haben, und benachteiligte so die nichtbelgischen Erzeuger

Einzelfall orientierten Betrachtung²⁴³ und zum anderen anhand einer Betrachtung der Gesamtwirkung der Regelung.²⁴⁴ Nach Ansicht des *GA van Gerven*²⁴⁵ und verschiedenen Positionen in der Literatur²⁴⁶ ist der letztgenannten Möglichkeit zu folgen. Als Ansatzpunkt wäre damit die Frage zu formulieren, ob die betreffende nationale Regelung insgesamt gesehen geeignet ist, den Marktzugang für Produkte aus anderen Mitgliedstaaten stärker zu beschränken als für inländische Erzeugnisse.²⁴⁷ Dieser Auffassung stehen allerdings erhebliche Bedenken entgegen. So ist bereits die Begründung, die *GA van Gerven* für seine Ansicht vorträgt, nicht haltbar. Dieser verweist nämlich auf die Entscheidung des EuGH in den verbundenen Rechtssachen *Keck und Mithouard* und gründet seine Auffassung auf die Tatsache, daß der EuGH entgegen seinen Ausführungen in den dortigen Schlußanträgen, wo er seiner Ansicht nach im Rahmen einer einzelfallorientierten Betrachtung den warenverkehrsbeschränkenden Charakter des streitigen Verbots dargelegt hat, eine Anwendbarkeit von Art. 28 EGV ablehnte.²⁴⁸ Hierbei übersieht er aber, daß diese Ablehnung nicht die Folge einer Entscheidung des Gerichtshofes für eine Gesamtbetrachtung ist, sondern daß die von ihm dort ausgeführten Beeinträchtigungen lediglich potentieller Art und somit durch den EuGH im Bereich der rechtlichen und tatsächlichen Ungleichberührung nicht mehr zu berücksichtigen waren.²⁴⁹ Ein entscheidendes Argument gegen eine solche Interpretation ist weiterhin die Tatsache, daß der Gerichtshof im Bereich der produktbezogenen Regelungen weiterhin eine einzelfallorientierte Betrachtungsweise anwendet.²⁵⁰ Es sind keine Gründe ersichtlich, wieso für den Bereich der Verkaufsmodalitäten eine unterschiedliche Betrachtungsweise erforderlich sein soll. Des weiteren ist in diesem Zusammenhang zu beachten, daß Art. 28 EGV ein subjektives Recht des einzelnen Marktteilnehmers enthält,²⁵¹ das dann verletzt wäre, wenn man ihm zwar zugestehen

²⁴³ *GA Cosams*, Schlußanträge in der Rs. C-63/94 – Belgapom – Slg. 1995, S. I-2467 ff. (2478 f.) Rdn. 26 ff.; Schroeder / Federle, ZIP 1994, S. 1430; Heermann, GRUR Int. 1999, S. 583

²⁴⁴ *GA van Gerven*, Schlußanträge in den verb. Rs. C-401/92 u. 402/82 – Tankstation t’Heukske und Boermans – Slg. 1994, S. I-2199 ff. (2216 f.) Rdn. 23

²⁴⁵ *GA van Gerven*, Schlußanträge in den verb. Rs. C-401/92 u. 402/82 – Tankstation t’Heukske und Boermans – Slg. 1994, S. I-2199 ff. (2216 f.) Rdn. 23

²⁴⁶ Matthies, FS f. Everling Bd. I, S. 813; Becker, EuR 1994, S. 173

²⁴⁷ *GA van Gerven*, Schlußanträge in den verb. Rs. C-401/92 u. 402/82 – Tankstation t’Heukske und Boermans – Slg. 1994, S. I-2199 ff. (2216 f.) Rdn. 23

²⁴⁸ *GA van Gerven*, Schlußanträge in den verb. Rs. C-401/92 u. 402/82 – Tankstation t’Heukske und Boermans – Slg. 1994, S. I-2199 ff. (2216 f.) Rdn. 23

²⁴⁹ Zuleeg, FS f. Everling Bd. II, S. 1721

²⁵⁰ EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 - Verband Sozialer Wettbewerb e. V. / Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH – NJW 1994, S. 1207 f. (1208) Rdn. 19; EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff. (1940 f.), Rdn. 12 ff.; ebenso Schroeder / Federle, ZIP 1994, S. 1430

²⁵¹ Lux in: Lenz, EGV-Komm., 2.Auflage, Art. 28, Rdn. 6

würde, daß in seinem konkreten Fall eine Verletzung des Art. 28 EGV vorliegen möge, aber dennoch gleichzeitig mit Hinweis auf die notwendige Gesamtbetrachtung eine ungleiche Berührtheit verneinte.

In seiner bisherigen Folgerechtsprechung zu *Keck* hat der EuGH zu diesem Problembereich keine ausdrückliche Stellungnahme abgegeben. Gleichwohl ergeben sich aus seinen Entscheidungen deutliche Hinweise auf die Anwendung einer am Einzelfall orientierten Betrachtungsweise. So führt der Gerichtshof im Urteil *De Agostini* aus,²⁵² daß die Beklagte des Ausgangsverfahrens zwar darauf hingewiesen habe, daß die Fernsehwerbung für sie die einzig wirksame Form der Absatzförderung sei, um in den schwedischen Markt einzudringen, doch verweist er darauf, daß die Beurteilung der Wirksamkeit verschiedener Absatzförderungsmaßnahmen regelmäßig durch das vorliegende Gericht zu erfolgen habe.²⁵³ Für die Anwendung des Art. 28 EGV zieht er daraus den Schluß:

*„Somit fällt das vollständige Verbot ... , nicht unter Art. 28 des Vertrages, sofern **nicht nachgewiesen wird**,²⁵⁴ daß dieses Verbot den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich nicht in gleicher Weise berührt“.*²⁵⁵

Im Hinblick auf den Kontext des Urteils ist klar zu erkennen, daß sich die Forderung des Nachweises der ungleichen Berührung eindeutig auf den vorliegend zu beurteilenden Einzelfall bezieht und dementsprechend keine Gesamtbetrachtung durchzuführen ist.

Faßt man die Einschränkung, die der EuGH mit der Entscheidung *Keck* intendiert,²⁵⁶ maßgeblich als eine Abkehr vom Merkmal der potentiellen Warenverkehrsbehinderung i. S. der *Dassonville*-Formel für den Bereich der Verkaufsmodalitäten auf,²⁵⁷ wird man dem auch nur durch eine einzelfallorientierte

²⁵² Vgl. zum Sachverhalt unten Pkt.4.4.1

²⁵³ EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – *De Agostini* – Slg. 1997, S. I-3843 ff. (3887), Rdn. 43

²⁵⁴ Hervorhebung des Verfassers

²⁵⁵ EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – *De Agostini* – Slg. 1997, S. I-3843 ff. (3887), Rdn. 44

²⁵⁶ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – *Keck und Mithouard* – Slg. 1993, S. I-6097 ff. (6131), Rdn. 14

²⁵⁷ so auch Zuleeg, FS f. Everling, Bd. II, S. 1721

Betrachtung gerecht. Denn eine Gesamtbetrachtung macht automatisch eine Abstraktion vom konkreten Fall und damit die Konstruktion von Hypothesen i. S. potentieller Behinderungsmöglichkeiten erforderlich. Orientiert man sich hingegen am konkreten Einzelfall, ist eine derartige Abstraktion nicht notwendig. Damit wird man auch am ehesten dem tatsächliche Moment gerecht, das mit der Verwendung des Begriffs der ungleichen Berührtheit in den Bereich der Verkaufsmodalitäten eingeführt wurde.²⁵⁸

3.3.4.2.4 Stellungnahme

Aufgrund des vom EuGH vertretenen Kriteriums des Marktzugangs sowie der anzuwendenden konkreten Einzelfallbetrachtung ergibt sich, daß bereits die Unterschiedlichkeit zweier mitgliedstaatlicher Regelungen und ein konkret daraus resultierender Diversifikationszwang ausreichen, um eine rechtliche oder tatsächliche Ungleichberührung grenzüberschreitend tätiger Unternehmen im Vergleich zu ihrer inländischen Konkurrenz anzunehmen. Knapp zusammengefaßt, bedeutet dies, daß der Anwendungsbereich von Art. 28 EGV im Bereich der Verkaufsmodalitäten im Fall einer konkreten Marktzutrittsbeschränkung eröffnet ist. Hierbei sollte das Merkmal „konkret“ zumindest immer dann als erfüllt angesehen werden, wenn bereits ein tatsächlicher Eingriff in den Schutzbereich des Art. 28 EGV stattgefunden hat, d. h. gegen den betroffenen Wirtschaftsteilnehmer bereits eine Maßnahme aufgrund der nationalstaatlichen Regelung ergangen ist.

Im Vergleich zum Stand der Rechtsprechung vor *Keck* bedeutet eine solche Auslegung als konkrete Marktzutrittsbeschränkung dahingehend eine Einschränkung, daß es für die Annahme einer tatsächlichen Ungleichberührung mit der Folge einer Überprüfung der streitigen Verkaufsmodalität am Maßstab des Art. 28 EGV erforderlich ist, die Ungleichberührung konkret nachzuweisen. Des weiteren entspricht diese Auslegung am ehesten dem Begriff „tatsächlich“, dessen

²⁵⁸ GA Cosams weist allerdings auch auf die Probleme einer solchen Einzelfallbetrachtung hin. Durch die Formulierung verschiedener Hypothesen sind nämlich eine Vielzahl von Fallgestaltungen möglich, was unter Umständen die mißbräuchliche Konstruktion von Fallgestaltungen mit dem Ziel ermöglicht, die betreffende Regelung zu stürzen oder zu sichern. Hierbei übersieht er jedoch, daß bei der Anwendung einer individuellen Sichtweise aufgrund der Tatsachenorientiertheit und der Nichtberücksichtigung potentieller Beeinträchtigungen des freien Wa-

Konnotation ein konkretes Element voraussetzt, und zum anderen wird es auch der Begründung des Gerichtshofes zur Aufstellung der *Keck-Doktrin* gerecht, wonach die zunehmende Tendenz der Wirtschaftsteilnehmer, jegliche Beschränkung ihrer wirtschaftlichen Freiheit mit der Berufung auf Art. 28 EGV zu beanstanden, entgegengewirkt werden soll. Erst durch die Weite der *Dassonville-Formel*²⁵⁹, wonach bereits im Falle der potentiellen Eignung einer nationalen Vorschrift zur Behinderung des freien Warenverkehrs der Anwendungsbereich des Art. 28 EGV eröffnet war, wurde eine vielfache und oft auch mißbräuchliche Berufung auf diese Vorschrift möglich. Die Beschränkung der Anwendung des Art. 28 EGV auf die Fälle von Verkaufsmodalitäten, in denen eine Marktzutrittsbeschränkung konkret nachgewiesen wird, wirkt einer solchen Rügemöglichkeit entgegen und trägt damit dem Ansinnen des EuGH Rechnung.

Hinsichtlich des Arguments der Einschränkung der Prozeßflut erscheint die durch den EuGH eingeführte Differenzierung auch insoweit als geeignet, als es sich bei der Entscheidung über den konkret warenverkehrsbeschränkenden Charakter einer Verkaufsmodalität regelmäßig um eine Tatsachenfrage handelt. Eine solche Frage ist aber in aller Regel nicht durch den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens zu beantworten, sondern auf der Ebene der nationalstaatlichen Gerichtsbarkeit durch das erkennende Gericht. Hierdurch wird ein Teil der Entscheidungersuchen, die als Rechtsfragen den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV betrafen, zu Tatsachenentscheidungen umgeformt und damit wieder dem Zuständigkeitsbereich der mitgliedstaatlichen Gerichten, zugewiesen, wodurch der EuGH entlastet wird.²⁶⁰

Eine Folge dieser Auffassung im Bereich des Rechts des unlauteren Wettbewerbs ist es, daß nicht von einer grundsätzlichen Herausnahme weiter Teile des Lauterkeitsrechts aus einer Überprüfung am Maßstab des Art. 28 EGV ausgegangen werden kann. Vielmehr genügt es nicht, die Anwendung des Art. 28 EGV mit einem pauschalen Verweis auf das Vorliegen einer Verkaufsmodalität abzulehnen. Es ist eine detaillierte Einzelfallprüfung vorzunehmen und zu untersuchen, ob durch die betroffene Partei nachgewiesen wurde, daß durch die streitige Maßnahme eine konkrete Marktzutrittsbeschränkung erfolgt ist. Gerade in den Fällen, wo

renverkehrs die Konstruktion von Hypothesen nicht möglich ist. Vgl. Schlußanträge in der Rs. C-63/94 – Belgapom – Slg. 1995, S. I-2467 ff. (2478 f.) Rdn. 26 ff.

²⁵⁹ EuGH, Urt. v. 11.7.1974, Rs. 8/74 – Dassonville – Slg. 1974, S. 837 ff. (852)

Vertriebssysteme, Methoden der Absatzförderung und Werbeverbote, also der Bereich „klassischer“ Verkaufsmodalitäten, Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung sind, erscheint eine Anwendbarkeit des Art. 28 EGV gut möglich.²⁶¹

3.3.4.2.5 Bewertung der *Keck*-Folgerechtsprechung

Auch die Folgerechtsprechung zu *Keck* stützt diese Annahme, da die Anwendbarkeit von Art. 28 EGV immer dann vom EuGH verneint wurde, wenn es an einem konkreten Moment der möglicherweise bestehenden Marktzutrittsbeschränkung fehlte. So lagen den Entscheidungen *Hünermund*,²⁶² *t'Heukske*,²⁶³ *Punto Casa*,²⁶⁴ *Leclerc-Siplec*²⁶⁵ und *Semeraro Casa*²⁶⁶ jeweils Sachverhalte zugrunde, es sich betroffenen Regelungen zwar um Verkaufsmodalitäten handelte, aber sonst jeder grenzüberschreitende Bezug fehlte und damit auch die Möglichkeit, eine Marktzugangsbeschränkung konkret darzulegen. Folgerichtig verneinte der EuGH in diesen Entscheidungen die Anwendbarkeit von Art. 28 EGV.

Eine genauere Betrachtung ist unterdessen bei der Entscheidung *EG-Kommission/Griechenland* erforderlich. Gegenstand dieser Entscheidung war die die Vereinbarkeit des griechischen Verbots des Verkaufs von Säuglingsnahrung außerhalb von Apotheken mit Art. 28 EGV.²⁶⁷ Bei der fraglichen griechischen Regelung handelt es sich zweifelsohne um eine Verkaufsmodalität, der durchaus eine den Marktzutritt beschränkende Wirkung zukommen kann.²⁶⁸ Fraglich ist allerdings, ob diese im vorliegenden Fall als konkret anzusehen wäre. Im Hinblick auf

²⁶⁰ a.A. Kessler, S. 75 f.; Steindorff, ZHR 1995, S. 158

²⁶¹ Vgl. beispielsweise Kieninger, EWS 1998, S. 277 ff. für die europarechtliche Vereinbarkeit des in Deutschland verbotenen Systems des Multi-Level-Marketings

²⁶² EuGH, Ur. v. 15.12.1993, Rs. C-292/92 – *Hünermund* – NJW 1994, S. 781 f.

²⁶³ EuGH, Ur. v. 2.6.1994, verb. Rs. C-401/92 u. 402/82 – *Tankstation t'Heukske und Boermans* – Slg. 1994, S. I-2199 ff.

²⁶⁴ EuGH, Ur. v. 2.6.1994, verb. Rs. C-69/93 u. C-258/93 – *Punto Casa* – Slg. 1994, S. 2355 ff.

²⁶⁵ EuGH, Ur. v. 9.2.1995, Rs. C-412/93 – *Edouard Leclerc/Siplec* – Slg. 1995, S. I-179 ff.

²⁶⁶ EuGH, Ur. v. 20.6.1996, Verb. Rs. C-418/93, C-419/93 u.a. – *Semeraro Casa Uno* – Slg. 1996, S. I-2975 ff.

²⁶⁷ EuGH, Ur. v. 29.6.1995, Rs. C-391/92 – *EG-Kommission/Griechenland* – Slg. 1995, S. I-1621 ff.

²⁶⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen der Kommission, die sich unter Rdn. 7 des Urteils finden. Die Kommission trägt zum einen vor, daß es durch die fragliche Regelung zu einer mittelbaren Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels aufgrund der Kanalisierung von Absatzwegen komme. Zum anderen bringt sie vor, daß die griechi-

den tatsächlichen Import von Säuglingsnahrung nach Griechenland, der unstreitig stattfindet, läge die Annahme einer konkreten Marktzutrittsbeschränkung und damit eine Anwendung von Art. 28 EGV nahe. In diesem Zusammenhang ist allerdings die Präzisierung des Gerichtshofs von Bedeutung, die er bezüglich einer möglichen Beschränkung des Absatzvolumens und damit der Anwendung von Art. 28 EGV vornimmt, als er feststellt, daß die betreffende Regelung seiner Auffassung nach lediglich geeignet ist, das Absatzvolumen

„... insoweit einzuschränken, als es anderen Wirtschaftsteilnehmern als den Apothekern die Möglichkeit nimmt, diese Erzeugnisse zu vertreiben“.

Damit schränkt der EuGH den Bereich, den er letztlich einer Überprüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit unterzieht, erheblich ein und kann logischerweise auch nur diesbezüglich die *Keck*-Formel anwenden. Da es hinsichtlich der Vertriebsbeschränkung für andere Personen als die Apotheker aber an einem konkreten Moment fehlt, lehnte der EuGH die Anwendung von Art. 28 EGV richtigerweise ab.

3.3.5 Die Beurteilung des *Keck*-Urteils in der Literatur²⁶⁹

3.3.5.1 Die Begrenzung auf reine Inlandssachverhalte

Teilweise wird im Hinblick auf das *Keck*-Urteil auch die Auffassung vertreten, es werde nun im Gegensatz²⁷⁰ zur bisherigen Rechtsprechung das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Sachverhalts formuliert.²⁷¹ Fraglich ist, wann ein solcher grenzüberschreitender Bezug anzunehmen ist.

sche Regelung durch den vergleichsweise exklusiven Vertriebsweg über die Apotheken zu einer Verteuerung des Produktes führe und damit die Nachfrage senke.

²⁶⁹ Vgl. zur erheblichen Resonanz des Urteils *Keck* in der Literatur Hammer, S. 106 ff. mit einer Vielzahl von Nachweisen

²⁷⁰ Vgl. Joliet, GRUR Int. 1994, S. 985 dieser sagt, daß nach seinem Kenntnisstand in der Rechtsprechung des EuGH vor dem Urteil *Keck* die Anwendbarkeit von Art. 28 EGV nie aufgrund eines mangelnden Binnenmarktbezuges abgelehnt wurde.

²⁷¹ Roth, CMLR 1994, S. 845 ff. (851 ff.), Classen, EWS 1995, S. 99 f.; Jarass, EuR 1995, S. 205; Krüger, S. 79 ff.

Nach der recht weiten Definition von *Jarass* wäre dies bereits dann der Fall, wenn direkt oder indirekt auch Waren betroffen wären, die eine innergemeinschaftliche Grenze überschritten haben.²⁷² Demgegenüber argumentieren einige Autoren, daß entsprechend dem Sinn und Zweck der innergemeinschaftlichen Warenverkehrsfreiheit der Anwendungsbereich des Art. 28 EGV in den Fällen eröffnet ist, in denen ein einheitlicher Sachverhalt zwei verschiedenen Rechtsordnungen unterworfen ist.²⁷³ *Krüger* spricht in solchen Fällen von einem doppelten Binnenmarktbezug.²⁷⁴

Mit dieser Auslegung soll den nationalen Interessen im Bereich der Verkaufsmodalitäten gegenüber Fällen mit einfachem Binnenmarktbezug der Vorrang eingeräumt werden. *Roth* begrüßt aus diesem Grunde die seiner Ansicht nach aus dem Urteil *Keck* erkennbare Tendenz des EuGH, weniger in nationale Regelungskomplexe einzugreifen. Seiner Ansicht nach kehrt der Gerichtshof damit zu einem Verständnis des Art. 28 EGV als Schutzinstrument des innergemeinschaftlichen Handels zurück und erteilt der Benutzung dieser Vorschrift als Instrument der Wettbewerber zur Befreiung von unliebsamen staatlichen Beschränkungen eine Absage.²⁷⁵

Diese Auslegung findet allerdings keine Grundlage in der Folgerrechtsprechung zu *Keck*. Doch verdient sie insoweit Zustimmung, als bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt regelmäßig das Merkmal „konkret“ als erfüllt angesehen werden kann.

3.3.5.2 Die Einführung eines Spürbarkeitskriteriums

In seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit vor Erlass des *Keck*-Urteils hatte der EuGH der Anwendung eines Spürbarkeitskriteriums stets widersprochen.²⁷⁶ Eine Unterscheidung nach der Intensität der Auswirkungen auf den freien Warenverkehr, wie ihn Art. 81 I EGV im Bereich des Wettbewerbsrechts kennt,²⁷⁷ gab es dort nicht. Einzig hypothetische Auswirkungen auf den freien Warenverkehr sollten nicht in den Anwendungsbereich von Art. 28 EGV fallen. Im übrigen konnte jede geringfügige

²⁷² Jarass, EuR 1995, S. 205

²⁷³ Classen, EWS 1995, S. 100; Krüger, S. 80, Hödl, S. 160

²⁷⁴ Krüger, S. 80

²⁷⁵ Roth, CMLR 1994, S. 851

²⁷⁶ EuGH, Urt. v. 13.3.1984, Rs. 16/83 – Prantl – NJW 1984, S. 1291 f. (1292); EuGH, Urt. v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – NJW 1993, S. 3187 f. (3182) Rdn. 21

Beeinträchtigung entsprechend der *Dassonville-Formel* als Maßnahme gleicher Wirkung den freien innergemeinschaftlichen Warenverkehr behindern.

Nach der Auffassung von *Fezer*, soll sich dies mit dem Urteil *Keck* geändert haben,²⁷⁸ da es sich bei der vom EuGH vorgenommenen Unterscheidung zwischen Produkt- und Verkaufsmodalitäten um nichts anderes als um die Einführung eines Spürbarkeitskriteriums handelte, das die Parallelwertung zwischen Wettbewerbsrecht und Warenverkehrsrecht herstellte.²⁷⁹

Eine ähnliche Tendenz in der Rechtsprechung des EuGH meint *Sack* bereits früher feststellen zu können.²⁸⁰ Er bezieht sich dabei im wesentlichen auf Formulierungen in den Entscheidungen *CMC Motorradcenter*²⁸¹ und *Krantz*²⁸², die seiner Ansicht nach für eine Annahme des Spürbarkeitskriteriums seitens des Gerichtshof sprechen. In beiden lehnte der EuGH die Anwendung von Art. 28 EGV mit der Begründung ab, daß die Auswirkungen der streitigen nationalen Regelungen auf den freien Warenverkehr zu ungewiß und zu mittelbar seien, um eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels anzunehmen.²⁸³

Allerdings findet auch diese Auslegung keinerlei Grundlage in der Folgerechtsprechung zu *Keck*. So hat der EuGH keine seiner Entscheidungen mit dem Argument der Spürbarkeit begründet.

3.4 Eingrenzung durch Art. 30 EGV

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz des freien Warenverkehrs enthält Art. 30 EGV. Diese Vorschrift greift als Rechtfertigung auch gerade dann ein, wenn eine Maßnahme vorliegt, die die Einfuhren einschränkt, und eine Rechtfertigung

²⁷⁷ Emmerich in Immenga/Mestmäcker EG-WettbR, S. 175, Rdn. 199

²⁷⁸ Fezer, JZ 1994, S. 324

²⁷⁹ Fezer, JZ 1994, S. 324

²⁸⁰ Sack, EWS 1994, S. 40 f.

²⁸¹ EuGH, Urt. v. 13.10.1993, Rs. C-93/92 – CMC Motorradcenter – EuZW 1993, S. 743 f. (744) Rdn. 12

²⁸² EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-69/88 – Krantz – Slg. 1990, S. I-583 ff. (597), Rdn. 11

²⁸³ Sack, EWS 1994, S. 41

durch „zwingende Erfordernisse“ nicht in Betracht kommt, da die streitige Regelung nicht unterschiedslos auf inländische und eingeführte Waren anwendbar ist.²⁸⁴

Gemäß Art. 30 EGV stehen die Bestimmungen der Artt. 28 und 29 EGV Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischen Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Mit dieser Vorschrift soll den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gegeben werden, einen fehlenden gemeinschaftsrechtlichen Schutz durch einzelstaatliche Maßnahmen in den o. g. Bereichen auszugleichen.²⁸⁵ Dies gilt allerdings nur insoweit, als eine abschließende gemeinschaftsrechtliche Regelung mit einer in Art. 30 EGV genannten Schutzrichtung nicht besteht.²⁸⁶

Der EuGH legt diese Rechtfertigungsmöglichkeit entsprechend ihrem Ausnahmecharakter²⁸⁷ eng aus. Für den hier relevanten Bereich des unlauteren Wettbewerbs kommt im Rahmen einer möglichen Rechtfertigung durch Art. 30 EGV bereits vom Wortlaut her einzig der Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums in Betracht. Allerdings hat aber der EuGH in der Entscheidung *EG-Kommission/Irland* vom 17.06.1981 ausdrücklich erklärt, daß die nationalen Unlauterkeitsrechte nicht unter Art. 30 EGV fallen.²⁸⁸ Lauterkeitsrechtliche Argumente als Rechtfertigung einer Beschränkung des freien Warenverkehrs sind als zwingende Erfordernisse im Rahmen der Prüfung von Art. 28 EGV zu berücksichtigen.²⁸⁹

²⁸⁴ EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-1/90 u. C-176/90 – Aragonesa de Publicidad Exterior/Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña – Slg. 1991, S. 4151 ff. (4152) Rdn. 1

²⁸⁵ Müller-Graff in: v. d. Groben u.a., EWG Komm., Art 36, Rdn. 1

²⁸⁶ EuGH, Urt. v. 8.8.1979, Rs. 251/78 – Denkavit – Slg. 1979, S. 3369 ff., (3388 f.), Rdn. 14; EuGH, Urt. v. 5.10.1977, Rs. 5/77 – Tedeschi – Slg. 1977, S. 1555 ff., (1576 f.) Rdn. 33/35

²⁸⁷ EuGH, Urt. v. 17.6.1981, Rs. 113/80 – Kommission / Irland – NJW 1981, S. 2634 f. (2634); EuGH, Urt. v. 19.3.1991, Rs. C-205/89 – Kommission / Griechenland – Slg. 1991, S. I-1361 ff. (1377) Rdn. 9

²⁸⁸ EuGH, Urt. v. 17.6.1981, Rs. 113/80 – Kommission / Irland – NJW 1981, S. 2634 f. (2634); a.A. Beier in GRUR Int. 1989, S. 609: Er hält die vom EuGH gegebene Begründung, Art. 30 EGV sei als Ausnahmevorschrift eng auszulegen, für vordergründig. Er verweist insoweit auf die Entstehungsgeschichte des Art. 30 EGV, der sich an Art. 20 des GATT-Vertrages orientiert, welcher wiederum lauterkeitsrechtliche Vorschriften umfasst, sowie auf Art. 10^{bis} PVÜ und Art. 2 viii WIPO-Übereinkommen, die ebenfalls den Schutz des lautereren Wettbewerbs zum Schutz des gewerblichen Eigentums zählen.

²⁸⁹ EuGH, Urt. v. 17.6.1981, Rs. 113/80 – Kommission / Irland – NJW 1981, S. 2634 f. (2634); Leible in: Grabitz/Hilf EGV Art. 30, Rdn. 19

Zu den gewerblichen und kommerziellen Schutzrechten des Art. 30 EGV zählt der EuGH alle einem Rechtssubjekt durch einen Mitgliedstaat verliehenen Ausschließlichkeitsrechte.²⁹⁰ Dazu gehören insbesondere das Patentrecht²⁹¹, das Markenrecht²⁹², das Urheberrecht²⁹³ und das Geschmacksmusterrecht²⁹⁴.

3.4.1 Geographische Herkunftsangaben

Umstritten ist, ob auch unmittelbare geographische Herkunftsangaben und Ursprungsbezeichnungen unter den Begriff des gewerblichen und kommerziellen Eigentums zu subsumieren sind.²⁹⁵

Leible bejaht die Subsumtion unter den Begriff des gewerblichen und kommerziellen Eigentums mit dem Hinweis auf das Territorialitätsprinzip grundsätzlich.²⁹⁶ Für ihn ist es entscheidend, daß ein Staat einer Herkunftsangabe Schutz gewährt.²⁹⁷ Demgegenüber möchte *Müller-Graff* dies von der Ausgestaltung des Schutzes im jeweiligen nationalen Recht abhängig machen.²⁹⁸ Nur wenn der nationale Staat den Schutz der unmittelbaren Herkunftsangabe oder Ursprungsbezeichnung in seinem nationalen Recht als ein Ausschließlichkeitsrecht ausgestaltet hat, hält er eine Rechtfertigung gem. Art. 30 EGV für möglich.²⁹⁹

Der EuGH hat sich mit dieser Frage in der Rs. C-3/91 auseinandergesetzt.³⁰⁰ In dieser Entscheidung ging es um die Klage eines spanischen Exportverbandes für Süßwaren gegen zwei französische Unternehmen, die ebenfalls Süßwaren herstellten und diese mit Bezeichnungen auf den Markt brachten, die nach dem französisch-spanischen Herkunftsabkommen von 1973 ausschließlich spanischen Produkten

²⁹⁰ EuGH, Urt. v. 14.9.1982, Rs. 144/81 – Keurkoop / Nancy Kean Gifts – Slg. 1982, S. 2853 ff. (2870) Rdn. 14

²⁹¹ EuGH, Urt. v. 31.10.1974, Rs. 15/74 – Centrafarm / Sterling Drug – Slg. 1974, S. 1147 ff. (1163), Rdn. 9

²⁹² EuGH, Urt. v. 31.10.1974, Rs. 16/74 – Centrafarm / Winthrop – Slg. 1974, S. 1183 ff. (1195), Rdn. 8

²⁹³ EuGH, Urt. v. 20.1.1981, verb. Rs. 55 und 57/80 – Musik-Vertrieb membran / GEMA – NJW 1981, S. 1143 f.

²⁹⁴ EuGH, Urt. v. , Rs. 144/81 – Keurkoop / Nany Kean Gifts – Slg. 1982, S. 2853 ff.

²⁹⁵ Vgl. unten Pkt. 6.1.3.2

²⁹⁶ *Leible* in: Grabitz/Hilf EGV Art. 30, Rdn. 19

²⁹⁷ *Leible* in: Grabitz/Hilf EGV Art. 30, Rdn. 19

²⁹⁸ *Müller-Graff* in: v. d. Groben u.a., EWG Komm., Art 36, Rdn. 73; ähnlich Fezer, JZ 1994, S. 320, der wettbewerbsrechtliche Verbotsnormen dann einer Rechtfertigung durch Art. 30 EGV zugänglich machen will, wenn es bei der betreffenden Verbotsnorm auch um den Schutz subjektivrechtlicher Rechtslagen geht. Er nennt beispielsweise den Schutz geographischer Herkunftsangaben, den Schutz vor sklavischer Nachahmung, sowie allgemein den unternehmerischen Leistungsschutz im Wettbewerbsrecht.

²⁹⁹ *Müller-Graff* in: v. d. Groben u.a., EWG Komm., Art 36, Rdn. 73

vorbehalten waren. Zweifel an der europarechtlichen Konformität des Vertragswerkes ergaben sich in Hinblick darauf, daß die aus dem Abkommen resultierenden Maßnahmen möglicherweise einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit darstellen könnten.

Hierzu erklärt der EuGH zunächst, daß die potentiellen Auswirkungen auf den gemeinschaftlichen Handel ausreichen, um die Verbote des französisch-spanischen Abkommens in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fallen zu lassen. Der Kernpunkt der Entscheidung ist allerdings die Feststellung des Gerichtshofes, daß geographische Herkunftsangaben grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Art. 30 EGV unterliegen.³⁰¹ Entgegen seiner früheren Rechtsprechung, insbesondere in der Rs. 12/74,³⁰² ist es nun für die Annahme einer geographischen Herkunftsangabe auch nicht mehr Voraussetzung, daß das gekennzeichnete Erzeugnis Qualitätsmerkmale besitzt, die dem geographischen Ursprung entstammen. Nach Ansicht des Gerichtshofes würde damit im Ergebnis denjenigen geographischen Herkunftsbezeichnungen der Schutz genommen werden, die für Erzeugnisse verwendet werden, bei denen sich nicht zeigen läßt, daß sie ihrem Herkunftsgebiet besondere geschmackliche Eigenschaften verdanken, die sich aber gleichwohl einer hohen Wertschätzung erfreuen und für Erzeuger, die in den jeweiligen Orten ansässig sind, ein wesentliches Mittel zur Schaffung und Erhaltung eines Kundenstamms darstellen und daher eines Schutzes bedürfen.³⁰³ Der EuGH hat somit auch den Schutz der qualitätsneutralen Herkunftsangaben dem Anwendungsbereich des Art. 30 EGV zugeordnet.³⁰⁴

³⁰⁰ EuGH, Urt. v. 10.11.1992, Rs. C-3/91 – Exportur – GRUR Int. 1993, S. 76 ff.

³⁰¹ Obergefell, ZEuP 1997, S. 694; Beier GRUR Int. 1993, S. 80; a.A. GA Jacobs Schlußanträge v. 25.5.2000, Rs. C-312/98 – Warsteiner – Rdn. 49 ff.; vgl. unten Pkt. 6.1.3.2

³⁰² EuGH, Urt. v. 20.2.1974, Rs. 12/74 – EG Kommission / BRD – GRUR Int. 1977, S. 25 ff. (29), Rdn. 7

³⁰³ EuGH, Urt. v. 10.11.1992, Rs. C-3/91 – Exportur – GRUR Int. 1993, S. 76 ff. (78), Rdn. 28

³⁰⁴ Beier, GRUR Int. 1993, S. 80, entnimmt der Entscheidung, daß es für die Annahme einer geographischen Herkunftsangabe nunmehr ausreichend ist, daß diese neben dem begriffsnotwendigen Hinweis auf die geographische Herkunft lediglich ein wichtiges Kennzeichnungsmittel für die Erzeuger darstellt. Eines „Ansehens“, „Wertschätzung“ oder „besonderen Ruf“ bedarf es seiner Ansicht nach nicht. Dies geht m.E. zu weit, der EuGH hat in dem Erwäggr. 28 durch die Verwendung des Wortes „gleichwohl“ zum Ausdruck gebracht, daß er gerade diejenigen geographischen Bezeichnungen als Herkunftsangaben als schützenswert erachtet, die ihrem Herkunftsgebiet keine besondere Eigenschaft verdanken und auch ansonsten keinen behördlichen Qualitäts- und Fabrikationsnormen unterworfen sind, die aber dennoch eine schützenswerte Position innehaben, welche ihren Absatz unterstützt, da sich die Bezeichnung *„bei den Verbrauchern einer besonderen Wertschätzung erfreue“*. Das Wesen der Herkunftsangabe geht gerade über die Kennzeichnungsfunktion hinaus und stellt dadurch, daß sie geeignet ist, den Absatz zu fördern eine vermögenswerte Rechtsposition dar. Eine hohe Wertschätzung seitens der Verbraucher und die Tatsache, daß die Bezeichnung für die Erzeuger ein wesentliches Mittel zur Schaffung und Erhaltung des Kundenstamms darstellen sind daher konstitutive Merkmale einer geographischen Herkunftsangabe wie sie in den Anwendungsbereich des Art. 30 EGV fällt.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, daß auch der Schutz von Herkunftsangaben durch nationale Vorschriften des unlauteren Wettbewerbs, beispielsweise gegen irreführende Werbung oder gegen die mißbräuchliche Ausnutzung des Rufs eines anderen,³⁰⁵ unter die Rechtfertigungsmöglichkeit des Art. 30 EGV fällt.³⁰⁶

Schutzmaßnahmen für mittelbare geographische Herkunftsangaben hat der EuGH bisher nicht unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des gewerblichen und kommerziellen Eigentums geprüft, sondern im Rahmen der zwingenden Erfordernisse bei Art. 28 EGV berücksichtigt.³⁰⁷ Fraglich ist, ob sich dies mit dem vorgenannten *Exportur*-Urteil des EuGH geändert hat. Nach der Ansicht von *Beier* ergibt sich die Einbeziehung der mittelbaren Herkunftsangaben in den Anwendungsbereich des Art. 30 EGV bereits aus den Umständen, daß der Gerichtshof an keiner Stelle des Urteils zwischen unmittelbaren und mittelbaren Herkunftsangaben differenziert hat und beide Arten in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen den gleichen Vorschriften unterliegen.³⁰⁸ Diese Ansicht überzeugt im wesentlichen aufgrund der gleichen praktischen Bedeutung der beiden Herkunftsangaben für die Erzeuger. Darüber hinaus sind auch Fälle denkbar, bei denen einer mittelbaren Herkunftsangabe eine höhere Kennzeichnungskraft zukommt als einer unmittelbaren, wie beispielsweise gerade im Fall der Bocksbeutelflasche.³⁰⁹

3.4.2 Grenzen der Anwendbarkeit des Art. 30 EGV

Festzuhalten ist allerdings der Grundsatz, daß ein Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums und damit eine Rechtfertigung gem. Art. 30 EGV jedenfalls dann ausscheidet, wenn sich geographische Angaben zu Gattungsbezeichnungen gewandelt haben³¹⁰ oder von vornherein nicht lokalisierbar waren³¹¹.

³⁰⁵ Nach deutschem Recht erfolgt ein Schutz auf unterschiedlichen Ebenen. Das Markenrecht schützt geographische Herkunftsangaben als subjektive Kennzeichnungsrechte, das Wettbewerbsrecht schützt hingegen Herkunftsangaben gem. §§ 1, 3 UWG gegen wettbewerbswidrige Handlungen, wie beispielsweise Irreführung, Anlehnung und Rufausbeutung; vgl. Baumbach/Hefermehl, § 3 UWG, Rdn. 188 b

³⁰⁶ Obergfell, ZEuP 1997, S. 694, *Beier*, GRUR Int. 1993, S. 80

³⁰⁷ EuGH, Urt. v. 13.3.1984, Rs. 16/83 – Prantl – NJW 1984, S. 1291 f. (1293); Leible in: Grabitz/Hilf EGV Art. 30, Rdn. 19

³⁰⁸ *Beier*, GRUR Int. 1993, S. 81

³⁰⁹ EuGH, Urt. v. 13.3.1984, Rs. 16/83 – Prantl – NJW 1984, S. 1291 f.

³¹⁰ EuGH, Urt. v. 20.2.1975, Rs. 12/74 – Kommission / Deutschland – Slg. 1975, S. 181 ff. (198 f.) Rdn. 15 f.

Soweit eine Rechtfertigung zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums einschlägig ist, ist abschließend noch Art. 30 S. 2 EGV zu prüfen. Hiernach scheidet die Inanspruchnahme einer Ausnahme aus, wenn eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten vorliegt. Da allerdings verschleierte Handelsbeschränkungen im wesentlichen bereits in der Prüfung des Art. 30 S. 1 EGV erfasst werden, ist die eigenständige Bedeutung dieses Prüfungspunktes recht gering.³¹²

4 Die Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit i. S. des Art. 49 EGV

Einen weiteren Maßstab zur Überprüfung mitgliedstaatlicher Vorschriften aus dem Bereich des unlauteren Wettbewerbs bildet Art. 49 EGV, der sich gegen Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft wendet. Allerdings gibt es bisher kaum einschlägige Rechtsprechung mit einem konkreten Bezug zu lauterkeitsrechtlichen Fallkonstellationen.³¹³

4.1 Der Begriff der Dienstleistung

Die Frage, die es zunächst zu beantworten gilt, ist die nach der Reichweite der Vorschrift und damit der Definition von „Dienstleistung“ i. S. des Art. 49 EGV. Einen ersten Anhalt hierfür gibt Art. 50 EGV. Danach sind als Dienstleistungen insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeiten zu verstehen. Allerdings ist der Begriff der „Dienstleistung“ kein statischer, sondern ein dynamischer Begriff, der aufgrund des andauernden wirtschaftlichen und technologischen Wandels von dem Zeitpunkt seiner erstmaligen Erwähnung im EWG-Vertrag an einem steten Bedeutungswechsel und modernen Präzisierungen unterworfen war.³¹⁴

³¹¹ EuGH, Urt. v. 07.05.1997, Rs. C-324/94 – Pistre – Slg. 1997, S. I-2343 ff. (2377) Rdn. 36 u. 53

³¹² Müller-Graff in: v. d. Groben u.a., EWG Komm., Art 36, Rdn. 171

³¹³ Eine Ausnahme bildet insoweit die Entscheidung in den Verbundenen Rechtssachen C-34/95, C-35/95 und C-36/95 *De Agostini* (Slg. 1997, S. I-3843 ff.). Den Kern dieses Rechtsstreites bildet ein Unterlassungsantrag, der sich auf Vorschriften des schwedischen Unlauterkeitsrechts stützt. In der Rechtssache *Alpine Investments* hingegen beruht die streitige Maßnahme auf Art. 8 Abs. 1 des niederländischen Gesetzes über den Wertpapierhandel, welcher nicht spezifisch lauterkeitsrechtlicher Natur ist.

³¹⁴ Troberg in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 60, Rdn. 4

Wesentliches Merkmal für den Dienstleistungsbegriff in Abgrenzung zu Art. 28 EGV ist es, daß die Erzeugnisse, mit denen der Handel betrieben wird, eine andere Gestalt als die von Waren haben. Die Leistung kann zwar durch Gegenstände verkörpert werden,³¹⁵ entscheidend ist aber, daß der materielle Wert der Dienstleistung, das Know how, hinter diesen Gegenständen liegt.³¹⁶ Voraussetzung ist nach dem Wortlaut von Art. 50 EGV weiterhin, daß die Dienstleistung „in der Regel gegen Entgelt erbracht“ wird. Zweck dieses Merkmals ist es, diejenigen Vorgänge aus dem Anwendungsbereich des EGV herauszunehmen, die keinen Teil des Wirtschaftslebens bilden.³¹⁷ Ferner ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 49 S. 1 EGV, daß ein grenzüberschreitendes Moment als konstitutives Element einer Dienstleistung i. S. dieser Vorschrift notwendig ist.

Herkömmlich werden drei Arten von Dienstleistungen unterschieden: die aktive und passive Dienstleistungsfreiheit sowie die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit.³¹⁸ Während bei den ersten beiden Arten danach unterschieden wird, ob sich der Erbringer der Leistung zu dem Empfänger begibt oder umgekehrt, wird bei der Korrespondenzdienstleistung die Dienstleistung ohne Ortsveränderung eines der beiden Partner erbracht. Es überschreitet lediglich die Dienstleistung als solche die Grenze zwischen den Mitgliedstaaten. Von Art. 49 EGV erfaßt wird somit jede Art der grenzüberschreitenden Erbringung von entgeltlichen Dienstleistungen.³¹⁹ Allerdings reicht es für die Annahme eines grenzüberschreitenden Moments und der daraus resultierenden Anwendbarkeit des Art. 49 EGV nicht aus, daß Abnehmer und Dienstleistender lediglich verschiedene Nationalitäten haben, aber in dem gleichen Land seßhaft sind.³²⁰

Mit umfaßt vom Schutz des Art. 49 EGV sind, ähnlich wie bei der Warenverkehrsfreiheit, auch alle Maßnahmen, die der Verkaufsförderung der Dienstleistung dienen. Dazu gehören neben der Vertragsanbahnung vor allen Dingen die Werbung und der

³¹⁵ Vgl. GA Gulmann, Schlußanträge in der Rs. C-275/92 – Schindler – Slg. 1994, S. 1-1039 ff. (1051), Rdn. 27

³¹⁶ Troberg in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 60, Rdn. 1

³¹⁷ EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 – Walrave – Slg. 1974, S. 1405 ff. (1418), Rdn 4/10

³¹⁸ Grosskopf, WRP 1995, S. 806; Troberg in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art. 60, Rdn. 20

³¹⁹ Reich, EuZW 95, S. 407

³²⁰ EuGH, Urt. v. 5.10.1988, Rs. 196/87 – Steymann – Slg. 1988, S. 6159 ff. (6160)

Einsatz eigener Absatzmethoden.³²¹ Ihr Schutz ist akzessorisch zu der jeweiligen Marktfreiheit, der das Produkt zuzuordnen ist.

4.2 Der Begriff der Beschränkungen

Bereits der Wortlaut des Art. 49 EGV deutet an, daß es sich bei dieser Vorschrift nicht um ein bloßes Diskriminierungsverbot handelt, wie dies beispielsweise für die Niederlassungsfreiheit vertreten wird,³²² sondern um ein umfassendes Beschränkungsverbot. Insoweit bezweckt Art. 49 EGV nicht nur eine Gleichstellung von (EG-)In- und (EG-)Ausländern, sondern verbietet jede Behinderung des freien Austausches von Dienstleistungsprodukten zwischen den Mitgliedstaaten.

Hierbei handelt es sich um eine Tendenz, die sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zwar bereits früh andeutete, aber nicht durchweg eindeutig war.³²³ Bereits im Jahr 1974 hat der Gerichtshof festgestellt, daß Art. 49 EGV nicht nur auf die Beseitigung diskriminierender Vorschriften begrenzt ist, sondern alle Beschränkungen erfasst, die

*„... in anderer Weise geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistenden zu unterbinden oder zu behindern“.*³²⁴

Diesen Ansatz bestätigte der EuGH in seiner Folgerechtsprechung und präzierte ihn im Hinblick auf das Beschränkungsverbot. In der Entscheidung *Säger*³²⁵ stellte er fest, daß Art. 49 EGV

„... die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten – verlangt, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden,

³²¹ EuGH, Urt. v. 24.3.1994, Rs. C-275/92 – Schindler – NJW 1994, S. 2013 ff.; EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – Alpine Investments – Slg. 1995, S. I-1141 ff.; Großkopf, WRP 1995, S. 407; Reich, EuZW 1995, S. 407

³²² Everling, EuR 1989, S. 343 f., Hailbronner/Nachbaur, S.30, Basedow, RabelsZ 1991, S. 432

³²³ Weber, EWS 1995, S. 294

³²⁴ EuGH, Urt. v. 3.12.1974, Rs. 33/74 – Van Binsbergen – Slg. 1974, S. 1299 ff (1309), Rdn. 10/12

³²⁵ EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-76/90 – Säger – Slg. 1991, S. I-4221 ff.

*der in einem andern Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern“*³²⁶

Dieser weite Beschränkungs-begriff im Bereich des Art. 49 EGV wurde zur ständigen Rechtsprechung des EuGH.³²⁷ Das Vorliegen einer derartigen Beschränkung kann sich aus verschiedenen Gründen ergeben, so z. B. im Fall der Verschlechterung der Wettbewerbslage durch zusätzliche Kosten aufgrund einer mitgliedstaatlichen Regelung³²⁸ oder wenn aus einer Regelung zusätzliche Kosten für ausländische Dienstleistende resultieren, die den Gewinn verringern und damit die Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat weniger attraktiv machen.³²⁹ Damit ist das Argument des Diversifikationszwangs auch im Bereich der Dienstleistungsfreiheit anerkannt. Weiterhin hat der EuGH in der Entscheidung *Alpine Investments* im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens einer Beschränkung auf das ebenfalls im Bereich der Warenverkehrsfreiheit benutzte Merkmal des Marktzugangs als maßgebliches Kriterium abgestellt.³³⁰ Insgesamt ist daher davon auszugehen, daß der Beschränkungs-begriff im Bereich des Art. 49 EGV ähnlich weit auszulegen ist wie im Bereich des freien Warenverkehrs. Allerdings ist in diesem Zusammenhang noch zu beachten, daß es im Rahmen des Art. 49 EGV keine der *Dassonville*-Formel vergleichbare Erweiterungen auf potentielle Beschränkungen gibt. Das hat zur Folge, daß jede geltend gemachte Beschränkung konkret vorliegen muß.

4.3 Die Rechtfertigung innerstaatlicher Beschränkungen

Soweit Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit festgestellt wurden, ist eine mögliche Rechtfertigung der betreffenden Regelung zu prüfen. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen diskriminierenden und nichtdiskriminierenden Beschränkungen.

³²⁶ EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-76/90 – Säger – Slg. 1991, S. I-4221 ff. (4243), Rdn. 12

³²⁷ EuGH, Urt. v. 12.12.1996, Rs. C-3/95 – Broede – Slg. 1996, S. I-6511 ff. (6537), Rdn. 26; EuGH, Urt. v. 9.7.1997, Rs. C-222/95 – Parodi – Slg. 1997, S. I 3899 ff. (3921), Rdn. 18; EuGH, Urt. v. 3.10.2000, Rs. C-58/98 – Corsten – Slg. 2000, S. I-7919 ff.

³²⁸ EuGH, Urt. v. 28.3.1996, Rs. C-272/94 – Guiot – Slg. 1996, S. I 1905 ff. (1921), Rdn. 14

³²⁹ EuGH, Urt. v. 3.10.2000, Rs. C-58/98 – Corsten – Slg. 2000, S. I-7919 ff.

³³⁰ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – Alpine Investments – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1178), Rdn. 38

Hinsichtlich von Regelungen mit diskriminierendem Charakter stellte der EuGH fest, daß sich diese

*„... mit dem Gemeinschaftsrecht nur dann vereinbaren lassen, wenn sie unter eine ausdrücklich abweichende Bestimmung fallen“.*³³¹

Als solche ausdrücklich abweichenden Bestimmungen, kommen die Art. 45 bis 48 EGV in Betracht, die gem. Art. 55 EGV im Dienstleistungsverkehr entsprechend anzuwenden sind.³³² Auch bei nichtdiskriminierenden Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs läßt das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen zu. Eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit kann aber nur durch solche Regelungen erfolgen, die auf Gründen des Allgemeininteresses beruhen und für alle im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates tätigen Personen oder Unternehmen gelten. Hierbei handelt es sich um einen komplexen Wertungsbegriff zur Bestimmung der Schranken der Dienstleistungsfreiheit, der einer vollen gemeinschaftsrechtlichen Überprüfung unterliegt, wobei seine Konkretisierung im Einzelfall durch die jeweiligen nationalen Institutionen erfolgt.³³³ Darüber hinaus ist es erforderlich, daß dieses Interesse nicht bereits durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist.³³⁴

Eine Rechtfertigung aufgrund des Allgemeininteresses ist aus mehreren Gründen möglich. Der Gerichtshof hat in diesem Bereich durch seine Rechtsprechung mehrere Untergruppen herausgebildet, die speziell auf die Dienstleistungsfreiheit zugeschnitten sind.³³⁵ Ähnlich wie bei der Warenverkehrsfreiheit werden unter dem Aspekt des Allgemeininteresses auch der Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Verbraucherschutz geprüft.³³⁶ Über diese dogmatische Parallele zu Art. 28 EGV hinaus ergeben sich bei den vorgenannten Rechtfertigungsgründen auch inhaltlich keine Divergenzen.³³⁷ Für den Bereich des Verbraucherschutzes er-

³³¹ EuGH, Ur. v. 26.4.1988, Rs. 352/88 – Bond van Adverteerders – Slg. 1988, S. 2085 ff. (2134), Rdn. 32

³³² Hailbronner/Nachbaur, EuZW 1992, S. 110

³³³ Kort, JZ 1996, S. 138; Hailbronner/Nachbaur, EuZW 1992, S. 110

³³⁴ EuGH, Ur. v. 17.12.1981, Rs. 279/80 – Webb – Slg. 1981, S.3305 ff. (3325), Rdn. 17; EuGH, Ur. v. 26.2.1991, Rs. C-180/89 – Kommission / Italien – Slg. 1991, S. 709 ff. (723), Rdn. 17; EuGH, Ur. v. 25.7.1991, Rs C-76/90 - Säger/Dennemeyer & Co. Ltd. – NJW 1991, S. 2693 f. (2693)

³³⁵ Vgl. EuGH, Ur. v. 25.7.1991, Rs. C-288/89 – Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda u.a. – Slg. 1991, S. I-4007 ff. (4041), Rdn. 14 m.w.N.

³³⁶ EuGH, Ur. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – De Agostini – Slg. 1997, S. I-3843 ff. (3888), Rdn. 53

³³⁷ Holoubek in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 49, Rdn. 98

gibt sich dies bereits aus der Tatsache, daß die Gemeinschaft auf diesem Gebiet eine eigenständige Politik betreibt und der Begriff auf allen Ebenen des europäischen Rechts einheitlich im Sinne der Zielsetzung dieser Politik auszulegen ist.

Soweit eine Rechtfertigung in Betracht kommt, gilt es auch hier, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Die betreffenden Vorschriften müssen zum Erreichen des rechtfertigenden Zieles erforderlich und angemessen sein und hätten nicht durch Maßnahmen erreicht werden dürfen, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beeinträchtigen.³³⁸

4.4 Maßnahmen der Verkaufsförderung als eigenständige Dienstleistungen i. S. des Art. 49 EGV

Sowohl im Rahmen des Art. 49 EGV als auch bei Art. 28 EGV sind Maßnahmen der Verkaufsförderung als Akzessorium des betreffenden Produkts vom Schutzbereich der dafür einschlägigen Marktfreiheit mit umfaßt, dies gilt insbesondere, wenn sie durch den Rechtsträger der primär betroffenen Marktfreiheit selbst erfolgen.

Die Durchführung verkaufsfördernder Maßnahmen kann aber auch für sich genommen eine eigenständige Dienstleistung i. S. des Art. 49 EGV darstellen. Dies wird insbesondere der Fall sein, wenn die verkaufsfördernde Maßnahme als Selbstzweck erfolgt.³³⁹ Voraussetzung ist nur, daß sie die oben dargestellten Anforderungen erfüllt. Gerade bei der Werbung handelt es sich um eine Dienstleistung „par excellence“.

Die Frage, die sich somit stellt, ist die nach der Grenze des Schutzes der verkaufsfördernden Maßnahmen in Akzessorietät zur primär einschlägigen Marktfreiheit des Haupterzeugnisses, wenn die verkaufsfördernde Maßnahme selbst eine eigenständige Dienstleistung darstellt und dementsprechend durch Art. 49 EGV geschützt wird.

³³⁸ EuGH, Urt. v. 3.10.2000, Rs. C-58/98 – Corsten – Slg. 2000, S. I-7919 ff.; EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – De Agostini – Slg. 1997, S. I-3843 ff.; EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs C-76/90 - Säger/Dennemeyer & Co. Ltd. – NJW 1991, S. 2693 f. (2693), Rdn. 15

³³⁹ EuGH, Urt. v. 24.3.1994, Rs. C-275/92 – Schindler – NJW 1994, S. 2013 ff. (2014) Rdn. 22

Diese Frage ist auch gerade im Hinblick auf den anzulegenden Prüfungsmaßstab von Bedeutung, wenn beispielsweise die Werbung für eine dem Schutz des Art. 28 EGV unterliegende Ware im Einfuhrland durch einen aus dem EG-Ausland stammenden Dritten als Dienstleistung erbracht wird. Wäre diese Werbung unlauter, würde eine Untersagung unmittelbar gegenüber dem Warenimporteur erfolgen, der sich hiergegen mit der Rüge der Verletzung der Warenverkehrsfreiheit wenden könnte. Der mit der Werbung beauftragte Dritte wäre lediglich mittelbar betroffen, aber streng genommen dennoch in seinem Recht auf eine freie Dienstleistungserbringung eingeschränkt. Wäre auch dessen Beschränkung anhand der Dienstleistungsfreiheit i. S. des Art. 49 EGV zu überprüfen, selbst wenn der Dienstleistende selbst an dem Verfahren nicht beteiligt ist, da die Untersagung gegenüber dem Warenimporteur erfolgt?

Nach der Ansicht von *Troberg* wäre dies wohl nicht der Fall. Hiernach ist die Werbung grundsätzlich ein Akzessorium zur Marktfreiheit des ihr zugrundeliegenden Produktes. Nur in engen Ausnahmefällen soll Art. 49 EGV anwendbar sein, etwa dort, wo Regelungen der gesamten Werbung und nicht nur werbliche Maßnahmen für ein einzelnes Produkt in Rede stehen.³⁴⁰ Demgegenüber wird auch die Auffassung vertreten, daß Art. 49 EGV bereits dann einschlägig sei, wenn die Werbung selbst eine Dienstleistung i. S. dieser Vorschrift darstellt.³⁴¹ Allerdings ergibt sich aus den Ausführungen nicht, ob diese Aussage auch für den Fall gelten soll, daß zwei Marktfreiheiten kumulativ betroffen sind. Der EuGH ist bisher davon ausgegangen, daß im Falle des kumulativen Zusammentreffens verschiedener Marktfreiheiten die Erbringung akzessorischer Dienstleistungen nur unter bestimmten Umständen nicht nach Art. 28 EGV, sondern separat anhand der Vorschriften des Art. 49 EGV zu beurteilen ist.³⁴² Voraussetzung ist allerdings, eine weniger enge Verbindung zwischen den verkörperten Produkten und der zu ihnen akzessorischen Dienstleistung.³⁴³

³⁴⁰ Troberg in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 60, Rdn. 36

³⁴¹ Reich, EuZW 1995, S. 407; Reese, S. 65

³⁴² EuGH, Urt. v. 30.4.1974; Rs. – Sacchi – Slg. 1974, S. 409 ff. (428), Rdn. 6 ff.

³⁴³ Ein Beispiel, bei dem sowohl die Warenverkehrsfreiheit, als auch die Dienstleistungsfreiheit einschlägig ist, wäre die Lieferung einer Maschinenanlage inkl. regelmäßiger Wartungs- und Inspektionsarbeiten. Hier unterfällt die Lieferung der Maschine Art. 28 EGV und die Erbringung der Wartungsarbeiten Art. 49 EGV.

In der Entscheidung *De Agostini* vom 09.07.1997 bezog der EuGH erstmals Stellung zu der angesprochenen Problemlage.³⁴⁴

4.4.1 Grenzen der Akzessorietät nach der Entscheidung *De Agostini*

Im konkreten Sachverhalt hatte das Handelsgericht Stockholm über verschiedene Anträge des Verbraucherschutzbeauftragten (Konsumentombudsmannen) zu entscheiden, den Beklagten bestimmte Formen der Werbung für Waren zu untersagen. In diesem Zusammenhang ist herauszustellen, daß die streitigen Maßnahmen allein gegen die Händler der Ware gerichtet waren und nicht gegen den mit der Durchführung beauftragten Fernsehsender. Rechtsgrundlage dieses Begehrens war § 2 des Gesetzes über die Handelspraktiken (Marknadsföringslag) sowie § 11 des Rundfunkgesetzes (Radiolag). Bei dem Marknadsföringslag handelt es sich um das schwedische Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs.³⁴⁵ Darüber hinaus sind Vermarktungs- und Absatzförderungsmaßnahmen, die gegen zwingende Gesetzesvorschriften verstoßen, sowie irreführende Werbung nach schwedischer Rechtsprechung unlauter i. S. des § 2 Marknadsföringslag.³⁴⁶ Bei sämtlichen Rechtssachen handelte es sich um Fernsehwerbungen, die durch einen in Großbritannien ansässigen Sender ausgestrahlt wurden. Mit der ersten Vorlagefrage hatte das Handelsgericht Stockholm den Gerichtshof ersucht, u.a. zu beantworten, ob Art. 28 EGV oder Art. 49 EGV einen Mitgliedstaat daran hindert, gegen eine Fernsehwerbung vorzugehen, die ein Werbetreibender von einem anderen Mitgliedstaat aus ausstrahlen läßt.³⁴⁷

4.4.1.1 Verstoß gegen Art. 28 EGV

Im Rahmen der Prüfung eines möglichen Verstoßes gegen Art. 28 EGV stellt der EuGH unter Bezugnahme auf sein Urteil *Leclerc-Siplec*³⁴⁸ zunächst fest, daß es sich bei einem Verbot von Fernsehwerbung grundsätzlich um eine Verkaufsmodalität i. S. der *Keck*-Rechtsprechung handelt.³⁴⁹ Zwar läßt der EuGH die Frage offen, ob im konkreten Fall letztlich ein Verstoß gegen Art. 28 EGV gegeben ist, und überantwort-

³⁴⁴ EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – *De Agostini* – Slg. 1997, S. I-3843 ff.

³⁴⁵ Koblitz in: Schwappach, EU-Rechtshandbuch für die Wirtschaft, § 26, Rdn. 16

³⁴⁶ EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – *De Agostini* – Slg. 1997, S. I-3843 ff. (3882), Rdn. 10

³⁴⁷ EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – *De Agostini* – Slg. 1997, S. I-3843 ff. (3885), Rdn. 22

³⁴⁸ EuGH, Urt. v. 9.2.1995, Rs. C-412/93 – *Edouard Leclerc/Siplec* – Slg. 1995, S. I-179 ff.

tet diese Frage dem vorlegenden Gericht. Das entscheidende ist jedoch, daß der Gerichtshof die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 28 EGV auf den vorliegenden Fall bejaht hat.

4.4.1.2 Verstoß gegen Art. 49 EGV

Bei der Beantwortung der Frage nach einem möglichen Verstoß gegen Art. 49 EGV bezog sich der EuGH auf sein Urteil vom 26. April 1988 in der Rs. 352/85,³⁵⁰ wo er bereits die Dienstleistungseigenschaft von Fernsehwerbung bejaht hatte, und prüfte sodann die Frage, ob die streitigen Vorschriften verbotene Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen.³⁵¹ Der Gerichtshof kommt ohne weitere Argumentationen zu folgendem Ergebnis:

„Da Bestimmungen wie die in den Ausgangsverfahren streitigen die Möglichkeit für die im Sendestaat niedergelassenen Fernsehveranstalter beschränken, für im Empfangsstaat niedergelassene Werbetreibende Werbung zu verbreiten, die speziell für das Publikum im Empfangsstaat bestimmt ist, enthalten sie eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs.“³⁵²

Doch er weist darauf hin, daß eine derartige Beschränkung möglicherweise durch zwingende Gründe der Lauterkeit des Handelsverkehrs oder des Schutzes der Verbraucher gerechtfertigt sein kann und stellt es dem vorlegenden Gericht anheim, über eine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu befinden.³⁵³

³⁴⁹ EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – De Agostini – Slg. 1997, S. I-3843 ff. (3887), Rdn. 39

³⁵⁰ EuGH, Urt. v. 26.4.1988, Rs. 352/88 – Bond van Adverteerders – Slg. 1988, S. 2085 ff.

³⁵¹ EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – De Agostini – Slg. 1997, S. I-3843 ff. (3892 f.), Rdn. 48 ff.

³⁵² EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – De Agostini – Slg. 1997, S. I-3843 ff. (3892), Rdn. 50

³⁵³ EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – De Agostini – Slg. 1997, S. I-3843 ff. (3893), Rdn. 53 f.

4.4.1.3 Stellungnahme

Der EuGH prüft somit einmal die Verletzung von Art. 28 EGV im Hinblick auf den Auftraggeber der Werbung und weiterhin eine Verletzung, wenn auch mittelbarer Natur, der Dienstleistungsfreiheit hinsichtlich des mit der Werbung beauftragten Dritten. In beiden Fällen hält er die jeweiligen Marktfreiheiten für anwendbar. Das bedeutet, daß nach Ansicht des EuGH die Werbung bereits dann nicht mehr ausschließlich als Akzessorium zur jeweils beworbenen Marktfreiheit zu betrachten ist, wenn sie selbst eine Dienstleistung i. S. des Art. 49 EGV darstellt und die Beschränkung nur das mittelbare Resultat einer Maßnahme ist, die eigentlich gegen einen anderen gerichtet ist. Allerdings bezieht sich das Urteil nicht nur auf die Werbung, sondern auf jede Art von Verkaufsförderung, die als Dienstleistung i. S. des Art. 49 EGV qualifiziert werden kann.³⁵⁴ Dies ergibt sich bereits aus dem oben festgestellten weiten Beschränkungs-begriff. Die streitige Maßnahme ist somit zum einen an Art. 49 EGV und zum anderen an der primär betroffenen Marktfreiheit zu messen. Dies wird im Regelfall die Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EGV sein.

Die Frage, die sich nun stellt ist, ob es im Bereich der besonders praxisrelevanten Warenverkehrsfreiheit zu einer unterschiedlichen rechtlichen Bewertung kommt, abhängig davon, ob die Werbung durch den dem Schutz der Warenverkehrsfreiheit Unterliegenden selbst durchgeführt wird oder ob damit ein Dritter beauftragt wird. Gerade im Hinblick auf das im heutigen Wirtschaftsleben vielfach betriebene „Outsourcing“ derartiger Dienstleistungen ist diese Frage von Relevanz.

³⁵⁴ Ein anderes Ergebnis kann sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt ergeben, daß es sich, zumindest in der Rechtssache C-34/95, um fernseherechtliche Vorschriften handelte. Hierzu wird vertreten, daß die Werbung dann nicht mehr als Akzessorium zu behandeln ist, wenn Rechte der Werbewirtschaft selbst betroffen sind, wie dies gerade bei fernseherechtlichen Vorschriften der Fall ist (Troberg in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art. 59, Rdn. 36). Die Folge dieser Auffassung wäre, daß bei Werbebeschränkungen, die auf anderen als fernseherechtlichen Normen beruhen, diese Beschränkungen nur einer Überprüfung anhand der Marktfreiheiten unterlägen, der die Werbung als Akzessorium zuzuordnen ist.

Dem ist zum einen entgegenzuhalten, daß die Vereinbarkeit der fernseherechtlichen Vorschriften (§ 11 Abs. 1 Radiolag) mit Art. 49 EGV eine eigene Vorlagefrage bildet (vgl. Rdn. 22, Punkt B. des Urteils *De Agostini*). Es besteht daher keine Notwendigkeit, das Urteil des Gerichtshofes derart einschränkend zu verstehen, zumal der EuGH selbst in dem betreffenden Teil des Urteils keinen besonderen Bezug auf fernseherechtliche Vorschriften, gleich welcher Art, genommen hat (vgl. Rdn. 48 ff.).

Soweit eingewandt wird, die Notwendigkeit einer besonderen Überprüfung fernseherechtlicher Vorschriften ergebe sich aus dem Umstand, daß diese Regelungen für die gesamte Werbung gelten und nicht nur einzelne Maßnahmen für bestimmte Produkte, kann dies im vorliegenden Fall keinen Unterschied machen. Die Vorlagefrage bezog sich auf alle drei Rechtssachen, wovon es bei zweien „nur“ um die Unterlassung irreführender Werbung aufgrund lauterkeitsrechtlicher Vorschriften ging (Rs. C-35/95 und Rs. C-36/95). Weiterhin gelten Vorschriften des Unlauterkeitsrechts ebenfalls im Bereich der gesamten Werbung und gehen sogar noch über den Bereich von Fernsehwerbung hinaus.

Hintergrund einer möglichen Ungleichbehandlung ist die Tatsache, daß verkaufsfördernde Maßnahmen im Anwendungsbereich des Art. 28 EGV regelmäßig als „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ i. S. des Urteils *Keck* zu qualifizieren sind und damit vom Grundsatz her einer Überprüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit entzogen sind. Würde nun ein Dritter mit der Durchführung derselben verkaufsfördernden Maßnahmen beauftragt werden, wären diese, entsprechend den oben gezogenen Rückschlüssen, dennoch am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu überprüfen.

Ob daraus eine unterschiedliche rechtliche Bewertung hinsichtlich der europarechtlichen Zulässigkeit derselben verkaufsfördernden Maßnahme resultiert, ist von zwei Faktoren abhängig. Zum einen ist zu fragen, ob der Anwendungsbereich des Art. 49 EGV identisch ist mit dem des Art. 28 EGV im Bereich der Verkaufsmodalitäten, d. h., ob eine dem Anwendungsbereich des Art. 28 EGV nicht unterfallende „bestimmte Verkaufsmodalität“ ebenfalls nicht vom Anwendungsbereich des Art. 49 EGV erfaßt wird und umgekehrt. Den zweiten relevanten Faktor bildet der Maßstab der Rechtfertigung möglicher Verstöße durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses. Aufgrund der bereits oben festgestellten Kongruenz der Rechtfertigungsgründe im Bereich der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit³⁵⁵ ist für die o. g. Problemstellung nur die Beantwortung der ersten Frage erforderlich.

Aus den vorangegangenen Ausführungen zu Art. 49 EGV ergibt sich, daß der EuGH durch seine Judikatur im Bereich der Dienstleistungsfreiheit eine ähnliche Regulationsstruktur geschaffen hat wie im Bereich des freien Warenverkehrs. Eine naheliegende Frage ist die nach der unmittelbaren Übertragung der Grundsätze der *Keck*-Rechtsprechung auf den Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs. Wäre diese zu bejahen, dann wäre auch die Kongruenz gewahrt. Der EuGH wurde mit dieser Frage erstmals in der Rs. C-384/93 *Alpine Investments* konfrontiert.³⁵⁶

³⁵⁵ Vgl. oben Pkt. 4.3

³⁵⁶ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments* – Slg. 1995, S. I-1141 ff.

4.4.1.4 Die Entscheidung *Alpine Investments*³⁵⁷

Gegenstand dieser Entscheidung war das Verbot von Telefonwerbung, das die niederländische Regierung gegenüber der dort ansässigen Firma Alpine Investments BV, einem auf spekulative Warentermingeschäfte spezialisiertem Finanzdienstleistungsunternehmen, ausgesprochen hatte. Nach dem damals geltenden niederländischen Recht war es untersagt, ohne eine Genehmigung des Finanzministeriums als Vermittler bei Wertpapiertransaktionen aufzutreten. Der Firma Alpine Investments BV wurde eine solche Genehmigung erteilt, die allerdings mit der Auflage verbunden war, sich nicht telefonisch oder persönlich an potentielle Kunden zu wenden, wenn diese dem vorher nicht ausdrücklich schriftlich zugestimmt hatten sog. „Cold Calling“. Hintergrund dieser Auflage war das Bestreben der niederländischen Regierung, den Ruf des niederländischen Finanzsektors zu schützen, da verschiedene Beschwerden von in- und ausländischen Kapitalanlegern vorlagen, welche mit dieser Anlageform schlechte Erfahrungen gemacht hatten. Gegen diese Auflage legte die Alpine Investments BV zunächst Widerspruch ein und erhob später Klage. Sie setzte das „Cold Calling“ gezielt ein, um den Absatz ihrer Dienstleistungen zu fördern. Dazu rief sie potentielle Kunden an und fragte sie, ob sie am Erhalt weiterer Informationen interessiert seien, oder lud sie zu Seminaren ein, um dort ihre Dienstleistungen anzubieten. Das nationale Gericht legte dem EuGH verschiedene Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit dieses Verbotes mit Art. 49 EGV sowie einer möglichen Rechtfertigung vor. Im Rahmen der Stellungnahmen der Mitgliedstaaten waren es die Regierungen Großbritanniens und der Niederlande, die einen Verstoß gegen Art. 49 EGV mit Hinweis auf die *Keck*-Rechtsprechung verneinten. Ihrer Ansicht nach handelte es sich bei dem Verbot des „Cold Calling“ um eine Verkaufsmodalität, die nicht geeignet sei, den innergemeinschaftlichen Dienstleistungsverkehr zu beeinträchtigen.³⁵⁸

Der EuGH griff diese Argumentation in seinem Urteil auf, was nicht unbedingt selbstverständlich ist.³⁵⁹ Allerdings kam er zu dem Ergebnis, das die *Keck*-Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Dies begründete er aber nicht mit einer grundsätzlichen Unanwendbarkeit der *Keck*-Doktrin im Bereich des Art. 49 EGV. Seiner Ansicht nach war die *Keck*-Doktrin deshalb nicht einschlägig, da nicht die Regelungen eines Einfuhrstaates einer Überprüfung unterliegen, sondern die Regelungen des Ausfuhrstaates. In einem solchen Fall gilt nach Auffassung des EuGH gerade nicht die der *Keck*-Doktrin zugrundeliegende Vermutung, daß „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, da durch sie der Marktzugang für andere Erzeugnisse nicht versperrt oder behindert wird. Soweit der Staat, in dem der Leistungserbrin-

³⁵⁷ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – Alpine Investments – Slg. 1995, S. I-1141 ff.

³⁵⁸ Schlußanträge v. GA Jacobs, Rs. C-384/93 – Alpine Investments – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1158), Rdn. 59

³⁵⁹ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – Alpine Investments – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1176 f.), Rdn. 32 ff.

ger ansässig ist, Regelungen erläßt durch die auch Angebote an Leistungsempfänger aus anderen Mitgliedstaaten betroffen sind, ist eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs grundsätzlich gegeben.³⁶⁰

4.4.1.4.1 Die Anwendbarkeit der *Keck*-Doktrin im Bereich des Art. 49 EGV

Der EuGH hat in dem Urteil *Alpine Investments* die *Keck*-Doktrin zwar angesprochen, doch hat er weder deren grundsätzliche Übertragung auf den Bereich der Dienstleistungsfreiheit abgelehnt, noch hat er ihr zugestimmt. Allein aus der Tatsache der Erwähnung dieser Entscheidung in den Urteilsgründen kann aber nicht bereits der Rückschluß gezogen werden, der EuGH befürworte eine grundsätzliche Anwendung der Grundsätze des Urteils *Keck und Mithouard* im Bereich der Dienstleistungsfreiheit.³⁶¹ Hätte er dies wirklich gewollt, dann hätte er sowohl in der Entscheidung *Alpine Investments* als auch in einer Reihe von weiteren Verfahren zu Art. 49 EGV Gelegenheit gehabt, sich deutlich für eine Übertragung der Grundsätze auszusprechen.

Dies gilt beispielsweise für die jüngst ergangene Entscheidung *Corsten*.³⁶² In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um die Frage, ob die Verpflichtung zur Eintragung in die Handwerksrolle und das damit verbundene Verwaltungsverfahren für Bürger aus anderen Mitgliedstaaten eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bedeute. Hinge von der Eintragung in die Handwerksrolle nicht die Möglichkeit zur Dienstleistungserbringung ab, sondern beispielsweise die Erlaubnis zum Vertrieb von Waren, wäre zweifelsohne die *Keck*-Doktrin einschlä-

³⁶⁰ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments* – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1178), Rdn. 38

³⁶¹ ebenso Troberg in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art. 59, Rdn. 34; *Weinand* geht insoweit davon aus, daß der EuGH mit der Differenzierung zwischen Beschränkungen des Sitzstaates und Beschränkungen des Importstaates in der Entscheidung *Alpine Investments* eine neue Fallgruppe kreiert und damit eine Einschränkung des Urteils *Keck* vorgenommen hat (*Weinand*, S. 65). Doch geht diese Annahme zu weit. Der Gerichtshof hat weniger eine neue Fallgruppe kreiert, als vielmehr eine alte Linie seiner Rechtsprechung wieder aufgenommen und weiter ausgeführt. Er nimmt in den Urteilsgründen selber Bezug auf eine Reihe von Urteilen, in denen er bereits festgestellt hat, daß auch Beschränkungen des Sitzstaates einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit bedeuten können (EuGH, Urt. v. 17.5.1994, Rs. C-18/93 – *Corsica Ferries* – Slg. 1994, S. 1783 ff.; EuGH, Urt. v. 14.7.1994, Rs. C-379/92 – *Peralta* – Slg. 1994, S. 3453 ff.; EuGH, Urt. v. 5.10.1994, Rs. C-381/93 – *EG Kommission / Frankreich* – Slg. 1994, S. 5145 ff.). Die Erweiterung in der Rs. *Alpine Investments* liegt im wesentlichen da, daß auch Verbote des Sitzstaates, die sich nur gegen eine Tätigkeit im EG-Ausland richten, einen Verstoß gegen Art. 49 EGV darstellen. Im Hinblick auf die bereits festgestellte Anwendbarkeit von Art. 49 EGV bei Beschränkungen durch den Sitzstaat ist dieses Erweiterung nicht unbedingt als neue Fallgruppe zu verstehen.

³⁶² EuGH, Urt. v. 3.10.2000, Rs. C-58/98 – *Corsten* – Slg. 2000, S. I-7919 ff.

gig.³⁶³ Die betreffende Regelung wäre als Verkaufsmodalität zu qualifizieren und daraufhin zu untersuchen, ob sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gilt und ob in- und ausländische Waren rechtlich und tatsächlich in der gleichen Weise berührt werden. Der EuGH erwähnt aber in der Entscheidung *Corsten* trotz der Parallelität der Sachverhalte, das Urteil *Keck und Mithouard* nicht.

Allerdings bestehen gegen eine Übertragung der Grundsätze des Urteils *Keck und Mithouard* auf den Bereich der Dienstleistungsfreiheit auch Bedenken aus Gründen der Praktikabilität. Gerade im Bereich der Dienstleistungen sind die Produkte in aller Regel unkörperlich. Eine der Dienstleistungen äquivalente Unterscheidung in „Produkt-“ und „Verkaufsmodalität“ erscheint somit sehr schwer durchführbar.³⁶⁴ Bereits die Diskussion um die Abgrenzung zwischen Produkt- und Verkaufsmodalität im Bereich der Warenverkehrsfreiheit hat gezeigt, wie schwierig es ist, sie bei körperlichen Erzeugnissen vorzunehmen.³⁶⁵ Ergänzend ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß eine einfache Übertragung der Grundsätze des Urteils *Keck* auf den Dienstleistungssektor nicht dem Problemansatz gerecht werden würde, wie er bei Art. 49 EGV besteht. Denn dort ist abweichend von Art. 28 EGV regelmäßig noch ein weiteres Element zu berücksichtigen, nämlich das der unternehmens- bzw. personenbezogenen Behinderung.³⁶⁶ Im Falle einer Übertragung der *Keck*-Grundsätze in den Bereich der Dienstleistungsfreiheit wäre es daher notwendig, einen dreistufigen Aufbau zu wählen, wonach auf der ersten Stufe das Vorliegen derartiger Hindernisse zu prüfen wäre.³⁶⁷ Die sich daraus ergebenden weiteren Abgrenzungsschwierigkeiten liegen auf der Hand.

Unter dem Gesichtspunkt der Begrenzung der Grundsätze des Urteils *Keck* auf den Bereich der Warenverkehrsfreiheit erscheint es zunächst möglich, nationale Beschränkungen von Methoden der Absatzförderung, die als „bestimmte Verkaufsmodalität“ zu qualifizieren sind, zu berücksichtigen.

³⁶³ Vgl. beispielsweise die ähnlich gelagerten Entscheidungen:

- EuGH, Urt. v. 30.4.1991, Rs. C-239/90 - *British Motors Wright* – Slg. 1991, S. I-2023 ff; in diesem Fall ging es um eine nationale Regelung, welche vorschrieb, in das Handelsregister des Versteigerungsortes eingetragen zu sein.

- EuGH, Urt. v. 2.3.1983, Rs. 155/82 – EG-Kommission/Belgien – Slg. 531 ff. dort ging es beispielsweise um die belgische Regelung der Genehmigungspflichtigkeit des Inverkehrbringens von Pflanzenschutzmitteln. Diese stellte hinsichtlich der notwendigen Antragstellung die Anforderung, einen Vertreter in Belgien zu haben und benachteiligte so die nichtbelgischen Erzeuger

³⁶⁴ Kort, JZ 1996, S. 136

³⁶⁵ Vgl. oben Pkt. 3.3.1

³⁶⁶ Dieses Element setzt noch unterhalb der Erzeugungsebene an und erfasst z. B. Regelungen wie solche die besondere Anforderungen an die Solvenz von Versicherungsunternehmen stellen.

³⁶⁷ Troberg in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art. 59, Rdn. 35

dalitäten“ regelmäßig einer Überprüfung am Maßstab des Art. 28 EGV entzogen sind, durch Auslagerung und Erbringung als eigenständige Dienstleistung i. S. des Art. 49 EGV dennoch einer Überprüfung anhand der Grundfreiheiten des EG-Vertrages zu unterwerfen.

4.4.1.4.2 Grundsätzliche Parallelität zwischen Art. 28 EGV und Art. 49 EGV bei der Bewertung von Verkaufsmodalitäten

Trotz der oben erfolgten Ablehnung einer unmittelbaren Übertragung der Grundsätze des Urteils *Keck* auf den Dienstleistungssektor wären keine divergierenden Ergebnisse im Hinblick auf die europarechtliche Zulässigkeit von Verkaufsmodalitäten zu erwarten, wenn bei Art. 28 EGV und Art. 49 EGV diesbezüglich aufgrund gleicher Beurteilungsmaßstäbe übereinstimmende Ergebnisse im Hinblick auf die Eröffnung des Anwendungsbereiches erzielt würden. Fraglich ist somit, ob auch im Rahmen des Art. 49 EGV im Falle einer konkreten Marktzutrittsbeschränkung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vorliegt. Hinsichtlich des Kriteriums „konkret“ ist vorab festzustellen, daß dieses im Bereich des Art. 49 EGV ohnehin Anwendungsvoraussetzung der Norm ist, da eine der *Dassonville*-Entscheidung vergleichbare Erweiterung auf potentielle Behinderungen durch den EuGH hier nicht vorgenommen wurde. Somit ist auch eine ausufernde Berufung der Wirtschaftsteilnehmer auf Art. 49 EGV, wie sie im Bereich der Warenverkehrsfreiheit letztlich mitursächlich für die Einführung der Unterscheidung in Produkt- und Verkaufsmodalität war, ausgeschlossen.

Das Kriterium der Marktzutrittsbeschränkung wird durch den EuGH im Bereich der Dienstleistungsfreiheit ebenfalls als maßgeblich erachtet und weicht von seiner inhaltlichen Ausgestaltung her ebenfalls nicht von der bei Art. 28 EGV verwendeten Fassung ab.³⁶⁸ Allerdings fokussiert der Gerichtshof beim kumulativen Zusammentreffen mehrerer Marktfreiheiten unterschiedlicher Rechtsträger in einem Sachverhalt seine Betrachtung auf die Möglichkeit des Marktzugangs für den Dienstleister der

³⁶⁸ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments* – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1178), Rdn. 38; EuGH, Urt. v. 12.12.1996, Rs. C-3/95 – *Broede* – Slg. 1996, S. I-6511 ff. (6537), Rdn. 27; EuGH, Urt. v. 9.7.1997, Rs. C-222/95 – *Parodi* – Slg. 1997, S. I 3899 ff. (3922), Rdn. 19

verkaufsfördernden Maßnahme und nicht auf den Aspekt des Marktzugangs für den Hersteller des Primärerzeugnisses.³⁶⁹ Damit ergibt sich letztlich trotz übereinstimmender Kriterien eine unterschiedliche rechtliche Bewertung von Verkaufsmodalitäten, je nachdem, ob sie als Annex zur primär geschützten Marktfreiheit erfolgen oder als eigenständige Dienstleistung ausgelagert werden. Ob dies im Ergebnis für den Marktteilnehmer Vorteile bietet, ist eine Frage der konkreten Umstände des Einzelfalls. Jedenfalls erscheint es angeraten, daß das zur Entscheidung berufene Gericht an dieser Stelle eine gründliche Mißbrauchskontrolle durchführt.

4.4.2 Stellungnahme

Die Grenzen der Akzessorietät verkaufsfördernder Maßnahmen zur Marktfreiheit des betreffenden Produkts sind nach Ansicht des EuGH somit dort erreicht, wo die verkaufsfördernde Maßnahme als eigenständige Dienstleistung durch einen Dritten erbracht wird und die Beschränkung nur eine mittelbare Folge einer gegen einen anderen gerichteten Maßnahme ist.

Eine gegen den Auftraggeber einer verkaufsfördernden Maßnahme gerichtete nationale Regelung ist damit nicht nur am Maßstab der für den Auftraggeber geltenden Marktfreiheit im Hinblick auf das Primärerzeugnis zu messen, sondern, soweit sie eine eigenständige Dienstleistung darstellt, auch im Hinblick auf den Dienstleistenden an Art. 49 EGV. Aufgrund des damit verbundenen Abstellens auf den Aspekt des Marktzugangs für den Dienstleistenden ergibt sich die Möglichkeit einer anderen europarechtlichen Zulässigkeit, als wenn die verkaufsfördernde Maßnahme durch den Auftraggeber selbst erbracht und somit als Akzessorium zu Art. 28 EGV geschützt würde. Gerade im Falle des Outsourcings der Durchführung verkaufsfördernder Maßnahmen ist daher eine differenzierte Prüfung notwendig, um eine Umgehung der im Urteil *Keck* aufgestellten Unterscheidung zwischen Produkt- und Verkaufsmodalitäten zu vermeiden.

³⁶⁹ EuGH, Urt. v. 9.7.1997, verbundene Rechtssachen. C-34/95, C-35/95 und C-36/95 – De Agostini – Slg. 1997, S. I-3843 ff. (3892), Rdn. 50

5 Die Entwicklung fallgruppenspezifischer Grundsätze durch die Rechtsprechung des EuGH

Die Beurteilung lauterkeitsrechtlicher Sachverhalte durch den EuGH erfolgt schrittweise seit Beginn der 80er Jahre und hat seinen Schwerpunkt im Bereich der Irreführungstatbestände. Doch gerade zu Beginn seiner lauterkeitsrechtlich orientierten Rechtsprechung hatte der EuGH sich auch mit anderen Tatbeständen auseinanderzusetzen, wie beispielsweise der Teilnahme am fremden Vertragsbruch,³⁷⁰ der sklavischen Nachahmung von Produkten,³⁷¹ Zugabeverboten³⁷², Eigenpreisvergleichen³⁷³ und später auch des „Cold Calling“³⁷⁴. Allerdings ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, daß der Umfang des unlauterkeitsrechtlichen Aussagegehalts der jeweiligen Entscheidungen, gerade wenn diese im Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 177 EGV ergangen sind, variieren kann. Dieser bestimmt sich nicht maßgeblich am Ausmaß der lauterkeitsrechtlichen Problemorientierung des Ausgangsachverhalts, sondern ist abhängig von der dem EuGH vorgelegten Rechtsfrage bzw. von der vom Gerichtshof selbst formulierten Fragestellung. Enthält diese keinen oder nur einen geringen Bezug zu spezifisch unlauterkeitsrechtlichen Problemstellungen, dann werden sich auch aus der Entscheidung nur wenige oder sogar keine Grundsätze zu einem europäischen Wettbewerbsrecht ergeben.

Von großer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch das Urteil des Gerichtshofs in den verbundenen Rechtssachen *Keck und Mithouard*,³⁷⁵ da die überwiegende Anzahl der Entscheidungen, die für eine fallgruppenorientierte Beurteilung herangezogen werden können auf der Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EGV basieren und vor der Entscheidung *Keck* ergangen sind. In bezug auf diese Urteile ist es somit notwendig, zu prüfen, ob sie auch unter dem Gesichtspunkt der im Urteil *Keck* aufgestellten Grundsätze noch in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fallen.³⁷⁶

³⁷⁰ EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – Dansk Supermarked - Slg. 1981, S. 181 ff.

³⁷¹ EuGH, Urt. v. 2.3.1982, Rs. 6/81 – Beele – NJW 1982, S. 1934 f.

³⁷² EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – Oosthoek – Slg. 1982, S. 4575 ff.

³⁷³ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff.; EuGH, Urt. v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – NJW 1993, S. 3187 f.

³⁷⁴ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – Alpine Investments – Slg. 1995, S. I-1141 ff.

³⁷⁵ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff.

³⁷⁶ Vgl. oben Pkt. 3.3

5.1 Teilnahme am fremden Vertragsbruch

5.1.1 Die Entscheidung *Dansk Supermarked*³⁷⁷

Der spezifisch unlauterkeitsrechtliche Gegenstand dieser Entscheidung war die Frage, ob die Teilnahme an einem fremden Vertragsbruch und der Vertrieb der aus diesem Vertragsbruch erlangten Waren als unlauter zu qualifizieren sei, mit der Folge, den Verkauf zu untersagen. Der Entscheidung lag folgender Ausgangssachverhalt zugrunde:

Aus Anlaß seines 50jährigen Betriebsjubiläums bestellte das dänische Großhandelsunternehmen *Imerco* bei einem britischen Hersteller eine bestimmte Stückzahl eines Steingutservices mit Motiven von dänischen Schlössern auf der Vorderseite und einem Hinweis auf das 50jährige Betriebsjubiläum der Firma *Imerco* auf der Rückseite. Die Firma *Imerco* beabsichtigte, die Service in Dänemark ausschließlich über ihr eigenes Vertriebsnetz in den Verkehr zu bringen, und hatte zu diesem Zweck bereits eine großangelegte Werbekampagne durchgeführt. Aufgrund strenger Qualitätsanforderungen, die seitens der Firma *Imerco* an den britischen Hersteller gestellt wurden, mußten ca. 1000 Service als zweite Wahl aussortiert werden. Zur Verhinderung des Verkaufes dieser Service in Dänemark kam man mit dem britischen Hersteller überein, daß dieser den Vertrieb übernehmen solle, allerdings nicht in die skandinavischen Länder. Der britische Hersteller verkaufte daraufhin eine bestimmte Anzahl von Services an britische Großhändler, mit der Maßgabe, diese nicht nach Dänemark weiterzuverkaufen. Der Firma *Dansk Supermarked A/S* gelang es nun, über einen dänischen Zwischenhändler 300 Stück der aussortierten Service zu erlangen und bot diese über ihr eigenes Filialnetz an. Gegen diesen Verkauf erwirkte die Firma *Imerco* eine einstweilige Unterlassungsverfügung, die später durch Urteil bestätigt wurde und u.a. auf Vorschriften des dänischen Unlauterkeitsrechts beruhte. Hiergegen legte die Firma *Dansk Supermarked A/S* Berufung ein. Das Berufungsgericht legte daraufhin dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die betreffenden dänischen Regelungen im vorliegenden Fall im Einklang mit dem EG-Recht stehen.

Der Gerichtshof faßte die Vorlagefrage dahingehend auf, daß geklärt werden sollte,

„... ob der Absatz einer Ware in Dänemark, die in einem anderen Mitgliedstaat mit Zustimmung eines dänischen Unternehmens, aber unter der Bedingung in den Verkehr gebracht worden ist, daß sie nicht nach Dänemark ausgeführt wird, um dort nicht mit einer ausschließlich von dem betreffenden Unterneh-

³⁷⁷ EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – Dansk Supermarked - Slg. 1981, S. 181 ff.

*men vertriebenen Ware im Wettbewerb zu stehen, als unzulässige Handelspraxis anzusehen ist“.*³⁷⁸

5.1.1.1 Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil *Keck*

Fraglich ist zunächst, ob der im Urteil *Dansk Supermarked* zugrundeliegende Sachverhalt nach der Entscheidung *Keck* überhaupt noch in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fällt. Die streitige Maßnahme hat nämlich keinerlei Bezug zur unmittelbaren Beschaffenheit des Produkts und ist somit als Verkaufsmodalität i. S. des Urteils *Keck* aufzufassen. Der Anwendungsbereich des Art. 28 EGV wäre demnach nur eröffnet, wenn die fragliche nationale Regelung entweder nicht unterschiedslos gilt oder den Absatz inländischer Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berührt. Im vorliegenden Fall kommt allein eine tatsächliche Ungleichberührung in Betracht, da die entsprechenden Vorschriften des dänischen Gesetzes über die Vermarktung von Waren sowohl unterschiedslos gelten als auch keine Anhaltspunkte für eine rechtliche Ungleichberührung bieten. Entsprechend der oben erfolgten Ausführungen, ist eine tatsächliche Ungleichberührung beim Vorliegen einer konkreten Marktzutrittsbeschränkung anzunehmen.³⁷⁹ Die Voraussetzungen hierfür sind im vorliegenden Fall gegeben. Abzustellen für den Marktzutritt ist in diesem Zusammenhang allein auf die Möglichkeit des Marktzutritts für die betreffenden Service. Aufgrund der gerichtlichen Untersagung des Absatzes war eine Einführung in den dänischen Markt nicht möglich. Eine Marktzutrittsbeschränkung liegt somit vor. Diese ist auch konkret, da die Firma *Dansk Supermarked* die Service bereits gekauft und in ihren Läden zum Verkauf angeboten hatte. Der Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EGV im Fall *Dansk Supermarked* ist daher auch nach der Entscheidung *Keck* noch eröffnet.

³⁷⁸ EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – *Dansk Supermarked* - Slg. 1981, S. 181 ff. (194), Rdn. 14

³⁷⁹ Vgl. oben Pkt. 3.3.4.2.4

5.1.1.2 Die Entscheidung des EuGH

Im Rahmen der Überprüfung der Vorschriften des nationalen dänischen Unlauterkeitsrechts stellt der EuGH zunächst fest, daß nationale Vorschriften grundsätzlich auf den Vertrieb der aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten Waren angewandt werden können, wenn die Umstände, unter denen die Waren abgesetzt werden, einen Verstoß gegen die Grundsätze darstellen, was im Einfuhrstaat als guter und redlicher Handelsbrauch betrachtet wird.³⁸⁰ Nun macht der Gerichtshof Gebrauch von den Grundsätzen seiner Erschöpfungsrechtsprechung, die er im Bereich der gewerblichen Schutzrechte entwickelt hat, und weist unter Bezugnahme auf sein Urteil *Béguelin*³⁸¹ darauf hin, daß die bloße Einfuhr einer Ware, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurde, nicht als unzulässige oder unlautere Handelspraxis angesehen werden kann. Die Qualifizierung des Absatzes als unzulässige oder unlautere Handelspraxis ist seiner Ansicht nach daher nur möglich, soweit Umstände hinzutreten, die von der eigentlichen Einfuhr unabhängig sind.³⁸² Da auch Vereinbarungen zwischen Privaten nicht gegen die zwingenden Bestimmungen des EGV über den freien Warenverkehr i. S. des Art. 28 abweichen dürfen, folgt daraus, daß der Verstoß gegen eine Vereinbarung, mit der nur die Einfuhr einer Ware in einen Mitgliedstaat verboten wird, die in einem andern Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden ist, nicht dazu herangezogen werden kann, um den Absatz dieser Ware als eine unzulässige oder unlautere Handelspraxis zu qualifizieren.³⁸³

Entscheidend im Rahmen der Auslegung dieses Urteils ist die Tatsache, daß der EuGH strikt zwischen der Einfuhr des Produkts und dem Absatz desselben unterscheidet. Diese Differenzierung erscheint recht formalistisch und praktisch schwierig vorzunehmen. Doch trägt sie dem Umstand Rechnung, daß der spezifische Verstoß der vertraglichen Vereinbarung gegen das EG-Recht gerade in dem vereinbarten Verbot der Einfuhr besteht, was einen klaren Gegensatz zum Schutzzweck des Art. 28 EGV bildet und nicht in den möglicherweise getroffenen sonstigen Vereinbarungen von Absatzmodalitäten liegt. Durch die im Urteil getroffene Differenzierung zwischen der bloßen Einfuhr einer Ware und deren Absatz sowie die ausdrückliche

³⁸⁰ EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – Dansk Supermarked - Slg. 1981, S. 181 ff. (194), Rdn. 15

³⁸¹ EuGH, Urt. v. 25.11.1971, Rs. 22/71 – Béguelin – Slg. 1971, S. 949 ff.

³⁸² EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – Dansk Supermarked - Slg. 1981, S. 181 ff. (195), Rdn. 16

Feststellung, daß eine Qualifizierung des Absatzes der durch fremden Vertragsbruch erlangten Waren im Falle des Hinzutretens weiterer Umstände durchaus als unzulässige oder unlautere Handelspraxis angesehen werden kann, hat der EuGH keine grundsätzliche Unzulässigkeit des lauterkeitsrechtlichen Schutzes von Vertriebsbindungssystemen statuiert. Vielmehr hat er die Kongruenz im Hinblick auf die kartellrechtliche Zulässigkeit von Vertriebsbindungssystemen nach dem europäischen Recht gewahrt. Träffe diese Unterscheidung nicht, sondern verwendete man die Begriffe der Einfuhr und des Absatzes synonym, käme man sonst leicht zu dem Ergebnis, die gesamte vertragliche Vereinbarung stelle einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit dar, sobald es sich bei dem vertragswidrig belieferten Außenseiter um einen Parallelimporteure handelt. Die vertragliche Vereinbarung wäre somit aufgrund ihrer Europarechtswidrigkeit nicht zur Beurteilung des Vorliegens eines unlauterkeitsrechtlich verbotenen Vertragsverstoßes heranzuziehen. Im Ergebnis hätte dies zur Folge, daß der lauterkeitsrechtliche Schutz von Vertriebsbindungssystemen entfielen, wenn ein mitgliedstaatliche Grenzen überschreitender Warenverkehr gegeben wäre.

Im Ergebnis kann der Entscheidung die Aussage entnommen werden, daß eine nationalstaatliche Norm dann europarechtlich beanstandungsfrei den Absatz von Waren, die in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurden und deren Erlangung durch die Teilnahme an einem fremden Vertragsbruch erfolgt ist, verbietet, wenn der Vertragsbruch nicht ausschließlich in der bloßen Einfuhr besteht. Es müssen weitere Umstände hinzutreten. Leider hat der EuGH in seiner Entscheidung offengelassen, welche Gründe seiner Ansicht nach als solche zusätzlichen Gründe anzusehen wären. Denkbar wäre beispielsweise, auf die Umstände abzustellen, auf welche Art und Weise der Außenseiter in den Besitz der Waren gelangt ist, ob er möglicherweise einen an das Exportverbot gebundenen Lieferanten getäuscht hat o. ä. Mit der Feststellung der Notwendigkeit des Hinzutretens besonderer Umstände zur bloßen vertragswidrigen Einfuhr überantwortet der Gerichtshof letztlich den nationalen Gerichten die Tatsachenentscheidung, wie es im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens ja auch vorgesehen ist.

³⁸³ EuGH, Urt. v. 22.1.1981, Rs. 58/80 – Dansk Supermarked - Slg. 1981, S. 181 ff. (195), Rdn. 17

5.2 Sklavische Nachahmung bzw. Verwechslungsgefahr

5.2.1 Die Entscheidung *Beele*

Gegenstand der Entscheidung *Beele*³⁸⁴ aus dem Jahre 1982 war die Frage, ob das Verbot der Vermarktung einer Ware aus einem anderen Mitgliedstaat aufgrund des Vorliegens einer sklavischen Nachahmung gegen die Warenverkehrsfreiheit verstößt. Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens stellt sich hierbei wie folgt dar:

Die niederländische Firma *Beele* war Alleinimporteurin für schwedische Kabeldurchleitungsvorrichtungen. Diese waren sowohl in den Niederlanden als auch in der Bundesrepublik Deutschland durch Patente geschützt. Unmittelbar nach Ablauf der Gültigkeitsdauer dieser Patente begann eine deutsche Firma mit dem Nachbau der schwedischen Produkte. Die beiden Systeme werden mit denselben Abmessungen hergestellt und sind derart identisch, daß sowohl die Rahmen als auch die übrigen Bestandteile untereinander ausgewechselt werden können. Gegen das Inverkehrbringen dieser nachgebauten Produkte auf dem niederländischen Markt durch die Firma *Industrie Diensten Groep* wandte sich nun die Firma *Beele* und erhob Klage auf Einstellung des Vertriebs. Das erstinstanzliche Gericht folgte der Auffassung der Firma *Beele* und untersagte den Vertrieb aufgrund des Vorliegens einer sklavischen Nachahmung. Das in der zweiten Instanz zuständige Gericht teilte zwar die Ansicht des Vorliegens einer sklavischen Nachahmung, hatte aber Bedenken hinsichtlich der europarechtlichen Konformität der Entscheidung. Mit seiner Vorlagefrage wollte es nun wissen, ob das ergangene Verbot möglicherweise einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EGV darstellt.

5.2.1.1 Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil *Keck*

Im vorliegenden Fall ist die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 28 EGV vor dem Hintergrund der Entscheidung *Keck* recht einfach. Zwar war der Vertrieb der aus Deutschland stammenden Produkte verboten, doch knüpft dieses Verbot letztlich an Merkmalen wie den identischen Abmessungen und den identischen Zubehörteilen an, deren Änderung einen Eingriff auf der Produktionsebene notwendig machen würde. Es handelt sich also um Produktmodalitäten i. S. des Urteils *Keck*, die weiterhin ohne Einschränkung dem Anwendungsbereich des Art. 28 EGV unterfallen.

³⁸⁴ EuGH, Urt. v. 2.3.1982, Rs. 6/81 – *Beele* – Slg. 1982, S. 707 ff.

5.2.1.2 Die Entscheidung des EuGH

Der EuGH stellt gleich zu Beginn des Urteils fest, daß das streitige Verbotsurteil ein Hindernis für den freien Warenverkehr bedeutet und somit Art. 28 EGV unterfällt.³⁸⁵ Seiner Ansicht nach ist aber eine derartige Rechtsprechung, die die sklavische, Verwechselungen hervorrufende Nachahmung eines fremden Erzeugnisses verbietet, geeignet, ein zwingendes Erfordernis i. S. des Urteils *Cassis de Dijon* darzustellen, da es die Verbraucher schützt und die Lauterkeit des Handelsverkehrs fördert, und wäre somit gerechtfertigt.³⁸⁶ Mithin ist die nationale Rechtsprechung nur einer Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich ihrer Art und Weise der Anwendung zu unterziehen. Hierzu führt der Gerichtshof aus, daß durch das nachgeahmte Erzeugnis tatsächlich unnötige Verwechselungen hervorgerufen werden und die Unnötigkeit der Nachahmung umfassend festgestellt wurde, nämlich sowohl aus wirtschaftlicher als auch aus technischer Sicht.³⁸⁷ Damit ist die durch die nationale Rechtsprechung in bezug auf die sklavische Nachahmung eines fremden Produktes erfolgte Beschränkung des freien Warenverkehrs aufgrund zwingender Erfordernisse des freien Warenverkehrs gerechtfertigt. Dem stand im vorliegenden Fall auch nicht entgegen, daß das aus Deutschland stammende Produkt dort seit längerem beanstandungsfrei vertrieben wurde.³⁸⁸

Eine nach dem Gemeinschaftsrecht verbotene sklavische Nachahmung liegt demnach vor, wenn ein Erzeugnis ohne technische, wirtschaftliche und kommerzielle Notwendigkeit mit dem nachgeahmten Erzeugnis identisch ist und dadurch unnötige Verwechselungen hervorgerufen werden.³⁸⁹ Aus der Formulierung des Gerichtshofes, der von einer unnötigen Verwechslung spricht, die durch die nicht notwendige Nachahmung hervorgerufen wird, geht klar hervor, daß dieser nicht von einem abstrakten Gefährdungstatbestand ausgeht, sondern die Gemeinschaftsrechtskonformität des Verbots der sklavischen Nachahmung nur im Falle einer konkreten Verwechslungsgefahr als gegeben ansieht. Zwar macht der EuGH im Urteile, keinerlei Aus-

³⁸⁵ EuGH, Urt. v. 2.3.1982, Rs. 6/81 – Beele – Slg. 1982, S. 707 ff. (716), Rdn. 7

³⁸⁶ EuGH, Urt. v. 2.3.1982, Rs. 6/81 – Beele – Slg. 1982, S. 707 ff. (717), Rdn. 9

³⁸⁷ EuGH, Urt. v. 2.3.1982, Rs. 6/81 – Beele – Slg. 1982, S. 707 ff. (717), Rdn. 10 f.

³⁸⁸ EuGH, Urt. v. 2.3.1982, Rs. 6/81 – Beele – Slg. 1982, S. 707 ff. (718), Rdn. 15

fürungen zu der Beurteilung einer Verwechslungsgefahr, doch kann davon ausgegangen werden, daß hier die allgemeinen Grundsätze zur Irreführung herangezogen werden können. Denn bei der Verwechslung handelt es sich im Ergebnis um nichts anderes als eine Irreführung über die betriebliche Herkunft. Des weiteren macht der EuGH mit seinem Hinweis auf die verschiedenen Prüfungsaspekte hinsichtlich der Notwendigkeit der Nachahmung deutlich,³⁹⁰ daß es an dieser Stelle einer umfassenden und gründlichen Prüfung bedarf, um dem Ausnahmecharakter des Schutzes vor sklavischer Nachahmung gerecht zu werden, der sonst zur Konstruktion von Ersatz-Ausschließlichkeitsrechten neben den sondergesetzlichen gewerblichen Schutzrechten führen würde. Es besteht insoweit eine Übereinstimmung mit den Grundsätzen, die die deutsche Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit einer sklavischen Nachahmung gem. § 1 UWG entwickelt hat.³⁹¹ Danach ist die sklavische Nachahmung grundsätzlich zulässig, es sei denn bei dem nachgeahmten Produkt handelt es sich um ein eigenartiges, überdurchschnittliches Produkt, dessen Nachahmung sich gerade auf diejenigen Merkmale bezieht, mit denen der Verkehr seine besondere Herkunfts- und Gütevorstellung verbindet, weshalb eine konkrete Verwechslungsgefahr besteht und der Nachahmer nicht alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat, diese zu vermeiden.

5.3 Zugabeverbote

5.3.1 Die Entscheidung *Oosthoek*³⁹²

Gegenstand der Entscheidung *Oosthoek* war die Frage der Vereinbarkeit eines nationalen Verbots von Zugaben mit der Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EGV.

Die niederländische Firma *Oosthoek* vertrieb in den Niederlanden, in Belgien und in einem kleinen Teil von Nordfrankreich Nachschlagewerke in niederländischer Sprache. Seit geraumer Zeit bot sie allen ihren Abnehmern entweder ein Wörterbuch, einen Weltatlas oder ein kleines Nachschlagewerk als Zugabe an. Dies verstieß jedoch gegen das 1977 eingeführte *Wet Bepierking Ca-deaustelsel* (Gesetz über die Beschränkung des Zugabewesens), wonach es

³⁸⁹ a.A. Steindorff, der auf das Merkmal der unnötigen Verwechslungsgefahr verzichtet; WRP 1993, S. 140

³⁹⁰ EuGH, Urt. v. 2.3.1982, Rs. 6/81 – *Beele* – Slg. 1982, S. 707 ff. (717), Rdn. 11

³⁹¹ Vgl. BGH, NJW 1986, S. 381 ff. „*Rolex*“; OLG Nürnberg, NJW-RR 1986, S. 1489 ff.; OLG Stuttgart, NJW-RR 1987, S. 424 f.;

³⁹² EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – *Oosthoek* – Slg. 1982, S. 4575 ff.

verboten ist, im Rahmen der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit Zugaben anzubieten oder zu gewähren. Eine Ausnahme hierzu besteht in der Form, daß eine Ware als Zugabe erlaubt ist, wenn zwischen ihr und der Hauptsache ein Verwendungszusammenhang besteht und der Zugabecharakter der Ware durch eine Kennzeichnung deutlich gemacht wird. Allerdings darf der Wert dieser Waren 4 % des Wertes der Hauptsache nicht überschreiten. Aufgrund dieser Vorschrift wurde die Firma *Oosthoek* zu einer Geldstrafe verurteilt, die damit begründet wurde, daß die betreffenden Zugaben nicht mit dem Nachschlagewerk wesensgleich sei und auch kein Verwendungszusammenhang bestehe. Hiergegen legte sie Berufung ein. Da die Firma *Oosthoek* auch einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit gerügt hatte, weil sie sich nunmehr gezwungen sah, ihr bisher bewährtes und geeignetes Mittel zur Absatzförderung, das sie in Belgien beanstandungsfrei weiter praktizieren konnte, kostspielig umzustellen. Im Rahmen dieses Berufungsverfahrens legte der Gerichtshof Amsterdam dem EuGH die Frage zur Entscheidung vor, ob das im Vergleich zu Belgien weitergehende niederländische Zugabeverbot im vorliegenden Fall einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht darstelle.

5.3.1.1 Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil *Keck*

Gerade im vorliegenden Fall ist die Anwendbarkeit von Art. 28 EGV nach dem Erlaß des Urteils *Keck* heftig umstritten, und es wird vielfach die Ansicht vertreten, die Entscheidung *Oosthoek* sei ebenso wie die Entscheidungen *GB-Inno-BM*³⁹³ und *Yves Rocher*³⁹⁴ „overruled“. ³⁹⁵ Dieser Auffassung kann allerdings nicht gefolgt werden. Zwar handelt es sich bei den fraglichen niederländischen Regelungen des Zugabeverbots zweifelsohne um Vertriebsmodalitäten, doch kann nicht von einer tatsächlichen Gleichberührung ausgegangen werden. Wie bereits mehrfach ausgeführt, ist die tatsächliche Gleichberührung einer mitgliedstaatlichen Regelung dann zu verneinen, wenn sie im Ergebnis zu einer konkreten Marktzutrittsbeschränkung führt. Dies ist im vorliegenden Fall gegeben. Wie sich aus dem unbestrittenen Vortrag der Firma *Oosthoek* ergibt, wird diese durch die betreffende Regelung gezwungen, ihr System der Absatzförderung zur Beibehaltung der Einheitlichkeit in allen mitgliedstaatlichen Exportländern zu ändern, um Mehrkosten durch den Betrieb verschiedener Absatzförderungssysteme zu vermeiden. Hierin liegt ein Diversifikationszwang, der aufgrund der damit verbundenen Mehrkosten unter den Begriff der Marktzutrittsbeschränkung fällt. Die notwendige Konkretisierung der Beschränkung ergibt sich aus

³⁹³ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – *GB-Inno-BM* – Slg. 1990-I S. 667 ff.

³⁹⁴ EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – *Yves Rocher* – Slg. 1993, S. I-2361 ff.

³⁹⁵ Sack, WRP 1998, S. 106, Fn. 43 m.w.N.

dem Umstand, daß die Firma *Oosthoek* bereits tatsächlich auf verschiedenen mitgliedstaatlichen Märkten wie Belgien und Frankreich ihr Produkt mit den gleichen Absatzförderungsmethoden verbreitet. Die Gefährdung der Beschränkung des freien Warenverkehrs wäre somit nicht nur potentieller Natur. Aus diesen Gründen ist die Entscheidung *Oosthoek* nicht durch die Entscheidung *Keck* als überholt anzusehen.

5.3.1.2 Die Entscheidung des EuGH

Bereits zu Beginn seiner Ausführungen trifft der EuGH eine richtungsweisende Aussage, als er feststellt, daß nationale Vorschriften zur Verhinderung des unlauteren Wettbewerbs grundsätzlich einer Überprüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit unterliegen, und erachtet deshalb auch im vorliegenden Fall den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV als eröffnet.³⁹⁶ Wie bereits oben dargelegt, macht sich der EuGH mit dieser Regelung nicht nur erstmals das Argument des Diversifikationszwangs als Behinderung des innergemeinschaftlichen Handels ausdrücklich zu eigen, sondern normiert damit auch eine erhebliche Beweiserleichterung im Hinblick auf die Darlegung des warenverkehrsbeschränkenden Charakters der streitigen nationalen Unlauterkeitsvorschriften.³⁹⁷ Fraglich ist allerdings, ob diese Formel auch nach dem Urteil *Keck* noch uneingeschränkt weiter verwendet werden kann. Im vorliegenden Sachverhalt konnte dies zwar bejaht werden, aber einer abstrakten Anwendung stehen erhebliche Bedenken gegenüber. Denn aufgrund des Urteils *Keck* ist es nun notwendig, hinsichtlich der Anwendung des Art. 28 EGV zwischen Produkt- und Verkaufsmodalitäten zu unterscheiden.³⁹⁸ Während die erstgenannte Gruppe der Produktmodalitäten weiterhin uneingeschränkt in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fällt, wird die letztgenannte Gruppe der Verkaufsmodalitäten nur erfaßt, wenn eine konkrete Marktzutrittsbeschränkung vorliegt.³⁹⁹ Diesem Umstand trägt aber die *Oosthoek*-Formel, die auch wesentlich auf dem Merkmal der potentiellen Beeinträchtigung i. S. der Entscheidung *Dassonville*⁴⁰⁰ beruht, keine Rechnung. Zwar wäre es grundsätzlich möglich, die *Oosthoek*-Formel in modifizierter Form weiterzuverwenden, doch würde dies keinen Sinn machen. Denn eine wesent-

³⁹⁶ EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – *Oosthoek* – Slg. 1982, S. 4575 ff. (4587), Rdn. 15

³⁹⁷ Vgl. oben Pkt. 3.1

³⁹⁸ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – *Keck und Mithouard* – Slg. 1993, S. I-6097 ff.

³⁹⁹ Vgl. oben Pkt. 3.3.4.2.4

liche Bedeutung dieser Passage lag gerade in ihrer beweis erleichternden Wirkung, als daß beim Vorliegen ihrer Voraussetzungen die Vermutung einer, zumindest potentiellen, Warenverkehrsbeschränkung bestand. Eine solche Vermutung ist aber mit dem Erfordernis der konkreten Feststellung der Beschränkung, wie es die Entscheidung *Keck* verlangt, nicht zu vereinbaren.

Im Rahmen der Rechtfertigung des niederländischen Zugabeverbotes durch die zwingenden Erfordernisse i. S. des Urteils *Cassis de Dijon*⁴⁰¹ zieht der EuGH sowohl den Aspekt des Verbraucherschutzes als auch den Aspekt der Lauterkeit des Handelsverkehrs heran und bejaht beide.⁴⁰² In bezug auf die Lauterkeit des Handelsverkehrs führt der EuGH aus, daß das Anbieten von Zugaben zu einer Verfälschung des Leistungswettbewerbs führen kann, da die normalen Wettbewerbsverhältnisse durch Unternehmen gestört werden, die sich zur Förderung des eigenen Absatzes Zugaben bedienen. Des weiteren ist seiner Ansicht nach auch der Verbraucherschutz gefährdet, da es hierdurch zu einer Täuschung des Verbrauchers über die tatsächlichen Preise der Erzeugnisse kommen kann, was wiederum dem Grundsatz der Markttransparenz widerspräche, der mit dem Leitbild eines aufgeklärten und mündigen Euro-Verbrauchers untrennbar verbunden bzw. dessen Voraussetzung ist. Auch das Merkmal des Verwendungszusammenhangs, der im konkreten Vorlagesachverhalt zu einer Unvereinbarkeit der Zugabepaxis der Firma *Oosthoek* mit der niederländischen Zugabeverordnung geführt hat und beispielsweise im belgischen Recht nicht existiert, erachtet der Gerichtshof in diesem Zusammenhang als verhältnismäßig.⁴⁰³ Im Ergebnis sind daher die streitigen Regelungen des niederländischen Gesetzes über die Beschränkung des Zugabewesens mit den Vorschriften der Warenverkehrsfreiheit zu vereinbaren.

Was an dieser Entscheidung ein wenig verwundert, ist, daß der EuGH mit keiner Silbe auf einen möglicherweise bestehenden struktur politischen Hintergrund der Zugaberegulation eingegangen ist⁴⁰⁴ und auch die streitige Bestimmung keiner umfangreichen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen hat, da es sich ja bei der niederländi-

⁴⁰⁰ EuGH, Urt. v. 11.7.1974, Rs. 8/74 – *Dassonville* – Slg. 1974, S. 837 ff.

⁴⁰¹ EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – *Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* – Slg. 1979, S. 649 ff.

⁴⁰² EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – *Oosthoek* – Slg. 1982, S. 4575 ff. (4588), Rdn. 16 ff.

⁴⁰³ EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – *Oosthoek* – Slg. 1982, S. 4575 ff. (4588), Rdn. 19 ff.

⁴⁰⁴ In Deutschland geht die Zugabeverordnung beispielsweise auf eine Verordnung vom 9.3.1932 (RGBl. I S. 121) zurück, deren Ziel es war den Mittelstand vor einer ausufernden Zugabepaxis zu schützen.

schen Regelung, soweit es sich um eine mögliche Irreführung von Verbrauchern handelt, im Ergebnis um einen abstrakten Gefährdungstatbestand handelt. Dies läßt sich jedoch erklären, wenn man den Schwerpunkt der Rechtfertigung der niederländischen Zugabeverordnung in dem vom EuGH aufgenommenen Kriterium der Markttransparenz sieht⁴⁰⁵ und davon ausgeht, daß er die Gewährung von Zugaben von einem bestimmten Grad an, der offenbar im vorliegenden Fall erreicht war, insgesamt als einem freien Leistungswettbewerb abträglich erachtet. Gelingt es nämlich einem Anbieter, das Merkmal der Markttransparenz durch übermäßige Gewährung von Zugaben zu seinen Gunsten zu beeinflussen oder gar aufzuheben, kann er sich dem Konkurrenzdruck entziehen, da die Verbraucher aus Bequemlichkeit darauf verzichten werden, einen vollständigen Preisvergleich hinsichtlich der Hauptsache durchzuführen und damit eine hinreichende Markttransparenz herzustellen. Insoweit wird auch verständlich, weshalb der EuGH sowohl auf die Erörterung möglicher strukturpolitischer Hintergründe als auch auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hat verzichten können. Vor dem Hintergrund eines derartigen Wettbewerbsverständnisses ist es nicht relevant, welche originäre Schutzrichtung der Zugaberegulation hatte, da sie im Ergebnis allen Marktteilnehmern durch Steigerung der Wettbewerbsintensität dient. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hätte hingegen nur das Resultat gehabt, die Möglichkeit zum Anbieten von Zugaben zu erweitern.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß der EuGH Zugaberegulationen als grundsätzlich geeignet erachtet, die Markttransparenz zu wahren und dementsprechende Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit zu rechtfertigen. Allerdings bedarf es in diesem Bereich einer differenzierten Betrachtungsweise. So kann nicht davon ausgegangen werden, daß der EuGH ein vollständiges Verbot des Zugabewesens favorisiert, denn auch die im vorliegenden Fall streitige niederländische Regelung gestattete unter bestimmten Voraussetzungen die Gewährung von Zugaben.⁴⁰⁶ Es ist jedoch davon auszugehen, daß eine restriktive Handhabung des Zugabewesens unter den Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs im Hinblick auf die Wahrung einer hinreichenden Markttransparenz vom EuGH gebilligt wird. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf spezialgesetzlich geregelte Zugabeverbote,

⁴⁰⁵ Vgl. oben Pkt.3.2.1.2.1.3

⁴⁰⁶ Nach dieser Ausnahmeregelung war eine Zugabe erlaubt, wenn zwischen ihr und der Hauptsache ein Verwendungszusammenhang bestand und der Zugabecharakter der Ware durch eine Kennzeichnung deutlich gemacht wurde. Hierbei durfte der Wert der Zugabe allerdings 4% des Wertes der Hauptsache nicht überschreiten. EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – Oosthoek – Slg. 1982, S. 4575 ff. (4577)

sondern umfasst auch, je nach Ausgestaltung des konkreten Einzelfalls, vergleichbare Tatbestände und durch nationale Rechtsprechung gebildete Fallgruppen des Zugabewesens im weiteren Sinne, wie beispielsweise das Verbot von Koppelungsgeschäften oder Vorspannangeboten.

5.4 Eigenpreisvergleiche

Sowohl in der Entscheidung *GB-Inno-BM*⁴⁰⁷ aus dem Jahr 1990 als auch in der Entscheidung *Yves Rocher*⁴⁰⁸ von 1993 hatte sich der EuGH mit dem unterschiedlich ausgestalteten deutschen und luxemburgischen Verbot des Eigenpreisvergleichs auseinanderzusetzen. Im Kern sind beide Entscheidungen dem Bereich der Irreführung zuzuordnen, da durch die streitgegenständlichen Normen des nationalen Rechts nicht nur unwahre, sondern auch wahre Angaben verboten wurden, was letztlich nicht in Einklang mit dem Informationspostulat des europäischen Verbraucherschutzrechts zu bringen ist.

5.4.1 Die Entscheidung *GB-Inno-BM*

Gegenstand dieser Vorlageentscheidung des EuGH war die niederländische Rechtsvorschrift des Verbots von Verkaufsangeboten oder Einzelhandelsverkäufen, die mit einem zeitlich begrenzten Preisnachlass verbunden sind und außerhalb von Sonderverkäufen oder Schlussverkäufen stattfinden, wenn die Dauer des Angebots angegeben oder auf die früheren Preise hingewiesen wird.

Die belgische Aktiengesellschaft *GB-Inno-BM* betrieb Supermärkte im belgischen Arlon, ca. 30 km entfernt von der luxemburgischen Grenze. In diesen Geschäften deckten auch viele luxemburgische Staatsbürger ihren Bedarf an Lebensmitteln und Haushaltsgütern. Zur Förderung ihres Absatzes verteilte sie in Belgien und in Luxemburg Werbeschriften, die sowohl einen zeitlich begrenzten Preisnachlass ankündigten als auch Bezug auf höhere frühere Preise nahmen. Diese Werbeschriften standen zwar im Einklang mit den belgischen Rechtsvorschriften, aber nicht Regelung, mit der großherzoglichen luxembur-

⁴⁰⁷ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – *GB-Inno-BM* – Slg. 1990-I S. 667 ff.

⁴⁰⁸ EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – *Yves Rocher* – Slg. 1993, S. I-2361 ff.

gischen Verordnung über den unlauteren Wettbewerb. Hiergegen erhob nun ein Verein zur Wahrung der Interessen des luxemburgischen Handels Klage. Die Firma *GB-Inno-BM* wurde daraufhin verurteilt, die Verteilung der betreffenden Werbeschriften in Luxemburg zu unterlassen. Nachdem sie hiergegen Kassationsbeschwerde eingelegt hatte, legte das zuständige Kassationsgericht dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die fraglichen luxemburgischen Regelungen mit der europäischen Warenverkehrsfreiheit zu vereinbaren sind.

5.4.1.1 Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil *Keck*

Fraglich ist zunächst, ob die Entscheidung *GB-Inno-BM* auch nach den im Urteil *Keck* entwickelten Grundsätzen noch in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV fällt. Bei der betreffenden luxemburgischen Vorschrift handelt es sich eindeutig um eine die Verkaufsmodalitäten betreffende die nur dann einer Überprüfung am Maßstab des Art. 28 EGV zugänglich wäre, wenn eine rechtliche oder tatsächliche Ungleichberührung vorläge. Im vorliegenden Fall kommt einzig eine tatsächliche Ungleichberührung in Betracht. Voraussetzung wäre dementsprechend die Feststellung einer konkreten Marktzutrittsbeschränkung. Hierbei ist zunächst festzustellen, daß die Firma *GB-Inno-BM* ihre Waren ausschließlich im belgischen Hoheitsgebiet verkauft und keine Filiale in Luxemburg unterhält. Das bedeutet, daß die Produkte erst nach dem Verkauf an den Endverbraucher die mitgliedstaatlichen Grenzen überqueren. Aber nach der Auffassung des EuGH umfaßt die Warenverkehrsfreiheit nicht nur den gewerblichen Handel, sondern auch Privatpersonen, was bedeutet,

„... daß es den in einem Mitgliedstaat ansässigen Verbrauchern möglich sein muß, sich frei in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates begeben zu können, um dort unter denselben Bedingungen wie die ortsansässige Bevölkerung einzukaufen. Dieses Recht der Verbraucher wird beeinträchtigt, wenn ihnen der Zugang zu den im Einkaufsland erhältlichen Werbematerialien verwehrt wird. Ein Verbot, derartiges Werbematerial zu verbreiten, muß folglich in den Geltungsbereich des Artikel 28 und 30 EGV⁴⁰⁹ fallen.“⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Nach der alten Fassung des EWG-Vertrages lautete die Passage *„...der Artikel 30, 31 und 36 EWG-Vertrag fallen.“*

⁴¹⁰ EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – Slg. 1993, S. I-2361 ff. (I-686), Rdn. 8

Daraus ergibt sich, daß es nach Ansicht des EuGH für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 28 EGV ausreichend ist, wenn es dem Unternehmer durch die betreffende nationale Vorschrift erschwert, seinen Markt mit Mitteln der Absatzförderung zu erreichen. Im konkreten Fall ergibt sich daraus für die Anwendung der Grundsätze des Urteils *Keck*, daß eine Marktzutrittsbeschränkung in der Form gegeben ist, daß die Firma *GB-Inno-BM* aufgrund der unterschiedlichen nationalen Regelungen gezwungen ist, ihr einheitliches Werbekonzept zu diversifizieren, mit der Folge von Mehrkosten und einem daraus resultierenden Nachteil am Markt. Wie sich aus dem Vorlagesachverhalt ergibt, ist diese Marktzutrittsbeschränkung auch konkret und nicht nur potentiell, da die Flugblattverteilung bereits durchgeführt war. Damit wäre Art. 28 EGV im vorliegenden Fall auch nach der Entscheidung *Keck* noch anwendbar ist.

5.4.1.2 Die Entscheidung des EuGH

Nach Klärung der Frage, ob der Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf den ausschließlichen Verkauf der Waren in Belgien und der Feststellung einer Beschränkung des freien Warenverkehrs durch die fragliche luxemburgische Regelung wendet sich der EuGH der Frage einer möglichen Rechtfertigung zu. Bereits der vom Gerichtshof diesbezüglich aufgestellte Ansatz läßt erkennen, in welche Richtung sich die Prüfung bewegen wird:

„Es stellt sich somit die Frage, ob nationale Rechtsvorschriften, die dem Verbraucher den Zugang zu bestimmten Informationen verwehren, im Interesse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sein können.“⁴¹¹

Der EuGH stellt damit offensichtlich auf den Aspekt der Informationsverkürzung ab. Sowohl die Klägerin des Ausgangsverfahrens als auch die luxemburgische Regierung tragen zur Rechtfertigung der streitigen Regelung vor, daß diese zum einen den Verbraucher vor Irreführungen schütze, da dieser regelmäßig nicht wisse, ob der genannte frühere Vergleichspreis zutreffend sei, und zum andern durch das Verbot der

⁴¹¹ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – *GB-Inno-BM* – Slg. 1990-I S. 667 ff. (687), Rdn. 13

Angabe des früheren Preises die Ausübung eines übermäßigen psychologischen Drucks auf den Verbraucher verhindern solle.⁴¹² In konsequenter Verfolgung seines anfänglich aufgestellten Rechtfertigungsansatzes untersucht der EuGH zunächst detailliert den nach europäischer Rechtsauffassung bestehenden Zusammenhang zwischen der Unterrichtung und dem Schutz des Verbrauchers. Hierzu nimmt er umfangreich Bezug auf das erste und das zweite Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher⁴¹³ und arbeitet den danach bestehenden unbedingten Zusammenhang zwischen der Unterrichtung und Aufklärung des Verbrauchers und dem daraus resultierenden Schutz desselben heraus. Er verweist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf den zweiten Teil des Verbraucherschutzprogramms, der Formulierungen enthält, „die die Richtigkeit von Verbraucherinformationen betreffen, ohne dem Verbraucher jedoch den Zugang zu bestimmten Informationen zu verwehren“.⁴¹⁴ Nach ergänzender Bezugnahme auf die Grundsätze, die er bereits im Rahmen seiner Etikettierungsrechtsprechung entwickelt hat, kommt der EuGH schließlich zu dem Ergebnis, daß nationale Vorschriften, die den Verbrauchern den Zugang zu bestimmten Informationen verwehren, nicht durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sein können.⁴¹⁵

Gerade in bezug auf die Negierung einer Rechtfertigung unter dem ausschließlichen Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes ist *Heermann* der Ansicht, daß es einer Auseinandersetzung mit dem möglicherweise bestehenden mittelstandsschützenden Charakter der luxemburgischen Vorschrift bedurft hätte.⁴¹⁶ Eine derartige Rechtfertigung aus strukturpolitischen Gründen ist allerdings nicht im Rahmen des zwingenden Erfordernisses der Lauterkeit des Handelsverkehrs möglich,⁴¹⁷ sondern wäre als eigenständiges zwingendes Erfordernis zu prüfen. Zwar hatten die am Verfahren Beteiligten zu einer derartigen Rechtfertigungsmöglichkeit auch nicht vorgetragen, doch erscheint es als unwahrscheinlich, daß die streitige luxemburgische Regelung i. S. einer berechtigten wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidung eine Rechtfertigung hätte bewirken können. Unter diese Fallgruppe hat der EuGH bisher

⁴¹² EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff. (687), Rdn. 11

⁴¹³ Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Abl.1975 C 92/1; Zweites Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung des Verbrauchers, Abl. 1981 C 133/1

⁴¹⁴ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff. (687), Rdn. 16

⁴¹⁵ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff. (687), Rdn. 17 f.

⁴¹⁶ Heermann, WRP 1993, S. 585

lediglich Sachverhalte subsumiert, bei denen es um Arbeits-, Liefer- und Verkaufszeiten ging.⁴¹⁸

Interessant ist weiterhin der ausdrückliche Verweis des EuGH auf den Punkt des zweiten Verbraucherschutzprogramms, in dem es heißt, daß Wettbewerber mögliche Irreführungen dadurch ausschließen können müssen, daß sie in der Lage sind, die Richtigkeit ihrer Behauptungen entsprechend nachzuweisen.⁴¹⁹ Mit diesem Grundsatz, der von den Werbenden letztlich fordert, in der Lage zu sein, eine konkrete Irreführungsfahr zu widerlegen, sind abstrakte Gefährdungsdelikte im Bereich der Irreführung nur schwer in Einklang zu bringen.

Als verallgemeinerungsfähige Rechtsregel kann dem Urteil *GB-Inno-BM* im Ergebnis entnommen werden, daß nationale Vorschriften, die über ein bloßes Irreführungsverbot hinausgehen und nicht nur unwahre, sondern auch wahre Werbeangaben verbieten, nicht mit dem dem Verbraucherschutz immanenten Informationspostulat zu vereinbaren sind. Dementsprechend sind wahre Preisvergleiche grundsätzlich als europarechtskonform anzusehen.

5.4.2 Die Entscheidung *Yves Rocher*⁴²⁰

Ähnlich lag der Ausgangssachverhalt in der Entscheidung *Yves Rocher*. Gegenstand einer europarechtlichen Überprüfung war in diesem Fall die mittlerweile aufgehobene deutsche Regelung des Verbots, in Geschäftsbeziehungen mit dem Endverbraucher die gegenwärtig geforderten Preise mit den früher gehandhabten höheren Preisen zu vergleichen oder Preisherabsetzungen mittels bestimmter Prozentsätze anzukündigen, wie sie in § 6 e UWG enthalten war.⁴²¹

Die deutsche *Yves Rocher GmbH* ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der gleichnamigen französischen Muttergesellschaft und vertreibt ein

⁴¹⁷ Vgl. oben Pkt. 3.2.1.1.3

⁴¹⁸ EuGH, Urt. v. 23.11.1989, Rs. C-145/88 – Torfaen Borough Council – NJW 1991, S. 626 Rdn. 13; EuGH, Urt. v. 14.7.1981, Rs. 155/80 – Oebel – NJW 1981, S. 1885 f.

⁴¹⁹ EuGH, Urt. v. 7.3.1990, Rs. C-362/88 – GB-Inno-BM – Slg. 1990-I S. 667 ff. (687), Rdn. 16

⁴²⁰ EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – Slg. 1993, S. I-2361 ff.

⁴²¹ § 6e UWG eingef. durch G. v. 25. 7. 1986 (BGBl. I S. 1169) und aufgeh. durch G. v. 25. 7. 1994 (BGBl. I S. 1738)

breites Angebot kosmetischer Artikel, von denen die meisten in Frankreich hergestellt werden, in der Bundesrepublik im Wege des Versandhandels. Die Werbung für diese Produkte wird für die meisten Mitgliedstaaten einheitlich durch die französische Muttergesellschaft konzipiert. Im April 1987 versandte die deutsche *Yves Rocher GmbH* einen Prospekt, in dem unter der Überschrift „Sparen sie 50 % und mehr bei 99 *Yves Rocher* Favoriten“ der frühere Produktpreis durchgestrichen im normalen Fließtext wiedergegeben und der neue niedrigere Preis in einer größeren Schrift und einem auffallenden Rotton dargestellt wurde. Hiergegen wandte sich ein deutscher Wettbewerbsverein mit Rüge eines Verstoßes gegen § 6 e UWG. Der schließlich mit der Revision befaßte erste Senat des BGH legte dem EuGH nun die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die fragliche deutsche Regelung mit Art. 28 EGV zu vereinbaren ist.

5.4.2.1 Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil *Keck*

Zweifelsohne führt die vorliegende nationale Regelung zu einer Beschränkung von Verkaufsmodalitäten. Ein unmittelbarer Produktbezug ist nicht ersichtlich. Für eine Eröffnung des Anwendungsbereiches der Warenverkehrsfreiheit kommt es somit wieder entscheidend darauf an, ob die streitige Regelung möglicherweise zu einer tatsächlichen Ungleichberührung führt. Im Hinblick auf den konkreten Diversifikationszwang, dem die Firma *Yves Rocher GmbH* aufgrund der Notwendigkeit einer separaten Werbestrategie für die Bundesrepublik Deutschland unterlag, kann von einer tatsächlichen Ungleichberührung und mithin einer Anwendbarkeit von Art. 28 EGV ausgegangen werden.

5.4.2.2 Die Entscheidung des EuGH

Inhaltlich unterscheidet sich die Entscheidung *Yves Rocher* wenig von der ähnlich gelagerten Entscheidung *GB-Inno-BM*. Unter Verwendung der in der Entscheidung *Oosthoek* gefundenen Formel, geht der EuGH davon aus, daß die streitige deutsche Regelung ein Einfuhrhindernis darstellt.⁴²² Im Rahmen der sich an diese Feststellung anschließenden Prüfung einer möglichen Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs nimmt der Gerichtshof eine ausführliche Verhältnismäßigkeitsprüfung vor. Hier liegt auch der

Unterschied zur Entscheidung *GB-Inno-BM*. Dort hat der EuGH nämlich bereits auf der Tatbestandsebene eine Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes verneint. Im vorliegenden Fall erachtet er nunmehr die mit § 6 e UWG verfolgte Zielsetzung, nämlich die Vermeidung einer übertriebenen Anlockwirkung, als ein grundsätzlich gemeinschaftsrechtlich legitimes Ziel.⁴²³ Doch weicht er in letzter Konsequenz nicht von dem im Urteil *GB-Inno-BM* gefundenen Ergebnis ab und beurteilt die betreffende Regelung in konsequenter Fortführung als unverhältnismäßig, da sie auch zutreffende Preisgegenüberstellungen, die dem Verbraucher nützen können, verhindert.⁴²⁴ Damit bestätigt der EuGH das Verbot der Informationsverkürzung.

5.5 Irreführung

5.5.1 Die Entscheidung *r + r*⁴²⁵

Bei der Entscheidung *r + r* aus dem Jahre 1984 handelt es sich um eine der frühen Entscheidungen des Gerichtshofes zum Problem der Irreführung. Gegenstand war bereits hier das deutsche Irreführungsverbot gem. § 3 UWG.

Die französische Firma *Ringelhan & Renett SA* wurde im Jahre 1971 als Schwestergesellschaft eines gleichnamigen deutschen Unternehmens gegründet und war ebenfalls auf die Herstellung und den Vertrieb von Apothekeneinrichtungen spezialisiert. Beide Unternehmen bedienten sich des gleichen Firmenzeichens, nämlich zwei weißer Buchstaben „r + r“ auf rotem Grund. Nach dem Konkurs der deutschen Muttergesellschaft im Jahre 1982 wurde die französische Gesellschaft durch den Konkursverwalter ermächtigt, für ihre Produkte, die über eine deutsche Firma nun auch in der Bundesrepublik vertrieben wurden, dieses Firmensymbol weiter zu verwenden. Hiergegen wandte sich nun die deutsche Firma *Kohl*, die ebenfalls Apothekeneinrichtungen vertrieb, mit der Begründung, hiermit knüpfe die französische Firma in unlauterer Weise an den „goodwill“ des früheren Unternehmens an und verursahe somit einer derartigen Irreführung. Das erkennende Gericht war zwar geneigt, von dem Vorliegen einer Irreführung i. S. des § 3 UWG auszugehen, doch hatte es im Hinblick auf die europäische Dimension des Falles Bedenken, ob ein dem klägerischen Begehren stattgebendes Unterlassungsurteil

⁴²² EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – Slg. 1993, S. I-2361 ff. (2388), Rdn. 10

⁴²³ EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – Slg. 1993, S. I-2361 ff. (2389), Rdn. 14 f.

⁴²⁴ EuGH Urt v. 18.5.1993, Rs. C-126/91 – Yves Rocher – Slg. 1993, S. I-2361 ff. (2390), Rdn. 19

⁴²⁵ EuGH, Urt. v. 6.11.1984, Rs. 177/83 – r + r – Slg. 1984, S. 3651 ff.

nicht möglicherweise einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit des Art. 28 EGV darstellen würde, und legte diese Frage deshalb dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

5.5.1.1 Die Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil *Keck*

Im vorliegenden Fall handelt es sich um die Zulässigkeit der Verwendung eines bestimmten Firmensignets. Es ist nicht ausgeschlossen, daß dieses in irgendeiner Form auch auf den Produkten der französischen Firma *Ringelhan & Renett* angebracht wurde. Wäre dies der Fall gewesen, könnte die Anwendbarkeit des Art. 28 EGV problemlos bejaht werden. Da die vorliegende Entscheidung allerdings neun Jahre vor der Entscheidung *Keck* ergangen ist, finden sich hierzu im Sachverhalt keine Ausführungen. Wenn zwar auch die Vermutung des Vorliegens einer Produktmodalität besteht, muß dennoch geprüft werden, ob auch unter dem Aspekt einer Verkaufsmodalität die Anwendbarkeit von Art. 28 EGV gegeben wäre. Dies könnte dann angenommen werden, wenn es durch ein Verbot der Verwendung des Signets „r + r“ zu einer tatsächlichen Ungleichberührung i. S. des Urteils *Keck* käme. Wie bereits mehrfach dargelegt, ist dies immer dann der Fall, wenn es durch die fragliche Regelung zu einer konkreten Marktzutrittsbehinderung für den betroffenen Wirtschaftsteilnehmer kommt. Hiervon kann im vorliegenden Fall ausgegangen werden, da die französische Firma *Ringelhan & Renett* ihre Produkte auch auf dem deutschen Markt unter dem Signet „r + r“ vertrieb und durch ein Verbot gezwungen gewesen wäre, unter erheblichen Mehrkosten einen Vertriebsweg unter einem anderen Namen aufzubauen oder Zusätze zu verwenden, die den Werbewert des Firmensignets hätten beeinträchtigen können.⁴²⁶ Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, daß eine tatsächliche Gleichberührung gegeben ist, weshalb der Anwendungsbereich des Art. 28 EGV eröffnet ist.

⁴²⁶ EuGH, Urt. v. 6.11.1984, Rs. 177/83 – r + r – Slg. 1984, S. 3651 ff. (3657)

5.5.1.2 Die Entscheidung des EuGH

Der Gerichtshof wählt in dieser Entscheidung einen Ansatzpunkt, der den Ausgangsachverhalt in unzulässiger Weise verkürzt und weder der Vorlagefrage noch der tatsächlichen materiellen Rechtslage entspricht. In Übereinstimmung mit den Ausführungen des Generalanwalts Lenz geht der Gerichtshof davon aus, daß es sich bei der streitigen Regelung um eine solche mit diskriminierendem Charakter handelt und damit eine Rechtfertigung nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 30 EGV möglich wäre.⁴²⁷ Hintergrund dieser Feststellung ist die Annahme des EuGH, der Irreführungstatbestand des § 3 UWG würde in dem Sinne ausgelegt werden, daß sich die Unlauterkeit allein darauf gründe, daß die Öffentlichkeit in bezug auf die in- oder ausländische Herkunft des betreffenden Produktes getäuscht würde. Zwar ist dem Gerichtshof grundsätzlich zuzustimmen, daß eine solche Auslegung als Diskriminierung aufzufassen und damit ausschließlich einer Rechtfertigung durch Art. 30 EGV zugänglich ist. Im Ausgangsachverhalt steht aber einzig eine Irreführung aufgrund der betrieblichen Herkunft und keine aufgrund der nationalen Herkunft des Produktes zur Rede. Daß die Irreführung über die betriebliche Herkunft mittelbar auch zu einer Irreführung über die geographische Herkunft führt, ist eine zwingende Folge des transnationalen Sachverhalts, der letztlich auch zu einer Vorlage an den EuGH führte, gleichwohl wurde entgegen den Ausführungen des Gerichtshofes die geographische Herkunft des Produktes nie zur Begründung einer Irreführung herangezogen. Aus der Entscheidung des EuGH nun abzuleiten, daß bei jeder Unterscheidung nach der betrieblichen Herkunft eines Produktes, die zwangsläufig auch zu einer nicht beabsichtigten, mittelbaren Unterscheidung nach der geographischen Herkunft des Produktes führt, das Vorliegen einer diskriminierenden Regelung anzunehmen ist, würde zu weit führen. Eine solche Regelung wäre nämlich nur einer Rechtfertigung innerhalb der engen Grenzen des Art. 30 EGV zugänglich.⁴²⁸ Wie der Gerichtshof in der vorliegenden Entscheidung festgestellt, sind beispielsweise Aspekte des Verbraucherschutzes im Rahmen einer solchen Rechtfertigung nicht zu berücksichtigen.⁴²⁹ Ebenso scheidet eine Rechtfertigung aus Gründen der Lauterkeit des Handelsverkehrs aus. Zwar handelt es sich bei dem Schutz vor der Irreführung

⁴²⁷ EuGH, Urt. v. 6.11.1984, Rs. 177/83 – r + r – Slg. 1984, S. 3651 ff. (3663), Rdn. 15

⁴²⁸ Vgl. oben Pkt. 3.4

über die betriebliche Herkunft auch unter einer europäischen Betrachtungsweise um ein legitimes Ziel, da eine lauterkeitsrechtlich orientierte Rechtfertigung aber aufgrund des diskriminierenden Charakters einer solchen Unterscheidung kategorisch ausscheidet, ist ein sachgerechtes Ergebnis nicht möglich. Die Entscheidung *r + r* und aus ihr möglicherweise abgeleitete Rechtsgrundsätze sollten daher im Rahmen der Beurteilung der europarechtlichen Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Maßnahmen im Bereich des unlauteren Wettbewerbs nur sehr eingeschränkt verwendet werden, da sie auch nicht als richtungsweisend für die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Irreführung erachtet werden können.

Richtigerweise hätte der Gerichtshof die betreffende Regelung als unterschiedslos anwendbar erachten müssen und alsdann eine möglicherweise bestehende Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes oder der Lauterkeit des Handelsverkehrs prüfen müssen. Da es sich bei dem Schutz vor einer Irreführung über die betriebliche Herkunft eines Produktes um ein gemeinschaftsrechtlich durchaus legitimes Ziel handelt, wäre durch den EuGH lediglich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit genauer zu erörtern gewesen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß die französische Firma *Ringelhan & Renett* das Firmensignet „r + r“ in Frankreich unbeanstandet verwendet und hierzu durch den Konkursverwalter der deutschen Muttergesellschaft auch ermächtigt wurde. Des weiteren ergeben sich aus dem Ausgangssachverhalt auch keine Hinweise auf eine mindere Qualität der in Frankreich produzierten Möbel, so daß davon ausgegangen werden kann, daß ein Verbot der Verwendung des Signets „r + r“ in Deutschland nicht verhältnismäßig wäre und damit gegen Art. 28 EGV verstieße.

⁴²⁹ EuGH, Urt. v. 6.11.1984, Rs. 177/83 – *r + r* – Slg. 1984, S. 3651 ff. (3663), Rdn. 19

5.5.2 Die Entscheidung *Pall*⁴³⁰

Wesentlich instruktiver und auch richtungsweisender für eine Behandlung des Problembereiches der Irreführung durch den EuGH ist die Entscheidung *Pall* aus dem Jahre 1990.

Die Beklagte des Ausgangssachverhalts, die Firma *Dahlhausen*, vertrieb in der Bundesrepublik Deutschland Blutfilter, die sie aus Italien einfuhrte. Der italienische Hersteller der Blutfilter brachte auf den Filtern selbst und den Verpackungen die Bezeichnung „Micropore“ zusammen mit dem Symbol ® als Zeichen eines in Italien bestehenden markenzeichenrechtlichen Schutzes an. Da für die Bezeichnung „Micropore“ in der Bundesrepublik kein Warenzeichenschutz bestand, nahm die Firma *Pall* als Klägerin des Ausgangsverfahrens die Firma *Dahlhausen* aufgrund irreführender Werbung gem. § 3 UWG auf Unterlassung in Anspruch. Das vorliegende Gericht Landgericht München I war der Auffassung, daß einem Unterlassungsanspruch stattzugeben wäre, hat jedoch aufgrund der europäischen Dimension des Sachverhalts Zweifel im Hinblick auf die Vereinbarkeit eines solchen Unterlassungsanspruchs mit Art. 28 EGV und legte daher die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

5.5.2.1 Die Anwendbarkeit von Art. 28 EGV im Hinblick auf das Urteil *Keck*

Im vorliegenden Fall ist die Anwendbarkeit des Art. 28 EGV relativ unproblematisch zu bejahen, da das streitgegenständliche Symbol ® sowohl unmittelbar auf dem Produkt selbst als auch auf der Verpackung angebracht wurde. Da für eine Änderung somit ein Eingriff auf der Produktionsebene notwendig wäre, liegt somit eine Produktmodalität i. S. des Urteils *Keck* vor.

5.5.2.2 Die Entscheidung des EuGH

In einem ersten Schritt prüft der Gerichtshof zunächst das Vorliegen einer Beschränkung des freien Warenverkehrs. Hierbei fällt auf, daß er sich dazu nicht der in der

⁴³⁰ EuGH, Urt. v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – *Pall Corp./P.J. Dahlhausen* – Slg. 1990, S. I-4827 ff.

Entscheidung *Oosthoek*⁴³¹ gefundenen Formel bedient, wonach bei der Beschränkung bestimmter Werbemethoden und Methoden der Absatzförderung die grundsätzliche Vermutung einer Warenverkehrsbeschränkung besteht.⁴³² Dies läßt sich nur damit erklären, daß der Gerichtshof die Streitigkeit als originär im Markenrecht angesiedelt erachtet und dem Symbol ® keinerlei Werbewert oder sonstige absatzfördernde Wirkung zumißt. Der EuGH bejaht schließlich eine Beschränkung des freien Warenverkehrs mit dem Argument des Diversifikationszwanges, da der Inhaber eines nur in einem Mitgliedstaat geschützten Warenzeichens durch die fragliche Regelung gezwungen wird, seine Produkte je nach Mitgliedstaat unterschiedlich zu gestalten und gesonderte Vertriebswege einzurichten.⁴³³ In einem zweiten Schritt prüft der Gerichtshof nun die Möglichkeiten einer Rechtfertigung einer solchen nationalen Regelung. In diesem Zusammenhang erachtet er es bereits als fraglich, ob durch das betreffende Symbol überhaupt eine Irreführung verursacht wird, da es seiner Ansicht nach nicht erwiesen ist, daß eine allgemeine Verkehrsauffassung dahingehend besteht, daß das Symbol ® angibt, daß Warenzeichen sei in dem Land eingetragen, in dem das Produkt in den Verkehr gebracht wird. Zwar läßt der EuGH diese Frage im Ergebnis zu Recht offen, da es sich hier um eine Tatsachenentscheidung des vorliegenden Gerichts handelt, doch der normativ geprägte Ansatz des europäischen Irreführungsbegriffs wird deutlich. Nach der Auffassung des Gerichtshofes kann die Frage nach einer tatsächlichen Irreführung dahingestellt bleiben, da die streitige Regelung jedenfalls nicht in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs steht, da die Verbraucher sich mehr für die Eigenschaften einer Ware interessieren als für den Ort der markenrechtlichen Eintragung.⁴³⁴ Des weiteren

*„... können umsichtige Wirtschaftsteilnehmer, die wissen möchten, ob ein Warenzeichen eingetragen ist, im öffentlichen Register die Rechtslage in bezug auf das fragliche Warenzeichen prüfen.“*⁴³⁵

⁴³¹ EuGH, Urt. v. 15.12.1982, Rs. 286/81 – *Oosthoek* – Slg. 1982, S. 4575 ff.

⁴³² Vgl. oben Pkt. 3.1

⁴³³ EuGH, Urt. v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – *Pall Corp./P.J. Dahlhausen* – Slg. 1990, S. I-4827 ff. (4848), Rdn. 13

⁴³⁴ EuGH, Urt. v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – *Pall Corp./P.J. Dahlhausen* – Slg. 1990, S. I-4827 ff. (4848), Rdn. 19

⁴³⁵ EuGH, Urt. v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – *Pall Corp./P.J. Dahlhausen* – Slg. 1990, S. I-4827 ff. (4849), Rdn. 21

Im Ergebnis erachtet der Gerichtshof die deutsche Regelung des § 3 UWG damit als unverhältnismäßig. Hinsichtlich der vom EuGH vertretenen Auffassung, daß die Verbraucher sich regelmäßig mehr für die Qualität der Ware als für den Ort des markenzeichenrechtlichen Schutzes interessieren, ist fraglich, ob dies bedeuten soll, daß es bereits an einem legitimen Schutzziel im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung fehlt, denn mit dieser Aussage erachtet der EuGH bestimmte Verbraucherinteressen als schlichtweg nicht schutzwürdig. Die Konsequenz dieser Auffassung wäre, daß grundsätzlich eine Rechtfertigung aufgrund des Schutzes der Verbraucher vor Irreführung über den Ort des markenzeichenrechtlichen Schutzes eines Produktes unter dem Aspekt des Verbraucherschutzes nicht möglich wäre. Eine solche Auffassung ginge aber zu weit und ließe außer acht, daß es sich bei dem Schutz des Verbrauchers um ein integrales Ziel der Gemeinschaft handelt. Es erscheint sachgerechter, auch den Schutz vor einer Irreführung über den Ort der markenzeichenrechtlichen Eintragung als legitimes Ziel aufzufassen und die geringere Schutzwürdigkeit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung i. e. S. zu berücksichtigen. Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Schutzwürdigkeit einer derartigen Verbraucherauffassung ist vor allem zu berücksichtigen, daß durch das Symbol ® keinerlei verbraucherrelevante Informationen vermittelt werden, insbesondere nicht über Art und Güte des Produktes. So strebt auch nach Ansicht des Gerichtshofes derjenige, der

„... in einem bestimmten Mitgliedstaat ein Warenzeichen eintragen läßt, in erster Linie an, das Zeichen in diesem Staat rechtlich schützen zu lassen“⁴³⁶

Die daraus resultierende Befugnis zur Verwendung des Symbols ® ist nur zweitrangig und hat keinen eigenständigen Werbewert.

Soweit der Gerichtshof die Werberichtlinie 84/450/EWG⁴³⁷ gerade im Hinblick auf eine fehlende Rechtfertigung des Irreführungsverbotes durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs für nicht anwendbar hält,⁴³⁸ ist dem zu folgen. Darüber hinaus ist auch davon auszugehen, daß

⁴³⁶ EuGH, Urt. v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – Pall Corp./P.J. Dahlhausen – Slg. 1990, S. I-4827 ff. (4849), Rdn. 21

⁴³⁷ Abl. EG 1984 Nr. L 250 v. 19.9.1984 S. 17 ff.; zuletzt geändert und ergänzt durch die Richtlinie 97/55/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997, zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, Abl. EG 1997 Nr. L 290 v. 23.10.1997 S. 18 ff.

⁴³⁸ EuGH, Urt. v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – Pall Corp./P.J. Dahlhausen – Slg. 1990, S. I-4827 ff. (4850), Rdn. 22

im vorliegenden Fall die Richtlinie bereits tatbestandsmäßig keine Anwendung finden kann. Wie bereits oben dargelegt, hat der Gerichtshof im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer Beschränkung des freien Warenverkehrs von einer Anwendung der *Oosthoek*-Formel abgesehen, da im vorliegenden Fall weder Werbung noch Methoden der Absatzförderung Gegenstand der Entscheidung sind. Es handelt sich einzig um die zusätzliche Verwendung des Symbols ®, das lediglich auf einen bestehenden markenrechtlichen Schutz hinweist und in Deutschland keinerlei Verwendungsvorschriften unterliegt sowie nach Ansicht des Gerichtshofes keinen eigenen Werbewert besitzt. Der vorliegende Sachverhalt läßt sich somit nicht unter den Begriff der „Werbung“ subsumieren, wie ihn Art. 2 der RiLi enthält. Da das Symbol ® auch keinerlei eigenen Werbewert enthält und lediglich akzessorisch markenrechtlichen Charakter hat, kann es auch nicht als Teil der Produktaufmachung i. S. des Art. 2 Abs. 2 RiLi aufgefasst werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß der EuGH in der Entscheidung *Pall* ohne Rückgriff auf bestehende mitgliedstaatliche Maßstäbe eigenständig eine bestimmte europäische Verbraucherauffassung bestimmt und eine Aussage über deren Schutzwürdigkeit trifft. Hierbei geht er im Rahmen der gesamten Entscheidungsfindung implizit vom Leitbild eines umsichtigen und aufgeklärten europäischen Verbrauchers aus und wählt damit im Bereich der Irreführung einen Ansatz, den er in späteren Entscheidungen weiter vertieft. Grundsätzlich läßt sich aus der Entscheidung zum einen ableiten, daß der Schutz vor Irreführung über den Ort der markenrechtlichen Eintragung ein legitimes gemeinschaftsrechtliches Ziel darstellt. Allerdings erscheint aufgrund der geringen Schutzwürdigkeit eines derartigen Verbraucherinteresses eine Rechtfertigung nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich. Soweit der EuGH auf die Möglichkeit verweist, zur Klärung des Bestehens eines markenrechtlichen Schutzes Einsicht in öffentliche Register zu nehmen, ginge es zu weit, hierin die Normierung einer Informationsobliegenheit oder sogar einer Informationsbeschaffungspflicht zu sehen.⁴³⁹ Vielmehr ist hierin der Versuch des Gerichtshofes zu sehen, alternative Verhaltensmöglichkeiten eines „umsichtigen Wirtschaftsteilnehmers“ aufzuzeigen, um eine Irreführung zu vermeiden. Hierfür sprechen sowohl der Wortlaut der fraglichen Urteils Passage, der lediglich von „können“ spricht, aber auch das Fehlen jeder

⁴³⁹ Vgl. oben Pkt. 3.2.1.2.1.2

Bezugnahme auf mögliche Konsequenzen im Falle der Nichtwahrnehmung dieser Möglichkeit.

5.5.3 Die Entscheidung *Mars*⁴⁴⁰

In der Entscheidung *Mars* aus dem Jahre 1995 handelt es sich um die erste Entscheidung des Gerichtshofes zur Überprüfung des deutschen Irrführungsverbot gem. § 3 UWG am Maßstab des primären Gemeinschaftsrechts seit dem Urteil *Keck*. Hier hatte der Gerichtshof nun erneut Gelegenheit, seine Rechtsprechung im Bereich der Irreführung weiter zu konturieren.

Die deutsche *Mars GmbH* führte Eiskremriegel der Marken Mars, Snickers, Bounty und Milky Way in die Bundesrepublik Deutschland ein. Diese Produkte wurden in Frankreich zum Zwecke des europaweiten Vertriebs einheitlich hergestellt und verpackt. Aus Anlaß einer befristeten europaweiten Werbekampagne wurde die Menge jedes Produktes um 10 % erhöht und auf den Verpackungen der Aufdruck „+ 10 %“ angebracht. Nach Ansicht der Klägerin, des Vereins gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e. V., stellt dies einmal einen Verstoß gegen § 3 UWG dar, da der Werbeaufdruck „+ 10 %“, in einer Art und Weise angebracht wurde, die beim Verbraucher den Eindruck erwecken konnte, das Erzeugnis sei um den farblich gekennzeichneten Teil der Verpackung vergrößert worden, im Verhältnis zum Rest der bedruckten Fläche der Verpackung einen wesentlich größeren Raum als 10 % einnahm. Zum anderen werde dem Käufer durch die Maßnahme suggeriert, daß der Mengenvorteil ohne eine Preiserhöhung gewährt werde. Dies würde jedoch zur Vermeidung einer Irreführung voraussetzen, daß auch die Einzelhändler ihre bisherigen Endpreise beibehielten. Eine solche Preisbildung stelle jedoch einen Verstoß gegen § 1 UWG i. V. m. § 15 GWB dar, weshalb zumindest eine abstrakte Irreführungsfahr gegeben sei. Das LG Köln legte dem EuGH daraufhin die Frage zur Entscheidung vor, ob ein aus den o. g. Gründen möglicherweise auszusprechendes Vertriebsverbot einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit i. S. des Art. 28 EGV darstellt.

5.5.3.1 Die Entscheidung des EuGH

Im Rahmen der Prüfung der Anwendbarkeit von Art. 28 EGV bringt der EuGH seine im Urteil *Keck* entwickelten Grundsätze zur Anwendung und unterscheidet zwischen

Regelungen mit einem unmittelbaren Produktbezug und solchen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten betreffen und nicht in den Anwendungsbereich von Art. 28 EGV fallen. Da sich der streitige Werbeaufdruck „+ 10 %“ auf der Verpackung selbst befand, war eine produktbezogene Regelung zweifelsohne gegeben. Die Warenverkehrsbeschränkung selbst leitet der Gerichtshof aus dem sich aus der Regelung ergebenden Diversifikationszwang ab und stellt fest, daß hierdurch der Importeur gezwungen werden kann,

„... die Ausstattung seiner Erzeugnisse je nach Ort des Inverkehrbringens unterschiedlich zu gestalten und demgemäß zusätzliche Verpackungs- und Werbungskosten zu tragen“.⁴⁴¹

Bereits diese Urteils Passage ist, obwohl sie recht kurz gehalten wurde, für die Prüfung des Art. 28 EGV in der Post-*Keck*-Ära recht instruktiv. Hieraus geht hervor, daß *Keck* keine grundsätzliche Neuorientierung an der Schnittstelle zwischen den nationalen Unlauterkeitsrechten und der Warenverkehrsfreiheit erfordert und die in den früheren Entscheidungen *Oosthoek*, *GB-Inno-BM* und *Yves Rocher* gefundenen Ansätze durchaus noch Bedeutung haben. Dies gilt insbesondere für den Ansatz, daß ein aus unterschiedlichen nationalen Regelungen resultierender Diversifikationszwang grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung des freien Warenverkehrs i. S. des Art. 28 EGV darzustellen.

Inhaltlich hatte sich der EuGH einmal mit dem Argument der Preisbindung und einer möglichen Irreführung aufgrund der Erwartung der Verbraucher hinsichtlich der Beibehaltung des bisherigen Preises und zum anderen mit der Frage auseinandersetzen, ob der optischen Gestaltung des Aufdrucks „+ 10 %“ eine irreführende Wirkung zukommt. Hinsichtlich des Preisbindungsargumentes führte der EuGH aus, daß weder die beklagte *Mars GmbH* noch die Einzelhändler die Werbeaktion genutzt hätten, um ihre Preise zu erhöhen. Seiner Auffassung nach genügt es aber nicht, daß die bloße Möglichkeit besteht,

⁴⁴⁰ EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff.

⁴⁴¹ EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff. (1941), Rdn. 13

*„... daß die Importeure und Einzelhändler den Preis der Ware erhöhen und daß demzufolge die Verbraucher irregeführt werden, ... um ein allgemeines Verbot zu rechtfertigen, daß den innergemeinschaftlichen Handel behindern könnte“.*⁴⁴²

In dieser Passage wird die ablehnende Haltung des Gerichtshofes gegenüber abstrakten Irreführungstatbeständen deutlich. Solche sind seiner Ansicht nach grundsätzlich nicht geeignet, eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit zu rechtfertigen. Konsequenterweise stellt der EuGH allerdings fest, daß es den Mitgliedstaaten unbenommen bleibt, im Falle des Vorliegens konkreter Vorgänge die eine Irreführung der Verbraucher zur Folge haben, entsprechend zu reagieren.⁴⁴³

Gerade die Ausführungen des GA Léger in seinen Schlußanträgen bieten einen guten Kontrast, um die Normativität der Auffassung des Gerichtshofes im Bereich der Irreführung deutlich zu machen. GA Léger hatte in seinen Schlußanträgen im Rahmen der Prüfung einer möglichen Rechtfertigung der nationalen Regelung vorgetragen, daß seiner Ansicht nach eine Rechtfertigung dann möglich sei, wenn durch das nationale Gericht das Vorliegen einer Irreführungsgefahr festgestellt worden wäre.⁴⁴⁴ Dies hätte aber der Durchführung einer Verkehrsbefragung bedurft.⁴⁴⁵ Darauf ging der EuGH in seiner Entscheidung jedoch nicht ein, sondern legte dem nationalen Irreführungsbegriff seine eigene Auslegung zugrunde, wonach empirische Elemente zur Feststellung einer Irreführungsgefahr nicht notwendig sind.⁴⁴⁶ Nach dem von ihm vertretenen Leitbild des umsichtigen und verständigen europäischen Verbrauchers, sind für eine derartige Beurteilung ausschließlich normative Kriterien heranzuziehen.⁴⁴⁷

Hinsichtlich einer möglicherweise bestehenden Irreführungsgefahr aufgrund der optischen Gestaltung des Aufdrucks „+10 %“ stellt der EuGH zunächst fest, daß diese Aussage als solche zutrifft. Eine Irreführungsgefahr kann sich damit nur noch aus

⁴⁴² EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff. (1943), Rdn. 19

⁴⁴³ EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff. (1943), Rdn. 19

⁴⁴⁴ GA Léger, Schlußanträge in der Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff. (1932), Rdn. 44

⁴⁴⁵ Streinz/Leible, ZIP 1995, S. 1239

⁴⁴⁶ Fezer, WRP 1995, S. 673

⁴⁴⁷ Vgl. oben Pkt. 3.2.1.2.1.1

dem Umstand ergeben, daß der fragliche Werbeaufdruck einen größeren Raum als 10 % der Gesamtfläche einnimmt.⁴⁴⁸ Nach Ansicht des EuGH ist dieser Umstand jedoch nicht geeignet, eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit zu rechtfertigen, da von verständigen Verbrauchern erwartet werden kann,

*„... daß sie wissen, daß zwischen der Größe von Werbeaufdrucken, die auf eine Erhöhung der Menge des Erzeugnisses hinweisen, und dem Ausmaß dieser Erhöhung nicht notwendig ein Zusammenhang besteht“.*⁴⁴⁹

Letztlich können dem Urteil *Mars* nur wenige verallgemeinerungsfähige Rechtsgrundsätze entnommen werden. Die Bedeutung liegt vor allem in der klarstellenden Funktion im Hinblick auf das maßgebliche Verbraucherleitbild.⁴⁵⁰ Fest steht jedenfalls, daß nationale Regelungen die eine Änderung der Verpackung erfordern, in einem anderen Mitgliedstaat keinen rechtlichen Bedenken unterliegt, eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit darstellt und somit einer Rechtfertigung bedarf. Des weiteren ist lediglich das Vorliegen einer abstrakten Irreführungsgefahr für die Rechtfertigung einer warenverkehrsbeschränkenden nationalen Regelung durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes nicht ausreichend.

5.6 „Cold Calling“

5.6.1 Die Entscheidung *Alpine Investments*⁴⁵¹

Gegenstand der Entscheidung *Alpine Investments* war das durch die niederländische Regierung gegenüber einem dort ansässigen Finanzdienstleistungsunternehmen ausgesprochene Verbot des sog. „Cold Calling“.⁴⁵² Hierbei handelt es sich um das Verfahren, mit Privatleuten, ohne deren vorherige schriftliche Zustimmung, telefonisch Kontakt aufzunehmen, um sie zu einem Geschäftsabschluss, im konkreten Fall

⁴⁴⁸ EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff. (1943), Rdn. 21 f.

⁴⁴⁹ EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – Slg. 1995, S. I-1923 ff. (1944), Rdn. 24

⁴⁵⁰ ähnlich Meyer, GRUR Int. 1996, S. 101

⁴⁵¹ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments* – Slg. 1995, S. I-1141 ff.

⁴⁵² Vgl zum Sachverhalt und den Entscheidungsgründen oben Pkt. 4.4.1.4

der Abnahme von Finanzdienstleistungen, zu bewegen. Allerdings beruhte die gegenüber der Firma *Alpine Investments* ausgesprochene Untersagung nicht auf den Vorschriften des allgemeinen niederländischen Unlauterkeitsrechts, sondern erging aufgrund einer Vorschrift des niederländischen Gesetzes über den Wertpapierhandel, welches Auflagen zum Zwecke der Einschränkung unerwünschter Entwicklungen im Wertpapierhandel gestattet.

Die grundsätzliche Zulässigkeit von Telefonwerbung wird in den Mitgliedsstaaten der EU unterschiedlich beurteilt, wobei der überwiegende Teil der Mitgliedstaaten diese als legitim erachtet.⁴⁵³ Auf der Ebene des europäischen Sekundärrechts finden sich hierzu nur partielle Regelungen, insbesondere in der Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.⁴⁵⁴ In der Entscheidung *Alpine Investments* waren hingegen keinerlei sekundärrechtliche Vorschriften zu berücksichtigen, da diese, soweit sie möglicherweise einschlägig sein könnten, sämtlich nach dem im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt erlassen wurden.⁴⁵⁵

Hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 49 EGV stellte der EuGH fest, daß ein derartiges Verbot wie das im Ausgangsfall streitige, grundsätzlich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt, denn

*„... ein solches Verbot nimmt den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern (...) ein schnelles und direktes Mittel der Werbung und der Kontaktaufnahme mit potentiellen Kunden in anderen Mitgliedstaaten“.*⁴⁵⁶

Daran änderte auch die Tatsache nichts, daß im vorliegenden Fall das fragliche Verbot von dem Mitgliedsstaat ausging, in dem der Leistungserbringer ansässig war,

⁴⁵³ Schrickler, GRUR Int. 1998, S. 546; in Deutschland wird diese Form des Direktmarketings unter den Begriff der „Telefonwerbung“ gefasst und grundsätzlich, zumindest gegenüber Privatleuten, als unzulässig erachtet. BGH, NJW 1970, S. 1738 f. – Telefonwerbung I -; BGH, NJW 1989, S. 2820 – Telefonwerbung II -; BGH, NJW-RR 1990, S.359 f. – Telefonwerbung III -; BGH, NJW 1991, S. 2087 ff. – Telefonwerbung IV -; BGH, NJW-RR 1995, S. 613 f. – Telefonwerbung V -; vgl. grundsätzlich zum Telemarketing Gilles, NJW 1988, S. 2423 ff.

⁴⁵⁴ Vgl. unten Pkt. 6.1.2.3; allerdings umfasst die RiLi nur den Bereich der Geschäftsanbahnung gegenüber privaten Letztverbrauchern und erfasst nicht die Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich

⁴⁵⁵ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments* – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1173), Rdn. 14

⁴⁵⁶ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments* – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1176), Rdn. 28; insoweit weist die Entscheidung Parallelen zum Urteil *GB-Inno-BM* auf. Dort erachtet es der EuGH für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Warenverkehrsfreiheit als ausreichend, wenn es dem Unternehmer durch die betreffende nationale Vorschrift erschwert wird, seinen Markt mit Mitteln der Absatzförderung zu erreichen. Vgl. oben Pkt. 5.4.1

und nicht vom Heimatstaat des potentiellen Leistungsempfängers.⁴⁵⁷ Unter diese Formulierung des Gerichtshofes lässt sich aber nicht nur die Telefonwerbung subsumieren, sondern jede Form des Direktmarketings unter Zuhilfenahme teletechnischer Kommunikationsmittel, wie beispielsweise Telefax-, Telex-, BTX- und E-mail-Werbung. Durch die Verwendung des Merkmals „potentiell“ in Bezug auf die avisierte Kundschaft, stellt der EuGH darüber hinaus klar, daß es keine - wie auch immer geartete - vorherige Geschäftsbeziehung als Zulässigkeitsvoraussetzung für Instrumente des Telemarketings bedarf.

Da das niederländische Verbot in den Anwendungsbereich des Art. 49 EGV fiel, wäre es nur dann als europarechtskonform zu erachten, wenn es durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismäßig wäre. Hierzu führt der EuGH zunächst aus, daß die Aufrechterhaltung des guten Rufes des nationalen Finanzsektors durch die Gewährleistung eines guten Verbraucherschutzes aufgrund dessen bedeutender Rolle bei der Kapitalbeschaffung der Wirtschaftsteilnehmer als zwingender Grund des Allgemeininteresses eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen kann.⁴⁵⁸ Insoweit ist aus den Erwägungsgründen der Entscheidung allerdings nicht klar ersichtlich, ob sich der EuGH im Rahmen der Rechtfertigung auf den Verbraucherschutz als zwingenden Grund des Allgemeininteresses beruft oder auf die Wahrung des guten Rufes eines nationalen Finanzmarktes und damit einen neuen Rechtfertigungsgrund im Bereich des Art. 49 EGV schafft. Im Hinblick auf die vom Gerichtshof in den Erwägungsgründen getroffene Formulierung ist wohl eher vom letzteren Fall auszugehen:

„Rdn. 43

Sodann trifft es zwar zu, daß der Schutz der Verbraucher im Gebiet der anderen Mitgliedstaaten an sich nicht den niederländischen Behörden obliegt; doch ändert dies nichts daran, daß sich Art und Umfang des Verbraucherschutzes unmittelbar auf den guten Ruf der niederländischen Finanzdienstleistungen auswirken.

⁴⁵⁷ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – Alpine Investments – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1176), Rdn. 29 ff. Vgl. zum Anwendungsbereich auch oben Pkt. 4.4.1.4

⁴⁵⁸ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – Alpine Investments – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1179), Rdn. 42 ff.

Rdn. 44

Die Aufrechterhaltung des guten Rufes des nationalen Finanzsektors kann daher⁴⁵⁹ einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, der Beschränkungen des freien Verkehrs von Finanzdienstleistungen rechtfertigt.⁴⁶⁰

Aufgrund der Verwendung des Begriffs „daher“ und dem damit implizierten Verweis auf den vorstehenden Erwägungsgrund, ist davon auszugehen, daß der Schutz des Rufes eines Kapitalmarktes als zwingendes Erfordernis nur dann einschlägig ist, wenn zumindest mittelbar auch Verbraucherschützende Erwägungen dafür sprechen. Gleichwohl erscheint auch nur das Argument des Verbraucherschutzes geeignet, ein Verbot von Telefonwerbung zu rechtfertigen. Im vorliegenden Fall berief sich die niederländische Regierung jedoch primär auf den Schutz des Kapitalmarktes als Rechtfertigungsgrund, weshalb dieser auch vorrangig zu prüfen war.

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der streitigen nationalen Maßnahme stellt der EuGH zunächst deutlich heraus, daß sowohl der Markt, als auch die besondere Eigenart des beworbenen Geschäftes einen besonderen Schutz des Verbrauchers rechtfertigen.⁴⁶¹ Hierbei vermengt er allerdings Argumente, die sowohl allgemein auf die Telefonwerbung zutreffen, als auch Argumente, welche eine besondere Schutzwürdigkeit im vorliegenden Fall begründen. Soweit der Gerichtshof die Aussage trifft, die Rechtfertigung sei aufgrund des besonderen Überraschungsmoments, welches dem Instrument der Telefonwerbung innewohnt, als verhältnismäßig zu erachten, handelt es sich um ein Argument, daß regelmäßig auf alle Formen der Direktwerbung zutrifft. Auch hier ist der Beworbene aufgrund der besonderen Situation nicht in der Lage, sich über sämtliche Risiken des angebotenen Geschäftes zu informieren und Vergleichsmöglichkeiten hinsichtlich des Preises und der Qualität des angebotenen Erzeugnisses einzuholen. Dies gilt ebenfalls für die Argumente, welche von der Beklagten des Ausgangsverfahrens, der Firma *Alpine Investments B.V.*, gegen eine Verhältnismäßigkeit der Rechtfertigung vorgetragen wurden (Regelungsbefugnis des Sitzlandstaates des Leistungserbringers bzgl. der Werbung in anderen Mitgliedstaaten, Verfügbarkeit

⁴⁵⁹ *Hervorhebung d. Verf.*

⁴⁶⁰ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments* – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1179), Rdn. 43 f.

⁴⁶¹ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments* – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1179), Rdn. 46

milderer Mittel und mangelnde Einzelfallgerechtigkeit) aber vom EuGH im Ergebnis als nicht zutreffend erachtet wurden.⁴⁶² Darüberhinaus begründet der EuGH die Verhältnismäßigkeit der Rechtfertigung aber auch gerade mit den besonderen Umständen im Hinblick auf die Eigenart des Warenterminmarktes, als einen spekulativen und schwer durchschaubaren Markt, der seiner Auffassung nach ein erhöhtes Schutzbedürfnis begründet.⁴⁶³

Aufgrund der Gemengelage von allgemeinen und einzelfallspezifischen Erwägungen erscheint es schwer, aus dieser Entscheidung eine verallgemeinerungsfähige Aussage über die grundsätzliche Zulässigkeit von Telefonwerbung zu gewinnen.⁴⁶⁴ Doch ist davon auszugehen, daß das im vorliegenden Fall streitige Verbot der Telefonwerbung wesentlich auf den konkreten Umständen des Einzelfalls beruht und keine Zulässigkeit des Verbots von Telefonwerbung im allgemeinen bedeutet.⁴⁶⁵ In der Entscheidung *Alpine Investment* ging es um einen sehr speziellen und sensiblen Geschäftsbereich, bei dem vielfältige Interessenlagen zu beachten waren. Diese Besonderheiten des Warentermingeschäftes veranlassten den EuGH schließlich auch, daß niederländische Verbot als verhältnismäßig zu erachten. Die allgemeinen Erwägungen zu den grundsätzlichen Problemen der Telefonwerbung bildeten nur den Hintergrund und wären für sich alleine nicht ausreichend gewesen, das streitige Verbot zu rechtfertigen. Hierauf deutet vor allem die vom EuGH gewählte Formulierung hin. Denn nach Darlegung der allgemeinen Probleme der Telefonwerbung, beginnt er den Ergebnissatz, welcher auch den Hinweis auf die besondere Marktsituation enthält, mit dem eine Kausalität ausdrückenden Wort „da“. Für dieses Ergebnis spricht aber auch die mittlerweile erfolgte Sekundärrechtssetzung der EU. So wurde in Art. 10 Abs. 2 der Fernabsatzrichtlinie das sog. Opt-out-Prinzip als Grundsatz verankert, wonach die Aufnahme von Telefonwerbung gegenüber den Endverbrauchern grundsätzlich zulässig ist.⁴⁶⁶ Es wäre widersprüchlich, die Entscheidung *Alpine Investments* im Hinblick auf die Regelung in der Fernabsatzrichtlinie in der Weise auszulegen, daß ein allgemeines nationales Verbot von Telefonwerbung primärrechtskonform sei. Im Ergebnis kann

⁴⁶² EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments* – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1180 ff.), Rdn. 47 ff.

⁴⁶³ EuGH, Urt. v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – *Alpine Investments* – Slg. 1995, S. I-1141 ff. (1179), Rdn. 46

⁴⁶⁴ Glöckner, GRUR Int. 2000, S. 35

⁴⁶⁵ a.A. Glöckner, GRUR Int. 2000, S. 35; Schricker, GRUR Int. 1998, S. 547, welcher allerdings der Auffassung ist, dem Urteil *Alpine Investments* könnten überhaupt keine Rückschlüsse zur allgemeinen Zulässigkeit von Telefonwerbung entnommen werden.

daher festgehalten werden, daß die Untersagung von Methoden des Telemarketings nur dann als europarechtskonform zu erachten ist, wenn besondere Umstände des Einzelfalls eine solche Beschränkung erfordern. Die allgemeinen Argumente, die gegen den Einsatz von Telemarketing sowie insbesondere gegen die Telefonwerbung vorgebracht werden, sind für sich genommen nicht geeignet, ein mitgliedstaatliches Verbot auf der Ebene des europäischen Rechts zu rechtfertigen.

Diese Aussage kann gleichsam auch für den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV getroffen werden, da hier im Rahmen der Rechtfertigung die gleichen Maßstäbe anzulegen sind. Allerdings handelt es sich bei dem nationalen Verbot von Telefonwerbung um eine Verkaufsmodalität i.S. des Urteils *Keck*.⁴⁶⁷ Dementsprechend würde das Verbot nur einer Überprüfung am Maßstab der

Warenverkehrsfreiheit unterliegen, wenn es zu einer konkreten Marktzutrittsbeschränkung führen würde.⁴⁶⁸

5.7 Stellungnahme

Wie sich aus den vorstehend dargelegten Entscheidungen zu den einzelnen Fallgruppen ergibt, ist der Umfang der primärrechtlichen Rechtsprechung des EuGH zu spezifisch unlauterkeitsrechtlichen Problemlagen begrenzt. Es würde daher zu weit greifen, von einem europäischen Richterrecht im Bereich des unlauteren Wettbewerbs zu sprechen. Dies würde eine wesentlich höhere Urteilsdichte voraussetzen.⁴⁶⁹ Allerdings können den Entscheidungen zu den einzelnen Fallgruppen durchaus verallgemeinerungsfähige Aussagen zum Bereich eines europäisch orientierten Unlauterkeitsrechts entnommen werden.

Der überwiegende Teil der ergangenen Entscheidungen weist einen Bezug zum Kriterium der Verbraucherinformation auf bzw. basiert zumindest maßgeblich darauf. Dies gilt sowohl für die Fallgruppe der Irreführung, als auch für die der Eigenpreis-

⁴⁶⁶ Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz 97/7/EG; Abl. EG 1997 Nr. L 144 v. 4.6.1997, S. 19 ff.

⁴⁶⁷ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 u. C-268/91 – Keck und Mithouard – Slg. 1993, S. I-6097 ff.

⁴⁶⁸ Vgl. oben Pkt. 3.3.4.2.4

vergleiche und Zugabeverbote. Hierin zeigt sich nicht nur, welche hohe Bedeutung dem Kriterium des Verbraucherschutzes und insbesondere dem der umfassenden Verbraucherinformation zukommt, sondern auch wo sich nationale Divergenzen ergeben. In diesem Zusammenhang ist ergänzend darauf hinzuweisen, daß ein Großteil der Entscheidungen in diesem Bereich auf Vorlageersuchen deutscher Gerichte basiert, was auf den hierzulande praktizierten restriktiven Irreführungsbegriff zurückzuführen ist.

Als umfassend ausgeurteilt, kann im Ergebnis nur die Fallgruppe der Irreführung betrachtet werden. Hier bieten sich ausreichende Orientierungspunkte, um eine sichere Beurteilung nationaler Irreführungsverbote unter dem Blickwinkel des europäischen Gemeinschaftsrechts vorzunehmen. Im Bereich der Fallgruppen mit Problemlagen aus dem Bereich der Verbraucherinformation, ergeben sich aus der bisherigen Judikatur ebenfalls genügend Anhaltspunkte, für eine annähernd sichere Beurteilung von Fragen der europarechtlichen Zulässigkeit. Hinsichtlich der Zulässigkeit nationaler Zugabeverbote oder vergleichbarer Tatbestände liefert darüber hinaus das im Rahmen der Entscheidung *Oosthoek* herausgearbeitete Kriterium der Markttransparenz wichtige Anhaltspunkte.

In Bezug auf die Fallgruppen der Teilnahme am fremden Vertragsbruch und der sklavischen Nachahmung von Produkten ist festzuhalten, daß diesbezügliche nationale Regelungen zumindest im Grundsatz als gerechtfertigt erscheinen. Hierbei ist allerdings immer die integrative Dimension des Art. 28 EGV zu berücksichtigen, der einer zu restriktiven nationalen Handhabung entgegensteht. Obwohl sich aus den Entscheidungen dieser Fallgruppen durchaus spezifische und verallgemeinerungsfähige Grundsätze ergeben, können sie noch nicht als umfassend ausgeurteilt betrachtet werden.

6 Rechtsprechung des EuGH zum sekundären Gemeinschaftsrecht

6.1.1 Begriff des Sekundärrechts

Unter dem Begriff des „sekundären Gemeinschaftsrechts“ versteht man diejenigen Rechtsakte der Gemeinschaft, die aus der vertraglich begründeten EG-Rechtsetzungsgewalt abgeleitet werden. Hierarchisch betrachtet, befindet sich das Sekundärrecht unter dem Primärrecht. Dieses bildet für das Sekundärrecht „Grundlage, Rahmen und Grenze“ zugleich.⁴⁷⁰

Ebenso wie das primäre Gemeinschaftsrecht besitzt auch das Sekundärrecht in den nationalen Staaten unmittelbare Geltung und Anwendungsvorrang vor dem innerstaatlichen Recht.⁴⁷¹ Im wettbewerbsrechtlich relevanten Bereich des Sekundärrechts sind es vornehmlich Richtlinien und Verordnungen, die als Instrumentarien der Regelung eingesetzt werden.

Die Richtlinie ist in Art. 249 Abs. 3 EGV geregelt. Hierbei handelt es sich um einen Rechtsakt der Gemeinschaft, der für jeden Mitgliedstaat, an den er gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich ist. Es ist aber den innerstaatlichen Stellen überlassen, die Form und das Mittel zu wählen. Demgegenüber besitzt die Verordnung, die ihre Rechtsgrundlage in Art. 249 Abs. 2 EGV hat, allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt in jedem Mitgliedstaat unmittelbar. Mittels dieses Rechtsinstruments ist die Gemeinschaft ohne Umsetzungsakt in der Lage, unmittelbar für die Mitgliedstaaten und ihre Bürger verbindliches Recht zu schaffen.

Realiter hat sich die Richtlinie der Verordnung angenähert, was insbesondere im technischen Bereich auf die zur Harmonisierung notwendige Detailpräzision zurückzuführen ist.⁴⁷²

⁴⁷⁰ EuGH, Urt. v. 5.10.1978, Rs. 26/78 – Inami / Viola – Slg. 1978, S. 1771 ff. (1778), Rdn. 9/14

⁴⁷¹ EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. 106/77 – Simmenthal – Slg. 1978, S. 629 ff. (644); EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 – Costa/E.N.E.L. – Slg. 1964, S. 1251 ff. (1269 f.)

⁴⁷² Oppermann, Europarecht, Rdn. 547

Die Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung des Sekundärrechts liegt allein beim EuGH.⁴⁷³ Dies ist auch gerade bei rein innerstaatlichen Sachverhalten von Bedeutung, soweit es sich bei den dort einschlägigen Normen um Verordnungen oder um eine umgesetzte Richtlinie handelt, da dann eine Zuständigkeit der nationalen Gerichte ausgeschlossen ist.⁴⁷⁴

6.1.2 Sekundärrechtliche Vorschriften mit wettbewerbsrechtlicher Relevanz

Im Bereich des Unlauterkeitsrechts nimmt sich die Rechtssetzung der Gemeinschaft recht gering und punktuell aus. Eine allgemeine Generalklausel, die wesentlich zur Vereinheitlichung des Rechts in den Mitgliedstaaten führen würde, gibt es bisher nicht.⁴⁷⁵ Ihre Einführung scheiterte bisher stets am Widerstand der Länder des common-law, mit deren Rechtstradition das Wesen einer Generalklausel nur schwer zu vereinbaren ist.⁴⁷⁶

6.1.2.1 Die Werberichtlinie 84/450/EWG

Eine der bedeutsamsten Regelungen, die bisher im Bereich des Sekundärrechts durch die Gemeinschaft eingeführt wurde und die sich ausschließlich mit dem Bereich des unlauteren Wettbewerbs befaßt, ist die Richtlinie 84/450/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung.⁴⁷⁷ Im Vergleich zum Ausmaß der ursprünglich angestrebten gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs stellte die Verabschiedung der Werberichtlinie nur einen Minimalkonsens dar.⁴⁷⁸ Den Kern

⁴⁷³ EuGH, Urt. v. 22.10.1987, Rs. 314/85 – Foto Frost - Slg. 1987, S. 4199 ff. (4231); EuGH, Urt. v. 6.10.1982, Rs. 283/81 – C.L.I.F.I.T. - Slg. 1982, S. 3415 ff. (3429)

⁴⁷⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 - Verband Sozialer Wettbewerb e. V. / Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH – NJW 1994, S. 1207 f.

⁴⁷⁵ Schricker hat in GRUR Int. 1990, S. 776 eine solche europäische Generalklausel wie folgt formuliert: *“Unlauter ist die Werbung außer in den gesetzlichen Fällen auch dann, wenn sie unter Berücksichtigung der Interessen und Auffassungen der Anbieter, der Abnehmer und der Allgemeinheit wie auch der Wertungen der Rechtsordnung, insbesondere der Wettbewerbs- und Werbefreiheit, als missbräuchlich darstellt.“*

⁴⁷⁶ Schmid, GRUR Int. 1998, S. 479

⁴⁷⁷ Abl. EG 1984 Nr. L 250 v. 19.9.1984 S. 17 ff.; zuletzt geändert und ergänzt durch die Richtlinie 97/55/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997, zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, Abl. EG 1997 Nr. L 290 v. 23.10.1997 S. 18 ff.

⁴⁷⁸ Schricker, GRUR Int. 1990, S. 772

dieser Richtlinie bildet eine Definition des Begriffs der irreführenden Werbung in Art. 2 Abs. 2 RiLi. Danach ist irreführende Werbung

„... jede Werbung, die in irgendeiner Weise – einschließlich ihrer Aufmachung - die Personen, an die sie sich richtet oder die von ihr erreicht werden, täuscht oder zu täuschen geeignet ist und die infolge der ihr innewohnenden Täuschung ihr wirtschaftliches Verhalten beeinflussen kann oder aus diesen Gründen einen Mitbewerber schädigt oder zu schädigen geeignet ist“.

Die Kritik an dieser Richtlinie knüpft überwiegend an dem Umstand an, daß sie es bei dieser generalklauselartigen Formulierung bewenden läßt und keine weiteren Ausführungen zum Irreführungstatbestand enthält.⁴⁷⁹ Insbesondere wird kritisiert, daß die Richtlinie keinen Maßstab für die Beantwortung der Frage enthält, wann bei der betreffenden Werbeaussage davon ausgegangen werden kann, daß sie zur Täuschung geeignet ist. Ebenso finden sich keine Angaben dazu, wie die Täuschungsgünstigkeit ermittelt werden kann. Möglich erscheint dies einmal durch Demoskopie, wie beispielsweise im deutschen Recht, oder allein anhand normativer Wertungen. Klarheit hätte an dieser Stelle die positivrechtliche Normierung des maßgeblichen Verbraucherleitbildes gebracht.

Weiterhin enthält Art. 7 RiLi eine Öffnungsklausel. Danach hindert die Richtlinie

„... die Mitgliedstaaten nicht daran, Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder zu erlassen, die einen weiterreichenden Schutz der Verbraucher, der einen Handel, ein Gewerbe, ein Handwerk oder einen freien Beruf ausübenden Personen sowie der Allgemeinheit vorsehen“.

Für die Bundesrepublik Deutschland wird im Hinblick darauf die Ansicht vertreten, daß § 3 UWG mit seinen durch die Rechtsprechung ausgeformten Maßstäben den durch die Richtlinie aufgestellten Anforderungen genüge und somit eine Umsetzung nicht erforderlich sei.⁴⁸⁰ Für die Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Irreführungssachverhalte durch deutsche Gerichte folgt daraus, daß es bei einem reinen Inlands-

⁴⁷⁹ Möllering, WRP 1990, S. 9 f.; Schrickler, GRUR Int. 1990, S. 121

⁴⁸⁰ BGH, NJW 1998, S. 2211 – Testpreis Angebot -; Großkomm./Lindacher, § 3 UWG, Rdn. 12

sachverhalt zulässig ist, die strengeren deutschen Maßstäbe heranzuziehen.⁴⁸¹ In diesem Zusammenhang wird schnell das Problemfeld deutlich, das mit der Öffnungsklausel verbunden ist. Indem die nationalen Gerichte nicht daran gehindert sind, ihre eigenen, strengeren Irreführungsmaßstäbe zur Anwendung zu bringen, wird der Harmonisierungseffekt der Richtlinie und die Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofes unterlaufen. Die Wirkung der Werberichtlinie 84/450/EWG wäre damit auf die Festlegung von Mindeststandards im Bereich des Verbots der irreführenden Werbung beschränkt. Eine solche Auslegung widerspricht jedoch dem mit der Richtlinie ausdrücklich verfolgten Zweck,

„... die einzelstaatlichen Bestimmungen zum Schutz gegen irreführende Werbung einander anzugleichen ...“⁴⁸²

Diesem Zweck kann nur eine Auffassung gerecht werden, die den in der Werberichtlinie verwendeten Begriff der Irreführung als einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff auffaßt, dessen einheitliche Auslegung allein dem EuGH obliegt, und den Anwendungsbereich des Art. 7 RiLi auf die Sanktionsseite beschränkt.⁴⁸³ Bestimmungen, die einen weiterreichenden Schutz i. S. des Art. 7 RiLi vorsehen, sind dann nur insoweit zulässig, als sie den grundsätzlichen Wertungen des EuGH, insbesondere hinsichtlich des maßgeblichen Verbraucherleitbildes, nicht entgegenstehen. Dies gilt selbst dann, wenn sie im Ergebnis zu einer strengeren Bewertung führen. Der Anwendungsspielraum, der dann für Art. 7 RiLi verbleibt, ist zwar recht eng, doch erscheint dies als der einzige Weg, der mit der Richtlinie 84/450/EWG angestrebten Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Unlauterkeitsrechte gerecht zu werden. Als weiterreichende Schutzbestimmungen i.S. des Art. 7 RiLi kommen dann vornehmlich solche Vorschriften in Betracht, die auf der Rechtsfolgenseite anknüpfen und beispielsweise schärfere Sanktionen in Form von zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen oder pönalen Maßnahmen normieren.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ Bericht der AG „Überprüfung des Wettbewerbsrechts“, WRP 1997, S. 169

⁴⁸² Abs. 7 der Erwägungsgründe zur Richtlinie 84/450/EWG

⁴⁸³ Steindorff, WRP 1993, S. 150, Meier, EuZW 1994, S. 392, Köhler, GRUR Int. 1994, S. 398 ff.; a.A. Schricker, GRUR Int. 1990, S. 772, Möllering, WRP 1990, S. 9 ff., die die Auffassung vertreten, Art. 7 RiLi enthalte nach Sinn und Zweck einen Tatbestandsvorbehalt, der auf das materielle Schutzniveau abstelle und deshalb auch die Verwendung eines strengeren nationalen Verbraucherleitbildes erlaube.

⁴⁸⁴ Meier, EuZW 1994, S. 392

6.1.2.1.1 Die *Nissan*-Entscheidung

Obwohl die Richtlinie 84/450/EWG bereits am 10. September 1984 vom Rat der Europäischen Gemeinschaften erlassen wurde, erging erst am 16. Januar 1992 die erste und bislang ausführlichste Entscheidung des EuGH zur Auslegung der Richtlinie 84/450/EWG.⁴⁸⁵ Hierbei ging es um den folgenden Sachverhalt:

Der französische Alleinimporteur für Nissan-Fahrzeuge hatte gegen eine Autovertretung in Bergerac Klage erhoben. Diese Klage beruhte auf Art. 44 des französischen Gesetzes, das Handlungen aus dem Bereich der unwahren und unlauteren Werbung (Loi Royer) erfaßt und nach Auskunft der französischen Regierung der Umsetzung der RiLi 84/450/EWG dient. Der Beklagte des Ausgangsverfahrens wurde beschuldigt, für aus Belgien importierte Fahrzeuge in der Presse mit den Aussagen „Kaufen Sie Ihren Neuwagen billiger“ und „1 Jahr Herstellergarantie“ geworben zu haben. Die betreffenden Fahrzeuge wurden in Belgien zum Zwecke der Einfuhr zugelassen, dort aber niemals gefahren. Der niedrigere Preis der Fahrzeuge beruht im wesentlichen darauf, daß die Basisausstattung der parallelimportierten Fahrzeuge geringer war als die der entsprechenden Modelle in Frankreich. Der Alleinimporteur vertrat die Ansicht, die Werbeaussagen des Parallelimporteurs seien in zweifacher Hinsicht irreführend. Einmal seien die Fahrzeuge nicht „neu“, da sie bereits in Belgien zugelassen wurden, und zum anderen würden die Verbraucher über den geringeren Ausrüstungsstandard der Fahrzeuge getäuscht. Das Tribunal de grande instance Bergerac legte daraufhin dem Gerichtshof die recht weit gefaßte Frage vor, ob *„eine solche Verkaufspraxis im Einklang mit den derzeitigen europäischen Vorschriften“* stehe.

Auffallend an dem Urteil des Gerichtshofes ist zunächst, daß die Öffnungsklausel des Art. 7 RiLi dort mit keinem Wort erwähnt wird. Nur im Vortrag der Kommission und in den Schlußanträgen von GA Tesauro wird Art. 7 RiLi erwähnt. Die Kommission trug diesbezüglich vor, daß die französische Rechtsprechung, wonach ein Neuwagen ein Wagen sei, der niemals vorher zugelassen wurde, keine Maßnahme des Verbraucherschutzes sei und somit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 7 RiLi falle.⁴⁸⁶ Offenbar vertritt die Kommission hier die Ansicht, daß es sich im vorliegenden Fall um eine Auslegungsfrage im Zusammenhang mit der Richtlinie handelt. Ähnlich argumentiert auch GA Tesauro in seinen Schlußanträgen, wo er ausführt,

⁴⁸⁵ EuGH, Urt. v. 16.1.1992, Rs. C-373/90 – Nissan – Slg. 1992, S. I-131 ff.

⁴⁸⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.1.1992, Rs. C-373/90 – Nissan – Slg. 1992, S. I-131 ff. (136 f.)

„... daß es sich im vorliegenden Fall nicht um besondere Maßnahmen zur Gewährleistung eines solchen Schutzes (Verbraucherschutz)⁴⁸⁷ handelt, sondern um die Auslegung der allgemeinen Definitionen der Richtlinie, und daß die angeführte Bestimmung in jedem Fall nicht dazu führen darf, daß Maßnahmen gerechtfertigt wären, die besonders die Werbung der Parallelimporteure von Fahrzeugen behindern, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Schutz der Verbraucher über Maßnahmen gewährleistet werden kann, die für die Vermarktung der fraglichen Erzeugnisse weniger schädlich sind“.⁴⁸⁸

Von dieser Auffassung ist wohl auch der Gerichtshof ausgegangen und hat daher eine Stellungnahme zum Anwendungsbereich des Art. 7 RiLi für nicht notwendig erachtet.⁴⁸⁹ Vielmehr weist der Gerichtshof gleich zu Beginn des Urteils darauf hin, daß das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen sei und der Zweck der Richtlinie entsprechend ihrer eigenen Begründungserwägung in der Aufstellung objektiver Mindestkriterien liege. Nach einem weiteren kurzen Hinweis auf die besondere gemeinschaftsrechtliche Bedeutung von Parallelimporten für die Gemeinschaft macht sich der Gerichtshof daran, den Begriff des Neuwagens selbst auszulegen. Seiner Ansicht nach verliert ein Fahrzeug seine Eigenschaft als Neuwagen nicht bereits mit der Zulassung, sondern erst durch den Gebrauch. Vor diesem Hintergrund kann nicht grundsätzlich von einer Irreführung ausgegangen werden, erforderlich wäre das Hinzutreten besonderer Umstände. Dies zu beurteilen ist allerdings Sache des vorliegenden Gerichts.⁴⁹⁰

Indem der Gerichtshof den Begriff des „Neuwagens“ selbst ausgelegt hat, gibt er zu verstehen, daß er der Irreführungsdefinition seine eigene Auslegung zugrunde legt. Art. 2 Abs. 1 RiLi erfährt insoweit eine eigenständige europarechtliche Auslegung, die auch für künftige Fälle aufgrund des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung für die mitgliedstaatlichen Gerichte im Rahmen der Anwendung nationaler Generalklauseln verbindlich ist.⁴⁹¹ Der EuGH faßt Art. 7 RiLi somit nicht als Tatbestandsvor-

⁴⁸⁷ Anm. d. Verfassers

⁴⁸⁸ EuGH, Urt. v. 16.1.1992, Rs. C-373/90 – Nissan – Slg. 1992, S. I-131 ff.

⁴⁸⁹ Köhler, GRUR Int. 1994, S. 397; Everling, Die Einwirkung der Grundfreiheiten des EWG-Vertrages auf das Werberecht der Mitgliedstaaten, S. 18

⁴⁹⁰ EuGH, Urt. v. 16.1.1992, Rs. C-373/90 – Nissan – Slg. 1992, S. I-131 ff. (150), Rdn. 14

⁴⁹¹ Weinand, S. 27; Everling, Die Einwirkung der Grundfreiheiten des EWG-Vertrages auf das Werberecht der Mitgliedstaaten, S. 18

behalt auf, sondern interpretiert in als Sanktionsvorbehalt.⁴⁹² Des weiteren fällt am *Nissan*-Urteil deutlich auf, daß der Gerichtshof offenbar gedenkt, seine im Rahmen des Art. 28 EGV entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze zur Irreführung vollumfänglich auf den Anwendungsbereich der Werberichtlinie zu übertragen. Hierzu gehört auch insbesondere das für die Beurteilung einer Irreführungsgefahr maßgebliche Leitbild des mündigen und aufgeklärt handelnden Verbrauchers. Die Beurteilung des Vorliegens einer Irreführungsgefahr anhand eines anderen Leitbildes, auch wenn dies strengere Ergebnisse zur Folge hat, ist damit nicht mehr zulässig, zumal dies auch dem Zweck der Richtlinie, nämlich der Gewährleistung eines freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs ohne Hemmung durch unterschiedliche nationale Werbevorschriften,⁴⁹³ zuwiderliefe.

6.1.2.1.2 Die *Clinique*-Entscheidung⁴⁹⁴

Die eben getroffenen Feststellungen werden allerdings durch die Ausführungen des Gerichtshofes zur Richtlinie 84/450/EWG in seinem Urteil *Clinique* wieder relativiert. Hier stellt der EuGH im Anschluß an seine Entscheidung *Pall*⁴⁹⁵ erneut heraus, daß es sich bei der Richtlinie 84/450/EWG seiner Ansicht nach nur um eine Teilharmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften über irreführende Werbung handelt, und zwar

*„... durch eine Festsetzung von objektiven Mindestkriterien, anhand deren sich feststellen lässt, ob eine Werbung irreführend ist, und von Mindestanforderungen in bezug auf die Einzelheiten des Schutzes gegen eine solche Werbung“.*⁴⁹⁶

Die hier getroffene Unterscheidung zwischen „objektiven Mindestkriterien“ und „Mindestanforderungen“ legt den Schluß nahe, daß der EuGH möglicherweise doch eine

⁴⁹² Köhler, GRUR Int. 1994, S. 398

⁴⁹³ Vgl. Erwäggr. 4 zur Richtlinie 84/450/EWG

⁴⁹⁴ EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 - Verband Sozialer Wettbewerb e. V. / Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH – NJW 1994, S. 1207 f.

⁴⁹⁵ EuGH, Urt. v. 13.12.1990, Rs. C-238/89 – Pall Corp./P.J. Dahlhausen – Slg. 1990, I-4827 ff.

⁴⁹⁶ EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 - Verband Sozialer Wettbewerb e. V. / Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH – NJW 1994, S. 1207 f. (1207) Rdn. 10

Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Sanktionsvorbehalt vornimmt. Demnach würden die „objektiven Mindestkriterien“ den Tatbestand der Irreführung betreffen und die „Mindestanforderungen“ sich auf die Rechtsfolgenseite beziehen. Dies würde bedeuten, daß der Gerichtshof die Tatbestandsmerkmale der irreführenden Werbung nur für solche Mitgliedstaaten verbindlich auslegen könnte, deren Schutzniveau hinter dem objektiven Mindeststandard der Richtlinie 84/450/EWG zurückbleibt. Hingegen wäre es keinem Mitgliedstaat verwehrt, die Beurteilung einer Irreführung anhand eines strengeren Leitbildes durchzuführen.⁴⁹⁷ Allerdings ergäbe sich bei der Anwendung eines strengeren Verbraucherleitbildes wiederum eine Obergrenze durch die Vorschriften des Primärrechts, namentlich der Warenverkehrsfreiheit, da sich hieraus eine Beschränkung für den freien Handel innerhalb der Gemeinschaft ergeben kann.

6.1.2.1.3 Stellungnahme

Eine solche Auslegung muß aber nicht zwingend zu dem Ergebnis führen, daß die Richtlinie 84/450/EWG die Anwendung eines strengeren Verbraucherleitbildes und damit eines anderen Irreführungsmaßstabes gestattet. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die Auslegung des Begriffs der „objektiven Mindestkriterien“. Hinsichtlich der „Mindestanforderungen“ verbleibt es unstreitig bei der oben dargelegten Ausführung, daß diese die Rechtsfolgenseite betreffen. Aus dem Wortlaut des Begriffs der „objektiven Mindestkriterien“ ist der Schluss, daß statthafte andere „objektive Zusatzkriterien“ zu einer Verschärfung des Irreführungsmaßstabes führen dürfen, nicht zwingend notwendig. Es ist nämlich durchaus möglich, weitere „objektive Zusatzkriterien“ zur Beurteilung des Vorliegens einer Irreführung heranzuziehen, ohne daß damit der relevante Beurteilungsmaßstab im Hinblick auf seine Eingriffsschwelle verändert würde. Denkbar sind objektive Kriterien, die auf besonderen sozialen, kulturellen oder sprachlichen Eigenheiten des betreffenden Mitgliedstaates beruhen und diesen Rechnung tragen sollen. Hierbei handelt es sich um Kriterien, die der EuGH selbst für die Prüfung einer Irreführung als wesentlich erachtet und beispielsweise auch in seiner jüngst ergangenen Entscheidung *Estée Lauder* erwähnt.⁴⁹⁸ Die Ausführungen des EuGH in der Entscheidung *Clinique* sollten daher in dem Sinne ver-

⁴⁹⁷ Köhler, GRUR Int. 1994, S. 398; Leible, WRP 1997, S. 518

⁴⁹⁸ EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-220/98 – *Estée Lauder* – NJW 2000, S. 1173 ff. (1174) Rdn. 29

standen werden, daß den Mitgliedstaaten nur die Verwendung solcher „objektiver Zusatzkriterien“ gestattet ist, die nicht von dem vorgegebenen europäischen Irreführungsmaßstab abweichen. Aus dem Wortlaut ergibt sich nämlich gerade nicht, daß ein strengerer Irreführungsmaßstab zulässig ist. Wäre dies die Auffassung des EuGH, so hätte er dies sicher deutlicher ausgedrückt.

Für eine solche Auslegung spricht weiterhin die Tatsache, daß der EuGH auch in der *Clinique*-Entscheidung die Beurteilung einer Irreführung selbst vorgenommen hat, obwohl ihm der Generalanwalt in seinen Schlußanträgen davon eindringlich abgeraten hatte.⁴⁹⁹ Damit hat der Gerichtshof der Richtliniendefinition der irreführenden Werbung wiederum seine eigene Auslegung zugrunde gelegt, woraus sich eindeutig ergibt, daß Art. 2 RiLi i. S. eines einheitlichen europäischen Maßstabes auszulegen ist.

Abschließend läßt sich daher festhalten, daß die Richtlinie 84/450/EWG einen eigenen Irreführungstatbestand enthält, der durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes ausgefüllt wird. Den nationalen Rechtsordnungen verbleibt hinsichtlich des Maßstabes zur Beurteilung des Vorliegens einer Irreführung und damit insbesondere zur Anwendung eines eigenen Verbraucherleitbildes keinerlei Spielraum. Dem steht auch nicht die Öffnungsklausel des Art. 7 RiLi entgegen.

6.1.2.2 Sekundärrechtliche Irreführungsverbote

Neben der Richtlinie 84/450/EWG gibt es eine Vielzahl weiterer Richtlinien⁵⁰⁰ und Verordnungen⁵⁰¹ aus anderen Bereichen des europäischen Rechts, die teilweise lau-

⁴⁹⁹ Schlußantrag des GA Gulmann, Slg. 1994, S. I-322

⁵⁰⁰ Beispielsweise:

- Etikettierungsrichtlinie 79/112/EWG; Abl. EG 1979 Nr. L 33 v. 9.2.1979, geändert durch Richtlinie 91/72/EWG Abl. EG Nr. L 42 v. 15.2.1991 und Richtlinie 93/102/EWG Abl. EG Nr. L 291, S. 14
- Richtlinie zum Verbraucherkredit 87/102/EWG; Abl. EG 1987 Nr. L 42 S. 48 ff, geändert durch Richtlinie 90/88/EWG vom 22.2.1990 Abl. EG Nr. L 61, S. 14 ff.
- Fernsehrichtlinie 89/552/EWG; Abl. EG 1989 Nr. L 298 v. 17.10.1989, S. 134 ff. abgedruckt in GRUR Int. 1990, S. 134 ff
- Richtlinie über die Werbung für Humanmedizin 92/28/EWG; Abl. EG NR. L 113 v. 30.4.1992 S. 14 ff.
- Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz 97/7/EG; Abl. EG 1997 Nr. L 144 v. 4.6.1997, S. 19 ff.

terkeitsrechtliche Bezüge aufweisen. Der Umfang der dort getroffenen lauterkeitsrechtlichen Regelungen variiert allerdings.

Bei einem Großteil der sekundärrechtlichen Regelungen mit lauterkeitsrechtlichem Bezug handelt es sich um Täuschungs- bzw. Irreführungsverbote. Allerdings stehen diese meist in einem engen Zusammenhang mit Regelungen, die einen hohen Spezialisierungsgrad aufweisen und durch umfassende Kennzeichnungsvorschriften für Produkte, einer Irreführung des Verbrauchers vorbeugen sollen. Gerade im Bereich der lebensmittelrechtlichen Vorschriften ist daher bei dem Versuch, diesen einen grundsätzlichen Maßstab im Bereich des unlauteren Wettbewerbs zu entnehmen Vorsicht geboten.⁵⁰² Die einzelnen Irreführungstatbestände unterscheiden sich teilweise erheblich von dem der Richtlinie 84/450/EWG.⁵⁰³ Ihr Inhalt ist daher einzeln nach Wortlaut und Regelungszweck zu bestimmen. Dies gilt insbesondere im Hinblick darauf, ob die betreffende sekundärrechtliche Regelung auf eine abstrakte oder nur eine konkrete Gefahr der Irreführung abstellt.⁵⁰⁴

-
- Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, der gemeinsame Standpunkt des Rates vom 28.2.2000, welcher unverändert übernommen worden ist, ist abgedruckt in Abl. EG 2000 Nr. C 128, S. 32 ff.

⁵⁰¹ Beispielsweise:

- VO des Rates vom 1.12.1986 zum Verbot der Überführung nachgeahmter Waren in den zivilrechtlich freien Verkehr; Abl. EG 1986 Nr. L 357
- VO 823/87 vom 16.3.1987 zur Festlegung besonderer Vorschriften für Qualitätsweine bestimmter Anbaugebiete; Abl. EG 1987 Nr. L 84, S. 59 ff.
- VO 2392/89 zur Aufstellung allgemeiner Regeln für die Bezeichnung und Aufmachung der Weine und Traubenmoste; Abl. EG 1989 Nr. L. 232 v. 9.8.1989
- VO 2081/92 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel; Abl. EG 1992 Nr. L 208, S. 1 ff.; in der Fassung der VO 535/97 v. 17.3.1997, Abl. EG 1997 Nr. L 83 S. 3 ff.
- VO 2333/92 zur Festlegung der Grundregeln für die Bezeichnung und Aufmachung von Schaumwein und Schaumwein mit zugesetzter Kohlensäure; Abl. EG 1992 Nr. L 231 v. 13.8.1992, S. 9 ff.

⁵⁰² Meier, EuZW 1994, S. 393

⁵⁰³ Nach Art. 6 II RiLi 78/768/EWG treffen die Mitgliedstaaten „alle erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß bei der Etikettierung, der Aufmachung für den Verkauf und der Werbung für kosmetische Mittel nicht Texte, Bezeichnungen, Warenzeichen, Abbildungen und andere bildhafte oder nicht bildhafte Zeichen verwendet werden, die Merkmale vortäuschen, die die betreffenden Erzeugnisse nicht besitzen.“

Art. 2 I RiLi 79/112/EWG lautet demgegenüber wie folgt: *“Die Etikettierung und die Art und Weise, in der sie erfolgt, dürfen nicht geeignet sein, eine Irreführung von Personen hervorzurufen.“*

Auffällig ist zunächst der unterschiedliche Wortlaut der Vorschriften. Darüber hinaus spricht Art. 2 I RiLi 79/112/EWG allerdings von der Eignung zur Täuschung und dürfte dementsprechend als abstrakter Gefährdungstatbestand einen anderen Gefährdungsgrad voraussetzen, als beispielsweise Art. 6 II RiLi 76/768/EWG, welcher nicht auf die Eignung zur Täuschung abstellt. Vgl. Meier, EuZW 1994, S. 393

⁵⁰⁴ EuGH, Urt. v. 25.2.1981, Rs. 56/80 – Klosterdokter – GRUR 1981, S. 430 ff. (432), Rdn. 20; BGH, GRUR 1982, S. 424 – Klosterdokter –

6.1.2.3 Weitere sekundärrechtliche Vorschriften mit lauterkeitsrechtlichem Bezug

Die Vorschriften hingegen, die andere Bereiche des Unlauterkeitsrechts berühren, sind recht überschaubar.

So betrifft beispielsweise die Fernsehrichtlinie in ihrem Art. 10 das Verbot der subliminalen Werbung und der Schleichwerbung. Hierbei handelt es sich um Verbote, die ebenfalls von § 1 UWG erfaßt werden.⁵⁰⁵

Gerade in der jüngeren Zeit hat aber der europäische Richtliniengeber verstärkt Regelungen getroffen, die auch andere Bereiche des Lauterkeitsrechts als die der Irreführung betreffen. Dies sind namentlich die Regelungen der Änderungsrichtlinie zur Einbeziehung der vergleichenden Werbung,⁵⁰⁶ der Fernabsatzrichtlinie⁵⁰⁷ und der E-commerce-Richtlinie⁵⁰⁸.

Die Richtlinie 97/55/EG dient der Änderung der Richtlinie 84/450/EWG zur Einbeziehung der vergleichenden Werbung. Sie hat in der Bundesrepublik eine recht hohe Resonanz erfahren und wurde durch den BGH bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist in seiner Rechtsprechung antizipiert.⁵⁰⁹ Mittlerweile wurde sie durch § 2 UWG in das deutsche Recht umgesetzt.⁵¹⁰ Hiernach ist nun die vergleichende Werbung unter der Einhaltung verschiedener Aspekte zulässig, was einen eklatanten Gegensatz zur bisherigen deutschen Rechtsprechung bedeutet, die bis zum *Testpreis-Angebot-Urteil* des BGH vom 5.2.1998 von einem grundsätzlichen Verbot der vergleichenden Werbung ausging.⁵¹¹ Diese Zulässigkeit umfaßt auch den bisher besonders strittigen Bereich der Preiswerbung. Bemerkenswert an der Richtlinie 97/55/EG ist die mehrfache Erwähnung des Konkurrentenschutzes in den Erwägungsgründen,⁵¹² der damit

⁵⁰⁵ Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 193

⁵⁰⁶ Richtlinie 97/55/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997, zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, Abl. EG 1997 Nr. L 290 v. 23.10.1997 S. 18 ff.

⁵⁰⁷ Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz 97/7/EG; Abl. EG 1997 Nr. L 144 v. 4.6.1997, S. 19 ff.

⁵⁰⁸ Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, der gemeinsame Standpunkt des Rates vom 28.2.2000, welcher unverändert übernommen worden ist, ist abgedruckt in Abl. EG 2000 Nr. C 128, S. 32 ff.

⁵⁰⁹ BGH, NJW 1998, S. 2208 ff. – Testpreis-Angebot -

⁵¹⁰ BGBI. I, 2000, S. 1374 ff.

⁵¹¹ Vgl. BGH, NJW 1998, S. 2209 – Testpreis-Angebot – m. w. N.

⁵¹² Vgl. Erwäggr. Nr. 3 & Nr. 8

beinahe gleichrangig zum Motiv des Verbraucherschutzes erscheint. Dogmatisch betrachtet, handelt es sich hierbei um die positivrechtliche Normierung eines Rechtfertigungsgrundes i. S. des Allgemeininteresses bzw. des zwingenden Erfordernisses der Gewährleistung der Lauterkeit des Handelsverkehrs. Wie bereits oben erwähnt, hat dieser Rechtfertigungsgrund in der Rechtsprechung des EuGH bisher keinerlei eigenständige Bedeutung erhalten.⁵¹³ Aufgrund des besonderen Schutzbedürfnisses der Mitbewerber im Bereich der vergleichenden Werbung ist zu erwarten, daß der Gerichtshof nicht umhin können wird, seine Rechtsprechung hierzu weiter zu konturieren. Nochmals deutlich wird in diesem Zusammenhang die Feststellung, daß auch das europäische Lauterkeitsrecht dem Schutz der Wettbewerber vor Verfälschungen eines freien Leistungswettbewerbs verpflichtet ist. Weiterhin auffallend sind die in der Richtlinie enthaltenen Einschränkungen gemeinschaftsrechtlich geschützter Ausschließlichkeitsrechte Dritter für den Fall der Benutzung von Marken, Handelsnamen oder anderen Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers zum Zwecke der Bezugnahme im Rahmen vergleichender Werbung.⁵¹⁴ Problematisch erscheint hier der zulässige Umfang der Bezugnahme, der in der Richtlinie nur in Umrissen geklärt wird.

Durch diese Richtlinie wird die Regelungsdichte im Bereich des unlauteren Wettbewerbs beträchtlich erhöht und dem Gerichtshof die Auslegungshoheit für wesentliche Begriffe des Unlauterkeitsrechts überantwortet, wie beispielsweise der „Verwechslung“, der „Herabsetzung“ oder der „Verunglimpfung“. Hierbei handelt es sich um Rechtsbegriffe, die je nach Auslegung eine unterschiedliche Eingriffsschwelle darstellen können und somit auch geeignet sind, bei restriktiver nationaler Anwendung einen Verstoß gegen die Freiheiten des Binnenmarktes zu verursachen.

In der Fernabsatzrichtlinie finden sich in den Artt. 9 und 10 lauterkeitsrechtliche Regelungen. Während Art. 9 der RiLi im wesentlichen das Verbot der Zusendung unbestellter Waren oder Dienstleistungen betrifft, ist besonders Art. 10 der RiLi interessant. Hier wurde in Abs. 2 das sog. Opt-Out-Prinzip als Grundsatz verankert.⁵¹⁵ Das hat zur Folge, daß die Aufnahme von Fernkommunikation mit dem Verbraucher nur unzulässig ist, wenn dieser sie vorher offenkundig abgelehnt hat. Eine Ausnahme besteht nach Art. 10 Abs. 1 RiLi nur für den Gebrauch von Voice-Mail-Systemen und

⁵¹³ Vgl. oben Pkt. 2.2.1.4.1.

⁵¹⁴ Vgl. Erwäggr. Nr. 13 ff.

⁵¹⁵ Ziem, MMR 2000, S. 131; Reich EuZW 1997, S. 581 ff.

Telefaxgeräten, wofür es der vorherigen Zustimmung seitens des Verbrauchers bedarf. Dies steht in einem klaren Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung zu § 1 UWG, die unter dem Aspekt der Belästigung diese Formen des Direktmarketings verboten hat.⁵¹⁶

Eine ähnliche Regelung hinsichtlich unerwünscht zugesandter E-mails findet sich in Art. 7 der E-commerce-Richtlinie. Zwar läßt der Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 RiLi offen, ob das sog. „Spamming“⁵¹⁷ zulässig ist, doch ergibt sich die grundsätzliche Zulässigkeit aus der Auslegung von Art. 7 RiLi und dem Zusammenspiel mit der Fernabsatzrichtlinie.⁵¹⁸ Allerdings ist im Rahmen der E-commerce Richtlinie zu berücksichtigen, daß die Zulässigkeit nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation gem. Art. 3 Abs. 3 RiLi in Verbindung mit dem Anhang vom Anwendungsbereich des in Art. 3 Abs. 1 RiLi festgelegten Grundsatzes des Herkunftslandprinzips ausgenommen ist. Daraus folgt, daß für in Deutschland abrufbare elektronische Post nach wie vor die Grundsätze des deutschen Wettbewerbsrechts gelten, nach denen ein unangefordertes Zusenden von Werbe-E-mails unzulässig ist.⁵¹⁹

Eine weitere Frage, die sich im Hinblick auf das in Art. 3 Abs. 1 E-commerce-Richtlinie festgelegte Herkunftslandprinzip ergibt, ist die nach einer möglichen Ausnahme der §§ 1, 3 UWG vom Herkunftslandprinzip.⁵²⁰ Grundsätzlich gilt gem. Art. 3 Abs. 1 RiLi, daß jeder Hoheitsstaat dafür Sorge zu tragen hat, daß die in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Dienstanbieter den dort geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen. Gemäß Art. 3 Abs. 2 RiLi dürfen Mitgliedstaaten den aus einem anderen Mitgliedstaat erbrachten Dienst nicht aus Gründen einschränken, die in den sog. „koordinierten Bereich“ fallen. Hierunter sind solche Regelungen zu verstehen, die die Aufnahme der Tätigkeit sowie die Art und Weise der Erbringung durch den Dienstanbieter regeln.⁵²¹ Dies hätte zur Folge, daß das restriktivere deutsche Wettbewerbsrecht in Fällen, in denen der Dienstanbieter seine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat hat und den dortigen Vorschriften genügt, nicht zur Anwendung käme.

⁵¹⁶ Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdn. 67 ff.

⁵¹⁷ Bezeichnung für nicht angeforderte, werbende e-mails. Vgl. zur Herkunft Ziems, MMR 2000, S. 129 f.

⁵¹⁸ Ziem, MMR 2000, S. 134

⁵¹⁹ LG Traunstein DB 1998, S. 469; LG Berlin NJWE-WettbR 2000, S. 91

⁵²⁰ Gierschmann, DB 2000, S. 1317

Wie sich allerdings aus dem 11. Erwägungsgrund der Richtlinie ergibt, läßt diese das durch Gemeinschaftsrechtsakte eingeführte Schutzniveau, insbesondere für öffentliche Gesundheit und den Verbraucherschutz, unberührt. Hieraus wird nun der Rückschluß gezogen, daß für die Fälle des § 3 UWG und die Fälle des Konkurrenzschutzes im Rahmen von § 1 UWG das bisher geltende Schutzniveau für deutsche Verbraucher erhalten bleibe.⁵²² Es bestünde insoweit nur ein geringer Anwendungsbereich für das in Art. 3 Abs. 1 E-commerce-Richtlinie normierte Sitzlandprinzip.

Demgegenüber wird zum einen eingewandt, daß der Erwägungsgrund Nr. 11 keine Ausnahme vom Herkunftsland darstelle und zum anderen gerade aus dem Anhang zu Art. 3 Abs. 3 RiLi deutlich werde, daß allein Vorschriften in bezug auf Verbraucherverträge von der Richtlinie ausgenommen seien. So spräche der Erwägungsgrund Nr. 55 ebenfalls nur von „vertraglichen“ Verpflichtungen des Verbrauchers. Von dieser Ausnahme sei das Wettbewerbsrecht nicht erfaßt.⁵²³

Hierzu mag man freilich einwenden, daß gerade der Schutz des Verbrauchers vor Irreführung im Vorfeld eines Vertragsschlusses vom Schutzbereich des deutschen Wettbewerbsrechts erfaßt wird, zumal auch nur das Wettbewerbsrecht in der Lage ist, insoweit präventiven Schutz zu gewähren. Eine Herausnahme wäre unter diesem Gesichtspunkt sicher nicht im Interesse des Verbrauchers. Allerdings ist es, wie sich sowohl aus Art. 1 Abs. 1 E-commerce-Richtlinie und den Erwägungsgründen Nr. 1 bis 6 ergibt, das vordringliche Ziel, dem elektronische Geschäftsverkehr die Chancen des Binnenmarktes voll zu eröffnen. Dieses Ziel kann sicher nicht erreicht werden, wenn es durch Öffnungsklauseln möglich ist, das im europäischen Vergleich sehr restriktive deutsche Wettbewerbsrecht auf Sachverhalte mit europäischem Bezug anzuwenden.

Bisher gibt es zu oben genannten Bereichen sekundärrechtlichen Unlauterkeitsrechts keinerlei Rechtsprechung des EuGH. Hinsichtlich der „älteren“ Änderungsrichtlinie zur Einbeziehung der vergleichenden Werbung und der Fernabsatzrichtlinie ist allerdings unter Berücksichtigung der 30monatigen bzw. bei der Fernabsatzrichtlinie drei-

⁵²¹ Gierschmann, DB 2000, S. 1315

⁵²² Leupold u.a., WRP 2000, S. 823

⁵²³ Gierschmann, DB 2000, S. 1317

jährigen Umsetzungsfrist und der durchschnittlichen Verfahrensdauer vor dem EuGH von über zwei Jahren nicht vor 2003 mit einer Entscheidung des Gerichtshofs hierzu zu rechnen. Dennoch sind bereits jetzt Punkte erkennbar, die voraussichtlich einer abschließenden Klärung durch den EuGH bedürfen werden.

6.1.3 Die Rechtsprechung des EuGH zu lauterkeitsrechtlichen Vorschriften des Sekundärrechts

Die Rechtsprechung des EuGH mit Bezug zu lauterkeitsrechtlichen Problemlagen im Bereich des Sekundärrechts ist entsprechend der dort vorherrschenden Regelungsdichte ebenfalls recht punktuell. Im folgenden sollen nun die lauterkeitsrechtlich relevanten Bereiche herausgearbeitet werden, zu denen der Gerichtshof in seinen Entscheidungen Stellung bezogen hat.

6.1.3.1 Die Rechtsprechung zu sekundärrechtlichen Irreführungsverboten

Der größte Teil der Rechtsprechung des Gerichtshofes, der sekundärrechtliche Vorschriften lauterkeitsrechtlichen Inhalts zum Gegenstand hat, betrifft Sachverhalte, die sich auf eine mögliche Irreführungsgefahr beziehen.⁵²⁴ In diesem Bereich hatte der EuGH gerade in der jüngeren Zeit vielfach Gelegenheit zur Stellungnahme.⁵²⁵ Dabei stammten die entsprechenden Vorlagen an den Gerichtshof überwiegend aus Deutschland, was im wesentlichen auf die hier bekanntlich besonders strenge Rechtsprechung zur irreführenden Werbung zurückzuführen ist.⁵²⁶

⁵²⁴ EuGH, Urt. v. 12.12.1990, Rs. C-241/89 – SARPP – Slg. 1990, S. 4695 ff. (Etikettierungsrichtlinie 79/112/EWG); EuGH, Urt. v. 16.1.1992, Rs. C-373/90 – Nissan – WRP 93, S. 233 f. (Irreführungsrichtlinie 84/450/EWG); EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 - Verband Sozialer Wettbewerb e. V. / Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH – NJW 1994, S. 1207 f. (Kosmetikrichtlinie 76/768/EWG); EuGH, Urt. v. 16.7.1998, Rs. C-210/96 – Gut Springenheide – NJW 1998, S. 3183 ff. (Verordnung (EWG) Nr. 2771–75 des Rates vom 29. 10. 1975 über die gemeinsame Marktorganisation für Eier); EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-220/98 – Estée Lauder – NJW 2000, S. 1173 ff. (Kosmetikrichtlinie 76/768/EWG)

⁵²⁵ EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-220/98 – Estée Lauder – NJW 2000, S. 1173 ff.; EuGH, Urt. v. 4.4.2000, Rs. C-465/98 – Darbo – GRUR Int. 2000, S. 756 ff.; EuGH, Urt. v. 28.1.1999, Rs. C-303/97 – Sektkellerei Kessler – Slg. 1999, S. I 513 ff. = GRUR Int. 1999, S. 345 ff.; EuGH, Urt. v. 28.01.1999, Rs. C-77/97 – Unilever – GRUR Int. 1999, S. 349 ff.; EuGH, Urt. v. 6.7.1995, Rs. C-470/93 - Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH – NJW 1995, S. 3243 f. ; EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 - Verband Sozialer Wettbewerb e. V. / Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH – NJW 1994, S. 1207 f.

⁵²⁶ Hartwig, GRUR Int. 2000, S. 758

Soweit es um Bestimmungen des Sekundärrechts mit allgemeiner oder spezieller Geltung ging, die die Täuschung von Verbrauchern verhindern sollen, stellt sich der EuGH regelmäßig auf den Standpunkt, maßgeblich für die Beurteilung, ob eine Irreführung vorliege, sei die Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers.⁵²⁷ Dies hat der Gerichtshof insbesondere in seinem Urteil vom 16.7.1998 *Gut Springenheide* zum Ausdruck gebracht, wo er ausdrücklich das Verbraucherleitbild benennt, das seiner Ansicht nach für die Beurteilung einer Irreführung heranzuziehen ist.⁵²⁸ Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß der EuGH bei der Beantwortung der Frage nach dem maßgeblichen Verbraucherleitbild explizit Bezug auf verschiedene weitere sekundärrechtliche Regelungen nimmt und feststellt, daß bei diesen der gleiche Irreführungsmaßstab gilt.⁵²⁹ Dies kann als Versuch gewertet werden, der Aussage zum maßgeblichen Verbraucherleitbild grundsätzlichen Charakter zu verleihen, der deutlich über die konkret zu beurteilende Vorschrift hinaus abstrahlt.⁵³⁰

Aufgrund der relativen Vielzahl der Fälle zu Sachverhalten mit Bezug zu irreführenden Tatbeständen ist die Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich mittlerweile sehr gefestigt, so daß hier keine Überraschungen zu erwarten sind.⁵³¹ Dies zeigt sich auch daran, daß die Begründungen des EuGH zu Urteilen in Bezug auf Irreführungen zunehmend stereotyp erscheinen.⁵³²

Die Prüfung, ob eine Irreführung gegeben ist, erfolgt im Sekundärrecht ebenfalls im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁵³³ Dies resultiert daraus, daß es sich bei den sekundärrechtlich normierten Irreführungsverboten letztlich auch um Einschränkungen einer primärrechtlichen Grundfreiheit handelt. Durch diese sekundärrechtlichen Vorschriften werden Maßnahmen definiert, die im Interesse des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs erforderlich und somit als zwin-

⁵²⁷ EuGH, Urt. v. 4.4.2000, Rs. C-465/98 – Darbo – GRUR Int. 2000, S. 756 ff.; EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-220/98 – Estée Lauder – NJW 2000, S. 1173 ff.; EuGH, Urt. v. 28.1.1999, Rs. C-303/97 – Sektkellerei Kessler – Slg. 1999, S. I 513 ff. = GRUR Int. 1999, S. 345 ff.; EuGH, Urt. v. 16.7.1998, Rs. C-210/96 – Gut Springenheide – NJW 1998, S. 3183 ff.

⁵²⁸ EuGH, Urt. v. 16.7.1998, Rs. C-210/96 – Gut Springenheide – NJW 1998, S. 3183 ff. (3184), Rdn. 31

⁵²⁹ EuGH, Urt. v. 16.7.1998, Rs. C-210/96 – Gut Springenheide – NJW 1998, S. 3183 ff. (3184), Rdn. 28

⁵³⁰ Leible, EuZW 1998, S. 528

⁵³¹ Leible spricht bereits in seiner Anmerkung zum EuGH Urteil „Gut Springenheide“ davon, daß diese Entscheidung „inhaltlich wenig Neues“ bringe EuZW 1998, S. 528

⁵³² EuGH, Urt. v. 4.4.2000, Rs. C-465/98 – Darbo – GRUR Int. 2000, S. 756 ff. (757), Rdn. 20; EuGH, Urt. v. 28.1.1999, Rs. C-303/97 – Sektkellerei Kessler – Slg. 1999, S. I 513 ff. = GRUR Int. 1999, S. 345 ff. (348), Rdn. 36

⁵³³ EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-220/98 – Estée Lauder – NJW 2000, S. 1173 ff. (1174), Rdn. 26 ff. m. w. N.

gende Erfordernisse i. S. d. Art. 28 EGV bzw. aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses i. S. d. Art. 49 EGV auch gerechtfertigt sind.⁵³⁴

6.1.3.2 Die Rechtsprechung zum sekundärrechtlichen Schutz geographischer Herkunftsangaben

Die Verordnung zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel⁵³⁵ ist am 14.7.1992 in Kraft getreten⁵³⁶ und wurde in der Bundesrepublik Deutschland durch die §§ 130 ff. MarkenG in das Markengesetz einbezogen. Hierbei handelt es sich um einen Bereich, der originär dem Recht des unlauteren Wettbewerbs zuzuordnen ist.

Allerdings sieht die Verordnung lediglich einen eingeschränkten Kreis schutzfähiger Herkunftsangaben vor. Zum einen werden nur Bezeichnungen geschützt, die unter Art. 2 VO fallen und einer Spezifikation gem. Art 4 VO entsprechen. Weiterhin ist konstitutive Voraussetzung des Schutzes, daß die geographischen Angaben in ein bei der Kommission geführtes Verzeichnis eingetragen werden.⁵³⁷

Das Problem, das sich daraus ergibt, ist die Frage nach der Anwendbarkeit nationaler Schutzvorschriften im Bereich der Verordnung. So wird seitens der Kommission die Ansicht vertreten, daß die Verordnung ein Verbot des nationalen Schutzes für Ursprungsbezeichnungen und Herkunftsangaben ohne vorherige Registrierung enthalte.⁵³⁸ Diese Auffassung hat allerdings zur Folge, daß es zu einer Verletzung der Eigentumsrechte an den danach schutzlos bleibenden Bezeichnungen kommt, die die von der Verordnung aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllen.⁵³⁹ Nach einer anderen Ansicht ist die Verordnung primärrechtskonform auszulegen, mit der Folge,

⁵³⁴ EuGH, Urt. v. 2.2.1994, Rs. C-315/92 - Verband Sozialer Wettbewerb e. V. / Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH – NJW 1994, S. 1207 f. (1207) Rdn. 15; EuGH, Urt. v. 13.1.2000, Rs. C-220/98 – Estée Lauder – NJW 2000, S. 1173 ff.; EuGH, Urt. v. 28.1.1999, Rs. C-303/97 – Sektkellerei Kessler –GRUR Int. 1999, S. 348, Rdn. 32 f.

⁵³⁵ VO 2081/92 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel; Abl. EG 1992 Nr. L 208, S. 1 ff.; in der Fassung der VO 535/97 v. 17.3.1997, Abl. EG 1997 Nr. L 83 S. 3 ff.

⁵³⁶ Zu den grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Verordnung vgl. Beier/Knaak, GRUR Int. 1993, S. 608 f.; Tilmann, GRUR Int. 1993, S. 610 ff.

⁵³⁷ In Deutschland sind gem. § 130 Abs. 1 MarkenG die erforderlichen Anträge an das Deutsche Patent- und Markenamt einzureichen.

⁵³⁸ Meyer, WRP 1995, S. 784 f.; Knaak, GRUR 1995, S. 110

⁵³⁹ Beier/Knaak, GRUR Int. 1993, S. 607

daß erst von der Registrierung an der Schutz der Verordnung einschlägig ist. Nationale Schutzvorschriften bleiben bis zur Registrierung anwendbar, und auch für nicht angemeldete Angaben bleibt es beim nationalen Schutz.⁵⁴⁰

Eine derartige Auslegung entspricht wohl auch am ehesten der *Exportur* Entscheidung des EuGH, die kurz nach Verabschiedung der Verordnung erging.⁵⁴¹ Im Rahmen dieser Entscheidung hat der Gerichtshof zwar nicht konkret zu der Frage eines möglichen Verbots nationalen Schutzes geographischer Herkunftsangaben aufgrund der VO 2081/92 Stellung bezogen, zumal dies die Vorlagefrage auch gar nicht zuließ, doch hat er die geographischen Herkunftsangaben dem Anwendungsbereich des Art. 30 EGV zugeordnet und das Schutzbedürfnis für alle geographischen Herkunftsangaben, auch für die qualitätsneutralen, ausdrücklich anerkannt.⁵⁴² Ein Verbot des nationalen Schutzes im Anwendungsbereich der Verordnung stünde somit in einem klaren Gegensatz zu dieser Entscheidung.

6.1.3.2.1 Die Entscheidung *Warsteiner* des EuGH⁵⁴³

Der BGH hat daraufhin dem EuGH mit Beschluß vom 2.7.1998 folgende Frage zur oben angesprochenen Problemstellung gem. Art. 234 Abs. 3 EGV zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Steht die Regelung der Verordnung Nr. 2081/92 ... der Anwendung einer nationalen Vorschrift entgegen, welche die irreführende Verwendung einer einfachen geographischen Herkunftsbezeichnung verbietet, d. h. einer Angabe, bei welcher kein Zusammenhang zwischen den Eigenschaften des Produkts und seiner geographischen Herkunft besteht.“⁵⁴⁴

Zwar steht nach Ansicht des Senats die Verordnung dem nationalen Schutz einer einfachen geographischen Herkunftsangabe nicht entgegen, doch erscheint ihm im Hinblick auf die seitens der Kommission vertretene Auffassung, die Verordnung ent-

⁵⁴⁰ Tilmann, GRUR Int. 1993, S. 612 f.

⁵⁴¹ EuGH, Urt. v. 10.11.1992, Rs. C-3/91 – *Exportur* – GRUR Int. 1993, S. 76 ff.

⁵⁴² EuGH, Urt. v. 10.11.1992, Rs. C-3/91 – *Exportur* – GRUR Int. 1993, S. 76 ff. (78), Rdn. 28

⁵⁴³ EuGH, Urt. v. 7.11.2000, Rs. C-312/98 – *Warsteiner* – WRP 2000, S. 1389 ff.

halte eine abschließende, weiterreichenden nationalen Schutz ausschließende Regelung über den Schutz geographischer Angaben und Ursprungsbezeichnungen, und die nicht eindeutige Position des EuGH in dieser Frage eine Vorlage als geboten.⁵⁴⁵

In seinen Schlußanträgen vom 25.5.2000 stimmt GA Jacobs mit der Auffassung des vorliegenden Senats im Ergebnis überein. Seiner Ansicht nach ergibt sich sowohl aus der Zielsetzung als auch aus dem Wortlaut der Verordnung, daß sie nationalen Systemen nicht entgegensteht, die einfache geographische Herkunftsangaben schützen.⁵⁴⁶ Allerdings unterzieht er auch die Frage, ob im Falle der Gültigkeit nationaler Schutzbestimmungen neben der Verordnung die nationalen Rechtsvorschriften möglicherweise nicht mit den Grundsätzen des freien Warenverkehrs gem. Art. 28 EGV vereinbar sind, einer kritischen Prüfung.⁵⁴⁷ Die fragliche nationale Regelung des § 127 Abs. 1 MarkenG fällt seiner Auffassung nach zweifelsohne in den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV.⁵⁴⁸ Entgegen der oben geäußerten Auffassung⁵⁴⁹ geht GA Jacobs aber davon aus, daß nationale Rechtsvorschriften wie beispielsweise § 127 Abs. 1 MarkenG, die den Schutz einfacher geographischer Herkunftsangaben zum Gegenstand haben, nicht unter den Vorbehalt für Maßnahmen zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums i. S. des Art. 30 EGV fallen, sondern eine Rechtfertigung durch die in der Entscheidung *Cassis de Dijon* aufgestellten Grundsätze zu erfolgen hat.⁵⁵⁰

Dies begründet er zum einen damit, daß sich der Sachverhalt in der *Exportur* Entscheidung⁵⁵¹ wesentlich von dem der durch den BGH vorgelegten Frage zugrundeliegenden Sachverhalt unterscheidet. In der „Exportur“-Entscheidung ging es um den Schutz von Ursprungsbezeichnungen, Herkunftsangaben und Bezeichnungen bestimmter Erzeugnisse durch ein bilaterales Abkommen zwischen Frankreich und Spanien, die zum damaligen Zeitpunkt keinerlei Schutz auf Gemeinschaftsebene erfuhren. Dieses Abkommen hatte eine breitere Zielsetzung als der Schutz geogra-

⁵⁴⁴ BGH, WRP 1998, S. 998 ff.

⁵⁴⁵ BGH, WRP 1998, S. 1001

⁵⁴⁶ Schlußanträge GA Jacobs v. 25.5.2000, Rs. C-312/98 – Warsteiner – Rdn. 35 u. 42

⁵⁴⁷ Schlußanträge GA Jacobs v. 25.5.2000, Rs. C-312/98 – Warsteiner – Rdn. 43 ff.

⁵⁴⁸ Schlußanträge GA Jacobs v. 25.5.2000, Rs. C-312/98 – Warsteiner – Rdn. 47

⁵⁴⁹ Vgl. oben Pkt. 3.4.1

⁵⁵⁰ Schlußanträge GA Jacobs v. 25.5.2000, Rs. C-312/98 – Warsteiner – Rdn. 54 ff.

⁵⁵¹ EuGH, Urt. v. 10.11.1992, Rs. C-3/91 – Exportur – GRUR Int. 1993, S. 76 ff.

phischer Herkunftsangaben, wie ihn § 127 Abs. 1 MarkenG gewährleistet.⁵⁵² Zum anderen führt er aus, daß der spezifische Gegenstand geistigen Eigentums i. S. des Art. 30 EGV maßgeblich durch das Bestehen eines Ausschließlichkeitsrechts für den Rechtsinhaber gekennzeichnet ist. Bei dem nationalen Schutz, wie er durch § 127 Abs. 1 MarkenG gewährleistet wird, fehlt es aber gerade an einer Zuordnung der Herkunftsangabe zu einem bestimmten ausschließlichen Rechtsträger. Es könne insoweit nicht von geistigen Eigentumsrechten gesprochen werden.⁵⁵³

Im Rahmen der Rechtfertigung nach den Grundsätzen der *Cassis-Formel* kommt er aber zu dem Ergebnis, daß eine nationale Regelung wie § 127 Abs. 1 MarkenG dann keiner Rechtfertigung zugänglich ist, wenn sie vom nationalen Gericht dahin ausgelegt wird, daß sie die Verwendung einer einfachen geographischen Herkunftsangabe auch dann verbietet, wenn dadurch ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Verbraucher nicht irreführt werden kann.⁵⁵⁴ Er erachtet somit die Anwendung des deutschen Verbraucherleitbildes im Rahmen einer Irreführungsbeurteilung als unverhältnismäßig im Hinblick auf eine Beschränkung des freien Warenverkehrs durch das möglicherweise aus der Irreführung resultierende Verbot der Verwendung der Bezeichnung.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung in dieser Sache vom 7.11.2000 ebenfalls festgestellt, daß die Verordnung Nr. 2081/92 nicht der Anwendung einer nationalen Regelung entgegensteht, die die möglicherweise irreführende Verwendung einer geographischen Herkunftsangabe verbietet, bei der kein Zusammenhang zwischen den Eigenschaften des Produktes und seiner geographischen Herkunft besteht. Er begründet dies damit, daß einfache geographische Herkunftsangaben nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen und somit ein das nationale Recht ausschließender Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht besteht.⁵⁵⁵ Des weiteren bestehen nach Ansicht des Gerichtshofes auch keinerlei sonstige Bedenken gegen den Schutz geographischer Herkunftsangaben auf nationaler Ebene, zumal der Sinn und Zweck der Verordnung dadurch nicht gefährdet würde.⁵⁵⁶

⁵⁵² Schlußanträge GA Jacobs v. 25.5.2000, Rs. C-312/98 – Warsteiner – Rdn. 53

⁵⁵³ Schlußanträge GA Jacobs v. 25.5.2000, Rs. C-312/98 – Warsteiner – Rdn. 52

⁵⁵⁴ Schlußanträge GA Jacobs v. 25.5.2000, Rs. C-312/98 – Warsteiner – Rdn. 66

⁵⁵⁵ EuGH, Urt. v. 7.11.2000, Rs. C-312/98 – Warsteiner – WRP 2000, S. 1389 ff. (1393), Rdn. 41 ff.

⁵⁵⁶ EuGH, Urt. v. 7.11.2000, Rs. C-312/98 – Warsteiner – WRP 2000, S. 1389 ff. (1393 f.), Rdn. 45 ff.

Auffallend ist, daß der EuGH die recht weit gehenden Ausführungen des GA Jacobs in seinem Urteil nicht erwähnt hat. Allerdings bot auch die klar umrissene Vorlagefrage wenig Gelegenheit zu einer Stellungnahme. Eine solche Zurückhaltung des Gerichtshofes ist zwar nicht der Regelfall, doch war eine Stellungnahme im vorliegenden Fall nicht notwendig. Die Diskussion, ob Beschränkungen des freien Warenverkehrs, die aus Verboten der Irreführung durch geographische Herkunftsangaben stammen, einer Rechtfertigung nach Art. 30 EGV zugänglich sind oder ob eine Rechtfertigung im Rahmen der zwingenden Erfordernisse i. S. der *Cassis*-Formel erfolgt, ist eher dogmatischer Natur und hätte auf das Ergebnis keinen Einfluß. Der einzige Zweck hätte darin gelegen, der nationalen Gerichtsbarkeit „einen Wink mit dem Zaunpfahl“ dahingehend zu geben, daß bei einer Beurteilung der Irreführungsgefahr auf das europäische Verbraucherleitbild abzustellen ist. Dies dürfte aber den nationalen Gerichten aus einer Vielzahl vorangegangener Urteile des EuGH bekannt sein und war daher nicht notwendig zu wiederholen.

6.1.3.3 Die sekundärrechtliche Gebotenheit eines Verhaltens

Bisher wurden lediglich Fälle besprochen, bei denen eine mitgliedstaatliche Maßnahme gegen ein gemeinschaftsrechtliches Verbot verstoßen hat. Gleichwohl ist es auch möglich, daß ein i. S. einer nationalen Rechtsordnung wettbewerbswidriges Verhalten gemeinschaftsrechtlich geboten ist. Dies war beispielsweise der Fall in der Entscheidung *Berlin-Butter*.⁵⁵⁷

Um Erkenntnis darüber zu gewinnen, wie die Verbraucher auf eine Senkung des Butterpreises reagieren würden, ordnete die Kommission mit einer an die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Entscheidung gem. Art. 249 Abs. 4 EGV vom 25.2.1985 die Durchführung einer Maßnahme zur Förderung des Butterabsatzes auf dem Markt von Berlin (West) in der Zeit vom 15. 4. 1985 bis zum 30. 6. 1985 an. Die Grenzkosten und die Wirksamkeit der Aktion sollten von einem unabhängigen Forschungsinstitut untersucht werden. Es sollten 900 t Butter aus öffentlichen Beständen in 250-g-Packungen mit der Aufschrift „kostenlose EWG-Butter“ abgepackt und sodann in einer gemeinsamen Verpackung zusammen mit jeweils einer Packung Marktbutter desselben Gewichts vermarktet werden. Der Preis dieser Doppelpackung durfte den während des Vermarktungszeitraums geltenden Preis für 250 g Marktbutter nicht überschreiten. Zu diesem Zweck sollte die im Ausgangsverfahren vor

⁵⁵⁷ EuGH, Urt. v. 21.5.1987, Rs. 249/85 – Berlin-Butter – NJW 1987, S. 2153 f.

dem LG Frankfurt beklagte Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktor-
dnung 900 t Butter aus öffentlichen Beständen kostenlos Handelsunternehmen
zur Verfügung stellen, die von ihr auszuwählen waren und die sich ihr gegen-
über vertraglich verpflichten mußten, die von der Maßnahme erfaßte Butter
zu verpacken und über den Einzelhandel abzusetzen. Hiergegen wandte sich
die Klägerin des Ausgangsverfahrens, eine Margarineherstellerin mit Sitz in
Berlin, und rügte verschiedene Verstöße gegen Vorschriften des UWG sowie
der ZugabeVO.

Hierzu stellte der EuGH zunächst fest, daß dann, wenn eine von einem Gemein-
schaftsorgan angeordnete Maßnahme der vorliegenden Art dem innerstaatlichen
Recht unterworfen würde, die Gültigkeit des Rechtsaktes der Gemeinschaft selbst
praktisch von der Einhaltung des innerstaatlichen Rechts abhängig gemacht würde.
Seiner Auffassung nach stünde dieses Ergebnis im Widerspruch zur ständigen
Rechtsprechung des Gerichtshofes, nach der die Gültigkeit von Rechtsakten der
Gemeinschaft nur nach Gemeinschaftsrecht beurteilt werden kann.⁵⁵⁸ Dementspre-
chend ist die Anwendung aller innerstaatlichen Rechtsvorschriften, darunter auch
der Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb und über Zugaben, zu unterlas-
sen, wenn deren Anwendung die Durchführung einer Gemeinschaftsentscheidung
beeinträchtigen könnte.

Allerdings prüfte der EuGH inzident auch die Gültigkeit der diesem Streit zugrunde-
liegenden Entscheidung⁵⁵⁹ und stellte darüber hinaus ausdrücklich fest, daß Hand-
lungen der Gemeinschaftsorgane aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit den Grundsät-
zen des Gemeinschaftsrechts über den Wettbewerb in ihrer Gültigkeit beeinträchtigt
werden können. Er verweist darauf, daß die Gemeinschaftsorgane bei ihren Maß-
nahmen auch insbesondere den Anforderungen an die Lauterkeit des Handelsver-
kehrs Rechnung zu tragen haben. Im vorliegenden Fall kommt er zu dem Ergebnis,
daß die verantwortlichen Organe den ihnen zustehenden Beurteilungsspielraum
nicht überschritten hätten.⁵⁶⁰

Diese Entscheidung hat zwar keine spezifisch lauterkeitsrechtliche Problemlage
zum Gegenstand, doch kommt hier der Vorrang des sekundären Gemeinschafts-
rechts vor dem nationalen Unlauterkeitsrecht deutlich zum Vorschein. Im Fall eines
derart eklatanten Gegensatzes zwischen nationaler und europäischer Rechtsord-

⁵⁵⁸ EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70 – Internationale Handelsgesellschaft – Slg. 1970, S. 1125 ff. (1125)

⁵⁵⁹ EuGH, Urt. v. 21.5.1987, Rs. 249/85 – Berlin-Butter – NJW 1987, S. 2153 f. (2154), Rdn. 15 f.

nung hat der EuGH durch seine umfangreiche Prüfung deutlich gemacht, daß eine gemeinschaftsrechtliche Maßnahme, die außerhalb der konkreten Maßnahme keinen weiteren europarechtlichen Bedenken unterliegt, einer besonders sorgfältigen Prüfung hinsichtlich ihrer Gültigkeit und Verhältnismäßigkeit bedarf. Des weiteren fällt auf, daß der EuGH in dieser Entscheidung ausdrücklich von den Grundsätzen eines Gemeinschaftsrechts über den Wettbewerb spricht und hierzu insbesondere die Lauterkeit des Handelsverkehrs zählt.⁵⁶¹

6.1.4 Stellungnahme

Entsprechend dem geringen Anteil lauterkeitsrechtlicher Bestimmungen an der Gesamtheit sekundärrechtlicher Normen existiert auch nur eine verhältnismäßig geringe Rechtsprechung des EuGH zu konkret lauterkeitsrechtlichen Problemstellungen. Ein Großteil dieser Rechtsprechungstätigkeit bezieht sich auf die sekundärrechtlich normierten Irreführungstatbestände. Gerade aufgrund der großen Diskrepanz der deutschen Rechtsprechung zur europäischen haben derartige Entscheidungen hierzulande einen hohen Bedeutungswert, zumal viele Vorlagen in diesem Bereich von deutschen Gerichten kamen. Mittlerweile existiert in diesem Bereich, ebenso wie im Primärrecht, eine gefestigte europäische Rechtsprechung, die eigentlich keine größeren Unwägbarkeiten mehr für die nationalen deutschen Wettbewerbsrechte bereithalten sollte.

Im Vergleich zur lauterkeitsrechtlich bezogenen Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Primärrechts nimmt die Rechtsprechung zum Sekundärrecht eine weniger bedeutende Position ein. Die richtungsweisenden Vorgaben der europäischen Rechtsprechung für lauterkeitsrechtliche Fallgestaltungen haben ihren Ursprung im primären Gemeinschaftsrecht. Der Grund hierfür liegt zum einen in der recht punktuellen Gemeinschaftsrechtssetzung im Bereich eines europäischen Unlauerkeitsrechts. Zum anderen finden sich spezifisch lauterkeitsrechtliche Vorschriften oft nur in Verbindung mit speziellen Regelungen anderer Rechtsbereiche, wie beispielswei-

⁵⁶⁰ EuGH, Urt. v. 21.5.1987, Rs. 249/85 – Berlin-Butter – NJW 1987, S. 2153 f. (2154), Rdn. 16

⁵⁶¹ „...daß die Gültigkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane durch ihre Unvereinbarkeit mit den **Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts über den Wettbewerb** beeinträchtigt werden kann. Die Gemeinschaftsorgane

se im Lebensmittelrecht, und haben daher nur eine geringe Abstrahlungswirkung. Demgegenüber haben die Vorschriften des Primärrechts naturgemäß einen wesentlich weiteren Anwendungsbereich. Die im Vergleich höhere Bedeutung des europäischen Primärrechts zeigt sich auch an der Tatsache, daß wesentliche lauterkeitsrechtliche Grundsätze, wie beispielsweise das Verbraucherleitbild, in der Rechtsprechung zum primären Gemeinschaftsrecht ausgeformt wurden.

Mit Interesse ist hingegen der Rechtsprechung des EuGH zu Rechtsproblemen in Bezug auf die Richtlinie zur Einbeziehung der vergleichenden Werbung, der Fernabsatzrichtlinie und der E-commerce Richtlinie entgegenzusehen. Aus diesen Entscheidungen werden sich sicher weitere verallgemeinerungsfähige Grundsätze zum Bereich eines europäischen Unlauterkeitsrechts ergeben, die über die Richtlinie vor deren Hintergrund sie ergangen, sind hinauswirken werden.

7 Die prozessualen Einflußmöglichkeiten des EuGH

Nachfolgend sollen nun die prozessualen Einflußmöglichkeiten des EuGH auf die nationalen Rechtsprechungen im Bereich des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb näher betrachtet werden, um so die Implementierung der vorstehend herausgearbeiteten Grundsätze in die nationalen Rechtsordnungen darzustellen.

Kennzeichnend für die Ausgestaltung der judikativen Gewalt innerhalb der Europäischen Gemeinschaft ist es, daß die Mitgliedstaaten aufgrund der Bestimmungen des EGV obligatorisch der Rechtsprechungsgewalt des EuGH unterworfen sind, Art. 292 EGV. Allerdings ergibt sich die Zuständigkeit des EuGH nicht aus Generalklauseln, sondern er besitzt nur die enumerativ im Vertrag aufgeführten Einzelzuständigkeiten. Soweit eine durch Vertrag zugewiesene Rechtsprechungskompetenz des Gerichtshofes besteht, kommt dieser Zuständigkeit allerdings eine ausschließliche Wirkung zu. Dies gilt gerade im Verhältnis zu den innerstaatlichen Gerichten, die dann von jeder Rechtsprechungstätigkeit ausgeschlossen sind.⁵⁶² Ist hingegen keine

haben nämlich insbesondere den Anforderungen an die Lauterkeit des Handelsverkehrs Rechnung zu tragen.“ EuGH, Urt. v. 21.5.1987, Rs. 249/85 – Berlin-Butter – NJW 1987, S. 2153 f. (2154), Rdn. 16

⁵⁶² Eine Ausnahme bildet insoweit das Vorabentscheidungsverfahren, als es hier zu einer arbeitsteiligen Kooperation zwischen EuGH und nationaler Gerichtsbarkeit kommt.

ausdrückliche Zuständigkeit des EuGH durch Vertrag begründet, dann sind die einzelstaatlichen Gerichte zur Streitentscheidung berufen.

7.1 Direkte Einflußnahme

Eine direkte Einflußnahme des EuGH auf die deutsche Rechtsprechung ist nur recht begrenzt möglich. Dies ergibt sich aus der innerhalb des jeweiligen Verfahrens möglichen Art des Verfahrensgegenstandes. Denn nur, wenn die nationalstaatliche Rechtsprechungstätigkeit in dem Sinne Gegenstand eines Verfahrens vor dem EuGH sein kann, daß ein konkreter Eingriff des Gerichtshofs möglich ist, kann von einer direkten Einflußnahme gesprochen werden. Ein solcher Zugriff erscheint aber nur innerhalb eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 227 EGV und eines Vorab-entscheidungsverfahrens gem. Art. 234 EGV möglich. Maßgeblich für die Beantwortung des Grads des Einflusses ist wiederum zum einen die Art des Urteilspruchs und zum anderen die daraus resultierende Bindungswirkung. Letztere ist allerdings wieder von der jeweiligen Verfahrensart abhängig, in der das Urteil ergeht.

7.1.1 Das Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 f. EGV

Im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 226 EGV können mitgliedstaatliche Vertragsverstöße durch den EuGH festgestellt werden. In Betracht kommen Verstöße gegen primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht sowie gegen allgemeine Rechtsgrundsätze der Gemeinschaft durch Handlungen nationaler Exekutiveorgane. Tauglicher Verfahrensgegenstand können auch Vertragsverstöße staatlicher Gerichte sein.⁵⁶³

Soweit das eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren begründet ist, ergeht ein Feststellungsurteil. Dieses verpflichtet den betroffenen Mitgliedstaat, die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergeben, Art. 228 Abs. 1 EGV. Die Frage, die sich damit ergibt, ist die nach dem Vorgehen, wenn das beanstandete

⁵⁶³ Krück in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 169, Rdn. 62

Urteil bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Hier ist besondere Vorsicht geboten, zum einen aufgrund der Unabhängigkeit der Gerichte⁵⁶⁴ und zum anderen in Hinblick auf die zentrale Rolle der nationalen Gerichte bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts.⁵⁶⁵ Von einer Beseitigung des Rechtsverstößes sollte in solchen Fällen abgesehen werden, zumal auch kein geeignetes Rechtsmittel zur Verfügung steht.⁵⁶⁶ Die angemessene Reaktion auf Fehlentscheidungen der Gerichte ist daher, soweit möglich, die Einlegung des nationalen Rechtsmittels und nicht die Aufsichtsklage.⁵⁶⁷ In der bisherigen Praxis ist der Rückgriff auf dieses Verfahren eine Ausnahme geblieben und im wettbewerbsrechtlich relevanten Bereich der Rechtsprechung überhaupt nicht erfolgt.

Die Möglichkeit der Einflußnahme des EuGH auf dem Wege des Vertragsverletzungsverfahrens ist daher als sehr gering anzusehen.

7.1.2 Das Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EGV

Eine wesentlich größere Einflußmöglichkeit bietet dagegen das Verfahren gem. Art. 234 EGV. Hiernach entscheidet der Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung auf Vorlage von nationalen Gerichten über Fragen der Auslegung und Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht. Diese Verfahrensart macht in etwa 70 % der Gesamtbelastung des EuGH aus.⁵⁶⁸

Im Hinblick auf das Verhältnis der nationalen Gerichte zum EuGH ist das Verfahren kooperativ ausgestaltet und nicht hierarchisch. Es trägt insoweit dem besonderen Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht Rechnung und bestimmt die Kompetenzaufteilung dahin, daß die verbindliche Auslegung sowie die Gültigkeitsprüfung des Gemeinschaftsrechts Sache des EuGH ist, während die Anwen-

⁵⁶⁴ Oppermann/Hiermaier, Jus 1980, S. 785

⁵⁶⁵ Däubler, NJW 1968, S. 326 f.; Däubler ist der Auffassung, daß ein Verstoß anderer, als letztinstanzlicher Gerichte für das Verfahren nach Art. 226 f. EGV unbeachtlich sei. Er begründet dies zum einen mit der nur für letztinstanzliche Gerichte bestehenden Vorlagepflicht gem. Art. 234 Abs. 3 EGV und der Leitfunktion obergerichtlicher Entscheidungen für die gesamte Rechtsprechung.

⁵⁶⁶ Vgl. Krück in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 169, Rdn. 62 Fn. 103 mit dem Verweis auf *Vedder*, der die Existenz eines ungeschriebenen Rechtsbehelfs zur Beseitigung der Rechtskraft in die nationalen Prozessordnungen hineinliest.

⁵⁶⁷ Karpenstein / Karpenstein in: Grabitz/Hilf EGV Art. 226, Rdn. 23

⁵⁶⁸ Hirsch, NJW 2000, S. 1819

dung dieser Normen den nationalen Richtern obliegt.⁵⁶⁹ Die nationalen Richter werden auf diesem Wege zu Gemeinschaftsrichtern.⁵⁷⁰

Hinsichtlich der Bindungswirkungen eines Vorabentscheidungsurteils ist zu unterscheiden zwischen den Wirkungen, die das Urteil auf das ausgesetzte Verfahren hat, und denen die darüber hinausreichen. Im Hinblick auf das ausgesetzte Verfahren, ist ein im Vorabentscheidungsverfahren ergangenes Urteil eine rechtskräftige, das vorliegende Gericht bindende Entscheidung. In ihrer Bindungswirkung erstreckt sie sich auch auf alle anderen Gerichte, die in derselben Sache zu entscheiden haben.⁵⁷¹ Für die Wirkung in anderen Verfahren ist demgegenüber zu unterscheiden zwischen Urteilen, in denen es um die Auslegung von Gemeinschaftsrecht geht, und solchen, die die Ungültigkeit gemeinschaftsrechtlicher Normen feststellen.⁵⁷²

7.1.2.1 Gültigkeitsurteile

Innerhalb der letztgenannten Gruppe ist wiederum eine Unterscheidung zu treffen, nämlich einmal zwischen Urteilen, die die Gültigkeit einer Gemeinschaftsrechtsnorm feststellen, und andererseits solchen, die die Ungültigkeit feststellen. Wird die Ungültigkeit einer Norm des Gemeinschaftsrechts im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens festgestellt, kommt dem eine allgemeine Bindungswirkung zu, die kaum von derjenigen unterschieden werden kann, die einem Nichtigkeitsurteil nach Art. 231 EGV zukommt.⁵⁷³ Wird demgegenüber vom Gerichtshof die Gültigkeit der Norm festgestellt, sind die nationalen Gerichte nur insoweit gebunden, als sie nicht von sich aus die Ungültigkeit der Gemeinschaftsrechtsnorm feststellen können. Ihnen bleibt allein die Möglichkeit, sich entweder der Rechtsprechung des EuGH anzu-

⁵⁶⁹ Iglesias, NJW 2000, S. 1890

⁵⁷⁰ Iglesias, NJW 2000, S. 1889; Hirsch, NJW 2000, S. 1819

⁵⁷¹ EuGH, Urt. v. 3.2.1977, Rs. 52/76 – Benedetti – Slg. 1977, S. 163 ff. (183); Streil, Das Vorabentscheidungsverfahren, S. 78

⁵⁷² Renegeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rdn. 399 ff.

⁵⁷³ Dieser Schluß ergibt sich zum einen aus der analogen Anwendung von Artt. 233, 231 Abs. 2 EGV in den Urteilen vom 15.10.1980, Rs. 4/79 – Providence Agricole de la Champagne, Slg. 1980, S. 2823 ff. ; Rs. 109/79 – Maiseries de Beauce, Slg. 1980, S. 2883; Rs. 145/79 – roquette Frères - Slg. 1980, S. 2917 ff. , sowie auch aus der Erklärung des EuGH im Urteil v. 13.5.1981, Rs. 66/80 – International Chemical Corporation – Slg. 1981, S. 1191, Rdn. 12; danach stellt ein die Ungültigkeit einer Rechtshandlung der EG aussprechendes Urteil, „obwohl sein unmittelbarer Adressat nur das Gericht ist, das den Gerichtshof angerufen hat, für jedes andere Gericht einen ausreichenden Grund dafür dar, diese Handlung bei den von ihm zu erlassenen Entscheidungen als ungültig anzusehen.“ Darüber hinaus wäre es auch nicht im Interesse der Rechtssicherheit, wenn ein nationales Gericht die für ungültig erklärte Rechtsnorm anwenden könnte.

schließen oder aber ein Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EGV einzuleiten.⁵⁷⁴

7.1.2.2 Auslegungsurteile

Soweit es sich um Urteile handelt, die die Auslegung von Gemeinschaftsrecht betreffen, ist zu unterscheiden zwischen letztinstanzlichen Gerichten i. S. des Art. 234 Abs. 3 EGV und nicht letztinstanzlichen Gerichten i. S. des Art. 234 Abs. 2 EGV. Grundsätzlich gilt, daß die nationalen Gerichte die vom EuGH in anderen Verfahren gefundene Auslegung des Gemeinschaftsrechts ihrer eigenen Entscheidung zugrunde legen können.⁵⁷⁵ Letztinstanzliche Gerichte i. S. des Art. 234 Abs. 3 EGV sind darüber hinaus verpflichtet, der Auslegung des EuGH zu folgen oder die ihrer Ansicht nach strittige Rechtsfrage erneut dem EuGH vorzulegen.⁵⁷⁶ Hier besteht insoweit eine eingeschränkte Bindungswirkung.

Für nicht letztinstanzliche Gerichte besteht eine derartige Vorlagepflicht nach h. M. nicht.⁵⁷⁷ Daher besteht für sie auch keine eingeschränkte Bindungswirkung im o. g. Sinne. Sie sind rechtlich nicht daran gehindert, von einem Auslegungsurteil des EuGH abzuweichen. Eine Bindung dieser Gerichte an die Entscheidungen des EuGH beruht im wesentlichen auf prozeßökonomischen Erwägungen sowie der Leitbildfunktion der Entscheidungen, die in ihrer präjudiziellen Wirkung mit obergerichtlichen Entscheidungen im nationalen Recht vergleichbar sind.⁵⁷⁸ Verletzt ein einzelstaatliches Gericht seine Vorlagepflicht, liegt hierin ein Verstoß gegen seine Vertragspflicht mit den möglichen Folgen des Art. 226, 227 EGV. Allerdings besteht in diesem Verfahren keine Klagemöglichkeit des einzelnen. Diesem bleibt nur das Mittel der Berufung oder Revision.

⁵⁷⁴ Renegeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rdn. 402

⁵⁷⁵ Renegeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rdn. 400; Fastenrath, JA 1986, S. 284

⁵⁷⁶ EuGH, Urt. v. 6.10.1982, Rs. 283/81 – C.I.L.F.I.T. – Slg. 1982, S. 3415 ff. (3429); Allerdings entfällt hiernach die Vorlagepflicht bereits dann, wenn eine „gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofes“ vorliegt, „durch die die betreffende Rechtsfrage gelöst ist, gleich in welcher Art von Verfahren sich diese Rechtsprechung gebildet hat, und selbst dann, wenn die strittigen Fragen nicht vollkommen identisch sind.“

⁵⁷⁷ Renegeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rdn. 400; Schwarze in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 234, Rdn. 66; Streil, Das Vorabentscheidungsverfahren, S. 78; Krück in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 177, Rdn. 91

⁵⁷⁸ Krück in: v. d. Groeben u.a., EWG Komm., Art 177, Rdn. 92; Renegeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rdn. 401; Streil, Das Vorabentscheidungsverfahren, S. 78 f.

Eine direkte prozessuale Einflußmöglichkeit des EuGH auf die deutsche Rechtsprechung i. S. einer unbeschränkten Bindungswirkung besteht damit nur im Rahmen des Ausgangsverfahrens des Vorlageersuchens und der Feststellung der Ungültigkeit einer Norm. Hierbei handelt es sich zwar um die direkteste Möglichkeit eines prozessualen Eingriffs in die nationale Rechtsprechung, die dem EuGH möglich ist, doch ist sie in der Art eingeschränkt, daß dem EuGH kein eigenes Initiativrecht zukommt und es der Vorlage eines nationalen Gerichtes bedarf, damit er tätig werden kann.

7.2 Indirekte Einflußnahme

Den weitaus größten Einfluß erfährt die Rechtsprechung des EuGH auf einem indirekten Weg, da ein Abweichen von der Rechtsprechung des EuGH der benachteiligten Partei regelmäßig einen Berufungs- oder Revisionsgrund liefert.⁵⁷⁹ In diesem Zusammenhang ist es auch nicht von Bedeutung, in welcher Verfahrensart das EuGH-Urteil ergangen ist, auf das das nationale Gericht Bezug nimmt.

Dieser indirekte Weg der prozessualen Einflußnahme gründet sich letztlich auf dem materiellrechtlichen Geltungs- und Anwendungsvorrang des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts vor dem innerstaatlichen Recht. Denn gerade daraus ergibt sich im Falle eines Verstoßes die Rechtswidrigkeit, die die Berufung oder Revision begründet. Um gerade diese Folge zu vermeiden, wird das jeweilige nationale Gericht bereits aus prozeßökonomischen Gründen bemüht sein, die einschlägigen Normen des Gemeinschaftsrechts und die dazu ergangene Rechtsprechung zu berücksichtigen. Dies zeigt sich deutlich an der vielfachen Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH im Rahmen von Berufungs- und Revisionsurteilen nationaler deutscher Gerichte,⁵⁸⁰ unabhängig davon, in welcher Verfahrensart die Urteile er-

⁵⁷⁹ Renegeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rdn. 401

⁵⁸⁰ Vgl. bspw. BGH, NJW 1999, S. 3491 – EG-Neuwagen II - ; BGH, NJW 1999, S. 3043 ff. – Entfernung von Herstellungsnummern - ; BGH, NJW 1999, S. 3267 ff. – EG-Neuwagen I - ; BGH, NJW 1999, S. 287 ff. – Nachahmungsschutz - ; BGH, NJW 1998, S. 2208 ff. – Testpreis Angebot -

gangen sind, wobei die zitierten Entscheidungen auch vielfach kausal für die Urteile der nationalen Gerichte sind.⁵⁸¹

Die Entscheidungen des EuGH ähneln insoweit in ihrer Bedeutung den Präjudizien im nationalen Recht. Hierbei handelt es sich um Entscheidungen, bei denen über dieselbe Rechtsfrage, die bereits von einem anderen Gericht in einem anderen Fall entschieden wurde, erneut zu urteilen ist. Präjudiziell ist aber nur die im Rahmen der Urteilsbegründung durch das Gericht beantwortete Rechtsfrage.⁵⁸² Zwar mag die Entscheidung des Gerichtshofes im Regelfall, soweit nämlich nicht die Ungültigkeit einer Norm festgestellt wurde, nur unmittelbare Bindungswirkung für den Einzelfall haben. Doch das Gericht nimmt für seine Entscheidung in Anspruch, daß sie dem geltenden Recht entspricht und somit auch die dort vorgenommene Rechtsanwendung bzw. –auslegung zutreffend ist. Dies wiederum aber impliziert die Behauptung, daß entsprechend der dort vorgenommenen Rechtsanwendung jeder künftige gleichartige Fall ebenso zu entscheiden sei.⁵⁸³ Tatsache ist jedenfalls, daß sich die Gerichte in einem erheblichen Umfang an derartigen Präjudizien orientieren, insbesondere, wenn sie der obergerichtlichen Rechtsprechung entstammen.⁵⁸⁴ Damit wird zwei wesentlichen Faktoren der Rechtssicherheit Rechnung getragen, nämlich der Einheitlichkeit und der Kontinuität der Rechtsprechung.

8 **Schlußbetrachtung**

1. Entgegen einer vereinzelt in der Literatur vertretenen Auffassung existiert kein ungeschriebenes Recht gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Ebene des primären Gemeinschaftsrechts.
2. Der überwiegende Teil der in der Rechtsprechung des EuGH ausgeformten Grundsätze zum Bereich des Unlauterkeitsrechts ist in der Rechtsprechung zum Primärrecht entwickelt worden, wobei gerade die Ausbildung wettbewerbsspezifischer Grundsätze schwerpunktmäßig vor dem Hintergrund der

⁵⁸¹ BGH, NJW 1999, S. 3267 ff. – EG-Neuwagen I -

⁵⁸² Larenz / Canaris, Methodenlehre, S. 253

⁵⁸³ Larenz / Canaris, Methodenlehre, S. 252

⁵⁸⁴ Larenz / Canaris, Methodenlehre, S. 253

zwingenden Erfordernisse des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs erfolgt ist.

3. Das zwingende Erfordernis des Verbraucherschutzes ist maßgeblich durch das Postulat der Verbraucherinformation geprägt. Gleichwohl ist in Ausnahmefällen eine übermäßige Verbraucherinformation denkbar, die nicht vom zwingenden Erfordernis des Verbraucherschutzes gerechtfertigt ist.
4. Im Rahmen der zwingenden Erfordernisse i. S. des Urteils *Cassis de Dijon* ist auch das wettbewerbstheoretische Kriterium einer „hinreichenden“ Markttransparenz zu berücksichtigen. Im Hinblick darauf erscheinen auch nationale Zugabeverbote mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.
5. Der Schutzbereich des zwingenden Erfordernisses der Lauterkeit des Handelsverkehrs umfaßt im wesentlichen die Erhaltung eines unverfälschten Leistungswettbewerbes im Interesse der Wettbewerber und der Allgemeinheit. Im Verhältnis zum zwingenden Erfordernis des Verbraucherschutzes besteht kein Ausschließlichkeitsverhältnis.
6. In bezug auf den Anwendungsbereich des Art. 28 EGV ist insbesondere vor dem Hintergrund des Urteils *Keck* festzustellen, daß sich dieser insoweit verringert hat, als nunmehr potentielle Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit durch sog. Verkaufsmodalitäten nicht mehr von ihm erfaßt werden. Demgegenüber unterliegen konkrete Marktzutrittsbeschränkungen durch nationale Regelungen von Verkaufsmodalitäten weiterhin einer Überprüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit.
7. Aufgrund des Merkmals der konkreten Marktzutrittsbeschränkung ist es nicht vertretbar, ganze Fallgruppen von Tatbeständen des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb mit einem pauschalen Verweis auf deren grundsätzlichen Charakter als Verkaufsmodalitäten aus der Überprüfung am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit auszuklammern. Vielmehr ist für jeden Einzelfall (vorrangig durch die nationalen Gerichte) zu prüfen, ob eine konkrete Marktzutrittsbeschränkung gegeben ist. In Anwendung dieses Kriteriums ist auch keines der

unter Pkt. 5 untersuchten Urteile aus der Zeit vor *Keck* als „overruled“ anzusehen.

8. Im Rahmen der Überprüfung nationaler Regelungen am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EGV ist festzuhalten, daß sich hier keine qualitativen Unterschiede in der rechtlichen Bewertung im Vergleich zu Art. 28 EGV ergeben. Soweit allerdings verkaufsfördernde Maßnahmen für Waren i. S. des Art. 28 EGV als eigenständige Dienstleistungen i. S. des Art. 49 EGV durch Dritte erbracht werden, können sich durchaus unterschiedliche Ergebnisse im Vergleich zu einer ausschließlichen Bewertung unter dem Gesichtspunkt der Warenverkehrsfreiheit ergeben. Hintergrund dieser Divergenz ist der Umstand, daß im Rahmen einer Überprüfung der europarechtlichen Zulässigkeit einer untersagenden Maßnahme gegenüber dem Rechtsträger der Warenverkehrsfreiheit auch eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des mit der verkaufsfördernden Maßnahme beauftragten Dritten zu prüfen ist, wobei dann auch auf dessen Möglichkeit des Marktzugangs abzustellen ist.
9. Unter dem Aspekt einer fallgruppenorientierten Betrachtung lassen sich der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls eine Reihe verallgemeinerungsfähiger Grundsätze entnehmen, die die eigenständige Beurteilung der europarechtlichen Zulässigkeit nationaler Maßnahmen zumindest in Teilbereichen erlauben. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß der spezifisch lauterkeitsrechtliche Aussagegehalt der einzelnen EuGH-Entscheidungen variiert, da durch den Ausgangssachverhalt und die zu beantwortende Vorlagefrage der spezifisch lauterkeitsrechtliche Fragen betreffende Prüfungsumfang beeinflusst wird.
10. In bezug auf die Richtlinie 84/450/EWG ist festzuhalten, daß diese einen eigenen Irreführungstatbestand enthält, der durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes ausgefüllt wird. Den nationalen Rechtsordnungen verbleibt hinsichtlich des Maßstabes zur Beurteilung des Vorliegens einer Irreführung und damit zur Anwendung eines eigenen Verbraucherleitbildes keinerlei Möglichkeit. Dem steht auch nicht die in Art. 7 der Richtlinie enthaltene Öffnungsklausel entgegen.

11. Im Vergleich zur Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Primärrechts ergeben sich aus den Entscheidungen zum Sekundärrecht weniger verallgemeinerungsfähige Grundsätze. Gleichwohl lassen sich hier – insbesondere im Bereich der Irreführung – wichtige Hinweise für die Beurteilung eines Sachverhaltes in tatsächlicher Hinsicht gewinnen.

Lebenslauf

| | |
|--------------------------|--|
| Name | Thomas Wolf |
| Persönliche Daten | * 19.07.1974 in Braunschweig Staatsangehörigkeit: deutsch Familienstand: ledig |

| | | |
|--------------------------|---------------------------------|---|
| Wehr-/Zivildienst | 1. Juli 1993 – 30. Juni 1994 | Richt-/Ladeschütze auf Kampfpanzer Leopard 2 5 Kp. PzBtl. 24 in Braunschweig |
|--------------------------|---------------------------------|---|

| | | |
|-------------------|---|---|
| Ausbildung | Schulbildung: | |
| | 1980 -1984 | Grundschule Dettum |
| | 1984 - 1986 | Orientierungsstufe Sickte |
| | 1986 - 1993 | Dr. Wilhelm Meyer - Gymnasium, Braunschweig |
| | Juni 1993 | Abitur |
| | Studium: | |
| | Oktober 1994 | Universität Bayreuth Rechtswissenschaft mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung |
| | September 1997 | Wechsel an die Universität Würzburg |
| | SS 1998 | Auslandssemester an der Universität Salzburg, Österreich |
| | Juli 1999 | 1. Juristisches Staatsexamen |
| ab November 1999 | Promotion an der Universität Würzburg bei Prof. Dr. Inge Scherer Thema: „Die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb“ | |
| ab August 2001 | Referendariat in Berlin | |