

Bayerische Julius-Maximilians-Universität Würzburg

*JURISTISCHE FAKULTÄT*

**RESTRIKTIONEN FÜR DEN WETTBEWERB  
AUFGRUND EUROPÄISCHEN  
LAUTERKEITSRECHTS?**

*Inaugural-Dissertation*

*zur Erlangung der Würde eines*

*doctor iuris*

*der Juristischen Fakultät*

*der Julius-Maximilians-Universität Würzburg*

*vorgelegt von*

*Eva Theres Haaf*

*aus Bad Mergentheim*

*2010*



*Meinen lieben Eltern*

Erstberichterstatlerin: Frau Prof. Dr. Inge Scherer

Zweitberichterstatler: Prof. Dr. Olaf Sosnitza

Literatur und Rechtsprechung konnten bis einschließlich März 2010 berücksichtigt werden.

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Februar 2011

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>INHALTSVERZEICHNIS</b> .....	<b>V</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>XI</b>
<b>EINLEITUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>A. Ziel der Untersuchung</b> .....	<b>1</b>
<b>B. Das EU-Lauterkeitsrecht als Untersuchungsgegenstand</b> .....	<b>2</b>
I. Der Begriff des Lauterkeitsrechts .....	2
II. Das europäische Lauterkeitsrecht, Vergleich zum europäischen Kartellrecht .....	5
<b>C. Gang der Untersuchungen</b> .....	<b>7</b>
<b>HAUPTTEIL</b> .....	<b>9</b>
<b>1. TEIL:</b> .....	<b>9</b>
<b>DARSTELLUNG DES EUROPÄISCHEN LAUTERKEITSRECHTS</b> .....	<b>9</b>
<b>A. Einwirkungen internationaler Regelwerke auf das europäische Lauterkeitsrecht</b> .....	<b>9</b>
I. Die Pariser Verbandsübereinkunft und die WIPO-Model Provisions .....	10
II. Das TRIPs-Übereinkommen.....	11
III. Zusammenfassung .....	12
<b>B. Lauterkeitsrechtlich relevante Vorgaben des Primärrechts</b> .....	<b>12</b>
I. Präambel und Zielbestimmungen des Vertrages – Wettbewerb, Binnenmarkt und Verbraucherschutz als primärrechtliche Ziele .....	13
II. Die Grundfreiheiten und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH .....	14
III. Zusammenfassung .....	16
<b>C. Lauterkeitsrechtlich relevante Vorgaben des Sekundärrechts</b> .....	<b>16</b>
I. Die Richtlinien im Bereich der irreführenden und vergleichenden Werbung .....	17
II. Sekundärrechtliche Vorgaben im Bereich der Distanzkommunikation.....	20
1. Die Fernabsatzrichtlinie .....	21
2. Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr .....	22

3.	Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation .....	24
4.	Fernsehrichtlinie von 1989 / 1997 und die RL über audiovisuelle Mediendienste von 2007 .....	25
III.	Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.....	27
IV.	Zusammenfassung.....	29

## **2. TEIL:..... 30**

### **DIE BISHERIGEN LIBERALISIERUNGSENTWICKLUNGEN DES EUROPÄISCHEN LAUTERKEITSRECHTS ..... 30**

<b>A.</b>	<b>Liberalisierung des Wettbewerbs durch europäisches Primärrecht und die Rechtsprechung des EuGH – Angleichung durch Liberalisierung.....</b>	<b>30</b>
I.	Negativ-Integration durch das unmittelbar geltende Primärrecht.....	31
II.	Rechtsangleichung zur Vermeidung von Inländerdiskriminierung .....	32
III.	Die Entscheidungen „Yves Rocher“ und „GB-Inno-BM“ .....	32
<b>B.</b>	<b>Liberalisierung durch europäisches Sekundärrecht .....</b>	<b>34</b>
I.	Liberalisierung durch die E-Commerce-Richtlinie.....	34
II.	Liberalisierung durch den Grundsatz der Zulässigkeit vergleichender Werbung.....	37
1.	Liberalisierung des deutschen Rechts im Bereich der vergleichenden Werbung .....	37
2.	Relativierung des Grundsatzes der Zulässigkeit durch den umfangreichen Katalog des Art. 4 RL 2006/114/EG .....	38
<b>C.</b>	<b>Liberalisierung durch das europäische Verbraucherleitbild.....</b>	<b>39</b>
I.	Das Verbraucherleitbild des EuGH .....	40
1.	Die „Mars“-Entscheidung des EuGH.....	40
2.	Der Maßstab des Schutzniveaus in Europa – das relevante Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers.....	40
II.	Die Angleichungs- und Liberalisierungswirkung des europäischen Verbraucherleitbildes .....	42
1.	Entwicklungen des Standards in Deutschland.....	42
2.	Entwicklungen des Standards in Europa .....	44
<b>D.</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>45</b>

## **3. TEIL:..... 46**

### **AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IM EUROPÄISCHEN LAUTERKEITSRECHT – RESTRIKTIONEN DURCH DIE RICHTLINIE ÜBER UNLAUTERE GESCHÄFTSPRAKTIKEN? ..... 46**

<b>A.</b>	<b>Regulierungsintensität der Richtlinie – Regulierung gleich Restriktion? .....</b>	<b>48</b>
-----------	--	-----------

I.	Nähere Bestimmungen der Begriffe „Restriktion“ und „Regulierung“ .....	49
II.	Regulierung in Form von Informationsgeboten zur Deregulierung des Wettbewerbs – das Informationsparadigma des Art. 7 RLUGP .....	50
1.	Regelungsgehalt des Art. 7 RLUGP .....	50
2.	Sinn und Zweck des Art. 7 RLUGP und die Wirkung der Norm auf den Wettbewerb .....	51
III.	Zusammenfassung .....	53
<b>B.</b>	<b>Restriktionen durch die Regulierungen der starren „black list“?</b> .....	<b>54</b>
I.	Regelungsgehalt des Anhangs 1 RLUGP .....	54
II.	Wirkung des Anhangs 1 RLUGP für den europäischen Wettbewerb .....	55
1.	Rolle und Relevanz des Anhangs 1 RLUGP im europäischen Lauterkeitsrecht .....	55
2.	Auslegung des Anhangs 1 RLUGP .....	56
a)	Auslegung des Per se-Verbotscharakters der „black list“ – Wegfall der Erheblichkeitsschwelle contra allgemeines Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	56
aa)	Widerspruch zu dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und zum europäischen Verbraucherleitbild .....	57
bb)	Unbestimmte Rechtsbegriffe in Anhang I – Wertung ohne Wertungsvorbehalt? .....	58
cc)	Zusammenfassung, richtigerweise vorzunehmende Auslegung .....	59
b)	Vorzunehmende Auslegung der einzelnen Per se-Verbote .....	59
aa)	Analogieverbot .....	59
bb)	„Europäische Auslegung“ der Tatbestände .....	61
cc)	Grundsätzlich restriktives Verständnis der Verbotstatbestände .....	61
dd)	Zusammenfassung .....	63
3.	Mögliche liberalisierende Wirkung durch die Tatbestände des Anhangs 1 RLUGP .....	63
a)	Keine mittelbare Liberalisierung durch Umkehrschluss oder Lauterkeitsvermutung .....	63
b)	Keine mittelbar liberalisierende Tendenz aufgrund des teils erheblichen Unrechtsgehalt .....	64
4.	Mögliche restriktive Wirkung der Tatbestände des Anhangs 1 RLUGP .....	65
a)	Die Rolle des Verbrauchers am Markt .....	66
b)	Konsequenz aus der Verbraucherfunktion am Markt für die Wirkung des Anhangs 1 RLUGP auf den Wettbewerb .....	67
5.	Restriktionen für den Wettbewerb durch eine mittelbare Wirkung auch auf den B2B-Bereich? .....	68
III.	Zusammenfassung: Wirkung der „black list“ auf den Wettbewerb – Restriktionen durch den Anhang 1 RLUGP? .....	69
<b>C.</b>	<b>Restriktionen durch die irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken, Art. 6 bis 9 RLUGP – Restriktionen für den Wettbewerb durch Verbraucherschutz?</b> .....	<b>71</b>
I.	Regelungsgehalt der Art. 6 bis 9 RLUGP .....	71
II.	Wirkungen der Art. 6 bis 9 RLUGP auf den Wettbewerb .....	72
1.	Rolle und Relevanz der „insbesondere unlauteren“ irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken .....	73

2. Verbraucherschutz statt Wettbewerbsfreiheit? – Der gesetzgeberische Hintergrund der detailliert geregelt Verbote irreführender und aggressiver Geschäftspraktiken.....	73
a) Verbraucherrecht nach dem nationalen deutschen Verständnis .....	74
aa) Verbraucherrecht im BGB .....	76
bb) Verbraucherrecht im UWG und im öffentlichen Recht.....	76
b) Verbraucherrecht in anderen Mitgliedstaaten.....	77
c) Verbraucherrecht nach dem europäischen Verständnis und nach dem Verständnis der RLUGP .	78
aa) Die marktdienende Angleichungs- und Harmonisierungsfunktion des europäischen Verbraucherrechts .....	79
bb) Die marktordnende Funktion des europäischen Verbraucherrechts .....	81
cc) Die soziale Funktion des europäischen Verbraucherrechts .....	82
Ausgestaltung des Verbraucherschutzes als positives Integrationsziel im Primärrecht .....	83
Verständnis des Europäischen Verbraucherrechts als Wirtschaftsrecht, nicht als Sozialrecht..	84
d) Legislativer Hintergrund der Art. 6 bis 9 RLUGP – Verbraucherschutz als autonome gesetzgeberische Entscheidung .....	86
e) Disziplinierung durch die detaillierten Regelungen der Sondertatbestände – Wettbewerbsfreiheit durch Verbraucherschutz? .....	87
f) Nicht Verbraucherschutz statt Wettbewerbsfreiheit, sondern Verbraucherschutz für Wettbewerbsfreiheit .....	88
III. Zusammenfassung – Restriktionen durch Art. 6 bis 9 RLUGP? .....	89
<b>D. Einführung einer lauterkeitsrechtlichen Generalklausel auf europäischer Ebene – Restriktionen durch Art. 5 RLUGP? .....</b>	<b>91</b>
I. Vorteile, Erfordernis und Zulässigkeit der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel auf europäischer Ebene	91
II. Die Generalklausel des Art. 5 RLUGP .....	93
III. Bedeutung der Generalklausel im Rahmen der RLUGP und ihre Wirkung auf den Wettbewerb .....	95
1. Dritte Prüfungsstufe innerhalb des Systems der RLUGP.....	95
2. Tendenz hin zu einem geringen Anwendungsbereich – die Generalklausel als Störfaktor der Vollharmonisierung.....	96
a) Erfordernis einer dogmatischen Begrenzung des Anwendungsbereichs der Generalklausel – grundsätzlich restriktives Verständnis.....	96
b) Keine pauschale lückenschließende Funktion der Generalklausel .....	97
c) Verbleibender Anwendungsbereich der Generalklausel .....	98
aa) Anwendung bei evident und extrem unlauterem Verhalten sowie bei sog. „Mischfällen“ .....	99
bb) Anwendung bei erst zukünftig in Erscheinung tretenden oder vom EU-Gesetzgeber außer Acht gelassenen Geschäftspraktiken.....	100
d) Die Bedeutung der Generalklausel im speziellen europäischen Kontext .....	101
e) Vermeidung einer Überlastung des EuGH durch eine Vielzahl von Vorlageverfahren nach Art. 234 EG (jetzt Art. 267 AEUV) .....	101
IV. Zusammenfassung – aus der Generalklausel resultierende Restriktionen für den Wettbewerb?.....	102

<b>E. Restriktionen durch die Berücksichtigung schutzbedürftiger Verbrauchergruppen im Rahmen der RLUGP?</b> .....	<b>104</b>
I. Die RLUGP als geeignete Plattform für Minderheitenschutz?.....	105
II. Die schutzbedürftigen Verbrauchergruppen, Art. 5 Abs. 3 RLUGP .....	106
1. Schutzbedürftigkeit aufgrund geistigen oder körperlichen Gebrechens.....	107
2. Altersbedingte Schutzbedürftigkeit.....	108
a) Schutz von Minderjährigen und Kindern .....	108
b) Schutz von Senioren.....	110
3. Schutzbedürftigkeit aufgrund Leichtgläubigkeit.....	111
4. Sonstige Gründe für eine Schutzbedürftigkeit, Art. 5 Abs. 3 RLUGP als nicht abschließende Regelung .....	113
III. Auslegung des Art. 5 Abs. 3 RLUGP.....	115
1. „Vernünftigerweise Vorhersehbarkeit“ – objektive Betrachtungsweise .....	115
2. Die Beeinflussung „nur“ einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern.....	116
3. Objektiver Bezug der Geschäftspraktik zur Schutzbedürftigkeit .....	117
4. Zusammenfassung.....	118
IV. Wirkung auf den Wettbewerb – Restriktionen durch die Berücksichtigung schutzbedürftiger Verbrauchergruppen im Rahmen der RLUGP?.....	118
 <b>F. Unlauterkeit wegen psychischen Kaufzwangs – „Renaissance“ der Fallgruppe durch die RLUGP? ..</b>	<b>121</b>
I. Die Fallgestaltung des „psychischen Kaufzwangs“.....	122
II. Die Entwicklung des psychischen Kaufzwangs in Deutschland.....	124
1. Strenge Voraussetzungen an wettbewerbswidrigen psychischen Kaufzwang .....	124
2. Bedeutung des Sachlichkeitsgrundsatzes .....	126
3. Verbleibende Existenzberechtigung des psychischen Kaufzwangs im deutschen Lauterkeitsrecht?.....	127
III. Der „psychische Kaufzwang“ auf europäischer Ebene – „Renaissance“ durch die RLUGP?.....	129
1. Erforderliche „Aggressivität“ der Geschäftspraktik.....	130
2. Psychischer Kaufzwang als Unterfall der Belästigung, Nötigung oder unzulässigen Beeinflussung i.S.d. Art. 8 und Art. 9 RLUGP.....	130
a) Belästigung.....	130
aa) Psychischer Kaufzwang durch Ansprechen in der Öffentlichkeit .....	131
bb) Psychischer Kaufzwang durch Ausnutzen einer Zwangslage.....	132
cc) Psychischer Kaufzwang durch Beleidigung und die belästigenden Per se-Verbote .....	132
b) Nötigung.....	134
c) Unzulässige Beeinflussung.....	135
aa) Ausnutzen einer psychologischen Machtposition gleichbedeutend mit der Ausübung psychischen Kaufzwangs? .....	137
bb) Berücksichtigung der einst geplanten Verkaufsförderungsverordnung .....	138
d) Existenzberechtigung des psychischen Kaufzwangs durch die Per se-Verbote der Nr. 30, Nr. 28 und Nr. 7 der „schwarzen Liste“? .....	140

aa)	Mögliche Existenzberechtigung durch Nr. 30 Anhang 1 RLUGP .....	140
bb)	Mögliche Existenzberechtigung durch die 2. Alternative der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP ..	142
cc)	Mögliche Existenzberechtigung durch Nr. 7 Anhang 1 RLUGP .....	145
3.	Zusammenfassung.....	146
<b>G.</b>	<b>Mögliche Restriktionen durch die Richtlinienregelungen zur freiwilligen Selbstkontrolle .....</b>	<b>149</b>
I.	Der Stellenwert der freiwilligen Selbstkontrolle in den nationalen Rechtsordnungen .....	149
II.	Regelungen über Verhaltenskodizes im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie .....	150
III.	Wirkung der Richtlinienregelungen zu Verhaltenskodizes auf den Wettbewerb .....	152
1.	Selbstregulierung im Gegensatz zu gesetzlicher Regulierung .....	152
2.	Reiner Irreführungsschutz durch die Lauterkeitsrichtlinie .....	153
3.	Erforderliche Berücksichtigung des neuen normativen Rahmens durch die Unternehmer.....	154
IV.	Zusammenfassung – Restriktionen durch die Regelungen im Bereich der Verhaltenskodizes? .....	155
	<b>SCHLUSSBETRACHTUNG .....</b>	<b>157</b>
<b>A.</b>	<b>Zusammenfassung der Ergebnisse.....</b>	<b>157</b>
I.	Europäisches Lauterkeitsrecht als Teilgebiet des Europarechts .....	157
II.	Regulierungen der RLUGP führen nicht pauschal zu Restriktionen für den Wettbewerb .....	158
III.	Erfordernis des Verbraucherschutzes und der Verbraucherinformiertheit für das Funktionieren des Binnenmarktes .....	158
IV.	EU-weite Analyse des Lauterkeitsrechts auf einem Mindestschutzniveau – keine Restriktionen durch die „black list“ .....	160
V.	Generalklausel als erforderlicher flexibler lauterkeitsrechtlicher Auffangtatbestand.....	161
VI.	Die Berücksichtigung schutzbedürftiger Verbrauchergruppen – Binnenmarktorientiertheit, nicht sozialpolitische Intention .....	161
VII.	Keine Renaissance des psychischen Kaufzwangs auf europäischer Ebene .....	162
VIII.	Liberalisierende Tendenz durch Selbstverpflichtung und Verhaltenskodizes .....	164
<b>B.</b>	<b>Ausblick auf zukünftige Entwicklungen.....</b>	<b>165</b>
<b>C.</b>	<b>Abschließende Beantwortung der Ausgangsfrage .....</b>	<b>168</b>
	<b>LITERATURVERZEICHNIS .....</b>	<b>CLXX</b>

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	andere(r) Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Neufassung des EG-Vertrages durch den Vertrag von Lissabon)
AG	Aktiengesellschaft
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
B2B	business to business
B2C	business to consumer
BB	Betriebs-Berater (Heidelberg)
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
Begr.	Begründung
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt (Bonn)
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BVerfG	(Deutsches) Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift (München)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Drucks.	Drucksache
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Köln)
EBZ	Europäisches Beratungszentrum der deutschen Wirtschaft
EG	Europäische Gemeinschaft / Bezeichnung des entsprechenden Artikels des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nach der Ummummerierung durch den Vertrag von Amsterdam (gültig ab

	1.5.1999). Zum Ausschluss von Verwechslungen der vorher geltenden mit der aktuellen Fassung wird die vom EuGH empfohlene Zitierweise eingehalten.
endg.	endgültig
ErwGr.	Erwägungsgrund / Erwägungsgründe
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	Europarecht (Baden-Baden)
EUV	Vertrag über die Europäische Union a.F.
EUV n.F.	Konsolidierte Fassung des Vertrages über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München/Frankfurt am Main)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Köln/Dresden/München)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GD	Generaldirektion
gem.	gemäß
GG	(Deutsches) Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil (Weinheim)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report (Weinheim)
GWB	(Deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hdb	Handbuch
Hk	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne der / des
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristen Zeitung (Tübingen)
lit.	litera, Buchstabe
m.w.N	mit weiteren Nachweisen
MMR	MultiMedia und Recht (München)

MMS	Multimedia Messaging Service
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue juristische Wochenschrift (München)
Nr.	Nummer / Nummern
o.ä.	oder ähnliches
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft
RabattG	Rabattgesetz
RdW	Das Recht der Wirtschaft (Stuttgart)
RegE	Regierungsentwurf
RL	Richtlinie
RLUGP	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG)
Rn.	Randnummer / Randnummern
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer / Randziffern
S. / s.	Seite / siehe
s.o.	siehe oben
Slg.	Sammlung
SMS	Short Message Service
sog.	so genannte / -r / -s
StGB	(Deutsches) Strafgesetzbuch
TRIPs	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
u.a.	und andere / unter anderem
u.U.	unter Umständen
Unterabs.	Unterabsatz
usw.	und so weiter
UWG	(Deutsches) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von / vom
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VuR	Verbraucher und Recht (Neuwied)
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Frankfurt am Main)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht (München)
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft (Wiesbaden)
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, IPR und Rechtsvergleichung (Wien)

ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (Frankfurt am Main)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (München)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Baden-Baden)
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Heidelberg)

## ***Einleitung***

Das Lauterkeitsrecht erfuhr in den letzten Jahren oder fast schon Jahrzehnten eine enorme Modernisierung und Liberalisierung. Gründe für diese Entwicklung gibt es mehrere. Zum einen gesellschaftliche Veränderungen, zum anderen wirtschaftliche Bedürfnisse und nicht zuletzt Harmonisierungsbestrebungen auf europäischer Ebene. Von diesen Bestrebungen, das Lauterkeitsrecht europaweit zu harmonisieren, geht seit vielen Jahren ein spürbarer Liberalisierungsdruck auf die mitgliedstaatlichen Lauterkeitsrechtsordnungen aus, welcher vielfach zur Aufhebung nationaler wettbewerbsbeschränkender Regelungen und Verbote geführt hat. Beispielhaft kann hier der aufgrund europäischen Sekundärrechts europaweit geltende Grundsatz der Zulässigkeit vergleichender Werbung aufgeführt werden. Bedingt durch die Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung konnten nationale Verbote dieser Werbeform nicht mehr aufrechterhalten werden. Durch die Aufhebung mitgliedstaatlicher Beschränkungen soll ein einheitlicher Rechtsrahmen geschaffen werden und ein Maximum an Wettbewerb auf dem europäischen Binnenmarkt entstehen. Die mit der Liberalisierungstendenz angestrebte Freiheit für die Unternehmen soll regen und größtmöglichen Wettbewerb schaffen und damit in letzter Konsequenz dem Verbraucher zugute kommen.

### **A. Ziel der Untersuchung**

In jüngerer Zeit und in Verbindung mit der zentralen Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken aus dem Jahre 2005 ist auf europäischer Ebene eine deutliche Tendenz hin zum Verbraucherschutz zu beobachten und möglicherweise bringt dieses vom europäischen Gesetzgeber verfolgte Verbraucherschutzparadigma nunmehr ein Innehalten der bisherigen Liberalisierungsentwicklungen mit sich. Die aktuellen Entwicklungen jedenfalls provozieren die Frage, ob die europarechtlichen Vorgaben im Bereich des Lauterkeitsrechts tatsächlich nur liberalisierend wirken. Sind nicht auch restriktive Vorgaben seitens des europäischen Gesetzgebers festzustellen? Entwickelt sich der Wettbewerb weiterhin in Richtung Liberalisierung oder ist ein Ende dieser Entwicklung auszumachen?

*Anja Steinbeck* hat diese Fragestellung bereits im Juli 2008 aufgebracht und untersucht, ob die festzustellende Liberalisierung des deutschen Lauterkeitsrechts mit den aus der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken resultierenden Tendenzen und Vorgaben vereinbar ist. Anhand zweier Aspekte hinterfragt sie die Europarechtskonformität der bisherigen Auslegung des deutschen Rechts und sieht sich veranlasst, die nationale Rechtsentwicklung kritisch zu überprüfen. Zum einen untersucht *Anja Steinbeck* die Regelungen im Bereich der Werbung gegenüber Kindern und gewichtet die aus der Lauterkeitsrichtlinie hervorgehende Tendenz eines verstärkten Schutzes jugendlicher Käufer. Zum anderen untersucht sie die Richtlinienvorgaben im Bereich der psychischen Beeinflussung der Verbraucher. Hier kommt sie zur Schlussfolgerung einer aus der Lauterkeitsrichtlinie resultierenden Existenzberechtigung der Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs. Zusammenfassend fordere die Richtlinie kein Mehr an Liberalisierung, sondern bewirke vielmehr einen Stillstand derselben. Im Ergebnis jedenfalls hätten die Liberalisierungstendenzen der vergangenen Jahre ihren Kulminationspunkt erreicht<sup>1</sup>.

Mit der von *Anja Steinbeck* aufgebrachten Fragestellung beschäftigen sich die nachfolgenden Ausführungen. Eingehend auf die bisherigen und auf die aktuellen Entwicklungen des Lauterkeitsrechts auf europäischer Ebene soll die Frage beantwortet werden, ob und inwiefern sich durch europarechtliche Vorgaben Restriktionen für den Wettbewerb ergeben, und ob das europäische Lauterkeitsrecht weiterhin von Liberalisierung geprägt ist oder sich hingegen eine restriktivere Linie abzeichnet.

## **B. Das EU-Lauterkeitsrecht als Untersuchungsgegenstand**

Den Rahmen der nachfolgenden Untersuchungen bildet das europäische Lauterkeitsrecht. Dieses spezielle, pointillistische<sup>2</sup> und materiell-rechtlich komplexe Rechtsgebiet bedarf einleitend einer Begriffsbestimmung und näherer Umschreibung.

### **I. Der Begriff des Lauterkeitsrechts**

Eine trennscharfe Definition des Lauterkeitsrechts lässt sich schwerlich formulieren.

---

<sup>1</sup> So *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 870.

<sup>2</sup> So bezeichnet von *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 1, der diesem Rechtsgebiet – jedenfalls bis zur EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG) – fehlende dogmatische Durchdringung zuschreibt.

Zumindest in den deutschsprachigen Räumen kann das Lauterkeitsrecht zwar als allgemeines Marktverhaltensrecht bezeichnet werden<sup>3</sup>, welches vor unlauterem Marktverhalten schützen soll, der eigentliche Begriff der Unlauterkeit ist aber keiner Definition zugänglich<sup>4</sup>. Im dynamischen Wettbewerbsgeschehen gelten verschiedenartige Fallgruppen und verschiedenste Verhaltensweise als unlauter, unter denen – nicht zuletzt aufgrund permanenter Fortentwicklung – kein kleinster gemeinsamer Nenner ausgemacht werden kann.

Europaweit gibt es darüber hinaus national unterschiedliche Verständnisse über die Grenzen dieses Rechtsgebiets. Während in Deutschland beispielsweise belästigende Werbung eine lauterkeitsrechtliche Regelung erfährt<sup>5</sup>, wird in anderen Mitgliedstaaten bei der Verletzung der Privatsphäre in erster Linie kein Marktbezug hergestellt, sondern es werden persönlichkeitsrechtliche oder eigentumsrechtliche Schutzbestimmungen herangezogen<sup>6</sup>. Auch das Verständnis von Sinn und Zweck des Lauterkeitsrechts divergiert. So sind etwa das UWG, das österreichische und auch das spanische und niederländische Lauterkeitsrecht von der Schutzzwecktrias geprägt, also von dem gleichwertigen Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher und des Allgemeininteresses an einer funktionierenden Wettbewerbsordnung. In den Rechtsordnungen Frankreichs, Finnlands, Großbritanniens und Irlands hingegen ist eine Trennung von Verbraucherschutz einerseits und Konkurrentenschutz andererseits festzustellen<sup>7</sup>.

In der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken<sup>8</sup> versucht nun der europäische Gesetzgeber, den Begriff der Unlauterkeit mithilfe des Kriteriums der „beruflichen Sorgfalt“ zu definieren<sup>9</sup>. Dabei lässt die Richtlinie Fragen der guten Sitten und des

---

<sup>3</sup> *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 7.

<sup>4</sup> So auch *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 12.

<sup>5</sup> Vgl. § 7 UWG. Die Abkürzung „UWG“ steht stets für das deutsche Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juli 2004 (BGBl I 1414), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Dezember 2008 (BGBl I 2949).

<sup>6</sup> So etwa im britischen Recht; auch dem Europarecht liegt dieses Verständnis der Trennung vom Schutz der Privatsphäre einerseits und dem Schutz der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers als homo oeconomicus andererseits zugrunde; vgl. m.w.N. *Ohly*, WRP 2006, 1401, 1410 f.

<sup>7</sup> Das Lauterkeitsrecht der anderen EU-Mitgliedstaaten übersichtlich und kurz zusammengefasst bei *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 341 ff.

<sup>8</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, im Folgenden oftmals nur „RLUGP“; die Richtlinie ist abgedruckt im Anhang bei Piper/Ohly/Sosnizza, UWG, S. 1139 ff.

<sup>9</sup> Vgl. die Generalklausel des Art. 5 Abs. 2 RLUGP.

Anstands („taste and decency“) unregelt<sup>10</sup> und nimmt eine Trennung von nationalen Moralvorstellungen und Wettbewerb vor<sup>11</sup>. Ob der „Lauterkeit“ im europäischen Kontext mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der „beruflichen Sorgfalt“ tatsächlich Kontur verliehen werden kann, ist aber anzuzweifeln. Dieses Merkmal wird in Art. 2 lit. h RLUGP anhand der unbestimmten Rechtsbegriffe der „anständigen Marktgepflogenheiten“ und dem „Grundsatz von Treu und Glauben“ vermeintlich näher bestimmt. Der Versuch, einen unbestimmten Rechtsbegriff durch andere unbestimmte Rechtsbegriffe näher zu bestimmen, muss aber als untauglich für weiteren Erkenntnisgewinn gewertet werden, man unterliegt hier vielmehr einer Art Zirkelschluss. Auch der RLUGP kann demnach keine taugliche Definition der Lauterkeit entnommen werden<sup>12</sup>.

Neudeutsch könnte man das Lauterkeitsrecht vielleicht als das Regelwerk des „Fair Play“ im Wettbewerb bezeichnen. Diese – wenn auch griffige – Bestimmung greift gleichwohl zu kurz und ihr haftet Oberflächlichkeit und Ungenauigkeit an, welcher man nur durch nähere Erläuterung anhand von Beispielen abhelfen kann. So können doch im Endeffekt erst die zugrunde liegenden „Spielregeln“ ein Verhalten als „fair“ oder „unfair“ deklarieren. Als dogmatisch einwandfrei kann nur die etwas unbefriedigende Definition von *Jochen Glöckner* bezeichnet werden, nach der Lauterkeitsrecht das Rechtsgebiet gegen unlauteres Marktverhalten darstellt und ein Marktverhalten dann unlauter ist, wenn es aufgrund nationaler Gesetze gegen unlauteren Wettbewerb als unlauter einzustufen ist<sup>13</sup>.

Im Einzelfall kann die nähere Bestimmung der Unlauterkeit nur durch die Rechtsprechung erfolgen. Die Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen unterliegt den nationalen Gerichten und insbesondere auch dem EuGH, dem an dieser Stelle ein Normkonkretisierungsauftrag zu erteilen ist<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Vgl. S. 2 des ErwGr. 7 RLUGP. Die Erwägungsgründe der RLUGP, auf die im Folgenden immer wieder eingegangen werden wird, sind zwar nicht bindend, sie spielen aber eine wichtige Rolle bei der Bestimmung des gesetzgeberischen Willens und bei der Auslegung der jeweiligen Richtlinie durch den EuGH, vgl. generell dazu *Bleckmann*, NJW 1982, 1177, 1178.

<sup>11</sup> Eingehend dazu *Keßler/Micklitz*, BB-Special 13, Heft 49, 2005, 1, 13.

<sup>12</sup> So ausdrücklich auch *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1090 und *Sosnitza* in MünchKommUWG, Band 1, § 3 Rn. 46 und 63.

<sup>13</sup> Vgl. das Ergebnis einer eingehenden Untersuchung bei *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 5 ff., v.a. S. 12.

<sup>14</sup> Vgl. *Sosnitza* in MünchKommUWG, Band 1, § 3 Rn. 7.

## II. Das europäische Lauterkeitsrecht, Vergleich zum europäischen Kartellrecht

Eine abschließende Normierung des Lauterkeitsrechts auf europäischer Ebene sucht man vergebens. Im Jahre 1990 wurde in der Literatur die Frage aufgeworfen, ob die europäische Rechtsangleichung in diesem Bereich nicht ein „aussichtsloses Unterfangen“ darstellte<sup>15</sup> und auch noch acht Jahre später wurde die Harmonisierung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb zu den „unerledigten Aufgaben“ im Prozess der europäischen Rechtsangleichung gezählt<sup>16</sup>.

Das Lauterkeitsrecht weist durchaus sachliche Nähe zu den in Art. 2 EG<sup>17</sup> normierten Zielen der Gemeinschaft auf. So dient die Lauterkeit des Wettbewerbs doch einer harmonischen, ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung des Wirtschaftslebens, wie es in Art. 2 EG noch als „Gemeinschaftsaufgabe“ aufgeführt ist<sup>18</sup>. Gleichwohl erfährt das Lauterkeitsrecht im Gegensatz zum Kartellrecht<sup>19</sup> keine primärrechtliche Regelung. Die Sicherung eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und die Erhaltung des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip des wirtschaftlichen Lebens sind gemeinsame Ziele<sup>20</sup> dieser beiden auch als „Wettbewerbsrecht“<sup>21</sup> bezeichneten Rechtsgebiete. Sie sind sich strukturell ähnlich, stehen im Funktionszusammenhang und bezwecken beide den Schutz eines geordneten wirtschaftlichen Wettbewerbs<sup>22</sup>. Dass der EG-Vertrag – bzw. der Vertrag

<sup>15</sup> *Schricker*, GRUR Int. 1990, 771, 771.

<sup>16</sup> So *Kur*, GRUR Int. 1998, 771, 771.

<sup>17</sup> Zum Ausschluss von Verwechslungen mit den vorher geltenden Fassungen wird bezüglich der Artikel des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag) nach der Umnummerierung durch den Vertrag von Amsterdam (gültig ab 1. Mai 1999) die vom EuGH empfohlene Zitierweise „EG“ eingehalten.

<sup>18</sup> An dieser Stelle ist zu beachten, dass der „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ keine dem Art. 2 EG entsprechende Bestimmung enthält. Die Norm wurde aber im Wesentlichen durch Art. 3 EUV n.F. ersetzt. Künftig wird der bisherige „Vertrag über die Europäische Gemeinschaft“ (EG-Vertrag) die Bezeichnung „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäische Union“ führen (im Folgenden nur „AEUV“). Das sieht Art. 2 Nr. 1 des Vertrages von Lissabon vor. Der AEUV wird zusammen mit dem gleichrangigen und neu gefassten „Vertrag über die Europäische Union“ (EUV n.F.) die Rechtsgrundlage der Europäischen Union bilden und zu einer Zusammenführung der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Union zu einer einheitlichen Europäischen Union führen, der künftig ausdrücklich Rechtspersönlichkeit zukommen soll, vgl. Art. 47 EUV n.F. Der Begriff der „Gemeinschaft“ soll gem. Art. 2 Nr. 2 lit. a des Vertrages von Lissabon künftig gänzlich durch den Begriff der „Union“ ersetzt werden. Einen Überblick über den neuen AEUV liefert *Hellmann*, Der Vertrag von Lissabon, S. 24 - 31; zur neuen Fassung des EU-Vertrages vgl. a.a.O. S. 14 - 24.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 81 und 82 EG (jetzt Art. 101 und 102 AEUV); eine kurze Übersicht über die kartellrechtlichen Regelungen im Primärrecht bei *Meessen* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1, Einf. Rn. 54 ff.

<sup>20</sup> Vgl. *Weber*, sic! 1998, 158, 158; m.w.N. auch *Ohly*, WRP 2008, 177, 178, der diesen gemeinsamen Zweck als wohl allgemeine Ansicht bezeichnet.

<sup>21</sup> Vgl. näher zur Handhabung des Begriffs des Wettbewerbsrechts in Europa als einerseits den lauterkeitsrechtlichen und andererseits den kartellrechtlichen Bereich umfassend bei *Ohly*, WRP 2008, 177, 178 und *Schwipps*, Wechselwirkungen zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, S. 29 f.

<sup>22</sup> *Hausmann/Obergfell* in Fezer, UWG, Band 1, Einleitung I Rn. 28; vgl. vertiefend zum Verhältnis des Kartellrechts zum Lauterkeitsrecht *Sosnitza* in MünchKommUWG, Band 1, Grundl Rn. 24 ff.; vgl. zur

über die Arbeitsweise der Europäischen Union – dennoch kein dem europäischen Kartellrecht vergleichbares europäisches lauterkeitsrechtliches Normgefüge enthält, kann zum einen damit begründet werden, dass lange Zeit die Auswirkungen einer fehlenden Harmonisierung im Bereich des Lauterkeitsrechts als weniger gravierend für den Binnenmarkt erschienen als im kartellrechtlichen Bereich. Unlautere Wettbewerbshandlungen wirkten zunächst nur auf dem jeweiligen nationalen Markt und erreichten nur eine begrenzte Anzahl von Konsumenten. Erst im Zuge der fortschreitenden Globalisierung und Internationalisierung von Unternehmen konnten der grenzüberschreitende Bezug und die Binnenmarktrelevanz unlauteren Vorgehens festgestellt werden<sup>23</sup>. Zum anderen ist an dieser Stelle zu berücksichtigen, dass der Bereich des Lauterkeitsrechts dem Privatrecht zuzuordnen ist. In den nationalen Rechtsordnungen hatte das Lauterkeitsrecht – im Gegensatz etwa zum Marken- oder Patentrecht – ursprünglich keine Sonderstellung eingenommen, sondern sich vielmehr als Sonderdeliktsrecht aus dem allgemeinen Deliktsrecht entwickelt<sup>24</sup>. Der Harmonisierungsbedarf im Bereich des Privatrechts wurde im Gegensatz zum öffentlichen Recht erst später erkannt. Es wurde ebenso erst später realisiert, dass die Grundfreiheiten in gleicher Weise durch privatrechtliche wie durch öffentlich-rechtliche Regelungen beschränkt werden können<sup>25</sup>.

Auch die aktuelle Entwicklung um die im Jahre 2005 erlassene Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken bringt hier letztendlich keine Änderung. In ihrem Geltungsbereich wirkt diese Richtlinie zwar vollharmonisierend<sup>26</sup>, doch ihr Anwendungsbereich wird mehr als nur unerheblich eingeschränkt. Vor allem die in Art. 3 Abs. 1 RLUGP vorgesehene und viel kritisierte Beschränkung auf das Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern, den sog. B2C-Bereich<sup>27</sup>, fällt hier ins Gewicht. Art. 3 Abs. 4 RLUGP enthält außerdem eine Subsidiaritätsklausel, nach der speziellere Rechtsvorschriften der Gemeinschaft der

---

Konkurrenz dieser beiden Rechtsgebiete im deutschen Recht *Köhler*, WRP 2005, 645 ff. Einen Überblick über die Entwicklung des Verhältnisses zwischen deutschem Lauterkeitsrecht und Kartellrecht gibt *Schwipps*, Wechselwirkungen zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, S. 54 ff.

<sup>23</sup> *Hucke*, Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa, S. 39.

<sup>24</sup> *Gamerith*, WRP 2003, 143, 144.

<sup>25</sup> *Hucke*, Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa, S. 39.

<sup>26</sup> Vgl. *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2005, 629, 630; *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1315 und *Köhler*, GRUR 2005, 793, 800.

<sup>27</sup> „B2C“ steht für „business to consumer“, also für das Horizontalverhältnis zwischen Verbrauchern und Unternehmen; im Gegensatz dazu umfasst der „B2B“-Bereich („business to business“) das Verhältnis von Unternehmen untereinander.

Lauterkeitsrichtlinie vorgehen. Ein tatsächlich abschließendes europäisches Lauterkeitsrecht normiert demnach auch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken nicht.

Die Besonderheit des europäischen Lauterkeitsrechts besteht schlussendlich darin, dass unzählige Partialregelungen verschiedener Ebenen heranzuziehen sind, die erst in ihrer Gesamtheit das europäische Lauterkeitsrecht ausmachen. Mit den Worten *Axel Beaters* ist dabei „die Regelungsfreude des kasuistischen und unübersichtlichen Sekundärrechts (...) unbegrenzt“<sup>28</sup>.

### **C. Gang der Untersuchungen**

Ziel der Untersuchung ist die Beantwortung der Frage, ob der Wettbewerb Restriktionen aufgrund europäischen Lauterkeitsrechts erfährt. Um die Entwicklung eines Rechtsgebiets darstellen zu können, bedarf es zunächst einer kurzen Darstellung der einzelnen Elemente dieses nicht abschließend normierten Rechtsbereichs. Im ersten Teil soll deshalb zunächst eine Bestandsaufnahme des europäischen Lauterkeitsrechts erfolgen. Die zahlreichen und ganz verschiedenartigen lauterkeitsrechtlich relevanten Vorgaben auf europäischer Ebene werden im Wege einer Gesamtschau dargelegt, wobei die Ausführungen dem Anspruch auf Vollständigkeit an dieser Stelle nicht gerecht werden können. Eine lückenlose Auflistung aller relevanten Partialregelungen würde den Rahmen sprengen und dem eigentlichen Thema der Arbeit nicht gerecht werden. Es soll vielmehr überblicksartig und in der gebotenen Kürze eine Darstellung derjenigen Vorgaben erfolgen, welche in ihrer Gesamtheit als „Europäisches Lauterkeitsrecht“ bezeichnet werden. Da die Einschätzung einer gegenwärtigen und zukünftigen Entwicklung nicht ohne Blick auf die Vergangenheit gelingen kann, werden anschließend im zweiten Teil Teilbereiche des europäischen Lauterkeitsrechts herausgegriffen und auf ihre Wirkung hin untersucht. So soll die bisherige von Europa ausgehende Liberalisierungsentwicklung näher dargestellt werden. Im dritten Teil wird sodann auf die gegenwärtige Entwicklung durch die am 11. Mai 2005 verabschiedete Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken eingegangen. Die Wirkung dieser ganz zentralen und bedeutendsten EU-lauterkeitsrechtlichen Normierung auf den Wettbewerb wird eingehend untersucht, wobei die Frage, ob und inwiefern Restriktionen

---

<sup>28</sup> *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 8 Rn. 101.

aus dieser Lauterkeitsrichtlinie hervorgehen, den Schwerpunkt der Ausführungen darstellen wird. In der nachfolgenden Schlussbetrachtung erfolgt ein Ausblick in die Zukunft, außerdem wird die Ausgangsfrage abschließend und zusammenfassend bewertet und einer endgültigen Antwort zugeführt.

## *Hauptteil*

### 1. TEIL:

## DARSTELLUNG DES EUROPÄISCHEN LAUTERKEITSRECHTS

Wie Art. 3 Abs. 1 EG zeigt<sup>29</sup>, hat sich die Gemeinschaft von Anfang an die „wirtschaftliche Union“ auf die Fahnen geschrieben. Da eine Vereinheitlichung des Lauterkeitsrechts – also eine Vereinheitlichung derjenigen Normen, welche den Schutz der Lauterkeit des Wettbewerbs bezwecken – dem Ziel einer solchen Union nur dienlich sein kann, haben sich in Rechtssetzung und Judikatur EU-lauterkeitsrechtliche Regelungen entwickelt. Im Folgenden soll ein Überblick darüber gegeben werden, welche Vorgaben im Einzelnen für den Wettbewerb von Relevanz sind und inwiefern aktuell ein „Europäisches Lauterkeitsrecht“ vorhanden ist.

Die Ausführungen spielen sich auf mehreren Ebenen ab. Zunächst soll auf die Einwirkungen durch internationales Recht eingegangen werden, sodann auf Europarecht in Form von primärrechtlichen und schließlich sekundärrechtlichen Vorgaben, einschließlich der in diesem Zusammenhang ergangenen Rechtsprechung des EuGH.

### **A. Einwirkungen internationaler Regelwerke auf das europäische Lauterkeitsrecht**

Im Gegensatz zum internationalen Immaterialgüterrecht<sup>30</sup>, wo die Vereinheitlichung bereits beachtlich fortgeschritten ist, kann im Bereich des internationalen Lauterkeitsrechts

---

<sup>29</sup> Art. 3 Abs. 1 EG ist im AEUV nicht vorgesehen, wurde im Wesentlichen aber durch die Art. 3 - 6 AEUV ersetzt.

<sup>30</sup> Die Harmonisierung etwa im Patentrecht ist sehr viel weiter fortgeschritten, m.w.N. bereits *Schricker*, GRUR Int. 1990, 771, 771; vgl. bezüglich des europäischen Einflusses speziell auf das Urheberrecht *Erdmann/Melullis*, FS 50 Jahre BGH, 315 ff.

weit weniger Entwicklung festgestellt werden. Völkerrechtliche Abkommen speziell zum Lauterkeitsrecht gibt es als solche nicht, lediglich in der Pariser Verbandsübereinkunft und dem TRIPS-Übereinkommen ist dieser Bereich als Annex mitgeregelt.

## I. Die Pariser Verbandsübereinkunft und die WIPO-Model Provisions

Sämtliche Mitgliedstaaten der EU gehören der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) von 1883<sup>31</sup> an. Die Mitglieder<sup>32</sup> dieses aus lauterkeitsrechtlicher Perspektive bedeutendsten multilateralen Vertrages bilden einen „Verband zum Schutz des gewerblichen Eigentums“. Ursprünglich war die PVÜ zwar vor allem auf den internationalen Patentschutz ausgerichtet<sup>33</sup>, gemäß Art. 1 Abs. 2 PVÜ gehört zum Schutz des gewerblichen Eigentums aber auch die Unterdrückung unlauteren Wettbewerbs, welche somit ebenfalls vom Verbandszweck umfasst ist<sup>34</sup>. Der Begriff des unlauteren Wettbewerbs ist in Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 2 PVÜ näher umschrieben als „jede Wettbewerbshandlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft“. Da die Rechtsordnungen fast aller Mitgliedstaaten – mit Ausnahme von Irland und Großbritannien – heute über den hier formulierten Minimalstandard hinausgehen, kommt der PVÜ nur noch geringe eigenständige Bedeutung zu<sup>35</sup>. Zum anderen blieb auch wegen der fehlenden Konkretisierung der Einzeltatbestände des Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 3 der Harmonisierungseffekt aus<sup>36</sup>. Entwicklungsgeschichtlich ist Art. 10<sup>bis</sup> PVÜ indes größere Bedeutung zuzusprechen, da diese Norm teilweise einen Ausgangspunkt für den jeweiligen nationalen lauterkeitsrechtlichen Schutz bildete. Generalklauseln wurden nach dem Vorbild von Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 2 PVÜ und Verbote nach dem Vorbild der nicht abschließenden Einzeltatbestände des Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 3 PVÜ formuliert<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums (PVÜ) vom 20. März 1883, zuletzt revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967; abgedruckt bei *Fezer* in *Fezer*, UWG, Band 2, S. 1814 - 1828.

<sup>32</sup> Eine Auflistung der Mitglieder ist zu finden bei: *Fezer* in *Fezer*, Hdb Markenpraxis, Band 1, Einl. Rn. 43, mit dem Hinweis auf die Abrufbarkeit des jeweils aktuellen Mitgliederstandes im Internet. Momentan gehören der PVÜ 173 Mitglieder an, einsehbar im Internet unter: [http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=2](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2); Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 18.00 Uhr.

<sup>33</sup> Die Vorgeschichte der PVÜ begann mit dem ersten internationalen Patentkongress in Wien 1873 und die PVÜ war vor allem auf die internationale Gewährleistung hinreichenden Patenschutzes gerichtet. Der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb ist der Übereinkunft erst später zugekommen. Vgl. zur Entwicklung der PVÜ *Beier*, GRUR Int. 1983, 339 ff.

<sup>34</sup> Nach dem Verständnis der PVÜ gehört das Lauterkeitsrecht zum gewerblichen Rechtsschutz, vgl. auch *Henning-Bodewig*, WRP 2001, 771, 771.

<sup>35</sup> *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 287.

<sup>36</sup> Vgl. *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019, 1020.

<sup>37</sup> *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367, 1373.

Die weiteren Versuche der WIPO<sup>38</sup>, das internationale Recht gegen den unlauteren Wettbewerb im Rahmen der PVÜ fortzuentwickeln und schlagkräftiger zu machen, sind bisher erfolglos geblieben, die Strategie wurde insgesamt aufgegeben<sup>39</sup>. 1996 wurde dann ein neues Konzept der WIPO vorgelegt, das „Model Provisions on Protection Against Unfair Competition“ („WIPO-Model Provisions“), welches nicht eine bloße Aktualisierung, sondern eine Konkretisierung und Erweiterung der Pflichten aus Art. 10<sup>bis</sup> PVÜ darstellt<sup>40</sup>. Die weitere Entwicklung bleibt hier abzuwarten, es erscheint aber unwahrscheinlich, dass es noch zur umfangreichen Übernahme dieser „WIPO-Model Provisions“ in die nationalen Rechtsordnungen kommen wird<sup>41</sup>.

## II. Das TRIPs-Übereinkommen

Eine Brücke zwischen den divergierenden nationalen Lauterkeitsrechtsordnungen hätte man auf internationaler Ebene durch das so genannte „TRIPs“<sup>42</sup>, das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums vom 15. April 1994, schlagen können<sup>43</sup>. Das Lauterkeitsrecht als solches ist hier allerdings kein Regelungsgegenstand und wird nur in Einzelaspekten geregelt<sup>44</sup>. Im Vordergrund stehen vielmehr Marken-, Patent- und Urheberrechte. Obwohl das Lauterkeitsrecht nach dem Verständnis der PVÜ zum gewerblichen Rechtsschutz gehört, wurde noch nicht einmal der in Art. 10<sup>bis</sup> PVÜ erreichte lauterkeitsrechtliche Standard in das TRIPs-Abkommen übernommen. Europarechtlich ist außerdem relevant, dass dem Übereinkommen innerhalb der EU jegliche Direktwirkung abgesprochen wird, es ist im innergemeinschaftlichen Recht nicht unmittelbar anwendbar. Eine solche Anwendbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrages in der Gemeinschaft setzt nach der Rechtsprechung des EuGH nämlich voraus, dass der jeweilige Vertrag eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder Wirkung nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängt<sup>45</sup>.

<sup>38</sup> Seit 1970 wird die PVÜ durch das in Genf eingerichtete Büro der World Intellectual Property Organisation (WIPO) verwaltet.

<sup>39</sup> Glöckner, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 288.

<sup>40</sup> Näher dazu Glöckner, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 288.

<sup>41</sup> So auch Glöckner in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einl B Rn. 3.

<sup>42</sup> Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs).

<sup>43</sup> Die einzelnen Artikel des Übereinkommens sind mit entsprechender Kommentierung jeweils abgedruckt bei Busche/Stoll, TRIPs; zum Aufbau und der Gliederung: Duggal, TRIPs-Übereinkommen und internationales Urheberrecht, S. 64.

<sup>44</sup> Der Schutz von geographischen Angaben ist in Art. 22 - 24 geregelt, der Schutz von Geschäftsgeheimnissen in Art. 39 TRIPs. Diese selektive Befassung mit dem Recht gegen den unlauteren Wettbewerb basiert auf der PVÜ; vgl. dazu Henning-Bodewig in Hilty/Henning-Bodewig, Law Against Unfair Competition, S. 53, 59.

<sup>45</sup> Vgl. Kaiser in Busche/Stoll, TRIPs, S. 47; a.A. Duggal, TRIPs-Übereinkommen und internationales

### III. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Vorschrift des Art. 10<sup>bis</sup> PVÜ zwar Signalwirkung zukommt und sie darüber hinaus einen gewissen Grundkonsens der Mitgliedstaaten des Verbandes widerspiegelt. Die bestehenden Diskrepanzen zwischen den nationalen lauterkeitsrechtlichen Auffassungen vermag Art. 10<sup>bis</sup> PVÜ aber nicht zu überbrücken. Mehr als ein „small unfair competition law in a nutshell“ kann in dieser schon in die Jahre gekommenen Norm nicht gesehen werden<sup>46</sup>. Auch dem TRIPS-Abkommen kommt mangels konkreter lauterkeitsrechtlicher Bestimmungen wenig Bedeutung zu. Im Zuge der digitalen Revolution, der sich permanent fortentwickelnden Kommunikations- und Transporttechniken und der damit einhergehenden wirtschaftlichen Globalisierung ist auf lange Sicht aber eine globale Rechtsverflechtung erforderlich. Nur so können Wettbewerbsverzerrungen und Behinderungen international tätiger Unternehmen verhindert werden. Durch das Medium des Internets hat eine Deterritorialisierung des Rechts stattgefunden<sup>47</sup>, mit der man nur im Wege international geltender Vorschriften korrespondieren kann. Ein einheitlich faires Verhalten im „Cyberspace“ kann langfristig wohl nicht im Wege des Kollisionsrechts gewährt werden<sup>48</sup>. Bereits die hier nur in der gebotenen Kürze erfolgte Darstellung des internationalen Lauterkeitsrechts lässt den Schluss zu, dass die internationale rechtliche Globalisierung im Bereich der Lauterkeitsrechts mit der fortschreitenden wirtschaftlichen und politischen Globalisierung nicht Schritt zu halten vermag.

### B. Lauterkeitsrechtlich relevante Vorgaben des Primärrechts

Wenn auch das Lauterkeitsrecht auf europäischer Ebene keine gesonderte primärrechtliche Normierung erfährt, so sind gleichwohl Vertragsvorschriften in diesem Zusammenhang von Relevanz. Neben den richtungweisenden Zielbestimmungen des EG-Vertrages sind die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit und vor allem die dazu ergangene Rechtsprechung von Bedeutung. Der EuGH fungierte hier als „Motor der europäischen

---

Urheberrecht, S. 110, der für eine unmittelbare Anwendbarkeit argumentiert.

<sup>46</sup> Henning-Bodewig in Hilty/Henning-Bodewig, Law Against Unfair Competition, S. 53, 60.

<sup>47</sup> So bezeichnet von Hoeren, NJW 1998, 2849, 2850.

<sup>48</sup> Vgl. dazu Löffler, WRP 2001, 379 ff.

Integration“<sup>49</sup>. Zu dieser Rolle wurde das höchste europäische Gericht durch die auf primärrechtlicher und sekundärrechtlicher Ebene lange Zeit unbefriedigenden Harmonisierungsbemühungen gewissermaßen herausgefordert.

## **I. Präambel und Zielbestimmungen des Vertrages – Wettbewerb, Binnenmarkt und Verbraucherschutz als primärrechtliche Ziele**

Dass sich der EG-Vertrag die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs zum Ziel gesetzt hat, geht schon aus dessen Präambel hervor. In deren vierten Absatz bekennen sich die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung eines „redlichen Wettbewerbs“, genauso auch im 5. Absatz der Präambel des AEUV. Laut der Zielbestimmung des Art. 3 lit. g EG (im AEUV nicht mehr vorgesehen) beabsichtigt die Gemeinschaft außerdem die Errichtung eines Systems, das „den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“. Daraus wird zwar gefolgert, dass die Sanktionierung unlauterer Geschäftspraktiken der Gemeinschaft als Harmonisierungsaufgabe primärrechtlich zugewiesen ist<sup>50</sup>. Darüber hinaus hat auch ein von der Kommission in Auftrag gegebenes Gutachten ergeben, dass der Bereich des unlauteren Wettbewerbs in der Gemeinschaft zu harmonisieren sei<sup>51</sup>, eine konkrete Vertragspflicht lässt sich aus der Präambel des EG-Vertrages bzw. des AEUV gleichwohl nicht begründen.

Rechtstheoretisch betrachtet bildet das primärrechtliche Binnenmarktziel die konzeptionelle Grundlage eines europäischen Lauterkeitsrechts<sup>52</sup>. In Art. 2 EG<sup>53</sup> sind die Ziele und Aufgaben der Gemeinschaft niedergelegt, wozu auch die Errichtung eines gemeinsamen Marktes, bzw. eines Binnenmarktes<sup>54</sup> gehört. Ein solcher Markt ohne Binnengrenzen besteht dann, wenn gemäß Art. 14 Abs. 2 EG (jetzt Art. 26 Abs. 2 AEUV) freie Verkehrsströme gewährleistet und Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr beseitigt werden<sup>55</sup>. Das europäische Recht ist dieser Idee des einheitlichen Binnenmarktes verpflichtet und funktionell betrachtet bedarf die wirtschaftliche Einheit des europäischen Binnenmarktes der rechtlichen Einheit der

<sup>49</sup> Ullmann, JZ 1994, 928, 929.

<sup>50</sup> So und m.w.N. Weinand, Europarecht und Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, S. 23.

<sup>51</sup> Vgl. dazu Veelken, ZVglRWiss 1993, 241, 264.

<sup>52</sup> Fezer, WRP 2001, 989, 993.

<sup>53</sup> Im AEUV ist Art. 2 EG nicht mehr vorgesehen. Die Norm wurde im Wesentlichen ersetzt durch Art. 3 EUV n.F.

<sup>54</sup> Gem. Art. 2 Nr. 2 lit. g des Vertrages von Lissabon werden die Worte „Gemeinsamer Markt“ durch die Bezeichnung „Binnenmarkt“ ersetzt.

<sup>55</sup> Streinz, Europarecht, Rn. 779, der auch erwähnt, dass der freie Zahlungsverkehr als „notwendige Hilfsfreiheit“ zu den vier Grundfreiheiten hinzutritt.

Wettbewerbsregeln. Der in Art. 153 EG geregelte und in Art. 3 Abs. 1 lit. t EG als Vertragsziel normierte Verbraucherschutz (jetzt Art. 4 Abs. 2 lit. f und Art. 169 AEUV) korrespondiert mit dem Wettbewerbs- und dem Binnenmarktziel. Ein unverfälschtes Wettbewerbssystem schützt den Verbraucher und ein einheitlicher Binnenmarkt verbessert nicht nur die Situation der Unternehmer, sondern schafft gleichermaßen Rechtssicherheit für beide Marktseiten.

## **II. Die Grundfreiheiten und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH**

Der freie Warenverkehr bzw. die Dienstleistungsfreiheit zwischen den EU-Mitgliedstaaten ist in diesem Zusammenhang von fundamentaler Bedeutung für den Binnenmarkt und für das europäische Einigungswerk in seiner Gesamtheit<sup>56</sup>, der EuGH hat dies mehrfach betont<sup>57</sup>. Nach Art. 28 EG (jetzt Art. 34 AEUV) sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Dieses grundsätzliche Verbot kann durch die in Art. 30 EG (jetzt Art. 36 AEUV) aufgelisteten Rechtfertigungsgründe eingeschränkt werden. In seinen drei grundlegenden Entscheidungen „Dassonville“<sup>58</sup>, „Cassis de Dijon“<sup>59</sup> und „Keck und Mithouard“<sup>60</sup> hat der EuGH Leitlinien bestimmt, wie nationale lauterkeitsrechtliche Bestimmungen zu beurteilen sind, die den freien Warenverkehr hemmen können.

Die zu weit geratene „Dassonville-Formel“, nach der jede Regelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, als Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen ist, veranlasste den EuGH zu einer Kurskorrektur. Das Privileg der in Art. 30 EG (jetzt Art. 36 AEUV) ausdrücklich aufgelisteten Rechtfertigungsgründe wurde dem Recht des unlauteren Wettbewerbs zwar versagt, gleichwohl legte der EuGH in seiner sog. „Cassis-Rechtsprechung“ fest, dass neben den in Art. 30 S. 1 EG bzw. Art. 36 S. 1 AEUV

---

<sup>56</sup> Lenz, ZEuP 1994, 624, 625.

<sup>57</sup> So etwa in seinem Urteil vom 13. Dezember 1989 – „Corsica Ferries France / Direction générale des douanes francaises“ (Rs. C-49/89, Slg. 1989, 4441, 4456, Rn. 8).

<sup>58</sup> EuGH, Urteil v. 11.07.1974 – „Staatsanwaltschaft / Benoît und Gustave Dassonville“ (Rs. 8/74, Slg. 1974, 837).

<sup>59</sup> EuGH, Urteil v. 20.02.1979 – „Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein“ (Rs. 120/78, Slg. 1979, 649).

<sup>60</sup> EuGH, Urteil v. 24.11.1993 – „Strafverfahren gegen Bernard Keck und Daniel Mithouard“ (Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097).

ausdrücklich aufgelisteten Gründen auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe den freien Warenverkehr einschränken können<sup>61</sup>. Hemmnisse des Binnenhandels durch nationale Regelungen sind hinzunehmen, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses gerecht zu werden, „insbesondere der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes“<sup>62</sup>. Eine weitere Beschränkung der weiten „Dassonville-Formel“ – und dem dadurch bedingten weiten Anwendungsbereichs des Art. 28 EG bzw. Art. 34 AEUV – erfolgte durch die sog. „Keck-Restriktion“. Seither kam es zur Unterscheidung zwischen produktbezogenen nationalen Regelungen – also solchen, die die Ware selbst betreffen<sup>63</sup> – und vertriebsbezogenen Regelungen – also solchen, die nur Verkaufsmodalitäten der Ware betreffen, nicht aber die Ware selbst<sup>64</sup>. Erstere fallen nicht unter die „Keck-Restriktion“, hier ist die „Cassis-Doktrin“ weiterhin anzuwenden. Für letztere aber ist der Anwendungsbereich des Art. 28 EG bzw. Art. 34 AEUV durch die „Keck-Rechtsprechung“ eingeschränkt. Es kommt hier eine Verletzung nur dann noch in Betracht, wenn die Modalitäten zu einer offenen oder versteckten Diskriminierung ausländischer Waren führen.

Der Begriff der „Verkaufsmodalität“ wird durch den EuGH in diesem Zusammenhang nicht näher bestimmt. Nach verbreiteter Ansicht handelt es sich dabei um Normen, die lediglich die Absatzgestaltung beschränken, also etwa festlegen, wann, wo, wie, durch wen und zu welchem Preis der Verkauf abzulaufen hat<sup>65</sup>. Produktbezogene Regelungen hingegen verhindern meist schon den Marktzugang. Zu beachten ist an dieser Stelle allerdings, dass im modernen Marketing Ware und Vertrieb häufig eine Einheit bilden, Produkt- und Marketingideen werden häufig miteinander verknüpft, es kann also im Einzelfall zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> EuGH, Urteil v. 20.02.1979 – „Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein“ (Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 659).

<sup>62</sup> EuGH, Urteil v. 20.02.1979 – „Rewe-Zentral-AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein“ (Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 2. Leitsatz), als zwingende Erfordernisse hat der EuGH außerdem anerkannt: Erfordernisse einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, Schutz der öffentlichen Gesundheit sowie des Umweltschutzes.

<sup>63</sup> Produktbezogen sind etwa Vorschriften bzgl. Gewicht, Form, Abmessung, Bezeichnung, Aufmachung, Etikettierung, Verpackung, vgl. EuGH, GRUR 1994, 296, 297, Rn. 15 – „Keck und Mithouard“.

<sup>64</sup> Vgl. zur Unterscheidung und Abgrenzung der beiden Arten von Regelungen die Faustregel bei *Ohly* in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf C, Rn. 15: Könnte bei einer Inspektion des ausländischen Produkts bei der Einfuhr festgestellt werden, dass es in seiner konkreten verkaufsfertigen Aufmachung und Verpackung im Inland nicht angeboten werden darf? Ist dies der Fall, so soll es sich um eine produktbezogene Regelung handeln. Wenn hingegen die Frage betroffen ist, wann, wo, wie, durch wen und zu welchem Preis das Produkt verkauft wird, so sollen Verkaufsmodalitäten vorliegen.

<sup>65</sup> Solche Verkaufsmodalitäten sind etwa Werbebeschränkungen. An einer Definition oder näheren Umschreibung des Begriffs durch den EuGH mangelt es indes; m.w.N. *Heermann* in MünchKommUWG, Band 1, EG B Rn. 126 ff.

<sup>66</sup> Vgl. *Fezer*, JZ 1994, 317, 323. Näher zu dieser Abgrenzungsproblematik und zur Kritik an der „Keck-Formel“

### III. Zusammenfassung

Insgesamt enthalten das Primärrecht und die dazu ergangene EuGH-Rechtsprechung wichtige Aussagen und Weichenstellungen für den Bereich des Lauterkeitsrechts auf europäischer Ebene. Im Falle des Verstoßes gegen die europäischen Grundfreiheiten sind nationale Bestimmungen, die den Binnenmarkt behindern, zu beseitigen. Durch ein „Abschleifen“ der bestehenden nationalen Unterschiede ist aber nur ein kleinster gemeinsamer Nenner der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, ein sog. „race to the bottom“, erreichbar. Einen einheitlichen lauterkeitsrechtlichen Rechtsrahmen vermag das Vertragsrecht nicht zu schaffen. Hierzu bedarf es vielmehr positiv bestimmter Vorgaben, die einzig im Wege des Sekundärrechts ermöglicht werden können<sup>67</sup>. Wichtig ist also, dass die Vereinheitlichung nicht durch die Ermittlung von Mindeststandards erfolgt<sup>68</sup>, sondern dass ein integrativer Austausch stattfindet und ein Konsens gefunden wird, der eine funktionsfähige und diskriminierungsfreie, einheitliche Wettbewerbsordnung schafft, um so dem Binnenmarktziel gerecht zu werden<sup>69</sup>.

### C. Lauterkeitsrechtlich relevante Vorgaben des Sekundärrechts

Im Gefüge positiv bestimmter Vorgaben, derer es – wie soeben ermittelt – im Zuge der lauterkeitsrechtlichen Harmonisierung bedarf, dürfen die Rechtssetzungsorgane der Gemeinschaft nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur aufgrund ausdrücklicher Kompetenzzuweisung in den Gründungsverträgen tätig werden. Die demnach erforderliche lauterkeitsrechtliche Befugnisnorm auf europäischer Ebene findet sich in Art. 2, Art. 3 lit. g EG<sup>70</sup> und Art. 5 EG<sup>71</sup>. Das klassische und in der Gemeinschaftspraxis bevorzugte Instrument zur Angleichung des Lauterkeitsrechts stellt die Richtlinie dar. Sie hat den Vorzug, dass den Mitgliedstaaten Spielräume bei der Umsetzung eingeräumt werden. Die damit verbundene Zwischenschaltung der

---

auch *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 91 f.

<sup>67</sup> Vgl. statt vieler *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 8 Rn. 1.

<sup>68</sup> *Ullmann*, JZ 1994, 928, 937.

<sup>69</sup> Näher zu den sachlich angemessenen Leitlinien einer solchen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgestaltung bei *Fezer*, WRP 2001, 989, 993.

<sup>70</sup> Art. 3 lit. g EG ist im AEUV nicht mehr vorgesehen. Genauso auch Art. 2 EG, der aber im Wesentlichen durch Art. 3 EUV n.F. ersetzt wurde.

<sup>71</sup> Jetzt Art. 5 EUV n.F.

Mitgliedstaaten macht dieses Instrument zwar zu einem zeitlich langwierigeren, in sachlicher Hinsicht aber sehr geeigneten Angleichungsinstrument. Die nationalen Lauterkeitsrechtsordnungen sind auf unterschiedlichste Art und Weise mit dem jeweiligen allgemeinen Zivilrecht verzahnt und auch die Sanktionierungssysteme divergieren<sup>72</sup>. Mit dem Instrument der Richtlinie kann man bestehenden nationalen Unterschieden gerecht werden und Standards aufstellen, ohne – wie bei dem Regelungsinstrument der Verordnung – starre und verbindliche Vorgaben zu setzen<sup>73</sup>. Mittelfristig mag die Etablierung eines einheitlichen europäischen Lauterkeitsrechts im Wege der Verordnung zu befürworten sein, derzeit aber erscheint eine solche „Radikallösung“ weder opportun noch konsensfähig<sup>74</sup>. Auf das lauterkeitsrechtlich relevante Sekundärrecht soll nachfolgend eingegangen werden, wobei die Ausführungen auch an dieser Stelle dem Anspruch auf Vollständigkeit nicht gerecht werden können. Es kann vielmehr nur eine Bestandsaufnahme der zentralen und wichtigsten Vorgaben erfolgen.

## I. Die Richtlinien im Bereich der irreführenden und vergleichenden Werbung

Bereits Anfang der 1960er-Jahre legte Eugen Ulmer mit seinem umfangreichen Gutachten zum „Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG“<sup>75</sup> das Fundament zu einem möglichen gemeinschaftsweiten Lauterkeitsrecht. Vor allem aufgrund der EU-Norderweiterung von 1973<sup>76</sup> stagnierten die Pläne zur Vereinheitlichung

<sup>72</sup> Zu den einzelnen Lauterkeitsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten *Henning-Bodewig* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, Einl E.

<sup>73</sup> Näher dazu *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 5 Rn. 29 f.; vgl. auch das Schaubild zum Katalog der verschiedenen Rechtshandlungen der Gemeinschaftsorgane bei *Streinz*, Europarecht, Rn. 424.

<sup>74</sup> *Micklitz* in *MünchKommUWG*, Band 1, EG D Rn. 48.

<sup>75</sup> *Ulmer*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Band 1. Zu diesem Gutachten, welches eine Untersuchung und Bestandsaufnahme des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in den damaligen 6 Mitgliedstaaten enthält, hatte die Kommission das Münchener Max-Planck-Institut für geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht (damals noch Institut für internationales und ausländisches Patent-, Marken- und Urheberrecht der Universität München) beauftragt.

<sup>76</sup> Mit dem Vereinigten Königreich und Irland traten der EU zwei Länder bei, für die der Bereich des Lauterkeitsrechts weitgehend als „terra incognita“ zu bezeichnen war, vgl. dazu *Ulmer*, GRUR Int. 1973, 135 ff. und *Schricker*, GRUR Int. 1973, 141 ff. Lediglich bzgl. bestimmter Wettbewerbsverstöße wurde dort traditioneller deliktsrechtlicher Konkurrentenschutz gewährt, wobei dem sog. „Passing off“ (Hervorrufen von Verwechslungen) größtes Gewicht zukam (näher zu dieser Passing off-Klage im englischen Recht bei *Kroher*, GRUR Int. 1982, 92, 93). Darüber hinaus gehörten Irland und das Vereinigte Königreich rechtlich einer grundsätzlich anderen Welt an, nämlich dem System des Common Law. Im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen System, das gemäß seiner römisch-rechtlichen Tradition von Rechtsfindung durch Anwendung von Kodifikationen geprägt ist, ist das System des Common Law vor allem durch das Heranziehen von Grundsätzen aus Präzedenzfällen, durch die enge Auslegung bestehender Gesetze und durch den Vorrang des Richterrechts gekennzeichnet. Dass das grundsätzlich „andersartige“ Common Law aber gleichwohl historische Verbindungen zum kontinentaleuropäischen Recht aufweist, zeigt *Zimmermann*,

des Lauterkeitsrechts zunächst<sup>77</sup>. 1984 kam es mit der Irreführungsrichtlinie<sup>78</sup> zur ersten lauterkeitsrechtlichen Normierung im Sekundärrecht. Verglichen zu der noch von Ulmer geplanten Gesamtharmonisierung – einem anspruchsvollen Ziel – war die Irreführungsrichtlinie zwar ein relativ kleiner Schritt. Immerhin stellte sie aber die erste Richtlinie dar, die das Lauterkeitsrecht der Mitgliedstaaten unmittelbar betraf. Zwecks der bereits im Vorfeld angedachten Einbeziehung<sup>79</sup> der vergleichenden Werbung wurde die Irreführungsrichtlinie sodann im Jahre 1997 novelliert<sup>80</sup>. Aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit<sup>81</sup> wurde die Richtlinie im Dezember 2006 schließlich neu kodifiziert<sup>82</sup>, bisherige Fassungen wurden abgelöst.

Bezüglich des Teils der irreführenden Werbung entschied man sich für eine Teilharmonisierung im Sinne eines Mindeststandards<sup>83</sup>. Die Mitgliedstaaten sind also nicht gehindert, Bestimmungen zu erlassen oder aufrecht zu halten, die einen weiterreichenden Schutz der Gewerbetreibenden oder Mitbewerber vorsehen<sup>84</sup>. Die Richtlinie ist insoweit geprägt von Offenheit „nach oben“<sup>85</sup>. Ziel im Bereich der irreführenden Werbung ist es, die divergierenden nationalen Bestimmungen im Interesse eines funktionierenden Binnenmarktes anzugleichen. Irreführende Werbung verfälsche zum einen den Wettbewerb und zum anderen werde durch verschiedenartige Rechtsvorschriften auch grenzüberschreitende Werbung behindert und der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr

---

ZEuP 1993, 4 ff.

<sup>77</sup> Zu den weiteren Gründen dieser Stagnation und zu den Entwicklungen nach dem Gutachten *Eugen Ulmers* vgl. *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 17 f., v.a. S. 20.

<sup>78</sup> RL 84/450/EWG des Rates vom 10.09.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, abgedruckt in GRUR Int. 1984, 688 ff.

<sup>79</sup> Schon nach den ErwGr. der RL 84/450/EWG soll „in einer ersten Phase“ die Angleichung des Bereiches der irreführenden Werbung erfolgen, „in einer zweiten Phase“ sind sodann „unlautere Werbung und, soweit erforderlich, auch die vergleichende Werbung zu behandeln“.

<sup>80</sup> RL 97/55/EG des europäischen Parlamentes und des Rats vom 06. Oktober 1997 zur Änderung der RL 84/450/EWG über irreführenden Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung; abgedruckt in GRUR Int. 1997, 985 ff.; vgl. dazu *Gamerith*, WRP 2003, 143, 147.

<sup>81</sup> Vgl. ErwGr. 1 RL 2006/114/EG. Ein Übersichtlichkeitsbedürfnis bestand in erster Linie aufgrund der RLUGP, die mit ihrer Aufspaltung von B2C-Bereich und B2B-Bereich zu einigen Änderungen führte.

<sup>82</sup> RL 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), abgedruckt in GRUR Int. 2007, 308 ff.

<sup>83</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 RL 2006/114/EG.

<sup>84</sup> Zu beachten ist, dass ein weiterreichender Schutz für Verbraucher aber nicht europarechtskonform ist, einem solchen steht die vollharmonisierende Richtlinie über unlauterer Geschäftspraktiken, RL 2005/29/EG, entgegen.

<sup>85</sup> So *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 483. Der nicht abschließende Charakter der Irreführungsrichtlinie entspricht der einhelligen Meinung im Schrifttum, vgl. nur *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 8, Rn. 77; *Gamerith*, WRP 2003, 143, 147; *Meyer*, WRP 1993, 215, 217 und m.w.N. auch *Doepner*, WRP 1997, 999, 1009.

erschwert<sup>86</sup>. Die Richtlinienumsetzung führte auch in traditionell großzügigen Staaten, wie Spanien, Italien oder Griechenland zur Schaffung eines Rechts gegen irreführende Werbung, das Ziel der Schaffung eines europaweiten Mindeststandards wurde weitgehend erreicht<sup>87</sup>.

Im Gegensatz zum Bereich der irreführenden Werbung entschied man sich bei der vergleichenden Werbung für eine abschließende Regelung, in deren Rahmen die Mitgliedstaaten weder strengere noch liberalere Regelungen vorsehen dürfen<sup>88</sup>. Aus Sicht des europäischen Gesetzgebers wird vergleichende Werbung positiv gewertet. Sie könne dazu beitragen, die Vorteile der verschiedenen vergleichbaren Erzeugnisse herauszustellen und den Wettbewerb im Interesse des Verbrauchers zu fördern<sup>89</sup>. Die rechtliche Bewertung der vergleichenden Werbung war in den Mitgliedstaaten seit jeher umstritten und stellte sich sehr unterschiedlich dar. Daraus resultierte die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen sowie die Behinderung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs<sup>90</sup>. Europaweit gilt vergleichende Werbung nun als grundsätzlich zulässig<sup>91</sup> und Art. 4 RL 2006/114/EG stellt für diese Zulässigkeit bestimmte kumulative Bedingungen im Sinne von Feststandards auf<sup>92</sup>. Diese sind restriktiv auszulegen, um das von der Richtlinie verfolgte Postulat der grundsätzlichen Zulässigkeit vergleichender Werbung nicht auszuhöhlen<sup>93</sup>.

Im Zuge der RLUGP vom 11. Mai 2005<sup>94</sup> kam es zu einer Änderung des Schutzzwecks im Bereich der irreführenden Werbung. Bis dato folgte man dem integrierten Modell, also dem gleichwertigen Schutz der Verbraucher, der Mitbewerber und der Allgemeinheit (Schutzzwecktrias). Durch die RLUGP wurde dieser Schutzbereich geschmälert<sup>95</sup>. Soweit es um den Schutz der Verbraucher vor Irreführung geht, ist nunmehr die

---

<sup>86</sup> Vgl. zu den Zielen, die mit der Irreführungsrichtlinie verfolgt wurden v.a. deren ErwGr., abgedruckt in GRUR Int. 1984, 688.

<sup>87</sup> M.w.N. *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 483 f.

<sup>88</sup> Dies geht aus den ErwGr. 3, 7 und 11 der RL 97/55/EG hervor und entspricht der ganz überwiegenden Meinung im Schrifttum, vgl. m.w.N. *Scherer*, WRP 2001, 89, 90. Auch der EuGH spricht von „abschließender Harmonisierung“, vgl. EuGH, GRUR 2003, 533, 536 – „Pippig Augenoptik/Hartlauer“ (Rn. 44).

<sup>89</sup> So ErwGr. 2 RL 97/55/EG.

<sup>90</sup> ErwGr. 3 RL 97/55/EG; vgl. auch *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019, 1024.

<sup>91</sup> Auch im deutschen Recht ist vergleichende Werbung inzwischen grundsätzlich zulässig, das jahrzehntelang geltende Verbot wurde aufgehoben. Der BGH änderte diesbezüglich seine Rechtsprechung; vgl. BGH, WRP 1998, 718 ff. – „Testpreisangebot“; bestätigt durch BGH, WRP 1998, 1065, 1067 – „Preisvergleichsliste II“ und durch BGH, GRUR Int. 1999, 453, 454 – „Vergleichen Sie“.

<sup>92</sup> Diese Standards stellen nicht nur eine Verbotregelung, sondern auch eine Zulassungsregelung dar, vgl. EuGH, GRUR Int. 2002, 50, 51 – „Toshiba“. Zu den einzelnen Voraussetzungen – allerdings noch auf die RL 97/55/EG bezogen – eingehend *Ohly/Spencer*, GRUR Int. 1999, 681, 689 ff.

<sup>93</sup> *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2002, 389, 393.

<sup>94</sup> RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern.

<sup>95</sup> Gem. Art. 1 RL 2006/114/EG bezweckt die Richtlinie nunmehr lediglich den Schutz Gewerbetreibender vor irreführender Werbung und legt die Zulässigkeitsbedingungen für vergleichende Werbung fest.

Lauterkeitsrichtlinie einschlägig. Durch die darin vorgenommene und viel kritisierte<sup>96</sup> Trennung des B2B-Verhältnisses einerseits und des B2C-Verhältnisses andererseits<sup>97</sup>, kommt es zu einer Aufspaltung in dem Sinne, dass je nach Adressat der Irreführung entweder die Irreführungsrichtlinie (für den Bereich B2B) oder die RLUGP (für den Bereich B2C) zum Tragen kommt<sup>98</sup>. Was den Bereich der vergleichenden Werbung angeht, hat die Lauterkeitsrichtlinie keinerlei Einfluss, sie realisiert das Trennungsmodell insoweit nicht vollständig<sup>99</sup>. Die vergleichende Werbung wird sowohl für den Bereich zwischen Unternehmern als auch für das Vertikalverhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern von der Richtlinie 2006/114/EG geregelt.

## II. Sekundärrechtliche Vorgaben im Bereich der Distanzkommunikation

Mit der Eröffnung des europäischen Binnenmarktes und mit der Entstehung neuer Technologien im Bereich der Distanzkommunikation entstand das Erfordernis europaweit einheitlicher Rahmenbedingungen. Nur mit der Festlegung bestimmter Marktverhaltensregeln für den Fernabsatz ist es möglich, das Ziel des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs zu erreichen und gleichzeitig hinreichenden Verbraucherschutz zu gewähren<sup>100</sup>. Die Kommunikation über eine Distanz entsteht durch Techniken, die das Zustandekommen eines Vertragsabschlusses zwischen einem Verbraucher und einem Lieferanten ermöglichen, ohne dass es einer gleichzeitigen körperlichen Anwesenheit der Parteien bedarf<sup>101</sup>. Auch unter Ortsabwesenden kann auf diese Weise ein Vertrag vorbereitet und / oder durchgeführt werden. Beispiele für solche Techniken sind etwa telefonische Kommunikation, Voice-Mail-Systeme, elektronische Post, Telefax, Hörfunk, Fernsehen, Videotext<sup>102</sup>, auch die relativ neuartigen Kommunikationsformen der SMS oder MMS sind umfasst.

Im Bereich der Distanzkommunikation verwischt die Grenze zwischen Vertragsanbahnung und Vertragsschluss und die traditionelle Trennung zwischen Vertragsrecht einerseits und

---

<sup>96</sup> M.w.N. *Gamerith*, WRP 2005, 391, 404 und 427.

<sup>97</sup> Die Diskussion um eine Europäisierung des Lauterkeitsrechts ist seit Jahrzehnten von diesem Dualismus des einerseits verbraucherbezogenen und andererseits mitbewerberbezogenen Lauterkeitsrechts geprägt, vgl. *Fezer* in *Fezer*, UWG, Band 1, § 3 Rn. 2.

<sup>98</sup> Entfallen ist der Hinweis auf die Interessen der Allgemeinheit, obwohl diese sowohl über den Bereich B2B als auch über den Bereich B2C mit betroffen sind.

<sup>99</sup> *Micklitz* in *MünchKommUWG*, Band 1, EG F Rn. 18.

<sup>100</sup> Vgl. *ErwGr.* 4 und 5 RL 97/7/EG.

<sup>101</sup> So Art. 2 Nr. 4 der Fernabsatzrichtlinie (RL 97/7/EG); vgl. auch *Micklitz/Schirmbacher*, WRP 2006, 148, 148.

<sup>102</sup> Vgl. die Auflistung in Anhang I der RL 97/7/EG.

Lauterkeitsrecht andererseits kann nicht mehr klar gezogen werden. Der erste Kontakt über die Werbung, die folgende zweite Ebene des Informationsflusses, der Vertragsschluss und schließlich die Vertragsdurchführung werden im B2C-Bereich vielmehr als Kontinuum begriffen<sup>103</sup>.

Im europäischen Recht wird der Bereich der Fernkommunikation umfangreichen und verschiedenartig ansetzenden Regelungen unterworfen. Zu erwähnen sind hier vor allem die Fernabsatzrichtlinie, die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation und die Fernsehrichtlinie, auf die nachfolgend in der gebotenen Kürze eingegangen wird.

### 1. Die Fernabsatzrichtlinie

Gegenstand der Fernabsatzrichtlinie<sup>104</sup> ist – ausweislich ihres Art. 1 – die Angleichung der mitgliedstaatlichen Vorschriften über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zwischen Verbrauchern und Lieferanten. Den Regelungsschwerpunkt bildet dabei der Verbraucherschutz. Diesem widmet man sich vor allem durch das in Art. 6 RL 97/7/EG geregelte Widerrufsrecht im Fernabsatzbereich<sup>105</sup>. Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Verbraucher beim Fernabsatz keine Möglichkeit hat, das Erzeugnis zu sehen oder Eigenschaften im Einzelnen zur Kenntnis zu nehmen. Art. 4 RL 97/7/EG normiert daneben einen Katalog von Informationspflichten, über die der Verbraucher „rechtzeitig vor Vertragsschluss“ im Fernabsatzbereich unterrichtet werden muss<sup>106</sup>. Außerdem wird der Verbraucher gemäß Art. 9 RL 97/7/EG vor Zahlungsaufforderungen im Zusammenhang mit unbestellter Ware geschützt. Die Lieferung solcher Ware ist zu verbieten, wenn mit dieser Ware eine Zahlungsaufforderung verbunden ist und der Verbraucher ist von Gegenansprüchen zu befreien<sup>107</sup>. Von lauterkeitsrechtlicher Relevanz ist außerdem die Regelung in Art. 10 RL 97/7/EG. Für die Verwendung von Voice-Mail-Systemen<sup>108</sup> und Telefax wird hier das Opt-in-Prinzip vorgeschrieben, demgemäß

<sup>103</sup> M.w.N. *Micklitz/Schirnbacher*, WRP 2006, 148, 148.

<sup>104</sup> Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.

<sup>105</sup> Dieses Widerrufsrecht kann als Schwerpunkt der Richtlinie bezeichnet werden, vgl. *Glöckner* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, Einl B Rn. 53.

<sup>106</sup> Unterrichtet werden muss z.B. über die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung (Art. 4 lit. b), über den Endpreis (Art. 4 lit. c), über die Identität des Lieferanten (Art. 4 lit. a) und auch etwa über die Gültigkeitsdauer des Angebots oder des Preises.

<sup>107</sup> Für die Schaffung entsprechender Regelungen im nationalen Recht haben die Mitgliedstaaten Sorge zu tragen; so geschehen im deutschen Recht durch § 241 a BGB.

<sup>108</sup> Darunter versteht man die Kommunikation mit Automaten als Gesprächspartner, vgl. Art. 10 Abs. 1 RL 97/7/EG.

Werbemitteilungen nur mit vorangegangener Zustimmung der Adressaten zulässig sind. Andere Kommunikationstechniken – worunter grundsätzlich auch die Telefonwerbung fällt<sup>109</sup> – dürfen gemäß Art. 10 Abs. 2 RL 97/7/EG nur gebraucht werden, wenn der Verbraucher deren Verwendung nicht offenkundig abgelehnt hat.

Insgesamt stellt die Fernabsatzrichtlinie lediglich einen Mindeststandard dar<sup>110</sup>, der eine Mindestzahl gemeinsamer binnenmarktweiter Regeln für den Bereich des Fernabsatzes schaffen soll<sup>111</sup>. Ausweislich Art. 14 RL 97/7/EG steht es den Mitgliedstaaten offen, strengere Regelungen aufrechtzuerhalten oder zu erlassen, um ein höheres Verbraucherschutzniveau sicherzustellen.

## 2. Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

Aufgrund der rasanten Entwicklung des Internets, aufgrund der sich im zweistelligen Prozentbereich bewegenden Steigerungsraten des weltweiten Gesamtvolumens des „E-Commerce“<sup>112</sup> und auch wegen des bemerkenswerten Wachstums der Werbung im Internet<sup>113</sup>, sah man es in Europa als dringend erforderlich an, mit der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr einen gemeinschaftsweit einheitlichen rechtlichen Rahmen für diesen Bereich zu schaffen<sup>114</sup>. Eines solchen Rahmens bedurfte es nicht zuletzt auch, um zu verhindern, dass die europäischen Anbieter vor allem gegenüber ihren nordamerikanischen Konkurrenten ins Hintertreffen geraten<sup>115</sup>.

Die daraufhin erlassene Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr<sup>116</sup> – auch als

<sup>109</sup> Für den Bereich der Telefonwerbung ist allerdings die besondere Informationspflicht des Art. 4 Abs. 3 RL 97/7/EG zu beachten. Dem Verbraucher müssen zu Beginn des Gesprächs die Identität des Lieferers und der kommerzielle Zweck des Gesprächs ausdrücklich offen gelegt werden.

<sup>110</sup> Vgl. *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 38 mit Verweis auf BGH, WRP 2000, 722, 723 ff. – „Telefonwerbung IV“.

<sup>111</sup> Vgl. ErwGr. 4 RL 97/7/EG.

<sup>112</sup> Unter dem aus der Internetsprache stammenden Begriff des „electronic commerce“ versteht man den elektronischen Vertrieb von Waren und Dienstleistungen über das Internet.

<sup>113</sup> Detaillierte Wachstumswahlen zu finden bei *Klinger*, Werbung im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, S. 2.

<sup>114</sup> Zur allgemeinen wirtschaftlichen Bedeutung des elektronischen Geschäftsverkehrs und zu seiner Binnenmarktrelevanz vgl. nur die ErwGr. der RL 2000/31/EG.

<sup>115</sup> Der vor Erlass der RL 2000/31/EG geltende Rechtsrahmen belastete die europäischen Anbieter unverhältnismäßig. Dem rechtlichen und tatsächlichen Problem, dass das Internet an keinerlei nationale Grenzen gebunden ist und auf ein Online-Angebot eine ganze Reihe verschiedener nationaler Rechtsordnungen Anwendung finden kann, wollte man mit Hilfe des Sekundärrechts entgegentreten; vgl. dazu *Apel/Grapperhaus*, WRP 1999, 1247, 1247.

<sup>116</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) vom 08. Juni 2000; abgedruckt im Heidelberger Kommentar, WettbR, Anhang 4.

„E-Commerce-Richtlinie“ bezeichnet – umfasst sämtliche kommerzielle Kommunikation<sup>117</sup> zwischen Diensteanbietern<sup>118</sup> und Nutzern<sup>119</sup>, insbesondere Maßnahmen der Werbung und des Marketings, die über das Internet abgewickelt werden<sup>120</sup>. Erklärtes Ziel der Richtlinie ist es, das ungehinderte Funktionieren des Binnenmarktes bei Geschäften im Internet sicherzustellen<sup>121</sup>. Da der elektronische Geschäftsverkehr als Medium und weitgehend unabhängig von dem Status der beteiligten Personen geregelt wird, handelt es sich bei der E-Commerce-Richtlinie zumindest nicht vorrangig um eine Verbraucherschutzrichtlinie<sup>122</sup>. Auch auf ein spezielles Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis kommt es nicht an. Vielmehr sollte Rechtssicherheit und somit auch Verbrauchervertrauen durch eine Rechtsvereinheitlichung auf dem Sektor der Informationsgesellschaft geschaffen werden. Im Vordergrund des Regelungsgehalts der RL 2000/31/EG steht der Binnenmarktgedanke und die Einführung des Herkunftslandprinzips<sup>123</sup>, nach dem derjenige Staat, in dem der Werbende niedergelassen ist, dafür Sorge zu tragen hat, dass das nationale, auf den koordinierten Bereich bezogene Recht eingehalten wird. Gemäß Art. 3 Abs. 2 RL 2000/31/EG dürfen die anderen Mitgliedstaaten den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft nicht aus Gründen einschränken, die den „koordinierten Bereich“<sup>124</sup> betreffen.

Im Bereich der Irreführung regelt die RL 2000/31/EG den Teilaspekt der Täuschung darüber, dass es sich um Werbung handelt. Kommerzielle Kommunikation muss gemäß Art. 6 lit. a als solche klar erkennbar sein und die dahinter stehenden Personen müssen gemäß Art. 6 lit. b RL 2000/31/EG klar identifizierbar sein. Art. 6 lit. c und d erweitern die

<sup>117</sup> Definiert in Art. 2 lit. f RL 2000/31/EG als „alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen oder des Erscheinungsbildes eines Unternehmens, einer Organisation oder einer natürlichen Person dienen, die eine Tätigkeit in Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen reglementierten Beruf ausübt“.

<sup>118</sup> Definiert in Art. 2 lit. b RL 2000/31/EG als „jede natürliche oder juristische Person, die einen Dienst der Informationsgesellschaft ausübt“.

<sup>119</sup> Definiert in Art. 2 lit. d RL 2000/31/EG als „jede natürliche oder juristische Person, die zu beruflichen oder sonstigen Zwecken einen Dienst der Informationsgesellschaft in Anspruch nimmt, insbesondere um Information zu erlangen oder zugänglich zu machen“.

<sup>120</sup> *Klinger*, Werbung im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, S. 2.

<sup>121</sup> Art. 1 Abs. 1 RL 2000/31/EG; vgl. auch *Micklitz/Schirnbacher*, WRP 2006, 148, 151.

<sup>122</sup> *Micklitz/Schirnbacher*, WRP 2006, 148, 151.

<sup>123</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 RL 2000/31/EG.

<sup>124</sup> Dieser „koordinierte Bereich“ ist in Art. 2 lit. h RL 2000/31/EG definiert und wird sehr weit verstanden. Erfasst sind alle Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche auf elektronische Dienste in der Informationsgesellschaft direkt oder auch nur indirekt Anwendung finden. Ob diese Vorschriften bereits durch Gemeinschaftsrecht harmonisiert wurden oder nicht, ist unerheblich. Da die RL 2000/31/EG selbst sehr wenige derartige materielle Regelungen enthält, umfasst der als „koordiniert“ bezeichnete Bereich im Endeffekt überwiegend nationales und noch nicht harmonisiertes Recht. Berechtigterweise wirft *Ohly*, GRUR Int. 2001, 899, 900, dem europäischen Gesetzgeber an dieser Stelle „Etikettenschwindel“ vor.

Informationspflichten auf Angebote zur Verkaufsförderung, Preisausschreiben und Gewinnspiele. Die Richtlinie enthält ebenso eine Transparenzvorschrift bezüglich nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation. Dieses so genannte „Spamming“ muss gemäß Art. 7 Abs. 1 RL 2000/31/EG beim Nutzer als solches klar erkennbar sein. Gemäß Absatz 2 muss im Falle nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation außerdem die Beachtung der so genannten „Robinson-Listen“<sup>125</sup> gewährleistet werden.

### 3. Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation

Hatte man den Mitgliedstaaten in Art. 7 der E-Commerce-Richtlinie noch die Wahlmöglichkeit zwischen dem „Opt-in“- und dem „Opt-out“-System<sup>126</sup> belassen, so schreibt Art. 13 Abs. 1 der wenig später erlassenen Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation<sup>127</sup> zwingend das Opt-in-System vor. Direktwerbung mit automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder mittels elektronischer Post<sup>128</sup> ist demgemäß grundsätzlich nur nach vorheriger Einwilligung gestattet<sup>129</sup>. Mit Art. 13 RL 2002/58/EG hat der europäische Gesetzgeber erstmalig eine ausdrückliche Regelung zu der in der Praxis sehr relevanten E-Mail-Werbung getroffen<sup>130</sup>.

<sup>125</sup> Dabei handelt es sich um Listen, in die sich natürliche Personen eintragen können, die keine unaufgeforderte Werbung per E-Mail, Post oder Telefon erhalten wollen. In Deutschland enthalten diese Listen bereits 2 Millionen Einträge (Stand Dezember 2008) und werden vom Interessenverband deutsches Internet e.V. (I.D.I. Verband e.V.) verwaltet. Diese Listen, in die man sich schnell und unkompliziert eintragen kann (im Internet unter [www.robinsonliste.de](http://www.robinsonliste.de)), nützen aber im Endeffekt den werbetreibenden Unternehmen mindestens genauso viel wie den Verbrauchern. Die Logik dahinter: wer sich nicht in den Robinsonlisten eintragen lässt, wird sich meist auch nicht gerichtlich gegen unlautere Werbung wehren. Das heißt, die Unternehmen bekommen im Wege der Listen eine Hilfestellung, welche Verbraucher sie bei unaufgeforderter Werbung meiden sollten, um sich kostenpflichtige Abmahnungen zu ersparen. Außerdem zeigt die persönliche Erfahrung der Verfasserin die nur beschränkte Tauglichkeit dieser Liste v.a. in Bezug auf unaufgeforderte elektronische Post („Spamming“).

<sup>126</sup> Das Opt-out-System bedeutet die grundsätzliche Zulässigkeit der Werbung des Unternehmers, so lange sich der Angesprochene nicht gegen diese Distanzkommunikation ausgesprochen hat. Das Opt-in-System hingegen bedeutet die grundsätzliche Unzulässigkeit dieser Kommunikation, es sei denn, der Empfänger entscheidet sich im Einzelfall vor der Kommunikation für deren Einsatz durch den Unternehmer, näher dazu *Micklitz/Schirmbacher*, WRP 2006, 148, 149.

<sup>127</sup> RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation).

<sup>128</sup> Auch SMS-Werbung ist hiervon umfasst, auch diesbezüglich werden die Mitgliedstaaten also auf das Opt-in-Modell festgelegt; vgl. *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 41.

<sup>129</sup> Eine Ausnahme sieht Art. 13 Abs. 2 RL 2002/58/EG vor für den Fall, dass die Kontaktinformation für elektronische Post im Zusammenhang mit einem Verkauf weitergegeben wurde. In diesem Fall ist E-Mail-Direktwerbung gestattet, sofern der Teilnehmer diese Art der Werbung nicht bereits im Vorfeld abgelehnt hat und sofern er in jedem einzelnen Fall die Möglichkeit hat, die Werbung abzulehnen. Vgl. dazu *Micklitz/Schirmbacher*, WRP 2006, 148, 154.

<sup>130</sup> Vgl. sehr detailliert zu dieser Thematik *Altermann*, Die Zulässigkeit unverlangter E-Mail-Werbung nach der UWG-Novelle, S. 53 ff.

Ihrem vollständigen Titel entsprechend bezweckt die RL 2002/58/EG insgesamt den Schutz der Privatsphäre und der Grundrechte der Gemeinschaftsbürger in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation und dient der Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Vorschriften in diesem Bereich<sup>131</sup>.

#### **4. Fernsehrichtlinie von 1989 / 1997 und die RL über audiovisuelle Mediendienste von 2007**

Sonderregelungen für den grenzüberschreitenden Bereich der Fernsehwerbung – einem weiteren Teilgebiet der Distanzkommunikation – enthält die Fernsehrichtlinie vom 3. Oktober 1989<sup>132</sup>, welche aus dem Grünbuch „Fernsehen ohne Grenzen“<sup>133</sup> vom 14. Juni 1984 hervorging. 1997 kam es zunächst zu einer Novellierung durch die RL 97/36/EG<sup>134</sup>. Aufgrund des Anpassungsbedarfs, der durch den Strukturwandel, durch moderne Übertragungstechniken<sup>135</sup> und durch die generelle technologische Entwicklung entstanden war, kam es zu weiteren Änderungen durch die RL 2007/65/EG<sup>136</sup>, die einen wettbewerbsfreundlicheren und liberaleren Rahmen für den Bereich der Fernsehwerbung schaffen sollte, ohne dabei den Verbraucherschutz zu vernachlässigen. Die ehemalige „Fernsehrichtlinie“ wurde in „Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste“ umbenannt (vgl. Art. 1 Nr. 1 RL 2007/65/EG) und der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie wurde auf sämtliche audiovisuelle Mediendienste erweitert. Auf diese Weise werden unabhängig von der Technologie im Einzelfall allgemeine und gleiche Rahmenbedingungen geschaffen.

Die Richtlinie verfolgt einen medienspezifischen Ansatz und enthält Sonderregelungen speziell für Fernsehsendungen. Von lauterkeitsrechtlicher Relevanz sind vor allem das

<sup>131</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 RL 2002/58/EG.

<sup>132</sup> RL 89/552/EG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (abgedruckt in GRUR Int. 1990, 134 ff.).

<sup>133</sup> Grünbuch über die Errichtung des Gemeinsamen Marktes für Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel (Mitteilung der Kommission an den Rat) vom 14. Juni 1984, KOM (84) 300 endg.; auszugsweise abgedruckt in GRUR Int. 1984, 612 ff.

<sup>134</sup> RL 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität; die konsolidierte Fassung ist abgedruckt in GRUR Int. 1998, 120 ff. Die Entwicklung und die strittigen Punkte dieser Richtliniennovellierung näher dargestellt bei: *Schardt*, ZUM 1995, 734 ff.; vgl. auch *König*, ZUM 2002, 803, 806 f.

<sup>135</sup> Vor allem durch den sog. „digitalen Switch-over“, also den Übergang zur digitalen Fersensübertragung; dazu näher *König*, ZUM 2002, 803, 803; vgl. zum Bedürfnis der Überarbeitung der Fernsehrichtlinie auch *Leitgeb*, ZUM 2006, 837, 838.

<sup>136</sup> RL 2007/65/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität.

Transparenz- und Trennungsgebot, nach dem Fernsehwerbung und Teleshopping<sup>137</sup> als solche leicht erkennbar und vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar und etwa durch optische und/oder akustische Signale abgesetzt sein müssen, „Schleichwerbung“<sup>138</sup> ist verboten. Die Richtlinie verfolgt auch Jugendschutz und enthält Einschränkungen im Bereich der Kinderwerbung<sup>139</sup>, nebst Verboten bestimmter Werbeformen, welche aus allgemeinen gesellschaftspolitischen Erwägungen untersagt werden<sup>140</sup>. Des Weiteren sind die vorgesehenen Verbote audiovisueller kommerzieller Kommunikation für verschreibungspflichtige Medikamente und Tabakerzeugnisse sowie die diesbezügliche Einschränkung für alkoholische Getränke<sup>141</sup> von lauterkeitsrechtlicher Relevanz. Außerdem dürfen in der kommerziellen Kommunikation keine subliminalen Techniken eingesetzt werden, vgl. Art. 3 e Abs. 1 lit. b RL 2007/65/EG und „Product Placement“ ist gemäß Art. 3 g Abs. 1 RL 2007/65/EG grundsätzlich verboten. Dieses grundsätzliche Verbot relativiert sich allerdings durch die weit reichenden und von Liberalisierung geprägten Ausnahmen, die in Abs. 2 aufgelistet sind.

Erwähnenswert ist des Weiteren, dass Art. 2 der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste das Herkunftslandprinzip – in diesem Zusammenhang auch als „Sendestaatsprinzip“ bezeichnet<sup>142</sup> – verwirklicht. Danach hat jeder Mitgliedstaat dafür Sorge zu tragen, dass die seiner Rechtshoheit unterworfenen Fernsehveranstalter im Rahmen ihrer Sendungen das nationale Recht<sup>143</sup> und die Bestimmungen der Richtlinie einhalten, die Verantwortlichkeit liegt insoweit beim Sendestaat. Es wäre in diesem Zusammenhang unzumutbar, den Fernsehveranstaltern die Pflicht aufzubürden, ihr Angebot auf eine Vereinbarkeit mit mittlerweile 27 verschiedenen Rechtsordnungen zu überprüfen. Daneben soll durch das Sendestaatsprinzip auch eine Doppelkontrolle im Sendeland und im Empfangsland vermieden werden<sup>144</sup>.

<sup>137</sup> Spezielle Regelungen zum Teleshopping enthält die RL in Art. 18 ff.

<sup>138</sup> „Schleichwerbung“ wird definiert in Art. 1 lit. j RL 2007/65/EG.

<sup>139</sup> Vgl. Art. 3 e Abs. 1 lit. g.

<sup>140</sup> Verboten ist z.B. Werbung mit diskriminierendem oder die Menschenwürde verletzendem Inhalt, vgl. Art. 3 e Abs. 1 lit. c RL 2007/65/EG.

<sup>141</sup> Vgl. Art. 3 e Abs. 1 lit. d - f RL 2007/65/EG; vgl. vertiefend zur Regulierung der Alkoholwerbung *Mentjes*, *Rechtliche Grenzen der Alkoholwerbung*, S. 100 ff.

<sup>142</sup> Vgl. *Baudenbacher*, *EuZW* 1998, 391, 394.

<sup>143</sup> Kontrolliert werden muss etwa, dass nicht gegen national geltendes Wettbewerbs- und Werberecht verstoßen wird; vgl. *Sack*, *WRP* 2000, 269, 284.

<sup>144</sup> Ergänzend sei angemerkt, dass dieses Herkunftslandprinzip ursprünglich auch in der RLUGP vorgesehen war (vgl. noch Art. 4 Abs. 1 des Kommissionsvorschlages (KOM (2003) 356 endg.), aber zahlreich kritisiert und schließlich gestrichen wurde. Die nunmehr verbleibende „gekappte“ Binnenmarktklausel des Art. 4 RLUGP verdeutlicht wohl lediglich, dass mit der Lauterkeitsrichtlinie eine vollständige Rechtsangleichung angestrebt wird, vgl. dazu *Brömmelmeyer*, *GRUR* 2007, 295, 299 f.

### III. Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

Basierend auf dem Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union<sup>145</sup> legte die Kommission am 18. Juni 2003 einen Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken<sup>146</sup> vor. Bereits zwei Jahre nach diesem Vorschlag trat die RLUGP in Kraft und änderte zur Sicherstellung ihrer Anwendbarkeit andere europäische Richtlinien<sup>147</sup>. Am 12. Juni 2007 endete die Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten<sup>148</sup>.

Anders als noch mit der Irreführungsrichtlinie, der damaligen Fernsehrichtlinie und auch der E-Commerce-Richtlinie sollte mit der Lauterkeitsrichtlinie eine horizontale Regelung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb geschaffen werden. Von den Plänen, das Lauterkeitsrecht europaweit durch Partialregelungen nur teilweise zu harmonisieren<sup>149</sup>, rückte man im Richtlinienvorschlag ab und man strebte nicht mehr nur eine Mindest- bzw. Teilharmonisierung an, sondern eine vollständige Rechtsangleichung im Binnenmarkt<sup>150</sup>. Die Systematik der RLUGP ist geprägt von einem gestaffelten, dreistufigen System der Lauterkeitsgebote<sup>151</sup>. Die erste Stufe bildet die Generalklausel des Art. 5 RLUGP. Etwas lapidar<sup>152</sup> normiert der Richtliniengeber hier, dass unlautere Geschäftspraktiken verboten sind. In Art. 5 Abs. 2 RLUGP kommt es zu einer tatbestandlichen Präzisierung der Unlauterkeit<sup>153</sup>. Die zweite Stufe nehmen die insbesondere als unlauter geltenden

<sup>145</sup> KOM (2001) 531 endg. vom 02.10.2001. Zu diesem Grünbuch nahmen 169 Organisationen Stellung und 12 Mitgliedstaaten plädierten für den schließlich gewählten Weg über eine Rahmenrichtlinie, vgl. Begründung des Richtlinienvorschlags, KOM (2003), 356 endg., S. 2; vgl. auch *Glöckner*, WRP 2004, 936, 937.

<sup>146</sup> KOM (2003) 356 endg., Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

<sup>147</sup> Namentlich die Richtlinie 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung, die Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, die Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutze der Verbraucherinteressen und die Richtlinie 2002/EG/65 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher.

<sup>148</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 1 RLUGP.

<sup>149</sup> So sah man das noch in der geplanten Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt vor (Geänderter Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, KOM (2003) 585 endg.). Dieser Vorschlag verfolgte den sog. „spezifischen Ansatz“, während die RLUGP dem diametral entgegensteht und dem sog. „kombinierten Ansatz“ folgt. Mehr zu diesen Begrifflichkeiten im Grünbuch zum Verbraucherschutz im Binnenmarkt, KOM (2001) 531 endg., S. 2. Beide Ansätze wurden darin zur Diskussion gestellt und interessierte Kreise wurden zu Stellungnahmen aufgefordert.

<sup>150</sup> *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1015, der aus der Grundstruktur der RLUGP eine Vollharmonisierung ableitet, allerdings auf ErwGr. 7, den so genannten „Kulturvorbehalt“, hinweist. Danach werden „die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands“ den Mitgliedstaaten überlassen; vgl. näher dazu *Sosnitza*, WRP 2006, 1, 3 ff.

<sup>151</sup> *Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I, S. 22.

<sup>152</sup> A.A. und nicht als „lapidar“, sondern vielmehr als „in einer präzisen und bündigen Sprache formuliert“ betrachtet *Karl-Heinz Fezer* die Norm des Art. 5 Abs. 1 RLUGP, vgl. *Fezer* in *Fezer*, UWG, Band 1 Einleitung E Rn. 127.

<sup>153</sup> Die Subsumtion alleine unter die kurze Formel des Art. 5 Abs. 1 RLUGP ist wohl nicht möglich, vgl. *Dohrn*,

irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken (Art. 6 bis 9 RLUGP) ein und die dritte Stufe besteht aus den in Anhang 1 – der sog. „black list“ – aufgelisteten Tatbeständen, die unter allen Umständen als unlauter geltenden. Nur eine Geschäftspraktik, die auf keiner dieser drei Stufen „scheitert“, kann als lauter im Sinne der RLUGP bezeichnet werden.

Zahlreiche Kritik erfährt zum einen die Begrenzung des Anwendungsbereichs auf das Vertikalverhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern<sup>154</sup>, und zum anderen die starren Regelungen des Anhangs I. Mit der „schwarzen Liste“ wollte man die Rechtssicherheit erhöhen und Rechtsklarheit schaffen. Der Per se-Verbotscharakter wird dogmatisch damit begründet, dass das Täuschungsmoment bzw. die aggressive Verhaltensweise den aufgelisteten Tatbeständen gerade wesensimmanent seien<sup>155</sup>. Das ungewöhnliche Novum im Gemeinschaftsrecht wird aber aufgrund der Auslegungsbedürftigkeit einzelner Tatbestände<sup>156</sup> und aufgrund des stark divergierenden Unrechtsgehalts der einzelnen Per se-Verbote kritisiert<sup>157</sup>. Begrüßt wird gleichwohl der grundsätzliche Weg der Vollharmonisierung<sup>158</sup> und die Regelung über eine als Auffangtatbestand fungierende Generalklausel mit Beispielstatbeständen. Die Vorteile eines solchen generellen Verbots und die damit verfolgten Ziele der Angleichung und Vereinfachung und des Gewinns an Flexibilität und Anpassungsfähigkeit legte die

---

Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 242. Nach der Präzisierung in Art. 5 Abs. 2 RLUGP ist eine Geschäftspraktik dann unlauter, wenn sie kumulativ „den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht“ und „sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet oder des durchschnittlichen Mitglieds einer Gruppe von Verbrauchern, wenn sich eine Geschäftspraktik an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinträchtigen“. Kritisch dazu statt vieler *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295, 298, der die Definition als rätselhaft und verschachtelt bezeichnet.

<sup>154</sup> Vgl. statt vieler eingehend zu den Nachteilen dieser Beschränkung auf den B2C-Bereich *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 22 ff.

<sup>155</sup> *Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I, S. 32.

<sup>156</sup> In Nr. 5 und Nr. 19 des Anhangs I RLUGP ist etwa von „angemessen“ die Rede, Nr. 13 enthält die auslegungsbedürftige Formulierung „ähnlich“ und Nr. 20 spricht von „unvermeidbar“. Tatbestände, die unter allen Umständen als unlauter gelten sollen bedürfen aber präziser Formulierung, hinreichender Transparenz und Lesbarkeit, vgl. *Fezer*, WRP 2006, 781, 783.

<sup>157</sup> Etwa die Nr. 10 des Anhangs 1 RLUGP, welche die Irreführung des Verbrauchers durch Werbung mit gesetzlichen Selbstverständlichkeiten regelt, weist wohl relativ wenig wettbewerbsrechtliche Relevanz auf. Zumindest für Deutschland und Österreich – Länder, in denen der Bereich der Selbstverpflichtung von nur geringer Bedeutung ist – gilt dies auch für die Nr. 1 und Nr. 3 des Anhangs 1 RLUGP. In Nr. 24 und 25 dagegen sind Tatbestände mit weitaus größerem Unrechtsgehalt aufgelistet, die nach dem deutschen StGB in aller Regel sogar strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

<sup>158</sup> Aufgrund der Beschränkung des Anwendungsbereichs der RLUGP auf den B2C-Bereich handelt es sich streng genommen nur um eine vollharmonisierte Teilharmonisierung, vgl. *Hausmann/Obergfell* in *Fezer*, UWG, Band 1, Einleitung I Rn. 147.

Kommission frühzeitig fest<sup>159</sup>.

#### IV. Zusammenfassung

Im Jahre 1990 wurde in der Literatur noch die Frage in den Raum gestellt, ob die Angleichung des europäischen Lauterkeitsrechts als „aussichtsloses Unterfangen“ bezeichnet werden kann und muss<sup>160</sup>. Auch noch im Jahre 2002 wurde ein europäisches Lauterkeitsrecht de lege lata für scheinbar außer Sichtweite gehalten. Erst auf einen zweiten Blick hin und eine gewisse Skepsis nicht verheimlichend, sprach man einem europäischen Lauterkeitsrecht zumindest den „status nascendi“ zu<sup>161</sup>.

Zwar mangelt es noch immer an einer Normierung im Sinne einer europäischen Gesamtkodifikation mit dem Etikett „Europäisches Lauterkeitsrecht“, gleichwohl hat das europäische Sekundärrecht ein präsentables Ergebnis in puncto Harmonisierung der Lauterkeitsrechtsordnungen in Europa erzielt. Vor allem die RLUGP hat trotz ihres eingeschränkten Anwendungsbereichs ein ganz erhebliches Harmonisierungspotential. Ob der erwartete und erhoffte Harmonisierungseffekt auf lange Sicht erzielt werden wird, bleibt indes abzuwarten.

Auch wenn die obigen Darstellung einem Anspruch auf Vollständigkeit nicht gerecht werden können, lässt sich gleichwohl zusammenfassend feststellen, dass das Pauschalurteil, es existiere kein europäisches Lauterkeitsrecht, inzwischen nicht mehr haltbar ist. Durch europäisches Primärrecht, durch die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten und vor allem durch entstandene und relevante sekundärrechtliche Regelungen, hat sich vielmehr ein – wenn auch aus einer Vielzahl von Teilelementen bestehendes und „durch unbegrenzte Regelungsfreude unübersichtlich“<sup>162</sup> gewordenes – europäisches Lauterkeitsrecht entwickelt, welches die nationalen Lauterkeitsrechtsordnungen erheblich beeinflusst und angleicht.

<sup>159</sup> Vgl. zum Zweck der Schaffung einer Generalklausel auf EU-Ebene *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 208 f.

<sup>160</sup> Diese Frage machte *Gerhard Schricker* zur Überschrift seines damaligen Aufsatzes in GRUR Int. 1990, 771 ff.

<sup>161</sup> So *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885, 886.

<sup>162</sup> *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 8 Rn. 101.

## 2. TEIL:

# DIE BISHERIGEN LIBERALISIERUNGSENTWICKLUNGEN DES EUROPÄISCHEN LAUTERKEITSRECHTS

Bei der Untersuchung der bisherigen, von Liberalisierung geprägten Entwicklungen des europäischen Lauterkeitsrechts sind die Grundfreiheiten des EG-Vertrages von zentraler Bedeutung. Den Ausgangspunkt bildeten insbesondere die Warenverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit, Art. 28 und Art. 49 EG (jetzt Art. 34 und 56 AEUV), in ihrer weiten Auslegung durch den EuGH. Weitere Prägung erlangte das europäische Lauterkeitsrecht durch die nach und nach hinzutretenden relevanten sekundärrechtlichen Normen, welche inhaltlich bereits im 1. Teil dargestellt wurden.

Im hier angemessenen Rahmen wird die Liberalisierungsentwicklung im Wege einer Kurzanalyse dargestellt, welche markante Anhaltspunkte und Beispiele aufgreift, dem Anspruch auf Vollständigkeit dabei aber nicht gerecht werden kann.

### **A. Liberalisierung des Wettbewerbs durch europäisches Primärrecht und die Rechtsprechung des EuGH – Angleichung durch Liberalisierung**

Die Errichtung eines europäischen Binnenmarktes stellt ein ganz wesentliches Ziel des Primärrechts dar<sup>163</sup> und ist in erster Linie von der Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr gekennzeichnet<sup>164</sup>. Durch die bereits

---

<sup>163</sup> Vgl. Art. 2 EG (jetzt im Wesentlichen ersetzt durch Art. 3 EUV n.F.), Art. 3 lit. c und Art. 14 Abs. 2 EG (jetzt Art. 26 Abs. 2 AEUV).

<sup>164</sup> Vgl. eingehend zur primärrechtlichen Gewährleistung des Binnenmarktes durch die Grundfreiheiten *Streinz*, Europarecht, Rn. 781 ff.

dargestellten Grundsätze der Judikatur zu Art. 28 EG (Art. 34 AEUV)<sup>165</sup> und durch die Auslegung der Warenverkehrsfreiheit als allgemeines Beschränkungsverbot will der EuGH eine Kappung übermäßiger Beschränkungen des freien Warenverkehrs erreichen. Aufgrund der Konvergenz der Grundfreiheiten<sup>166</sup> gelten die aufgestellten Grundsätze bei der Prüfung der Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich entsprechend. Wie durch die Entscheidungen „Überseering“<sup>167</sup> und „Inspire Art“<sup>168</sup> klargestellt, ist auch der Bereich der Niederlassungsfreiheit einzubeziehen<sup>169</sup>. Einzig die Anwendung der „Keck“-Regeln auf den Bereich der Dienstleistungsfreiheit<sup>170</sup> und auf andere Grundfreiheiten wurde vom EuGH noch nicht abschließend klargestellt<sup>171</sup>.

### I. Negativ-Integration durch das unmittelbar geltende Primärrecht

Die von den Mitgliedstaaten zwingend zu beachtenden Grundfreiheiten haben als Gründungsvertragsrecht unmittelbare<sup>172</sup> und vorrangige<sup>173</sup> Geltung, das nationale Lauterkeitsrecht darf sich dazu nicht in Widerspruch setzen. Ist der Anwendungsbereich einer Grundfreiheit eröffnet und verstößt eine nationale Regelung ungerechtfertigt<sup>174</sup> gegen diese Grundfreiheit, so darf die mitgliedstaatliche Norm nicht angewendet werden<sup>175</sup>. Trotz jener unmittelbaren Geltung kommt es durch die Grundfreiheiten aber gleichwohl nicht zu einer positiven Rechtsangleichung, es ist vielmehr eine lediglich begrenzende Wirkung auf die nationalen Lauterkeitsrechtsordnungen festzustellen. Die Grundfreiheiten legen nur negativ fest, welchen Inhalt nationales Recht gerade nicht haben darf, statt zu einer Positivharmonisierung kommt es zur Negativ-Integration.

An sich muss der nationale Gesetzgeber bei grenzüberschreitenden Sachverhalten nur die

<sup>165</sup> Vgl. die Entscheidungen „Dassonville“, „Cassis de Dijon“ und „Keck“ – s. dazu bereits in Teil 1 unter B. II. Speziell auf das Lauterkeitsrecht bezogen sind die Entscheidungen „Yves-Rocher“ und GB-INNO-BM“ von Relevanz – s. dazu sogleich unter Teil 2, A. III.

<sup>166</sup> Vgl. zur Konvergenz der Grundfreiheiten *Mestmäcker/Schweitzer*, EU-Wettbewerbsrecht, § 2 Rn. 44.

<sup>167</sup> EuGH, Rs. C-208/00 v. 05.11.2002, BB 2002, 2402 ff. – „Überseering“.

<sup>168</sup> EuGH, Rs. C-167/01 v. 30.09.2003, BB 2003, 2195 ff. – „Inspire Art“.

<sup>169</sup> Vgl. dazu *Weiß*, EuZW 1999, 493, 497 f.

<sup>170</sup> *Schricker/Henning-Bodewig*, Recht der Werbung in Europa, Teil Deutschland, Rn. 23 und Fn. 51 bezeichnen es als unklar, inwieweit die Anwendung des freien Dienstleistungsverkehrs ebenfalls den „Keck-Regeln“ unterliegt und verweisen insoweit auf die nicht eindeutige Rechtsprechung des EuGH.

<sup>171</sup> Vgl. dazu *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV-Kommentar, Art. 28 Rn. 50.

<sup>172</sup> *Streinz*, Europarecht, Rn. 407.

<sup>173</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Einl Rn. 3.1.

<sup>174</sup> Eine Rechtfertigung kann sich aus den seit der „Cassis-Entscheidung“ anerkannten zwingenden Erfordernissen ergeben oder aus der expliziten Schrankenregelung des Art. 30 EG (jetzt Art. 36 AEUV), die allerdings im spezifisch lauterkeitsrechtlichen Zusammenhang keine besondere Relevanz entfaltet; vgl. *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 7 Rn. 53.

<sup>175</sup> Vgl. EuGH, EuZW 1997, 574, 575 (Rn.18) – „Morelato“.

durch die Grundfreiheiten gezogenen Grenzen einhalten. De facto allerdings hat die Grundfreiheitenrechtsprechung des EuGH vor allem im Zusammenhang mit der Vermeidung von Inländerdiskriminierungen – also der Vermeidung des Phänomens, dass EU-Bürger anderer Mitgliedstaaten besser behandelt werden als Inländer – oftmals rechtsangleichende und mittelbar liberalisierende Wirkung.

## II. Rechtsangleichung zur Vermeidung von Inländerdiskriminierung

Dem liegt folgende Konstellation zugrunde: Entscheidet der EuGH, dass ein nationales Verbot gemeinschaftswidrig ist, so kann dieses Verbot gegenüber Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten nicht mehr durchgesetzt werden, die nationale Rechtsvorschrift darf also über die Staatsgrenzen hinweg nicht entgegengehalten werden. In diesem Zusammenhang sieht sich der nationale Gesetzgeber dann oftmals dazu veranlasst, das jeweilige nationale Verbot vollständig aufzuheben, um auf diese Weise eine Inländerdiskriminierung zu vermeiden. Strengere Regelungen für Inländer nämlich führen zu einer Ungleichbehandlung, welche nachteilige Folgen für die nationale Wirtschaft nach sich ziehen kann. Vor einer solchen Diskriminierung kann Gemeinschaftsrecht grundsätzlich keinen Schutz gewähren<sup>176</sup>, im Übrigen ist die Zulässigkeit eine Frage des jeweiligen nationalen Verfassungsrechts<sup>177</sup>.

Schlussendlich geht von der EuGH-Rechtsprechung eine gewisse Ausstrahlungs- und Beeinflussungswirkung auf den nationalen Gesetzgeber aus, der EuGH verübt einen mittelbaren Anpassungszwang auf die Lauterkeitsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten und es kommt zu einer negativen Rechtsangleichung<sup>178</sup> im Sinne einer – mehr oder weniger freiwilligen – Liberalisierung der mitgliedstaatlichen Lauterkeitsrechtsordnungen.

## III. Die Entscheidungen „Yves Rocher“ und „GB-Inno-BM“

Eine solche Liberalisierung war beispielsweise im deutschen Recht im Zuge der

---

<sup>176</sup> Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH sind das Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EG (jetzt Art. 18 Abs. 1 AEUV) und die Grundfreiheiten auf rein innerstaatliche Sachverhalte nicht anzuwenden; vgl. dazu *Sack*, BB 1994, 225, 235 und auch *Streinz*, Europarecht, Rn. 810 ff.

<sup>177</sup> Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG durch Inländerdiskriminierung kommt nicht in Betracht, da auch die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte beim Vergleich unterschiedlicher Regelung verschiedener Gesetzgeber nicht einschlägig sein kann; vgl. eingehend und m.w.N. *Krüger*, Die Zulässigkeit vergleichender Werbung aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, S. 164 f.

<sup>178</sup> Vgl. dazu auch *Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte, S. 84 ff.

Entscheidung „Yves Rocher“<sup>179</sup> zu beobachten, in der über die Gemeinschaftskonformität des Verbots des Eigenpreisvergleichs entschieden wurde. Das deutsche Verbot des § 6 e UWG a.F. wurde als unvereinbar mit Art. 30 EWGV (entspricht Art. 28 EG, jetzt Art. 34 AEUV) erklärt<sup>180</sup>. Da ein Festhalten an den – auch als deutsche „Exzesse“ im Bereich der irreführenden Werbung oder als Teil des „Horroralphabets“ bezeichneten<sup>181</sup> – Gefährdungsverboten der §§ 6 d und 6 e UWG a.F. zu einer nicht als gerechtfertigt erscheinenden Ungleichbehandlung geführt hätte<sup>182</sup>, wurden diese beiden Normen im Jahre 1994 vollständig aufgehoben<sup>183</sup>. Die Entscheidung „Yves Rocher“ stellte dabei an sich nur die konsequente Fortführung der vom EuGH bereits in seiner „GB-Inno-BM“-Entscheidung<sup>184</sup> aus dem Jahre 1990 begonnenen Rechtsprechung dar. Bereits damals erklärte der EuGH ein luxemburgisches Verbot von Werbung mit Eigenpreisvergleichen<sup>185</sup> für gemeinschaftsrechtswidrig. In diesem Fall ging es um Werbeprospekte, in denen ein belgischer Supermarkt mit Eigenpreisvergleichen in Form von durchgestrichenen Preisen warb. Diese Werbeprospekte wurden in Belgien und Luxemburg verteilt. Während Eigenpreisvergleiche in Belgien zulässig waren, verstießen sie gegen luxemburgisches Verordnungsrecht. Dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt, wurde das in Frage stehende luxemburgische Verbot – wie auch später die deutsche Regelung des § 6 e UWG a.F. – als nicht gerechtfertigte Beschränkung des freien Warenverkehrs für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt. Im Mai 1992 wurde die entsprechende luxemburgische Verbotsnorm aufgehoben. Luxemburg zog also bereits zwei Jahre zuvor dieselben Konsequenzen wie später auch Deutschland. Die beiden erwähnten Entscheidungen führten zu zahlreicher Kritik seitens der Literatur<sup>186</sup>. Die Vorgehensweise des EuGH und die Auswirkungen der Grundfreiheitenrechtsprechung auf das deutsche Lauterkeitsrecht wurden als „Respektlosigkeiten“<sup>187</sup> bezeichnet. Dem EuGH wurde unter anderem vorgeworfen, seine eigentliche Kontrollfunktion nationaler Regelungen überschritten zu haben und sich stattdessen auf das Gebiet der Rechtsangleichung und Rechtspolitik begeben zu haben, welche aber eigentlich dem Gemeinschaftsgesetzgeber vorbehalten

<sup>179</sup> EuGH, GRUR Int. 1993, 763 ff. – „Yves Rocher“, vgl. v.a. die Anmerkung *Lehmans* (S. 764 f.).

<sup>180</sup> S. dazu eingehend *Sack*, BB 1994, 225 ff.

<sup>181</sup> So *Schricker*, GRUR Int. 1990, 112, 115; vgl. a.a.O. auch ausführlicher zur Kritik an den §§ 6 a - e UWG a.F.

<sup>182</sup> Vgl. *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 7 Rn. 114.

<sup>183</sup> An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass die nur wenige Monate später eingeleitete „Keck-Rechtsprechung“ des EuGH die „Yves Rocher-Entscheidung“ überholte; s. dazu *Bornkamm*, FS 50 Jahre BGH, 343, 348.

<sup>184</sup> EuGH, GRUR Int. 1990, 955 ff. – „GB-Inno-BM/Confédération du commerce luxembourgeois“; vgl. dazu *Sack*, BB 1994, 225 f. und *Steindorff*, WRP 1993, 139, 148 f.

<sup>185</sup> Das luxemburgische Verbot war dem deutschen § 6 e UWG a.F. sehr ähnlich.

<sup>186</sup> *Sack*, BB 1994, 225, 236 f.; *Heermann*, WRP 1993, 578 ff.

<sup>187</sup> *Beater*, JZ 2000, 973, 975.

sein. Hierzu sei das Verfahren vor dem EuGH nicht eingerichtet, es fehle an sachverständigen Ministerien, wissenschaftlicher Diskussion und parlamentarischer Kontrolle<sup>188</sup>.

An sich handelte es sich in den beiden dargestellten Konstellationen zwar um Vorgänge nationalen Rechts und um rein mitgliedstaatliche Entscheidungen. Zumindest mittelbar ist die deutsche bzw. luxemburgische Entscheidung aber auf die Rechtsprechung des EuGH und dessen wettbewerbsliberale Linie zurückzuführen. Durch diesen Effekt, der auch als „Katalysatorwirkung“<sup>189</sup> bezeichnet wird, kommt es zu einer von Liberalisierung geprägten Angleichung der mitgliedstaatlichen Lauterkeitsrechtsordnungen.

## **B. Liberalisierung durch europäisches Sekundärrecht**

Auch im Bereich des lauterkeitsrechtlich relevanten Sekundärrechts, welches es durch die Mitgliedstaaten umzusetzen gilt, können teils erhebliche liberalisierende Auswirkungen auf den Wettbewerb in Europa festgestellt werden.

### **I. Liberalisierung durch die E-Commerce-Richtlinie**

Eine liberalisierende und deregulierende Wirkung war zum einen durch die E-Commerce-Richtlinie festzustellen. Auf lauterkeitsrechtlicher Ebene sah diese oben bereits näher dargestellte Richtlinie<sup>190</sup> vor allem Transparenzvorschriften in Form von Offenkundigkeits-, Wahrheits- und Informationsgrundsätzen vor. Eine weitergehende Angleichung der materiellen Bestimmungen im Bereich der kommerziellen Kommunikation fand allerdings nicht statt, da sich der europäische Gesetzgeber die Beseitigung von nationalen Hindernissen über das in Art. 3 RL 2000/31/EG geregelte Herkunftslandprinzip versprochen hatte.

Dieses Herkunftslandprinzip entspricht – trotz übereinstimmender Terminologie<sup>191</sup> – wohl gerade nicht dem Sendestaatsprinzip der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste. Die

---

<sup>188</sup> Sack, BB 1994, 225, 237 f.

<sup>189</sup> S. näher dazu Ahrens, Wettbewerbsrecht, Rn. 28.

<sup>190</sup> RL 2000/31/EG, näher dazu bereits oben im 1. Teil unter C. II. 2.

<sup>191</sup> Das Herkunftslandprinzip in Art. 3 Abs. 2 der E-Commerce-Richtlinie stimmt teils wortgleich mit Art. 2 a Abs. 1 der Fernsehrichtlinie bzw. der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste überein.

RL 2000/31/EG folgt nicht dem Modell der „De Agostini“-Entscheidung des EuGH<sup>192</sup>, sondern geht darüber hinaus und verfolgt einen neuen und weiteren Ansatz<sup>193</sup>. So dürfen gemäß Art. 3 Abs. 2 RL 2000/31/EG Dienste der Informationsgesellschaft nicht aus Gründen, die in den koordinierten Bereich fallen, eingeschränkt werden. Dieser „koordinierte Bereich“ ist aber sehr weit gefasst<sup>194</sup> und umfasst alle europäischen und nationalstaatlichen Regelungen, die für den Bereich der kommerziellen Kommunikation zur Anwendung kommen<sup>195</sup>. Konsequenz daraus ist, dass die Mitgliedstaaten zwar weiterhin nationales Recht anwenden können<sup>196</sup>, dass sie aber gleichzeitig einen Vergleich mit dem Recht des Herkunftslandes vornehmen müssen. Stellt sich im Zuge dieses Rechtsvergleichs heraus, dass das Herkunftsland bezüglich der Zulässigkeit der elektronischen kommerziellen Kommunikation großzügiger ist, so muss dessen Recht Vorrang eingeräumt werden<sup>197</sup>. Einzig für die im Anhang aufgelisteten Bereiche<sup>198</sup> gilt das Herkunftslandprinzip gemäß Art. 3 Abs. 3 RL 2000/31/EG nicht.

In dieser Konstellation liegt die Gefahr der Inländerdiskriminierung auf der Hand. Der Inländer muss sich an die nationalen Bestimmungen halten, während für Angehörige anderer Mitgliedstaaten das weniger strenge Recht ihres Herkunftslandes gilt. Um Ungleichbehandlungen zu vermeiden, werden die Mitgliedstaaten veranlasst, national bestehende strenge Vorschriften zu überdenken und unter Umständen abzuschaffen. Das Herkunftslandprinzip kann eine erhebliche Angleichungswirkung erzwingen und hat eine lebhaftere rechtspolitische Diskussion veranlasst. Das Prinzip wird teilweise als „Katalysator“, teilweise aber auch als Risiko für die europäische Rechtsentwicklung betrachtet<sup>199</sup>. Als Beispiel für die indirekt angleichende und deregulierende Wirkung durch das Herkunftslandprinzip dient das deutsche Zugabe- und Rabattrecht. Zwar sprachen Anfang des 21. Jahrhunderts zahlreiche Gründe wirtschaftlicher und politischer Art für die

<sup>192</sup> S. EuGH, GRUR Int. 1997, 913 ff. – „De Agostini“; vgl. so auch *Gamerith*, WRP 2003, 143, 149; anderer Ansicht und die Kontrolle gemäß der „De Agostini“-Rechtsprechung des EuGH bejahend *Micklitz* in MünchKommUWG, Band 1, EG D Rn. 62; kritisch und offen lassend *Bodewig*, GRUR Int. 2000, 475, 482.

<sup>193</sup> *Gamerith*, WRP 2003, 143, 149 bezeichnet den Ansatz als einen „signifikant anderen“.

<sup>194</sup> Vgl. die Definition in Art. 2 lit. h RL 2000/31/EG; siehe dazu bereits oben unter Fn. 124.

<sup>195</sup> *Hoeren*, MMR 1999, 192, 195.

<sup>196</sup> Die E-Commerce-Richtlinie enthält nämlich keine international privatrechtliche Regelung, vgl. Art. 1 Abs. 4 RL 2000/31/EG.

<sup>197</sup> Vgl. *Gamerith*, WRP 2003, 143, 149.

<sup>198</sup> Im Anhang aufgelistet sind das Urheberrecht, Rechte im Sinne der Halbleiterrichtlinie und der Datenbankrichtlinie, gewerbliche Schutzrechte, vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge usw.; nicht im Anhang genannt und somit vom Herkunftslandprinzip erfasst sind aber die jeweiligen nationalen Werberechte, also auch etwa das deutsche UWG.

<sup>199</sup> Ausführlich dazu *Ohly*, GRUR Int. 2001, 899, 906.

Abschaffung dieser beiden Gesetze<sup>200</sup>, den unmittelbaren Anlass aber gab die E-Commerce-Richtlinie. Bei Aufrechterhaltung der strengen deutschen Vorschriften, nach denen Rabatte (§§ 1 ff. RabattG) und Zugaben (§ 1 ZugabeVO) nicht oder nur unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig waren, wäre es zu einer gravierenden Ungleichbehandlung deutscher Anbieter gegenüber externen Diensteanbietern gekommen<sup>201</sup>. Speziell das bei seiner Abschaffung 2001 bereits fast 70 Jahre alte deutsche Rabattgesetz<sup>202</sup> wurde an Regelungstiefe und Strenge im europäischen Vergleich nicht übertroffen. Ähnliche Gesetze anderer Mitgliedstaaten waren entweder bereits liberalisiert oder gänzlich aufgehoben worden<sup>203</sup>. Nur durch die Abschaffung<sup>204</sup> der beiden in der lauterkeitsrechtlichen Literatur zahlreich und fast schon traditionell kritisierten und als überholt erachteten<sup>205</sup> Gesetze konnte der Inländerdiskriminierung begegnet und ein „für in Deutschland ansässige Unternehmen unhaltbarer Zustand“<sup>206</sup> beseitigt werden.

Einige Stimmen befürchten in diesem Zusammenhang zu Recht eine „Harmonisierung auf kaltem Wege“ und die Gefahr eines Deregulierungswettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten<sup>207</sup>. „Portugiesisches Internet-Recht schlägt deutsches Lauterkeits- oder schwedisches Verbraucherschutzrecht“, so kann die Einführung des Herkunftslandprinzips der E-Commerce-Richtlinie schlagwortartig und anschaulich zusammengefasst werden<sup>208</sup>. Der am wenigsten strenge Mitgliedstaat gewinnt und bewegt Unternehmen so möglicherweise zu einer Niederlassung in seinem Land. Die Benachteiligung kleinerer Unternehmen, für welche ein Umzug in einen Mitgliedstaat mit weniger restriktivem Recht nicht möglich ist, drängt sich an dieser Stelle ebenso auf wie die negativen Folgen einer europaweiten Verständigung auf das niedrigste und am wenigsten strenge Schutzniveau,

<sup>200</sup> Ausführlich zu den Gründen für die Abschaffung von RabattG und ZugabeVO *Lange* in *Lange/Spätgens*, Rabatte und Zugaben im Wettbewerb, S. 5 ff.; vgl. auch *Bömeke*, Wie dumm darf der Verbraucher sein?, S. 21 ff.

<sup>201</sup> Eine vergleichende Aufstellung über die Rechtslage in ausgewählten europäischen Ländern bei *Römermann/van der Moolen*, Rabatte und Zugaben, S. 180 ff.; dazu auch eingehend *Bodewig/Henning-Bodewig*, WRP 2000, 1341 ff.

<sup>202</sup> Das RabattG trat am 25.11.1933 in Kraft, zur Aufhebung kam es durch Gesetz vom 25.07.2001; ausführlich zur geschichtlichen Entwicklung *Römermann/van der Moolen*, Rabatte und Zugaben, S. 17 ff. und S. 36 ff.

<sup>203</sup> *Bodewig/Henning-Bodewig*, WRP 2000, 1341, 1365.

<sup>204</sup> Zu den Auswirkungen dieser Aufhebung eingehend *Berlit*, WRP 2001, 349 ff.

<sup>205</sup> Das RabattG und die ZugabeVO waren bereits seit langem und zahlreich kritisiert worden, vgl. schon *Ulmer*, GRUR Int. 1983, 611, 617; *Lehmann*, GRUR 1978, 377, 377 und *Schricker*, GRUR 1977, 646, 646; die Abschaffung in neuerer Zeit und unter gemeinschaftsrechtlichem Gesichtspunkt befürwortend: *Bodewig/Henning-Bodewig*, WRP 2000, 1341, 1365; *Meyer*, GRUR 2001, 98 ff.; a.A. *Kisseler*, WRP 1975, 129 ff. und *ders.* auch GRUR 1995, 73, 78.

<sup>206</sup> So *Berlit*, WRP 2001, 349, 350.

<sup>207</sup> So *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885, 886.

<sup>208</sup> Vgl. *Hoeren*, MMR 1999, 192, 194.

dem Phänomen des so genannten „race to the bottom“<sup>209</sup>.

## II. Liberalisierung durch den Grundsatz der Zulässigkeit vergleichender Werbung

Des Weiteren kann eine sekundärrechtlich bedingte Liberalisierung durch den seitens der EU festgelegten Grundsatz der Zulässigkeit vergleichender Werbung festgestellt werden, der durch die Richtlinie 2006/114/EG normiert wird. Da die Richtlinie über irreführenden und vergleichende Werbung – wie aus den Erwägungsgründen und aus Art. 8 Unterabs. 2 hervorgeht – eine Vollharmonisierung anstrebt<sup>210</sup>, konnten bestehende generelle Verbote vergleichender Werbung nicht weiter aufrechterhalten werden. Vor Erlass der sekundärrechtlichen Regelung war in der Europäischen Union eine zersplitterte Rechtslage in diesem Bereich festzustellen<sup>211</sup>, fast alle erdenklichen Modelle waren vertreten worden<sup>212</sup>.

Anders als im Bereich der irreführenden Werbung, ging es bei der vergleichenden Werbung nicht um die Anhebung des Schutzniveaus und auch nicht nur um die Angleichung der mitgliedstaatlichen Vorschriften, sondern vielmehr um die Liberalisierung einer für nützlich gehaltenen Werbeform<sup>213</sup> – nützlich nicht nur für den Werbenden, dem dadurch neue Werbemöglichkeiten eröffnet wurden, sondern genauso nützlich auch im Interesse der Verbraucher, die durch die Aufhebung des Verbots mit größerer Markttransparenz, besserem Preisvergleich und mehr Entscheidungshilfen rechnen konnten. Daneben wurde eine Belebung des Wettbewerbs im Interesse der Verbraucher erwartet<sup>214</sup>.

### 1. Liberalisierung des deutschen Rechts im Bereich der vergleichenden Werbung

Jahrzehntelang sah man vergleichende Werbung in Deutschland – von wenigen Ausnahmen abgesehen<sup>215</sup> – als anmaßend und sittenwidrig und wegen Verstoßes gegen § 1

<sup>209</sup> Vgl. dazu *Henning-Bodewig*, WRP 2000, 886, 887; *Fritze/Holzbach*, WRP 2000, 872, 875 und *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885, 886.

<sup>210</sup> Vgl. EuGH, GRUR 2003, 533, 536, Rn. 43 f. – „Pippig Augenoptik / Hartlauer“.

<sup>211</sup> Vgl. ErwGr. 2 der RL 2006/114/EG.

<sup>212</sup> Länder wie Belgien und Luxemburg gingen von einem grundsätzlichen Verbot aus, während etwa Großbritannien, Irland und Dänemark die grundsätzliche Zulässigkeit vergleichender Werbung annahmen.

<sup>213</sup> Vgl. *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 1999, 385, 386; *dies.*, WRP 2001, 771, 773.

<sup>214</sup> *Scherer*, WRP 2001, 89, 90.

<sup>215</sup> Vergleichende Werbung war zugelassen beim Abwehrvergleich (zur Richtigstellung eines unwahren

UWG a.F. als grundsätzlich unlauter an<sup>216</sup>.

Im Zuge der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung musste dieser in Deutschland geltende Verbotsgrundsatz aufgegeben und durch ein – wenn auch abgeschwächtes – Zulässigkeitsgebot ersetzt werden. Sind im Einzelfall die Voraussetzungen des umfangreichen Kriterienkatalogs des Art. 4 RL 2006/114/EG kumulativ erfüllt, so ist vergleichende Werbung grundsätzlich zulässig. Der bisher erforderliche hinreichende Anlass und die Voraussetzungen der Erforderlichkeit und Notwendigkeit im Bereich der vergleichenden Werbung waren damit überholt<sup>217</sup>. Bereits vor der Richtlinienumsetzung ins deutsche Recht kam es zu einem „methodisch kühnen Schritt“<sup>218</sup> des BGH, welcher die Richtlinie vorgeiflich durch Richterrecht umsetzte<sup>219</sup>. Schließlich blieb es allerdings nicht bei dieser rein richterrechtlichen Umsetzung. Im September 2000 wurde die Richtlinie vielmehr durch den deutschen Gesetzgeber als § 2 UWG a.F. bzw. § 6 UWG in das nationale Recht umgesetzt<sup>220</sup>.

## 2. Relativierung des Grundsatzes der Zulässigkeit durch den umfangreichen Katalog des Art. 4 RL 2006/114/EG

Die anfängliche Begeisterung vor allem seitens wettbewerbsintensiver Märkte – etwa im

---

Vergleichs dienend), beim Systemvergleich, beim Fortschrittsvergleich (bei dem die Fortschrittlichkeit verschiedener Produkte gegenübergestellt wird) oder beim Auskunftsvergleich (Vergleich auf Verlangen der Marktgegenseite). In diesen Ausnahmefällen musste außerdem auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden; vgl. dazu *Nordmann*, GRUR Int. 2002, 297, 297.

<sup>216</sup> „Ein (...) durch Vergleichung angemäßtes Richteramt in eigener Sache fällt aus dem Rahmen eines ordnungsmäßigen Wettbewerbs heraus.“ so schon das RG in der „Hellegold“-Entscheidung vom 6. Oktober 1931, GRUR Kurzausgabe 1930-1944, Band 1, 1299, 1301; ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung *Kebedies*, Vergleichende Werbung, S. 66 ff.; die rechtliche Beurteilung vergleichender Werbung in Deutschland vor Erlass der Richtlinie teilt *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 6 Rn. 2 in 4 Entwicklungsphasen auf, wobei sich in der dritten und vor allem vierten Phase (1990er-Jahre) bereits eine Liberalisierung des deutschen Rechts zur vergleichenden Werbung anbahnte.

<sup>217</sup> *Menke*, WRP 1998, 811, 815.

<sup>218</sup> So bezeichnet von *Ohly*, Anmerkung zum BGH-Urteil „Testpreis-Angebot“, GRUR 1998, 828, 828; der BGH selbst rechtfertigte seine Vorgehensweise damit, dass es seinerseits gegen die guten Sitten verstoße, eine vom europäischen Gesetzgeber als (ohne Spielraum seitens der Mitgliedstaaten) zulässig anerkannte Werbeform als sittenwidrig nach § 1 UWG (a.F.) zu beurteilen, vgl. BGH, GRUR 1998, 824, 827 – „Testpreisangebot“; näher dazu und der Ansicht des BGH zustimmend *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 1999, 385, 389.

<sup>219</sup> BGH, WRP 1998, 718 ff. – „Testpreisangebot“; bestätigt durch BGH, WRP 1998, 1065, 1067 – „Preisvergleichsliste II“ und durch BGH, GRUR Int. 1999, 453, 454 – „Vergleichen Sie“; hier griff der BGH dem Bundesgesetzgeber vor, die aufgeführten Urteile wurden bereits vor Richtlinienumsetzung und auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist (April 2000) erlassen. Diesen Vorgriff rechtfertigte der BGH v.a. damit, dass dem deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung ohnehin nur ein geringer Gestaltungsspielraum zugestanden hätte, s. dazu BGH, GRUR 1998, 824, 826 f. – „Testpreisangebot“.

<sup>220</sup> Aus europarechtlicher Sicht wäre eine bloße Umsetzung durch Richterrecht im Falle der vergleichenden Werbung wohl möglich und zulässig gewesen, doch aus rechtspolitischen Gründen – und um Rechtsklarheit zu schaffen – kam es gleichwohl zu einem Umsetzungs-gesetz; vgl. näher dazu *Ohly*, Anmerkung zum BGH-Urteil „Testpreisangebot“, GRUR 1998, 828, 829.

Bereich der Telekommunikation oder der Autovermietung – über das neue Werbekommunikationsinstrument der vergleichenden Werbung, hatte sich mit der Zeit gelegt. Man realisierte schnell, dass die erwartete Liberalisierung und eine teils erhoffte und teils befürchtete Revolution ausbleiben würden<sup>221</sup>. Schon früh wurde die Annahme, vergleichende Werbung sei nunmehr schlichtweg zulässig als Irrtum bezeichnet<sup>222</sup>. Zwar drehte der Gemeinschaftsgesetzgeber im Bereich der vergleichenden Werbung das bisher zumindest in Deutschland geltende Regel-Ausnahme-Prinzip um und macht aus dem ehemals grundsätzlichen Verbot mit Ausnahmeverbehalt eine grundsätzliche Zulässigkeit. Dennoch wird der Neuregelung teilweise lediglich ein psychologischer Effekt zugesprochen. Es handele sich um eine reine Akzentverschiebung, in deren Zusammenhang davor gewarnt sei, unkritisch von einer weitgehenden Liberalisierung auszugehen<sup>223</sup>. Der tatsächliche Liberalisierungseffekt sei nämlich erheblich relativiert durch den umfangreichen Kriterienkatalog, den zulässige vergleichende Werbung kumulativ erfüllen muss, vgl. Art. 4 RL 2006/114/EG bzw. § 6 UWG<sup>224</sup>.

Trotz berechtigter Kritik an diesen wohl zu eng geratenen Grenzen zulässiger vergleichender Werbung, irrt derjenige, der glaubt, man könne auch künftig vergleichende Werbung im Wege der Auslegung größtenteils als unzulässig betrachten und ausschalten<sup>225</sup>. Ein solches Vorgehen widerspräche dem Willen des europäischen Gesetzgebers. Auch und gerade die Gegner vergleichender Werbung werden durch die RL 2006/114/EG und durch die Entscheidung für die grundsätzliche Zulässigkeit vergleichender Werbung in der Europäischen Union zu einer wohlwollenden und liberaleren Behandlung dieser Werbeform gezwungen.

### **C. Liberalisierung durch das europäische Verbraucherleitbild**

Die Liberalisierungsentwicklung des Wettbewerbs in Europa basiert nicht zuletzt auf der zentralen Weichenstellung des EuGH im Zusammenhang mit dem europäischen Verbraucherleitbild.

<sup>221</sup> Menke, WRP 1998, 811, 825; Tilmann, GRUR 1997, 790, 798; Gloy/Bruhn, GRUR 1998, 226, 239.

<sup>222</sup> So Tilmann, GRUR 1997, 790, 799.

<sup>223</sup> Ohly, Anmerkung zum BGH-Urteil „Testpreis-Angebot“, GRUR 1998, 828, 830.

<sup>224</sup> Wohl a. A. Kebedies, Vergleichende Werbung, S. 263 und S. 271, die auf den eingeführten Zulässigkeitsgrundsatz stützend insgesamt von einer liberalisierenden Wirkung der Richtlinie ausgeht.

<sup>225</sup> Vgl. Menke, WRP 1998, 811, 825.

Wenn das geltende Recht vor Irreführung schützt, so kommt man nicht umhin, festzulegen, unter welchen Voraussetzungen eine Irreführung anzunehmen ist. Im Zuge dieser Beurteilung muss der Verbraucher als Schutzsubjekt näher bestimmt werden. Da manche Menschen nur sehr schwer, andere hingegen äußerst leicht irreführt werden können, ist an dieser Stelle die Bildung eines einheitlichen und zentralen Maßstabes unabdingbar<sup>226</sup>. Das Verkehrsverständnis muss ermittelt werden, um die Reichweite des Verbraucherschutzes und die Strenge der Anforderungen an Werbe- und Marketingmaßnahmen näher bestimmen zu können<sup>227</sup>.

## **I. Das Verbraucherleitbild des EuGH**

Bereits im Jahre 1995 verwendete der EuGH den Begriff des „verständigen“ Verbrauchers.

### **1. Die „Mars“-Entscheidung des EuGH**

In der damaligen Entscheidung<sup>228</sup> ging es um die Verpackung eines Eiskremriegels, welche den Aufdruck „+ 10 %“ trug. Dieser farbige Aufdruck, der auf die entsprechende Vergrößerung des Riegels hinwies, machte aber weit mehr als ein Zehntel der Gesamtfläche der Verpackung aus. Dies hatte ein Wettbewerbsverband beanstandet, es wurde Irreführung geltend gemacht. Der EuGH verneinte gleichwohl eine Irreführungseignung, 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 einer Erhöhung nicht notwendig ein Zusammenhang besteht“<sup>229</sup>.

### **2. Der Maßstab des Schutzniveaus in Europa – das relevante Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers**

Endgültige Klarheit hinsichtlich des EU-Verbraucherleitbildes herrscht seit der Entscheidung „Gut Springenheide“ des EuGH aus dem Jahre 1998<sup>230</sup>. Das BVerwG hatte

---

<sup>226</sup> *Beater*, GRUR Int. 2000, 963, 964.

<sup>227</sup> *Wiebe*, WRP 2002, 283, 287.

<sup>228</sup> EuGH, WRP 1995, 677, 678 – „Mars“; eingehend dazu *Fezer*, WRP 1995, 671 ff.

<sup>229</sup> EuGH, WRP 1995, 677, 679 – „Mars“.

<sup>230</sup> EuGH, WRP 1998, 848, 851 – „Gut Springenheide“; vgl. dazu näher *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 131 ff.

bezüglich des Irreführungsverbot in der Vermarktungsordnung für Eier<sup>231</sup> vorgelegt. Durch den EuGH war zu klären, ob die Bezeichnung „6-Korn-Eier“ irreführend ist, wenn tatsächlich nur 60 % der Futtermischung für die Legehennen aus hochwertigem 6-Korn-Futter besteht. Die Frage, ob eine Irreführung zu bejahen ist, wurde dabei vom EuGH nicht nach empirischen Gesichtspunkten beurteilt, sondern rein normativ. Der normative Maßstab ist die Auffassung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers. Außerdem wurde festgelegt, dass der nationale Richter diese Frage ohne eine Verbraucherbefragung beantworten kann. Falls das Gericht außerstande ist, so stehe das Gemeinschaftsrecht aber auch einer empirischen Überprüfung im Wege eines Sachverständigengutachtens oder einer Verbraucherbefragung nicht entgegen<sup>232</sup>.

Seither geht der EuGH in ständiger Rechtsprechung<sup>233</sup> von diesem Leitbild aus, das sich an der Rolle des Verbrauchers in einer offenen Marktwirtschaft mit wirksamem Wettbewerb orientiert<sup>234</sup>. Er stellt nicht nur im Bereich der Irreführung, sondern auch im Bereich des Kennzeichenrechts auf das EU-Verbraucherleitbild ab<sup>235</sup>. Die Frage, ob im Rahmen dieses Leitbildes das Adverb „durchschnittlich“ in der unzählig wiederholten Formel auf alle drei Adjektive oder nur auf „informiert“ zu beziehen ist, kann mit Blick auf andere Sprachfassungen geklärt werden<sup>236</sup>. So spricht die englische Fassung von „reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect“ und die französische Variante von „normalement informé et raisonnablement attentif et avisé“. Daraus ist zu schließen, dass der Durchschnittsverbraucher nicht etwa ein besonders aufmerksamer und gründlicher Idealverbraucher ist. Für die Beurteilung einer Irreführungsfahr kommt es vielmehr auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und durchschnittlich verständigen Verbrauchers an, der aufgrund ausreichender Information in der Lage sein muss, seine Entscheidung frei auf dem Markt zu treffen. Auch bezüglich der Aufmerksamkeit und Verständigkeit ist also ein nur

<sup>231</sup> VO (EWG) Nr. 1907/90 des Rates vom 16.6.1990 über bestimmte Vermarktungsnormen für Eier.

<sup>232</sup> Als Paradebeispiel für eine solche mangelnde eigene Sachkunde des Gerichts nennt *Scherer*, WRP 1999, 991, 992 „Arzt- und Bauhaftungsprozesse, in denen es dem Gericht häufig an den nötigen bautechnischen und medizinischen Kenntnissen mangelt“.

<sup>233</sup> Vgl. nur EuGH, WRP 1999, 307 – „Sektellerei Kessler“; EuGH, WRP 2000, 289, 292 – „Lifting“; EuGH, WRP 2000, 489, 491 – „Darbo“; vgl. näher zur Entscheidung „Darbo“ bei *Leible/Sosnitzka*, WRP 2000, 610 ff.

<sup>234</sup> *Fezer*, WRP 2001, 989, 992.

<sup>235</sup> Vgl. *Scherer*, GRUR 2000, 273, 275; *Fezer*, WRP 2001, 989, 992; im Ansatz schon *Teplitzky*, GRUR 1996, 1, 5; vgl. auch EuGH, GRUR Int. 2007, 718 ff. – „Alcon ./.. HABM“ und die markenrechtliche Unterscheidungskraft betreffend: EuGH, GRUR 2003, 514, 517 (Rn. 41) – „Linde“.

<sup>236</sup> Vgl. *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rn. 1.48.

durchschnittliches Niveau zugrunde zu legen<sup>237</sup>. Fehlvorstellungen, die schlichtweg auf einer flüchtigen Wahrnehmung beruhen, hat der Verbraucher im Zuge dieses Leitbildes selbst zu tragen, sie können eine rechtlich relevante Irreführung nicht begründen. Vereinzelt kritischen Äußerungen zum Verbraucherleitbild seitens der Literatur<sup>238</sup> kann grundsätzlich entgegengehalten werden, dass in der Situation einer notwendigen Generalisierung kein Leitbild vollumfänglich und aus jedem Blickwinkel heraus zufrieden stellen kann<sup>239</sup>.

## II. Die Angleichungs- und Liberalisierungswirkung des europäischen Verbraucherleitbildes

Aufgrund des Vorrangs und der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts müssen die nationalen Gerichte Gemeinschaftsrecht berücksichtigen<sup>240</sup>. Dem europäischen Verbraucherleitbild wird in diesem Zusammenhang teils sogar ausdrücklich primärrechtlicher Status anerkannt<sup>241</sup>.

### 1. Entwicklungen des Standards in Deutschland

Dem europäischen Verbraucherleitbild diametral entgegenstehend folgten die deutschen Gerichte früher noch dem Verständnis des flüchtigen und unkritischen Verbrauchers, der die entscheidende Größe bei der Beurteilung einer Irreführung darstellte<sup>242</sup>. In ständiger Rechtsprechung ging der BGH grundsätzlich von einer empirischen Feststellung aus, im Zuge derer alleine die Verkehrsauffassung, also das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verbraucher, von Relevanz war. Mit der als maßgeblich angesehenen Irreführungsquote von nur 10 - 15 %<sup>243</sup> reichte dabei schon die Irreführung eines nicht völlig unerheblichen Teils der Bevölkerung aus. Dies führte zu einem äußerst hohen

<sup>237</sup> *Bornkamm*, FS 50 Jahre BGH, 343, 361; *Sack*, WRP 1999, 399, 400; *Spätgens*, WRP 2000, 1023, 1027; a.A. *Ackermann*, WRP 2000, 807, 809.

<sup>238</sup> Es wird etwa vorgebracht, der EuGH habe sein Verbraucherleitbild noch nicht einmal wirklich begründet, vgl. *Schweizer*, GRUR 2000, 923, 924, m.w.N. 930 (Fn.73). Vgl. zu den positiven und negativen Stimmen zum EU-Verbraucherleitbild in der deutschen Literatur *Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, S. 74 f.

<sup>239</sup> So auch *Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, S. 93.

<sup>240</sup> Erstmals hat der EuGH diesen Grundsatz in seiner Entscheidung „*COSTA/E.N.E.L.*“ betont, vgl. NJW 1964, 2371, 2372 – „*Costa/E.N.E.L.*“; s. dazu auch *Erdmann/Melullis*, FS 50 Jahre BGH, 315 ff.

<sup>241</sup> So *Martin-Ehlers*, Die Irreführungsverbote des UWG im Spannungsfeld des freien europäischen Warenverkehrs, S. 91 ff., v.a. S. 99.

<sup>242</sup> So etwa noch BGH, GRUR 1960, 567, 569 – „*Kunstglas*“ und BGH, GRUR 1966, 515, 516 – „*Kukident*“.

<sup>243</sup> Vgl. BGH, GRUR 1979, 716, 718 – „*Kontinent Möbel*“; BGH, GRUR 1981, 71, 74 – „*Lübecker Marzipan*“ und BGH, GRUR 1992, 66, 68 – „*Königl.-Bayerische Weisse*“.

Schutzniveau, was Deutschland immer wieder Spott und Hohn einbrachte. Das deutsche Recht orientiere sich am „Leitbild eines absolut unmündigen, fast schon pathologisch dummen und fahrlässig unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“, so wurde die deutsche Rechtsprechung von dem Angeklagten *Karl Prantl* vor dem EuGH attackiert<sup>244</sup>. Sachlich betrachtet ist festzustellen, dass übertriebener Verbraucherschutz schnell in Wettbewerbsbeschränkungen umschlägt. Wenn einer vermeintlichen Irreführung wegen bestimmte Verkaufspraktiken vorschnell und übereifrig verboten werden, so schränkt dies nicht nur der Spielraum für Unternehmen, sondern damit zusammenhängend auch das Informationsangebot für Verbraucher ein, von Verbraucherschutz kann demnach nur mehr bedingt gesprochen werden. Auch um wirtschaftlich konkurrenzfähig zu bleiben, flexibler am modernen Wirtschaftsleben teilhaben zu können, um außerdem Rechtssicherheit zu gewähren und Rechtsspaltung zu vermeiden, wurde schon früh ein Umdenken und eine großzügigere Auslegung im Zusammenhang mit dem deutschen Verbraucherleitbild gefordert<sup>245</sup>.

Mit der Entscheidung „Orient-Teppichmuster“<sup>246</sup> vom 20. Oktober 1999 änderte der BGH schließlich seine Rechtsprechung, der Durchschnittsverbraucher wird seither auch von den deutschen Gerichten nach dem europäischen Leitbild ausgelegt. Der BGH hat verdeutlicht, dass auch im Bereich des autonomen deutschen Rechts auf den durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher abgestellt wird, der die der Situation angemessene Aufmerksamkeit an den Tag legt<sup>247</sup>. Durch Europa angetrieben war der BGH gewillt, seinen alten und viel kritisierten Standard abzubauen und stattdessen einem moderneren Verständnis und einem dem europäischen Standard entsprechenden Verbraucherleitbild zu folgen. In seiner Entscheidung „Elternbriefe“<sup>248</sup> näherte sich der BGH auch dem normativen Verständnis des EuGH an. Die Rechtsprechung folgte seither mehr und mehr dieser normativen Bestimmung relevanter Irreführung und richtete sich nicht mehr an der empirischen Irreführungsquote aus<sup>249</sup>. Vor allem aus Gründen der

<sup>244</sup> So im Vorlageverfahren „Bocksbeutel“, EuGH, GRUR Int. 291, 293; vgl. auch *Bornkamm*, FS 50 Jahre BGH, 343, 355.

<sup>245</sup> *Keilholz*, GRUR Int. 1987, 390, 394; *Koch*, WRP 1989, 553, 555; *Sosnitza*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, S. 201 ff.; *Scherer*, WRP 1999, 991, 993.

<sup>246</sup> BGH, WRP 2000, 517 ff. – „Orient-Teppichmuster“.

<sup>247</sup> Vgl. BGH, GRUR 2003, 163, 164 – „Computerwerbung II“; BGH, GRUR 2003, 247, 248 – „THERMAL BAD“; BGH, GRUR 2003, 361, 362 – „Sparvorwahl“; BGH, GRUR 2004, 162, 163 – „Mindestverzinsung“; BGH, GRUR 2004, 244, 245 – „Marktführerschaft“.

<sup>248</sup> BGH, GRUR 2002, 550, 552 – „Elternbriefe“.

<sup>249</sup> BGH, WRP 2004, 339, 341 – „Marktführerschaft“; BGH, WRP 2004, 345, 347 – „Umgekehrte Versteigerung im Internet“; LG Hamburg, WRP 2007, 571, 572 – „Gepäckgebühr“.

Rechtssicherheit und der ausgewogenen Risikoverteilung ist dieser normative Weg der empirischen Feststellung vorzuziehen. Schon vor der Vornahme einer bestimmten Handlung muss feststellbar sein, ob diese Handlung den Geboten des geltenden Rechts entspricht oder nicht, nur so kann Rechtssicherheit in einer Art gewährt werden, die den rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. Die demnach erforderliche ex ante-Beurteilung ist nur bei einer Rechtmäßigkeitsfeststellung anhand feststehender objektiver Kriterien möglich. Eine empirische Feststellung ist denknotwendig aber nur ex post möglich, da hier das tatsächliche und erst im Nachhinein feststellbare Verständnis der angesprochenen Verbraucher maßgeblich ist. Weiterer Nachteil der empirischen Feststellungsmethode ist die alleine dem Werbenden anlastende Gefahr, dass seine Werbung vom Verbraucher missverstanden wird. Der Verbraucher selbst lebt ohne jedes Risiko, seine Fehlvorstellungen – egal welcher Art – werden grundsätzlich für schutzwürdig erklärt. Diese unausgewogene Risikoverteilung und die pauschale Schutzwürdigkeit ist nicht nachvollziehbar und auch mit dem Verbraucherschutzgedanken nicht mehr zu rechtfertigen. Nur der normative Weg genügt dem Gebot der Rechtssicherheit und der ausgewogenen Risikoverteilung<sup>250</sup>.

## 2. Entwicklungen des Standards in Europa

Neben dem von Europa ausgehenden Harmonisierungsdruck<sup>251</sup> sprachen die erwähnten Gesichtspunkte der Rechtseinheitlichkeit und der damit einhergehenden Rechtssicherheit aus mitgliedstaatlicher Sicht dafür, auch im Bereich des jeweiligen autonomen nationalen Rechts<sup>252</sup> dem europäischen Verbraucherleitbild zu folgen, um so eine wünschenswerte Verzahnung von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht zu erreichen. Es lag auf der Hand, dass das Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes nicht erreicht werden könnte, solange für rein nationale Sachverhalte ein strengerer lauterkeitsrechtlicher Maßstab galt<sup>253</sup>. Das vom EuGH herausgebildete normative Verbraucherleitbild hat so indirekt zu einer Angleichung der unterschiedlichen Irreführungsstandards in den Mitgliedstaaten beigetragen<sup>254</sup>. In Niedrigstandardländern, wie etwa Italien, verursachte das EU-Verbraucherleitbild eine Anhebung des Verbotsniveaus. Vor allem aber das strenge

---

<sup>250</sup> Vgl. *Scherer*, WRP 1999, 991, 995.

<sup>251</sup> Vgl. dazu m.w.N. *Groeschke/Kiethe*, WRP 2001, 230, 230.

<sup>252</sup> Also der Bereich, der nicht gemeinschaftsrechtliche oder auf EU-Richtlinien zurückgehende Irreführungsverbote betrifft.

<sup>253</sup> M.w.N. *Sosnitza*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, S. 203.

<sup>254</sup> *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2002, 389, 393.

deutsche und auch das österreichische Recht wurden deutlich abgemildert, im Zuge der Angleichung war hier eine spürbare liberalisierende Wirkung auf die Auslegung und Ausrichtung des nationalen Rechts zu beobachten<sup>255</sup>. Ein flüchtiger und unkritischer Verbraucher<sup>256</sup> kann nicht mehr als Maßstab für eine Irreführung dienen<sup>257</sup>, denn übertriebener Verbraucherschutz schlägt schnell um in Wettbewerbsbeschränkung und begrenzt den Spielraum für Unternehmer und gleichzeitig auch das Informationsangebot für Verbraucher. Eben das soll auf dem europäischen Binnenmarkt verhindert werden.

## D. Zusammenfassung

Wie die Ausführungen gezeigt haben, hat das europäische Lauterkeitsrecht im Wege der mittelbaren Angleichungswirkung durch die Rechtsprechung des EuGH genauso wie durch sekundärrechtliche Regelungen und nicht zuletzt durch die Festlegung des europäischen Verbraucherleitbildes eine deutliche Liberalisierung erfahren. Wie am Beispiel Deutschlands dargestellt, können als Beweis hierfür die Gesetzesänderungen in den nationalen Rechtsordnungen und auch die geänderte und an die liberale Entwicklung angepasste nationale Rechtsprechung dienen. Wenn auch nur die markantesten Beispiele der Liberalisierungsentwicklung dargestellt werden konnten und dem Anspruch auf Vollständigkeit – dem hier angemessenen Rahmen entsprechend – nicht gerecht werden konnte, so wurde gleichwohl deutlich, dass die EU im Bereich des Lauterkeitsrecht bisher gewissermaßen als Motor der Liberalisierung fungierte. Die Frage, ob diese bisherige von Liberalisierung geprägte Tendenz auch im Rahmen der aktuellen EU-lauterkeitsrechtlichen Entwicklungen festzustellen ist, wird Thema des folgenden und ganz zentralen 3. Teils der Ausführungen sein.

---

<sup>255</sup> Vgl. dazu die Auflistung der verschiedenen nationalen Schutzstandards bei *Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, S. 240 ff. (bzgl. Italien).

<sup>256</sup> So noch der Schutzmaßstab nach BGH, GRUR 1960, 567, 569 – „Kunstglas“ und etwa auch BGH, GRUR 1966, 515, 516 – „Kukident“.

<sup>257</sup> Zum alten deutschen Verständnis wurde zahlreich Kritik erhoben und ein Umdenken gefordert, vgl. *Keilholz*, GRUR Int. 1987, 390, 394; *Koch*, WRP 1989, 553, 555; *Sosnitza*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, S. 201 ff.; *Scherer*, WRP 1999, 991, 993.

### 3. TEIL:

## AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IM EUROPÄISCHEN LAUTERKEITSRECHT – RESTRIKTIONEN DURCH DIE RICHTLINIE ÜBER UNLAUTERE GESCHÄFTSPRAKTIKEN?

Die aktuellen Entwicklungen im Bereich des europäischen Lauterkeitsrechts finden ihren Dreh- und Angelpunkt in der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, welche die zentrale Grundnorm des europäischen Lauterkeitsrechts darstellt<sup>258</sup>. Mit Erlass dieses „sekundärrechtlichen Meilensteins“ läutete der Gemeinschaftsgesetzgeber eine neue Ära des Lauterkeitsrechts auf EU-Ebene ein. Noch in den 1990er-Jahren hätte die Fachwelt eine solche vollharmonisierende Richtlinie mit einer gemeinschaftsweit geltenden Generalklausel für unvorstellbar gehalten. Wenn auch der Anwendungsbereich der RLUGP auf das Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern beschränkt ist und sich ein umfassender Ansatz nicht durchsetzen konnte<sup>259</sup>, so ist in diesem B2C-Bereich gleichwohl eine vollständige Rechtsangleichung vorgesehen. Einzig durch die Übergangsklausel des Art. 3 Abs. 5 RLUGP kommt es zu einer zeitlichen Aufschiebung der Maximalharmonisierung<sup>260</sup>. Da die nationalen Rechtsordnungen im harmonisierten Bereich weder hinter der Richtlinie zurückbleiben noch über sie hinausgehen dürfen, stellt die Umsetzung keine leichte „Hausaufgabe“ für die Mitgliedstaaten dar. Seit dem Ablauf

---

<sup>258</sup> Röttinger in Wiebe/G. Kodek, UWG, Einleitung Rn. 89.

<sup>259</sup> Ein umfassender Ansatz konnte sich nicht zuletzt aufgrund der „unglücklichen Kompetenzverteilung“ auf europäischer Ebene zwischen der GD Binnenmarkt und der GD Sanco durchsetzen, vgl. *Sosnitza* in MünchKommUWG, Band 1, § 3 Rn. 19. Man beachte in diesem Zusammenhang aber die ErwGr. 6 und 8 RLUGP, die zumindest betonen, dass unlauteres Verhalten ggü. Verbrauchern mittelbar auch die Interessen der Mitbewerber schädigt. Die Richtlinie „schützt somit auch, aber auch nur mittelbar rechtmäßig handelnde Unternehmer vor Mitbewerbern, die sich nicht an die Regeln der UGP-RL halten“, so betont dies *Fezer* in Fezer, UWG, Band 1, Einleitung E Rn. 124.

<sup>260</sup> Danach dürfen für einen Zeitraum von 8 Jahren nach Inkrafttreten der RLUGP restriktivere oder strengere nationale Vorschriften beibehalten werden, die zur Umsetzung von Richtlinien erlassen wurden und Klauseln über eine Mindestangleichung enthalten. Außerdem müssen derartige Maßnahmen unbedingt erforderlich sein, um sicherzustellen, dass geeigneter und verhältnismäßiger Verbraucherschutz besteht.

der Umsetzungsfrist am 12. Juni 2007<sup>261</sup> muss das nationale Recht jedenfalls richtlinienkonform ausgelegt werden. Unternehmer und Verbraucher sollen sich darauf verlassen können, dass im Anwendungsbereich der Richtlinie gemeinschaftsweit gleiche Regeln gelten. Vor allem in solchen Mitgliedstaaten, die sich für eine eher passive Umsetzung der RLUGP entschieden haben<sup>262</sup> – deren Rechtsordnungen im Zuge der Richtlinienumsetzung also nur um das im Rahmen von Art. 249 Abs. 3 EG (jetzt Art. 288 Abs. 3 AEUV) erforderliche Maß geändert wurden –, besteht die Pflicht, bei der Lauterkeitsbeurteilung immerzu die Vorgaben der RLUGP zu beachten. Gedanklich muss das nationale Recht in der einen Hand und parallel dazu die vollharmonisierende Lauterkeitsrichtlinie in der anderen Hand gehalten werden. Um Verstöße gegen geltendes Europarecht zu vermeiden und im Hinblick auf das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung, tut der Rechtsanwender nicht schlecht daran, dies in der Praxis tatsächlich so zu handhaben.

Die lauterkeitsrechtliche Fachliteratur beschäftigte sich bereits zahlreich mit dieser außerordentlich bedeutenden Neuerung im Bereich des europäischen Lauterkeitsrechts und es lässt sich unschwer prophezeien, dass diese Diskussionen auch anhalten werden. Eine sekundärrechtliche Vorgabe dieser Größenordnung bedarf der Stellungnahmen und des Austauschs in der Fachliteratur und einer Beschäftigung durch die Gerichte, um möglichst zeitnah Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu schaffen, wenn auch endgültige Klarheit an vielen Stellen wohl erst durch die Rechtsprechung des EuGH entstehen wird. Aus der jeweiligen mitgliedstaatlichen Sicht führte die Art und Weise der nationalen Richtlinienumsetzung zu Diskussionsstoff. Während die RLUGP mit ihrem Ansatz, das Lauterkeitsrecht auf europäischer Ebene im Wege der Vollharmonisierung anzugleichen, grundsätzlich auf breiter Basis begrüßt wird, verübt man vor allem am Richtlinienanhang 1, der so genannten „schwarzen Liste“ oder „black list“, sowie an der Begrenzung des Anwendungsbereichs der RLUGP Kritik. Diskussionsstoff birgt unter anderem auch die Frage nach der aus der RLUGP abzuleitenden Tendenz des Lauterkeitsrechts auf europäischer Ebene in sich. Namentlich geht es um die Frage, ob die bisher zu beobachtende und im zweiten Teil der Ausführungen dargestellte

<sup>261</sup> Die Richtlinie ist am 12. Juni 2005 in Kraft getreten, gem. Art. 19 Abs. 1 S. 1 RLUGP endete die Umsetzungsfrist zwei Jahre später.

<sup>262</sup> Auch der deutsche Gesetzgeber ging eher passiv vor. Mit der UWG-Novelle von 2008 entschied man sich für eine „schlanke“ Umsetzung“ der RLUGP, vgl. Köhler, WRP 2009, 109, 117. Ähnlich Fezer in Fezer, UWG, Band 1, Einleitung E, Rn. 114, der auch die zunächst favorisierte Minimallösung erwähnt, diese a.a.O. allerdings als nachträglich „zumindest in Stücken wieder zurückgenommen“ bezeichnet.

Liberalisierungsentwicklung durch die RLUGP bestätigt und bekräftigt wird oder ob hingegen ein Stillstand derselben zu beobachten ist und ob die Lauterkeitsrichtlinie nicht vielmehr zu Restriktionen für den Wettbewerb führt. Diese Frage gilt es nachfolgend intensiv zu untersuchen.

### **A. Regulierungsintensität der Richtlinie – Regulierung gleich Restriktion?**

In insgesamt 21 Artikeln und 2 Anhängen regelt die RLUGP die Vollharmonisierung des B2C-Bereichs. Nach der Festlegung des Zwecks in Art. 1 folgt ein Definitionskatalog in Art. 2. Anschließend wird in Art. 3 der Anwendungsbereich festgelegt und Art. 5 normiert eine Generalklausel, nach der – etwas lapidar – unlautere Geschäftspraktiken verboten sind. Eine teils sehr detaillierte Konkretisierung erfährt diese Generalklausel in den nachfolgenden Art. 6 bis 9 RLUGP, welche die insbesondere als unlauter geltenden irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken regeln. Der Anhang I enthält zudem die ganz elementare Verbotsnorm in Form einer „schwarzen Liste“. Dieses viel diskutierte und kritisierte europarechtliche Novum besteht aus einer Auflistung von Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter einzustufen sind. Auf den Per se-Verbotscharakter dieser Liste hat auch der EuGH in seinem Grundsatzurteil „VTB/Total Belgium u. Galatea Samona“ vom 23. April 2009 bereits bestätigend Bezug genommen<sup>263</sup>. Diesem Charakter des Anhangs 1 RLUGP muss der jeweilige nationale Gesetzgeber bei der Richtlinienumsetzung gerecht werden.

Bereits der soeben dargestellte kurze Überblick über das Regelungsgefüge zeigt, dass die Lauterkeitsrichtlinie beträchtliche Regulierungen mit sich bringt, die von den Mitgliedstaaten zu beachten und im nationalen Recht zu verankern sind. Vor allem Staaten mit wenig weit reichender lauterkeitsrechtlicher Tradition und unübersichtlichen lauterkeitsrechtlichen Normierungen, wie etwa Frankreich<sup>264</sup>, Großbritannien und Irland<sup>265</sup>, waren im Zuge der Richtlinienumsetzung zu umfangreichen nationalen Normierungen und

---

<sup>263</sup> EuGH, GRUR 2009, 599, 603 – „VTB/Total Belgium u. Galatea Samona“, Rn. 56.

<sup>264</sup> Vgl. dazu die Übersicht zum Wettbewerbsrecht im Ausland bei Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, Einl Rn. 4.7.

<sup>265</sup> Vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, Einl Rn. 4.9 f.

Gesetzesänderungen gezwungen. Selbst Deutschland und Österreich – und damit Staaten mit Rechtsordnungen, die von einer langen lauterkeitsrechtlichen Tradition geprägt sind – waren zu Änderungen ihres nationalen Rechts veranlasst<sup>266</sup>. Ob und inwieweit allerdings die mit der vollharmonisierenden RLUGP einhergehenden Regulierungen im Endeffekt auch Restriktionen für den Wettbewerb disponieren, bedarf näherer Betrachtung.

### **I. Nähere Bestimmungen der Begriffe „Restriktion“ und „Regulierung“**

Der Begriff der „Restriktion“ kann unschwer als Einschränkung oder Beschränkung umschrieben werden. Nach einer einheitlichen Definition des Begriffs der „Regulierung“ sucht man jedoch vergebens. Je nach spezifischem Zusammenhang und Autor divergieren die Definitionsvorschläge erheblich<sup>267</sup>. Instrumentarium und Wesen einer Regulierung ist das Aufstellen von Regeln und auch die etymologische Herkunft des Begriffs rührt daher<sup>268</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang geht es genauer um Regeln<sup>269</sup> in Form von dauerhaften und allgemeingültigen gesetzlichen Bestimmungen, die Stabilität und Struktur in Form eines verlässlichen Rechtsrahmens schaffen und so Rechtsunsicherheiten begegnen. Wettbewerbsbezogen stellt Regulierung einen Prozess dar, bei dem durch Regeln steuernd in das Wirtschaftsgeschehen und in das Verhalten der Marktteilnehmer eingegriffen wird. Kurz soll „Regulierung“ hier als Steuerung des Wettbewerbs durch Normsetzung definiert werden. Ziel dieser Steuerung ist es, den Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern zu beeinflussen, zu korrigieren und unerwünschte Marktergebnisse zu verhindern. Ziel und Zweck der Regulierungen speziell durch die RLUGP ist – ausweislich Art. 1 RLUGP – die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus und die Angleichung national divergierender Rechtsvorschriften, um ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten. Um dieses Ziel zu erreichen stellt die RLUGP für die Mitgliedstaaten verbindliche Leitlinien auf. Dass diese

<sup>266</sup> Die im Zuge der relativ „schlanken“ Umsetzung im deutschen UWG gleichwohl erforderlichen Änderungen übersichtlich dargestellt bei Köhler, WRP 2009, 109 ff.; vgl. auch Keßler/Micklitz, VuR 2009, 88 ff., die die UWG-Reform allerdings als „weit reichende Novelle“ und das UWG als grundlegend verändert bezeichnen, a.a.O. S. 95. Zu den richtlinienbedingten Änderungen in Österreich vgl. Keßler, WRP 2007, 714 ff. und Wiltsek/Majchrzak WRP 2008, 987 ff.

<sup>267</sup> Vgl. dazu m.w.N. Müller, (De-)Regulierung und Unternehmertum, S. 38 ff., der eine Vielzahl von verschiedenen Definitionen eingehend untersucht.

<sup>268</sup> Lehnwort ist das spätlateinische „regulare“ (regeln, gestalten), vgl. Köbler, Etymologisches Rechtswörterbuch, S. 336.

<sup>269</sup> „Regeln“ werden von Burr, Zfb 69 (1999), Heft 10, 1159, 1162 definiert als „allgemein gültige und dauerhafte Restriktionen individuellen und kollektiven Tuns, die die Zielsetzung haben, individuelles und kollektives Handeln vorzustrukturieren und dadurch effektives und effizientes Handeln in wiederkehrenden Entscheidungssituationen zu ermöglichen“.

lauterkeitsrechtlichen Regulierungen aber nicht schlechthin zu Beschränkungen für den Wettbewerb als Gesamtheit führen, soll anhand Art. 7 RLUGP in Form eines konkreten Beispiels dargestellt werden.

## **II. Regulierung in Form von Informationsgeboten zur Deregulierung des Wettbewerbs – das Informationsparadigma des Art. 7 RLUGP**

### **1. Regelungsgehalt des Art. 7 RLUGP**

Der Verbraucher kann nicht nur durch aktives Unternehmerhandeln, sondern auch aufgrund unzureichender Information bzw. durch das Vorenthalten wichtiger Information irreführt werden. Dem wird die RLUGP durch die ausdrückliche Normierung der irreführenden Unterlassungen gerecht. Wer ein Informationsgebot verletzt, wer also wesentliche Informationen vorenthält, handelt irreführend im Sinne der Richtlinie, vgl. Art. 7 Abs. 1 RLUGP. Für den Verbraucher wird auf diese Weise zusätzliche Transparenz geschaffen und das Vorenthalten wesentlicher Information wird auf der Rechtsfolgenseite wie positives Tun behandelt<sup>270</sup>. Gemäß Art. 7 Abs. 2 RLUGP steht dem gleich, wenn wesentliche Informationen verheimlicht oder auf unklare, unverständliche, zweideutige Weise oder nicht rechtzeitig bereitgestellt werden. Das Vorenthalten muss zwar nach dem Richtlinienwortlaut geeignet sein, den Angesprochenen zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er bei vollständiger Information nicht getroffen hätte, doch fragt man sich, wie diese Marktentscheidungsrelevanz festgestellt werden soll. Wenn eine wesentliche Information vorenthalten wurde, so muss an dieser Stelle das Kausalitätserfordernis vermutet werden. Im Endeffekt kommt es also nicht auf die konkrete Vorstellung des Angesprochenen an, die Marktentscheidungsrelevanz wird vielmehr vermutet. Trägt nun ein Verbraucher die Verletzung eines Informationsgebots vor, so befindet sich der Unternehmer in der ungünstigen Ausgangsposition, das Gegenteil ausführlich vorzutragen und nachweisen zu müssen.

Neben den in Art. 7 Abs. 1 bis 3 RLUGP normierten allgemeinen Grundsätzen im Zusammenhang mit den irreführenden Unterlassungen enthalten Art. 7 Abs. 4 und Abs. 5 besondere Grundsätze. Art. 7 Abs. 4 listet die besonderen und umfangreichen Informationspflichten auf, welchen Unternehmen im Falle der Aufforderungen zum Kauf

---

<sup>270</sup> Vgl. Peifer, WRP 2008, 556, 559, der die Normierung des Art. 7 Abs. 1 RLUGP als „Vorenthaltung als Rechtsbruch“ bezeichnet.

nachkommen müssen. Die Situation der Kaufaufforderung liegt gemäß Art. 2 lit. i RLUGP dann vor, wenn der Käufer durch die kommerzielle Kommunikation in die Lage versetzt wird, einen Kauf zu tätigen, sobald sich also das Angebot des Unternehmers auf eine Weise „verdichtet“ hat, dass es in einen Vertragsabschluss münden kann<sup>271</sup>. Als Positivbeispiel kann hier die typische Angebotswerbung im Einzelhandel dienen. In einer solchen Situation wird die Wesentlichkeit der in Art. 7 Abs. 4 lit. a bis lit. e RLUGP aufgelisteten Informationsobliegenheiten fingiert. Demgegenüber liegen etwa Imagewerbung, Aufmerksamkeitswerbung und auch geschäftliche Handlungen nach Vertragsschluss außerhalb des Anwendungsbereichs der Norm. Über die erwähnten Obliegenheiten hinaus legt Art. 7 Abs. 5 RLUGP fest, dass die sonstigen im Gemeinschaftsrecht festgelegten Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation, Werbung oder Marketing als wesentlich gelten und verweist auf die diesbezüglich relevante, nicht abschließende Auflistung des Anhangs II RLUGP. Auch die Verletzungen solcher anderweitig normierter Informationspflichten gelten demnach als irreführend im Sinne der Lauterkeitsrichtlinie.

## **2. Sinn und Zweck des Art. 7 RLUGP und die Wirkung der Norm auf den Wettbewerb**

Telos des Art. 7 ist die informierte geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers<sup>272</sup>. Der europäische Gesetzgeber folgt damit dem Informationsparadigma, welches bereits der Etikettierungsrechtsprechung des EuGH<sup>273</sup> – auch als „labelling doctrine“ bezeichnet<sup>274</sup> – zugrunde lag. Des Weiteren wurde dieser Ansatz auch im Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt<sup>275</sup> verfolgt. Dieser inzwischen wegen Kompetenzstreitigkeiten zurückgezogene<sup>276</sup> Verordnungsvorschlag verfolgte das Ziel, Bestimmungen zu verkaufsfördernden Maßnahmen europaweit zu harmonisieren und weit

<sup>271</sup> Ähnlich *Keßler/Micklitz*, BB-Special 13, Heft 49, 2005, 1, 18.

<sup>272</sup> Vgl. *Fezer*, WRP 2007, 1021, 1026.

<sup>273</sup> Vgl. EuGH, GRUR Int. 1987, 404 – „Reinheitsgebot für Bier“; EuGH, NJW 1988, 2169 – „Teigwaren“; EuGH, NJW 1989, 2184 – „Milcherzeugnisse“; vgl. dazu *Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, S. 127 f.

<sup>274</sup> Nach dieser „labelling doctrine“ kann dem Schutz des Verbrauchers durch eine entsprechende Etikettierung hinreichend Rechnung getragen, sofern das Produkt nach seiner Verwendung und Beschaffenheit nicht dessen Gesundheit und Sicherheit gefährdet; vgl. *Apostolopoulos*, WRP 2004, 841, 854 f.

<sup>275</sup> Geänderter Vorschlag der Kommission vom 25.10.2002 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, KOM (2002) 585 endg.; ausführlich zum ursprünglichen Vorschlag vgl. *Kunz-Hallstein/Loschelder*, GRUR 2002, 410 ff.

<sup>276</sup> Vgl. KOM (2005) 462 endg. Der Verordnungsvorschlag ist – neben einer ganzen Reihe weiterer zurückziehender Vorschläge – im Anhang auf S. 10 der Mitteilung unter der Rubrik „Binnenmarkt und Dienstleistungen“ aufgeführt.

reichend zu liberalisieren<sup>277</sup>. Gleichzeitig und gewissermaßen als Korrelat zur Liberalisierung wurden auch in diesem Vorschlag umfangreiche Informationspflichten zu Gunsten der Verbraucher normiert<sup>278</sup>.

Der festzustellenden Paradigmenwechsel kann überschrieben werden mit dem Motto „mehr Information, weniger Verbote“ und wird im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie auch an dem permanent wiederkehrenden Erfordernis der „informierten“ Verbraucherentscheidung deutlich<sup>279</sup>. Im Prozess der Liberalisierung soll durch Information hinreichender Verbraucherschutz gewährt werden, ohne dabei auf starre Verbote zurückgreifen zu müssen. Die Anforderungen an die jeweilige Information sind hierbei nicht immer gleich hoch, sondern von den Umständen des Einzelfalls abhängig<sup>280</sup>. Ist das verwendete Kommunikationsmedium im Einzelfall räumlichen oder zeitlichen Beschränkungen unterworfen, so ist dies gemäß Art. 7 Abs. 3 RLUGP ausdrücklich zu berücksichtigen<sup>281</sup>. Maßstab der rechtlichen Beurteilung des irreführenden Unterlassens ist stets der Durchschnittsverbraucher nach dem europäischen Verbraucherleitbild<sup>282</sup>. Die Abstufung der Informationspflichten und die Anpassung an den jeweiligen Einzelfall relativiert das Transparenzgebot zwar ein Stück weit, die Pflichten und Gebote des Art. 7 RLUGP stellen gleichwohl eine erhebliche Belastung für die Unternehmen dar. Ob solch intensive Regulierungen in der Praxis sinnvoll sind, und ob die teilweise äußerst umfassende Aufklärung des Verbrauchers nicht eher zu einer kontraproduktiven Informationsüberfrachtung führt, ist fragwürdig<sup>283</sup>, kann hier aber nicht näher erörtert

<sup>277</sup> Vgl. Art. 3 des Verordnungsvorschlages, nach dem einige nationale Beschränkungen verboten waren, vor allem innerstaatliche generelle Verbote.

<sup>278</sup> Vgl. Art. 4 i.V.m. dem Anhang des Verordnungsvorschlages, der eine Reihe teils obligatorischer, teils nur auf Verlangen des Verbrauchers mitzuteilender Angaben auflistete.

<sup>279</sup> Diese „informierte“ (geschäftliche) Entscheidung wird erwähnt in den ErwGr. 6 und 14, in Art. 2 lit. e und lit. j sowie in Art. 7 Abs. 1 und in Nr. 7 Anhang 1 RLUGP.

<sup>280</sup> Diese Staffelung je nach Einzelfall wird auch „Theorie der abgestuften Informationspflichten“ genannt; vgl. *Steinbeck*, WRP 2006, 632, 635; *Steingass/Teworte*, WRP 2005, 676, 681; kritisch aber *Heermann*, WRP 2005, 141, 148 f.

<sup>281</sup> Etwa im Bereich des sog. „mobile commerce“ (dem Bereich der Leistungsanbahnung oder Leistungserbringung über Mobilfunktelefone) ist es aufgrund der geringen Größe der Displays und der technischen Begrenzung der Nachrichtenlänge im SMS-Bereich häufig nicht möglich, die umfangreichen Informationspflichten in der Praxis umzusetzen. Die Informationspflichten müssen hier auf andere Art und Weise zur Verfügung gestellt werden, etwa durch Verweise auf einschlägige Internetseiten, auf eine kostenlose Telefonhotline o.ä.; vgl. zu diesem Beispiel des „mobile commerce“ *Körber/Heinlein*, WRP 2009, 780, 784.

<sup>282</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. ErwGr. 18 RLUGP.

<sup>283</sup> Diesen überbordenden Effekt, der auch als „information overload“ oder „information overkill“ bezeichnet wird, befürchten *Peifer*, WRP 2008, 556, 559 und *Körber/Heinlein*, WRP 2009, 780, 784; a. A. *Fezer*, WRP 2007, 1021, 1027 mit dem Hinweis darauf, es käme nicht darauf an, dass der Verbraucher alle Informationen wahrnimmt und verarbeitet, relevant sei einzig dass für den Verbraucher die zumutbare Möglichkeit der Informationsbeschaffung besteht; vgl. auch *ders.* in *Fezer*, UWG, Band 1, Einleitung E, Rn. 382.

werden. Feststeht indes, dass der Unternehmer durch die ihm obliegende Erfüllung der Aufklärungspflichten in Form von Informationsgeboten im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern in seinem Handlungsspielraum nicht unerheblich eingeschränkt wird. Aus Unternehmersicht kommt es durch Art. 7 RLUGP zu Restriktionen in Form von belastenden Regulierungen, wettbewerbsbezogen jedoch wirkt diese Regulierung liberalisierend<sup>284</sup>. An die Stelle von Verbotsgrundsätzen tritt das mildere Mittel der sanktionierten Informationspflichten und dem Verbraucherschutz wird man durch Aufklärung in Form von Informationsgeboten gerecht. Die Wahrnehmung der Informationen wird dabei vom Durchschnittsverbraucher nach dem europäischen Leitbild erwartet, er wird nicht nur für informiert, sondern auch für informierbar gehalten.

### III. Zusammenfassung

Wie sich gezeigt hat, kann alleine aus den – wenn auch teils intensiven – Regulierungen der RLUGP<sup>285</sup> und aus den enthaltenen Geboten und Verboten nicht auf eine restriktive Wirkung für den Wettbewerb geschlossen werden. Vielmehr konnte festgestellt werden, dass der Wettbewerb auf europäischer Ebene im Wege von Regulierungen auch planmäßig liberalisiert werden kann. Die teilweise wohl etwas überschießenden Vorschriften im Zusammenhang mit dem vom europäischen Gesetzgeber verfolgten Informationsparadigma sind zwar kritikfähig, da quantitativ viel Information nicht zwangsläufig zu qualitativ optimaler Informiertheit des Verbrauchers führt<sup>286</sup>. Doch die Intention des europäischen Gesetzgebers ist gerade die Vermeidung und Verhinderung von Restriktionen in Form von strikten Verboten. Stattdessen werden nötige Regulierungen getroffen, um bestmögliche Verbraucherinformation zu erreichen. Die eingangs aufgeworfene Frage „Regulierung gleich Restriktion?“ ist im Ergebnis zu verneinen.

---

<sup>284</sup> In der Normierung von Informationspflichten für Unternehmen sieht auch *Fezer* den Effekt einer „Liberalisierung und Deregulierung des europäischen Lauterkeitsrechts“, vgl. *Fezer* in *Fezer*, UWG, Band 1, Einleitung E Rn. 150.

<sup>285</sup> *Peifer*, WRP 2008, 556, 560 spricht Art. 7 Abs. 4 RLUGP ein Potential zu erheblicher Regulierung zu.

<sup>286</sup> Vgl. auch *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 197.

## B. Restriktionen durch die Regulierungen der starren „black list“?

Dass Regulierungen nicht zwangsläufig restriktive Wirkung für den Wettbewerb entfalten, wurde soeben dargestellt. Im Folgenden gilt es, die Restriktionsfrage speziell bezüglich des Anhangs 1 RLUGP zu beantworten. Da dieser starre Richtlinienannex mit seiner Auflistung von per se verbotenen Geschäftspraktiken eine das Lauterkeitsrecht verschärfende Regulierung mit sich bringt<sup>287</sup>, liegt eine daraus resultierende restriktive Wirkung für den Wettbewerb – jedenfalls dem ersten Anschein nach – auf der Hand.

### I. Regelungsgehalt des Anhangs 1 RLUGP

Mit dem ungewöhnlichen sekundärrechtlichen Novum der „black list“<sup>288</sup> wurde der RLUGP eine Liste von 31 Geschäftspraktiken<sup>289</sup> angehängt, welche gemäß Art. 5 Abs. 5 RLUGP unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind. Der europäische Gesetzgeber entschied sich damit gegen flexible Tatbestände und stattdessen für starre Verbote. Die Auflistung dieser Verbotstatbestände ist zweigeteilt, wobei die ersten 23 Verbote den Bereich der per se verbotenen irreführenden Geschäftspraktiken enthalten und Nr. 24 bis 31<sup>290</sup> den der aggressiven Geschäftspraktiken. Eine bewusst gewählte Reihenfolge innerhalb dieser beiden Kategorien kann indes nicht festgestellt werden<sup>291</sup>. Alle Tatbestände des Anhangs 1 haben gemeinsam, dass es sich um Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern handeln muss. Das ergibt sich eindeutig aus der Überschrift des Anhangs, die den Begriff der „Geschäftspraktiken“ enthält, welche wiederum gemäß der Definition des Art. 2 lit. d RLUGP nur den Verkehr zwischen Unternehmen und Verbraucher umfasst. Auch aus Art. 3 RLUGP geht eindeutig hervor, dass der Anwendungsbereich der gesamten Richtlinie – also ebenso der Anwendungsbereich des Anhangs 1 – auf B2C-Sachverhalte beschränkt ist.

<sup>287</sup> Von einer „Verschärfung des Lauterkeitsrechts“ durch Anhang 1 RLUGP spricht auch *Peifer*, WRP 2008, 556, 560.

<sup>288</sup> Eine dem Anhang 1 RLUGP regelungstechnisch vergleichbare Auflistung existiert – soweit ersichtlich – im Gemeinschaftsrecht bislang nicht, vgl. auch *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1323.

<sup>289</sup> Auflistung und Erklärung der einzelnen Tatbestände des Anhang I in der richtliniennahen deutschen Umsetzung bei *Berlit*, Wettbewerbsrecht, S. 23 ff. Rn. 5 ff.; vgl. auch *Scherer*, NJW 2009, 324 ff. und *Schöttle*, WRP 2009, 673 ff.

<sup>290</sup> Bei Nr. 31 Anhang 1 RLUGP handelt es sich allerdings um eine irreführende Geschäftspraktik, vgl. auch *Köhler/Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Anh zu § 3 III Rn. 0.4.

<sup>291</sup> *Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I, S. 29.

## II. Wirkung des Anhangs 1 RLUGP für den europäischen Wettbewerb

Bei der Frage, welche Wirkung die „black list“ auf den Wettbewerb ausübt und ob mit dieser Normierung Restriktionen für den Wettbewerb verbunden sind, ist zunächst die Rolle und Relevanz im Rahmen der Richtlinie bzw. im Rahmen des gesamten europäischen Lauterkeitsrechts näher zu beleuchten. Im Anschluss daran ist zum einen die richtigerweise vorzunehmende Auslegung des Anhangs zu ermitteln und zum anderen die Frage nach damit verbundenen Restriktionen oder Liberalisierungen zu untersuchen, um schließlich die Wirkung der „black list“ auf den Wettbewerb zusammenfassend beurteilen zu können.

### 1. Rolle und Relevanz des Anhangs 1 RLUGP im europäischen Lauterkeitsrecht

Nicht die Generalklausel des Art. 5 RLUGP, sondern vielmehr die Auflistung in Anhang 1 RLUGP ist als die zentrale lauterkeitsrechtliche Norm auf europäischer Ebene zu bezeichnen<sup>292</sup>. Das generelle Verbot<sup>293</sup> des Art. 5 Abs. 1 und 2 RLUGP dient nämlich nur als „Sicherheitsnetz“<sup>294</sup> und steht nicht im Mittelpunkt und vor allem nicht an erster Stelle der Lauterkeitsprüfung<sup>295</sup>. Nach der Systematik der RLUGP erfolgt diese Prüfung vielmehr vom Besonderen hin zum Allgemeinen. Erfüllt die zu überprüfende Geschäftspraktik<sup>296</sup> kein Per se-Verbot der „black list“, so sind die „kleinen Generalklauseln“<sup>297</sup> der insbesondere als unlauter geltenden irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken (Art. 6 bis 9 RLUGP) zu prüfen. Erst im Anschluss daran ist auf das allgemeine Verbot des Art. 5 Abs. 1 und 2 RLUGP in seiner Rolle als Auffangtatbestand zurückzugreifen.

<sup>292</sup> So auch *Keßler/Micklitz*, VuR 2009, 88, 94; a.A. *Schmidt*, GRUR 2009, 353, 353 und auch *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1015, der vielmehr Art. 5 als den „Kern“ der RLUGP bezeichnet, vgl. auch *ders.* in *MünchKommUWG*, Band 1, § 3 Rn. 20 („Kernelement der Richtlinie ist die Generalklausel des Art. 5.“). Ebenso bezeichnet *Köhler*, ZLR 2006, 3, 5, die Generalklausel als das „Herzstück“ der Richtlinie.

<sup>293</sup> Genauso wie im deutschen UWG ist auch in der RLUGP die eigentliche Bezeichnung „Generalklausel“ nicht zu finden. ErwGr. 13 spricht lediglich vom „generellen Verbot“ des Art. 5. Über dessen Ausgestaltung als Generalklausel ist man sich aber umfänglich einig; vgl. statt vieler *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 3 Rn. 4, der dies gänzlich undiskutiert lässt.

<sup>294</sup> So bezeichnet von *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019, 1038.

<sup>295</sup> Strukturell entspricht die RLUGP insoweit nicht dem traditionellen deutschen Verständnis. *Keßler/Micklitz*, VuR 2009, 88, 94 weisen darauf hin, dass – als notwendige Folge der Vollharmonisierung – auch im deutschen Recht ein Umdenken bzgl. der strukturellen Logik des UWG zu erfolgen hat. Übersehen werden darf allerdings nicht, dass dieses Umdenken im Sinne einer Degradierung der Generalklausel „von der Königsnorm zum Auffangtatbestand“ bereits mit der UWG-Reform aus dem Jahre 2004 (BGBl I 2004, 1414) eingeleitet wurde; vgl. *Ohly*, GRUR 2004, 889, 897.

<sup>296</sup> Auch wenn die Richtlinie selbst aus „Geschäftspraktiken“ den Singular „Geschäftspraxis“ bildet (vgl. etwa die ErwGr. 9 und 18, Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 RLUGP), wird hier der sprachlich korrekte Singular „Geschäftspraktik“ verwendet. Vgl. dazu und mit der jeweiligen etymologischen Herkunft *Fezer*, WRP 2006, 781, 785 (Fn. 23).

<sup>297</sup> So z.T. bezeichnet, vgl. etwa *Keßler/Micklitz*, BB-Special 13, Heft 49, 2005, 1, 8.

Mit den europaweit geltenden Fundamentalverboten der „schwarzen Liste“ bezweckt der Gesetzgeber die Erhöhung der Rechtssicherheit im europäischen Wettbewerb<sup>298</sup>, wenn auch im Wege eines aufoktroierten Grundkonsenses. Sowohl Verbraucher als auch Unternehmer sollen sich darauf verlassen können, dass es sich bei der „schwarzen Liste“ um einen europaweit verbindlichen Verbotsstandard handelt, und dass der Markt um die in Anhang 1 RLUGP aufgelisteten Tatbestände bereinigt wird. „Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in Sachen Verbraucherschutz durch einen einheitlichen Mindeststandard“ – diese Devise wird mit den Per se-Verboten der RLUGP verfolgt<sup>299</sup>.

## 2. Auslegung des Anhangs 1 RLUGP

Bei der Frage nach der richtigerweise vorzunehmenden Auslegung der „black list“ soll zunächst auf die Per se-Unlauterkeit der aufgelisteten Tatbestände eingegangen werden und sodann die Frage eines weiten oder eher restriktiven Verständnisses der Per se-Verbote geklärt werden.

### *a) Auslegung des Per se-Verbotscharakters der „black list“ – Wegfall der Erheblichkeitsschwelle contra allgemeines Verhältnismäßigkeitsprinzip*

Die Tatbestände der „black list“ stellen Verbote ohne Wertungsvorbehalt dar, die Entscheidungserheblichkeit und (Irreführungs-) Relevanz der aufgelisteten Tatbestände wird unwiderleglich vermutet<sup>300</sup> und eine Einzelfallprüfung hat nach dem Wortlaut der Richtlinie<sup>301</sup> ausdrücklich zu entfallen<sup>302</sup>. Dogmatisch wird dies teilweise damit begründet, dass das Täuschungsmoment bzw. die aggressive Verhaltensweise den aufgelisteten Tatbeständen gerade wesensimmanent seien<sup>303</sup>. Diese Begründung darf mithin angezweifelt werden, da der Unrechtsgehalt der einzelnen Per se-Verbote erheblich divergiert<sup>304</sup>. Anhang 1 normiert eine durchaus „bunte Mischung“<sup>305</sup> von Verboten und

<sup>298</sup> Vgl. ErwGr. 17 RLUGP.

<sup>299</sup> Diese Chance der Schaffung eines einheitlichen Mindeststandards durch den Anhang 1 RLUGP sieht auch Scherer, NJW 2009, 324, 331.

<sup>300</sup> Vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rn. 1.27.

<sup>301</sup> ErwGr. 17 und Art. 5 Abs. 5 RLUGP.

<sup>302</sup> Vgl. dazu auch das bestätigende EuGH-Urteil in GRUR 2009, 599, 603 – „VTB/Total Belgium u. Galatea Samona“, Rn. 56.

<sup>303</sup> Vgl. Büllsbach, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I, S. 32.

<sup>304</sup> Diese Kritik wird in der Literatur zahlreich vorgebracht; vgl. statt vieler Köhler in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Einl A Rn. 42.

<sup>305</sup> So drückte dies Frauke Henning-Bodewig bereits zum vorangegangenen Richtlinienvorschlag aus (GRUR Int. 2003, 926, 928), der später noch um 12 weitere Per se-Verbote ergänzt wurde.

kategorisiert teilweise relativ harmlose<sup>306</sup>, teilweise aber auch sehr schwerwiegende<sup>307</sup> Verhaltensweisen als per se unlauter. Jede noch so berechtigte Kritik vermag gleichwohl am klaren Wortlaut der Richtlinie nichts zu ändern. Die Prüfung der Erheblichkeitsschwelle – bzw. die Frage nach der „Wesentlichkeit der Beeinflussung“ im Sinne des Art. 5 RLUGP – muss im Rahmen des Anhang I RLUGP grundsätzlich entfallen.

Ob diese unbedingte Unlauterkeit der aufgelisteten Tatbestände dennoch relativiert werden kann oder sogar relativiert werden muss, bedarf einer näheren Untersuchung.

*aa) Widerspruch zu dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und zum europäischen Verbraucherleitbild*

Mangels Erheblichkeitsprüfung im Rahmen der „black list“ könnte theoretisch eine Bagatelle als per se unlauter einzustufen sein. Regelmäßig wird dies für den agierenden Unternehmer im konkreten Einzelfall unangemessene Härte darstellen und ist mit dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>308</sup>, einem tragenden Prinzip des Gemeinschaftsrechts<sup>309</sup>, unvereinbar. Dass dieses allgemeingültige Prinzip bei der Auslegung und Anwendung der RLUGP zu beachten ist, wird ausdrücklich – aber eigentlich überflüssig – in ErwGr. 6 erwähnt<sup>310</sup>. Bei Unangemessenheit muss eine lauterkeitsrechtliche Sanktionierung und Verfolgung ausbleiben und konsequenterweise muss dies unabhängig davon gelten, ob ein „Per se-Verbot“ erfüllt wurde oder nicht. De

<sup>306</sup> Als Beispiel für einen geringen Unrechtsgehalt kann die Nr. 10 Anhang 1 RLUGP genannt werden, nach der die Werbung mit Selbstverständlichkeiten per se verboten ist. Als Beispiel für einen geringen Unrechtsgehalt werden z.T. auch die Per se-Verbote Nr. 1 und Nr. 3 Anhang 1 RLUGP vorgebracht. Zumindest in Deutschland sei es einer Vielzahl von Verbrauchern einerlei, ob der Gewerbetreibende zu den Unterzeichneren eines Verhaltenskodex gehört oder nicht, und ob dieser Kodex auch gebilligt ist. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass Verhaltenskodizes im deutschen Lauterkeitsrecht nur eine marginale Rolle spielen. Solche Systeme der freiwilligen Selbstkontrolle sind aber in Italien, den Niederlanden und in den skandinavischen Ländern der EU sehr viel weiter verbreitet. Vgl. zum Stellenwert von Verhaltenskodizes in den Lauterkeitsrechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten die Übersicht bei *Schulze/Schulte-Nölke*, Rechtsvergleichende Untersuchung des verbraucher-schützenden Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten, Juni 2003, S. 18 ff.

<sup>307</sup> So ist nach Nr. 24 Anhang 1 RLUGP das „Erwecken des Eindrucks, der Verbraucher könne die Räumlichkeiten ohne Vertragsschluss nicht verlassen“ per se verboten. Dabei handelt es sich zumindest in Deutschland um strafrechtlich relevantes Verhalten, welches u. U. den Tatbestand der Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) oder zumindest den der Nötigung (§ 240 StGB) erfüllen kann. Nach Nr. 25 Anhang 1 RLUGP stellt die „Nichtbeachtung der Aufforderung des Verbrauchers bei persönlichen Besuchen in dessen Wohnung, diese zu verlassen bzw. nicht zurückzukehren(...)“ per se verbotenes Verhalten dar. Eine derartige Geschäftspraktik bewegt sich im Bereich des nach § 123 Abs. 1 StGB strafbaren Hausfriedensbruchs.

<sup>308</sup> Allgemein zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Lauterkeitsrecht *Köhler*, GRUR 1996, 82 ff.

<sup>309</sup> *Lettl*, WRP 2004, 1079, 1116.

<sup>310</sup> „Im Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip schützt diese Richtlinie die Verbraucher vor den Auswirkungen solcher unlauterer Geschäftspraktiken“, so ErwGr. 6 RLUGP.

facto kommt es mit der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung also zu einer „Bagatellprüfung durch die Hintertür“, da die Prüfung der Bagatellschwelle an sich nur eine besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips darstellt<sup>311</sup>. Es ist insoweit ein richtlinieninterner bzw. europarechtlicher Widerspruch festzustellen.

Zu dem soeben dargestellten Widerspruch tritt hinzu, dass eine unumstößliche Pauschal-Unzulässigkeit der Tatbestände der „black list“ zu einem Übermaß an Schutz für den Verbraucher führen kann, welcher auch mit dem europäischen Leitbild eines durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers unvereinbar ist<sup>312</sup>.

*bb) Unbestimmte Rechtsbegriffe in Anhang I – Wertung ohne Wertungsvorbehalt?*

Gegen das absolut wertungsfreie Verständnis des Anhangs spricht des Weiteren die Tatsache, dass die Per se-Verbote teilweise nicht trennscharf umschrieben sind, sondern unbestimmte, auslegungsbedürftige und der Wertung zugängliche Begrifflichkeiten enthalten. Worte wie „angemessen“<sup>313</sup>, „ähnlich“<sup>314</sup> und „unvermeidbar“<sup>315</sup> und offene Tatbestände wie etwa das Per se-Verbot der „hartnäckigen“ unerwünschten Telefonwerbung (Nr. 26 Anhang 1 RLUGP) sind in diesem Zusammenhang nicht angebracht<sup>316</sup>. Fundamentalverbote – wie in der „black list“ vorgesehen – bedürfen vielmehr präziser Gesetzesformulierungen, hinreichender Transparenz und Lesbarkeit<sup>317</sup>. Neben diesem Widerspruch zur an sich vorgesehenen Wertungsfreiheit, erscheint auch die Wettbewerbsrelevanz der einzelnen Verbote mitunter zweifelhaft<sup>318</sup>. Kritische Stimmen aus Österreich bezeichnen die „black list“ zusammenfassend als „Konglomerat von Selbst- und Unverständlichkeiten“<sup>319</sup>.

<sup>311</sup> Die Bagatellklausel ist ihrerseits gerade Ausdruck des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips, so *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1021.

<sup>312</sup> *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2003, 926, 928.

<sup>313</sup> Nr. 19 und Nr. 5 Anhang 1 RLUGP; vgl. hierzu *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 3 Rn. 25, der am Beispiel der Lockangebote (Nr. 5 des Anhangs 1 RLUGP) klarstellt, dass eine Subsumtion hier nicht ohne Würdigung der Umstände des Einzelfalls möglich ist.

<sup>314</sup> Nr. 13 Anhang 1 RLUGP.

<sup>315</sup> Nr. 20 Anhang 1 RLUGP.

<sup>316</sup> Ab wann kann unerwünschte Telefonwerbung im Einzelfall als „hartnäckig“ bezeichnet werden? Diese Frage stellt auch *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 71.

<sup>317</sup> Vgl. *Fezer*, WRP 2006, 781, 783.

<sup>318</sup> So weist etwa das Werben eines Unternehmers mit Selbstverständlichkeiten im Sinne von gesetzlich zugestandenem Rechten wohl weniger wettbewerbsrechtliche Relevanz auf (Per se-Verbot Nr. 10 Anhang 1 RLUGP).

<sup>319</sup> *Wiltschek/Majchrzak*, WRP 2008, 987, 987.

*cc) Zusammenfassung, richtigerweise vorzunehmende Auslegung*

Wenn im konkreten Einzelfall der Richtlinienwortlaut – also der vorgesehene Per se-Verbotscharakter – mit dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kollidiert, so muss nach hier vertretener Auffassung letzterem der Vorrang eingeräumt werden. Eine völlige Wertungsfreiheit wird in der Praxis schon aufgrund des teilweise auslegungsbedürftigen Wortlauts des Richtlinienannexes nicht realisierbar sein. Um sich gleichwohl dem ausdrücklichen Willen des europäischen Gesetzgebers möglichst anzunähern, muss die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall gemeinschaftsrechtlich orientiert sein und nur als eine Art Evidenzkontrolle fungieren<sup>320</sup>. Die Prüfung ist stets unter die Prämisse „im Zweifel für ein Per se-Verbot“ zu stellen. Ein in Anhang 1 RLUGP aufgelisteter Tatbestand ist also unzulässig, es sei denn, eine solche Unzulässigkeit würde sich bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände als völlig unangemessen herausstellen. Durch diese Kompromisslösung kann man sowohl Art. 5 Abs. 5 RLUGP („unter allen Umständen als unlauter anzusehen“) als auch dem allgemeinen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerecht werden. Da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz EU-weit gilt, wirkt sich ein solches Verständnis der „black list“ auch nicht negativ auf die Harmonisierung aus und eine divergierende Entwicklung der Mitgliedstaaten untereinander ist nicht zu befürchten. Nur im Wege einer zumindest engen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall können aber unbillige Ergebnisse vermieden werden.

*b) Vorzunehmende Auslegung der einzelnen Per se-Verbote*

Um Reichweite und Wirkung des Anhangs 1 ermitteln zu können, muss des Weiteren die Art und Weise der Auslegung der einzelnen Verbote geklärt werden.

*aa) Analogieverbot*

Gemäß ErwGr. 17 RLUGP handelt es sich bei den aufgelisteten Tatbeständen „um die einzigen Geschäftspraktiken, die ohne eine Beurteilung des Einzelfalls (...) als unlauter gelten können“. Die Auflistung ist eng gefasst und einzig die explizit aufgelisteten Tatbestände sollen unter allen Umständen unlauter sein, der Anhang hat abschließenden Charakter<sup>321</sup>. Außerdem gilt Anhang 1 gemäß Art. 5 Abs. 5 S. 2 RLUGP einheitlich in

<sup>320</sup> Eine Konkretisierung der hier vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung hat durch den EuGH zu erfolgen.

<sup>321</sup> Dieser abschließenden Charakter der „black list“ geht nicht zuletzt aus der englischen („full list of all such practices“) und französischen („liste complète de toutes ces pratiques“) Sprachfassung deutlich hervor; vgl.

allen Mitgliedstaaten und kann nur durch eine Änderung der Richtlinie abgeändert werden. Auch eine Erweiterung durch die Mitgliedstaaten ist demnach ausgeschlossen, da durch national divergierende Ausweitungen die angestrebte europaweit einheitliche Rechtsanwendung nicht mehr gewährleistet werden könnte<sup>322</sup>. Aufgrund dieser angestrebten Einheitlichkeit und aufgrund der engen Fassung der Verbote als Ausnahmetatbestände kann und darf die „schwarze Liste“ keiner Verallgemeinerung zugänglich sein<sup>323</sup>. Es hat im Einzelfall eine am Zweck des jeweiligen Verbots orientierte Auslegung zu erfolgen, wobei eine analoge Anwendung auf nur vergleichbare Sachverhalte aber auszuschließen ist. Eine solche Analogie würde nicht zuletzt den Richtlinienzielen der Rechtsklarheit und Rechtsicherheit<sup>324</sup> entgegenstehen.

Im Zusammenhang mit Anhang 1 RLUGP wird allerdings die nicht fern liegende Möglichkeit einer planmäßigen Gesetzesumgehung durch den Unternehmer gesehen. So geht mit der Festsetzung von starren Verboten die permanente Gefahr einher, dass es zu einer spezifischen Anpassung einzelner Geschäftspraktiken kommt, mit dem Ziel, den verbotenen Wortlaut gerade nicht zu erfüllen<sup>325</sup>. Bewährtes Gegenmittel einer Gesetzesumgehung ist neben extensiver Auslegung vor allem die analoge Anwendung der umgangenen Norm. Konsequenterweise sollte aber im Rahmen der RLUGP auch unter diesem Gesichtspunkt gleichwohl auf eine Analogie verzichtet werden<sup>326</sup>. Dafür spricht neben den bereits angeführten Argumenten vor allem die Tatsache, dass im Zusammenhang mit der „black list“ kein tatsächlicher Bedarf eines Gegenmittels für eine mögliche Gesetzesumgehung besteht. Selbst wenn der Gewerbetreibende einen stets unlauteren Tatbestand des Anhangs 1 RLUGP bewusst und erfolgreich umgangen hat, so wird seine Geschäftspraktik noch zwei weitere Prüfungsstufen, nämlich die der „kleinen Generalklauseln“ (Art. 6 bis 9 RLUGP) und die des Auffangtatbestandes des Art. 5 RLUGP „überstehen“ müssen.

Im Ergebnis ist eine analoge Anwendung der Tatbestände auf vergleichbare Sachverhalte

---

auch Röttinger in Wiebe/G. Kodek, UWG, Einleitung Rn. 112 (Fn. 224).

<sup>322</sup> Köhler/Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, Anh zu § 3 III Rn. 0.6.

<sup>323</sup> Köhler/Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, Anh zu § 3 III Rn. 0.8.

<sup>324</sup> Vgl. ErwGr. 17 RLUGP.

<sup>325</sup> Diese mit Anhang 1 RLUGP verbundene Gefahr kritisiert Seichter, WRP 2005, 1087, 1094, der insgesamt davon ausgeht, die Tauglichkeit der „black list“ sei überschätzt worden.

<sup>326</sup> A.A. Seidelberger, RdW 2008/24, 59, 63.

auszuschließen<sup>327</sup> und es ist Aufgabe des EuGH, ein solches Analogieverbot festzulegen<sup>328</sup>.

*bb) „Europäische Auslegung“ der Tatbestände*

Trotz der vom Richtliniengeber angestrebten Wertungsfreiheit der „black list“, liegt aufgrund der bereits dargestellten Offenheit einzelner Verbotstatbestände ein unvermeidbares Auslegungsbedürfnis im Einzelfall auf der Hand. Hierbei hat eine rein europäische Interpretation stattzufinden, die Deutung der Per se-Verbote darf sich also nur am Gemeinschaftsrecht orientieren. Relevant und aussagekräftig sind dabei in erster Linie die ErwGr. und der Gesamtkontext der Lauterkeitsrichtlinie<sup>329</sup>, aber auch sonstiges primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht sowie europarechtliche Grundsätze<sup>330</sup>. Da europäische Richtlinien in allen Textfassungen gleich verbindlich sind, können für die Auslegung eines Per se-Verbots im Einzelfall außerdem sämtliche EU-Sprachfassungen herangezogen werden<sup>331</sup>. Das jeweilige nationale Verständnis, nationale Normen oder auch die jeweilige mitgliedstaatliche Rechtsprechung dürfen jedoch aufgrund der gebotenen einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts regelmäßig nicht als Auslegungshilfe herangezogen werden.

*cc) Grundsätzlich restriktives Verständnis der Verbotstatbestände*

Grundsätzlich ist im Rahmen der RLUGP das Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle erforderlich<sup>332</sup> und grundsätzlich sind auch die jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu würdigen<sup>333</sup>. Gegenüber diesen Grundsätzen stellen die stets als unlauter geltenden Verbotstatbestände des Anhangs 1 RLUGP eine Ausnahme dar. Ausnahmenvorschriften sind – einer noch immer geltenden allgemeinen Grundregel der Rechtsanwendung entsprechend<sup>334</sup> – eng auszulegen. Im italienischen, spanischen und portugiesischen Recht

<sup>327</sup> So auch *Köhler/Bornkamm* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Anh zu § 3 III Rn. 0.8.

<sup>328</sup> So weist nämlich *Scherer*, NJW 2009, 324, 325, zu Recht daraufhin, dass aufgrund der Auslegungsbedürftigkeit und Lückenhaftigkeit der Tatbestände des Anhangs 1 eine Analogiebildung für die mitgliedstaatlichen Gerichte nahe liegen könnte. Der EuGH muss hier konkretisieren und klären.

<sup>329</sup> V.a. die Generalklausel des Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 RLUGP und die „kleinen Generalklauseln“ der Art. 6 bis 9 RLUGP.

<sup>330</sup> Sekundärrechtliche Vorschriften sind „im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen“, EuGH Slg. 1982, 3415, 3430 (Rn. 20) – „C.I.L.F.I.T. / Ministero della sanità“.

<sup>331</sup> Vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 6 Rn. 9 mit Verweis auf EuGH, EuZW 1997, 345, 346 – „Ebony“.

<sup>332</sup> Vgl. u.a. ErwGr. 6, Art. 2 lit. e, Art. 8 und Art. 5 Abs. 2 lit. b RLUGP.

<sup>333</sup> „Bei der Anwendung dieser Richtlinie, insbesondere der Generalklauseln, sollten die Umstände des Einzelfalls umfassend gewürdigt werden“, so ErwGr. 7 RLUGP.

<sup>334</sup> Der Grundsatz „singularia non sunt extendenda“ geht auf den römischen Juristen Papinian zurück, vgl.

ist diese Grundregel des „*singularia non sunt extendenda*“<sup>335</sup> heute noch ausdrücklich verankert<sup>336</sup>. Aufgrund ihres Charakters als Ausnahmenvorschriften sind die Tatbestände des Anhangs 1 demnach restriktiv zu deuten<sup>337</sup>.

Dass die einzelnen Tatbestände der „schwarzen Liste“ eng auszulegen sind, kann außerdem auch dem europäischen Verbraucherleitbild<sup>338</sup> entnommen werden. Schutzsubjekt der RLUGP – und somit auch des Anhangs 1 – ist der europäische Durchschnittsverbraucher gemäß dem europäischen Leitbild<sup>339</sup>. Für einen bei extensiver Auslegung entstehenden Überschuss oder einer Übervorteilung im Einzelfall besteht weder ein Bedürfnis<sup>340</sup>, noch würde ein solcher mit dem europaweit geltenden Maßstab kongruieren. Schließlich spricht auch eine systematisch-grammatische Auslegung<sup>341</sup> für ein restriktives Verständnis der einzelnen Verbotstatbestände des Anhangs 1 RLUGP. Die Auslegung von Sekundärrechtsakten unterscheidet sich zwar von der Auslegung nationalen Rechts – aufgrund der Vielsprachigkeit sind vor allem mit der grammatischen Auslegung zuweilen Schwierigkeiten verbunden –, doch im Grundsatz geht auch der EuGH von der Savigny’schen Methode aus<sup>342</sup>. Beurteilt man nun den Wortlaut der Verbotstatbestände nach dem systematischen Gesamtzusammenhang, so offenbart sich folgende klare Unterscheidung. Die Nr. 1, 3, 4, 7, 12, 15 und 17 des Anhangs setzen eine falsche Behauptung des Gewerbetreibenden gegenüber dem Verbraucher voraus. Für die Nr. 21, 23, 24 und 31 reicht demgegenüber bereits das Erwecken, die Herbeiführung oder Vermittlung eines (fälschlichen) Eindrucks. Die Verbote der Nr. 9 und Nr. 22 können alternativ durch beide Möglichkeiten erfüllt werden. Ist nun eine „Behauptung“ nach dem

---

*Coing/Honsell* in Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2008, Einl zum BGB, VIII. 4. a), die einschlägigen Papinian-Stellen werden a.a.O. in Fn. 140 zitiert. Kritisch und der generellen Aussage, Ausnahmetatbestände seien eng auszulegen, nicht zustimmend *Roth*, WRP 2000, 979, 984; *Würdinger*, AcP 2006, 946, 956 und ebenso *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 186 ff.

<sup>335</sup> „Sonderbestimmungen sind nicht ausdehnend auszulegen“.

<sup>336</sup> *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 185 (Fn. 568).

<sup>337</sup> So auch *Henning-Bodewig* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Anh. § 3 Abs. 3, I Rn. 12.

<sup>338</sup> Zum europäischen Verbraucherleitbild insoweit eingehend *Micklitz/Rott* in Dausers, Hdb EU-Wirtschaftsrecht, H.V.1.i) Rn. 99 ff.

<sup>339</sup> Vgl. ErwGr. 18 RLUGP und die ständige Rechtsprechung des EuGH. Dieses Leitbild gilt europaweit seit EuGH, WRP 1998, 848, 851 – „Gut Springenheide“, vgl. dazu bereits oben in Teil 2 unter C. I.

<sup>340</sup> Zum Schutz des Verbrauchers besteht kein Bedürfnis für eine extensive Auslegung, da – wie bereits erwähnt – eine Geschäftspraktik nach der Prüfung anhand der „black list“ noch den Generalklauseln „standhalten“ muss.

<sup>341</sup> Ausführlich zu den Besonderheiten der Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts *Zuleeg*, EuR 1969, 97 ff., vgl. speziell die systematische Auslegung betreffend a.a.O. S. 102 f.

<sup>342</sup> Die sog. „Savigny’sche Quart“ umfasst die Auslegungsmethoden nach Wortlaut, Historie, Systematik und Zweck. Falls Gesetzesfassungen sprachlich voneinander abweichen, muss die Bestimmung „anhand der allgemeinen Systematik und des Zwecks“ ausgelegt werden, so ausdrücklich EuGH Slg. 1995, I-4291, 4317 (Rn. 28) – „Rockfon“.

Wortlaut des Verbots erforderlich, so hat diese ausdrücklich zu erfolgen. Eine bloß konkludente Äußerungen oder ein lediglich mittelbar entstehender Eindruck kann nicht erfasst sein. Auch hier wird deutlich, dass eine extensive Auslegung der Tatbestände dem insoweit klar bestimmten Wortlaut und der systematischen Aufteilung der Richtlinie widersprüche und deshalb abzulehnen ist.

*dd) Zusammenfassung*

Der Rechtsanwender hat die als abschließende Ausnahmetatbestände formulierten Per se-Verbote grundsätzlich restriktiv auszulegen und sich dabei ausschließlich am Gemeinschaftsrecht, an den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen sowie am Kontext und Telos der Lauterkeitsrichtlinie zu orientieren. Die Verbote sind keiner Verallgemeinerung zugänglich. Trotz Zuhilfenahme der soeben ermittelten Auslegungsgrundsätze, werden Deutungsfragen gleichwohl bestehen bleiben, was auch durch die in der Literatur bereits geführten kontroversen Diskussionen deutlich wird<sup>343</sup>. Nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass an mancher Stelle die zu Rate zu ziehenden Auslegungsgrundsätze miteinander kollidieren<sup>344</sup>, wird erst der EuGH endgültig Abhilfe und Klarheit schaffen können, ihm obliegt die abschließende Interpretationshoheit. Bis dahin muss Europa versuchen, sich „im Nebel der black list“ zurechtfinden und wird vorerst nicht umhin kommen, mit mancher Auslegungsunsicherheit zu leben.

### **3. Mögliche liberalisierende Wirkung durch die Tatbestände des Anhangs 1 RLUGP**

*a) Keine mittelbare Liberalisierung durch Umkehrschluss oder  
Lauterkeitsvermutung*

Untersucht man eine mögliche liberalisierende Wirkung der „schwarzen Liste“ auf den Wettbewerb, so ist eingangs klarzustellen, dass aus der Verbotsauflistung der „black list“ keinesfalls ein e contrario-Schluss gezogen werden kann, der zu einer mittelbaren weit

<sup>343</sup> So herrscht beispielsweise Uneinigkeit darüber, ob Nr. 1 Anhang 1 RLUGP auch bei einem nichtigen Verhaltenskodex anwendbar ist (bejahend *Dreyer*, WRP 2007, 1294, 1298; *Scherer*, NJW 2009, 324, 326) oder ob nur auf die Wirksamkeit der Unterzeichnung abzustellen ist (so *Schöttle*, WRP 2009, 673, 674; im Ergebnis wohl auch *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1021).

<sup>344</sup> Eine solche Kollision kann bei Nr. 30 Anhang 1 RLUGP festgestellt werden: Hier wird der „Gewerbetreibende“ teilweise im Sinne des Art. 2 lit. b RLUGP – also gemäß einer Auslegung am Richtlinienkontext – verstanden, so dass daraus folgend die Nr. 30 auch durch einen Beauftragten des Gewerbetreibenden erfüllt werden kann (so *Schöttle*, WRP 2009, 673, 682 f.). A.A. und Nr. 30 Anhang 1 RLUGP teleologisch, restriktiv und unter Beachtung der englischen Fassung auslegend: *Scherer*, NJW 2009, 324, 331; *Henning-Bodewig*, WRP 2006, 621, 625 f.; *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1027.

reichenden Liberalisierung führen würde. Nach der Intention des Gesetzgebers soll im Anhang nur ganz besonderes Fehlverhalten gegenüber dem Verbraucher geregelt werden. Dem kann und darf im Umkehrschluss keinerlei ungeschriebene Zulässigkeitsaussage entnommen werden<sup>345</sup>. Ebenso unzulässig ist eine bloße „Lauterkeits-Vermutung“<sup>346</sup> zu Gunsten solcher Praktiken, die nicht von Anhang 1 erfasst werden. Ist eine Geschäftspraktik nicht „speziell“ – also gemäß Anhang 1 – unlauter, so muss auf nächster Stufe geprüft werden, ob sie „insbesondere“ – also gemäß Art. 6 bis 9 RLUGP – unlauter ist. Nur wenn auch auf letzter Stufe, nämlich im Rahmen der Generalklausel des Art. 5 Abs. 1 und 2 RLUGP, keine Unlauterkeit festgestellt werden kann, ist die Praktik als lauter zu deklarieren. Ein liberalisierender Umkehrschluss aus der „black list“ oder auch nur eine Lauterkeitsvermutung für alle nicht in der Liste erfassten Handlungen würde die Richtlinien-systematik außer Acht lassen, dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen und im Einzelfall der Generalklausel als Auffangtatbestand die Existenzberechtigung nehmen. In der Konsequenz daraus würde man die in der „black list“ aufgeführten Verbote als maßgebliche Faktoren für die Unlauterkeit begreifen, die Kriterien würden versteift und die angestrebte Flexibilität und die daraus resultierende Anwendbarkeit der Lauterkeitsrichtlinie auf aktuelle Entwicklungen im Wettbewerb blieben auf der Strecke<sup>347</sup>.

*b) Keine mittelbar liberalisierende Tendenz aufgrund des teils erheblichen Unrechtsgehalt*

Eine mit der „black list“ verfolgte liberale Tendenz könnte des Weiteren aus der Tatsache geschlossen werden, dass die Tatbestände der „schwarzen Liste“ teilweise durch einen sehr hohen Unrechtsgehalt bestechen. Gemäß Nr. 25 ist es etwa per se verboten, die Wohnung des Verbrauchers auf dessen Aufforderung hin nicht zu verlassen. Nr. 24 verbietet per se das Erwecken des Eindrucks, der Verbraucher könne die Räumlichkeiten ohne Vertragsschluss nicht verlassen. Diese beiden Tatbestände haben nötigenden Charakter, bringen den Verbraucher in eine Zwangslage und stellen regelmäßig völlig unabhängig von der „black list“ – und je nach spezifischen nationalem Recht – strafrechtlich relevantes Verhalten dar<sup>348</sup>. Die Tatsache, dass derart evident aggressive Verhaltensweisen im

<sup>345</sup> So auch *Henning-Bodewig* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Anh. § 3 Abs. 3 I Rn. 13; eingehend dazu *Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I, S. 35; vgl. auch *Köhler*, ZLR 2006, 3, 9; *Veelken*, WRP 2004, 1, 25; *Hoeren*, BB 2008, 1182, 1187.

<sup>346</sup> Eine solche faktische „Lauterkeitsvermutung“ befürchtet *Scherer*, NJW 2009, 324, 325 und 331; ähnlich auch schon *Hoeren*, BB 2008, 1182, 1187.

<sup>347</sup> *Scherer*, NJW 2009, 324, 331.

<sup>348</sup> Die mitgliedstaatlichen Straftatbestände der Nötigung, Freiheitsberaubung und des Hausfriedensbruchs können hier erfüllt sein, vgl. für das deutsche Recht §§ 123 Abs. 1, 239, 240 StGB.

Anhang aufgelistet werden, könnte den Eindruck vermitteln, das gesamte lauterkeitsrechtliche Schutzniveau der RLUGP sei ein eher niedriges und die RLUGP habe einen liberalen Stand. An dieser Stelle kann aber genauso diametral entgegengesetzt argumentiert werden. So listet die „black list“ doch mit dem Verbot der Nr. 3 – nach dem die bloße Behauptung, ein Verhaltenskodex sei gebilligt, als per se unlauter einzustufen ist – und wohl auch mit dem Verbot der Nr. 10 – das die Werbung mit Selbstverständlichkeiten als per se verboten kategorisiert – per se unlautere Tatbestände auf, die einen relativ niedrigen Unrechtsgehalt aufweisen. Aus den einzelnen Per se-Verboten des Anhangs 1 RLUGP kann aufgrund des unterschiedlichen Unrechtsgrades und auch aufgrund der Tatsache, dass es sich teilweise um sehr spezifische Verbote handelt, die in der Praxis nur selten vorkommen werden<sup>349</sup>, im Ergebnis nicht repräsentativ und aussagekräftig auf eine liberalisierende oder restriktive Tendenz des europäischen Gesetzgebers geschlossen werden.

#### **4. Mögliche restriktive Wirkung der Tatbestände des Anhangs 1 RLUGP**

Die „schwarze Liste“ stellt – daran vermag auch die nachdrücklichste Kritik nichts zu ändern – bindendes europäisches Gesetzesrecht dar. Zwar ist sie als Teil einer Richtlinie an sich nur hinsichtlich ihrer Ziele verbindlich, de facto bedürfen die Per se-Verbote aufgrund ihrer abschließenden und unbedingten Verfassung aber einer ausdrücklichen und punktgenauen Umsetzung ins nationale Recht<sup>350</sup>. Anhang 1 RLUGP kann hinsichtlich seiner Verbindlichkeit durchaus Verordnungscharakter zugesprochen werden. Mit den starren und verbindlichen Verboten führt dieser Richtlinienannex kaum zu einer Lockerung, sondern eher zu einer Verschärfung des Lauterkeitsrechts<sup>351</sup>. Von dieser Verschärfung sind zunächst die Unternehmer unmittelbar betroffen. Ihnen nämlich wird auferlegt, den durch die „black list“ geschaffenen, einheitlichen europäischen Mindeststandard an Verbraucherschutz in Form der Per se-Verbote im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern zu beachten. Fraglich ist, ob die starre „black list“ im Ergebnis zu Restriktionen für den europäischen Wettbewerb führt oder ob die vom europäischen

<sup>349</sup> Die praktische Bedeutung des Verbots der Nr. 8 Anhang 1 RLUGP, das eine Irreführung über ein sprachliches Entgegenkommen per se als unlauter einstuft, wird vielfach angezweifelt; m.w.N. *Dreyer* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, Anh. § 3 Abs. 3, II Nr. 8 Rn. 2.

<sup>350</sup> „Diese Liste gilt einheitlich in allen Mitgliedstaaten und kann nur durch eine Änderung dieser Richtlinie abgeändert werden“, so Art. 5 Abs. 5 RLUGP. Vgl. zum Bedarf der ausdrücklichen und punktgenauen Umsetzung statt vieler *Glöckner* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, Einl B Rn. 343.

<sup>351</sup> Von einer „Verschärfung“ für den Wettbewerb durch Anhang 1 RLUGP spricht auch *Peifer*, WRP 2008, 556, 560.

Gesetzgeber an die Unternehmen gerichteten Verbote schlussendlich eine positive und dem Wettbewerb zugute kommende Wirkung entfalten. Zur Beantwortung dieser Fragestellung muss ein globaler Ansatz verfolgt werden, der den von der „black list“ verfolgten Verbraucherschutz und damit zusammenhängend die zentrale Rolle des Verbrauchers am Markt berücksichtigt.

*a) Die Rolle des Verbrauchers am Markt*

Der Wettstreit zwischen konkurrierenden Unternehmen im Paralleleverhältnis kann nicht ohne die Verbraucher im Austauschverhältnis gedacht werden<sup>352</sup>. Der Verbraucher ist Teil der Marktgegenseite und agiert als Nachfrager von Produkten und Dienstleistungen am Markt mit dem Ziel, seine privaten Bedürfnisse zu befriedigen. Welches Unternehmen den Konkurrenzkampf gewinnt und welche Produkte oder Dienstleistungen zu bevorzugen sind, beurteilt der Verbraucher, der damit erheblichen Einfluss auf Produktion, Preis und Qualität hat<sup>353</sup>. In nächster Konsequenz kann ein Unternehmen nur dann dauerhaften Bestand auf dem Wettbewerb haben, wenn es den Verbraucher zufrieden stellt, seine Interessen berücksichtigt und ein gewisses Vertrauensverhältnis aufbaut. So entsteht sowohl eine positive Meinungsbildung über das Unternehmen – der wichtige „gute Ruf“ – als auch eine Vergrößerung des Abnehmerkreises, der den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zur Folge hat. Unabdingbare Voraussetzung für diesen Prozess und somit Funktionsbedingung für den Wettbewerb ist die Verbraucherautonomie im Sinne einer freien ökonomischen Entscheidung der Marktgegenseite<sup>354</sup>. Der Verbraucher ist nur dann autonom, wenn er in seiner Entscheidung nicht übermächtig beeinflusst wird<sup>355</sup>. Er muss in der Lage sein, gänzlich souverän und autonom zu entscheiden, ob, wie und bei welchem Unternehmer er einen Kauf tätigt oder eine Dienstleistung in Anspruch nimmt; nur auf diese Weise kann der Wettbewerb funktionieren. Ob die Verbraucherentscheidung gleichzeitig rational und wirtschaftlich sinnvoll ist, ist in diesem Zusammenhang nicht relevant, da niemand im Zuge seiner privaten Konsumententscheidung zu Objektivität verpflichtet werden kann. Diese Entscheidung basiert vielmehr auf subjektiven Interessen

---

<sup>352</sup> So schon *Schricker*, FS Zweigert, 537, 551, der feststellt, dass „sich in weiten Bereichen des Wettbewerbsrechts Verbraucherinteresse und gewerbliches Interesse an der Bekämpfung unlauterer Praktiken (decken) (...). Verbraucherschutz und Wettbewerbsschutz erweisen sich (...) als untrennbar verbundene Aspekte des Wettbewerbsrechts“.

<sup>353</sup> Vgl. zum Einfluss und zur Funktion des Verbrauchers in der Wettbewerbsordnung eingehend schon *Scherer*, Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung, S. 34 ff.

<sup>354</sup> Vgl. nur *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 282.

<sup>355</sup> *Thomas Dohrn* ist hier strenger und fordert für die Verwirklichung dieser Autonomie, dass der Verbraucher zum einen keinem qualitativen oder quantitativen Übermaß an Einflüssen ausgesetzt ist und zum anderen ausreichend Gelegenheit für seine Abwägung hat, vgl. *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 367 und Rn. 379.

und entsteht aus dem freien Willen heraus. Der oftmals verwendete Begriff der „Schiedsrichterfunktion“ des Verbrauchers<sup>356</sup> kann insoweit zu Missverständnissen führen, da mit dieser Bezeichnung – dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend – das hier gerade nicht geltende Gebot eines objektiven Maßstabs einhergeht<sup>357</sup>. Zutreffender sollte in diesem Zusammenhang von Konsumentensouveränität<sup>358</sup> oder von der Lenkungs- oder Steuerungsfunktion<sup>359</sup> der Konsumentenentscheidung für das Wettbewerbsgeschehen gesprochen werden.

Beachtet man die dargestellten Zusammenhänge in der Praxis, so stellt sich heraus, dass der Verbraucher im Wettbewerb eine elementare Rolle einnimmt, und dass damit zusammenhängend auch der Schutz des souveränen und den Wettbewerb lenkenden Verbrauchers vor unlauterem Wettbewerb von enormer Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist. Das in Anhang 1 und in der gesamten Lauterkeitsrichtlinie verfolgte Verbraucherschutzparadigma ist also aus dem wirtschaftlichen und binnenmarktorientierten Blickwinkel heraus zu betrachten. Wenn auch die Interessenslage jeweils eine andere ist, so gereicht ein fairer Wettbewerb mit seriösen Absatzmethoden und mit der Möglichkeit einer gänzlich autonomen und souveränen Verbraucherentscheidung letztendlich beiden Marktseiten zum Vorteil<sup>360</sup>.

*b) Konsequenz aus der Verbraucherschutzfunktion am Markt für die Wirkung des Anhangs 1 RLUGP auf den Wettbewerb*

Der durch die „black list“ geschaffene einheitliche und verbindliche Mindeststandard für den Verbraucherschutz trägt letztendlich dazu bei, Divergenzen auf dem Binnenmarkt zu verringern und kommt damit gleichzeitig den Verbrauchern und den Unternehmen zugute<sup>361</sup>. Mit der kritikwürdigen Ausgestaltung der einzelnen Verbote, mit ihrer Auslegungsbedürftigkeit und dem teilweise divergierenden Unrechtsgehalt wird man leben und Abhilfe durch den EuGH abwarten müssen. Im Endeffekt ist in den Per se-Verboten, welche die Unternehmer im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern beachten müssen, nicht eine vom europäischen Gesetzgeber beabsichtigte Restriktion für den Wettbewerb zu sehen, sondern die „black list“ ist vielmehr als Förderungsmaßnahme für die

<sup>356</sup> Vgl. nur *Lettl*, Das neue UWG, Rn. 42, 60, 156; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 2 Rn. 10, 18.

<sup>357</sup> Diese Kritik auch bei *Sosnitza* in *MünchKommUWG*, Band 1, § 1 Rn. 27.

<sup>358</sup> Vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 1 Rn. 17 a.E.; *Sosnitza* in *Piper/Ohly/Sosnitza*, UWG, § 1 Rn. 20.

<sup>359</sup> Vgl. *Scherer*, WRP 2008, 708, 712.

<sup>360</sup> So auch *Kisseler*, GRUR 1995, 73, 73.

<sup>361</sup> Vgl. auch *ErwGr. 4 RLUGP*.

Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu werten<sup>362</sup>.

## 5. Restriktionen für den Wettbewerb durch eine mittelbare Wirkung auch auf den B2B-Bereich?

Abschließend ist im Zuge der Untersuchung der Wirkung des Anhangs 1 RLUGP auf den Wettbewerb die Frage zu klären, wie solche Fälle zu behandeln sind, die zwar tatbestandlich der „schwarzen Liste“ zuzuordnen wären, aber keinen Verbraucherbezug aufweisen. Eine unmittelbare Anwendung der „black list“ scheidet aus, da derartige B2B-Sachverhalte ausdrücklich nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen<sup>363</sup>. Es könnten sich aber zumindest Indizwirkungen für das Verhältnis zwischen Kaufleuten ableiten lassen<sup>364</sup>. Gegen eine solche mittelbare Wirkung spricht jedoch zum einen der abschließende Charakter<sup>365</sup> und die Komplexität des Anhangs 1 RLUGP sowie dessen Ausgestaltung als Ausnahmenvorschrift. Daneben ist zu bedenken, dass die Unternehmen mit der RLUGP bereits spürbar in die Pflicht genommen werden. Mit der Obliegenheit, im Geschäftsverkehr mit den Verbrauchern die „black list“ und vor allem die umfangreichen Informationspflichten der RLUGP zu beachten, wurde der Unternehmerseite bereits Beträchtliches auferlegt. Bei einer faktischen Ausweitung des Anwendungsbereiches der „schwarzen Liste“ würde man die Unternehmerinteressen und auch den Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit nicht hinreichend berücksichtigen. Eine Indizwirkung der Verbotstatbestände des Anhangs 1 RLUGP auf das Verhältnis zwischen Kaufleuten ist abzulehnen<sup>366</sup> und die vom Richtliniengeber vorgenommene klare Trennung zwischen B2B und B2C darf auch hier nicht aufgeweicht werden. Diese Trennung ließe man zum Nachteil des Wettbewerbs außer Acht, wenn man mithilfe erweiternder Auslegung den vom europäischen Gesetzgeber im Zuge der Lauterkeitsrichtlinie nicht angestrebten

<sup>362</sup> Die dargestellte wesensmäßige Verknüpfung von Wettbewerber- und Verbraucherinteressen verdeutlicht auch, dass die Kritik an der systemwidrigen Trennung von B2B-Bereich einerseits und B2C-Bereich andererseits, berechtigt ist.

<sup>363</sup> Vgl. nur Art. 3 Abs. 1 RLUGP.

<sup>364</sup> Zumindest um Wertungswidersprüche zu vermeiden, sprechen sich *Köhler/Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG, Anh zu § 3 III Rn. 0.12 – auf das deutsche Recht bezogen – für eine starke Indizwirkung der „schwarzen Liste“ auch auf B2B-Sachverhalte aus.

<sup>365</sup> Vgl. ErwGr. 17 RLUGP.

<sup>366</sup> So im Ergebnis wohl auch *Schünemann* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 3 Rn. 460 ff., der zusätzlich darauf hinweist, dass die „schwarze Liste“ Konstellationen normiert, die tatbestandlich-situativ durchweg einen spezifischen Verbraucherbezug aufweisen, so dass derartiges geschäftliches Handeln ggü. einem Unternehmer wohl kaum zu beobachten wäre. Unentschieden: *Hoeren*, BB 2008, 1182, 1187, aber a.A. wohl *Henning-Bodewig* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, Anh. § 3 Abs. 3 I Rn. 15. Nach ihrer Ansicht ließe es sich zumindest vertreten, dass der „schwarzen Liste“ Indizwirkung auch für die Unzulässigkeit im B2B-Bereich zukommen kann.

Konkurrentenschutz in die Richtlinie einschleuste<sup>367</sup>. Das gilt nicht nur bezüglich des Anhangs 1, sondern kann auf die ganze RLUGP bezogen werden. Die Frage, ob der Anwendungsbereich der „black list“ oder auch den Anwendungsbereich anderer Regelungen der Lauterkeitsrichtlinie im jeweiligen nationalen Recht auch auf den B2B-Bereich übertragen werden soll, muss hier gänzlich isoliert beurteilt werden und fällt in den alleinigen und autonomen Entscheidungsbereich der nationalen Gesetzgeber<sup>368</sup>. Die Richtlinie jedenfalls verlangt dies nicht, steht dem aber auch nicht entgegen, da sich ihr vollharmonisierender Charakter ausschließlich auf den Bereich zwischen Unternehmen und Verbrauchern bezieht.

Im Ergebnis sind Restriktionen für den Wettbewerb durch Indizwirkungen der RLUGP auch auf den „Inter-Business-Bereich“ nicht anzunehmen.

### **III. Zusammenfassung: Wirkung der „black list“ auf den Wettbewerb – Restriktionen durch den Anhang 1 RLUGP?**

Man kann sicherlich nicht behaupten, die „black list“ mit ihrer Auflistung von stets verbotenen Geschäftspraktiken würde zu einer Lockerung oder gar zu einer unmittelbaren Liberalisierung des Wettbewerbs führen. Dieses vom europäischen Gesetzgeber gewählte „scharfe Schwert“<sup>369</sup> bringt vielmehr Regulierungen mit sich, welche die Unternehmen im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern stets beachten müssen. Die Wirtschaft wird sich insoweit auf die neue höhere Regelungsdichte einstellen müssen. Dass auch keine lediglich mittelbare Liberalisierung etwa aufgrund eines *e contrario*-Zulässigkeitschlusses angenommen werden kann, wurde dargestellt und genauso kann auch aus dem teils hohen Unrechtsgehalts einzelner Verbote keine mögliche Tendenz des Gesetzgebers hin zu einem relativ niedrigen Verbraucherschutzniveau und damit zusammenhängend zu einer mittelbaren Liberalisierung ausgemacht werden<sup>370</sup>. Andererseits können der „black list“ aber auch keine spürbaren Restriktionen für den Wettbewerb entnommen werden. So relativiert sich zum einen der Wegfall der Erheblichkeitsschwelle im Rahmen des Anhangs 1. Stellt sich ein starres *Per se*-Verbot im Einzelfall als unverhältnismäßig dar, so müssen

<sup>367</sup> So auch *Keßler/Micklitz*, BB-Special 13, Heft 49, 2005, 1, 9.

<sup>368</sup> So haben sich beispielsweise Schweden und Österreich für eine Ausdehnung der „schwarzen Liste“ auf sämtliche Marktteilnehmer entschieden. Deutschland entschied sich gegen eine solche Ausdehnung des Anhangs 1, weitete aber beispielsweise den Anwendungsbereich einer Irreführung bzgl. der Einhaltung eines Verhaltenskodexes, auch auf das B2B-Verhältnis aus, vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 6 UWG.

<sup>369</sup> So bezeichnet von *Hoeren*, BB 2008, 1182, 1187.

<sup>370</sup> Zur Ablehnung einer mittelbaren Liberalisierungswirkung durch Anhang 1 RLUGP s. bereits oben in Teil 3 unter B. II. 3. a).

Sanktionen bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände am allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit scheitern und gleichwohl ausbleiben. Der Anwendung dieses Prinzips steht grundsätzlich auch im Zusammenhang mit der „schwarzen Liste“ nichts entgegen<sup>371</sup>. Eine spürbare restriktive Wirkung des Anhangs 1 auf den Wettbewerb ist des Weiteren deshalb nicht anzunehmen, da der Anhang als Ausnahmenvorschrift grundsätzlich eng auszulegen ist und Analogien in diesem Zusammenhang zu unterlassen sind<sup>372</sup>. Durch die gebotene Auslegung wird der teilweise ohnehin sehr schmale Anwendungsbereich weiter reduziert und die mitunter angebrachten Zweifel an der praktischen Relevanz einzelner Per se-Verbote verstärkt<sup>373</sup>.

Im Ergebnis stellt die „schwarze Liste“ den ersten Versuch zu einer EU-weiten Analysierung des Lauterkeitsrechts auf einem festen Mindestniveau für den Verbraucherschutz im Binnenmarkt dar. Je nach nationaler Lauterkeitsrechtsordnung handelt es sich dabei um einen vergleichsweise hohen oder um einen eher niedrigen Standard<sup>374</sup> und je nach den Geschäftsgepflogenheiten im jeweiligen Mitgliedstaat wird die praktische Relevanz der einzelnen Verbote unterschiedlich hoch ausfallen<sup>375</sup>. Mit der Intention, die Funktionsfähigkeit des europäischen Wettbewerbs zu erhöhen, soll Anhang 1 RLUGP beiden Marktseiten, den Verbraucher und den Unternehmen, zum Vorteil gereichen. Ob Ziel und Zweck des Anhangs 1 RLUGP erfüllt werden, bleibt abzuwarten, gleichwohl muss die eingangs gestellte Frage nach mit der „schwarzen Liste“ einhergehenden Restriktionen für den Wettbewerb verneint werden. Solche Restriktionen sind nicht gewollt und konnten im Wege einer umfassenden Gesamtschau auch nicht festgestellt werden.

<sup>371</sup> S. bereits oben in Teil 3 unter B. II. 2. a); vgl. auch die Begr. des RegE UWG 2008 zu Nr. 12, BR-Drucks. 345/08, S. 60; ebenso: *Köhler/Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG, Anh zu § 3 III Rn. 0.10; *Berlit*, Wettbewerbsrecht, S. 23 Rn. 3 f.; m.w.N. *Boesche*, Wettbewerbsrecht, Rn. 483; a.A. *Henning-Bodewig* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, Anh. § 3 Abs. 3, I Rn. 16 ff.

<sup>372</sup> S.o. in Teil 3 unter B. II. 2. b) aa).

<sup>373</sup> Der schmale Anwendungsbereich und die zweifelhafte praktische Relevanz einzelner Tatbestände kann am Beispiel der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP veranschaulicht werden. Ohne die Werbung ggü. Kindern grundsätzlich verbieten zu wollen (vgl. ErwGr. 18 RLUGP), soll doch die „Einbeziehung einer direkten Aufforderung an Kinder in eine Werbung, die beworbenen Produkte zu kaufen“ per se verboten sein. Nach einhelliger Ansicht sind die Begriffe „Kind“ und „direkte Aufforderung“ äußerst restriktiv auszulegen; so *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 163 und *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 868. Der Tatbestand der Nr. 28 hat einen sehr engen Anwendungsbereich und wird in der Praxis wohl wenig relevant sein, so auch *Baukelmann*, FS Ullmann, 587, 591.

<sup>374</sup> Aus deutscher Sicht ist der Standard als eher niedrig zu beurteilen, da die aufgelisteten Verbote im deutschen Recht zum größten Teil bereits vor der RLUGP unlauter waren. Für andere, insbesondere neu hinzugekommene EU-Mitgliedstaaten mit wenig lauterkeitsrechtlicher Tradition, werden die Verbote des Anhangs 1 aber von größerer Bedeutung sein. Darauf hinweisend schon *Fezer*, WRP 2006, 781, 783 (Fn. 10).

<sup>375</sup> Vgl. *Schöttle*, WRP 2009, 673, 683.

## **C. Restriktionen durch die irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken, Art. 6 bis 9 RLUGP – Restriktionen für den Wettbewerb durch Verbraucherschutz?**

Entsprechend der Richtlinien-systematik soll im Anschluss an die Untersuchung des Anhangs 1 RLUGP, der die erste Prüfungsstufe einnimmt, auf die zweite Stufe der Art. 6 bis 9 RLUGP eingegangen werden. Zu untersuchen gilt es, ob diese verbindliche sekundärrechtliche Normierung der „insbesondere“ als unlauter geltenden irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken Restriktionen für den Wettbewerb bewirken.

### **I. Regelungsgehalt der Art. 6 bis 9 RLUGP**

Der Teil der irreführenden Geschäftspraktiken ist unterteilt in irreführende Handlungen (Art. 6 RLUGP) und irreführende Unterlassungen (Art. 7 RLUGP)<sup>376</sup>. Gemäß Art. 6 Abs. 1 RLUGP gilt eine Geschäftspraktik als irreführend, die falsche Angaben enthält und somit unwahr ist oder den Verbraucher mit den spezifischen in Art. 6 Abs. 1 lit. a bis lit. g RLUGP aufgelisteten Falschangaben<sup>377</sup> täuscht oder zu täuschen geeignet ist. Dadurch muss der Verbraucher tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst werden, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Teilweise wird der „endgültige Charakter“ des Art. 6 Abs. 1 RLUGP kritisiert<sup>378</sup> und mangelnde Flexibilität dieser kleinen Generalklausel befürchtet. Diesen Bedenken ist aber mit Blick auf den Richtlinienwortlaut zu begegnen. Zumindest Art. 6 Abs. 1 RLUGP formuliert de facto keinen abschließenden Katalog. Bei näherer Betrachtung zeigt sich vielmehr, dass die Anknüpfungspunkte hier so weit gefasst sind, dass sie alle relevanten Konstellationen zu erfassen vermögen<sup>379</sup>. Etwa die Worte „in irgendeiner Weise“ des Art. 6 Abs. 1 RLUGP oder auch die in Art. 6 Abs. 1 lit. b RLUGP enthaltene Formulierung „die wesentlichen Merkmale eines Produkts wie...“ verdeutlichen die Flexibilität des Tatbestandes. Dass es sich bei Art. 6 Abs. 1 um einen offenen Tatbestand handelt, geht auch deutlich aus S. 1 der

<sup>376</sup> Sprachlich besser wäre wohl die Unterscheidung zwischen Irreführung durch positives Tun und Irreführung durch Unterlassen.

<sup>377</sup> Die Bezugspunkte für die Falschangaben sind explizit aufgelistet und umfassen z.B. die wesentlichen Merkmale des Produkts oder des Gewerbetreibenden, den Preis oder die Art oder das Vorhandensein des Produkts.

<sup>378</sup> *Steinbeck*, WRP 2006, 632, 634; auch von einer „abschließenden Regelung“ ausgehend *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1092.

<sup>379</sup> So auch *Koch*, Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken, S. 47.

Regelung hervor<sup>380</sup>. Es handelt sich demnach um eine lange und detaillierte Auflistung, die bezüglich ihrer entscheidenden Merkmale – entsprechend ihres Charakters als „kleine Generalklausel“ – gleichwohl von Offenheit geprägt ist<sup>381</sup>. Ein Vergleich zu den starren Per se-Verboten der „black list“ kann also nicht gezogen werden. Neben den allgemeinen Regelungen des Art. 6 Abs. 1 RLUGP zur Qualifizierung irreführender Handlungen, listet Art. 6 Abs. 2 sodann spezielle Vorschriften bezüglich unzutreffender Unternehmeraussagen auf<sup>382</sup>, die als abschließender Katalog formuliert sind.

Art. 7 RLUGP enthält eine recht ausführliche Regelung der Irreführung durch Unterlassen. Voraussetzungen sind nach Art. 7 Abs. 1 RLUGP das Vorenthalten einer notwendigen Information, um eine informierte Entscheidung zu treffen sowie die Relevanz für eine geschäftliche Entscheidung. Gemäß Art. 7 Abs. 2 RLUGP steht unklare oder nicht rechtzeitig bereitgestellte Information dem Vorenthalten gleich. Art. 7 Abs. 4 RLUGP enthält einen genauen Katalog über die Informationen, die speziell in der Situation der Aufforderung zum Kauf als wesentlich anzusehen sind. Solche „wesentlichen Informationen“ sind gemäß Art. 7 Abs. 5 RLUGP auch die in anderen Richtlinien geregelten Informationen.

Art. 8 und 9 RLUGP enthalten die ebenso „insbesondere“ unlauteren aggressiven Geschäftspraktiken. Auf welche Kriterien im Zusammenhang mit den eingeführten Begriffen der Belästigung, Nötigung und unzulässigen Beeinflussung im Einzelfall abzustellen ist, wird in Art. 9 RLUGP festgelegt<sup>383</sup>.

## II. Wirkungen der Art. 6 bis 9 RLUGP auf den Wettbewerb

Bei der Ermittlung der Wirkungen der irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken auf den Wettbewerb sind zunächst deren Rolle und Relevanz und sodann der gesetzgeberische Hintergrund der Normen eingehend zu untersuchen.

---

<sup>380</sup> Hier wird nämlich alternativ formuliert, dass eine Geschäftspraktik als irreführend zu kategorisieren ist, wenn sie entweder falsche Angaben enthält und somit unwahr ist oder wenn über die in lit. a bis g aufgeführten Angaben getäuscht wurde.

<sup>381</sup> So auch *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rn. 1.25b und *Peifer*, WRP 2008, 556, 558.

<sup>382</sup> Art. 6 Abs. 2 lit. a RLUGP regelt die Irreführung durch Begründung einer Verwechslungsgefahr bei der Produktvermarktung. Art. 6 Abs. 2 lit. b RLUGP regelt die Irreführung durch Täuschung über die Selbstverpflichtungen eines Unternehmers.

<sup>383</sup> Kriterien bei der Beurteilung, ob im Einzelfall eine aggressive Geschäftspraktik vorliegt, sind in Art. 9 lit. a bis e aufgelistet. Darunter fallen u.a. Zeitpunkt, Ort, Art und Dauer, das Ausnutzen einer Unglücksituation beim Verbraucher oder auch die Verwendung, drohender oder beleidigender Formulierungen.

## **1. Rolle und Relevanz der „insbesondere unlauteren“ irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken**

Bezüglich der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher strebt die RLUGP ausdrücklich ein hohes Schutzniveau an<sup>384</sup>. Die zentralen Normen zum Erreichen dieses Ziels stellen die Art. 6 bis 9 RLUGP dar, die die zweite Stufe der lauterkeitsrechtlichen Prüfung einnehmen. Wie bereits dargestellt, schafft nämlich Anhang 1 RLUGP auf der ersten lauterkeitsrechtlichen Prüfungsstufe, nur einen spezifischen einheitlichen Verbraucherschutzstandard im Sinne eines Minimalstandards. Auch die eingeführte Generalklausel auf europäischer Ebene stellt nicht die Kernvorschrift für den lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutz dar, sondern fungiert als Auffangtatbestand, dem in der Praxis wohl nur wenig Bedeutung zukommen wird<sup>385</sup>. Die zentralen und effektiv verbraucherschützenden Normen der RLUGP stellen folglich die detailliert und umfassend geregelten Sondertatbestände der Art. 6 bis 9 RLUGP dar, auch die GD Sanco misst den irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken zentrale Bedeutung zu. Sie geht davon aus, dass „die überwiegende Mehrheit“ unlauterer Geschäftspraktiken in diese beiden Kategorien unterteilt werden können<sup>386</sup>.

## **2. Verbraucherschutz statt Wettbewerbsfreiheit? – Der gesetzgeberische Hintergrund der detailliert geregelten Verbote irreführender und aggressiver Geschäftspraktiken**

Die Lauterkeitsrichtlinie reguliert lediglich die Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern, den so genannten B2C-Bereich<sup>387</sup>. Ganz im Gegensatz zum umfassend wettbewerbsrechtlich geprägten Regelungsansatzes des deutschen und auch des österreichischen UWG<sup>388</sup>, stellt sich die RLUGP als primär auf den Konsumentenschutz<sup>389</sup>

<sup>384</sup> So erwähnt schon ErwGr. 1 RLUGP, dass die Gemeinschaft nach Art. 153 EG (jetzt Art. 169 AEUV) einen Beitrag zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus zu leisten hat und auch die ErwGr. 5, 11, 20, 23 und 24 RLUGP sprechen von der Gewährleistung dieses Niveaus. Außerdem stellt Art. 1 RLUGP den Verbraucherschutz als Zweck der Richtlinie klar.

<sup>385</sup> Vgl. eingehend zur Bedeutung der Generalklausel im Rahmen der RLUGP und zu ihrer Wirkungen auf den Wettbewerb später in Teil 3 unter D. III.

<sup>386</sup> KOM 2003 (356) endg., S. 15 Rz. 56.

<sup>387</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 RLUGP.

<sup>388</sup> Die Regelungsansätze in Deutschland und in Österreich sind vor allem aufgrund der enthaltenen Schutzzwecktrias, also dem gleichwertigen Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher und dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb, als wettbewerbsrechtlich umfassend zu bezeichnen.

<sup>389</sup> Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass die Begriffe „Konsumentenschutz“ und „Verbraucherschutz“ in der Rechtssprache synonym verwendet; „Verbraucher“ und der vom lateinischen „consumere“ (zu sich nehmen, verbrauchen) stammende Begriff „Konsument“ sind etymologisch dasselbe, vgl. Köbler, Etymologisches Rechtswörterbuch, S. 231.

ausgerichtetes Regelungsinstrument dar. Betrachtet man die insoweit detaillierten Regelungen der RLUGP und die Dominanz verbraucherschützender Normen, so kann der Anschein entstehen, auf EU-Ebene solle das Verbraucherschutzparadigma der Wettbewerbsfreiheit übergeordnet werden und der europäischen Gesetzgebers verabschiede sich von seiner bisher verfolgten Liberalisierungstendenz im Bereich des europäischen Lauterkeitsrechts. Um festzustellen, ob sich dieser Eindruck bestätigt, sind zunächst Funktion und Verständnis des Verbraucherrechts in Europa verglichen zum nationalen Verbraucherrecht darzustellen, um anschließend den gesetzgeberischen und teleologischen Hintergrund der Art. 6 bis 9 RLUGP, als den zentralen verbraucherschützenden Normierungen der Richtlinie, ermitteln zu können.

*a) Verbraucherrecht nach dem nationalen deutschen Verständnis*

Dem nationalen Verständnis zufolge handelt es sich bei Verbraucherrecht in erster Linie um „Schutz“-Recht<sup>390</sup>. In seiner sozialstaatlichen Verantwortung hat sich der nationale Gesetzgeber für die Belange des Verbrauchers einzusetzen und dafür Sorge zu tragen, dass durch Schutzvorschriften ein Ausgleich dafür geschaffen wird, dass der Verbraucher – wie etwa vom BVerfG bestätigt<sup>391</sup> – gegenüber dem Unternehmer strukturell unterlegen ist. Eine solche Unterlegenheit ist in mehrfacher Hinsicht zu beobachten. Zum einen fehlt dem Verbraucher die seitens des Unternehmers in der Regel vorhandene Marktübersicht. Es ist dem einzelnen Konsumenten kaum möglich, die unzähligen divergierenden Angebote auf dem Markt zu überblicken und zu vergleichen. Abgesehen davon ist ein vollumfänglicher Vergleich der Angebote zumindest im Bereich finanziell weniger ins Gewicht fallender Anschaffungen und Geschäften des täglichen Lebens mit einem für den Verbraucher unverhältnismäßigen Zeitaufwand verbunden, zu deren Aufbringung nur wenige Verbraucher in der Lage und willens sind. Für die Verbrauchersituation tritt erschwerend hinzu, dass die Marketingstrategien der Unternehmen immer kreativer und vielgestaltiger werden und an Objektivität verlieren. Die Vermarktung eines Produkts wird so wichtig wie das Produkt selbst und die Werbung arbeitet mit den verschiedenartigsten Anreizen. Es ist gerade Wesen moderner Werbung, den Blickpunkt wenig auf die objektiven Eigenschaften des jeweiligen Produkts zu richten, sondern den Verbraucher unterschwellig, sachfremd und wenig nüchtern zu beeinflussen. Einzig der Preis kann dem Verbraucher noch als

---

<sup>390</sup> Micklitz, ZEuP 1998, 253, 257.

<sup>391</sup> BVerfG, NJW 1994, 36, 39; näher dazu und mit fundierter Kritik zu der vom BVerfG erwähnten „Theorie von der gestörten Vertragsparität“ Adomeit, NJW 1994, 2467 ff.

vermeintlich zuverlässiges<sup>392</sup> und permanent zur Verfügung stehendes Auswahlkriterium dienen. Der Unternehmer hingegen ist in seiner Eigenschaft als Geschäftsmann über die Marktsituation und die Konditionen seiner Mitbewerber in aller Regel gut informiert. Darüber hinaus kennt er auch die genauen Modalitäten des einzelnen Geschäfts mit dem Verbraucher, es liegt somit ein doppeltes „Informationsungleichgewicht“<sup>393</sup> zwischen Anbieter und Konsument vor, zum einen auf die generelle Marktsituation bezogen und zum anderen hinsichtlich der Bedingungen des konkreten Geschäfts mit dem einzelnen Verbraucher.

Das Schutzbedürfnis des Verbrauchers auf dem Wettbewerb ist darüber hinaus mit einem festzustellenden Multiplikatoreffekt<sup>394</sup> zu begründen. Dabei handelt es sich um einen generalisierenden und potenzierenden Effekt, der bei unternehmerischer Tätigkeit am Markt eintritt. Im Gegensatz zum privaten Kunden, für den ein geschäftlicher Kontakt typischerweise Einzelcharakter hat, verrichtet der Unternehmer zahlreiche und gleichartige geschäftliche Tätigkeit. Es kommt zu einem generalisierenden Effekt, durch den ein Gefälle an Erfahrung und Know How zu Gunsten des Unternehmers und zu Ungunsten des Verbrauchers entsteht. Der Multiplikatoreffekt reicht noch weiter. Geht ein Unternehmer bei seiner Tätigkeit nun unlauter vor, so potenziert und generalisiert sich in nächster Konsequenz die Unlauterkeit am Markt und betrifft in aller Regel nicht nur einen Einzelfall, sondern eine Vielzahl von Fällen. Der je nach Unternehmen und nach den Umständen des Einzelfalls groß oder weniger groß ausfallende Multiplikatoreffekt ruft ein gesteigertes Präventionsbedürfnis hervor und rechtfertigt eine Verschärfung der Verhaltensanforderungen für die unternehmerische Tätigkeit<sup>395</sup>. Eben eine solche Verschärfung stellen verbraucherschützende Normen dar.

Durch das Informationsgefälle zum Nachteil des Verbrauchers, durch den steigenden Anbieterwettbewerb und den dargestellten Multiplikatoreffekt kommt es zur strukturellen und ökonomischen Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer, der vom Gesetzgeber nach dem sozialstaatlichen Verständnis durch das

---

<sup>392</sup> Im Endeffekt können nur der Preis und die qualitative Leistung in Gesamtbetrachtung als repräsentatives Auswahlkriterium für die Preiswürdigkeit einer Ware oder Dienstleistung dienen.

<sup>393</sup> *Sommer*, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz, S. 34.

<sup>394</sup> So bezeichnet von *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, S. 609.

<sup>395</sup> Ausführlich zum Zusammenhang zwischen dem Multiplikatoreffekt seitens der Unternehmen und dem Verbraucherschutz bei *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, S. 609 ff. Auch *Beater* sieht diesen Effekt als wichtig für die Rechtfertigung des wettbewerbsrechtlichen Verbraucherschutzes an, vgl. *Beater*, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, S. 73.

Verbraucherschutzrecht auszugleichen ist<sup>396</sup>.

*aa) Verbraucherrecht im BGB*

In Deutschland folgt man hierbei dem Integrationsansatz, also dem Modell der Integration des (Haupt-)Verbraucherrechts in das BGB als der zentralen Kodifikation. Der zivilrechtlich normierte Schutz wird auch als vertraglicher oder rechtsgeschäftlicher Verbraucherschutz bezeichnet und umfasst beispielsweise die zivilrechtlichen Widerrufsrechte (§§ 312 ff, 355 BGB), die Normierungen zum Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB), die Regelung bezüglich nicht bestellter Leistungen (§ 241 a BGB), auch den verbraucherschützenden Teil des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) und die Gestaltungsrechte (Anfechtungs-, Rücktritts- oder Gewährleistungsrechte). Zum Verbraucherrecht im weiteren Sinne wird das Recht der Wohnraummiete gezählt (§§ 549 ff. BGB) und die unter anderem vom Verbraucherschutz motivierten zivilrechtlichen Formvorschriften<sup>397</sup>. Auch wenn die verbraucherschützenden Normierungen des BGB zu einem großen Teil unmittelbar der Umsetzung europäischen Sekundärrechts dienen oder zumindest durch Sekundärrecht geprägt und geändert wurden<sup>398</sup>, ist der Gedanke des Verbraucherschutzes eine wichtige – und nicht etwa nur von Europa fremdbestimmte – Zielvorstellung des deutschen Zivilrechts geworden<sup>399</sup>.

*bb) Verbraucherrecht im UWG und im öffentlichen Recht*

Neben dem vertraglichen Verbraucherschutz wird der Konsument auch durch das privatrechtlich ausgestaltete UWG geschützt. Während das BGB einen individualistischen Schutz des gegenüber dem Unternehmer unterlegenen Verbrauchers anstrebt und Vertragsgerechtigkeit im synallagmatischen Verhältnis zu erreichen sucht, hat das UWG mit dem Schutz der wirtschaftlichen Handlungs- und Entschließungsfreiheit des

<sup>396</sup> So auch *Eppe*, WRP 2005, 808, 808, der – bezogen auf Deutschland – auch darauf hinweist, dass das Verbraucherschutzrecht nicht einheitlich normiert ist, sondern vielmehr in unterschiedlichen Gesetzesmaterien geregelt ist.

<sup>397</sup> So wird etwa durch die Beurkundungspflicht bei Verträgen über Grundstücke, das Vermögen und den Nachlass (§ 311 b Abs. 1 BGB) sichergestellt, dass diese in aller Regel finanziell erheblichen Geschäfte nicht unüberlegt geschlossen werden. Außerdem wird sachkundige Beratung durch den beurkundenden Notar sichergestellt.

<sup>398</sup> § 241 a BGB diene beispielsweise der Umsetzung von Art. 9 der Fernabsatzrichtlinie (RL 97/7/EG); § 312 BGB diene der Umsetzung der Haustürrichtlinie (RL 85/577/EWG) und das deutsche Gewährleistungsrecht wurde durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG) geprägt.

<sup>399</sup> Vgl. *Heinrichs* in Palandt, BGB, Einf v § 145 Rn. 14; teilweise wird das deutsche Schuldvertragsrecht allerdings aufgrund seines überschießenden sozialen Gehalts als „einseitig parteiliches Recht“ bezeichnet, vgl. *Calliess*, AcP 2003, 575, 597.

Verbrauchers einen anderen Kern. Das Marktverhalten wird hier generell abstrakt geregelt, während das Vertragsrecht die individuelle Beziehung zwischen Unternehmer und Verbraucher reguliert<sup>400</sup>. Der abstrakte Charakter des lauterkeitsrechtlichen Schutzes wird auch dadurch deutlich, dass der einzelne Verbraucher nach dem UWG nicht anspruchsberechtigt ist<sup>401</sup>. Neben dem lauterkeitsrechtlichen Schutz bestehen auch zahlreiche und auf viele Gesetze verstreute öffentlich-rechtliche Vorschriften, beispielsweise im Bereich der Produktsicherheit und dem Gesundheitsschutz<sup>402</sup>.

#### b) Verbraucherrecht in anderen Mitgliedstaaten

Ein Blick über die nationalen Grenzen zeigt, dass im Bereich des rechtsgeschäftlichen Verbraucherschutzes europaweit unterschiedliche Ansätze verfolgt werden. Neben dem vom deutschen und auch vom niederländischen und italienischen Rechtssystem verfolgten Integrationsansatz wird teilweise auch dem Modell einer separaten Kodifizierung gefolgt. Ein entsprechend getrennt normiertes Verbraucherrecht gibt es etwa in Frankreich mit dem „Code de la consommation“<sup>403</sup> und auch in Österreich mit dem „Konsumentenschutzgesetz“ (KSchG)<sup>404</sup>. In Irland und England erfolgt hingegen weder eine Integration noch ist ein separater Verbraucherkodex normiert. Das Verbraucherrecht wurde hier vielmehr über das „Case Law“ und im Wege zahlreicher Einzelgesetze reguliert<sup>405</sup>. Ganz ähnlich wurde in diesen Ländern auch der lauterkeitsrechtliche Verbraucherschutz geregelt<sup>406</sup>, auch diesbezüglich fehlt es an einer abschließenden und einheitlichen Normierung. Ein solcher zu dem rechtsgeschäftlichen Schutz der Konsumenten potenziell hinzutretender lauterkeitsrechtlicher Schutz wird von den Mitgliedstaaten generell unterschiedlich beurteilt. Man divergiert schon bezüglich der vorgesehenen lauterkeitsrechtlichen Schutzsubjekte. Nur teilweise ist der integrierte

<sup>400</sup> Vgl. eingehend zu den Unterschieden im deutschen Recht zwischen dem rechtsgeschäftlichen Verbraucherschutz einerseits und dem Schutz durch das UWG andererseits bei *Eppe*, WRP 2005, 808 ff.

<sup>401</sup> Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung stehen gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 - 4 UWG nur Mitbewerbern, rechtsfähigen Verbänden, qualifizierten Verbraucherschutzzeinstellungen oder Industrie-, Handels- oder Handwerkskammern zu. Einen Schadensersatzanspruch können nur Mitbewerber geltend machen, § 9 UWG und auch einen Gewinnabschöpfungsanspruch kann gem. § 10 Abs. 1 UWG nur den Verbänden, Einrichtungen und Kammern i.S.d. § 8 Abs. 3 Nr. 2 - 4 UWG zustehen. Ein Individualanspruch zu Gunsten des Verbrauchers besteht nicht.

<sup>402</sup> Vgl. zum öffentlich-rechtlichen Verbraucherschutz, v.a. zum Produktsicherheitsrecht in Deutschland *Fluck/Sechting*, DVBl. 2004, 1392 ff.

<sup>403</sup> Zur Entwicklung des Verbraucherrechts in Frankreich vgl. *Kammerer*, Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa, S. 205 f.; näher zum „Code de la consommation“ bei *Szönyi*, GRUR Int. 1996, 83 ff. und kritisch *Witz/Wolter*, ZEuP 1995, 35 ff.

<sup>404</sup> Eine kurze Übersicht über das österreichische KSchG liefert die Einleitung bei *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz – Kurzkomentar, S. 1 - 4.

<sup>405</sup> M.w.N. und näher zum vertraglichen Verbraucherschutzrecht in den nationalen Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten vgl. *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht, S. 275.

<sup>406</sup> Siehe dazu bereits oben unter Fn. 76.

Ansatz – also der gleichwertige Schutz von Verbrauchern und Mitbewerbern – vorgesehen<sup>407</sup>, teilweise sieht man das Lauterkeitsrecht als reines Konkurrentenschutzrecht an und folgt dem dualistischen System<sup>408</sup>.

Im Bereich des Verbraucherschutzes ist also eine innereuropäische Systemvielfalt festzustellen, für die zum Teil wohl auch der europäische Gesetzgeber verantwortlich ist. Seine sekundärrechtlichen Vorgaben brachten und bringen Regelungs-, Anpassungs- und Reformbedarf mit sich und die nationalen Gesetzgeber müssen permanent dafür Sorge tragen, ihre im Bereich des Verbraucherschutzes recht umfangreichen „europäischen Hausaufgaben“ zu erledigen und die Europarechtskonformität des nationalen Recht stets zu gewährleisten. Der Gemeinschaft kann allerdings nicht die gänzliche und alleinige Schuld für die divergierende Verbraucherschutzbestimmungen der Mitgliedstaaten zugesprochen werden. So ist nämlich in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass die jeweiligen nationalen gesetzssystematischen Weichenstellungen im Bereich des Verbraucherschutzes weiter zurückreichen und oftmals aus der jeweiligen nationalen Rechtstradition hervorgehen. Vor allem an der Situation in Irland und Großbritannien wird dies deutlich. Dass in diesen dem Rechtssystem des Common Law folgenden Staaten keine Gesamtkodifikation eingeführt, sondern der Verbraucherschutz im Wege zahlreicher Einzelnormierungen geregelt wurde, ist traditionell bedingt und typisch für das als Fallrecht ausgestaltete System des Common Law<sup>409</sup>.

*c) Verbraucherrecht nach dem europäischen Verständnis und nach dem  
Verständnis der RLUGP*

Das europäische Verständnis und die Funktionen des Verbraucherrechts sowie die Ziele, die die Gemeinschaft in diesem Zusammenhang verfolgt, stimmen nur teilweise mit dem nationalen Grundverständnis dieser Materie überein. Ein wichtiger Unterschied besteht darin, dass sich die Gemeinschaft momentan 27 verschiedener Rechtsordnungen gegenüber sieht. Dadurch bedingt ist die europäische Herangehensweise an die Materie des Verbraucherschutzes gewissermaßen von einer übergeschalteten Ebene aus zu gestalten.

---

<sup>407</sup> Vgl. zu diesem Ansatz § 1 UWG und § 1 Abs. 1 des österreichischen UWG.

<sup>408</sup> Diesem dualistischen System wird etwa in Finnland, Frankreich und auch in Griechenland gefolgt. Hier findet eine gesetzliche Trennung zwischen Lauterkeitsrecht einerseits und Verbraucherschutzrecht andererseits statt. Vgl. dazu die Übersicht bei Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. Rn. 4.6 - 4.8.

<sup>409</sup> Vgl. Rösler, Europäisches Konsumentenvertragsrecht, S. 278.

*aa) Die marktdienende Angleichungs- und Harmonisierungsfunktion des europäischen Verbraucherrechts*

Der Angleichungs- und Harmonisierungsaspekt, der weder den deutschen noch einen anderen nationalen Gesetzgeber beschäftigt, spielt auf europäischer Ebene eine wichtige Rolle, vgl. Art. 3 lit. h EG (im AEUV nicht mehr vorgesehen), und stellt in Anbetracht der unionsinternen Sprachenvielfalt und der bestehenden kulturellen Unterschiede eine große Herausforderung und anspruchsvolle Aufgabe dar. Als wichtigstes – und aufgrund der bestehenden nationalen Unterschiede geeignetes – Instrument zur Angleichung hat sich die nur hinsichtlich ihrer Ziele verbindliche Richtlinie herauskristallisiert. Richtlinie und Verordnung sind beides Instrumente der zentralen Rechtsangleichung, erstere stellt aber das schonendere und flexiblere Instrument dar. So entfaltet die Richtlinie grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung, sondern ist gemäß Art. 249 Abs. 3 EG (jetzt Art. 288 Abs. 3 AEUV) von den Mitgliedstaaten im jeweiligen nationalen Recht umzusetzen. Von der korrekten Transformation in mitgliedstaatliches Recht durch den nationalen Gesetzgeber und vom jeweiligen Spielraum, den die Richtlinie den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einräumt, hängen der Grad der Harmonisierung und der Erfolg der Richtlinie ab. Im Bereich des europäischen Verbraucherrechts wurden neben der RLUGP bereits zahlreiche verbraucherschützende Richtlinien erlassen, wie beispielsweise die Haustürwiderrufsrichtlinie<sup>410</sup>, die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>411</sup>, die Fernabsatzrichtlinie<sup>412</sup>, die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen<sup>413</sup> oder auch die Pauschalreiserichtlinie<sup>414</sup>.

Die mit der RLUGP erzielte Angleichung soll Rechtssicherheit sowohl für Unternehmen als auch für Verbraucher erhöhen<sup>415</sup>, ein hohes Verbraucherschutzniveau in Europa gewährleisten<sup>416</sup> und die Verwirklichung des Binnenmarktes in diesem Bereich ermöglichen<sup>417</sup>. Es wird angestrebt, dass europaweit ein universeller und aktiver

<sup>410</sup> RL 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.

<sup>411</sup> RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

<sup>412</sup> RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.

<sup>413</sup> RL 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher.

<sup>414</sup> RL 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen.

<sup>415</sup> Vgl. ErwGr. 12 RLUGP.

<sup>416</sup> Vgl. Art. 1 RLUGP.

<sup>417</sup> Vgl. ErwGr. 12 RLUGP a.E.

Binnenmarktverbraucher tätig ist, der seine durch die EU geschaffenen Freiheiten nutzt und keinerlei Hemmnissen am grenzüberschreitenden Tätigwerden in seiner Rolle als Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen unterliegt. Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerb sollen nicht nur abstrakt die Wirtschaft optimieren, sondern letztendlich individuell jedem einzelnen Bürger in seiner Rolle als Verbraucher dienlich sein<sup>418</sup> und den Binnenmarkt öffnen – für jedermann. Noch vor einigen Jahren hätte man mit Blick auf das tatsächliche Marktgeschehen einen solchen aktiven Binnenmarktverbraucher vielleicht noch als Phantom bezeichnen können. So war es eher untypisch, wenig praktikabel und auch wenig rentabel für den durchschnittlichen Verbraucher, Waren und Dienstleistungen aus verschiedenen Mitgliedstaaten zu erwerben. Im Zeitalter des Internets<sup>419</sup> hat sich dies grundlegend geändert. Durch das seit 1993 bestehenden „world wide web“<sup>420</sup> wurde dieses weltweite Computernetzwerk kommerzialisiert und das Internet wurde zum wesentlichen Katalysator der digitalen Revolution. Seit dem Jahre 2002 hatte auch das Einkaufen von Waren und Dienstleistungen im Wege des Internets kontinuierlich zugenommen und sowohl Unternehmen als auch Verbraucher entdeckten die mit dieser neuen Plattform verbundenen Möglichkeiten der kommerziellen Kommunikation. In Deutschland war bis zum Jahre 2006 ein Anstieg des „Online-Shoppings“ um fast 19 % (von 33% auf 52 %) zu verzeichnen und EU-weit kam es in diesem Zeitraum zu einem Anstieg von 13 % auf 23 %<sup>421</sup>, 2008 stiegen die Zahlen weiter an<sup>422</sup>. Schon im Jahre 2007 verfügte mehr als jeder zweite Privathaushalt der 27 Mitgliedstaaten der EU über einen Internetzugang und 51 % der EU-Bürger waren regelmäßig online<sup>423</sup>. Zwar ist EU-weit ein gewisses Nord-Süd- und West-Ost-Gefälle zu beobachten<sup>424</sup>, doch der Trend zum Internet, zur Nutzung des E-Commerce und damit auch zum Online-Shopping ist klar zu verzeichnen und aus dem Arbeits- und Privatalltag nicht mehr wegzudenken. Nicht nur große Handels- und

<sup>418</sup> Ähnlich auch schon Reich, ZEuP 1994, 381, 387.

<sup>419</sup> Das Internet – der Begriff stammt vom englischen „interconnected networks“ ab – ist ein Computernetzwerk, das verschiedene Dienste (z.B. E-Mail oder das world wide web) zum Zwecke des Datenaustausches ermöglicht, vgl. Schmidl, IT-Recht, S. 119.

<sup>420</sup> Das world wide web macht den grafischen Teil des Internets aus, vgl. Schmidl, IT-Recht, S. 250.

<sup>421</sup> Mohr, Wirtschaft und Statistik 2007, 545, 553. Zugrunde gelegt wurde hier der EU-15-Durchschnitt von Personen im Alter zwischen 16 bis 74 Jahren.

<sup>422</sup> Vgl. die Statistik zum E-Commerce im EU-Vergleich bei Czajka/Mohr, Wirtschaft und Statistik 2009, 553, 559, wonach der EU-weite E-Commerce allerdings nur um 1 % auf 24 % anstieg. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Statistik aus dem Jahre 2008 nicht mehr die EU 15, sondern die EU 27 umfasst und damit auch Länder wie Bulgarien und Rumänien, in denen das Internet noch vergleichsweise wenig verbreitet ist.

<sup>423</sup> Mischke, Datenreport 2008 – Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland, Kapitel 16, 419, 430 f.

<sup>424</sup> Regional gab es 2007 noch immer erhebliche Unterschiede: Während etwa in den Niederlanden und Dänemark bereits mehr als drei Viertel der Haushalte einen Internetanschluss hatten, waren es in Bulgarien und Rumänien erst 20 %. Deutschland gehörte mit 71 % zu den 5 führenden Mitgliedstaaten. Daten aus Mischke, Datenreport 2008 - Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland, Kapitel 16, 419, 431.

Versandgesellschaften bieten ihre Waren im Internet an, sondern auch kleine und mittelständische Unternehmen, genauso wie Reiseveranstalter und Fluglinien nutzen die Möglichkeit, ihre Angebote im „Netz“ zu offerieren.

Früher waren meist nur in grenznahen Gebieten und in Produktbereichen mit hohem Preisgefälle – wie etwa dem Autokauf – eine Binnenmarktaktivität des EU-Verbrauchers und der Abschluss grenzüberschreitender Verträge festzustellen<sup>425</sup>. Es kann aber erwartet werden, dass der aktive Binnenmarktverbraucher, der Waren und Dienstleistungen etwa aus Griechenland oder Dänemark mit solchen aus Deutschland, Frankreich oder Italien vergleicht, nicht mehr nur ein theoretisches Konstrukt bleibt. Vor allem in Anbetracht der rasanten Entwicklungen und dem stetig steigenden Angebot des Internets wird der Unionsbürger noch bestehende Hemmungen am grenzüberschreitenden aktiven Tätigwerden voraussichtlich mehr und mehr verlieren. Genauso ist zu erwarten, dass sich die noch zu beobachtenden länder-, geschlechts- und altersspezifischen Unterschiede bei der Nutzung des „world wide web“ weiter nivellieren werden; dafür spricht zumindest der sich aus den statistischen Erhebungen abzeichnende Trend.

Mit der zu erwartenden Entwicklung hin zu einem aktiven Binnenmarktverbraucher wächst denknötwendig das Bedürfnis, auch die diesbezüglichen Schutzvorschriften zu harmonisieren und die Bedingungen europaweit anzugleichen. Der Verbraucher wird nur aktiv, wenn er Vertrauen in den grenzüberschreitenden Handel haben kann. Nur im Wege der Harmonisierung gelingen die Marktöffnung, eine Erhöhung des Waren- und Dienstleistungsverkehrs und die Verwirklichung der Vorstellung von einem tatsächlich aktiven Binnenmarktverbraucher.

*bb) Die marktordnende Funktion des europäischen Verbraucherrechts*

Eng mit der marktdienenden Angleichungsfunktion hängt die dem Verbraucherrecht ebenso innewohnende marktordnende Funktion zusammen. In dieser Funktion soll die Gemeinschaft durch vereinheitlichte Verbraucherschutzstandards den Binnenmarkt funktionsfähig gestalten<sup>426</sup>. Der Verbraucherschutz soll gleichzeitig dem Wettbewerb

<sup>425</sup> Vgl. dazu *Klauer*, Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge zwischen Römer EVÜ und EG-Richtlinien, S. 91.

<sup>426</sup> M.w.N. *Micklitz*, ZEuP 1998, 253, 259 und auch schon *Hommelhoff*, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, S. 1, der den Konsumentenschutz als „zentrales Anliegen im europäischen Binnenmarkt“ bezeichnet.

dienen und den Markt ordnen. Es heißt schon in den Erwägungsgründen der Lauterkeitsrichtlinie, dass durch divergierende nationale Bestimmungen im lauterkeitsrechtlichen Bereich „erhebliche Verzerrungen des Wettbewerbs und Hemmnisse für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes entstehen können“, so ErwGr. 3 RLUGP. ErwGr. 5 RLUGP weist darauf hin, dass diese Hemmnisse nur beseitigt werden können, „indem in dem Maße wie es für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes und im Hinblick auf das Erfordernis der Rechtssicherheit notwendig ist, auf Gemeinschaftsebene einheitliche Regeln, die ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten, festgelegt und bestimmte Rechtskonzepte geklärt werden“. Damit betont der europäische Gesetzgeber die der RLUGP innewohnende marktordnende Ausrichtung<sup>427</sup>. Nur wenn der den Wettbewerb lenkende Verbraucher<sup>428</sup> geschützt wird und seine Konsumententscheidung autonom und aufgrund zutreffender Informationen treffen kann, ohne dabei irreführt oder getäuscht zu werden, kann er den Markt ordnungsgemäß steuern und über Erfolg und Misserfolg der konkurrierenden Unternehmen entscheiden. Für diese Entscheidung muss er mit den für kompetentes Marktverhalten notwendigen Rechten ausgestattet werden.

Unlauterer Wettbewerb wirkt dieser wichtigen Konsumentensouveränität diametral entgegen. Denn nur auf einem fairen Wettbewerb, der von freier Zirkulation von Waren und Dienstleistungen geprägt ist, kann der Verbraucher seiner Rolle als Schiedsrichter – oder besser als Lenker und Leiter des Marktes<sup>429</sup> – gerecht werden, indem er seine Vertragspartner und die Vertragsart autonom und souverän aus(er)wählt. Diese materielle Vertragsfreiheit<sup>430</sup>, also die auf Selbstbestimmung beruhende Entscheidung ist unabdingbare Voraussetzung für einen funktionsfähigen Wettbewerb und damit unabdingbar für die Wettbewerbsordnung insgesamt. „Privatautonomie und Wettbewerbsordnung sind zwei Seiten derselben Medaille“<sup>431</sup>.

### *cc) Die soziale Funktion des europäischen Verbraucherrechts*

Die beschriebene marktdienende Angleichungsfunktion und auch die marktordnende

---

<sup>427</sup> So auch *Keßler*, WRP 2007, 714, 716.

<sup>428</sup> Zur zentralen Rolle des Verbrauchers für den Wettbewerb vgl. bereits oben in Teil 3 unter B. II. 4. a).

<sup>429</sup> Zum nicht ganz passenden Begriff der „Schiedsrichter-Rolle“ des Verbrauchers am Markt vgl. bereits oben in Teil 3 unter B. II. 4. a).

<sup>430</sup> Materielle Vertragsfreiheit bezeichnet eine zu verwirklichende Grundrechtsposition, vgl. dazu eingehend *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 294 f.

<sup>431</sup> *Koppensteiner*, AcP 1979, 595, 597.

Funktion weisen einen steten Binnenmarktbezug auf, sind also stark angelehnt an die Gemeinschaftsaufgabe, einen funktionsfähigen Binnenmarkt zu schaffen (Art. 3 Abs. 1 lit. c EG, im AEUV nicht mehr vorgesehen). Auch die RLUGP führt den Verbraucherschutz nicht als ihren eigenständigen und alleinigen Zweck auf, sondern stellt vielmehr den permanenten zeitgleichen Bezug zum Binnenmarktziel her. Zweck gemäß Art. 1 RLUGP sind die drei Elemente der Angleichung der mitgliedstaatlichen Vorschriften über unlautere Geschäftspraktiken, des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes und des Erreichens eines hohen Verbraucherschutzniveaus. Um zu ermitteln, ob und inwiefern die Gemeinschaft darüber hinaus auch eine von der Binnenmarktverwirklichung losgelöste Verbraucherpolitik im sozialpolitischen Sinne anstrebt, ist die primärrechtliche Verankerung des Verbraucherschutzes näher zu beleuchten.

*Ausgestaltung des Verbraucherschutzes als positives Integrationsziel im Primärrecht*

Die Gründungsverträge der Gemeinschaften schufen eine neue Rechtspersönlichkeit in Form eines Staatenverbundes und gingen insofern qualitativ weit über das klassische völkerrechtliche Vertragsrecht hinaus. Diese verbandsmäßige Organisation bedeutet aber nicht eine progressive Verabschiedung der Nationalstaaten, diese sollen vielmehr in ihrer zentralen Rolle beibehalten werden<sup>432</sup>. Im Zentrum der EU und ihrer Gesetzgebung steht vielmehr die Errichtung eines optimal funktionierenden Binnenmarktes, als einem Raum ohne Binnengrenzen und einem Raum, in dem die europäischen Grundfreiheiten<sup>433</sup> garantiert werden.

Der Verbraucherschutz war in diesem Zusammenhang lange Zeit nur eine Begleiterscheinung und Nebenprodukt anderer Politiken. Dies änderte sich aber spätestens im Jahre 1992 mit dem Vertrag von Maastricht<sup>434</sup>, mit dem das europäische Verbraucherrecht in ein neues Stadium eingetreten ist. Der Verbraucherschutz erhielt in der neu gegründeten Union den Rang eines Verfassungsziels<sup>435</sup>. Art. 3 lit. s EGV (Art. 3 Abs. 1 lit. t EG, jetzt Art. 4 Abs. 2 lit. f AEUV) sieht einen „Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes“ ausdrücklich als Tätigkeitsfeld der Gemeinschaft vor und durch den neu geschaffenen Art. 129 a EGV kam es zu einer deutlichen Aufwertung des

<sup>432</sup> Vgl. nur das ZRP-Rechtsgespräch mit Prof. Dr. Jürgen Meyer, ZRP 2003, 104, 106.

<sup>433</sup> Primärrechtlich garantiert werden die Warenverkehrsfreiheit (Art. 23, 28, 29 EG; jetzt Art. 28, 34, 35 AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG; jetzt Art. 56 AEUV), die Personenverkehrsfreiheiten (Art. 39, 43 EG; jetzt Art. 45, 49 AEUV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG; jetzt Art. 63 AEUV).

<sup>434</sup> Dieser Vertrag über die Europäische Union wurde am 7. Februar 1992 im niederländischen Maastricht vom Europäischen Rat unterzeichnet und trat am 1. November 1993 in Kraft. Einen Überblick über den Vertrag liefern *Jour-Schröder/Wasmeier* in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1, Vorbemerkung zu den Art. 29 - 42 EU-Vertrag, Rn. 24 - 28.

<sup>435</sup> *Dausen/Sturm*, ZfRV 1996, 133, 133.

Verbraucherschutzes auf EU-Ebene. Das Potential eines vom Binnenmarktkonzept losgelösten Schutzes zeichnete sich ab und der Bereich des Verbraucherschutzes wurde zu einem eigenständigen Bestandteil der Gemeinschaftspolitik<sup>436</sup>. Wenn auch Art. 129 a EGV – genauso wie Art. 153 EG bzw. jetzt Art. 169 AEUV – nicht von einer „Politik“ spricht, wurde doch die Verpflichtung auf ein hohes Verbraucherschutzniveau festgelegt und der Verbraucherschutz war nicht mehr nur eine Annexkompetenz des Binnenmarktziels, sondern war zu einem eigenständigen Bestandteil der Gemeinschaftspolitik geworden<sup>437</sup>. Die Verbraucherpolitik in der EU war von Zweispurigkeit geprägt, dem Verbraucherschutz kam neben der binnenmarktakzessorischen auch selbständige Bedeutung zu<sup>438</sup>, welche in der Neufassung des ehemaligen Art. 129 a EGV im Rahmen des Vertrags von Amsterdam<sup>439</sup> nochmals verdeutlicht wurde. In Art. 153 Abs. 3 EG (jetzt Art. 169 Abs. 2 AEUV) wurde der noch in der alten Fassung enthaltene unscharfe Begriff der „spezifischen Aktionen“ abgelöst und die Gemeinschaft ausdrücklich zu „Maßnahmen, die sie im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 95 EG erlässt“ (Art. 153 Abs. 3 lit. a EG, jetzt Art. 169 Abs. 2 lit. a AEUV) und zu „Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung“ auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes (Art. 153 Abs. 3 lit. b EG bzw. jetzt Art. 169 Abs. 2 lit. b AEUV) ermächtigt<sup>440</sup>. Der Gemeinschaft wird folglich eine eigenständige Verbraucherpolitik zugebilligt, im Rahmen derer sie sich gesetzgeberischer Instrumente bedienen kann. Sie wird dabei allerdings nicht auf ein bestimmtes Verbraucherschutzkonzept verpflichtet<sup>441</sup>. Die primärrechtlichen Normierungen sind vielmehr von dogmatischer Offenheit geprägt.

*Verständnis des Europäischen Verbraucherrechts als Wirtschaftsrecht, nicht als Sozialrecht*

Es konnte festgestellt werden, dass das Verbraucherrecht primärrechtlich eine deutliche Aufwertung erfuhr, die mit Art. 153 Abs. 3 lit. b EG (jetzt Art. 169 Abs. 2 lit. b AEUV)

<sup>436</sup> Rösler, EuR 2008, 800, 806 und m.w.N. Heiss, ZEuP 1996, 625, 626.

<sup>437</sup> „Verbraucherschutz als eigenständiger Politikbereich“ so Heiss, ZEuP 1996, 625, 625; vgl. dazu näher und mit fundierter Argumentation Micklitz/Reich, EuZW 1992, 593, 597.

<sup>438</sup> Glöckner, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 164.

<sup>439</sup> Der Vertrag von Amsterdam wurde am 2. Oktober 1997 unterzeichnet und ist am 1. Mai 1999 in Kraft getreten. Er ergänzte den Vertrag von Maastricht, ohne diesen abzulösen. Einen Überblick über diesen Vertrag liefern Jour-Schröder/Wasmeier in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1, Vorbemerkung zu den Art. 29 - 42 EU-Vertrag, Rn. 29 - 34.

<sup>440</sup> Von einer solchen Kompetenznorm im Sinne einer Rechtssetzungsermächtigung für zwingende Gemeinschaftsrechtsakte gehen ebenso aus: Rösler, EuR 2008, 800, 812; Kammerer, Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa, S. 10 und Micklitz/Rott in Dausers Hdb EU-Wirtschaftsrecht, H. V. Rn. 26 f.; a.A. Roth, JZ 2001, 475, 477 (Fn. 36), der Art. 153 Abs. 3 lit. a EG nicht als Kompetenznorm betrachtet und somit darin keine Ermächtigung der Gemeinschaft zu einer Harmonisierung des Verbraucherrechts sieht.

<sup>441</sup> Vgl. auch Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 434.

verbundene Kompetenzerweiterung bestätigt dies. Auch im sekundärrechtlichen Bereich können inzwischen zahlreiche verbraucherrechtliche Rechtsakte verzeichnet werden, im Rahmen derer vor allem die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher geschützt werden<sup>442</sup>. Lediglich eben diese wirtschaftlichen Interessen schützt auch die RLUGP<sup>443</sup>.

Der Bedeutungszuwachs und der bereits beträchtliche Umfang Verbraucherschützenden Sekundärrechts darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das europäische Verbraucherrecht vom Grundsatz her eine andere Richtung einschlägt als das nationale Recht<sup>444</sup>. Dem herkömmlichen nationalen Verständnis des Verbraucherrechts als „Schutzrecht“ des Schwächeren und des strukturell Unterlegenen steht auf europäischer Ebene ein weit überwiegend binnenmarktorientiertes Verbraucherrecht gegenüber. Der Verbraucher soll zwar auch nach europäischem Verständnis als aktiver Marktteilnehmer geschützt und gestärkt werden, jedoch nicht aus sozialen Beweggründen, sondern um die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu gewährleisten. Auf europäischer Ebene wird nicht eine einfache Maximierung des Verbraucherschutzes angestrebt, sondern vielmehr eine Optimierung. Die Schutzvorschriften sind im Hinblick auf das Binnenmarktziel und gleichzeitig unter Berücksichtigung der nationalen Traditionen zu optimieren<sup>445</sup>. Nur wenn der Verbraucher darauf vertrauen kann, dass der grenzüberschreitende Konsum abgesichert ist und er mit entsprechenden Rechten ausgestattet ist, verliert er die Hemmung, über die nationalen Grenzen hinweg zu konsumieren<sup>446</sup>. Da die Unternehmer weder verpflichtet waren noch Anreiz dazu hatten, ihre Produktrisiken offen zulegen und die Verbraucher hinreichend zu informieren, entstand ein Machtungleichgewicht zu Gunsten großer Unternehmen. Eine Korrektur durch staatliche Eingriffe – bzw. in diesem grenzüberschreitenden Bereich durch Eingreifen der Gemeinschaftsorgane – wurde erforderlich. Durch korrigierende Verbraucherschutzvorschriften sollte das Vertrauen in Europa gestärkt, ein Gegenpol zur teilweise festzustellenden „Euroskepsis“ geschaffen<sup>447</sup>

<sup>442</sup> Zu nennen sind hier v.a. die Haustürgeschäftsrichtlinie (RL 85/577/EWG), die Verbraucherkreditrichtlinie (RL 87/102/EWG), die Pauschalreiserrichtlinie (RL 90/314/EWG), die Fernabsatzrichtlinie (RL 97/7/EG), die E-Commerce-Richtlinie (RL 2000/31/EG) und die RLUGP. Einen ausführlichen Überblick zum Bestand des europäischen Verbraucherrechts liefert *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 167 ff.

<sup>443</sup> Ausweislich ihres Art. 1 schützt die RLUGP ausschließlich die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher. Anders als etwa in § 7 UWG erfolgt kein abstrakter Schutz der Privatsphäre etwa vor Belästigung, sondern es muss stets eine tatsächliche oder voraussichtliche Beeinträchtigung der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit einhergehen und der Verbraucher muss tatsächlich oder voraussichtlich zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst werden, vgl. Art. 8 RLUGP.

<sup>444</sup> So auch *Micklitz*, ZEuP 1998, 253, 258 mit Verweis schon auf *Reich*, ZEuP 1994, 381 ff. und aktueller auch *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 194.

<sup>445</sup> Vgl. *Drexel*, Die wirtschaftlichen Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 438.

<sup>446</sup> Dies kann zusammenfassend auch als „consumer confidence“ bezeichnet werden.

<sup>447</sup> Es wurde also auch ein politisches Ziel verfolgt. Durch den individuellen und bürgernahen Konsumentenschutz sollte verdeutlicht werden, dass die „Idee Europa“ nicht ein rein Unternehmer-

und die Verwirklichung des Binnenmarktes ermöglicht werden.

Wie bereits im Zusammenhang mit der marktdienenden und marktordnenden Funktion des Verbraucherrechts dargestellt werden konnte, hat Verbraucherschutz auf europäischer Ebene in erster Linie eine „ökonomische Seite“<sup>448</sup>. Europäisches Verbraucherrecht ist Wirtschaftsrecht, kein Sozialrecht<sup>449</sup>, das geht nicht zuletzt auch aus dem von Europa entwickelten und vorgegebenen Verbraucherleitbild<sup>450</sup> hervor. Oftmals kommt verbraucherschützendes Sekundärrecht zwar unmittelbar dem Konsumenten, doch mittelbar dem Binnenmarkt zugute. Verbraucherschutz dient dem Binnenmarkt, damit der Binnenmarkt dem Verbraucher zugute kommt. Das gewissermaßen symbiotische Verhältnis zwischen europäischem Binnenmarkt und europäischem Verbraucherschutz kann schlagwortartig unter den Leitspruch „Schutz des Einzelnen zum Vorteil des Ganzen“ gestellt werden.

*d) Legislativer Hintergrund der Art. 6 bis 9 RLUGP – Verbraucherschutz als autonome gesetzgeberische Entscheidung*

Bei der Frage nach dem gesetzgeberischen Hintergrund der Art. 6 bis 9 RLUGP muss zuvörderst berücksichtigt werden, dass der Verbraucherschutz schlechthin zum unmittelbaren Aufgabenbereich des europäischen Gesetzgebers zählt. Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. t EG (jetzt Art. 4 Abs. 2 lit. f AEUV) gehört es zu den Tätigkeiten der Gemeinschaft, „einen Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes“ zu leisten. Wie bereits erwähnt ist der Verbraucherschutz inzwischen als eigener Titel in Art. 153 EG im dritten Teil des EG-Vertrages (jetzt Art. 169 AEUV) geregelt und kann Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen sein<sup>451</sup>. Die RLUGP und ihre zentralen verbraucherschützenden Regelungen der irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken (Art. 6 bis 9 RLUGP) stellen – wie die gesamte RLUGP – eine gänzlich autonome Entscheidung des europäischen Gesetzgebers dar, der sich insoweit auch im Rahmen seiner Gesetzgebungsbefugnis hält. Es sei an dieser Stelle erwähnt, dass die EU keine „Pauschalkompetenz“ zur Harmonisierung der mitgliedstaatlichen

---

förderndes Unterfangen ist, sondern auch dem einzelnen Unionsbürger Vorteile verschafft.

<sup>448</sup> Heiss, ZEuP 1996, 625, 626.

<sup>449</sup> Glöckner, Europäisches Lauterkeitsrecht, S. 194.

<sup>450</sup> Näher zum europäischen Verbraucherleitbild bereits oben in Teil 2 unter C. I.

<sup>451</sup> Vgl. Heiss, ZEuP 1996, 625, 626; ausführlich zur Entwicklung und zur Bedeutung des Verbraucherrechts und der Verbraucherschutzkompetenz der Gemeinschaft Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, S. 20 ff.

Rechtsordnungen besitzt, sondern ihr nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nur spezielle und abschließend aufgezählte Kompetenzen zukommen. Die grundsätzliche Allzuständigkeit verbleibt bei den Mitgliedstaaten<sup>452</sup> und Art. 5 Abs. 1 EG (jetzt Art. 5 EUV n.F.) stellt insoweit eine Vermutung für die nationale Zuständigkeit auf. Grundlage der RLUGP ist die spezielle Kompetenznorm des Art. 153 Abs. 1, Abs. 3 lit. a, Art. 95 EG<sup>453</sup> (jetzt Art. 169 Abs. 1, Abs. 2 lit. a, Art. 114 AEUV). Wie bereits beschrieben, verfolgte der europäische Gesetzgeber dabei keine unmittelbar sozialrechtlichen Belange<sup>454</sup>, sondern wirtschaftliche und am Binnenmarkt orientierte Ziele. Zum Verbraucherschutz wird im Rahmen der angestrebten liberalen, binnenmarktorientierten und von Wirtschaftsfreiheit geprägten Rechtsordnung nur dann verpflichtet, wenn schutzwürdige wirtschaftliche Interessen der Verbraucher betroffen sind<sup>455</sup>. Es handelt sich insoweit um eine Maßnahme, die die Gemeinschaft „im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts nach Art. 95 erlässt“, vgl. Art. 153 Abs. 3 lit. a EG (jetzt Art. 169 Abs. 2 lit. a AEUV). Bezüglich der Kompetenzfrage im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie sei ergänzend angemerkt, dass praktische Konsequenzen eines möglichen Verstoßes jedenfalls nicht mehr zu erwarten sind. So ist doch die gemäß Art. 230 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 EG (jetzt Art. 263 Abs. 6 i.V.m. Abs. 2 AEUV) bestehende Frist für eine Nichtigkeitsklage gegen einen Rechtsakt der Gemeinschaft bereits verstrichen.

*e) Disziplinierung durch die detaillierten Regelungen der Sondertatbestände –  
Wettbewerbsfreiheit durch Verbraucherschutz?*

Davon abgesehen, dass das europäische Lauterkeitsrecht eine autonome Rechtsordnung darstellt und der Erlass der RLUGP und deren zentralen verbraucherschützenden Normierungen (Art. 6 bis 9) schlechterdings als autonome Entscheidung des europäischen Gesetzgebers zu betrachten ist, kann hinter den ausführlich und umfangreich normierten Verboten der irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken außerdem die Idee einer

---

<sup>452</sup> Vgl. zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung *Zuleeg* in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1, Art. 5 Rn. 2.

<sup>453</sup> Art. 153 Abs. 3 EG (jetzt Art. 169 Abs. 2 AEUV) stellt eine spezielle Kompetenzgrundlage zur Verstärkung des Schutzes der Verbraucher dar, vgl. *Schmidt*, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht, S. 102.

<sup>454</sup> Im unmittelbar sozialrechtlichen Bereich ist die Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers indes nicht ohne Weiteres zu bejahen. Vgl. zum Bereich der Sozialpolitik im Rahmen der Rechtsangleichung bereits *Steindorff*, Grenzen der EG-Kompetenzen, S. 92 ff., der mangels autonomer Befugnis der Gemeinschaft in diesem Bereich von „abhängiger Sozialpolitik“ spricht.

<sup>455</sup> Dass der EuGH im Rahmen der RLUGP nicht bei konstruierten oder unbedeutend erscheinenden Konstellationen zum Verbraucherschutz verpflichtet wird, betont *Glöckner* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Vorb Rn. 32. Vgl. eingehend zur Einschränkung des Anwendungsbereichs der RLUGP auf den Schutz der wirtschaftlichen Verbraucherinteressen *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 69 ff.

gewissen Disziplinierungswirkung gesehen werden<sup>456</sup>. Die Verbotstatbestände zwingen den Rechtsanwender – ggf. im Zuge richtlinienkonformer Auslegung des jeweiligen nationalen Lauterkeitsrechts – zur präzisen Subsumtion und zur genauen Arbeit mit dem Wortlaut des Gesetzes. Pauschalisierungen und Worthülsen bei der Untersagung einer Geschäftspraktik können so unterbunden werden. Je bestimmter ein Gesetz, desto bestimmter auch die dazu ergehende Rechtsprechung und deren Untersagungsgründungen. Darüber hinaus verringert sich im Rahmen der detailliert normierten Regelbeispiele auch der Anwendungsbereich der Generalklausel. Das von unbestimmten Rechtsbegriffen dominierte „generelle Verbot“ des Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 wird in der Praxis nur wenig relevant sein<sup>457</sup>. Aufgrund dieses disziplinierenden Effekts dienen die detailliert und umfangreich geregelten Verbraucherschutz-Regulierungen der Art. 6 bis 9 RLUGP also im Endeffekt der Wettbewerbsfreiheit. Im europäischen Lauterkeitsrecht entsteht so nämlich Sachlichkeit, da die detaillierten Tatbestände einer präzisen Subsumtion bedürfen. An mancher Stelle wird dadurch eine wettbewerbsfremde Überbetonung des Verbraucherschutzes vermieden werden können.

*f) Nicht Verbraucherschutz statt Wettbewerbsfreiheit, sondern Verbraucherschutz für Wettbewerbsfreiheit*

Der Pauschalaussage, der Verbraucherschutz gehöre im Rahmen des EG-Vertrages (bzw. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union) nicht zu den markt- und wirtschaftsorientierten Kernzielen der Gemeinschaft, sondern vielmehr zu den gesellschaftspolitischen Zielen, die oft mit den Marktzielen in einem Konfliktverhältnis stehen<sup>458</sup>, kann im Hinblick auf die Art. 6 bis 9 RLUGP so nicht zugestimmt werden. Eine Gleichstellung des Verbraucherschutzes mit rein „gesellschaftspolitischen Zielen“, wie etwa dem Schutz der Kultur (Art. 151 EG, jetzt Art. 167 AEUV), ist zu kurz gedacht und wenig opportun. Es sei hier nur auf die bereits dargestellte enge Verknüpfung zwischen freiem Marktgeschehen und Verbraucherschutz hingewiesen<sup>459</sup>, die verdeutlicht, dass der Verbraucherschutz von fundamentaler Bedeutung für die Gewährleistung eines unverfälschten (Art. 3 Abs. 1 lit. g EG) und redlichen (Präambel des EG-Vertrages bzw. des AEUV) Wettbewerbs ist. Daneben bedarf es europäischen Konsumentenschutzes auch

<sup>456</sup> Einen solchen Effekt sieht – auf das deutsche Recht bezogen – auch *Schiinemann* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, § 3 Rn. 87.

<sup>457</sup> Zur (verbleibenden) Bedeutung der Generalklausel s. unten unter D. III. 2. c).

<sup>458</sup> So *Lurger* in *Streinz*, EUV/EGV, Art. 153 EGV Rn. 2. Auch *Heiss*, ZEuP 1996, 625, 625 bezeichnet den Verbraucherschutz mangels Binnenmarktfinalität als ein „der Binnenmarktidee nachgereichtes Ziel der Gemeinschaftspolitik“.

<sup>459</sup> Siehe dazu bereits oben: Teil 3, B. II. 4. a) a.E.

als Gegenpol zu den EU-Grundfreiheiten. Diese – bereits in Teil 1 der Ausführungen näher dargestellten – primärrechtlichen Normierungen garantieren den Unternehmen weit reichende Freiheiten, die durch den gleichzeitigen Schutz der Marktgegenseite auf gewisse Weise kontrolliert werden können und auch kontrolliert werden sollen.

Die Eingangsfrage, ob der Verbraucherschutz der Wettbewerbsfreiheit übergeordnet werde, ist zu verneinen. Der Schutz der Marktgegenseite steht der Freiheit des Wettbewerbs weder entgegen noch wird er dieser übergeordnet. Verbraucherschutz stellt vielmehr eine notwendige Voraussetzung für freien und funktionierenden Wettbewerb dar. Binnenmarkt und Verbraucherschutz stehen zueinander nicht im konträren, sondern vielmehr im komplementären Verhältnis.

### **III. Zusammenfassung – Restriktionen durch Art. 6 bis 9 RLUGP?**

Es konnte festgestellt werden, dass dem von der RLUGP angestrebten Verbraucherschutz in erster Linie kein sozialpolitisches, sondern ein ökonomisches Motiv zugrunde liegt. Die Richtlinie soll nicht oder zumindest nicht in erster Linie sozialen Schutz des am Markt unterlegenen Verbrauchers gewähren<sup>460</sup>. Sie verfolgt vielmehr das Ziel der Herstellung und Förderung des Binnenmarkts, auf dem sich der Wettbewerb unter marktwirtschaftlichen Bedingungen zum Vorteil des Verbrauchers entfalten kann. Der Schutz der Marktgegenseite wird dabei nicht der Wettbewerbsfreiheit übergeordnet, sondern ist dieser Freiheit vielmehr dienlich und muss auch als Gegenpol zu den den Unternehmern zugute kommenden EU-Grundfreiheiten fungieren. Der Schutz des Verbrauchers jedenfalls ist für die Verwirklichung des Binnenmarktes von fundamentaler Bedeutung, da nur ein ungetäuschter und ein sich autonom und frei informierender und entscheidender Konsument seiner Rolle als Lenker des Marktes gerecht werden kann und als „Schiedsrichter“ über Erfolg und Misserfolg der am Markt agierenden Anbieter ordnungsgemäß zu urteilen vermag. Außerdem soll der Binnenmarktverbraucher aktiv sein und grenzüberschreitend Waren und Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Zu einem solchen Aktivismus ist der Verbraucher viel eher dann motiviert, wenn ihm ein europaweiter, einheitlicher und hoher Schutz gewährt wird.

---

<sup>460</sup> In Übereinstimmung damit schützt die RLUGP auch ausschließlich die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher, vgl. Art. 1 RLUGP. Der Schutz der Gesundheit, Sicherheit, Privatsphäre oder sonstiger sozialer Interessen werden grundsätzlich nicht erfasst. Lediglich im Bereich der „black list“ wird davon teilweise abgewichen.

Das europäische Lauterkeitsrecht ist eine autonome und von nationalen Rechtstraditionen grundsätzlich unabhängige Rechtsordnung, im Rahmen derer sich der EU-Gesetzgeber für eine detaillierte Regelung des Konsumentenschutzes entschieden hat, um in letzter Konsequenz einen funktionsfähigen Wettbewerb zu garantieren. Die Art. 6 bis 9 RLUGP stehen weder der Wettbewerbsfreiheit entgegen noch weniger werden sie dieser Freiheit übergeordnet und entfalten genauso wenig restriktive Wirkung auf den Wettbewerb. Sie dienen vielmehr gleichermaßen den Verbrauchern und dem Wettbewerb.

## **D. Einführung einer lauterkeitsrechtlichen Generalklausel auf europäischer Ebene – Restriktionen durch Art. 5 RLUGP?**

Generalklauseln sind Rechtsnormen, denen ein weiter Anwendungsbereich und ein gewisser Grad von Unbestimmtheit immanent ist<sup>461</sup>. Oftmals wird darin durch unbestimmte Rechtsbegriffe, wie z.B. „Treu und Glaube“ oder „Sitte und Anstand“, auf einen ethischen Wert verwiesen. Für die Ausfüllung derartiger Rechtsbegriffe wird allerdings kein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum eröffnet, sondern es ist eine objektive Wertung anhand der Konkretisierung der Generalklausel im jeweiligen Einzelfall vorzunehmen<sup>462</sup>. Auch die Lauterkeitsrichtlinie enthält eine solche Generalklausel in Form des in Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 RLUGP geregelten generellen Verbots unlauterer Geschäftspraktiken, welche im Folgenden näher untersucht wird. Zunächst sollen die generellen Vorteile, das Erfordernis und die Zulässigkeit des Instrumentariums der Generalklausel erörtert werden, sodann wird die nähere Ausgestaltung und die praktische Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 RLUGP erläutert, um schließlich die Wirkung auf den europäischen Wettbewerb zu analysieren und die Frage nach möglicherweise entstehenden Restriktionen beantworten zu können.

### **I. Vorteile, Erfordernis und Zulässigkeit der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel auf europäischer Ebene**

Der Vorteil der Generalklausel – speziell auf dem dynamischen und der permanenten Veränderung unterliegenden Gebiet des Lauterkeitsrechts – liegt vor allem in deren Flexibilität und Anpassungsfähigkeit<sup>463</sup>. So unterliegen unternehmerische Geschäftspraktiken ständiger Fortentwicklung und Veränderung, es werden teilweise völlig neuartige Werbestrategien entwickelt und vom Gesetzgeber kann die diesbezügliche Entwicklung nicht vorhergesehen werden. Es ist unmöglich, jedes erdenkliche Verhalten am Markt im Vorfeld zu beurteilen und gegebenenfalls über spezifische Verbote zu fixieren. Um der erforderlichen Flexibilität gesetzlich entsprechen und das Recht entsprechend fortentwickeln zu können<sup>464</sup>, sind an dieser Stelle auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe auf europäischer Ebene – genauso wie im Bereich der nationalen

<sup>461</sup> *Nastelski*, GRUR 1968, 545, 546.

<sup>462</sup> *Nastelski*, GRUR 1968, 545, 549.

<sup>463</sup> Zu den Vorteilen und der Notwendigkeit einer Generalklausel im europäischen Lauterkeitsrecht vgl. *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367, 1378 und *Apostolopoulos*, WRP 2005, 152, 154 f.

<sup>464</sup> Zur rechtsfortentwickelnden Funktion von Generalklauseln vgl. *Beater*, AcP 1994, 82, 87.

Rechtsordnungen – erforderlich und unvermeidbar. Neben der Flexibilität und Anpassungsfähigkeit ist ein weiterer Vorteil der Generalklausel darin zu sehen, dass Gesetzesumgehungen seitens der Unternehmen begegnet werden kann. In ihrer Ergänzungsfunktion vermag eine Generalklausel eine Vielzahl unterschiedlicher Fälle zu erfassen und anhand ihrer Auffangfunktion zeigt sich deutlich ihre rechtstechnische Überlegenheit gegenüber einem reinen Enumerativkatalog<sup>465</sup>. Die Entscheidung, erstmalig eine lauterkeitsrechtliche Generalklausel in das europäische Gemeinschaftsrecht einzuführen, kann als rechtsmethodischer Fortschritt bezeichnet werden<sup>466</sup>. Der europäische Gesetzgeber folgt damit einem in vielen Mitgliedstaaten bereits bestehenden Prinzip. Vergleicht man die nationalen lauterkeitsrechtlichen Vorschriften ist festzustellen, dass etwa die Rechtssysteme Bulgariens<sup>467</sup>, Rumäniens<sup>468</sup>, Tschechiens<sup>469</sup>, Polens<sup>470</sup>, Ungarns<sup>471</sup>, Österreichs, Belgiens, Dänemarks, Finnlands, Deutschlands, Griechenlands, Luxemburgs, Spaniens und Schwedens<sup>472</sup> auf einer lauterkeitsrechtlichen Generalklausel basieren. Im Gegensatz dazu ist diese Rechtstechnik dem Vereinigten Königreich und Irland traditionell gänzlich unvertraut<sup>473</sup>.

Gleichwohl kann das dargestellte Bedürfnis nicht gleichzeitig die Zulässigkeit einer solchen auslegungsbedürftigen Generalklausel auf Gemeinschaftsebene begründen. Diese wiederum ist maßgeblich mit dem Subsidiaritätsprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 EG, jetzt Art. 5 EUV n.F.) zu begründen<sup>474</sup>. Zugrunde liegt dabei das „Prinzip des schonenden Ausgleichs“ zwischen den Bedürfnissen der Politik- und Wirtschaftsintegration einerseits und den Erfordernissen der Wahrung nationaler Identitäten andererseits<sup>475</sup>. Ein solcher Ausgleich kann mit flexiblen und

<sup>465</sup> *Schünemann* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 3 Rn. 77.

<sup>466</sup> *Fezer* in *Fezer*, UWG, Band 1, Einleitung E Rn. 126.

<sup>467</sup> Vgl. *Bakardjieva*, GRUR Int. 1999, 395, 401.

<sup>468</sup> Vgl. *Eminescu*, GRUR Int. 1994, 688, 689.

<sup>469</sup> Vgl. *Opřtová*, GRUR Int. 1994, 710, 713.

<sup>470</sup> Vgl. *Wiszniewska*, GRUR Int. 2001, 213, 218.

<sup>471</sup> Vgl. *Graf Lambsdorff*, GRUR Int. 1994, 714, 714.

<sup>472</sup> Vgl. zu den letztgenannten Ländern *Schulze/Schulte-Nölke*, Rechtsvergleichende Untersuchung des Verbraucherschützenden Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten, Juni 2003, S. 8 - 11.

<sup>473</sup> Im Vereinigten Königreich und Irland wurde gegen die Generalklausel traditionell eingewendet, dass sie das Gleichgewicht zwischen Gesetzgeber und Richter verschoben, die Rechtssicherheit gefährdeten und der Wettbewerbsfreiheit im Wege stünden; vgl. dazu m.w.N. *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367, 1378.

<sup>474</sup> Eingehend zur Zulässigkeit von Generalklauseln auf Gemeinschaftsebene vgl. *Schmidt*, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht, S. 23 f.

<sup>475</sup> Nach diesem Prinzip hat etwa die nur hinsichtlich ihrer Ziele verbindliche Richtlinie Vorrang vor der unmittelbar geltenden Verordnung. Das Prinzip gilt aber nicht nur bezüglich der Wahl des Handlungsinstruments, sondern muss sich auch in der inhaltlichen Ausgestaltung des jeweiligen Rechtsakts

auslegungsbedürftigen (General-)Klauseln grundsätzlich geschaffen werden. Ob allerdings Art. 5 RLUGP eine für die Mitgliedstaaten schonende ausgleichende Wirkung entfalten kann, erscheint aufgrund des generell wenig schonenden vollharmonisierenden Charakters und den enthaltenen detaillierten Regelungen der RLUGP eher fraglich<sup>476</sup>. Da „das europäische Recht (...) so bestimmt wie möglich, zugleich aber so flexibel wie nötig zu gestalten“ (ist)<sup>477</sup>, kann ein Verstoß gegen das auch auf EU-Ebene geltende Bestimmtheitsgebot<sup>478</sup> im Zusammenhang mit der auslegungsbedürftigen Generalklausel des Art. 5 Abs. 1 und 2 EG (jetzt Art. 5 EUV n.F.) jedenfalls nicht angenommen werden. Wie im Bereich des nationalen Rechts soll nämlich auch hier nur das Erfordernis „hinreichender Bestimmtheit“ genügen. Aufgrund seiner näheren Bestimmung durch Definitionen und Unterdefinitionen (Art. 2 lit. e, lit. h, lit. k RLUGP) ist das generelle Verbot des Art. 5 Abs. 1 und 2 RLUGP insoweit als hinreichend bestimmt zu betrachten.

## II. Die Generalklausel des Art. 5 RLUGP

Unterschiedliche nationale Rechtsprinzipien und divergierende mitgliedstaatliche Generalklauseln sollen durch das „generelle Verbot“<sup>479</sup> der Lauterkeitsrichtlinie ersetzt und Hemmnisse für den Binnenmarkt beseitigt werden<sup>480</sup>. Art. 5 Abs. 1 RLUGP lautet – etwas lapidar – „Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten“<sup>481</sup>. Zur näheren Bestimmung der Unlauterkeit wurde mit Art. 5 Abs. 2 RLUGP ein zweigliedriger Verbotstatbestand eingeführt, nach dem eine Praktik dann als unlauter gilt, wenn sie kumulativ „den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und sie in Bezug auf das jeweilige

---

widerspiegeln; vgl. zum „Prinzip des schonenden Ausgleichs“ *Calliess in Calliess/Ruffert, EUV/EGV-Kommentar, Art. 5 Rn. 57.*

<sup>476</sup> Die Vollharmonisierung ist das drastischste Mittel und kann gewissermaßen als „ultima ratio der europaweiten Angleichung“ bezeichnet werden.

<sup>477</sup> *Schmidt, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht, S. 29.*

<sup>478</sup> Die Geltung des Bestimmtheitsgebots auch auf europäischer Ebene ist allgemein anerkannt, vgl. nur *Wegener in Calliess/Ruffert, EUV/EGV-Kommentar, Art. 220 Rn. 39.*

<sup>479</sup> In der RLUGP selbst ist der Begriff der „Generalklausel“ nicht zu finden. Es wird vielmehr von einem „generellen Verbot“ gesprochen (so etwa in ErwGR. 11 RLUGP). Der Sache nach stellt Art. 5 RLUGP aber ein Sicherheitsnetz dar, dessen Generalklauselcharakter nicht angezweifelt wird; vgl. etwa *Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1038; Henning-Bodewig, GRUR Int. 2003, 926, 928 und Veelken, WRP 2004, 1, 14; s. dazu bereits oben unter Fn. 293.*

<sup>480</sup> *Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, Einl Rn. 3.61.* Ergänzend sei angemerkt, dass die Aussage in ErwGr. 13 RLUGP, nach der mitgliedstaatliche Generalklauseln zu „ersetzen“ seien, nichts am primärrechtlichen Grundsatz des Art. 249 EG (jetzt Art. 288 AEUV) ändert. EU-Richtlinien sind ihrem Ziel nach, aber nicht in der Wahl der Form oder der Mittel verbindlich.

<sup>481</sup> Oder mit den Worten *Frauke Henning-Bodewigs* „The general clause in Article 5 (1) lays down very briefly: Unfair commercial practices shall be prohibited“, so *dies.*, Unfair Competition law – European Union and Member States, S. 60.

Produkt das wirtschaftliche Verhalten eines Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet (...) wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen“. Mit dem enthaltenen Wesentlichkeitserfordernis, welches in Art. 2 lit. e RLUGP definiert wird<sup>482</sup>, führt der Richtlinienggeber nun auch eine de minimis-Regel in das europäische Lauterkeitsrecht ein, die in unmittelbarem und untrennbarem Zusammenhang mit dem Leitbild des europäischen Durchschnittsverbrauchers steht und die grundsätzliche Eigenverantwortlichkeit des Verbrauchers betont. Die Entscheidung zur Einführung einer solchen Erheblichkeitsschwelle spricht außerdem dafür, dass die Unlauterkeitsgrenze nach europäischem Recht eher hoch anzusiedeln ist<sup>483</sup>. Der Durchschnittsverbraucher richtet sich im Rahmen der Generalklausel, wie im gesamten europäischen Lauterkeitsrecht, nach dem europäischen Verbraucherleitbild<sup>484</sup>. Der Begriffe der „beruflichen Sorgfalt“<sup>485</sup> wird im Katalog des Art. 2 RLUGP definiert<sup>486</sup>. Der Schutzstandard der „beruflichen Sorgfalt“ ist dabei im Ergebnis als eher niedrig einzustufen<sup>487</sup>.

Letztendlich trifft die Richtlinie aber durch die Definitionen in Art. 2 lit. h und lit. e RLUGP nur eine vermeintlich nähere Bestimmung. Der europäische Gesetzgeber bedient sich hier nämlich weiterer unbestimmter Rechtsbegriffe, wie etwa „Treu und Glaube“ oder

---

<sup>482</sup> Eine „wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ ist gem. Art. 2 lit. e RLUGP „die Anwendung einer Geschäftspraxis, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte“. Näher zum Merkmal der „wesentlichen Beeinflussung“ vgl. *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 708 ff.

<sup>483</sup> So auch *Apostolopoulos*, WRP 2004, 841, 847.

<sup>484</sup> Vgl. *Schulte-Nölke/Busch*, ZEuP 2004, 99, 102 und *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 814, der ebenso davon ausgeht, dass die Richtlinie im Grundsatz exakt das Durchschnittsverbrauchermodell des EuGH übernimmt. Dass der Richtlinienggeber den „Durchschnittsverbraucher“ nicht im Rahmen des Definitionskatalogs (Art. 2 RLUGP) definiert, sondern in ErwGr. 18 der Lauterkeitsrichtlinie, sei „nur eine Nuance, deren Bedeutung gering sein dürfte“, a.a.O. Rn. 808.

<sup>485</sup> Mit dieser beruflichen Sorgfaltspflicht wurde ein am Vertragsrecht orientierter, neuer und ganz eigener Begriff in das europäische Lauterkeitsrecht eingeführt, vgl. *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 519 und 523.

<sup>486</sup> Art. 2 lit. h RLUGP definiert „berufliche Sorgfalt“ als den „Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie ggü. dem Verbraucher gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und / oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet“. Die „wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ wird in Art. 2 lit. e RLUGP definiert, vgl. dazu bereits Fn. 482.

<sup>487</sup> So *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 500 ff., der diesen Schluss zum einen aus dem evidenten Fehlverhalten, das in den Tatbeständen der irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken geregelt ist, zieht und zum anderen aus der Richtlinientendenz, möglichst wenig in die Unternehmerfreiheit einzugreifen und eine pluralistische Entfaltung des Wettbewerbs zu fördern. Im Ergebnis sei trotz des eigentlich angestrebten hohen Verbraucherschutzniveaus (vgl. Art. 1 RLUGP) eine gewisse Bandbreite der Intensität der Verbraucherbeeinflussung zuzulassen, sofern das angestrebte Mindestschutzniveau gewahrt bleibt, vgl. a.a.O. Rn. 507 und 516.

„anständige Marktgepflogenheiten“. De facto bleibt die Definition der „unlauteren Geschäftspraktik“ demnach unklar, da lediglich versucht wird, den einen unbestimmten Rechtsbegriff durch nicht weniger unbestimmte Rechtsbegriffe zu „definieren“. In der Literatur wird diese Vorgehensweise des Gemeinschaftsgesetzgebers als verschachtelt, missverständlich und rätselhaft kritisiert<sup>488</sup> und es darf mithin angezweifelt werden, ob die Kommission sich der großen Herausforderung der RLUGP, nämlich dem Begriff der Unlauterkeit tatsächlich Konturen zu verleihen, erfolgreich gestellt hat.

### **III. Bedeutung der Generalklausel im Rahmen der RLUGP und ihre Wirkung auf den Wettbewerb**

Um die Wirkung der Generalklausel und mögliche Restriktionen für den Wettbewerb beurteilen zu können, ist zunächst ihre Bedeutung und Gewichtigkeit zu ermitteln.

#### **1. Dritte Prüfungsstufe innerhalb des Systems der RLUGP**

Im Zuge dieser Einschätzung ist nochmals die Systematik der RLUGP ins Gedächtnis zu rufen. Nach Prüfung anhand der „schwarzen Liste“ ist die jeweilige Geschäftspraktik in einem zweiten Schritt an den „kleinen Generalklauseln“ der irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken (Art. 6 bis 9 RLUGP) zu messen. Erst in gewissermaßen letzter Instanz und als ultima ratio kann im Anschluss daran auf die als Ergänzungs- und Auffangtatbestand fungierende „große Generalklausel“ des Art. 5 RLUGP zurückgegriffen werden. Die klare Stufensystematik bedingt eine Zurückstellung und eine „materielle Subsidiarität“<sup>489</sup> des allgemeinen Verbots innerhalb der Lauterkeitsrichtlinie. Diese Subsidiarität wird auch dadurch deutlich, dass weder im Zusammenhang mit Anhang 1 noch im Zusammenhang mit den Sondertatbeständen der irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken eine Rückkoppelung an Art. 5 RLUGP stattfindet<sup>490</sup>. Dies geht eindeutig aus Art. 5 Abs. 4 RLUGP hervor, nach dem die Art. 6 bis 9 RLUGP „insbesondere unlautere Geschäftspraktiken“ darstellen. Die erste und zweite Stufe der

---

<sup>488</sup> Statt vieler *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295, 298 und auch *Glöckner*, WRP 2004, 936, 939, der die weiteren Merkmale der Definition als „begriffliche Mimikri“ bezeichnet, da im Endeffekt lediglich ein Blankettbegriff durch andere Blankettbegriffe ersetzt werde.

<sup>489</sup> Diesen Begriff für das deutsche Recht verwendend: *Schünemann* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 3 Rn. 97.

<sup>490</sup> Im früheren deutschen Recht (UWG a.F. von 2004) und auch im novellierten UWG von 2008 ist dies anders. In den Fällen der §§ 4 - 6 UWG n.F. müssen zusätzlich die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 UWG n.F. erfüllt sein, insbesondere muss die dort aufgestellte Bagatellschwelle überschritten werden.

lauterkeitsrechtlichen Prüfung bestehen also unabhängig von der dritten Stufe, ein ergänzender Rekurs auf die Tatbestandsmerkmale der großen Generalklausel ist nicht vonnöten<sup>491</sup>.

## **2. Tendenz hin zu einem geringen Anwendungsbereich – die Generalklausel als Störfaktor der Vollharmonisierung**

Abgesehen von seiner Verortung an dritter Prüfungsstufe und der daraus abzuleitenden materiellen Subsidiarität, sollte dem Auffangtatbestand auch wegen der vom Richtliniengeber angestrebten Vollharmonisierung<sup>492</sup> tendenziell nur geringe Relevanz zukommen. Zu begründen ist diese anzustrebende Tendenz wie folgt.

### *a) Erfordernis einer dogmatischen Begrenzung des Anwendungsbereichs der Generalklausel – grundsätzlich restriktives Verständnis*

Mit einer Generalklausel geht stets ein Normkonkretisierungs- und Rechtsfortbildungsauftrag einher<sup>493</sup>. Bei in Richtlinien enthaltenen Generalklauseln ist dieser Auftrag von den mitgliedstaatlichen Gerichten zu erfüllen. Die diesbezügliche Konkretisierungskompetenz liegt nämlich nicht beim EuGH, da dieser durch Art. 234 EG (jetzt Art. 267 AEUV) nur zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts, nicht aber zur Anwendung im konkreten Fall berechtigt wird<sup>494</sup>. Ist es nun im Einzelfall erforderlich, sich der Generalklausel zu bedienen und diese zu konkretisieren, so müssen die mitgliedstaatlichen Gerichte die in der Generalklausel enthaltenen unbestimmten und der Wertung zugänglichen Rechtsbegriffe näher bestimmen. In der Praxis wird hier aufgrund divergierender lauterkeitsrechtlicher Traditionen etwa ein kontinentaleuropäisches Gericht anders vorgehen als ein irisches oder englisches Gericht. Dadurch wiederum läuft man Gefahr, die Harmonisierung auszuhöhlen, Rechtsunsicherheiten zu schaffen und die europaweit einheitliche Rechtsanwendung auszubremsen. Es muss einerseits vermieden werden, dass die Generalklausel zur Einbruchsstelle nationaler Rechtstraditionen mutiert<sup>495</sup> und es muss genauso auch dem der Generalklausel anhaftenden Potential begegnet werden,

---

<sup>491</sup> Vgl. *Keßler/Micklitz*, BB-Special 13, Heft 49, 2005, 1, 16.

<sup>492</sup> Aufgrund der Beschränkung des Anwendungsbereichs der RLUGP auf den B2C-Bereich handelt es sich an sich nur um eine vollharmonisierte Teilharmonisierung, vgl. *Hausman/Obergfell* in Fezer, UWG, Band 1, Einleitung I Rn. 147.

<sup>493</sup> Dazu näher *Sosnitza* in MünchKommUWG, Band 1, § 3 Rn. 6 ff.

<sup>494</sup> *Roth*, FS Drobnig, 135, 142.

<sup>495</sup> Vgl. *Keßler/Micklitz*, BB-Special 13, Heft 49, 2005, 1, 16.

zum Störfaktor für die angestrebte Vollharmonisierung zu werden<sup>496</sup>.

Um die beschriebene Entwicklung zu verhindern oder zumindest zu bremsen, ist der Anwendungsbereich der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel zu begrenzen und die Auffangmenge dieses „Sicherheitsnetzes“ möglichst gering zu halten. Deshalb hat der europäische Gesetzgeber die am häufigsten praktizierten Fälle unlauteren Verhaltens in den „insbesondere“<sup>497</sup> unlauteren irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken geregelt und sich auch an dieser Stelle für generalklauselartige Formulierungen entschieden<sup>498</sup>. Wie bereits erwähnt, sind diese Sondertatbestände – ausweislich Art. 5 Abs. 4 RLUGP<sup>499</sup> – nicht an das Relevanzfordernis des Art. 5 Abs. 2 lit. b RLUGP gekoppelt. Sie enthalten vielmehr eigene spezielle Wesentlichkeitserfordernisse. Neben den weitgehend abschließend und detailliert geregelten Art. 6 bis 9 RLUGP wird sich die praktische Bedeutung der Generalklausel in ihrer Funktion als Auffangtatbestand in Grenzen halten<sup>500</sup>. Davon geht – ausweislich der Begründung zum Vorschlag der RLUGP<sup>501</sup> – auch die europäische Kommission aus und tendiert statt zu einer breiten Anwendung der Generalklausel eher zu einer weiten Auslegung der Art. 6 bis 9 RLUGP. Bereits diese von tatbestandlicher Reichweite geprägten „kleinen Generalklauseln“ können und werden den überwiegenden Teil des aktuellen Marktverhaltens erfassen<sup>502</sup>.

#### *b) Keine pauschale lückenschließende Funktion der Generalklausel*

Über das grundsätzlich gebotene restriktive Verständnis der Generalklausel hinaus muss explizit festgestellt werden, dass die Generalklausel keinesfalls eine pauschale lückenschließende Funktion einnehmen darf. Eine generelle Anwendung immer dann, wenn eine Geschäftspraktik nicht sämtliche Merkmale eines Sondertatbestandes oder auch

<sup>496</sup> In diese Richtung auch *Apostolopoulos*, WRP 2005, 152, 156.

<sup>497</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 4 RLUGP.

<sup>498</sup> Wie bereits erwähnt, werden die beiden Gruppen der irreführenden (Art. 6 und 7 RLUGP) und aggressiven (Art. 8 und 9 RLUGP) Geschäftspraktiken auch als „kleine Generalklauseln“ bezeichnet.

<sup>499</sup> Art. 5 Abs. 4 RLUGP lautet „Unlautere Geschäftspraktiken sind insbesondere solche, die irreführend i.S.d. Art. 6 und 7 oder aggressiv i.S.d. Art. 8 und 9 sind.“

<sup>500</sup> So auch *Keßler/Micklitz*, BB 2003, 2073, 2076; *Köhler*, WRP 2008, 10, 15 und *Apostolopoulos*, WRP 2004, 841, 847; a.A. *Seidelberger*, RdW 2008/24, 59, 63 (Fn. 49), der – bezogen auf Österreich – darauf hinweist, dass an die Gerichte tendenziell gerade die Praktiken herangetragen werden, die sich nicht eindeutig unter die bestehenden Verbote subsumieren lassen. A.A. auch *Gamerith*, WRP 2005, 391, 419 f., der davon ausgeht, dass ohne Generalklauseln „erhebliche Schutzlücken“ bestünden und dass – entgegen der Ansicht der Kommission – ein breiter Anwendungsbereich für die Generalklausel verbleibe.

<sup>501</sup> Vgl. ErwGr. 52 und 56 der Begründung des Richtlinienvorschlages, KOM (2003) 356 endg. vom 18. Juni 2003. Hier stellt die Kommission ausdrücklich in Aussicht, dass das generelle Verbot voraussichtlich nur selten angewendet werden wird, da die überwiegenden Mehrheit der Fallgestaltungen von den Tatbestände der irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken erfasst sein werden.

<sup>502</sup> Vgl. auch *Keßler/Micklitz*, BB-Special 13, Heft 49, 2005, 1, 16.

eines Tatbestandes der „black list“ erfüllt, würde der Richtlinien-systematik ihre dogmatische Grundlage nehmen und die bewusste gesetzgeberische Entscheidung, die den detailliert geregelten irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken sowie der „black list“ innewohnt, in ihr Gegenteil verkehren. An dieser Stelle ist vielmehr dem je nach gesetzlichem Umfeld divergierenden Stellenwert einer Generalklausel Rechnung zu tragen. Einer isoliert geregelten Generalklausel kommt weit eigenständigere Bedeutung und ein breiterer Anwendungsbereich zu als einer solchen, die im Kontext zahlreicher und ausführlich geregelter gesetzlicher Regelbeispiele normiert ist<sup>503</sup>. Bei Art. 5 RLUGP handelt es sich keinesfalls um eine isolierte Regelung, sondern um eine Generalklausel im Kontext detaillierter Sondertatbestände und einer Auflistung von Per se-Verboten. Bei der Heranziehung einer solchen Generalklausel als eigenständige Verbotsnorm ist deutliche Zurückhaltung geboten<sup>504</sup> und Schutzlücken sind stets mit der gebotenen Vorsicht zu schließen. Ein voreiliger Rückgriff auf die Generalklausel und ein Verständnis dieser Norm als Ersatztatbestand, der es den Mitgliedstaaten ermöglicht, den Status quo ante zu verteidigen, wäre nicht nur unpräzise und würde dem Willen des Gesetzgebers entgegenstehen<sup>505</sup>. Darüber hinaus stellten sich die detaillierten Sondertatbestände bei einem steten Rückgriff auf Art. 5 RLUGP als überflüssig heraus, die Art. 6 bis 9 RLUGP wären schlichtweg „für die Galerie“.

### c) Verbleibender Anwendungsbereich der Generalklausel

In nächster Konsequenz drängt sich die Frage auf, warum der Richtliniengeber eine Generalklausel derart detailliert und mithilfe von Definitionen und Unterdefinitionen<sup>506</sup> formuliert, wenn diese Klausel doch mehr als „Blankettnorm“<sup>507</sup> fungieren und ihr nur

<sup>503</sup> Vgl. *Schünemann* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 3 Rn. 105.

<sup>504</sup> So auf die vergleichbare Lage im deutschen UWG bezogen *Schünemann* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 3 Rn. 104; *Gärtner/Heil*, WRP 2005, 20, 23. Auch *Köhler* in Köhler/Bornkamm, § 3 Rn. 64, spricht zumindest davon, der Generalklausel käme „nur eine Auffangfunktion zu“. A.A. vor allem noch *Fezer* in Fezer, UWG, Band 1, 1. Auflage, § 3 Rn. 63 und ebenso noch *Piper* in Piper/Ohly, UWG, 4. Auflage, § 3 Rn. 28, der für einen weiten Anwendungsbereich der Generalklausel plädiert und sich dagegen ausspricht, die Generalklausel als eigenständige Verbotsnorm nur noch in seltenen und gravierenden Fällen anzuwenden. In diese Richtung auch *Möller*, EWIR 2008, 381 f. und bereits *ders.*, EWIR 2005, 871, 872; vehement für eine umfassende lückenfüllende Funktion der deutschen Generalklausel auch *Sack*, WRP 2005, 531, 532.

<sup>505</sup> Vgl. auch *Micklitz* in MünchKommUWG, Band 1, EG E Rn. 176 und – auf die vergleichbare Situation im deutschen Recht bezogen – *Sosnitzer/Kostuch*, WRP 2008, 166, 168 f.

<sup>506</sup> Eine solche detaillierte und komplizierte Unterdefinition enthält Art. 5 Abs. 2 lit. b RLUGP i.V.m. Art. 2 lit. e und lit. k RLUGP. Der in der Generalklausel verwendete Begriff der „wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ ist in Art. 2 lit. e definiert. Der wiederum in dieser Definition enthaltene Begriff der „geschäftlichen Entscheidung“ erfährt eine ausgiebige Unterdefinition in Art. 2 lit. k RLUGP.

<sup>507</sup> Diese Bezeichnung – allerdings auf die Generalklausel des deutschen Rechts bezogen – auch bei *Sosnitzer* in MünchKommUWG, Band 1, § 3 Rn. 7; vgl. auch *Schünemann*, JZ 2005, 271, 273 f.

geringe praktische Bedeutung zukommen soll<sup>508</sup>. Um diese berechtigte Fragestellung einer Antwort zuzuführen, ist der neben den vorrangigen Art. 6 bis 9 RLUGP verbleibende Anwendungsbereich der Generalklausel zu ermitteln.

Im sich permanent entwickelnden und steten Veränderungen und Neuerungen unterliegenden wirtschaftlichen Bereich ist lauterkeitsrechtlicher Schutz über eine Generalklausel ein anerkanntes und bewährtes Mittel. Wie bereits erwähnt, bringt ein generelles Verbot hier den wichtigen Vorteil der Flexibilität, der Anpassungsfähigkeit<sup>509</sup> und einer in diesem Zusammenhang positiv zu bewertenden Vagheit mit sich<sup>510</sup>. Im Rahmen der RLUGP sollen diese rechtstechnischen Vorteile vor allem in folgenden Konstellationen genutzt werden.

*aa) Anwendung bei evident und extrem unlauterem Verhalten sowie bei sog. „Mischfällen“*

Art. 5 Abs. 1 RLUGP fungiert zum einen als Evidenz- und Extremkontrolle. Auch offensichtliches und erheblich unlauteres Verhalten, das mit dem Unrechtsgehalt der expressis verbis geregelten Sondertatbestände zwar vergleichbar ist, aber nicht von den Art. 6 bis 9 RLUGP erfasst wird, muss am Markt als unlauter eingestuft werden können. Nur so wird man dem in Art. 1 RLUGP normierten Richtlinienzweck gerecht und kann ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarkts und ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten. Das flexible generelle Verbot des Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 RLUGP ist das Mittel der Wahl für diese unabdingbare und bedeutende Evidenzkontrolle.

Ein weiterer Fall, der wohl nur über die Generalklausel lösbar sein wird, ist die Konstellation sogenannter „Mischfälle“. Treten verschiedene Unlauterkeitsaspekte kumuliert auf – etwa in Form einer sowohl irreführenden als auch aggressiven Geschäftspraktik – so können diese nicht gewissermaßen anteilig über die einzelnen Sondertatbestände bewertet werden, sondern sind in ihrer Gesamtheit zu beurteilen. Dieses Urteil kann durch das Instrumentarium des generellen Verbots „dogmatisch sauber“ erfolgen<sup>511</sup>.

<sup>508</sup> Diese Frage auch bei Köhler, WRP 2008, 10, 13 (Fn. 20), der sie aber unbeantwortet lässt.

<sup>509</sup> Vgl. zur Flexibilitäts- und Anpassungsfunktion der Generalklausel Ohly, AcP 2001, 1, 7.

<sup>510</sup> Vgl. Schünemann, JZ 2005, 271, 273.

<sup>511</sup> Auch Dohrn, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 224 f., sieht eine mögliche und sachgerechte Lösung solcher „Mischfälle“ nur über den Weg der Generalklausel.

*bb) Anwendung bei erst zukünftig in Erscheinung tretenden oder vom EU-Gesetzgeber außer Acht gelassenen Geschäftspraktiken*

Handelt es sich um eine atypische Geschäftspraktik, die erst zukünftig, also erst nach Erlass der RLUGP, in Erscheinung tritt, so soll die Generalklausel ebenfalls zur Anwendung kommen. Auf diese Weise werden die Vorteile der rechtsöffnenden – also auf außerrechtliche Wertungen und allgemeine Rechtsprinzipien Bezug nehmenden<sup>512</sup> – Generalklausel genutzt und es kann auch eine atypische Geschäftspraktik im Einzelfall am Maßstab der RLUGP bewertet werden. Auf Ebene des europäischen Lauterkeitsrechts vermag man sich so an den tatsächlichen Lebensbedingungen zu orientieren und ist offen für einen Wandel gesellschaftlicher Wertvorstellungen<sup>513</sup>. Die Judikatur ist in der Lage, auf aktuelle Entwicklungen zu reagieren. Mehr noch sind die Gerichte in diesem Zusammenhang ausdrücklich aufgerufen, die Unvollständigkeit bzw. Offenheit einer Generalklausel eigenverantwortlich zu ergänzen. Die Generalklausel erteilt insoweit einen Rechtsfortbildungsauftrag an die Gerichte, erfüllt eine „Delegationsfunktion“<sup>514</sup> und kann – *Hedemanns* berühmte Wendung zitierend – als „ein Stück offen gelassener Gesetzgebung“<sup>515</sup> bezeichnet werden.

Die Generalklausel kommt außerdem bei solchen Geschäftspraktiken zur Anwendung, bezüglich derer der europäische Gesetzgeber bei Erlass der Richtlinie (noch) kein Regelungsbedürfnis gesehen hatte, sich ein solches Bedürfnis aber im Nachhinein herauskristallisierte. Genauso sollte die Generalklausel dann greifen, wenn sich herausstellt, dass – trotz thematischer Ähnlichkeit – bestimmte Konstellationen unbeabsichtigtweise nicht von den Spezialtatbeständen erfasst werden<sup>516</sup>. In diesen Fällen kann das Verhalten allerdings nur dann nach der Generalklausel verboten werden, wenn es im Unrechtsgehalt den unlauteren irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken der Art. 6 bis 9 RLUGP entspricht.

---

<sup>512</sup> „Generalklauseln öffnen das Recht“ durch Bezugnahme auf außerrechtliche Wertungen wie „gute Sitten“ oder „Treu und Glauben“, so *Schmidt*, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht, S. 19. Bezüglich der Generalklausel des Art. 5 RLUGP ist eine solche außerrechtliche Wertungen vor allem in dem Begriff der „beruflichen Sorgfalt“ verankert, der in Art. 2 lit. h RLUGP als der „Standard von Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie ggü. dem Verbraucher gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet“ näher bestimmt wird.

<sup>513</sup> *Schmidt*, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht, S. 19.

<sup>514</sup> So *Ohly*, AcP 2001, 1, 7 und auch *Sosnítza* in MünchKommUWG, Band 1, § 3 Rn. 7.

<sup>515</sup> *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, S. 58.

<sup>516</sup> *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 1034.

*d) Die Bedeutung der Generalklausel im speziellen europäischen Kontext*

Gerade die noch unvollständige europäische Rechtsordnung, die auf Wandel und Integration ausgelegt ist, bedarf zukunftsfähiger und anpassungsfähiger Gestaltung, nur so kann man der Integrationsaufgabe gerecht werden<sup>517</sup>. Parallel zu den jeweiligen Entwicklungen auf dem europäischen Wettbewerb sind auch die gesetzlichen Bedingungen, namentlich die RLUGP, anzupassen und weiterzuentwickeln. Etwaige neu in Erscheinung tretende Geschäftspraktiken können und müssen einzig über die Generalklausel als unlauter eingestuft werden. Ob im Zusammenhang mit dem generellen Verbot des Art. 5 Abs. 1 und 2 RLUGP Erweiterungsbedürfnisse der Lauterkeitsrichtlinie festgestellt werden oder ob anderweitige, über den jetzigen Regelungsbereich der Richtlinie hinausgehende Maßnahmen erforderlich werden, hat die Kommission sorgfältig zu überprüfen. Zu gegebener Zeit ist die Lauterkeitsrichtlinie zu überarbeiten und zu aktualisieren und neue Gesetzgebungsvorschläge sind vorzulegen<sup>518</sup>. Im Wege solcher Aktualisierungen kann und muss einer häufigen Anwendung der Generalklausel längerfristig begegnet werden, um so möglichen national divergierenden Entwicklungen entgegenzuwirken und den vollharmonisierenden Charakter der Richtlinie auf lange Sicht nicht zu gefährden.

*e) Vermeidung einer Überlastung des EuGH durch eine Vielzahl von Vorlageverfahren nach Art. 234 EG (jetzt Art. 267 AEUV)*

Zu den bereits ausgeführten Argumenten tritt hinzu, dass ein tendenziell geringer Anwendungsbereich der Generalklausel auch zur Entlastung des EuGH vorzugswürdig erscheint. Eine Generalklausel lebt aus der zu ihr ergehenden Rechtsprechung. Damit diese durch Richterrecht entstehende Rechtsentwicklung homogen erfolgt, bedarf es der Klärung sämtlicher mit der Generalklausel zusammenhängender Auslegungsfragen. Zuständig für die verbindliche Auslegung der Richtlinie ist der EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens, Art. 234 EG (jetzt Art. 267 AEUV). Wendete man die Generalklausel der RLUGP häufig an, käme es in nächster Konsequenz zu einer Vielzahl von Auslegungsfragen und damit verbunden zu einer Vielzahl von Vorlagen beim EuGH. Eine Überlastung des EuGH als „Super-Wettbewerbsgerichts“ der Gemeinschaft wäre vorprogrammiert<sup>519</sup>. Ebenso vorprogrammiert wäre eine damit verbundene

<sup>517</sup> Schmidt, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht, S. 21.

<sup>518</sup> Vgl. ErwGr. 8 RLUGP. Eine solche über den Regelungsbereich der RLUGP hinausgehende Maßnahme könnte etwa die Erweiterung des Anwendungsbereichs auch auf B2B-Sachverhalte sein.

<sup>519</sup> Genau dieser Rolle wollte sich der EuGH bereits durch seine „Keck-Rechtsprechung“ entziehen. Der

Rechtsunsicherheit in der Gemeinschaft. So bedarf es keiner seherischen Fähigkeiten, um vorherzusagen, dass es Jahre dauern wird bis die Zweifelsfragen im Zusammenhang mit der Anwendung der Generalklausel auf europäischer Ebene verbindlich geklärt sein werden. In der Zwischenzeit werden nationale Gerichte nicht umhin kommen, die Richtlinie selbst auszulegen. Vor allem im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes, wo es rascher Entscheidungen bedarf, ist es im Einzelfall nicht möglich, eine endgültige Klärung durch den EuGH abzuwarten. Auf den nationalen Gerichten lastet insoweit große Verantwortung und für die Verbraucher und Unternehmen ist dieser Zustand mit Rechtsunsicherheiten verbunden. Das geschilderte Problem betrifft zwar die gesamte Richtlinie, bezogen auf die Generalklausel drängt es sich aber aufgrund der zahlreichen unbestimmten und auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe unmittelbar auf. Aus deutscher Sicht wird der Einfluss des BVerfG auf die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung langfristig schwinden, die Konkretisierung des Begriffs der Unlauterkeit wird mehr und mehr durch die Rechtsprechung des EuGH erfolgen<sup>520</sup>.

#### **IV. Zusammenfassung – aus der Generalklausel resultierende Restriktionen für den Wettbewerb?**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Generalklausel – entsprechend der Konzeption der Lauterkeitsrichtlinie – nur in Ausnahmefällen zum Tragen kommen soll. Nur mit der Annahme eines engen Anwendungsbereichs kann der gesetzgeberischen Entscheidung, die den detailliert geregelten irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken zugrunde liegt, hinreichend Rechnung getragen werden. Darüber hinaus kann nur ein enger Anwendungsbereich gewährt werden, dass mit der Generalklausel nicht eine schlechterdings pauschal heranzuziehende Wettbewerbsbeschränkung normiert wird, sondern ein dem Schutz des Wettbewerbs dienender Auffangtatbestand europaweite Geltung erlangt. Dass ein solcher Schutz dem Willen des europäischen Gesetzgebers entspricht, geht schon aus ErwGr. 2 und der Zweckbestimmung des Art. 1 RLUGP hervor. Mit der Lauterkeitsrichtlinie soll ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes erreicht werden und ein solches Funktionieren setzt einen freien und unverfälschten Wettbewerb voraus. Dabei ist „die Entwicklung der Lauterkeit des Geschäftsverkehrs innerhalb dieses

---

institutionelle Rahmen hat sich seitdem aber nicht verbessert.

<sup>520</sup> So auch Köhler, ZLR 2006, 3, 7.

Binnenmarktes für die Förderung grenzüberschreitender Geschäftstätigkeiten wesentlich<sup>521</sup>. Die Lauterkeitsrichtlinie und die enthaltene Generalklausel des Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 RLUGP sind also in den Dienst des Schutzes und der Intensivierung eines solchen freien Wettbewerbs zu stellen. Dabei darf eine unbedachte, häufige oder sogar pauschale Anwendung der „Wunderwaffe Generalklausel“ nicht zu Beschränkungen für den Wettbewerb führen. Das wäre mit der Intention, dem verfolgten Zweck und dem vollharmonisierenden Charakter der Lauterkeitsrichtlinie nicht vereinbar.

Der Weg über ein „generelles Verbot“ im Bereich des europaweiten Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb ist begrüßenswert, da nur dieses Instrument sich an neue Entwicklungen und veränderte Bedingungen anzupassen vermag. Nur mithilfe einer flexiblen Generalklausel kann außerdem eine Evidenz- und Extremkontrolle garantiert werden, die für Verbraucherschutz und Binnenmarkt von enormer Bedeutung ist. Gleichwohl wird der Anwendungsbereich des generellen Verbots nur gering sein. Aus den dargestellten Gründen ist ein enges Verständnis an dieser Stelle geboten und Beschränkungen für den Wettbewerb durch die eingeführte lauterkeitsrechtliche Generalklausel der RLUGP sind im Ergebnis nicht anzunehmen.

---

<sup>521</sup> ErwGr. 2 RLUGP.

## E. Restriktionen durch die Berücksichtigung schutzbedürftiger Verbrauchergruppen im Rahmen der RLUGP?

Der soeben näher dargestellten Generalklausel und der gesamten RLUGP liegt das europäische Verbraucherleitbild zugrunde. Durch die Festlegung dieses Leitbildes und die damit verbundenen Anforderungen an den Durchschnittsverbraucher, erfuhren das europäische Lauterkeitsrecht eine deutliche Liberalisierung<sup>522</sup>. Jeder potenziellen Irreführung ist danach der Maßstab eines durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers zugrunde zu legen. Trotz nach wie vor fehlender primärrechtlicher oder sekundärrechtlicher Manifestierung<sup>523</sup> hat dieses richterrechtliche Leitbild inzwischen europaweite Geltung. Die EuGH-Rechtsprechung ist in sich gefestigt und der Geltungsbereich des Verbraucherleitbildes reicht indes über das Lauterkeitsrecht hinaus<sup>524</sup>. Teils leicht voneinander abweichende Fassungen – wie etwa die Formulierung in ErwGr. 18 RLUGP, die das Element der „Verständigkeit“ vermissen lässt<sup>525</sup> – haben hier keinerlei materielle Auswirkungen, „der Durchschnittsverbraucher ist und bleibt das Maß der Dinge“<sup>526</sup>.

Wendet sich eine Geschäftspraktik nur an eine bestimmte Zielgruppe von Verbrauchern, so wird generell ein Durchschnittsmitglied dieser Gruppe zum relevanten Maßstab einer möglichen Irreführung, vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. b RLUGP. Die Beurteilung der Lauterkeit einer Geschäftspraktik ist also je nach Adressat differenziert zu ermitteln<sup>527</sup>. Art. 5 Abs. 3 der Lauterkeitsrichtlinie geht aber darüber hinaus und nimmt spezielle schutzbedürftige Verbrauchergruppen aus dem Anwendungsbereich des grundsätzlich geltenden Verbraucherleitbildes heraus. Wenn die Geschäftspraktik voraussichtlich in einer für den

<sup>522</sup> Näher dazu bereits oben in Teil 2 der Ausführungen unter C.II.

<sup>523</sup> Die Richtlinie selbst enthält keine Definition, einzig ErwGr. 18 RLUGP normiert den EU-Durchschnittsverbraucher. Die ErwGr. stellen aber kein bindendes Europarecht dar, sondern spielen nur bei der Bestimmung des gesetzgeberischen Willens und bei der Auslegung der jeweiligen Richtlinie eine Rolle. Vgl. generell dazu schon *Bleckmann*, NJW 1982, 1177, 1178 f.

<sup>524</sup> *Micklitz* in MünchKommUWG, Band 1, EG E Rn. 155; das Verbraucherleitbild gilt etwa auch im Markenrecht, vgl. *Fezer*, Markenrecht, § 14 Rn. 299; s. dazu auch schon oben unter Fn. 235.

<sup>525</sup> ErwGr. 18 RLUGP legt fest, dass die RLUGP „den Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist (...) in der Auslegung des Gerichtshof als Maßstab (nimmt)“. Dieser Verweis auf die Auslegung des Gerichtshofs macht deutlich, dass keinerlei materielle Änderung des Verbraucherleitbildes erfolgen soll. Außerdem stimmen auch die englische und französische Fassung der Richtlinie wörtlich mit der EuGH-Rechtsprechung überein.

<sup>526</sup> *Micklitz* in MünchKommUWG, Band 1, EG E Rn. 155.

<sup>527</sup> Aus deutscher Sicht entspricht dieses Vorgehen der gängigen Praxis, vgl. *Stuckel* in Hart-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 4 Rn. 2 a.E. und *Scherer*, WRP 2008, 563 f. mit Verweis auf die einschlägige BGH-Rechtsprechung im Bereich der Kinderwerbung (BGH, WRP 2008, 214 ff. – „Tony Taler“; BGH, WRP 2006, 69 ff. – „Zeitschrift mit Sonnenbrille“; BGH, WRP 2006, 885 ff. – „Werbung für Klingeltöne“).

Unternehmer vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von schutzbedürftigen Verbrauchern wesentlich beeinflusst, so ist die Auswirkung der Geschäftspraktik gemäß Art. 5 Abs. 3 RLUGP aus der Sicht eines Durchschnittsmitglieds dieser schutzbedürftigen Minderheit zu beurteilen. Es kommt zu einer Modifikation des grundsätzlich geltenden Verbraucherleitbildes und in der Praxis werden an die Klarheit und Transparenz von Geschäftspraktiken mit schutzbedürftigem Adressatenkreis höhere Anforderungen gestellt. Eine Geschäftspraktik ist hier schneller und leichter als unlauter anzusehen<sup>528</sup>.

Nachfolgend ist zu klären, ob die Harmonisierung und Liberalisierung, die mit dem EU-Verbraucherleitbild angestrebt wird, durch die in der RLUGP vorgesehene spezifische Berücksichtigung schutzbedürftiger Verbrauchergruppen nicht nur modifiziert, sondern auch relativiert wird, und ob diesbezüglich Restriktionen für den Wettbewerb feststellbar sind. Zunächst wird grundlegend hinterfragt, inwiefern das europäische Lauterkeitsrecht überhaupt geeignetes und passendes Terrain zur Regelung von Minderheitenschutz ist. Dann werden die nach dem Verständnis der RLUGP schutzwürdigen Verbrauchergruppen dargestellt. Anschließend wird hinterfragt, inwiefern Schutz besteht und welche Auslegung zu erfolgen hat, um abschließend die Wirkung auf den Wettbewerb beurteilen zu können und die Frage nach möglicherweise entstehenden Restriktionen für den Wettbewerb beantworten zu können.

## **I. Die RLUGP als geeignete Plattform für Minderheitenschutz?**

Zunächst drängt sich die Frage auf, ob und inwiefern der Bereich des binnenmarktorientierten europäischen Lauterkeitsrecht überhaupt eine geeignete Plattform für den Senioren-, Jugend- und generell den Minderheitenschutz darstellt. Europäisches Lauterkeitsrecht ist Wirtschaftsrecht und kein Sozialrecht, dieses Zwischenergebnis konnte bereits erzielt werden<sup>529</sup>. Es kann also keine grundsätzliche Aufgabe der RLUGP sein, allgemeinen Minderheitenschutz zu gewähren. Einen solchen allgemeinen Schutz streben indes Art. 5 Abs. 3 und auch das Per se-Verbot der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP nicht an. Senioren und Kinder werden hier nur in ihrer Rolle als Verbraucher, also als Teil der alle

<sup>528</sup> Röttiger in Wiebe/G. Kodek, UWG, Einleitung, Rn. 145.

<sup>529</sup> Vgl. dazu oben Teil 3, C. II. 2. c) c) Unterpunkt: Verständnis des Europäischen Verbraucherrechts als Wirtschaftsrecht, nicht als Sozialrecht.

Bevölkerungsgruppen umfassenden Marktgegenseite geschützt<sup>530</sup>. Um eine Irreführung dieser Verbrauchergruppen zu verhindern und um in nächster Konsequenz zu einem redlichen Wettbewerb und zu einem reibungslos funktionierenden Binnenmarkt beizutragen, bedarf es eines entsprechend höheren Schutzniveaus.

Ohne Hauptmaterie der RLUGP zu sein, ist dem niedrigeren Erfahrungs- und Verständnishorizont einzelner Bevölkerungsgruppen in angemessener Weise bei der Anwendung von Lauterkeitstatbeständen Rechnung zu tragen, nur so können Verfälschungen des Wettbewerbs verhindert werden. Die Berücksichtigung im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie dient dem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes und der gruppenspezifischen Schutzzweckdifferenzierung des Art. 5 Abs. 3 RLUGP liegen keine primär sozialpolitischen, sondern vielmehr binnenmarktorientierte Erwägungen zugrunde.

## **II. Die schutzbedürftigen Verbrauchergruppen, Art. 5 Abs. 3 RLUGP**

Eine besondere Schutzbedürftigkeit kann sich nach Art. 5 Abs. 3 RLUGP aufgrund geistigen oder körperlichen Gebrechens oder aufgrund Alters oder Leichtgläubigkeit ergeben. Nur persönliche Eigenschaften können die Schutzbedürftigkeit<sup>531</sup> begründen und es besteht insoweit ein – wenn auch in der Praxis schwer feststellbares – Kausalitätserfordernis. Die „eindeutig identifizierbare Gruppe von Verbrauchern“ muss gerade und nur wegen ihres spezifischen Defizits außerstande sein, am Markt entsprechend dem grundsätzlich geltenden Verbraucherleitbild zu agieren. Eigenverantwortliche Uninformiertheit, Trägheit oder Bequemlichkeit dürfen an dieser Stelle keinesfalls berücksichtigt werden und unter dem Deckmantel eines im Einzelfall nicht ursächlichen Defizits zu erhöhtem Schutz führen. Um einer Aushöhlung des Verbraucherleitbildes entgegenzutreten, kann Schutzbedürftigkeit nur angenommen werden, wenn der Verbraucher im Einzelfall auch schutzwürdig ist<sup>532</sup>.

---

<sup>530</sup> Die nach Nr. 28 Anhang 1 RLUGP umworbenen Kinder müssen gem. Art. 3 Abs. 1 RLUGP Verbraucher i.S.d. Art. 2 lit. a RLUGP sein. Anderenfalls ist der Anwendungsbereich der RLUGP nicht eröffnet. Auch unter den Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 RLUGP fallen nur Verbraucher, vgl. insoweit den klaren Wortlaut „eindeutig identifizierbare Gruppe von Verbrauchern, die (...) besonders schutzbedürftig sind“.

<sup>531</sup> Vgl. ErwGr. 19 RLUGP.

<sup>532</sup> In diese Richtung auch *Scherer*, WRP 2008, 563, 568.

## 1. Schutzbedürftigkeit aufgrund geistigen oder körperlichen Gebrechens

Eine nähere Bestimmung der Schutzbedürftigkeit aufgrund geistigen oder körperlichen Gebrechens enthält die Lauterkeitsrichtlinie nicht. Diese Eigenschaft ist als Teil der Richtlinie durch systematische und teleologische Erwägungen näher zu bestimmen. Physische Erkrankungen in Form von körperlichen Behinderungen können eine Schutzwürdigkeit nur dann hervorrufen, wenn die Wahrnehmung des Verbrauchers beeinträchtigt ist, beispielsweise durch Blindheit oder Taubheit. Wer eine unternehmerische Geschäftspraktik aufgrund körperlicher Defizite nicht ungehindert wahrnehmen kann, ist außerstande, Informationen zutreffen zu verarbeiten und zu werten und ist demnach nicht in der Lage, gleich einem Durchschnittsverbraucher kritische Aufmerksamkeit und Verständigkeit an den Tag zu legen. Wer in seiner Wahrnehmung durch körperliche Gebrechen nicht völlig eingeschränkt, sondern nur beeinträchtigt ist, bedarf eines besonderen Schutzes nur dann, wenn das spezifische Defizit Grund dafür ist, dass ein Verhalten entsprechend dem Verbraucherleitbild subjektiv unmöglich ist. Mobilitätseinschränkende Erkrankungen, etwa in Form von Lähmungen, Missbildungen oder amputierten Gliedmaßen, können hier genauso wenig wie chronische körperliche Erkrankungen (etwa Diabestes, Asthma oder Rheuma) eine pauschale Schutzwürdigkeit begründen. Auch der Rollstuhl fahrende oder der auf Medikamente angewiesene Verbraucher kann seiner Rolle als Durchschnittsverbraucher nach dem europäischen Leitbild prinzipiell gerecht werden, da Aufmerksamkeit, Verständigkeit und Informiertheit hier regelmäßig nicht grundsätzlich eingeschränkt sind<sup>533</sup>.

Im Bereich der geistigen Gebrechen gibt es hingegen eine Vielzahl möglicher und in diesem Zusammenhang zu berücksichtigender Erkrankungen. Vor allem Neurosen, Depressionen, Intelligenzdefizite oder etwa auf Suchterkrankungen beruhende psychische Defizite führen regelmäßig dazu, dass der jeweilige Betroffene schutzbedürftig und auch schutzwürdig ist. Aufgrund solcher psychischer Störungen besitzt der Betroffene in der Regel nicht die geistigen Fähigkeiten eines angemessen gut unterrichteten, angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbrauchers<sup>534</sup>.

---

<sup>533</sup> Ergänzend sei hier angemerkt, dass die falsche Behauptung eines Unternehmers, ein Produkt könne Krankheiten, Funktionsstörungen oder Missbildungen heilen, gem. Nr. 17 Anhang 1 RLUGP – völlig unabhängig von Schutzbedürftigkeit oder Schutzwürdigkeit des einzelnen betroffenen Verbrauchers – als per se unlauter einzustufen ist.

<sup>534</sup> Vgl. auch *Scherer*, WRP 2008, 563, 569 f.

## 2. Altersbedingte Schutzbedürftigkeit

Nach *Hans-W. Micklitz* dürfte außer Streit sein, „dass Kinder und Senioren eines besonderen Schutzes bedürfen“<sup>535</sup>. Die RLUGP berücksichtigt dies nicht nur in Art. 5 Abs. 3 RLUGP, sondern auch im Per se-Verbot der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP, welches speziell die Werbung gegenüber Kindern zum Gegenstand hat. Da aber allein aufgrund hohen oder niedrigen Alters noch nicht unweigerlich auf mangelnde Kritikfähigkeit gegenüber Werbung geschlossen werden kann, ist im Folgenden näher zu bestimmen, wer im Einzelnen als altersbedingt schutzbedürftig anzusehen ist und inwiefern ein solcher Schutz zu bestehen hat.

### a) Schutz von Minderjährigen und Kindern

Seitens der Unternehmen wurde unlängst erkannt, dass Kinder eine wichtige und lukrative Zielgruppe für Werbemaßnahmen darstellen. Der jüngste Teil der Bevölkerung zählt nicht mehr nur zu den potenziellen Kunden der Zukunft, sondern aufgrund steigender eigener Konsumkraft auch zum gegenwärtig unmittelbar umworbene Kundenkreis<sup>536</sup>. Darüber hinaus können Kinder die Kaufentscheidung ihrer Eltern mit beeinflussen. Heranwachsende durchleben mittlerweile eine „konsumorientierte Multimedia-Kindheit“<sup>537</sup> und lassen sich in dieser Welt sehr viel leichter von Werbung lenken und überrumpeln als Erwachsene. Ihre Konsumententscheidungen sind oftmals geprägt von Spontaneität, Emotionalität<sup>538</sup> und kindlicher Unbeschwertheit. Junge Menschen haben in der Regel nicht die Erfahrungen im Geschäftsleben, die bei einem Durchschnittsverbraucher zu erwarten sind, und die es ihnen ermöglichen würden, die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung einer Handlung zu erfassen und kritisch zu bewerten<sup>539</sup>. Aufgrund dieser Unerfahrenheit und der damit verbundenen Leichtgläubigkeit sind Heranwachsende durch Werbung schneller und leichter beeinflussbar<sup>540</sup> als der Durchschnittsverbraucher und bedürfen daher eines höheren Schutzes.

<sup>535</sup> *Micklitz* in MünchKommUWG, Band 1, EG E Rn. 162.

<sup>536</sup> Anschaulich dargestellt bei *Mankowski*, WRP 2007, 1398, 1398; statistische Begründung bei *Dembowski*, FS Ullmann, 599, 599; Beträge und Prozentzahlen bzgl. der Kaufkraft Jugendlicher in den letzten Jahren bei *Heermann* in MünchKommUWG, Band 1, § 4 Nr. 2 Rn. 18 und ebenso bei *Mankowski*, WRP 2008, 421, 421.

<sup>537</sup> *Eisenhardt*, WRP 1997, 283, 283.

<sup>538</sup> *Fechner/Schipanski*, ZUM 2006, 898, 900.

<sup>539</sup> Es sei typischerweise davon auszugehen, dass Kinder noch nicht in ausreichendem Maße in der Lage sind, Waren- oder Dienstleistungsangebote kritisch zu beurteilen, so *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 2.24.

<sup>540</sup> S. dazu BGH, GRUR 2006, 776, 777 – „Werbung für Klingeltöne“; der BGH nimmt hier mit dem Berufungsgericht an, „dass Minderjährige auf Grund ihrer geringeren Lebenserfahrung in der Regel weniger in der Lage sind, die durch die Werbung angepriesene Leistung in Bezug auf Bedarf, Preiswürdigkeit und finanzielle Folgen zu bewerten, und dass sie auch noch lernen müssen, mit Geld hauszuhalten.“

Regulierung statt grundsätzlicher Verbote, dieser Leitgedanke des europäischen Gesetzgebers<sup>541</sup> liegt auch der Art und Weise des Irreführungsschutzes zu Gunsten Heranwachsender in der Lauterkeitsrichtlinie zugrunde. Um Befürchtungen gewerblicher Verbände und Unternehmer entgegenzutreten, stellt der europäische Gesetzgeber in ErwGr. 18 RLUGP klar, dass Werbung gegenüber Kindern nicht völlig untersagt ist<sup>542</sup>. Anstelle eines starren Verbots wählte man auch hier den Weg der Regulierung und steckte der Werbung gegenüber Heranwachsenden Grenzen durch Nr. 28 Anhang 1 und Art. 5 Abs. 3 RLUGP. Nach dem genannten Per se-Verbot dürfen Kinder in einer Werbung nicht direkt aufgefordert werden, ein Produkt zu kaufen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene zu überreden, die beworbenen Produkte für sie zu kaufen. Werbung gegenüber Kindern und das Einspannen von Kindern als Kaufmotivatoren und Absatzhelfer sollen dadurch eingeschränkt werden. Legte man nun dem Tatbestand der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP – der sich ersichtlich an der Parallelregelung des Art. 16 RL 89/552/EWG bzw. Art. 3e lit. g RL 2007/65/EG orientiert – ein weites Verständnis zugrunde, näherte man sich schnell einem von der RLUGP nicht gewollten generellen Verbot an. Angesichts des Wortlauts der Richtlinie und des Willens des Gesetzgebers ist der Tatbestand aber eng auszulegen und vor allem die Begriffe „Kind“ und „direkte Aufforderung (...) zu kaufen“ sind restriktiv zu handhaben. Mit Blick auf sonstiges Sekundärrecht, ist unter einem „Kind“ richtigerweise nur eine Person unter 14 Jahren zu verstehen<sup>543</sup>. Bezüglich der direkten Aufforderung bedarf es eines direkten Kaufappells<sup>544</sup>, Werbung muss gezielt, final, persönlich und appellartig an Kinder gerichtet sein. In den sog. „Kaufmotivatorenfällen“ ist sogar noch restriktiver vorzugehen. Hier sollen die Eltern vor dem Einfluss ihrer Kinder geschützt werden, obwohl es an sich alleinige Aufgabe der Eltern sein muss, sich von den Erwerbswünschen ihrer Kinder loszusagen. Dass der europäischen Gesetzgebers hier eine Regelung zum Schutze der Eltern vor dem Einfluss ihrer eigenen Kinder trifft, kann nur als

---

<sup>541</sup> Auch im Zuge des von der Lauterkeitsrichtlinie verfolgten Informationsparadigmas folgt der Gesetzgeber dem Leitgedanken: Regulierungen (in Form von Informationsgeboten) statt starrer Verbote.

<sup>542</sup> Es gibt im europäischen Sekundärrecht zwar einige bereichsspezifische Werbeverbote ggü. Kindern, ein vollumfängliches Komplettverbot wäre aber in der Praxis nur schwer vorstellbar und durchsetzbar.

<sup>543</sup> So im Ergebnis auch Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, Anh zu § 3 III, Rn. 28.5.; ders., WRP 2008, 700, 703; Baukelmann, FS Ullmann, 587, 589; Steinbeck, WRP 2008, 865, 868. Scherer, WRP 2008, 430, 432 argumentiert mit Art. 2 lit. j des Vorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt – der inzwischen allerdings zurückgezogen worden ist – und mit Art. 16 lit. a und b der Fernsichtlinie (RL 89/552/EWG) bzw. inzwischen Art. 3e lit. g der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (RL 2007/65/EG). Dort nämlich spricht der europäische Gesetzgeber ausdrücklich von „Minderjährigen“, nicht von „Kindern“. A.A. Mankowski, WRP 2007, 1398, 1400 ff., der für eine Altersgrenze von 18 Jahren plädiert.

<sup>544</sup> Dies wird auch mit Blick auf die englischsprachige („a direct exhortation“) und französische Fassung („inciter directement“) deutlich, vgl. Köhler, WRP 2008, 700, 702.

systemwidriges „Erziehungsprojekt“ der Kommission gewertet werden<sup>545</sup> und ist deshalb äußerst streng zu handhaben. Nur in Extremfällen und nur wenn besondere Umstände hinzutreten, ist hier ein Per se-Verbot anzunehmen<sup>546</sup>.

Kinder sind im Ergebnis ein grundsätzlich schutzbedürftiger und schutzwürdiger Teil der Marktgegenseite. Die spezielle in Nr. 28 Anhang 1 RLUGP geregelte Beschränkung der Werbung gegenüber Kindern ist im Ergebnis jedoch sehr restriktiv auszulegen<sup>547</sup>. In der Literatur wurde diese Thematik bereits umfangreich diskutiert<sup>548</sup> und konnte hier nur in der gebotenen Kürze dargestellt werden. Abschließend sei angemerkt, dass sich die Bedeutung der Diskussion um das Verbot der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP aus zwei Gründen relativiert. Zum einen ist Art. 16 der Fernsehrichtlinie (RL 89/552/EWG) bzw. mittlerweile Art. 3e lit. g der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (RL 2007/65/EG) als Spezialregel und unmittelbar dem Jugendschutz dienende Norm vorrangig zu berücksichtigen<sup>549</sup>. Einzig diese Norm ist also für den häufigen Fall der Fernsehwerbung gegenüber Kindern anwendbar. Zum anderen wird ohnehin erst und einzig der EuGH endgültige Klarheit bezüglich der Auslegungsproblematik um den Tatbestand der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP schaffen können. Die bis dahin bestehende Rechtsunsicherheit kann seitens der Wirtschaft nur hingenommen werden<sup>550</sup>.

#### *b) Schutz von Senioren*

Noch schwieriger als im Zusammenhang mit der Schutzbedürftigkeit junger Menschen<sup>551</sup> ist das Festlegen einer diesbezüglichen Altersgrenze bei älteren Menschen. Wann soll der Schutz aufgrund „hohen Alters“ beginnen? Ab wann gehört ein Mensch in den Bereich der schutzbedürftigen Senioren? Die sprachliche Parallele zum Adjektiv „senil“ lässt hier

<sup>545</sup> Scherer, WRP 2008, 430, 437; vgl. auch *dies.* in Fezer, UWG, Band 1, § 4-2, Rn. 224 ff.

<sup>546</sup> Vgl. zur zweiten Alternative der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP, den Kaufmotivatorenfällen, auch noch später unter F. III. 2. d) bb).

<sup>547</sup> So auch Scherer, WRP 2008, 430, 433 und Köhler, WRP 2008, 700, 702. Vgl. auch Seichter in jurisPK-UWG, § 4 Nr. 2 Rn. 37, der zumindest eine extensive Auslegung ausschließt. A.A. und für ein weiteres Verständnis Mankowski, WRP 2008, 421, 423 ff..

<sup>548</sup> Vgl. nur Mankowski, WRP 2008, 421, 421 ff.; Köhler, WRP 2008, 700 ff.; Scherer, WRP 2008, 430 ff. und Fuchs, WRP 2009, 255, 263 ff..

<sup>549</sup> Dies wird ausdrücklich in Nr. 28 Anhang 1 RLUGP betont, der Vorrang geht aber bereits aus Art. 3 Abs. 4 RLUGP hervor. Zu beachten ist, dass Art. 3e lit. g RL 2007/65/EG den Begriff des „Minderjährigen“ verwendet und dass die Werbung hier zusätzlich geeignet sein muss, „deren Unerfahrenheit oder Leichtgläubigkeit auszunutzen“.

<sup>550</sup> Köhler, NJW 2008, 3032, 3033.

<sup>551</sup> Im Bereich der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP besteht in der Literatur die bereits angedeutete Diskussion, bis zu welchem Alter eine Person ein „Kind“ ist. Mankowski, WRP 2007, 1398, 1404 vertritt die Ansicht, alle Personen unter 18 fielen darunter. Die zutreffende Gegenansicht jedoch bezeichnet als „Kind“ nur Personen unter 14 Jahre, vgl. Scherer, WRP 2008, 430, 432; Köhler, FS Ullmann, 685, 698 und Baukelmann, FS Ullmann, 587, 589.

keinesfalls Schlüsse zu, da je nach Lebensweise und nach körperlich-geistiger Verfassung die Informiertheit und Verständigkeit etwa einer 70 oder 75-jährigen Person durchaus noch sehr hoch sein kann. Wer auch im Alter modern lebt, sich permanent informiert und aktuelle Entwicklungen verfolgt, kann unter Umständen und gerade aufgrund seiner Lebenserfahrung weitaus verständiger und informierter sein als ein 25-jähriger Student oder eine 45-jährige Hausfrau.

Medizinisch betrachtet wächst zwar ab einem gewissen Alter das Risiko geistiger Erkrankungen<sup>552</sup> und körperlicher Gebrechen. Zeitgleich sinkt in den meisten Fällen die geschäftliche Aufmerksamkeit und Informiertheit. Eigenständige Bedeutung wird der Schutzbedürftigkeit wegen hohen Alters dennoch nicht zukommen, denn nur und alleine eines bestimmten Alters wegen kann keine pauschale Schutzwürdigkeit angenommen werden. Es müssen vielmehr weitere Umstände – in aller Regel altersbedingte Gebrechen, altersbedingte Leichtgläubigkeit oder nicht (mehr) vorhandene geschäftliche Erfahrung – hinzutreten.

### **3. Schutzbedürftigkeit aufgrund Leichtgläubigkeit**

Besonders problematisch ist die von Art. 5 Abs. 3 RLUGP ausdrücklich anerkannte Schutzbedürftigkeit aufgrund Leichtgläubigkeit. Wendet sich eine Geschäftspraktik an eine Gruppe aufgrund Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftiger Verbraucher, so soll die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe, also der „Durchschnittsleichtgläubige“ zum relevanten Maßstab gemacht werden. Dieser äußerst vage Grund für eine Schutzbedürftigkeit ist anzunehmen, wenn der Betroffene aufgrund mangelnden Urteilsvermögens nicht in der Lage ist, ein Geschäft richtig zu bewerten und einzuschätzen und deshalb geneigt ist, den Behauptungen des Werbenden ungeprüft Glauben zu schenken<sup>553</sup>. In der Praxis wird schwer feststellbar und abgrenzbar sein, wann von einer solchen spezifischen und etwa auf geschäftlicher Unerfahrenheit, hohen Alters oder anderer Defizite<sup>554</sup> beruhenden Leichtgläubigkeit auszugehen ist und wann der Verbraucher demgegenüber nur zu bequem ist, die Konditionen des Geschäfts oder die Angaben in der Werbung näher zu betrachten. Würde der Beurteilung einer

<sup>552</sup> *Plaß* in Heidelberger Kommentar, WettbR, § 4 Rn. 226.

<sup>553</sup> In diese Richtung auch *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 2.48.

<sup>554</sup> Leichtgläubigkeit kann besonders auch bei schreib- oder leseunkundigen Verbraucher vorliegen oder auch bei Bevölkerungsgruppen mit Migrationshintergrund.

Geschäftspraktik im Endeffekt der Maßstab eines gleichgültigen, bequemen, trägen und dadurch bedingt leichtgläubigen Verbrauchers zugrunde gelegt, so stünde dies dem geltenden EU-Verbraucherleitbild diametral entgegen. Unaufmerksamkeit und auf Trägheit beruhende Uninformiertheit werden von diesem Leitbild gerade nicht geschützt. Der Leichtgläubigkeit hat im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 3 RLUGP regelmäßig eine besondere Ursache in Form eines spezifischen Defizits zugrunde zu liegen<sup>555</sup>, welches zu reduzierter Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit führt. Daneben hat der EuGH bereits vor einigen Jahren Konkretisierungshilfe geleistet, als er festlegte, der Verbraucher könne auch aufgrund eigener Rechtsunkundigkeit schutzbedürftig sein<sup>556</sup>. Auch eine fehlende Rechtskenntnis soll also möglicher Grund für Leichtgläubigkeit etwa in Form eines „blinden Vertrauens“ gegenüber dem Vertragspartner sein<sup>557</sup>. Berechtigterweise wird dem aber entgegengehalten, dass der Referenzverbraucher ohnehin über wenig oder gar keine Rechtskenntnisse verfügt<sup>558</sup>. Ein Unternehmer, der diese Unkenntnis ausnutzt, macht sich nicht ein spezifisches Defizit des Verbrauchers zunutze, sondern nutzt vielmehr seine eigene Überlegenheit gegenüber dem rechtsunkundigen Referenzverbraucher aus. Nicht der Verbraucher ist hier besonders unerfahren, sondern der Unternehmer ist überdurchschnittlich erfahren. Der Unternehmer nutzt nur seinen Wissensvorsprung aus, den er durch seine Geschäftstätigkeit erlangt hat, mit dem Ausnutzen vermeintlicher Verbraucherdefiziten hat dies an sich nichts zu tun<sup>559</sup>. Im Ergebnis kann Schutzbedürftigkeit aufgrund Leichtgläubigkeit nur dann angenommen werden, wenn ein weiteres spezifisches Defizit seitens des Verbrauchers hinzutritt und dieses Defizit dazu führt, dass er die an den Referenzverbraucher gestellten Anforderungen selbst dann nicht erfüllen könnte, wenn er dies wollte<sup>560</sup>. Die Lauterkeitsrichtlinie ist an dieser Stelle offen angelegt für eine Vielzahl von möglichen Defiziten und Gründen für eine Schutzbedürftigkeit. Es wird offensichtlich das Ziel verfolgt, einen möglichst umfassenden und flexiblen Schutz gewährleisten zu können<sup>561</sup>.

<sup>555</sup> Scherer, WRP 2004, 1355, 1356 fordert für die Schutzwürdigkeit des leichtgläubigen Verbrauchers – bezogen auf die vergleichbare Sachlage im deutschen Recht (§ 4 Nr. 2 UWG) –, dass die Leichtgläubigkeit auf massiven Defiziten beruht.

<sup>556</sup> EuGH Slg. 2002, I-10875, 10910, Rn. 33 – „Cofidis“ und auch schon EuGH Slg. 2000, I-4941, 4974, Rn. 26 – „Océano Grupo Editorial und Salvat Editores“.

<sup>557</sup> Ergänzend sei angemerkt, dass diese Problematik weniger im Rahmen der Werbung als vielmehr im schriftlichen Vertragsbereich, vor allem im Zusammenhang etwa mit den Verbraucher benachteiligenden Vertragsklauseln, relevant sein wird.

<sup>558</sup> Vgl. zu dieser Problematik eingehend *Peterek*, WRP 2008, 714 ff., v.a. 721.

<sup>559</sup> *Peterek*, WRP 2008, 714, 721 f.

<sup>560</sup> So – mit Bezug auf das deutsche Recht – *Peterek*, WRP 2008, 714, 722.

<sup>561</sup> So auch *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 885. Vgl. auch den von ihm angedachten und trefflichen Formulierungsvorschlag für die Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 RLUGP

#### 4. Sonstige Gründe für eine Schutzbedürftigkeit, Art. 5 Abs. 3 RLUGP als nicht abschließende Regelung

Nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 RLUGP sind die für eine Schutzbedürftigkeit in Betracht kommenden Gründe abschließend geregelt. Danach nämlich muss es um eine eindeutig zu identifizierende Gruppe von Verbraucher gehen, „die aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit (...) besonders schutzbedürftig sind“. Auch nach dem Wortlaut der englischen und französischen Fassung sind die potenziellen Gründe einer Schutzbedürftigkeit an sich abschließend geregelt<sup>562</sup>. Da bei der Auslegung und Anwendung eines Richtlinienartikels aber stets auch die Erwägungsgründe eine zentrale Rolle einnehmen<sup>563</sup>, muss an dieser Stelle ferner ErwGr. 19 RLUGP Berücksichtigung finden. Hier ist die Rede von bestimmten „Eigenschaften wie Alter, geistige oder körperliche Gebrechen oder Leichtgläubigkeit“. Das Wörtchen „wie“ gibt der Regelung beispielhaften und offenen Charakter genauso wie die an dieser Stelle vorzufindende englische Formulierung „certain characteristics such as...“ und ebenso die französische „certaines caractéristiques telles que...“. Ob man sich nun am abschließend formulierten Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 RLUGP oder am offen und beispielhaft formulierten ErwGr. 19 RLUGP zu orientieren hat, soll anhand zweier kurzer Beispiele geklärt werden. Ein aufgrund ausländischer Herkunft sprachunkundiger Verbraucher ist im Geschäftsverkehr eingeschränkt und benachteiligt. Er kann zur Verfügung gestellte Informationen nicht verwerten und ist – durchaus vergleichbar mit einem Hörgeschädigten – in seiner Wahrnehmung eingeschränkt. Ohne einem physischen Defizit zu unterliegen, kann der sprachunkundige Ausländer mündliche Kommunikation nicht oder nicht vollständig verstehen. Genauso ist ein leseunkundiger Verbraucher – zumindest im Bereich der schriftlichen Werbung – in seiner Wahrnehmung vergleichbar einem Blinden eingeschränkt. Es kann im Bereich des Lauterkeitsrechts keinen Unterschied machen, ob ein Kranker, ein Analphabet oder ein Ausländer aufgrund seiner spezifischen persönlichen

---

ins deutsche Recht, a.a.O. Rn. 1083 („Verbraucher, die aufgrund geistiger oder körperlicher Gebrechen, ihres Alters oder auf vergleichbaren Gründen beruhende Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftig sind...“).

<sup>562</sup> Die englische Fassung lautet „consumers who are particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity“ und hat dem Wortlaut nach abschließenden Charakter; genauso auch die französische Fassung „consommateurs parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité“.

<sup>563</sup> U.U. kann Erwägungsgründen faktisch sogar eigener Regelungsgehalt zukommen, vgl. *Thum* in Wandtke/Bullinger, UrhG, Vor §§ 87a ff. Rn. 17. Ihre Ausführung bezieht sich zwar speziell auf die Datenbank-Richtlinie (RL 96/9/EG), kann aber allgemeine Geltung bezüglich sämtlichen Sekundärrechts beanspruchen.

Eigenschaften außerstande ist, eine Geschäftspraktik so aufzufassen wie das vom Durchschnittsverbraucher erwartet werden kann. Ausländer oder sonst sprach- und schreibunkundige Verbraucher sind mit einem massiven Defizit belastet, das sie zum einen klar identifizierbar macht, vom Kreis der Durchschnittsverbraucher abtrennt und als schutzbedürftig und auch schutzwürdig kategorisieren lässt. Einzig wenn die Sprachunkundigkeit – etwa bei schon jahrelang im jeweiligen Land wohnenden Einwanderern oder auch bei Analphabeten, die eine Alphabetisierung trotz realer Möglichkeit aus Gleichgültigkeit oder Trägheit nicht bewältigen<sup>564</sup> – als selbstverschuldet zu betrachten ist, wäre auch in diesen Fallgruppen eine Schutzwürdigkeit zu verneinen. Grundsätzlich sollten aber auch sprach-, lese- und schreibunkundige Verbraucher als spezifisch schutzbedürftige Gruppe angesehen werden können, da sprachliche und kommunikative Defizite einem geistigen Gebrechen oder einer körperlichen Einschränkung der Wahrnehmbarkeit in diesem Zusammenhang gleichkommen oder zumindest damit vergleichbar sind.

Man hat man sich im Ergebnis also an ErwGr. 19 RLUGP zu orientieren und die in Art. 5 Abs. 3 RLUGP aufgelisteten Gründe für eine Schutzbedürftigkeit als nicht abschließend zu betrachten<sup>565</sup>. Dafür spricht auch die Entscheidung des Richtliniengabers zu dem Per se-Verbot der Nr. 16 Anhang 1 RLUGP. Hier wird offensichtlich auch der leichtgläubige und insbesondere abergläubische Verbraucher vor der unternehmerischen Behauptung geschützt, das jeweilige Produkt könne die Gewinnchancen beim Glücksspiel erhöhen<sup>566</sup>. Ob die Angabe wahr oder unwahr ist, soll hier unerheblich sein, da eine Überprüfung und Beweisführung im Zusammenhang mit dem vom Zufall geprägten Glücksspiel wohl ohnehin nicht möglich ist<sup>567</sup>. Ergänzend sei allerdings angemerkt, dass – in Anbetracht des geltenden Verbraucherleitbildes – die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers in dieser Konstellation äußerst fraglich erscheint.

Auch wenn hier im Ergebnis der abschließende Charakter der Gründe einer möglichen

---

<sup>564</sup> Wohl a.A. *Scherer*, WRP 2008, 563, 569, die darauf hinweist, dass der Alphabetisierungsprozess europaweit grundsätzlich der Schulzeit zugewiesen ist und dass auch erhebliche psychische Barrieren für einen Erwachsenen bestünden, sich den eigenen Analphabetismus einzugestehen.

<sup>565</sup> Die Auflistung in Art. 5 Abs. 3 RLUGP offensichtlich als nicht abschließend betrachtend auch *Glöckner* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, Einl B Rn. 229 („Bei der Beurteilung der besonderen Schutzwürdigkeit bestimmter von Werbemaßnahmen angesprochenen Gruppen werden die mitgliedstaatlichen Gerichte sicher eine gewisse Freiheit genießen“). Noch weitergehend *Micklitz* in *MünchKommUWG*, Band 1, EG E Rn. 165, nach dem diese Norm sogar der Berücksichtigung divergierender nationaler Moralvorstellungen dienen soll („Insofern trägt Art. 5 Abs. 3 eben auch dem Umstand Rechnung, dass die Gemeinschaft aus 25 unterschiedlichen Traditionen und Kulturen besteht.“).

<sup>566</sup> Vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Anh zu § 3 III, Rn. 16.1.

<sup>567</sup> Vgl. *Weidert/Bruhn* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, Anh § 3 Abs. 3, II, Nr. 16 Rn. 10.

Schutzbedürftigkeit abgelehnt wird, sei nochmals klargestellt, dass im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 3 RLUGP zwingend persönliche Eigenschaften des Verbrauchers vorliegen müssen. Umstände wie Angst, eine Zwangslage oder andere äußere Einflüsse können eine Schutzbedürftigkeit keinesfalls begründen<sup>568</sup>.

### III. Auslegung des Art. 5 Abs. 3 RLUGP

Um die Wirkung des Art. 5 Abs. 3 auf den Wettbewerb zu untersuchen und die Frage nach möglichen dadurch bedingten Restriktionen zu beantworten, ist die Auslegung und das dem Art. 5 Abs. 3 RLUGP richtigerweise zugrunde zu legende Verständnis näher zu beleuchten.

#### 1. „Vernünftigerweise Vorhersehbarkeit“ – objektive Betrachtungsweise

Im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 3 RLUGP ist die Kernfrage, wann eine Geschäftspraktik voraussichtlich in einer für den Gewerbetreibenden vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise schutzbedürftige Verbraucher beeinflusst. Teilweise wird die Ansicht vertreten, Art. 5 Abs. 3 RLUGP solle nur dann Anwendung finden, wenn sich die bei schutzbedürftigen Verbrauchergruppen entstehenden Missverständnisse dem Unternehmer förmlich aufdrängen mussten<sup>569</sup>. Lediglich fahrlässiges Verhalten könne für das Merkmal „vernünftigerweise vorhersehbar“ nicht ausreichen, es sei also vom Vorsatzerfordernis auszugehen<sup>570</sup>. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass zumindest die Vorsatzform des *dolus eventualis* permanent seitens des werbenden Unternehmers vorliegen wird. So muss nämlich vor allem im Bereich der Massenmedien permanent damit gerechnet und in Kauf genommen werden, dass eine allgemein gehaltene Werbung auch von schutzbedürftigen und schutzwürdigen Verbrauchergruppen wahrgenommen wird und deren wirtschaftliches Verhalten potenziell beeinflusst. Da schutzbedürftige Bevölkerungsgruppen Teil einer jeden Gesellschaft sind, kann man insoweit von

<sup>568</sup> S. ErwGr. 19 RLUGP; vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 3 Rn. 17.

<sup>569</sup> So Seichter, WRP 2005, 1087, 1091 und auch Hecker, WRP 2006, 640, 646 mit Vergleich zum deutschen § 4 Nr. 2 UWG a.F. (ebenso § 4 Nr. 2 UWG n.F.), der ein Ausnutzen und damit mindestens bedingten Vorsatz voraussetzt. A.A. Micklitz in MünchKommUWG, Band 1, EG E Rn. 166, der der RLUGP kein Vorsatzerfordernis („kein derart ausgeprägtes intentionales Element“) für die Eröffnung des Art. 5 Abs. 3 RLUGP entnimmt.

<sup>570</sup> Ähnlich der deutschen Regelung des § 4 Nr. 2 UWG, die ein „Ausnutzen“ seitens des Gewerbetreibenden fordert.

„statistischer Zwangsläufigkeit“ sprechen<sup>571</sup>. Davon abgesehen muss ein Vorsatzerfordernis als subjektives Merkmal, das zwangsläufig ein gewisses Verschuldenselement enthält, im Rahmen des europäischen Lauterkeitsrechts als unpassend bezeichnet werden<sup>572</sup>. Das (europäische) Lauterkeitsrecht strebt die Bewährung des Wettbewerbs als Institution an und übernimmt nicht etwa die Aufgabe, Schadensersatzansprüche zwischen Verbrauchern und Unternehmern zu klären oder aufzudecken, inwiefern eine Geschäftspraktik dem jeweiligen Unternehmer persönlich vorwerfbar ist. Das europäische Lauterkeitsrecht agiert vielmehr auf höherer und globaler Ebene. Nicht zuletzt spricht auch das Adverb „vernünftigerweise“ eher für einen objektiven Ansatz. Für die Beurteilung, ob eine Geschäftspraktik schutzbedürftige Verbrauchergruppen in ihrem wirtschaftlichen Verhalten beeinflusst, soll also nicht die subjektive Einschätzung des wettbewerblich Handelnden relevant sein, sondern diejenige des außenstehenden, objektiven und vernünftigen Betrachters<sup>573</sup>. Aus dieser objektiven Sicht kann erst Recht solchen Geschäftspraktiken entgegengetreten werden, durch die gezielt die Schwächen der schutzwürdigen Verbrauchergruppen ausgenutzt werden sollen. Auch aus der Sicht eines objektiven Betrachters ist eine Beeinflussung deren wirtschaftlichen Verhaltens in einem solchen Fall vorhersehbar und der Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 RLUGP eröffnet. In jedem Fall wird solchen Geschäftspraktiken Einhalt geboten, im Zuge derer der jeweilige Unternehmer bewusst „Jagd auf die Schwachen“ macht.

## **2. Die Beeinflussung „nur“ einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern**

Wenn nun aus dieser objektiven Sicht vorhersehbar ist, dass die Geschäftspraktik<sup>574</sup> das wirtschaftliche Verhalten „nur“ schutzbedürftiger Verbrauchergruppen wesentlich beeinflusst, so ist ein durchschnittliches Mitglied des jeweiligen schutzbedürftigen Verbraucherkreises als Maßstab für die Beurteilung der Unlauterkeit heranzuziehen. Es

---

<sup>571</sup> Scherer, WRP 2008, 563, 566.

<sup>572</sup> In diese Richtung auch *Schünemann* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 3 Rn. 454 („Verschulden in jeder Ausprägung ist schon kein genuines Merkmal der Unlauterkeit“). Vgl. auch *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 673, der betont, „dass weder ein Verschulden noch sonstige subjektive Gegebenheiten bei der Unlauterkeit eine Rolle spielen können“, vgl. auch a.a.O. Rn. 759 ff., wo *Thomas Dohrn* darauf hinweist, dass ein subjektiv-voluntatives Element nicht nur im Widerspruch zum Gesamtkonzept der RLUGP, sondern auch im Widerspruch zur Irreführungsrichtlinie stehe.

<sup>573</sup> *Schünemann* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 3 Rn. 455.

<sup>574</sup> An wen sich die Geschäftspraktik wendet, ist im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 3 RLUGP nicht relevant, von Bedeutung ist einzig, wessen wirtschaftliches Verhalten die Geschäftspraktik beeinflusst.

kann dabei nicht ausreichen, dass die spezielle Verbrauchergruppe mitunter beeinflusst wird, da man ansonsten – aufgrund der bereits erwähnten statistischen Zwangsläufigkeiten – permanent auf die Sichtweise der Minderheit abstellen müsste. Das der RLUGP zugrunde liegende europäische Verbraucherleitbild würde ausgehöhlt. Andererseits kann das Wörtchen „nur“ aber auch nicht im Sinne von „ausschließlich“ verstanden werden. Würde man ein solches Ausschließlichkeitserfordernis zugrunde legen, wäre der Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 RLUGP indes zu stark eingeschränkt. So könnte doch kein Unternehmer vernünftigerweise den unwahrscheinlichen, fast unmöglichen Fall vorhersehen, dass seine Geschäftspraktik tatsächlich ausschließlich schutzbedürftige Minderheiten in ihrem wirtschaftlichen Verhalten beeinflusst. Jedenfalls Angehörige oder Betreuer kranker oder alter Menschen können in ihrem wirtschaftlichen Verhalten zumindest mit beeinflusst werden. Nach der hier vertretenen Auffassung und auch unter Berücksichtigung der französischen Fassung<sup>575</sup> ist das deutsche „nur“ des Art. 5 Abs. 3 RLUGP nicht im Sinne von „ausschließlich“, sondern als „gerade“ oder „ganz besonders“ zu verstehen.

### 3. Objektiver Bezug der Geschäftspraktik zur Schutzbedürftigkeit

Nach ErwGr. 19 RLUGP muss die Verbrauchergruppe aufgrund ihres Defizits „anfällig“ für die jeweilige Geschäftspraktik oder das jeweilige Produkt sein. Es bedarf also eines objektiven Zusammenhangs in Form einer Bestimmung bzw. eines Bezugs der Geschäftspraktik zur schutzbedürftigen Verbrauchergruppe<sup>576</sup>. Diese objektive Komponente fehlt beispielsweise bei einer Lotteriewerbung in Bezug auf Kinder, da für Minderjährige – zumindest in Deutschland<sup>577</sup> – die Teilnahme an Lotterien und Wetten generell verboten ist. Genauso fehlt der objektive Zusammenhang etwa auch bei einer Werbung für einen Aktiv-Urlaub in Bezug auf (geh-) behinderte Menschen. Zu bejahen ist die objektive Bestimmung beispielsweise bei Süßwarenwerbung gegenüber Kindern oder bei der Werbung von Sprachkursen gegenüber im Inland lebenden Ausländern.

<sup>575</sup> Der in der französischen Fassung verwendete Begriff „substantielle“ ist Synonym zum deutschen „wesentlich“ oder „grundlegend“, nicht aber zu dem Begriff „ausschließlich“.

<sup>576</sup> Eine solche objektive Komponente auch bei *Scherer*, WRP 2008, 563, 566. Für die „vernünftige Vorhersehbarkeit“ verlangt sie „die objektive Bestimmung der Werbung in Bezug auf diese besonders schutzbedürftige Verbrauchergruppe“. Als Negativ-Beispiel nennt sie Werbung mit optischen Bestandteilen – etwa in einem Printmedium – gegenüber blinden oder sehbehinderten Menschen. Eine solche Werbung ist für diese Verbrauchergruppe objektiv nicht bestimmt.

<sup>577</sup> Gemäß dem Glücksspielstaatsvertrag darf öffentliches Glücksspiel den Erfordernissen des Jugendschutzes nicht zuwiderlaufen. Die Teilnahme von Minderjährigen ist unzulässig und die Veranstalter und Vermittler haben sicherzustellen, dass Minderjährige von der Teilnahme ausgeschlossen sind, vgl. § 4 Abs. 3 GlüStV.

#### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist der Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 RLUGP nur dann eröffnet, wenn die jeweilige Geschäftspraktik „gerade“ und „ganz besonders“ das wirtschaftliche Verhalten einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von schutzbedürftigen Verbrauchern objektiv vorhersehbar beeinflusst. Außerdem muss sie auch objektiv für diese Zielgruppe bestimmt sein. Die Schutzbedürftigkeit muss dabei auf einem Defizit beruhen und schutzwürdig ist der Verbraucher nur dann, wenn er aufgrund seines Defizits außerstande ist, sich am Markt entsprechend dem Durchschnittsverbraucher zu verhalten. Die in Betracht kommenden Gründe für eine Schutzbedürftigkeit sind in Art. 5 Abs. 3 RLUGP – allerdings nicht abschließend – aufgezählt. In Anbetracht des geltenden und gefestigten europäischen Verbraucherleitbildes und gemäß teleologischer und grammatischer Auslegung ist ein grundsätzlich restriktives Verständnis des Art. 5 Abs. 3 RLUGP geboten<sup>578</sup>, wofür nicht zuletzt der Charakter der Vorschrift als eng zu verstehende Ausnahmeregelung<sup>579</sup> spricht.

#### IV. Wirkung auf den Wettbewerb – Restriktionen durch die Berücksichtigung schutzbedürftiger Verbrauchergruppen im Rahmen der RLUGP?

Bei der Beurteilung der Wirkung des von der Richtlinie verfolgten höheren Schutzes besonders schutzbedürftiger Verbrauchergruppen (Art. 5 Abs. 3 RLUGP und Nr. 28 Anhang 1 RLUGP) muss man zunächst dessen Zweck und Bedeutung berücksichtigen. Der Teil der Marktgegenseite, welcher aus Verbrauchern besteht, die schneller und leichter beeinflussbar sind als der Durchschnittsverbraucher, muss grundsätzlich auch besser geschützt werden. Gewährt man keinen solchen spezifischen Schutz, kann nämlich der Schwächere seine Rolle als Binnenmarktverbraucher nicht ordnungsgemäß wahrnehmen. Er wird leichter getäuscht und es kommt zu Verfälschungen des Wettbewerbs. Für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bedarf es demnach einheitlicher und fairer Spielregeln auch und gerade in Bezug auf Geschäftspraktiken, die sich an schutzbedürftige Minderheiten richten. Es sind hierbei nicht – oder zumindest nicht vordergründig – sozialpolitische Ziele intendiert, sondern der wirtschaftliche und binnenmarktbezogene

---

<sup>578</sup> So auch *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1091 und *Scherer*, WRP 2008, 563, 570.

<sup>579</sup> Vgl. *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1091 („Die Bestimmung ist als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen“).

Aspekt ist von ausschlaggebender Bedeutung<sup>580</sup>. Dass den Unternehmen europaweit einheitliche und faire Spielregeln im Geschäftsverkehr mit schutzbedürftigen Verbrauchern auferlegt werden, dient zum einen der Angleichung der diesbezüglichen mitgliedstaatlichen Vorschriften, zum anderen dem Schutz dieser spezifischen Verbrauchergruppe und nicht zuletzt dem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes. Art. 5 Abs. 3 RLUGP kongruiert demnach vollumfänglich mit dem Zweck der RLUGP<sup>581</sup>. In erster Linie soll dem Binnenmarkt und dem Wettbewerb gedient werden, was in nächster Konsequenz sowohl den (schutzbedürftigen) Verbrauchern als auch den Unternehmern zugute kommt. Art. 5 Abs. 3 RLUGP kann insoweit nicht als eine den Wettbewerb beschränkende Normierung gesehen werden, sondern eher als eine dem Wettbewerb und den am Wettbewerb Beteiligten zugute kommende Vorschrift.

Darüber hinaus konnte festgestellt werden, dass die restriktiv auszulegende Ausnahmegesetz des Art. 5 Abs. 3 RLUGP nur in speziellen und eingeschränkten Fällen zu einer Modifizierung des Verbraucherleitbildes führt<sup>582</sup>, keinesfalls aber dieses Leitbild grundsätzlich relativiert oder in Frage stellt. Die besonders schutzbedürftigen Verbrauchergruppen werden nicht etwa „durch die Hintertür“<sup>583</sup> zum generell relevanten Maß für die Irreführung<sup>584</sup>; dies wäre mit dem Telos der RLUGP und der gefestigten Rechtsprechung des EuGH gänzlich unvereinbar. Die eingangs gestellte Frage, ob eine Abkehr von der mit dem europäischen Verbraucherleitbild verbundenen Liberalisierung zu verzeichnen ist, kann verneint werden und auch anderweitige Restriktionen für den Wettbewerb sind nicht festzustellen. Unternehmen müssen zwar die Grenzen der RLUGP im Geschäftsverkehr mit besonders schutzbedürftigen Verbrauchern beachten, der Anwendungsbereich der betreffenden eng auszulegenden Normen, Art. 5 Abs. 3 und Nr. 28 Anhang 1 RLUGP, ist aber eingeschränkt. Übermäßige Belastungen für die Unternehmen sind folglich nicht zu erwarten<sup>585</sup>. Der Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3

<sup>580</sup> Siehe dazu bereits oben in Teil 3 unter C. II. 2. c) cc) Unterpunkt: Verständnis des Europäischen Verbraucherrechts als Wirtschaftsrecht, nicht als Sozialrecht.

<sup>581</sup> Vgl. Art. 1 RLUGP.

<sup>582</sup> Eine Modifizierung insoweit, als bei Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 5 Abs. 3 RLUGP der Durchschnittsverbraucher der jeweiligen besonders schutzbedürftigen Verbrauchergruppe zum relevanten Maßstab gemacht wird.

<sup>583</sup> Vgl. die Überschrift des Aufsatzes von *Inge Scherer* zur vergleichbaren Lage im deutschen Recht, *Scherer*, WRP 2004, 1355 ff.

<sup>584</sup> In der Literatur ist man sich einig, dass durch die Vorschrift des Art. 5 Abs. 3 RLUGP nicht vom europäischen Verbraucherleitbild abgerückt werden soll; vgl. *Micklitz* in *MünchKommUWG*, Band 1, EG E Rn. 159; *Scherer*, WRP 2008, 563, 568 mit Verweis auf *Henning-Bodewig*, WRP 2006, 621, 625 und *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1330.

<sup>585</sup> M.w.N. *Glöckner* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, Einl B Rn. 229.

RLUGP wird darüber hinaus durch dessen letzten Satz nochmals begrenzt. Demgemäß ist die Lauterkeit von Werbung, die übertriebene und nicht wörtlich zu nehmende Behauptungen aufstellt, völlig unabhängig vom Adressatenkreis zu beurteilen. Der Bereich dieser beliebten und häufigen Form moderner und provokanter Werbung wird ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 RLUGP herausgenommen<sup>586</sup>. Zu Gunsten der Unternehmen und zu Gunsten der Werbefreiheit wird von alten, jungen, kranken und leichtgläubigen Verbrauchern demzufolge abverlangt, den ironischen, bewusst überspitzten und übertriebenen Aussagegehalt einer Werbung zu erkennen und auch zu relativieren. Der Schutz der „besonders Schutzbedürftigen“ und die Schutzdifferenzierung des Art. 5 Abs. 3 RLUGP wird damit mehr als nur unerheblich relativiert<sup>587</sup>. Dieser Ausklammerung der übertriebenen Werbung aus dem Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 RLUGP kann durchaus eine gewisse liberale und unternehmer- bzw. wettbewerbsfreundliche Grundhaltung des europäischen Gesetzgebers entnommen werden und eben gerade keine Tendenz hin zu Restriktionen für den Wettbewerb.

---

<sup>586</sup> Auch wenn diese Bestimmung in Deutschland nicht umgesetzt wurde, ist sie jedenfalls in richtlinienkonformer Auslegung bei der Anwendung des deutschen § 3 Abs. 2 S. 3 UWG zu berücksichtigen.

<sup>587</sup> M.w.N., aber im Ergebnis wohl a.A. *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 889 ff.

## F. Unlauterkeit wegen psychischen Kaufzwangs – „Renaissance“ der Fallgruppe durch die RLUGP?

Mit Geschenken, Gutscheinen, Gewinnspielen, mit einem kostenlosen Glas Wasser oder einem Gratistransfer umgarnen die Unternehmer die Verbraucher am Markt. Sie demonstrieren ihren „good will“ und versuchen, die Konsumenten zu beeinflussen, um sie schlussendlich am Markt für sich zu gewinnen. Wenn die unternehmerische Beeinflussung in derartigen Situationen ein Ausmaß erreicht, das den einzelnen Verbraucher dazu veranlasst, aus altruistischen Beweggründen, aus Anstandsgefühl und Moral und nicht aufgrund autonomer und freier Entscheidung rechtsgeschäftlich tätig zu werden, so kann eine psychische Zwangslage, der so genannte psychische oder auch psychologische Kaufzwang<sup>588</sup> seitens der Verbraucher festgestellt werden. Schon traditionell wird dieses Phänomen in Deutschland diskutiert und kritisiert<sup>589</sup>, während die Fallgestaltung in vielen anderen Mitgliedstaaten gänzlich unbekannt ist<sup>590</sup>. Die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs wurde zwar durch das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild erheblich beeinflusst, doch an einer materiell-gesetzlichen Grundlage mangelte es bisher auf europäischer Ebene.

Nach Ansicht *Anja Steinbecks* hat sich dies durch die RLUGP grundlegend geändert. Ihrer Ansicht zufolge ergibt sich aus der Lauterkeitsrichtlinie ganz offensichtlich eine Existenzberechtigung für den psychischen Kaufzwang<sup>591</sup>. Unter Zugrundelegung dieser These drängt sich in nächster Konsequenz das Potenzial zu Restriktionen für den europäischen Wettbewerb unmittelbar auf. Zum einen müsste diese Fallgruppe in den Mitgliedstaaten, deren Rechtsordnungen eine Unlauterkeit aufgrund psychischen Kaufzwangs bislang gänzlich unbekannt war, in richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts erstmalig Berücksichtigung finden. Auch für das deutsche Recht, wo der psychische Kaufzwang – wenn überhaupt – nur noch in Extremfällen angenommen wird,

---

<sup>588</sup> Ohne inhaltlich etwas anderes zu meinen, wird teilweise auch vom moralischen oder mittelbaren bzw. mittelbar psychischen Kaufzwang gesprochen, vgl. dazu näher *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht, S. 22.

<sup>589</sup> Vgl. nur *Sosnitza*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, S. 22 ff., der den psychischen Kaufzwang bereits 1994 als eine keiner praktikablen Definition zugängliche „Leerformel“ bezeichnete, die dazu diene, unliebsame und für suspekt gehaltene Werbeformen einzudämmen, a.a.O. S. 41.

<sup>590</sup> Als Unlauterkeitskriterium besteht der psychische Kaufzwang neben Deutschland nur in Österreich und Griechenland, vgl. *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht, S. 130 ff.

<sup>591</sup> *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 870; offen lassend *Dorhn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 924, der davon ausgeht, „dass sich aus der Richtlinie nicht ergibt, dass die Fallgruppe generell nicht mehr denkbar sei“. Gleichzeitig würden aber auch die generellen Bedenken gegen die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs nicht ausgeräumt.

wäre eine Berücksichtigung dieser Fallgruppe im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie von nicht unerheblicher Bedeutung. So würde im Zuge der Richtlinie möglicherweise ein restriktiverer Ansatz im deutschen Recht erforderlich und die „Renaissance“ des psychischen Kaufzwangs wäre eingeläutet.

Im Folgenden soll zunächst die Fallgestaltung des psychischen Kaufzwangs und deren Existenzberechtigung unter Geltung des europäischen Verbraucherleitbildes näher erläutert werden. Im Anschluss daran wird die These *Anja Steinbecks* beurteilt. Zu untersuchen ist, ob sich aus der RLUGP eine Existenzberechtigung für die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs ergibt. Abschließend ist die Wirkung auf den Wettbewerb auszumachen und die Frage nach möglicherweise entstehenden Restriktionen einer Antwort zuzuführen.

## I. Die Fallgestaltung des „psychischen Kaufzwangs“

Psychischer Zwang, eine Ware zu kaufen oder auch eine Leistung in Anspruch zu nehmen<sup>592</sup>, kann dann vorliegen, wenn der Werbende derart auf die Entscheidungsfreiheit des Umworbenen einwirkt, dass dieser sich gezwungen fühlt, zumindest anstandshalber ein Angebot wahrzunehmen. Psychischer Kaufzwang<sup>593</sup> entsteht durch moralischen Appell und Ausübung moralischen Drucks<sup>594</sup> und führt dazu, dass der Kunde das jeweilige Angebot nicht prüft, vergleicht, für gut empfindet und deshalb annimmt, sondern sich anstandshalber und deshalb zum Abschluss entscheidet, weil er dem Werbenden gegenüber nicht unhöflich erscheinen will<sup>595</sup>. Derartige psychische Konfliktsituationen sollen aus dem Gefühl des Anstand, der Dankbarkeit oder der Peinlichkeit heraus entstehen können<sup>596</sup>. Wer z.B. Gratisleistungen welcher Art auch immer in Anspruch nimmt, könnte gewisse – wenn auch unterschwellige und unterschiedlich stark ausgeprägte – Hemmungen haben,

<sup>592</sup> An sich sollte besser vom „psychischen Abschlusszwang“ gesprochen werden. Denn mit „Kaufzwang“ wird „nur ein Teilgebiet dessen umschrieben, was wirtschaftlich und rechtlich hier in Betracht zu ziehen ist“, so *Burmann*, Das Recht der Werteklamme, 325 II, S. 1, der zutreffend darauf hinweist, dass neben dem Kaufgeschäft auch jegliche Art von Dienstleistung erfasst sein kann.

<sup>593</sup> Oft auch als psychologischer oder moralischer Kaufzwang bezeichnet, vgl. zur insoweit synonymen Verwendung der Begrifflichkeiten: *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht, S. 22 f.

<sup>594</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4 Rn. 1.22.

<sup>595</sup> Beim Anstandskauf erwirbt der Kunde also etwas, was er eigentlich gar nicht erwerben wollte. Dieses „Anstandselement“ muss auch dem österreichischen Verständnis nach enthalten sein, vgl. *Gamerith*, WRP 2005, 391, 424 (Fn. 398 und 399).

<sup>596</sup> Bezüglich des Appells an die Dankbarkeit ist der BGH inzwischen äußerst liberal und nimmt einen psychischen Kaufzwang, der zur Unlauterkeit der Werbemaßnahme führt, nur noch in seltenen Fällen an. Bejahend noch BGH, WRP 1998, 162, 163 – „Erstcoloration“; verneinend BGH, GRUR 2003, 804, 805 – „Foto-Aktion“ und BGH, GRUR 2002, 1000, 1002 – „Testbestellung“; einen unlauteren psychischen Kaufzwang im Zusammenhang mit einem Gewinnspiel verneinend BGH, GRUR 1998, 735, 736 – „Rubbelaaktion“; ebenso BGH, GRUR 2000, 820, 821 – „Space Fidelity Peep-Show“.

neben der Gratisleistung nicht auch eine entgeltliche Leistung in Anspruch zu nehmen.

Nach der deutschen Rechtsprechung beruht die Wettbewerbswidrigkeit des psychischen Kaufzwangs „auf der Einflussnahme auf die Willensentschließung des Umworbene[n] mit außerhalb der Sache liegenden Mitteln, Umständen und Auswirkungen in einem solchen Ausmaß, daß der Umworbene aufgrund dessen zumindest anstandshalber nicht umhin kann, auf das Angebot einzugehen“<sup>597</sup>. Es entspreche hierbei der „allgemeinen Lebenserfahrung“<sup>598</sup>, dass ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Bevölkerung einen Zwang empfindet und sich einem Kauf nicht entziehen kann. Ein solcher pauschaler Erfahrungssatz ist hier aber anzuzweifeln. So können doch die Umstände des spezifischen Einzelfalls zu erheblich divergierenden Ergebnissen führen. An dieser Stelle sind zum einen persönlich-charakterliche Eigenschaften relevant. Bildungsstand, Alter, Beruf und finanzieller Hintergrund führen zu unterschiedlicher Anfälligkeit bezüglich des Phänomens des psychischen Kaufzwangs. Während beim skrupellosen und schwer einzuschüchternden „Schnäppchenjäger“ psychische Konflikte kaum oder gar nicht auftreten, hat die betuchte und leutselige Hausfrau mit sensiblem Gemüt<sup>599</sup> vielleicht eher Skrupel und Scham, ausschließlich eine Gratisleistung in Anspruch zu nehmen. Zum anderen sind bei der Feststellung einer psychischen Zwangslage auch die jeweiligen objektiven Bedingungen, wie etwa die Räumlichkeiten, der organisatorische Ablauf der Werbeaktion, der Wert der Zuwendung und des Kaufgegenstands, Anonymität oder Vertrautheit zwischen den Beteiligten etc. in die Lauterkeitsbeurteilung einzubeziehen<sup>600</sup>.

Da es einer steten und genauen Prüfung der subjektiven und objektiven Umstände des Einzelfalls bedarf und pauschale Wertungen kaum möglich sind, wird das Phänomen des psychischen Kaufzwangs auch als „kaum belegbare Vermutung“ bezeichnet<sup>601</sup>. Vor dem hier relevanten europäischen Hintergrund ergeben sich durch die traditionellen und kulturellen Differenzen der einzelnen Mitgliedstaaten untereinander noch verstärkte

<sup>597</sup> BGH, GRUR 1971, 322 – „Lichdi-Center“; BGH, GRUR 1989, 757 – „McBacon“; BGH, GRUR 2002, 1000, 1002 – „Testbestellung“.

<sup>598</sup> Vgl. BGH, GRUR 1987, 243, 244 – „Alles frisch“; BGH, WRP 1998, 162, 163 – „Erstcoloration“; OLG Braunschweig, WRP 2002, 356, 357 – „Frisörgutscheine“; kritisch dazu aber bereits *Sosnitza*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, S. 30.

<sup>599</sup> Dass ein Werbegeschenk für „besonders sensible Gemüter“ zu einem psychischen Kaufzwang führen kann, sehen zwar auch *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367, 1403, sie leiten daraus aber keine Rechtfertigung für ein Verbot von Werbegeschenken ab.

<sup>600</sup> Vgl. *Heermann* in MünchKommUWG, Band 1, § 4 Nr. 1 Rn. 238; zu den Schwierigkeiten bei der Feststellung einer psychischen Zwangslage auch *Weiler*, WRP 2002, 871, 872 f.

<sup>601</sup> So auch *Weiler*, WRP 2002, 871, 872.

Unterschiede<sup>602</sup>. So ist es äußerst fraglich, welche nationale „allgemeine Lebenserfahrung“ hier zugrunde zu legen wäre und welche „Generalmoral“ relevant sein sollte.

## II. Die Entwicklung des psychischen Kaufzwangs in Deutschland

Die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs war bereits in den 1920er-Jahren aufgekommen und beschäftigte bereits das Reichsgericht<sup>603</sup>. Vom BGH wurde der psychische Kaufzwang im Jahre 1959 aufgegriffen<sup>604</sup>. Mit der Abschaffung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung<sup>605</sup> und vor allem durch die Zugrundelegung des europäischen Verbraucherleitbildes<sup>606</sup> war in diesem Bereich aber eine enorme Liberalisierungsentwicklung zu beobachten.

### 1. Strenge Voraussetzungen an wettbewerbswidrigen psychischen Kaufzwang

Die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs ist im deutschen Recht unter § 4 Nr. 1, 3. Alt. UWG zu fassen<sup>607</sup>. Die Annahme des dort geregelten „unangemessenen unsachlichen Einflusses“ wird inzwischen an sehr enge Voraussetzungen geknüpft und die Ausübung eines psychologischen Drucks soll nur in Extremfällen noch als unlauter kategorisiert werden. Dies liegt vor allem an der Zugrundelegung des europäischen Verbraucherleitbildes. An den durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher wird die Anforderung gestellt, auch Nein sagen zu können und es wird von ihm erwartet, Angebote kritisch und vor allem im Hinblick auf den persönlichen Bedarf differenziert zu überprüfen. Der mündige Verbraucher weiß, dass Werbegeschenke als Anlockmittel dienen und ist nicht daran

<sup>602</sup> Etwa in Irland und Großbritannien – zwei Länder, in denen der materielle Gehalt des Lauterkeitsrechts stark hinter den kontinentaleuropäischen Staaten zurückbleibt – wird der Werbung generell ein sehr liberales Verständnis zugrunde gelegt. Eine Konstellation, wie sie dem Phänomen des psychischen Kaufzwangs zugrunde liegt, erfüllt in diesen Mitgliedstaaten keinen Unlauterkeitstatbestand, vgl. *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht, S. 133 f.; s. auch den umfassenden Vergleich des psychischen Kaufzwangs in den Mitgliedstaaten a.a.O. S. 130 ff.

<sup>603</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichten des psychischen Kaufzwangs *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht, S. 59 ff.

<sup>604</sup> BGH, GRUR 1959, 31, 33 – „Feuerzeug als Werbegeschenk“. Der BGH spricht hier von einer möglichen „unzulässigen psychologischen Beeinflussung“. In der Urteilsanmerkung ist von einem möglichen „moralischen Kaufzwang“ und von einer „psychischen Zwangslage“ die Rede, vgl. GRUR 1959, 31, 34.

<sup>605</sup> Zahlreiche Gründe wirtschaftlicher und politischer Art sprachen Anfang des 21. Jahrhunderts für die Abschaffung von RabattG und ZugabeVO. Ausführlich zu diesen Gründen *Lange* in *Lange/Spätgens*, Rabatte und Zugaben im Wettbewerb, S. 5 ff; vgl. auch *Bömeke*, Wie dumm darf der Verbraucher sein?, S. 21 ff. Vgl. zu den Auswirkungen der Aufhebung der beiden Gesetze *Berlit*, WRP 2001, 349 ff.

<sup>606</sup> BGH, WRP 2000, 517 ff. – „Orient-Teppichmuster“; mit dieser Entscheidung änderte der BGH seine Rechtsprechung, der Durchschnittsverbraucher wird seither nach dem europäischen Leitbild ausgelegt.

<sup>607</sup> M.w.N. *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht, S. 88 ff.

gehindert, die Preiswürdigkeit und Qualität einer Gratisleistung völlig unabhängig zu prüfen. Kostenfreie Zusatzleistungen von Unternehmern an Verbraucher sind nicht grundsätzlich als wettbewerbswidrig, sondern als kundenfreundliche Serviceleistung im Zuge des gegenseitigen Konkurrenzkampfes um die Abnehmer zu werten. Gewerbetreibende können sich auf diese Weise unter Umständen auch für Kundentreue bedanken, ihren Dauerkundenstamm erweitern oder schlicht einprägsam und nachhaltig auf sich aufmerksam machen. Ein positiver Werbeeffect ist gerade die beabsichtigte und erwünschte Folge auf dem Wettbewerb. Zusatzleistungen dürfen nicht deshalb als unlauter gewertet werden, weil der Kunde zufallsbedingt oder aus Bequemlichkeit bei dieser Gelegenheit im unmittelbar räumlich-zeitlichen Zusammenhang ebenso eine entgeltliche Leistung in Anspruch nimmt<sup>608</sup>. Weder aus Verbrauchersicht noch aus Sicht des Wettbewerbs ist eine pauschale Wettbewerbswidrigkeit geboten. Dem Verbraucher kommen Gratisleistungen in aller Regel unmittelbar zugute und der Unternehmer hat neben herkömmlicher Wort- und Bildreklame eine zusätzliche und wirkungsvolle Möglichkeit, die Marktgegenseite für sich zu gewinnen. Werbegeschenke in Form von Warenproben eröffnen dem Verbraucher dabei die zusätzliche Möglichkeit, ein Produkt auf seine spezifische Tauglichkeit hin zu testen. Unlauterkeit kann – wenn überhaupt<sup>609</sup> – nur bei intensivem moralischem Druck und in Extrem- und Ausnahmefällen angenommen werden<sup>610</sup>.

Dass der zugrunde zu legende Durchschnittsverbraucher mündig und kritisch ist, besagt zwar nicht, dass er gänzlich frei von Anstandsgefühl und Skrupel handelt. Gleichwohl kann erwartet werden, dass er gedanklich eine unternehmerische Werbemaßnahme von einer persönlichen Zuwendung unterscheiden und trennen kann. Die gesellschaftlich edlen Tugenden des Anstands, der Moral und der Dankbarkeit sind im Gefüge wirtschaftlich motivierter und kostenloser Zusatzleistungen im B2C-Verhältnis deplaziert und inadäquat, es bedarf insoweit einer klaren Trennung zwischen einerseits geschäftlichem und andererseits privat-sozialem Kontakt. Dies zu erkennen, kann und muss vom wirtschaftlich

---

<sup>608</sup> Ein Gelegenheitskauf aus Bequemlichkeit oder als persönliche Rechtfertigung für die aufgewendete Zeit und „weil man ja nun schon mal da ist“, reicht hier keinesfalls aus, da die Willensentschließungsfreiheit des Verbrauchers hier nicht beeinträchtigt ist. Ein Gelegenheitskauf zeichnet sich vielmehr gerade dadurch aus, dass er genauso gut hätte unterbleiben können, so BGH, GRUR 2000, 820, 822 – „Space Fidelity Peep-Show“. Vgl. auch *Sosnitza*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, S. 36 Fn. 83; anders noch BGH, GRUR 1987, 243, 244 – „Alles frisch“.

<sup>609</sup> Vgl. *Weiler*, WRP 2002, 871 ff., der dem psychischen Kaufzwang „Ein Abschiedsplädoyer“ verfasst; in dieses Richtung auch *Berlit*, WRP 2001, 349, 352.

<sup>610</sup> Es ist insoweit größte Zurückhaltung geboten, vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 1.111.

rational denkenden Durchschnittsverbraucher erwartet werden<sup>611</sup>. Unlauterkeit wegen psychischen Kaufzwangs kann nur noch dann angenommen werden, wenn die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers derart beeinträchtigt ist, dass er keine Alternative sieht, als entsprechend dem vom Unternehmer erwarteten Verhalten am Markt zu agieren<sup>612</sup>.

## 2. Bedeutung des Sachlichkeitsgrundsatzes

Wie sich diese Beeinträchtigung im Einzelnen darstellt und ob es sich um sachliche oder unsachliche Beeinflussung handelt, ist dabei nicht relevant. So soll alleine der fehlende sachliche Zusammenhang zwischen einem in der Werbung angesprochenen Engagement und der beworbenen Ware für die Annahme einer Wettbewerbswidrigkeit nicht ausreichen<sup>613</sup>. Auch wenn der BGH nicht ausdrücklich auf das Merkmal der „Unsachlichkeit“ verzichtet, so gibt er doch de facto den so genannten Sachlichkeitsgrundsatz des § 4 Nr. 1 UWG auf<sup>614</sup>. Auch im Hinblick auf europäische Vorgaben ist dies angebracht. Die RLUGP kennt ein Sachlichkeitserfordernis zwischen Werbung und umworbenem Produkt nicht. Des Weiteren ist der Verbraucher in der gegenwärtigen Werbewelt an kostenlose Leistungen und Gewinnspiele gewöhnt und weiß um die modernen Werbemethoden. Es ist gerade Ziel der Werbung, die Psyche des Verbrauchers zu treffen. Da der viel umworbene Verbraucher auf dem gesättigten Markt heute mit rein objektiv-sachlicher Werbung kaum mehr erreicht werden kann, wird oftmals gänzlich ohne sachlichen Bezug zur eigentlichen Leistung geworben. Moderne Werbung zielt auf „Kopf“ und „Bauch“ des Verbrauchers, trifft aber dessen Geldbörse. Unsachlichkeit ist der Werbung heute immanent<sup>615</sup> und scheint nicht zuletzt auch aufgrund der Homogenität der Produkte erforderlich. Bewahrt werden muss einzig und gleichwohl unentbehrlich die Rationalität der Nachfrageentscheidung. Der Verbraucher darf nicht gehindert sein, objektive Erwägungen genauso wie auch subjektive Motive abzuwägen und zu seiner subjektiv-autonomen Entscheidung zu gelangen. Nur wenn der Verbraucher seine Konsumententscheidung frei treffen kann, wenn der vom Unternehmer ausgehende Einfluss

<sup>611</sup> A.A. *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 870; *dies.*, GRUR 2005, 540, 543 ff.

<sup>612</sup> BGH, WRP 2006, 69, 70 (Rz. 15) – „Zeitschrift mit Sonnenbrille“.

<sup>613</sup> So BGH, GRUR 2007, 251, 252 (Rz. 16) – „Regenwaldprojekt II“.

<sup>614</sup> BGH, GRUR 2006, 149 ff. – „Artenschutz“; BGH, GRUR 2007, 247 ff. – „Regenwaldprojekt I“ und BGH, GRUR 2007, 251 ff. – „Regenwaldprojekt II“. Vgl. dazu ausführlich *Scherer*, GRUR 2008, 490 ff.

<sup>615</sup> So auch *Scherer*, GRUR 2008, 490, 493, die die „unsachliche“ Markkommunikation als Regelfall bezeichnet.

für den Verbraucher überwindbar und beherrschbar bleibt<sup>616</sup>, ist er auch in der Lage, seine zentrale und unersetzliche Steuerungsfunktion am Markt auszuüben. Seine Auswahl am Markt kann der Verbraucher aus sachlichen oder auch unsachlichen Erwägungen heraus treffen<sup>617</sup>, es steht ihm – wie vom BVerfG entschieden – aufgrund Art. 2 Abs. 1 GG frei, auf welche abwegigen, exotischen, plausiblen, nachvollziehbaren oder fern liegenden, sachlichen oder unsachlichen Erwägungen er seine Entscheidung gründet und aufgrund welcher Motive er am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilhat<sup>618</sup>. Relevant ist einzig die Tatsache, dass die freie Verbraucherentscheidung beeinträchtigt bzw. ausgeschlossen wurde. Auf welche Weise es zu dieser Beeinträchtigung kam, welche Art von Beeinflussung also stattgefunden hat, ist dabei unbedeutend.

### **3. Verbleibende Existenzberechtigung des psychischen Kaufzwangs im deutschen Lauterkeitsrecht?**

Nach Darstellung der außerordentlich strengen Voraussetzungen, die inzwischen an den psychischen Kaufzwang gestellt werden, drängt sich abschließend die Frage nach dessen verbleibender Existenzberechtigung im deutschen Lauterkeitsrecht auf. In der Literatur wird zum Teil gefordert, diese Fallgruppe vollständig aufzuheben<sup>619</sup>, teilweise wird aber auch dafür plädiert, den psychischen Kaufzwang „nur noch auf eindeutige Situationen von psychischen Zwangslagen“ anzuwenden<sup>620</sup>, die Fallgruppe also letztlich nicht vollständig aufzugeben.

Unter Zugrundelegung des europäischen Verbraucherleitbildes wird von der Marktgegenseite die Fähigkeit zu wirtschaftlich-rationalem Handeln gefordert. Der viel umworbene Verbraucher weiß um den regen Konkurrenzettbewerb am Markt, kennt die herrschenden Gegebenheiten und weiß, dass der Unternehmer etwa Gratisleistungen nicht aus Altruismus anbietet, sondern um am Markt erfolgreich zu sein. Darüber, dass derartige

<sup>616</sup> Die „Beherrschbarkeit“ des Einflusses als relevantes Kriterium bei *Scherer*, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, S. 62 f.; vgl. auch *dies.*, WRP 2007, 723, 727 und GRUR 2008, 490, 490.

<sup>617</sup> Der früher geltende Sachlichkeitsgrundsatz kann heute keine Geltung mehr beanspruchen. Vgl. zur Aufgabe der „Sachlichkeits“-Doktrin *Scherer*, GRUR 2008, 490 ff.

<sup>618</sup> BVerfG, GRUR 2002, 455, 457 – „Tier- und Artenschutz“.

<sup>619</sup> So *Scherer*, WRP 2005, 672, 674; *Weiler*, WRP 2002, 871, 876; *Berlit*, *Wettbewerbsrecht*, S. 55; wohl auch *Hartwig*, WRP 2002, 1371, 1373; *Gleißner*, *Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht*, S. 199 und bereits *Sosnitza*, *Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung*, S. 22 ff.

<sup>620</sup> So *Heermann* in *MünchKommUWG*, Band 1, § 4 Nr. 1 Rn. 261; dieser Ansicht auch *Steinbeck*, GRUR 2005, 540, 545; *dies.*, WRP 2008, 865, 870 und *Emmerich*, *Unlauterer Wettbewerb*, S. 156. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4 Rn. 1.26a plädiert für einen äußerst engen Anwendungsbereich nur noch in den beiden Fällen eines „Überraschungskontakts“ oder eines „Zwangskontakts“.

Werbeaktionen im Vorfeld regelmäßig betriebswirtschaftlich und unter Abwägung der Kosten und Nutzen berechnet wurden, ist sich der kritische Durchschnittsverbraucher im Klaren<sup>621</sup>. Den modernen, informierten und kritischen Verbraucher werden kaum Gewissensbisse plagen, wenn er nach einem „IKEA-Freikaffee“ das Möbelhaus verlässt, ohne einen Kauf getätigt zu haben oder wenn er sich nach dem zweiwöchigen Gratis-Probeabonnement der „FAZ“ gegen ein kostenpflichtiges Jahresabonnement entscheidet. Auch wird es nicht als unanständig oder undankbar empfunden, Warenproben und Werbegeschenke unabhängig von einem Kaufinteresse mitzunehmen; ganz im Gegenteil besteht hier offensichtlich rege Nachfrage. Im Einzelhandel kommt es bisweilen vor, dass der Verbraucher aktiv kostenlose Zusatzleistungen erfragt<sup>622</sup>. Auch im Internet existieren inzwischen zahlreiche, eigens für „Schnäppchenjäger“ eingerichtete und von den jeweiligen Unternehmen völlig unabhängige Internetseiten, auf denen Informationen zu Gratisprodukten, kostenlosen Warenproben und Gewinnspielen abgerufen werden können<sup>623</sup>. Das Medium des Internets bietet dem Verbraucher heute außerdem mannigfaltige Möglichkeiten, sich schnell, anonym, unverbindlich und umfassend zu informieren und Preisvergleiche anzustellen. Der so vorinformierte Verbraucher tritt dem Einzelhandel sachlich-konsequent und geradlinig gegenüber mit der Prämisse, das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis wahrzunehmen. Wirtschaftliches Kalkül lässt in diesem Zusammenhang keinen Raum für einen moralisch-solidarischen Kauf, den der Verbraucher an sich gar nicht tätigen wollte. Betrachtet man daneben Unternehmensentwicklung im Einzelhandel mit der Tendenz hin zu großen und von Anonymität geprägten Warenhäusern<sup>624</sup>, so erscheint es geradezu abwegig, dass kostenlose Zuwendungen beim kritischen Durchschnittsverbraucher zu psychischen Konfliktsituationen führen und bedarfsunabhängige „Anstandskäufe“ veranlassen<sup>625</sup>.

<sup>621</sup> „Der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher ist heutzutage mit den Marktgegebenheiten vertraut. Er weiß, dass Kaufleute nichts zu verschenken haben und die Kosten für wertvolle Nebenleistungen durch den Preis der Hauptleistung abdecken.“ so BT-Drucks. 14/5594 vom 15.03.2001, S. 7.

<sup>622</sup> Belegt werden kann das etwa durch die hohe Auflage der „Apotheken Umschau“. Dieses für den Apotheker kostenpflichtige, aber für den Kunden kostenfreie „Gesundheitsheft“ ist das in Deutschland meist gelesene Magazin. Die monatliche Auflage liegt bei über 8 Millionen Heften (Quelle: FOCUS-Artikel, Heft 2/2006, S. 86; einsehbar im Internet unter: [http://www.focus.de/wissen/wissenschaft/gesundheit-der-heimliche-best-seller\\_aid\\_214821.html](http://www.focus.de/wissen/wissenschaft/gesundheit-der-heimliche-best-seller_aid_214821.html); Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 20.00 Uhr).

<sup>623</sup> Derartige Plattformen sind etwa [www.kostenlos.de](http://www.kostenlos.de); [www.gratisproben.com](http://www.gratisproben.com); [www.ichzahlnix.de](http://www.ichzahlnix.de); [www.monetenfuchs.de](http://www.monetenfuchs.de); [www.nur-gratis.de](http://www.nur-gratis.de).

<sup>624</sup> Nach dem statistischen Bundesamt machten schon im Jahre 2003 die 11 % der Unternehmen mit 10 und mehr Mitarbeitern in Deutschland 79% des Gesamtumsatzes. Die 89% der Unternehmen mit 9 und weniger Beschäftigten konnten dagegen nur 21% des Umsatzes erwirtschaften. Es war also eine besonders deutliche Konzentration auf die „großen Häuser“ zu beobachten, vgl. *Roßmann/Wein*, Wirtschaft und Statistik 2006, 820, 827.

<sup>625</sup> Der täglich vielseitig umworbene Kunde wird als verständiger Durchschnittsverbraucher die Werbemaßnahmen „gelassen zur Kenntnis nehmen und den Weg des besten Kosten-Nutzen-Verhältnisses

Wendet sich eine Werbemaßnahme im speziellen Einzelfall an eine Gruppe besonders sensibler Verbraucher, so kann ausreichender Schutz über § 3 Abs. 2 UWG gewährt werden. Unter Zugrundelegung des Verbraucherleitbildes und aufgrund der dem aufgeklärten und kritischen Verbraucher bekannten Entwicklungen in der modernen Werbewelt ist der psychische Kaufzwang und der dadurch gewährte, fast gekünstelt wirkende Überschutz nicht mehr existenzberechtigt. In Extremfällen und bei Aufkommen neuer, bisher noch unbekannter Werbeformen kann die Generalklausel des § 3 UWG herangezogen werden.

Durch das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts könnte sich dies jedoch ändern. Im Anschluss ist nun zu ermitteln, ob sich aus der Lauterkeitsrichtlinie eine Existenzberechtigung der Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs ergibt.

### **III. Der „psychische Kaufzwang“ auf europäischer Ebene – „Renaissance“ durch die RLUGP?**

Auf europäischer Ebene ist im Zusammenhang mit dem psychischen Kaufzwang vor allem die Normierung der „aggressiven Geschäftspraktiken“, Art. 8 RLUGP, heranzuziehen. Demgemäß ist eine Geschäftspraktik aggressiv und damit unlauter<sup>626</sup>, wenn sie „die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt, oder durch unzulässige Beeinflussung tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“. Innerhalb des Art. 8 RLUGP ist vorrangig zu prüfen, ob eine belästigende oder nötigende Geschäftspraktik vorliegt. Nach Wortlaut und systematischer Stellung kommt dem Begriff der unzulässigen Beeinflussung im Rahmen der aggressiven Geschäftspraktiken Auffangfunktion zu<sup>627</sup>. Hinweise für die Bewertung der Belästigung, Nötigung und unzulässigen Beeinflussung gibt Art. 9 der Lauterkeitsrichtlinie. Der Begriff der unzulässigen Beeinflussung wird darüber hinaus im Katalog des Art. 2 RLUGP definiert.

---

bestreiten“, so *Berlit*, WRP 2001, 349, 353.

<sup>626</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 4 lit. b RLUGP.

<sup>627</sup> *Hecker*, WRP 2006, 640, 642.

## 1. Erforderliche „Aggressivität“ der Geschäftspraktik

Zunächst ist der Überbegriff und die Überschrift des Art. 8 RLUGP, das Erfordernis der Aggressivität, in die Überlegungen einzubeziehen. Aggressiv wird synonym für streitlustig oder angreifend verwendet und suggeriert sprachlich die Bedingung einer außergewöhnlich intensiven und nicht nur einschleichenden und subliminalen Vorgehensweise. Das wird auch durch das Erfordernis einer „erheblichen Beeinflussung“ in Art. 8 RLUGP betont, welches die von der Generalklausel des Art. 5 RLUGP geforderte „wesentliche Beeinflussung“ an Intensität und Gehalt übersteigt<sup>628</sup>. Die Geschäftspraktik bedarf also einer gewissen Nachhaltigkeit<sup>629</sup>, Art. 8 RLUGP stellt insoweit eine höhere Hürde dar als die Bagatellschwelle der Generalklausel. Geringfügige Beeinträchtigungen können schon deshalb nicht ausreichen, weil dem Herantreten des Unternehmers an den Verbraucher im Zuge einer Werbemaßnahme immer ein gewisses Maß an Belästigung innewohnt<sup>630</sup>. Es erscheint demnach jedenfalls fragwürdig, ob nur unterschwellige und wenig akzentuierte Appelle an Gewissen, Anstand und Dankbarkeit, durch die der Verbraucher zu einem eigentlich gar nicht beabsichtigten Geschäftsabschluss „überredet“ werden soll, unter „aggressives“ Verhalten i.S.d. Art. 8 RLUGP zu fassen sind.

## 2. Psychischer Kaufzwang als Unterfall der Belästigung, Nötigung oder unzulässigen Beeinflussung i.S.d. Art. 8 und Art. 9 RLUGP

### *a) Belästigung*

Der Begriff der Belästigung wird von der RLUGP nicht definiert, Art. 9 RLUGP leistet aber Hilfestellung bei der Beurteilung im Einzelfall. Danach ist unter anderem auf Zeit, Dauer, Ort und Art des eingesetzten Mittels abzustellen, vgl. Art. 9 lit. a RLUGP. Vor allem dieses räumlich-zeitliche Element und die Art und Weise der jeweiligen Werbebotschaft sind die im Zusammenhang mit der Belästigung relevanten Kriterien. Es kommt hier nicht auf den Inhalt der Werbung an, sondern auf die Form der Werbebotschaft. Diese muss auf Seiten des Adressaten als Aufdrängung ohne oder gegen

---

<sup>628</sup> Dem entsprechen auch die englische und französische Fassung, die im Zusammenhang mit der Generalklausel das Adverb „materially“ bzw. „substantiell“ (wesentlich, grundlegend) verwenden, im Zusammenhang mit den aggressiven Geschäftspraktiken aber eine stärkere Beeinflussung erfordern. Hier werden die Begriffe „significantly“ bzw. „significant“ (bedeutsam, maßgeblich) gebraucht.

<sup>629</sup> Vgl. *Veelken*, WRP 2004, 1, 24; die Belästigung muss für den Verbraucher wohl – ähnlich dem deutschen Recht (§ 7 Abs. 1 S. 1 UWG) – „unzumutbar“ sein.

<sup>630</sup> Vgl. *Koch*, Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken, S. 84 und *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7 Rn. 20.

dessen Willen empfunden werden<sup>631</sup>. Es geht bei der Belästigung i.S.d. Art. 8 RLUGP um eine Beeinträchtigung der Privatsphäre des Betroffenen<sup>632</sup>, die aber nur dann unlauter sein kann, wenn zusätzlich auch die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers beeinträchtigt wird, wenn also seine wirtschaftlichen Interessen betroffen sind. Der reine Schutz der Privatsphäre ist vom Zweck der Lauterkeitsrichtlinie indes nicht erfasst<sup>633</sup>.

*aa) Psychischer Kaufzwang durch Ansprechen in der Öffentlichkeit*

Die Fallgestaltung des psychischen Kaufzwangs könnte bei unzulässiger Belästigung in Form eines überrumpelnden Ansprechens in der Öffentlichkeit in Betracht kommen. Da auch hier – gemäß dem Zweck der Richtlinie – die wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers betroffen sein müssen, reicht der belästigende Eingriff in die Individualsphäre des Betroffenen für sich nicht aus. Die Überrumpelungssituation muss vielmehr geeignet sein, den Betroffenen zu einem geschäftlichen Tätigwerden zu veranlassen, obwohl er das an sich gar nicht wollte. Das Entstehen einer subjektiven Zwangslage alleine durch die persönliche Ansprache liegt aber fern und stellt sich unter Zugrundelegung des Verbraucherleitbildes sogar als abwegig dar. Wer glaubt, sich eines aufdringlichen Appells nur durch ein Eingehen auf das Angebot entziehen zu können, handelt nicht durchschnittlich informiert und aufmerksam. Angesichtes ihrer Häufigkeit im Alltag, ist der kritische und mündige Verbraucher an solche persönlichen Ansprachen zu Werbezwecken gewöhnt und weiß sich dagegen zu wehren. Freundlich, aber resolut, genervt und bewusst unfreundlich oder schlicht ignorierend – der Durchschnittsverbraucher hat oftmals seine persönliche Strategie zur Ablehnung derartiger häufig auftretender Appelle entwickelt. Auch wenn die Ansprache im Einzelfall das Interesse des Verbrauchers weckt und ein Gespräch entsteht, fühlt sich der verständige Durchschnittsverbraucher gleichwohl nicht gezwungen, das jeweilige Angebot wahrzunehmen. Die ursprüngliche Überrumpelungssituation hat sich durch eine gewisse Gesprächsdauer dann ohnehin schon relativiert und es besteht in aller Regel nicht die Gefahr eines an sich unerwünschten Vertragsschlusses<sup>634</sup>. Zudem erscheint aufgrund des

<sup>631</sup> Vgl. am deutschen Recht orientiert *Hecker*, WRP 2006, 640, 641.

<sup>632</sup> Vgl. auch *Köhler*, GRUR 2008, 841, 842; *Hecker*, WRP 2006, 640, 641; *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1094.

<sup>633</sup> S. ErwGr. 6 und 8 und Art. 1 RLUGP; vgl. eingehend zur Beschränkung des Anwendungsbereichs der Lauterkeitsrichtlinie auf den Bereich der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher *Micklitz* in *MünchKommUWG*, Band 1, EG E Rn. 36 ff. und *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 69 ff., der auch zutreffend darauf hinweist, dass in der Richtlinie mit Ausnahme von Art. 3 Abs. 1 „nirgends vom Anwendungsbereich ohne den einschränkenden Zusatz der Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verbraucherinteressen gesprochen wird“, a.a.O. Rn. 101.

<sup>634</sup> Vgl. auf Deutschland bezogen BGH, GRUR 2004, 699, 700 – „Ansprechen in der Öffentlichkeit“. Der BGH

„Kulturvorbehalts“ in ErwGr. 7 RLUGP schon generell fraglich, ob der europäische Gesetzgeber das „Ansprechen auf der Straße zu Verkaufszwecken“ überhaupt vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst sieht<sup>635</sup>.

*bb) Psychischer Kaufzwang durch Ausnutzen einer Zwangslage*

Des Weiteren könnte der psychische Kaufzwang im Rahmen der RLUGP möglicherweise in der Konstellation des Art. 9 lit. c RLUGP in Betracht kommen. Hier muss sich der Verbraucher zum Zeitpunkt des Ansprechens in einer besonderen subjektiven Zwangslage befinden. Bezüglich einer solchen Zwangslage wird in Art. 9 lit. c RLUGP das Ausnutzen bestimmter Umstände – etwa eines konkreten Unglücksfalls, eines Unfalls oder Trauerfalls – aufgelistet. Da hier aber das Merkmal der Belästigung, also der Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen, in den Hintergrund tritt und vielmehr das zu Nutze machen besonderer subjektiver Umstände des Verbrauchers ausschlaggebend ist, sollte die Konstellation des Art. 9 lit. c RLUGP unter den Begriff der unzulässigen Beeinflussung subsumiert werden<sup>636</sup>, auf welche nachfolgend unter c) noch eingegangen werden wird.

*cc) Psychischer Kaufzwang durch Beleidigung und die belästigenden Per se-Verbote*

Als Belästigung kann aber die in Art. 9 lit. b RLUGP aufgeführte „Verwendung ... beleidigender Formulierungen und Verhaltensweisen“ kategorisiert werden<sup>637</sup>. Da ein solches Vorgehen aber auch nur dann unlauter ist, wenn damit einhergehend die geschäftliche Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers beeinträchtigt wird, erscheint die praktische Bedeutung des Art. 8 i.V.m. Art. 9 lit. b RLUGP gering. Der Durchschnittsverbraucher nimmt Abstand von dem Angebot eines Unternehmers, der sich

---

hat hier zwar entschieden, dass das individuelle Ansprechen von Passanten im öffentlichen Verkehrsraum zu Werbezwecken grundsätzlich wettbewerbswidrig ist. Diese Wettbewerbswidrigkeit wurde allerdings nicht wegen einer beim Verbraucher entstehenden Zwangslage aufgrund Überrumpelung angenommen. Das Unlauterkeitsmoment lag vielmehr im Eingriff in die Individualsphäre des Betroffenen und in dessen Recht, in der Öffentlichkeit weitgehend ungestört zu bleiben. Im Gegensatz zur RLUGP kann gem. § 7 UWG die Unlauterkeit alleine auf den Aspekt der Belästigung gestützt werden. Die Konformität dieser deutschen Norm mit der vollharmonisierenden RLUGP ergibt sich aus der Öffnungsklausel des ErwGr. 7, wonach sich die RLUGP ausdrücklich nicht auf gesetzliche Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands bezieht, die in den Mitgliedstaaten aus kulturellen Gründen sehr unterschiedlich sein können.

<sup>635</sup> Nach ErwGr. 7 RLUGP sollen die Mitgliedstaaten aus kulturellen Gründen unerwünschte Geschäftspraktiken auch weiterhin und unabhängig von einer Beeinträchtigung der Wahlfreiheit des Verbrauchers verbieten können, vgl. *Keßler*, WRP 2007, 714, 718. Hier soll aber wohl nur der Bereich der reinen Belästigung ausgeklammert werden, vgl. *Ohly*, WRP 2006, 1401, 1410.

<sup>636</sup> *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4 Rn. 1.2d und wohl auch *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019, 1046; a.A. *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 867.

<sup>637</sup> So auch *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4 Rn. 1.2d.

ihm gegenüber beleidigend verhält und lässt sich regelmäßig nicht einschüchtern und zu einem Geschäftsabschluss veranlassen. Eine andere Herangehensweise ist aber bezüglich der drei aggressiven belästigenden Per se-Verbote des Anhangs 1 RLUGP geboten, namentlich der Nr. 25, 26 und 29 der „black list“. Die hier aufgeführten Verhaltensweisen sind nämlich unter allen Umständen, also gänzlich unabhängig von einer resultierenden Beeinträchtigung der geschäftlichen Entscheidungsfreiheit, als unlauter einzustufen. Nr. 25 regelt die unter allen Umständen unlautere Weigerung, die Wohnung des Betroffenen ohne Vertragsschluss zu verlassen. Der hier geschilderte „Extremfall“ erfüllt den (deutschen) Straftatbestand des Hausfriedensbruchs und trifft bedauerlicherweise keine Aussage bezüglich der generellen Frage, ob Haustürwerbung zulässig ist und wenn ja unter welchen Voraussetzungen<sup>638</sup>. Nr. 26 regelt die ebenso per se unlautere hartnäckige und unerwünschte Werbung über Telefon oder sonstige Fernabsatzkommunikationsmittel. Aufgrund der gemeinschaftsrechtlich bereits normierten Unzulässigkeit letzterer Fallgruppe in Art. 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie<sup>639</sup> entsteht ein gemeinschaftsweites Doppelverbot. Der gesetzgeberische Hintergrund der Nr. 26 Anhang 1 RLUGP bleibt insoweit unklar<sup>640</sup>. Neben diesen beiden Per se-Verboten, die ihres belästigenden Gehalt wegen verboten sind und nicht wegen des möglichen Hervorrufens einer psychischen Zwangslage, verbietet Nr. 29 der „black list“ die Zahlungs- oder Rücksendungsaufforderung unbestellter Waren und Dienstleistungen. Auch hier liegt nicht die typische Konstellation des psychischen Kaufzwangs vor, da derjenige Verbraucher, der einer Zahlungsaufforderung bezüglich unbestellter Ware nachkommt, keinen Anstandskauf aus moralischen oder solidarischen Erwägungen heraus tätigt, sondern vielmehr lediglich aus einem Belästigungs- oder Trägheitsgefühl heraus handelt<sup>641</sup>.

Weder die belästigenden Per se-Verbote, noch die Verwendung beleidigender Formulierungen oder Verhaltensweise, Art. 8, Art. 9 lit. b RLUGP, kongruieren indes mit der Konstellation des psychischen Kaufzwangs. Vor allem hartnäckige Telefonwerbung und das Nichtverlassen der Wohnung des Verbrauchers auf dessen Verlangen hin führen

<sup>638</sup> *Gamerith*, WRP 2005, 391, 424.

<sup>639</sup> Die Unzulässigkeit solcher „unerbetener Nachrichten“ ergibt sich bereits aus Art. 13 Abs. 3 RL 2002/58/EG. Mit Ausnahme der elektronischen Post gilt dieses Verbot bereits für den Fall des erstmaligen Ansprechens, die in der RLUGP vorgesehene „Hartnäckigkeit“ ist demnach nicht erforderlich.

<sup>640</sup> Nr. 26 Anhang 1 RLUGP erscheine „etwas befremdlich“, so *Keßler/Micklitz*, BB-Special 13, Heft 49, 2005, 1, 19; vgl. auch *Gamerith*, WRP 2005, 391, 424; teilweise wird sogar vermutet, die Kommission habe die Datenschutzrichtlinie bei der Aufnahme der Nr. 26 in den Anhang der RLUGP schlichtweg übersehen, so *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019, 1054.

<sup>641</sup> Vgl. *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht, S. 192.

zu einem evidenten und gravierender Eingriff in die Privatsphäre des Verbrauchers. Der vorgesehene Schutz ist grundsätzlich begrüßenswert, doch die erwähnten Per se-Verbote der „schwarzen Liste“ werden ihres belästigenden Gehalts wegen verboten und bestehen an sich unabhängig von einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers<sup>642</sup>. Auch wenn die Eignung, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers zu beeinflussen im Zusammenhang mit den Per se-Verboten pauschal unwiderleglich vermutet werden soll<sup>643</sup>, handelt es sich hier nicht um die typische Konstellation des psychischen Kaufzwangs. So ist es doch gerade Wesen dieser Konstellation, einen Geschäftsabschluss zu provozieren, den Verbraucher gerade in seiner Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen und ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu überreden, die er eigentlich gar nicht wollte.

Der Durchschnittsverbraucher, der aufdringlich kontaktiert, überrumpelt, bedrängt oder gar beleidigt wird, befreit sich von dieser Belästigung nicht durch die Annahme des beworbenen Angebots, sondern weiß sich abzuwenden und die belästigende Kontaktaufnahme abzuwehren. Extremfälle der Belästigung werden durch entsprechende Per se-Verbote unterbunden, die aber in erster Linie dem Schutze der Privatsphäre vor Aufdringlichkeiten dienen. Da diese Per se-Verbote unabhängig von einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zum Tragen kommen, betreffen sie gerade nicht die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs.

#### *b) Nötigung*

Auch der Begriff der Nötigung wird im Rahmen der RLUGP nicht näher definiert. Gemäß dem Richtlinienwortlaut ist die „Nötigung, einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt“ von Art. 8 RLUGP erfasst. Nötigung kann danach sowohl durch physischen als auch durch psychischen Zwang erfolgen<sup>644</sup>. In Abgrenzung zur „unzulässigen Beeinflussung“<sup>645</sup>, der dritten Alternative der aggressiven Geschäftspraktiken, sollte die Nötigung im Rahmen des Art. 8 RLUGP aber eng und eher unter dem strafrechtlichen

<sup>642</sup> An sich schützt die RLUGP nur die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher. Einzig im Wege der Per se-Verbote können – wie im Zusammenhang mit Nr. 25, 26 und 29 Anhang 1 RLUGP geschehen – auch andere Interessen, wie etwa die Privatsphäre, geschützt werden.

<sup>643</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 9

<sup>644</sup> So auch Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 1.2e; a.A. Veelken, WRP 2004, 1, 26, der unter Nötigung nur den Einsatz körperlichen Zwangs versteht. Dies schließt er durch argumentum e contrario aus Art. 2 lit. j RLUGP.

<sup>645</sup> Unter einer „unzulässigen Beeinflussung“ ist gem. Art. 2 lit. j RLUGP die Ausnutzung einer Machtposition ggü. dem Verbraucher zur Ausübung von Druck, auch ohne die Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt (...) zu verstehen. Es ist treffender, den Bereich der psychischen Beeinflussung hierunter zu fassen als unter die Nötigungsalternative.

Aspekt verstanden werden<sup>646</sup>. Unter jenem Aspekt setzt eine Nötigung voraus, dass der Täter der anderen Person ein bestimmtes Verhalten aufzwingt und zwar durch Einsatz von Gewalt oder durch die Androhung eines empfindlichen Übels<sup>647</sup>. Die Ausübung körperlicher Gewalt mit dem Ziel, einen Verbraucher zu einer bestimmten geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen (z.B. Hineinzerren in ein Geschäft, Schlagen oder Einsperren bis zum Kauf oder bis zum Leisten einer Unterschrift), ist dabei unzweifelhaft unlauter. Die Entscheidungsfreiheit darf nicht mit per se rechtswidrigen Mitteln wie Körperverletzung, Freiheitsberaubung oder Hausfriedensbruch beeinträchtigt werden. In der Praxis wird solches Verhalten aber wohl nur in illegalem Milieu vorkommen und die strafrechtliche Relevanz wird die lauterkeitsrechtliche Bedeutung des Verhaltens dominieren.

Fälle des psychischen Kaufzwangs werden im Ergebnis nicht unter den Begriff der Nötigung fallen<sup>648</sup>, da der Einsatz von Drohungen oder gar Gewalt gänzlich ungeeignete Mittel sind, an Moral, Dankbarkeit und Solidarität des Verbrauchers zu appellieren.

### c) Unzulässige Beeinflussung

Für einen solchen Appell kommt am ehesten die Alternative der „unzulässigen Beeinflussung“ des Art. 8 RLUGP in Betracht. Dieser Begriff wurde vom Richtliniengeber in Art. 2 lit. j RLUGP ausdrücklich definiert als „die Ausnutzung einer Machtposition gegenüber dem Verbraucher zur Ausübung von Druck, auch ohne die Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise, die die Fähigkeit des Verbraucher zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt“. Das Erfordernis der Machtposition<sup>649</sup> stellt vom Wortlaut her eine außerordentlich strenge, enge und kurz greifende Voraussetzung dar<sup>650</sup>. In aller Regel herrscht der Unternehmer nicht über die Marktgegenseite, sondern ist vielmehr maßgeblich auf die Gunst des Verbrauchers angewiesen und konkurriert darum in Rivalität mit seinen Mitbewerbern. Im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes und aufgrund der Auffangfunktion der letzten Alternative des Art. 8 RLUGP<sup>651</sup> ist die Voraussetzung dieser „Machtposition“ aber weit zu fassen. Das jeweilige Subordinationsverhältnis kann in verschiedensten Konstellationen

<sup>646</sup> In diese Richtung auch *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 866.

<sup>647</sup> Lackner/Kühl, Kommentar zum StGB, § 240, Rn. 4.

<sup>648</sup> Ebenso *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019, 1046.

<sup>649</sup> Bzw. „position of power“ in der englischen Fassung und „position de force“ im Französischen.

<sup>650</sup> Als „eine zu enge Bedingung (...), die bei weitem zu kurz greift“ bezeichnet von *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 987.

<sup>651</sup> Vgl. den Wortlaut und die systematische Stellung der Regelung.

bestehen<sup>652</sup>, die Überlegenheit des Unternehmers kann etwa auf wirtschaftlichen, intellektuellen, gesellschaftlichen oder beruflichen Gründen basieren. Die Ausnutzung eines Vertrauensverhältnisses – relevant ist dies vor allem im Zusammenhang mit der Laienwerbung<sup>653</sup> – kann hier allerdings kaum in Betracht kommen<sup>654</sup>, da eine bloße Vertrauensstellung nicht zu einem Über- / Untergeordnetenverhältnis führt.

Relevant für die Beurteilung einer unzulässigen Beeinflussung ist aber die bereits erwähnte Normierung des Art. 9 lit. c RLUGP, wonach auch auf die Ausnutzung konkreter Unglückssituationen und Umständen von solcher Schwere, dass sie das Urteilsvermögen des Verbrauchers beeinträchtigen, abzustellen ist. Hierzu zählen etwa das Ausnutzen von Willensschwäche oder fehlender Urteilskraft<sup>655</sup> und somit Eigenschaften, die vor allem in einer konkreten Unglückssituation beim Verbraucher festgestellt werden können. Ein Unternehmer, der eine subjektive Zwangslage und das dadurch bedingt beeinträchtigte Urteilsvermögen des Verbrauchers bewusst ausnutzt, mit dem Ziel, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zu beeinflussen, nutzt seine situationsbedingte Machtposition<sup>656</sup> über den Verbraucher aus und handelt unlauter. Beispielsweise in der Situation eines Verkehrsunfalls befindet sich der Betroffene aus dem Gefühl der Notlage heraus oftmals in einer psychischen Ausnahmesituation, in der er außerstande ist, Angebote differenziert und kritisch zu beurteilen. Vor einer unlauteren und bewussten Ausnutzung seiner spezifischen Zwangslage und dem damit verbundenen beeinträchtigten Urteilsvermögen ist der Verbraucher grundsätzlich zu schützen<sup>657</sup>. Gleichwohl ist die Zwangslage an strenge Voraussetzungen zu knüpfen. Trifft der Betroffene seine geschäftliche Entscheidung nicht aus einer Notlage, sondern aus sachlichen Erwägungen heraus – wie z.B. aus Gründen der Zeitersparnis oder mangels verfügbaren Mobilfunktelefons –, so würde die Annahme der Unlauterkeit in eine Bevormundung des

---

<sup>652</sup> Vgl. Hecker, WRP 2006, 640, 642.

<sup>653</sup> Unter Laienwerbung ist die Nutzbarmachung privater oder persönlicher Beziehungen eines nicht professionell tätigen Absatzvermittlers (des Laienwerbers) durch den Unternehmer zu verstehen, vgl. Sosnitsa in Piper/Ohly/Sosnitsa, UWG, § 4.1 Rn. 1/154.

<sup>654</sup> Ablehnend auch Köhler, GRUR 2005, 793, 798; ders. ZLR, 2006, 3, 8, der hier nur einen unmittelbaren Rückgriff auf die Generalklausel des Art. 5 RLUGP in Betracht zieht.

<sup>655</sup> Hecker, WRP 2006, 640, 642; Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1046.

<sup>656</sup> Dieser Begriff der „situationsbedingten Machtposition“ im Gegensatz zur „strukturellen Machtposition“ bei Köhler, GRUR 2008, 841, 843.

<sup>657</sup> Ergänzend sei angemerkt, dass der Schutz des Art. 5 Abs. 3 RLUGP nur bei Schutzbedürftigkeit aufgrund persönlicher Eigenschaften in Betracht kommt, nicht im Zusammenhang mit sonstigen Umständen, wie etwa einer solchen Zwangslage; vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, § 3 Rn. 17 mit Verweis auf ErwGr. 19 RLUGP.

Betroffenen münden<sup>658</sup>.

*aa) Ausnutzen einer psychologischen Machtposition gleichbedeutend mit der Ausübung psychischen Kaufzwangs?*

Aus der Tatsache, dass die bereits erwähnte Definition des Art. 2 lit. j RLUGP ausdrücklich auch die Ausnutzung einer Machtposition zur Ausübung psychischen Drucks – also ohne Anwendung körperlicher Gewalt – erfasst, schließt *Anja Steinbeck* auf eine Existenzberechtigung des psychischen Kaufzwangs im europäischen Lauterkeitsrecht. Dies komme in dem Verbot der unzulässigen Beeinflussung zum Ausdruck, denn die Ausnutzung einer psychologischen Machtposition sei in der Regel nichts anderes als die Ausübung psychischen Kaufzwangs<sup>659</sup>. Diese Pauschalaussage verdreht aber das Regel-Ausnahme-Verhältnis. Der Situation des psychischen Kaufzwangs wohnt immer eine psychische Machtposition inne, aber nicht jede derartige Machtposition stellt psychischen Kaufzwang dar. An dieser Stelle muss differenziert vorgegangen werden und es darf nicht aus dem Allgemeinen auf die Existenzberechtigung des speziellen Konstrukts geschlossen werden. Die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs ist einschlägig, wenn der Verbraucher aus dem Gefühl der Dankbarkeit und des Anstands in eine psychische Zwangslage gerät und deshalb einen Kauf tätigt. Diese Konstellation kommt im Rahmen von Gratisleistungen wie etwa Werbegeschenken, Gewinnspielen und Preisausschreiben oder kostenloser Kundenbeförderung in Betracht<sup>660</sup>. Mit Blick auf die Begründung des Richtlinienvorschlags der Kommission vom 18. Mai 2003 wird deutlich, dass eben solche Verkaufsförderungsmaßnahmen aber gerade keine unerlaubte Beeinflussung i.S.d. Art. 8 RLUGP darstellen. Dort heißt es, „dass auch im Rahmen verkaufsfördernder Maßnahmen gemachte Angebote für sich alleine nicht unter aggressive Geschäftspraktiken fallen (können)“<sup>661</sup>. Der Durchschnittsverbraucher kann durch derartige Maßnahmen zwar beeinflusst werden, seine Entscheidungsfreiheit wird aber nicht erheblich beeinträchtigt. Da der durchschnittliche Endabnehmer Werbegeschenke als solche erkennt und weiß, dass Unternehmer nicht aus wohltätigen Motiven handeln, sondern betriebswirtschaftlich berechnend vorgehen, können kostenlose Zuwendungen keine unzulässige Beeinflussung

<sup>658</sup> Vgl. dazu *Plaß* in Heidelberg Kommentar, WettbR, § 4 Rn. 274 mit Kritik an der einschlägigen deutschen Rechtsprechung (BGH, GRUR 2000, 235 ff. – „Werbung am Unfallort IV“).

<sup>659</sup> *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 870.

<sup>660</sup> Vgl. *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht, S. 197, die – aus deutscher Perspektive – das Hervorrufen eines psychischen Kaufzwangs daneben noch in der Konstellation der Laienwerbung als theoretisch möglich erachtet. Wie bereits erläutert, führt die Laienwerbung aber mangels Über- / Untergeordnetenverhältnis nicht zu einer nach der RLUGP erforderlichen Machtposition.

<sup>661</sup> KOM (2003) 356 endg. S. 18, Rz. 71.

i.S.d. Art. 8 RLUGP begründen<sup>662</sup>. Dies gilt nicht nur für die im Vorschlag explizit aufgelisteten geringwertigen Zusatzleistungen in Form eines kostenlosen Bustransfers oder einer Erfrischung während des Einkaufs, sondern muss genauso auch für höherwertige Werbegeschenke gelten<sup>663</sup>. So bleibt doch der Verständigungsgrad des Durchschnittsverbrauchers derselbe, unabhängig davon, ob ihm eine Kiste Champagner oder nur ein Glas Wasser geschenkt wird. Auch wenn es sich bei den im Richtlinienvorschlag aufgelisteten Beispielen um eher geringwertige Wertreklame<sup>664</sup> handelt, so kann gleichwohl im Zusammenhang mit hochwertigen Geschenken nichts anderes gelten. Von den Abgrenzungsproblemen im Einzelfall abgesehen, kann hier nachgerade mit dem Wortlaut des Richtlinienvorschlags argumentiert werden. Verkaufsförderung kann für sich alleine nicht unter den Bereich der aggressiven Geschäftspraktiken fallen, der Vorschlag ist grammatisch kompromisslos und legt an dieser Stelle nicht etwa nur eine der Ausnahme zugängliche Grundregel fest. Des Weiteren ist der kritische Durchschnittsverbraucher bei hochwertigeren Werbegeschenken besonders alarmiert und skeptisch, er wittert den unternehmerischen Versuch, gewissermaßen bestochen oder erkaufte zu werden. Außerdem erkennt der Verbraucher, dass derjenige Unternehmer, welcher hochwertige Werbegeschenke aushändigt, offensichtlich liquide und gerade nicht auf eine geschäftliche Zusammenarbeit mit ihm als dem gegenwärtig umworbenen Verbraucher angewiesen ist. Nicht zuletzt kann dem moralisch anfälligen und sensiblen Verbraucher der simple und auch zumutbar zu befolgende Rat erteilt werden, Gratisleistungen jedweden Wertes schlichtweg auszuschlagen.

#### *bb) Berücksichtigung der einst geplanten Verkaufsförderungsverordnung*

Im Bereich der kostenlosen Zusatzleistungen sind aus europäischer Sicht außerdem die Pläne einer Verkaufsförderungsverordnung zu berücksichtigen, welche mehr oder weniger zeitgleich mit der RLUGP diskutiert wurden. Leitgedanke des geänderten Vorschlags dieser Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt<sup>665</sup> war eine weitestgehende

<sup>662</sup> Koch, Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken, S. 197 f.

<sup>663</sup> A.A. Dohrn, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 925 und auch Henning-Bodewig, GRUR Int. 2003, 926, 927, die einen Rückschluss aus der Geringwertigkeit der im Vorschlag ausdrücklich aufgelisteten Beispiele zieht und davon ausgeht, im Gegenschluss daraus müsse hochwertige Wertreklame eine „unzulässige Beeinflussung“ im Sinne des Art. 8 RLUGP darstellen können; vgl. auch dies., WRP 2006, 621, 627.

<sup>664</sup> Der Begriff der Wertreklame ist ein Sammelbegriff für sämtliche Verkaufsförderungsmaßnahmen, die dem angesprochenen Verkehr in irgendeiner Form und neben der Werbung als solcher einen Zusatznutzen bringen. Der Unternehmer betreibt seine Werbung hierbei nicht mit Worten, sondern mit Werten, er verschenkt etwas, vgl. Berlitz, Wettbewerbsrecht, S. 49 Rn. 32.

<sup>665</sup> Geänderter Vorschlag der Kommission vom 25.10.2002 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments

Deregulierung verkaufsfördernder Maßnahmen mit der Voraussetzung, dass die Preisgestaltung transparent erfolgt und die Information des Verbrauchers sichergestellt wird. Angestrebt war also eine grundsätzliche Liberalisierung, die durch Transparenz und Verfolgung des Informationsparadigmas verbraucherschutzorientiert erfolgen sollte<sup>666</sup>. Da die Pläne für diese Verordnung inzwischen aufgegeben wurden<sup>667</sup>, verbleibt eine Lücke<sup>668</sup> im europäischen Lauterkeitsrecht, die aber nicht durch die schlichte Anwendung der RLUGP auf den Bereich der Werteklamme geschlossen werden kann. Auf diese Weise würde man zum einen dem im – wenn auch inzwischen aufgegebenen – Verordnungsvorschlag verfolgten liberalen Ansatz nicht gerecht<sup>669</sup> und zum anderen dem im Verordnungsvorschlag deutlich gewordenen Willen des Gesetzgebers widersprechen<sup>670</sup>. Eine unsachliche Beeinflussung geht hauptsächlich von Mitteln der Werteklamme aus (von Zugaben, Preisausschreiben und Gewinnspielen etc.), also von genau solchen Maßnahmen, die nach der vormals geplanten Verkaufsförderungsverordnung als zulässig angesehen werden sollten<sup>671</sup>. Dies darf auch nach Aufgabe des Vorhabens nicht ignoriert werden. Es ist äußerst bedenklich, den Bereich der Werteklamme und – damit eng verbunden – die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs dem Anwendungsbereich der Lauterkeitsrichtlinie aufzuoktroieren. Noch bedenklicher erscheint dies in Anbetracht der Tatsache, dass die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs dem überwiegenden Teil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gänzlich unbekannt ist<sup>672</sup>. Man beachte nicht zuletzt, dass Richtlinien keinesfalls an das nationale Recht und das nationale Verständnis anzupassen sind, sondern im Gegenteil das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen ist. Nationale Traditionen dürfen nicht unbesehen weitergeführt werden<sup>673</sup>.

---

und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, KOM (2002) 585 endg.

<sup>666</sup> Vgl. zum damaligen VO-Vorschlag *Micklitz* in MünchKommUWG, Band 1, EG G Rn. 30 ff.

<sup>667</sup> Zunächst wurde der Vorschlag unter verschiedenen Ratspräsidentschaften entweder von einzelnen Mitgliedstaaten abgelehnt oder gar nicht verhandelt, siehe auch: *Seichter*, WRP 2005, 1087, 1087. Schließlich wurde der Vorschlag zurückgezogen. Die Kommission verkündete diese Rücknahme in ihrer Mitteilung vom 27.09.2005 (KOM (2005) 462 endg.). Der Verordnungsvorschlag ist dort neben einer Reihe anderer zurückgenommener Vorhaben im Anhang (S. 10) aufgelistet.

<sup>668</sup> Von *Micklitz* in MünchKommUWG, Band 1, EG G Rn. 46 als „offene Flanke“ bezeichnet.

<sup>669</sup> Auch wenn der VO-Vorschlag nicht mehr aktuell ist, wird daraus doch die europäische Tendenz deutlich, Verkaufsförderungsmaßnahmen mittlerweile deutlich liberaler zu handhaben. So auch *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht, S. 149.

<sup>670</sup> Vgl. KOM (2003) 356 endg., S. 18 (Rz. 71).

<sup>671</sup> *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2003, 926, 928.

<sup>672</sup> Als Unlauterkeitskriterium besteht der psychische Kaufzwang neben Deutschland nur in Österreich und Griechenland, vgl. *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht, S. 130 ff.

<sup>673</sup> *Köhler*, GRUR 2008, 841, 848.

d) *Existenzberechtigung des psychischen Kaufzwangs durch die Per se-Verbote der Nr. 30, Nr. 28 und Nr. 7 der „schwarzen Liste“?*

Neben Art. 8 RLUGP werden aggressive Geschäftspraktiken auch in Anhang 1 RLUGP geregelt. Die belästigenden Per se-Verbote der Nr. 25, 26 und 29 der „black list“ wurden bereits erläutert. Zu klären ist, ob darüber hinaus andere Per se-Verbote psychische Zwangslagen betreffen und Anhaltspunkte für eine Existenzberechtigung des psychischen Kaufzwangs im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie geben.

aa) *Mögliche Existenzberechtigung durch Nr. 30 Anhang 1 RLUGP*

Neben dem Verbot der unzulässigen Beeinflussung, sieht *Anja Steinbeck* in der Nr. 30 der „black list“ einen zweiten Anhaltspunkt für die Manifestierung des psychischen Kaufzwangs in der RLUGP<sup>674</sup>. Danach ist es per se – und unabhängig vom Wahrheitsgehalt – unlauter, gegenüber dem Verbraucher darauf hinzuweisen, dass der Arbeitsplatz des Werbenden gefährdet ist, falls der Verbraucher das Produkt oder die Dienstleistung nicht erwirbt. In einer solchen Situation wird an das soziale Verantwortungsgefühl, an Mitleid und Solidarität appelliert und der Verbraucher soll so zu einem Kauf überredet werden. Es steht hier also nicht der rein belästigende Faktor im Vordergrund. Bei der Frage, ob die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs über das Per se-Verbot der Nr. 30 Niederschlag in der Lauterkeitsrichtlinie gefunden hat, ist aber zunächst der gebotenen einschränkenden Auslegung<sup>675</sup> der „schwarzen Liste“ Rechnung zu tragen. Einschränkend ist der spezifische Sonderfall der Nr. 30 Anhang 1 RLUGP insoweit zu verstehen, als dass der Hinweis auf die Gefährdung des Arbeitsplatzes in Form eines unmittelbaren Kontakts erfolgen muss. Erst aus dem vis-à-vis geführten Gespräch heraus kann ein erhöhter Druck beim Verbraucher entstehen, welcher im Wege der anonymen Massenwerbung gar nicht erreicht werden kann<sup>676</sup>. Dieses Erfordernis der persönlichen Ansprache kann auch aus der französischen („informer explicitement“) und englischen („explicitly informing“) Sprachfassung abgeleitet werden<sup>677</sup>. Des Weiteren muss ausdrücklich entweder die berufliche Existenz oder der Lebensunterhalt des Gewerbetreibenden im Raum stehen, davon unabhängige sonstige Notlagen und

<sup>674</sup> *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 870.

<sup>675</sup> Entsprechend dem Ausnahmecharakter der „black list“ ist eine strikt restriktive Auslegung der Nr. 30 Anhang 1 RLUGP geboten, vgl. *Scherer*, NJW 2009, 324, 331 und *Sosnitzka*, WRP 2008, 1014, 1027.

<sup>676</sup> Vgl. *Stuckel* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, Anh. § 3 Abs. 3, II Nr. 30 Rn. 6.

<sup>677</sup> Einen Verweis auf die englische Sprachfassung auch bei *Henning-Bodewig*, WRP 2006, 621, 626 und *Scherer*, NJW 2009, 324, 331.

Bedürfnisse reichen nicht aus<sup>678</sup>. Außerdem muss der Gewerbetreibende selbst betroffen sein, eine Ausdehnung etwa auch auf nur mittelbar betroffene Mitarbeiter kann nicht in Betracht kommen<sup>679</sup>. Neben dem zugrunde zu legenden restriktiven Verständnis, das zu einem sehr begrenzten Anwendungsbereich der Nr. 30 der „black list“ führt<sup>680</sup>, ist auch die praktische Bedeutung der in Nr. 30 Anhang 1 beschriebenen Konstellation zu relativieren. Eine Unternehmeraussage im Sinne der Nr. 30 Anhang 1 RLUGP wird oftmals nicht geeignet sein, den Durchschnittsverbraucher zu beeindrucken und ihn in seiner geschäftlichen Entscheidung zu beeinflussen<sup>681</sup>. So suggeriert im Grunde jeder Bettler die Gefährdung seines Lebensunterhalts, die erhoffte Wirkung auf Passanten in Form einer „milden Gabe“ bleibt dennoch oftmals aus. Auch im Verhältnis zu Unternehmen ist der Verbraucher heute in gewissem Umfang an Mitleids- und Empathieappelle in der Werbung gewöhnt<sup>682</sup>. Darüber hinaus ist dem Verbraucher im Einzelfall bewusst, dass er durch die Annahme eines einzelnen geringwertigen Angebots alleine den Lebensunterhalt oder Arbeitsplatz des ihm gegenüber aller Wahrscheinlichkeit nach nicht sichern können wird. Handelt es sich hingegen nicht um ein geringwertiges, sondern ein kostspieliges Angebot, so wird der Durchschnittsverbraucher skeptisch und vorsichtig und es bedarf der Überwindung einer Hemmschwelle, das teure Angebot tatsächlich anzunehmen. Auch wenn das Per se-Verbot unabhängig von einer kausalen geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers besteht, kann doch festgestellt werden, dass die praktische Bedeutung und der potenzielle „geschäftliche Erfolg“ in der per se unlauteren Konstellation der Nr. 30 Anhang 1 RLUGP wohl gering sein werden. Nicht zuletzt weiß *Dirk Seichter* zutreffend darauf hin, dass es sich bei der „schwarzen Liste“ generell um wenig strukturierte und zum Teil auch willkürlich zusammengestellte Fallbeispiele handelt, die keine Rückschlüsse auf vergleichbare Sachverhalte zulassen<sup>683</sup>. Auch in der Gesamtbetrachtung der RLUGP können sie nur äußerst bedingt richtungweisende Funktion einnehmen<sup>684</sup>.

<sup>678</sup> Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, Anh zu § 3 III, Rn. 30.3.

<sup>679</sup> Sosnizza, WRP 2008, 1014, 1027; eine Ausdehnung auch auf Mitarbeiter nimmt Schöttle, WRP 2009, 673, 682 an, allerdings ebenso mit der Voraussetzung einer eigenen Betroffenheit.

<sup>680</sup> Der Tatbestand soll beispielsweise dann erfüllt sein, wenn der Gewerbetreibende erklärt, er sei strafentlassen und würde riskieren, rückfällig zu werden, falls er nichts verkaufe. Ein bloßer Räumungsverkauf, das grundsätzliche „Geschäftsmodell“ von Obdachlosenzeitungen oder der Verkauf in Bettelhaltung können für Nr. 31 Anhang 1 RLUGP nicht ausreichen; vgl. Scherer, NJW 2009, 324, 331; Köhler in Köhler/Bornkamm, Anh zu § 3 III, Rn. 30.2 und Schöttle, WRP 2009, 673, 683; a.A. Hoeren, BB 2008, 1182, 1191.

<sup>681</sup> Seichter in Ullmann jurisPK-UWG, § 4 Nr. 1 Rn. 65.

<sup>682</sup> Seichter in Ullmann jurisPK-UWG, § 4 Nr. 1 Rn. 65.

<sup>683</sup> Seichter, WRP 2007, 230, 236.

<sup>684</sup> Die Liste der Per se-Verbote wurde nach dem Richtlinienvorschlag aufgrund weiterer Vorschläge des Europäischen Parlaments in der zweiten Lesung erweitert. Gamerith, WRP 2005, 391, 427 weist zutreffend darauf hin, dass die Möglichkeiten zur Erweiterung der Liste uferlos gewesen wäre. Auch daraus wird deutlich, dass den Per se-Verboten kein grundsätzliches Gewicht und keine richtungweisende Funktion

Offensichtlich versucht der Unternehmer, durch das per se verbotene Vorgehen an Anstand und Solidarität des Verbrauchers zu appellieren, doch der Durchschnittsverbraucher kann sich dem entziehen. Ihm ist bewusst, dass es nicht seine Aufgabe als Verbraucher sein kann, einen einzelnen Geschäftstreibenden vor dem finanziellen Ruin zu bewahren, und dass er dazu letztendlich wohl auch nicht in der Lage sein wird. Die strikte Unlauterkeit des provokanten unternehmerischen Verhaltens im Sinne der Nr. 30 Anhang 1 RLUGP ist sicherlich begrüßenswert, doch im Ergebnis kann dem Rückschluss, die restriktiv auszulegende und in der Praxis selten relevant werdende Einzelnormierung der Nr. 30 Anhang 1 RLUGP demonstriere die Anerkennung der Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs auf europäischer Ebene, nicht zugestimmt werden<sup>685</sup>.

*bb) Mögliche Existenzberechtigung durch die 2. Alternative der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP*

Die Situation des psychischen Kaufzwangs könnte des Weiteren auch im Zusammenhang mit der zweiten Alternative der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP in Betracht kommen. Verboten wird darin die Einbeziehung einer direkten Aufforderung an Kinder in eine Werbung, ihre Eltern oder andere Erwachsene zu überreden, die beworbenen Produkte für sie zu kaufen. In dieser Konstellation des intendierten Erwerbs geht es um die Einflussnahme der Kinder auf das Konsumverhalten ihrer Eltern oder anderer Erwachsener<sup>686</sup>, es geht namentlich um die Einspannung der Kinder als Absatzhelfer, Kaufmotivatoren oder Einkaufsberater. Der Einfluss der Kinder auf die Konsumententscheidung ihrer Eltern ist nicht zu unterschätzen und in den letzten Jahrzehnten ständig gewachsen<sup>687</sup>. Durch die zweite Alternative der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP werden Erwachsene vor einer solchen „Manipulation“ ihrer Kaufentscheidung durch Kinder geschützt<sup>688</sup>. Die Widerstandsfähigkeit gegenüber „Wünschen aus dem Kindermund“ ist nach allgemeiner Lebenserfahrung nämlich geringer

---

zukommen kann.

<sup>685</sup> So auch *Keßler/Micklitz*, BB-Special 13, Heft 49, 2005, 1, 19 und wohl auch *Seichter*, WRP 2007, 230, 236; a.A. *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 870; *Henning-Bodewig*, WRP 2006, 621, 627 und offensichtlich auch *Hoeren*, BB 2008, 1182, 1191.

<sup>686</sup> Dem reinen Wortlaut nach („Eltern oder andere Erwachsene“) fallen wohl 14- bis 17-jährige Eltern aus dem Anwendungsbereich der Nr. 28 Anhang I RLUGP heraus, so *Köhler*, WRP 2008, 700, 704 (Fn. 22); a.A. *Scherer*, WRP 2008, 430, 433, die auch minderjährige Eltern unter die Vorschrift fallen lässt, ohne dies zu problematisieren. Damit orientiert sie sich zwar nicht am genauen Wortlaut wohl aber am Telos der Regelung.

<sup>687</sup> Statistische Details bei *Benz*, WRP 2003, 1160, 1161. Begründet wird dies vor allem mit dem geänderten Erziehungsstil, im Zuge dessen Kinder selbständiger erzogen werden als noch früher, vgl. *Mayer*, Kinderwerbung – Werbekinder, S. 63 f.

<sup>688</sup> Vgl. dazu *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Anh zu § 3 III Rn. 28.8.

als diejenige gegenüber Werbeappellen von Unternehmern<sup>689</sup>; man kann sich dem Kinderwunsch weniger leicht entziehen. Was ein Kind ausspricht, wird in aller Regel wahrgenommen und oftmals wird solchen Wünschen auch nachgegeben. Schlägt ein Kind den Kauf eines Produkts vor, so verlangt es ggf. eine Begründung für das Unterlassen des Kaufs, es kommt in dieser Konstellation also zusätzlich zu einem Rechtfertigungszwang für die Eltern bzw. Erwachsenen. Werbeaussagen von Unternehmen hingegen finden meist weitaus weniger oder unter Umständen gar keine Beachtung, es herrscht in der Regel Anonymität und der Begründungs- oder Rechtfertigungsdruck im Falle des Unterlassens des Erwerbs ist entweder gar nicht vorhanden oder deutlich geringer.

Durch einen außerhalb der Sache liegenden Einfluss – namentlich durch die Überredenskünste der Kinder – könnten Erwachsene in eine psychische Zwangslage versetzt werden, in ihrer autonomen Konsumententscheidung beeinträchtigt werden und im Endeffekt Ware erwerben, obwohl sie das „eigentlich“ gar nicht wollten. Eine gewisse Ähnlichkeit zur Situation des psychischen Kaufzwangs offenbart sich zwar, gleichzeitig offenbart sich aber auch ein elementarer Unterschied. Die in Betracht kommende Druckausübung geht hier nicht vom Unternehmer, sondern von Kindern aus. Es drängt sich unmittelbar die Frage auf, ob es Aufgabe des Lauterkeitsrechts sein kann, Eltern vor dem Einfluss von Kindern zu schützen und der Kommission insoweit gewissermaßen einen Erziehungsauftrag zu erteilen. Es muss an dieser Stelle erkannt werden, dass es zum alleinigen Aufgabenbereich der Eltern bzw. Erwachsenen gehört, sich von der Beeinflussung ihrer Kinder loszusagen. Es handelt sich um eine Grundlage der Erziehung, den mannigfaltigen Wünschen von Kindern Paroli zu bieten und auch Nein sagen zu können<sup>690</sup>. Der verständige Durchschnittsverbraucher kann auch bei starkem Kaufdruck durch Kinder grundsätzlich nicht an einer rationalen Entscheidung gehindert werden<sup>691</sup>. Mangels Wettbewerbsorientiertheit muss der in der zweiten Alternative der Nr. 28 Anhang 1 geregelte lauterkeitsrechtliche Schutz Erwachsener vor dem Einfluss von Kindern als system- und sachwidrig bezeichnet werden<sup>692</sup> und es kann darin jedenfalls nicht die Berücksichtigung der Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie gesehen werden.

<sup>689</sup> So auch *Scherer*, WRP 2008, 430, 436 und *Köhler*, WRP 2008, 700, 704.

<sup>690</sup> *Scherer* in Fezer, UWG, Band 1, § 4-2 Rn. 225.

<sup>691</sup> So auch die deutsche Entscheidung BGH, WRP 2008, 214, 218 – „Tony Taler“, die sich an dieser Stelle nicht auf deutsches Recht, sondern auf das europaweit geltende Verbraucherleitbild bezieht.

<sup>692</sup> *Scherer*, WRP 2008, 430, 435 ff. und *dies.* in Fezer, UWG, Band 1 § 4-2 Rn. 224 ff.; vgl. dazu bereits oben in Teil 3 unter E. II. 2. a).

Das Fortleben jener Fallgruppe kann in diesem Zusammenhang auch nicht durch die BGH-Entscheidung „Tony Taler“<sup>693</sup> bestätigt werden<sup>694</sup>. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass diese deutsche Entscheidung zu §§ 3, 4 Nr. 1 UWG ergangen ist, nicht zu Nr. 28 Anhang 1 der Lauterkeitsrichtlinie. Bei der Konstellation, mit der sich der BGH zu beschäftigen hatte, handelte es sich um einen besonderen Einzelfall, der erst in der Kumulation mehrerer Einzelelemente zur Unlauterkeit führte. Das beklagte Unternehmen hatte eine an Schüler gerichtete Werbeaktion durchgeführt, in der zum Sammeln von Werttalern, sog. „Tony Talern“, aufgefordert wurde. Diese Taler befanden sich auf den Produkten der Beklagten und je nach Anzahl der gesammelten Taler wurden der jeweiligen Schule Gratis-Sportartikel ausgehändigt. Hierbei stieg die Attraktivität der jeweiligen Prämie mit der Anzahl der Taler. Das beklagte Unternehmen hatte die Druckausübung auf die Kinder durch eine Sammelaktion mit Autoritätenmissbrauch in Form des Einsatzes der Schule bzw. der Lehrer für das beworbene Produkt kombiniert<sup>695</sup>. Der entstehende Gruppenzwang und der Appell an die Solidarität mit der Schulgemeinschaft machten die Werbemaßnahme nach Ansicht des BGH geeignet, „auch vernünftige Eltern“ zum Kauf des Produkts zu veranlassen<sup>696</sup>. Aus Perspektive der Lauterkeitsrichtlinie ist schon fraglich, ob die Werbeaktion überhaupt vom Tatbestand der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP erfasst wäre<sup>697</sup>. Außerdem ging es vor dem BGH in erster Linie um den Einfluss der Schule und Lehrer auf die Eltern, die den Eindruck mangelnder Hilfsbereitschaft und Solidarität mit der Schulgemeinschaft vermeiden wollten und sich deshalb veranlasst sahen, sich an der Sammelaktion des beklagten Unternehmens zu beteiligen und Produkte zu erwerben, die sie ansonsten nicht gekauft hätten<sup>698</sup>. Das Ausnutzen der Gruppendynamik, der Solidaritätszwang und der Missbrauch der Autorität der Schule führten letztendlich erst in ihrer Kumulation zur Unlauterkeit der Sammelaktion, nicht die alleinige Motivation durch die Kinder i.S.d. zweiten Alternative der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP<sup>699</sup>.

<sup>693</sup> BGH, WRP 2008, 214 ff. – „Tony Taler“.

<sup>694</sup> In diese Richtung aber *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 870.

<sup>695</sup> Die Werbung forderte die Schüler ausdrücklich auf, ihre Lehrer von der Aktion zu informieren, damit diese die Aktion an der Schule starten. Die Lehrer sollen als Ansprechpartner dienen und die gesammelten Punkte einsetzen, vgl. BGH, WRP 2008, 214, 218 – „Tony Taler“.

<sup>696</sup> BGH, WRP 2008, 214, 218 – „Tony Taler“.

<sup>697</sup> Die Auslegung der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP ist in vielerlei Hinsicht umstritten. Diskutiert wird unter anderem die Frage, welche Anforderungen an das Erfordernis der „direkten Aufforderung“ zu stellen sind. Teilweise wird ein persönlicher Kontakt zwischen Kind und Werbendem gefordert (*Steinbeck*, WRP 2008, 865, 868), teilweise fordert man eine imperative Ansprache in Form einer unmittelbaren, gezielten und konkreten Aufforderung (*Scherer*, WRP 2008, 430, 433; *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1026; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG, Anh zu § 3 III, Rn. 28.7. Erst die abzuwartende EuGH-Rechtsprechung wird hier endgültige Klarheit schaffen.

<sup>698</sup> BGH, WRP 2008, 214, 218 – „Tony Taler“.

<sup>699</sup> Ohne Begründung aber im Ergebnis genauso *Köhler*, GRUR-RR 2008, 145, 147; a.A. wohl *Scherer*, NJW

*cc) Mögliche Existenzberechtigung durch Nr. 7 Anhang 1 RLUGP*

Abschließend soll auf die teilweise vertretene Auffassung eingegangen werden, die aus dem Per se-Verbot der Nr. 7 einen Fall des psychischen Kaufzwangs durch übertriebenes Anlocken schließt<sup>700</sup>. Aus mehreren Gründen kann dieser Aussage nicht zugestimmt werden.

Zunächst ist es schon diskussionswürdig, den Bereich des übertriebenen Anlockens mit der Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs gleichzusetzen und als austauschbar darzustellen. Eine Differenzierung bleibt bedauerlicherweise seitens der Rechtsprechung und Literatur und offensichtlich sogar seitens des deutschen Gesetzgebers<sup>701</sup> oftmals aus. Wenn aber der psychische Kaufzwang nicht lediglich als inhaltsleeres Schlagwort, sondern als fassbarer und plausibler Unlauterkeitstatbestand gelten soll, hat eine Abgrenzung dieser beiden Fallgruppen zu erfolgen<sup>702</sup>. Wesentlicher Unterschied ist, dass dem Umworbenen in der Konstellation des übertriebenen Anlockens übermäßige Vorteile für den Fall der Kontaktaufnahme versprochen werden. Der Unternehmer zielt darauf ab, den Verbraucher auf eine Weise anzulocken, die geeignet ist, ihn von der sachlichen Prüfung des jeweiligen Angebots im Ladengeschäft abzuhalten<sup>703</sup>. Die Situation des psychischen Kaufzwangs hingegen entsteht erst aus der persönlichen Kontaktaufnahme mit dem Verkaufspersonal heraus. Von dieser an sich gebotenen Abgrenzung abgesehen, wird auch bei näherer Betrachtung des Wortlauts der Nr. 7 Anhang 1 RLUGP deutlich, dass hier keine Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs geregelt ist. Per se verboten ist danach die „falsche Behauptung, dass das Produkt nur eine sehr begrenzte Zeit oder nur eine sehr begrenzte Zeit zu bestimmten Bedingungen verfügbar sein werde, um so den Verbraucher zu einer sofortigen Entscheidung zu verleiten, so dass er weder Zeit noch Gelegenheit hat, eine informierte Entscheidung zu treffen“. Wichtigstes Element ist hier das Erfordernis einer ausdrücklichen und objektiv unrichtigen Behauptung, durch die der Verbraucher von einem tatsächlich nicht bestehenden Zeitdruck ausgeht. Durch eine schlichte Lüge wird der

---

2009, 324, 330 die die zweite Alternative der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP als erfüllt ansieht, wenn weitere besondere Umstände hinzutreten, wie etwa starker Gruppendruck.

<sup>700</sup> So *Berlit*, Wettbewerbsrecht, S. 25 Rn. 11 und auch *Hoeren*, BB 2008, 1182, 1188.

<sup>701</sup> Auch der deutsche Gesetzgeber sieht offensichtlich im übertriebenen Anlocken einen Fall des psychischen Kaufzwangs, vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung für das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, S. 64 (einsehbar im Internet unter: <http://www.bmj.bund.de/files/-/3158/RegE%20Erstes%20Gesetz%20zur%20C3%84nderung%20des%20Gesetzes%20gegen%20den%20unlauteren%20Wettbewerb.pdf>; Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 20.00 Uhr).

<sup>702</sup> Vgl. dazu eingehend *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht, S. 26 f.

<sup>703</sup> Vgl. *Boesche*, Wettbewerbsrecht, Rn. 323.

Verbraucher absichtlich<sup>704</sup> irreführt, es handelt sich – wie auch aus der Richtlinien-systematik hervorgeht<sup>705</sup> – weder um eine aggressive Geschäftspraktik, noch um den Fall des psychischen Kaufzwang<sup>706</sup>, sondern um Unlauterkeit wegen Irreführung. Im Vordergrund steht hier das unzulässige Vortäuschen eines Zeitdrucks, der in Wirklichkeit nicht besteht. Es geht hingegen nicht um die mit der Situation verbundene starke Anlockwirkung, die zudem für sich genommen noch gar nicht unlauter ist<sup>707</sup>. Eine Zwangslage oder gar die Situation des moralisch-solidarischen Anstandskaufs sind jedenfalls nicht ersichtlich. Nr. 7 Anhang 1 RLUGP regelt im Ergebnis keinen Fall des psychischen Kaufzwangs, sondern normiert ein Per se-Verbot wegen Irreführung.

### 3. Zusammenfassung

Abschließend lässt sich feststellen, dass für die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie kein Raum bleibt. Im Bereich der aggressiven Geschäftspraktiken, Art. 8 und Art. 9 RLUGP, wird diese Konstellation nicht durch die Belästigungsalternative erfasst. Hierunter nämlich versteht man als Aufdrängung empfundenen Verhalten, wobei die Beeinträchtigung der Privatsphäre des Verbrauchers im Vordergrund steht. Auch der von Drohungen und Gewalt geprägte Tatbestand der Nötigung erfasst die Situation des psychischen Kaufzwangs nicht und ist vielmehr eng und unter strafrechtlichem Aspekt zu betrachten. Im Bereich der unzulässigen Beeinflussung ist eine aggressive und damit unlautere Geschäftspraktik anzunehmen, wenn irgendeine Machtposition im Sinne eines Subordinationsverhältnisses zwischen Unternehmer und Verbraucher festzustellen ist. Alleine aus der Tatsache heraus, dass es sich hierbei auch um eine psychologische Machtposition handeln kann, ist ein Rückschluss auf eine Manifestierung des psychischen Kaufzwangs im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie nicht möglich. Dieses Phänomen nämlich tritt typischerweise im Rahmen von Verkaufsförderungsmaßnahmen auf. Diese Maßnahmen, die am ehesten geeignet sind, das Anstands- und Dankbarkeitsgefühl beim Verbraucher auszulösen, sind aber nach dem Willen des Richtliniengebers ausdrücklich nicht als aggressive Geschäftspraktiken zu

<sup>704</sup> Aus dem Wortlaut „um so den Verbraucher zu einer sofortigen Entscheidung zu verleiten“ geht dieses Absichtserfordernis hervor, vgl. *Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I, S. 70.

<sup>705</sup> Vgl. die Systematik des Anhangs 1 RLUGP, der die irreführenden Per se-Verbote in den Tatbeständen Nr. 1 bis Nr. 23 regelt und die aggressiven Per se-Verbote in Nr. 24 bis Nr. 30. Das Verbot der Nr. 31 (unwahre oder irreführende Gewinnversprechungen) stellt allerdings eine irreführende Geschäftspraktik dar, die Systematik der Richtlinie ist insoweit fehlerhaft.

<sup>706</sup> So auch *Scherer*, NJW 2009, 324, 326 f. und *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1022.

<sup>707</sup> *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG, Anh zu § 3 III Rn. 7.1.

kategorisieren. Dieser Bereich sollte im Rahmen der geplanten Verkaufsförderungsverordnung geregelt und liberalisiert werden und darf – auch nach Aufgabe dieses Verordnungsvorhabens – nicht nachträglich der Lauterkeitsrichtlinie aufgedrängt werden.

Die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs kann im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie nicht zu Rate gezogen werden, um unbequeme Werbemethoden zu unterbinden. Wenn auch im Rahmen des aggressiven Geschäftspraktiken der Art. 8 und 9 RLUGP und der Nr. 28 und Nr. 30 Anhang 1 RLUGP Fälle der psychischen Beeinflussung erfasst sein können, so sind diese Konstellationen nicht unter den Stereotyp des psychischen Kaufzwangs zu fassen. Nicht jeder Appell an die Psyche kann nämlich pauschal als Fall des psychischen Kaufzwangs deklariert werden. Dieses den meisten EU-Mitgliedstaaten gänzlich unbekanntes Phänomen ist im modernen Europa nicht mehr zeitgemäß und führt zu einem Überschuss, der nicht mit dem EU-Verbraucherleitbild korrespondiert. Der aufgeklärte Verbraucher wird nicht alleine aus einem Anstands- oder Dankbarkeitsgefühl heraus geschäftlich tätig und ist daran gewöhnt, dass in der modernen Werbewelt unsachlich und auf die Psyche des Menschen abzielend geworben wird. Derartige Werbung ist zwangsläufige Folge des breiten Produktangebots und der Homogenität der Waren auf dem Markt. Um sich abzuheben, muss der Unternehmer über Umwege und durch spezielle Einflüsse zum Kunden finden, die moderne konsumgesättigte Gesellschaft erfordert besondere Mittel und Wege und die Unternehmen müssen die Möglichkeit haben, den Markt auch offensiv zu bearbeiten. Sofern im Einzelfall eine psychische Beeinflussung zu einer unzulässigen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit beim Durchschnittsverbraucher führt, so kann dem unter Umständen über Art. 8 RLUGP abgeholfen werden. Erst zukünftig in Erscheinung tretende Geschäftspraktiken und auch evident unzulässige psychische Beeinflussungen können als ultima ratio vom generellen Verbot des Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 RLUGP erfasst werden<sup>708</sup>. Eine Subsumtion unter die Generalklausel darf aber auch an dieser Stelle nicht vorschnell vorgenommen werden. Dem Willen des EU-Gesetzgebers und der ausdrücklichen Normierung in Art. 8 RLUGP muss hinreichend Rechnung getragen werden und es darf auch an dieser Stelle nicht außer Acht gelassen werden, dass der Generalklausel im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie keine

<sup>708</sup> Eine solche Subsumtion unter die Generalklausel der Lauterkeitsrichtlinie nimmt *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 920, vor. Dabei legt er allerdings einen nicht unbedenklich weiteren Ansatz der Fallgruppe zugrunde und geht davon aus, dass sämtliche Konstellationen, die in der Psyche des Verbrauchers ein Gefühl des Drucks erzeugen, unter die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs fallen; vgl. dazu auch *Köhler*, ZLR 2006, 3, 13.

pauschale lückenschließende Funktion zukommen kann<sup>709</sup>.

Aus den vom Richtliniengeber ausdrücklich normierten Regelungen der Lauterkeitsrichtlinie ergibt sich im Ergebnis keine Existenzberechtigung des Konstrukts des psychischen Kaufzwangs. Eine Renaissance dieses viel diskutierten Phänomens auf europäischer Ebene ist nicht festzustellen und dadurch bedingte restriktive Wirkungen auf den Wettbewerb in Europa können ausgeschlossen werden.

---

<sup>709</sup> Vgl. dazu bereits oben in Teil 3 unter D. III. 2. b). Bedenklich insoweit *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 921, der zahlreiche Konstellationen des psychischen Kaufzwangs pauschal unter die Generalklausel subsumieren will („Viele der Fälle fallen in den Anwendungsbereich der Generalklausel“).

## **G. Mögliche Restriktionen durch die Richtlinienregelungen zur freiwilligen Selbstkontrolle**

Nachdem die bisherigen Untersuchungen gezeigt haben, dass der europäische Gesetzgeber mit der Lauterkeitsrichtlinie letztendlich keine Restriktionen für den Wettbewerb anstrebt und dass derartige restriktive Tendenzen weder feststellbar noch zu erwarten sind, soll im Folgenden abschließend geklärt werden, ob diese Einschätzung auch in Anbetracht der Regelungen der Lauterkeitsrichtlinie zur freiwilligen Selbstkontrolle standhalten kann. Dieser im Rahmen der Lauterkeitsprüfung schwer einzuordnende Bereich der Selbstregulierung nimmt eine gewisse übergreifende Position ein und wird im Rahmen der RLUGP nur bruchstückhaft geregelt, man sollte eher nur von einer Berücksichtigung bzw. Erwähnung sprechen. Die Wirkung dieser Berücksichtigung soll abschließend erläutert werden, wobei zunächst generell der Stellenwert des Instrumentariums der Selbstregulierung in den Mitgliedstaaten erörtert wird, sodann auf die diesbezüglichen Regelungen in der Lauterkeitsrichtlinie eingegangen wird, um im Anschluss daran die Wirkung dieser Regelung und möglicherweise entstehende Restriktionen zu klären.

## **I. Der Stellenwert der freiwilligen Selbstkontrolle in den nationalen Rechtsordnungen**

Der Stellenwert und die Bedeutung freiwilliger Selbstkontrolle divergieren in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU erheblich<sup>710</sup>. Je weniger lauterkeitsrechtliche Gesetzgebung eine Rechtsordnung aufweist und je mehr sie sich bezüglich des Rechtsschutzes zurücknimmt, desto mehr lückenfüllende und ergänzende Bedeutung kommt der Selbstregulierung der Wirtschaft zu. Vor dem Hintergrund des ausführlich regulierten und extensiv angewendeten deutschen Lauterkeitsrechts mit der als Auffangtatbestand fungierenden Generalklausel erklärt sich die eher marginale Bedeutung dieses Phänomens in Deutschland<sup>711</sup>, ähnlich ist die Situation in Österreich. Die Unlauterkeit allein wegen Verstoßes gegen Verhaltenskodizes scheiterte im nationalen deutschen Recht bislang an deren fehlender Gesetzesqualität und

<sup>710</sup> Vgl. die Auflistung über die Bedeutung von Verhaltenskodizes in den Mitgliedstaaten der EU bei *Schulze/Schulte-Nölke*, Rechtsvergleichende Untersuchung des verbraucherschützenden Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten, Juni 2003, S. 19 ff.

<sup>711</sup> In diese Richtung auch *Schmid*, GRUR Int. 1998, 475, 491, der an dieser Stelle auch auf die „Benetton“-Werbung hinweist. Hier handelt es sich an sich um klassisches Anwendungsgebiet der Werbeselbstkontrolle, in Deutschland aber ist der Bereich „von Rechtsschutz besetzt“. Vgl. zur geringen Bedeutung der Selbstkontrolle in Deutschland auch *Dreyer*, WRP 2007, 1294, 1294.

Allgemeinverbindlichkeit<sup>712</sup>. Gerichte waren an Wettbewerbsrichtlinien und an Wettbewerbsregeln<sup>713</sup> kraft Satzung, Status oder Vertrag nicht gebunden, sondern entschieden frei über Gesetzeswidrigkeit und Unlauterkeit im Einzelfall<sup>714</sup>.

Im Gegensatz zu Deutschland und Österreich verfügen vor allem Großbritannien und Irland über ein ausgebildetes und ausgeprägtes System freiwilliger Selbstkontrolle und eine entsprechende Übung<sup>715</sup>. Genauso nehmen Selbstverpflichtungen etwa auch in den Niederlanden, Italien und den skandinavischen Ländern eine bedeutende Rolle für das Regelungskonzept des jeweiligen Lauterkeitsrechts ein<sup>716</sup>. Diesen bestehenden innereuropäischen Unterschieden wird die Lauterkeitsrichtlinie durch Art. 10 und Art. 11 gerecht. Hier legt der Richtliniengeber fest, dass unlautere Geschäftspraktiken auch mit Hilfe von Verhaltenskodizes eingeschränkt werden können. Die in manchen Mitgliedstaaten als Mittel zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eingesetzte Selbstkontrolle soll durch die Lauterkeitsrichtlinie also nicht verdrängt werden. Gemäß Art. 11 RLUGP steht es den Mitgliedstaaten offen, gegen unlauteres Verhalten gerichtlich oder durch ein Verwaltungsverfahren vorzugehen. Im Zuge des jeweiligen nationalen Verfahrens können gemäß Art. 11 Abs. 1 S. 3 RLUGP auch Selbstregulierungsbehörden beteiligt bzw. vorgeschaltet werden.

## II. Regelungen über Verhaltenskodizes im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie

Im Katalog des Art. 2 RLUGP wird zunächst der Begriff des Verhaltenskodexes unter lit. f) legaldefiniert als „eine Vereinbarung oder ein Vorschriftenkatalog, die bzw. der nicht durch die Rechts- und Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaates vorgeschrieben ist und das Verhalten der Gewerbetreibenden definiert, die sich in Bezug auf eine oder

<sup>712</sup> BGH, GRUR 2006, 773, 775 (Rz. 21) – „Probeabonnement“; In GRUR 1999, 748, 749 – „Steuerberaterwerbung auf Fachmessen“ stellte der BGH klar, dass Wettbewerbsregeln i.S.v. § 24 GWB (der Sache nach handelt es sich dabei um Verhaltenskodizes) nur eine begrenzte Wirkung zukommt und sie allenfalls indizielle Bedeutung für die Frage der Unlauterkeit haben können.

<sup>713</sup> Zwischen einem Verhaltenskodex i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UWG und einer kartellrechtlichen Wettbewerbsregel i.S.d. §§ 24 ff. GWB besteht insoweit kein maßgeblicher Unterschied, vgl. Nordemann in NomosHk UWG, § 5 Rn. 6.5 und auch Köhler, ZLR 2006, 3, 16.

<sup>714</sup> Piper, GRUR 1990, 643, 648.

<sup>715</sup> Zur britischen Selbstregulierung der Wirtschaft vgl. Koch, Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken, S. 62 ff.; die britische Werbeselbstkontrolle in Gegenüberstellung zur deutschen Rechtslage bei Jergolla, WRP 2003, 431 ff. Vgl. zum italienischen System der Selbstkontrolle Schmid, GRUR Int. 1998, 475, 491.

<sup>716</sup> S. dazu die Übersicht bei Schulze/Schulte-Nölke, Rechtsvergleichende Untersuchung des verbraucher-schützenden Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten, Juni 2003, S. 19 ff.; vgl. auch Hoeren, WRP 2009, 789, 793.

mehrere spezielle Geschäftspraktiken oder Wirtschaftszweige auf diesen Kodex verpflichten“. Die Lauterkeitsrichtlinie hat die Verhaltenskodizes begrifflich in das europäische Lauterkeitsrecht eingeführt und geht ausweislich ErwGr. 20 auch davon aus, dass derartige Kodizes die in einer speziellen Branche gültigen Anforderungen an die „berufliche Sorgfaltspflicht“ widerspiegeln, welche für die Unlauterkeit im Rahmen der Generalklausel (Art. 5 Abs. 2 lit. a RLUGP) relevant sind<sup>717</sup>. Die RLUGP regelt die Nichteinhaltung eines Kodexes als einen Fall der Irreführung in Art. 6 Abs. 2 lit. b RLUGP. Danach ist es unlauter, wenn der Werbende darauf hinweist, an einen bestimmten Kodex gebunden zu sein und sich gleichwohl nicht an eindeutige Verpflichtungen hält, die sich aus dem jeweiligen Kodex ergeben. Hierbei muss der Unternehmer zum einen tatsächlich an den Kodex gebunden sein, täuscht er eine entsprechende Bindung nur vor, so ist Art. 6 Abs. 2 lit. b RLUGP nicht einschlägig. Genauso wenig greift die Norm bei reinen Absichtserklärungen<sup>718</sup> und auch die Nichterfüllung unwirksamer Selbstverpflichtungen ist nicht erfasst. Es kann nämlich zum einen kein schützenswertes Interesse an der Erhaltung eines solchen unwirksamen Kodexes bestehen und zum anderen kann dem Unternehmer aus seiner Nichteinhaltung auch kein Vorwurf gemacht werden<sup>719</sup>. Daneben normiert die Lauterkeitsrichtlinie zwei Per se-Verbote irreführender Geschäftspraktiken im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes. Gemäß Nr. 1 der „black list“ ist die falsche Behauptung eines Gewerbetreibenden, zu den Unterzeichnern eines Verhaltenskodexes zu gehören, unter allen Umständen unlauter. Nr. 3 der „black list“ normiert die Per se-Unlauterkeit der Behauptung, der Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt, obgleich dies nicht der Fall ist<sup>720</sup>.

Auch wenn der Bereich der Verhaltenskodizes im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie keine

---

<sup>717</sup> Vgl. *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rn. 5.164 und *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Rn. 560, der allerdings davon ausgeht, dass selbstregulierenden Vorschriften keinesfalls mehr als eine Indizwirkung für die Ausfüllung des Begriffs der Sorgfaltspflicht zukommen kann.

<sup>718</sup> Dies geht eindeutig aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 lit. b i RLUGP („...sofern es sich nicht um eine Absichtserklärung, sondern eine eindeutige Verpflichtung handelt...“) hervor. Von der Legaldefinition des Art. 2 lit. f RLUGP sind bloße Absichtserklärungen hingegen wohl erfasst, vgl. *Dreyer*, WRP 2007, 1294, 1297.

<sup>719</sup> *Dreyer* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 5 H Rn. 6.

<sup>720</sup> In den skandinavischen Ländern sind öffentliche, aber auch private Stellen oftmals mit der Erarbeitung und dem Vollzug bestimmter Verhaltenskodizes befasst. In diesen Ländern nimmt gerade die Billigung von Verhaltenskodizes eine besondere Rolle im Rahmen des Verbraucherschutzes ein. Die Regelung soll verhindern, dass beim Verbraucher der Eindruck entsteht, ein Verhaltenskodex sei von einer unabhängigen Stelle für gut befunden worden und daher besonders wertvoll, obgleich dies nicht der Fall ist. Vgl. näher dazu *Dreyer*, WRP 2007, 1294, 1300.

geschlossene Regelung erfährt<sup>721</sup>, werden gleichwohl Grundzüge über die Rolle und Funktion der freiwilligen Selbstkontrolle im System des europäischen Lauterkeitsrechts dargelegt<sup>722</sup>.

### III. Wirkung der Richtlinienregelungen zu Verhaltenskodizes auf den Wettbewerb

Bei der Untersuchung der Wirkung dieser Kodexregelungen auf den Wettbewerb ist eingangs festzustellen, dass der Bereich der Selbstregulierung einen gänzlich anderen Ansatz verfolgt als gesetzliche Normierungen.

#### 1. Selbstregulierung im Gegensatz zu gesetzlicher Regulierung

Dem System der Selbstverpflichtung wohnt nicht einschränkende gesetzliche Regulierung, sondern vielmehr der von Liberalisierung geprägte Gedanke der Deregulierung inne. Eine entschiedene Durchsetzung von Verpflichtungen im Wege der Selbstregulierung ist dabei überzeugendes Argument für einen weitgehenden Verzicht auf Rechtsetzung<sup>723</sup>. Vor allem in Branchen, in denen das Verbrauchervertrauen von besonderer Bedeutung ist, kann Konsumentenschutz im Wege der Selbstregulierung einfach und schnell erreicht werden. Ein weiterer Vorteil des Systems freiwilliger Selbstkontrolle gegenüber gesetzlicher Normierung liegt darin, dass schnell, kostengünstig, sachkundig und einheitlich gegen die „schwarzen Schafe“ einer Branche vorgegangen werden kann<sup>724</sup>. Dies gilt auch dann, wenn die Schwelle zu einem gesetzlichen Verbot noch nicht überschritten wurde. Die Inanspruchnahme von Verwaltungsbehörden oder Gerichten kann durch das Instrumentarium der freiwilligen Selbstkontrolle vermieden werden, es kommt insoweit zu einer Entlastung. Auch die Lauterkeitsrichtlinie erkennt die grundsätzlichen Vorteile der Selbstkontrolle, sieht die Vorgehensweise als zweckmäßig an und plädiert für eine Förderung derselben<sup>725</sup>. Nicht zuletzt kann über das Instrument der Selbstregulierung auch der Gefahr eines aus dem Informationsparadigma (v.a. Art. 7 RLUGP) resultierenden „information overload“ entgegengewirkt werden. Eine solche Informationsüberflutung

<sup>721</sup> Kritikwürdig ist u.a., dass die RLUGP keine Regelung über das im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes einzuhaltende Verfahren enthält, vgl. *Micklitz* in MünchKommUWG, Band 1, EG E Rn. 200. Wenig hilfreich definiert die RLUGP lediglich den „Urheber eines Kodex“ in Art. 2 lit. g.

<sup>722</sup> Vgl. *Micklitz* in MünchKommUWG, Band 1, EG E Rn. 208.

<sup>723</sup> Vgl. Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union, KOM (2001) 531 endg., S. 17.

<sup>724</sup> Ausführlich zu den Vorteilen der freiwilligen Selbstkontrolle ggü. gesetzlichen Normierungen – mit speziellem Bezug auf die Werbeselbstkontrolle – vgl. *Lehmann*, GRUR Int. 2006, 123, 124.

<sup>725</sup> Vgl. ErwGr. 20 RLUGP.

kann durch einheitliche, übergreifend geltende und abrufbare Verhaltenskodizes zumindest eingedämmt werden<sup>726</sup>.

## 2. Reiner Irreführungsschutz durch die Lauterkeitsrichtlinie

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber, dass die Lauterkeitsrichtlinie weder die Zulässigkeit von Verhaltenskodizes reguliert<sup>727</sup>, noch generell den Verstoß gegen einen solchen Kodex sanktioniert. Es wird lediglich eine resultierende Irreführung gesetzlich geregelt. Die RLUGP behandelt Verhaltenskodizes – entsprechend ihres Zwecks, Art. 1 RLUGP – ausschließlich unter dem Gesichtspunkt einer Irreführung des Verbrauchers, also ausschließlich aus Verbraucherschutzperspektive, nicht hingegen aus der Perspektive der Unternehmenskontrolle. Ursprünglich verfolgte die GD Sanco hier zwar einen weitergehenden Ansatz, nach dem die Nichteinhaltung von Verhaltenskodizes automatisch als Verstoß gegen die Generalklausel angesehen werden sollte<sup>728</sup>. Außerdem wurde angedacht, gemeinschaftsweit gültige Kodizes einzuführen, die nach Billigung durch entsprechende Behörden die Vermutung der Richtlinienkonformität in sich bergen sollten und somit einen „sicheren Hafen“<sup>729</sup> für denjenigen Gewerbetreibenden darstellen sollten, der sich an den entsprechenden Verhaltenskodex hält. Dieser Ansatz und der damit verbundene hohe Stellenwert der Verhaltenskodizes sah sich jedoch Kritik ausgesetzt<sup>730</sup>, konnte sich nicht durchsetzen und wurde erheblich eingeschränkt<sup>731</sup>. Nach der schließlich verabschiedeten Fassung der Lauterkeitsrichtlinie sind nur die oben unter G. II. bereits erwähnten drei Fälle erfasst. Zum einen ist das Nicht-Einhalten eines Kodexes, auf den sich der Unternehmer verpflichtet hat, unlauter, wenn der Verbraucher im Rahmen der Geschäftspraktik auf die Bindung hingewiesen wurde (Art. 6 Abs. 2 lit. b ii RLUGP) und wenn zusätzlich lauterkeitsrechtliche Relevanz vorliegt<sup>732</sup>. Die Geschäftspraktik muss den

<sup>726</sup> In diese Richtung auch *Peifer*, WRP 2008, 556, 563.

<sup>727</sup> Ob Verhaltenskodizes, die den Wettbewerb regeln, zulässig sind, ist vor allem eine national- oder EU-kartellrechtliche Frage. Die besondere kartellrechtliche Problematik im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes, die ein an sich zulässiges Verhalten verbieten und damit eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung darstellen, lässt die RLUGP aber gänzlich unregelt und begibt sich damit zumindest nicht in einen offenen Konflikt mit dem Kartellrecht, vgl. *Bornkamm* in Köhler/Bornkamm, UWG, § 5 Rn. 5.165.

<sup>728</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission, Folgemaßnahmen zum Grünbuch über Verbraucherschutz in der EU (KOM 2002 (289) endg.), S 12. f.; vgl. auch *Keßler/Micklitz*, BB 2003, 2073, 2078 und *Apostolopoulos*, WRP 2004, 841, 852.

<sup>729</sup> So bezeichnet von *Büllesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I, S. 41.

<sup>730</sup> Kritisch etwa *Beater*, ZEuP 2003, 11, 50, der Selbstregulierungen als unvollkommene Systeme ohne Gewähr für inhaltliche Ausgewogenheit ansieht und nicht ausreichenden Verbraucherschutz der erlassenen Regeln befürchtet. Selbstregulierungen solle jedenfalls nur ergänzende Funktion zukommen; vgl. auch *ders.*, Unlauterer Wettbewerb, § 1 Rn. 33.

<sup>731</sup> „Die verbleibenden Bestimmungen der Richtlinie, die sich mit Verhaltenskodizes befassen, sind nur noch ein Torso.“ so *Micklitz* in MünchKommUWG, Band 1, EG E Rn. 196.

<sup>732</sup> Vgl. zum Erfordernis lauterkeitsrechtlicher Relevanz *Dreyer*, WRP 2007, 1294, 1301.

Verbraucher also zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte, respektive muss die Geschäftspraktik zumindest zu einer solchen Veranlassung geeignet sein. Zum anderen regelt die Lauterkeitsrichtlinie zwei diesbezügliche Irreführungstatbestände in der „black list“ (Nr. 1 und Nr. 3 Anhang 1 RLUGP). Als *Per se*-Verbote bestehen diese unabhängig von jeglicher lauterkeitsrechtlicher Relevanz. Der in der RLUGP vorgesehene Irreführungsschutz im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes ist begrüßenswert und auch geboten, da auf diese Weise „Trittbrettfahrer“ lauterkeitsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Wer die freiwillige Selbstkontrolle ausnutzt, um die Marktgegenseite irrezuführen und in falscher Sicherheit zu wägen, der schadet nicht nur den Verbrauchern, sondern auch dem Gesamtsystem freiwilliger Selbstkontrolle sowie in letzter Konsequenz dem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes. Um dies zu verhindern, sieht die Lauterkeitsrichtlinie an dieser Stelle einen Sanktionsapparat vor.

### **3. Erforderliche Berücksichtigung des neuen normativen Rahmens durch die Unternehmer**

Der Richtliniengeber sah es offenbar als angemessen an, den Bereich der Verhaltenskodizes in der Lauterkeitsrichtlinie wenigstens teilweise und wenigstens unter dem Gesichtspunkt der Irreführung zu regeln. So konnte man nationale Besonderheiten berücksichtigen und auch denjenigen Mitgliedstaaten gerecht werden, für deren lauterkeitsrechtliches System der Bereich der Selbstregulierung traditionell von großer Bedeutung ist. In unmittelbarer Folge daraus müssen sich aber die Unternehmer derjenigen Mitgliedstaaten, in deren Rechtsordnungen der Bereich der Verhaltenskodizes nur eine geringe Bedeutung einnimmt, auf die neue richtlinienbedingte Rechtslage einstellen und Vorkehrungen treffen, um sich nicht dem Vorwurf der Irreführung ausgesetzt zu sehen. Selbstverpflichtungen gehören seit der Lauterkeitsrichtlinie zum erweiterten und für die Unternehmen relevanten normativen Rahmen. Vor allem bei großen Unternehmen wird der Irreführungsschutz der RLUGP im Bereich der Selbstverpflichtungen eine besondere Herausforderung für die jeweiligen Marketing- und Vertriebsabteilungen darstellen. In der Regel fällt es nämlich in deren Aufgabenbereich, den Bestand der übernommenen Verhaltenskodizes zu ermitteln und zu dokumentieren. Werbeauftritte, Geschäftsberichte und andere Veröffentlichungen müssen daraufhin untersucht werden und auch etwa von Verbänden kollektiv veröffentlichte und für das einzelne Unternehmen als Verbandsmitglied ebenso verbindliche Kodizes müssen beachtet werden. Problematisch ist

in diesem Zusammenhang die faktische Rückwirkung der neuen Vorschriften. Da es irrelevant ist, wann sich das Unternehmen verpflichtet hat, müssen auch zeitlich (weit) zurückliegende Verpflichtungen beachtet und vielleicht sogar erst ermittelt werden. Unternehmensintern sind demnach vor allem in der Vergangenheit liegende Selbstverpflichtungen zu recherchieren und zu dokumentieren. Im Wege eines Gesamtüberblicks über bestehende Verhaltenskodizes, auf die man verpflichtet ist, kann sich das jeweilige Unternehmen vor Sanktionen bewahren und es kann vermieden werden, dass die Neuregelung zu einem Einfallstor für unter Umständen missbräuchliche Abmahnwellen wird<sup>733</sup>.

#### **IV. Zusammenfassung – Restriktionen durch die Regelungen im Bereich der Verhaltenskodizes?**

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Irreführungsregelungen im Zusammenhang mit Selbstverpflichtungen in Art. 6 Abs. 2 lit. b und Nr. 1 und Nr. 3 Anhang 1 RLUGP oftmals – vor allem in Deutschland und anderen Mitgliedstaaten, in deren Rechtsordnung der Bereich der Verhaltenskodizes nur eine untergeordnete Rolle spielt – Handlungs- und Prüfungsbedarf der Unternehmen verursachen. Ähnlich wie im Bereich der Informationspflichten (v.a. Art. 7 RLUGP) wird sich der unternehmensinterne Verwaltungsaufwand erhöhen. Wer im Wettbewerb mit einer freiwilligen Verpflichtung unmittelbar oder auch nur mittelbar wirbt, der muss sich zugleich an diese Verpflichtung halten. Etwas lapidar könnte man zusammenfassen „Seriosität hat ihren Preis“<sup>734</sup>. Anderenfalls besteht Irreführungsgefahr zum Nachteil des Verbrauchers und damit die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung, welche in nächster Konsequenz Nachteile für alle Marktbeteiligten mit sich bringt. Die in der Lauterkeitsrichtlinie vorgesehenen Regelungen stellen reinen Irreführungsschutz dar, eine umfassende Regelung des Bereichs der Selbstverpflichtung erfährt das europäische Lauterkeitsrecht indes nicht. Nach dem Willen (und der Hoffnung) des europäischen Gesetzgebers sind die Regelungen in der Lauterkeitsrichtlinie dabei wohl nur als Etappenziel und als Grundstein für eine weitere

<sup>733</sup> Vgl. *Kopp/Klostermann*, CCZ 2009, 155, 158, die auch vor diesem Effekt warnen („Um neue Abmahnwellen, die von unseriösen Verbänden oder Anwälten initiiert werden, zu vermeiden, ist zu prüfen, ob die neue Rechtslage in die Compliance-Praxis des eigenen Unternehmens umgesetzt wurde.“).

<sup>734</sup> In den deutschen Wirtschaftskreisen ist die entsprechende Botschaft offensichtlich noch nicht angekommen. Auch in der Literatur zum neuen UWG wird über den Begriff der Verhaltenskodizes kaum diskutiert, vgl. *Hoeren*, WRP 2009, 789, 794.

Europäisierung und Aufwertung der Selbstregulierung zu werten<sup>735</sup>.

Aus deutscher Sicht führte zwar bereits die Umsetzung der RLUGP-Vorgaben zu erheblichem Regelungsbedarf, da das UWG eine ausdrückliche Irreführungsregelung im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes vor der Richtlinienumsetzung nicht gekannt hatte<sup>736</sup>. Diese deutsche Perspektive, die den Eindruck einer neuen restriktiv wirkenden lauterkeitsrechtlichen Regulierung nahe legen könnte, darf aber keinen Rückschluss auf die europäische Entwicklung zulassen. Vielmehr sind die wirtschaftlichen Vorteile des Instruments der Selbstregulierung zu würdigen. Ziel und Chance der Verhaltenskodizes ist die schnelle und flexible Anpassungsfähigkeit an wirtschaftliche, soziale und technische Entwicklungen unter gleichzeitiger Nutzung der praktischen Erfahrung der handelnden Akteure. Selbstregulierung kann als Alternative zu einschränkenden Gesetzen und Auflagen und somit zur Verhinderung unnötiger Belastungen für die Wirtschaft dienen<sup>737</sup>. Hinter dem Gedanken der Verhaltenskodizes steckt im Endeffekt die Idee der Liberalisierung, man folgt der Devise „mehr Selbstregulierung, weniger einschränkende gesetzliche Regulierung“. Der Verbraucher ist zwar auch in diesem Rahmen vor Irreführung und der Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen, übergreifendes Ziel der Selbstverpflichtung ist aber die aktive Inanspruchnahme des Instruments der Selbstregulierung, welches Deregulierung und Liberalisierung anstrebt und gerade keine Restriktionen für den Wettbewerb herbeiführt. Die wenn auch nicht umfassenden Regelungen zu den Verhaltenskodizes in der Lauterkeitsrichtlinie sollen den Stellenwert derselben stärken und die Pläne und Hoffnungen der EU dahingehend demonstrieren, dass es diesen alternativen und von Liberalisierung geprägten Regelungsmechanismus als Element „besserer Rechtsetzung“ auszubauen gilt<sup>738</sup>.

<sup>735</sup> In diese Richtung der Richtlinienvorschlag, KOM (2003) 356 endg., S. 6 f. (Rz. 24) und auch schon der Aktionsplan „Vereinfachung und Verbesserung des Regelungsumfelds“ KOM (2001) 726 endg. Darin betonte die Kommission, dass Alternativen zur Rechtssetzung wie Koregulierung, Selbstregulierung und freiwillige Vereinbarungen auf sektoraler Ebene verstärkt genutzt werden sollten. „Die Selbstregulierung (kann) unter klar vorgegebenen Bedingungen ebenfalls die Erreichung der Ziele des Vertrages ermöglichen und eine übermäßige Reglementierung verhindern“, so die Kommission a.a.O., S. 10. Erneut aufgegriffen wurde das Thema in der Mitteilung „Umsetzung des Lissabon-Programms der Gemeinschaft: Eine Strategie zur Vereinfachung der ordnungspolitischen Umfelds“, KOM (2005) 535 endg., S. 8.

<sup>736</sup> Der deutsche Gesetzgeber musste mit § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 UWG und den Per se-Verboten Nr. 1 und Nr. 3 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG insoweit Neuland betreten, vgl. *Dreyer* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 5 H Rn. 1.

<sup>737</sup> Vgl. zu den Vorteilen und Möglichkeiten der Selbstregulierung: EBZ, BDI-Drucks. Nr. 379, Januar 2006, *Bessere Rechtsetzung in der EU: Ko- und Selbstregulierung als alternative Regelungsmechanismen*, S. 9.

<sup>738</sup> Vgl. die tabellarische Auflistung zahlreichen Initiativen der Europäischen Union zur „Besseren Rechtsetzung“ bei EBZ, BDI-Drucks. Nr. 379, Januar 2006, *Bessere Rechtsetzung in der EU: Ko- und Selbstregulierung als alternative Regelungsmechanismen*, Anhang 1.

## *Schlussbetrachtung*

Abschließend werden zunächst die ermittelten Ergebnisse kurz unter thesenartigen Überschriften zusammengefasst. Im Anschluss daran erfolgt eine Einschätzung der zukünftigen Entwicklungen und schließlich wird die Ausgangsfrage nach Restriktionen für den Wettbewerb aufgrund europäischen Lauterkeitsrechts einer endgültigen Antwort zugeführt.

### **A. Zusammenfassung der Ergebnisse**

#### **I. Europäisches Lauterkeitsrecht als Teilgebiet des Europarechts**

Der erste Teil der Untersuchungen hat gezeigt, dass sich der von Primärrecht, Sekundärrecht und von der Rechtsprechung des EuGH geprägte Bereich des europäischen Lauterkeitsrechts inzwischen als Teilgebiet des Europarechts positioniert hat. Auch wenn noch keine vollständige und abschließende Regelung auf europäischer Ebene ausgemacht werden kann und die lauterkeitsrechtliche Harmonisierung noch nicht so weit fortgeschritten ist wie etwa im Bereich des europäischen Marken- und Geschmacksmusterrechts oder auch des Patent- und Urheberrechts<sup>739</sup>, so wurde die EU-weite Vereinheitlichung der Regelungen gegen den unlauteren Wettbewerb doch vor allem durch die RL 2005/29/EG erheblich vorangetrieben. Im Zuge dieses bisher größten Schrittes zur lauterkeitsrechtlichen Angleichung wurden Grad und Qualität der Vereinheitlichung deutlich gesteigert, verglichen zu den bisherigen Angleichungsbemühungen erfolgte die Harmonisierung auf weit intensiverem Niveau. Zumindest im Anwendungsbereich der Richtlinie entstand so ein (einheitlicher) europäischer Rechtsrahmen<sup>740</sup>.

<sup>739</sup> Die Angleichung des Marken- und Geschmacksmusterrechts innerhalb der Gemeinschaft ist mittlerweile weitgehend gelungen und auch wesentliche Bereiche des Urheber- und Patentrechts wurden harmonisiert, vgl. *Ohly* in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf C Rn. 4.

<sup>740</sup> Vor allem die kritikwürdige Beschränkung des Anwendungsbereichs der RLUGP auf den B2C-Bereich relativiert die Angleichung zwar, der Richtliniengeber behält sich aber weitergehende Maßnahmen vor, vgl. ErwGr. 8 RLUGP.

## **II. Regulierungen der RLUGP führen nicht pauschal zu Restriktionen für den Wettbewerb**

Um diesen Rahmen zu schaffen, bedurfte es der Festlegung klarer und (hinsichtlich ihrer Ziele) verbindlicher Vorgaben durch den Richtliniengeber. Nur aus einheitlichen Regeln kann ein einheitlicher Rahmen resultieren. Regulierungen stellen insoweit das denknotwendige Medium sekundärrechtlicher Angleichung dar. Aus den getroffenen teils intensiven Regulierungen<sup>741</sup> der Lauterkeitsrichtlinie kann für sich genommen aber noch keinerlei Aussage bezüglich der Entwicklung des europäischen Lauterkeitsrechts getroffen werden. Ein Rückschluss auf eine restriktivere Linie und ein Ende oder zumindest ein Innehalten der bisher zu beobachtenden Liberalisierungsentwicklungen – die im zweiten Teil der Ausführungen in der gebotenen Kürze dargestellt wurden – kann daraus nicht gefolgert werden. So genügt zur Europäisierung eines rechtlichen Bereichs nicht lediglich die Nivellierung der bestehenden nationalen Vorschriften etwa im Wege des so genannten „race to the bottom“, sondern es bedarf vielmehr eigener und für alle Mitgliedstaaten verbindlicher Regelungen auf europäischer Ebene. Zu Beginn des dritten Teils der Untersuchungen konnte festgestellt werden, dass aus den zur Harmonisierung erforderlichen und im Zuge der Lauterkeitsrichtlinie vorgenommenen Regulierungen keinesfalls pauschal auf Restriktionen für den Wettbewerb geschlossen werden kann.

## **III. Erfordernis des Verbraucherschutzes und der Verbraucherinformiertheit für das Funktionieren des Binnenmarktes**

Telos der RLUGP ist der lauterkeitsrechtliche Verbraucherschutz im B2C-Geschäftsverkehr<sup>742</sup>. Das Verbraucherschutzparadigma prägt die Richtlinie und diese zentrale Schutzrichtung geht deutlich aus der Zweckbestimmung des Art. 1 RLUGP hervor. Um unverfälschten und freien Wettbewerb zu gewährleisten, ist ein solcher einheitlicher Schutz der Marktgegenseite unverzichtbar. Nur der ungetäuschte und frei entscheidende Verbraucher kann seiner Lenkungs- und Leitungsfunktion am Markt ordnungsgemäß gerecht werden und so zum reibungslosen Funktionieren des Wettbewerbs beitragen. Es konnte festgestellt werden, dass dem im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie

---

<sup>741</sup> Das deutlichste Beispiel für intensive Regulierung durch die RLUGP stellt die „black list“ des Anhangs 1 RLUGP dar, der aufgrund ihrer Verbindlichkeit durchaus Verordnungsscharakter zugesprochen werden kann.

<sup>742</sup> Vgl. auch Fezer in Fezer, UWG, Band 1, Einleitung E Rn. 170.

angestrebten Verbraucherschutz in erster Linie kein sozialpolitisches, sondern ein ökonomisches und binnenmarktorientiertes Motiv zugrunde liegt. Konsumentenschutz wird nicht der Wettbewerbsfreiheit übergeordnet, sondern dient dem Wettbewerb und dem Binnenmarkt. Dabei sieht der europäische Gesetzgeber nur den Durchschnittsverbraucher nach dem europäischen Verbraucherleitbild als schützenswert an. Flüchtigkeit, Unaufmerksamkeit oder Trägheit werden nicht berücksichtigt und ein unangebrachter und wettbewerbsfeindlicher Überschutzz kann so ausgeschlossen werden.

Neben dem Verbraucherschutzparadigma – oder eher damit zusammenhängend – wird in der Lauterkeitsrichtlinie das Informationsparadigma oder auch das „Informationsmodell des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes“ verfolgt<sup>743</sup>. Der einzelne Konsument muss in seiner gewünschten Rolle als aktiver Binnenmarktverbraucher in der Lage sein, eine autonome und informierte Entscheidung zu treffen. Die Verbraucherautonomie ist zu stärken, ohne dabei das Konsumentenverhalten zu gängeln oder zu leiten. Welche Motive den Verbraucher im Einzelfall zum Kaufentschluss bewegen, ist unbedeutend, von Relevanz ist einzig, dass der Verbraucher bei seiner Entscheidung autonom handeln kann und dass ihm die erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt werden. Wie deutlich aus Art. 7 RLUGP und auch aus dem in der RLUGP immer wiederkehrenden Erfordernis der „informierten Verbraucherentscheidung“ hervorgeht, setzt die Lauterkeitsrichtlinie hier einen Fokus. Dem mündigen Verbraucher wird kritische Entscheidungsfähigkeit auferlegt, welche er aber nur dann an den Tag legen kann, wenn ihm die dazu notwendigen Informationen durch die Unternehmen zur Verfügung gestellt werden. Der Ansatz der unternehmerischen Informationspflichten bzw. der Informationsrechte der Verbraucher entspricht insoweit dem europäischen Leitbild des informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers.

Auch wenn den europäischen Unternehmen durch die geltenden Transparenzanforderungen durchaus erhebliche Informationspflichten auferlegt werden, verdeutlicht das Informationsparadigma gleichwohl die fortwährende Tendenz des europäischen Lauterkeitsrechts hin zu Deregulierung und Liberalisierung. So entschied sich der Richtliniengeber gegen starre Verbote und stattdessen (nur) für sanktionierte Informationspflichten. Für den Wettbewerb und auch für die Unternehmenseite stellt diese Vorgehensweise das mildere Mittel dar. Im Ergebnis sind der Schutz der wirtschaftlichen

<sup>743</sup> So wird dieser Politikansatz bezeichnet von *Fezer* in *Fezer*, UWG, Band 1, Einleitung E Rn. 150.

Interessen der Verbraucher, die Gewährleistung der Verbraucherautonomie und der freien und informierten Verbraucherentscheidung erforderlich, um einen adäquaten Gegenpol zu den unternehmerfreundlichen EU-Grundfreiheiten und Marktfreiheiten zu schaffen und das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten. Aus den diesbezüglichen Regelungen durch den EU-Gesetzgeber können aber keine Restriktionen für den europäischen Wettbewerb abgeleitet werden.

#### **IV. EU-weite Analysierung des Lauterkeitsrechts auf einem Mindestschutzniveau – keine Restriktionen durch die „black list“**

Bei der Festlegung erforderlicher Verbraucherschutznormierungen verfolgt die Lauterkeitsrichtlinie die Tendenz, ein Mindestniveau an Verbraucherschutz zu gewährleisten und gleichzeitig den Unternehmen am Markt genügend Gestaltungsfreiheit zu belassen. Die erste Prüfungsstufe der Lauterkeitsrichtlinie, die „schwarze Liste“ des Anhangs 1 RLUGP, soll mit ihrer Auflistung von 31 Per se-Verboten dieses Mindestschutzniveau schaffen. Die Marktbeteiligten können sich darauf verlassen, dass zumindest die dort aufgelisteten Geschäftspraktiken unter allen Umständen verboten sind.

Je nach Blickwinkel, also je nationalem Lauterkeitsrecht, stellt diese „schwarze Liste“ einen hohen oder eher niedrigen Standard dar. Sicherlich wohnt den regelungsintensiven Verbotstatbeständen keine unmittelbar liberalisierende Wirkung inne. Den 31 eng auszulegenden Ausnahmenvorschriften kann aber im Endeffekt genauso wenig eine restriktive Wirkung für den Wettbewerb entnommen werden. Zum einen nämlich muss auch im Rahmen des Anhangs 1 RLUGP das Verhältnismäßigkeitsprinzip als allgemeiner europäischer Grundsatz beachtet werden. Stellt sich ein Per se-Verbot im Einzelfall als unangemessen dar, so können Sanktionen an diesem Prinzip scheitern. Zum anderen ist zu bedenken, dass es sich bei den Tatbeständen der „black list“ um eng auszulegende Ausnahmenvorschriften handelt, mit denen der Gesetzgeber nur ein Mindestniveau an Verbraucherschutz sicherstellen und gleichzeitig die Gestaltungsfreiheit auf dem Wettbewerb weitestgehend bewahren wollte. Eine im Endeffekt restriktive Tendenz durch das teilweise kritikwürdige und vielleicht etwas gewöhnungsbedürftige Novum der „black list“ ist im Ergebnis nicht gewollt und konnte im Zuge der Untersuchungen auch nicht festgestellt werden.

## **V. Generalklausel als erforderlicher flexibler lauterkeitsrechtlicher Auffangtatbestand**

Entsprechend dem deutschen und österreichischen Recht<sup>744</sup>, enthält auch das europäische Lauterkeitsrechts seit der RLUGP eine Generalklausel. Die Einführung eines solchen generellen Verbots ist zu begrüßen und bringt die auf dem permanenter Entwicklung unterliegenden Wettbewerb erforderliche Flexibilität und Anpassungsfähigkeit des Lauterkeitsrechts mit sich. Gleichwohl zeigten die Untersuchungen, dass der Anwendungsbereich dieser RLUGP-Generalklausel in der Praxis nur gering sein wird bzw. nur gering sein darf. Eine weite Auslegung und eine bedenkenlose und unbegrenzte Heranziehung des generellen Verbots neben den Spezialtatbeständen sind an dieser Stelle zu unterlassen, da ein solches Vorgehen die klare gesetzgeberische Entscheidung der in den Art. 6 bis 9 RLUGP detailliert geregelten irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken zuwiderliefe und ignorierte. Der Generalklausel des Art. 5 RLUGP ist ein enges Verständnis zugrunde zu legen, sie ist als „Auffangnetz“ und als Evidenz- und Extremkontrolle zu interpretieren. Auch neuartige Verhaltensweisen am Markt, die der Richtlinienggeber im Rahmen der irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken noch nicht berücksichtigt hatte, können von Art. 5 RLUGP erfasst werden. Keinesfalls aber darf die Generalklausel als pauschale und wettbewerbsfeindliche „Wunderwaffe“ herangezogen werden.

## **VI. Die Berücksichtigung schutzbedürftiger Verbrauchergruppen – Binnenmarktorientiertheit, nicht sozialpolitische Intention**

Bezüglich der Berücksichtigung besonders schutzbedürftiger Verbrauchergruppen im Rahmen der Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 3 RLUGP und der besonderen Schutzvorschrift für Kinder (Nr. 28 Anhang 1 RLUGP) konnte festgestellt werden, dass der Richtlinienggeber auch an dieser Stelle wettbewerbsorientiert vorgeht und nicht – oder zumindest nicht in erster Linie – sozialpolitische Ziele verfolgt. Wer aufgrund eines spezifischen persönlichen Defizits schneller und leichter beeinflussbar ist als der Durchschnittsverbraucher, dem muss auch höherer Schutz eingeräumt werden. Eine spezifische Berücksichtigung schutzwürdiger Verbraucher ist in diesem Zusammenhang notwendig für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes; der Wettbewerb kann nur auf diese Weise vor Verfälschungen geschützt werden. Der entsprechende Schutz

<sup>744</sup> Vgl. dazu nur *Ohly* in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, Einf B Rn. 48.

im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie ist also nicht als eine den Wettbewerb beschränkende Normierung anzusehen, sondern als eine dem fairen und funktionsfähigen Wettbewerb förderliche und den am Wettbewerb Beteiligten zugute kommende Vorschrift. Nach teleologischer und grammatischer Auslegung und in Anbetracht des geltenden und gefestigten europäischen Verbraucherleitbildes ist der Ausnahmenvorschrift des Art. 5 Abs. 3 RLUGP und auch dem Per se-Verbot der Nr. 28 Anhang 1 RLUGP grundsätzlich ein restriktives Verständnis zugrunde zu legen. Im Ergebnis konnten aus der zwar erforderlichen, aber gleichzeitig eng auszulegenden Berücksichtigung schutzwürdiger Verbrauchergruppen im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie keine Restriktionen für den Wettbewerb abgeleitet werden.

## **VII. Keine Renaissance des psychischen Kaufzwangs auf europäischer Ebene**

Die Auffassung *Anja Steinbecks*, die Lauterkeitsrichtlinie manifestiere das Phänomen des psychischen Kaufzwangs auf europäischer Ebene<sup>745</sup>, wurde intensiv untersucht und hinterfragt. Eine solche Berücksichtigung dieses Phänomens, welches im nationalen deutschen Recht schon seit Jahren kritisiert und als im modernen Wettbewerb veraltet und überholt und mit dem Leitbild des Durchschnittsverbrauchers nicht mehr vereinbar angesehen wird, wäre in jedem Fall ein Zeichen für eine restriktivere Linie auf europäischer Ebene und würde der ansonsten festzustellenden liberalen Tendenz des europäischen Gesetzgebers nicht entsprechen.

An dieser Stelle ist vor allem der in Art. 8 RLUGP geregelte Bereich der „aggressiven Geschäftspraktiken“ heranzuziehen. Innerhalb dieser Norm ist zu prüfen, ob im Rahmen der jeweiligen Geschäftspraktik eine Belästigung, Nötigung oder (sonstige) unzulässige Beeinflussung vorliegt. Die Untersuchungen zeigten, dass belästigende Geschäftspraktiken ihres aufdringlichen Gehalts wegen verboten werden und der Schutz der Privatsphäre des Verbrauchers hier im Vordergrund steht, wenn denn zusätzlich die geschäftliche Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers beeinträchtigt wird. Es geht indes nicht um die Konstellation des psychischen Kaufzwangs, in der der Verbraucher durch solidarischen oder moralischen Appell zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst und überredet wurde, die er eigentlich gar nicht treffen wollte. Gleiches gilt auch für die evident belästigenden und bedrängenden Per se-Verbote der Nr. 25, 26 und 29 Anhang 1 RLUGP.

---

<sup>745</sup> *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 870.

Auch diese unter allen Umständen – also an sich unabhängig von einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers – verbotenen Tatbestände bezwecken in erster Linie den Schutz der Privatsphäre der Konsumenten. Das Phänomen des psychischen Kaufzwangs wird genauso wenig von dem unter strafrechtlichem Aspekt zu betrachtenden und eng auszulegenden Tatbestand der Nötigung erfasst. Der Einsatz von Drohungen oder gar Gewalt schreckt den Verbraucher ab und stellt ein gänzlich ungeeignetes Mittel dar, an Moral, Dankbarkeit und Solidarität zu appellieren. Nach der hier vertretenen Ansicht gilt selbiges auch für den Bereich der „unzulässigen Beeinflussung“, der im Rahmen des Art. 8 RLUGP als Auffangtatbestand fungiert und in Art. 2 lit. j als die „Ausnutzung einer Machtposition gegenüber dem Verbraucher“ definiert wird. Selbst wenn aus der Richtliniendefinition hervorgeht, dass auch das Ausnutzen einer nur psychischen Machtposition eine unzulässige Beeinflussung i.S.d. Art. 8 RLUGP darzustellen vermag, kann daraus gleichwohl nicht die Existenzberechtigung der Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs gefolgert werden. Es darf an dieser Stelle nicht das Regel-Ausnahme-Verhältnis verdreht werden. Zwar wohnt der typischen Konstellation des psychischen Kaufzwangs stets eine gewisse psychische Machtposition des Unternehmers inne, aber nicht jede derartige Machtposition stellt psychischen Kaufzwang dar. Es darf hier nicht aus dem Allgemeinen die Existenzberechtigung für das Spezielle abgeleitet werden.

Bei der Untersuchung der Begründungserwägungen der Lauterkeitsrichtlinie und auch aus der einst geplanten Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt konnte im Ergebnis der Wille des Gesetzgebers ermittelt werden, dass die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs – also der an sich gar nicht gewollte Anstandskauf des Verbrauchers rein aus solidarisch-moralischen Beweggründen – gerade nicht von der Lauterkeitsrichtlinie erfasst sein soll. Auch aus den eng auszulegenden Per se-Verboten der Nr. 7, Nr. 28 und Nr. 30 Anhang 1 RLUGP konnte im Ergebnis kein anderer Schluss gezogen werden. Wenn auch die psychische Beeinflussung der Verbraucher im Rahmen dieser Tatbestände eine Rolle spielt, kann gleichwohl nicht jeder unlautere Appell an sie Psyche schematisch unter das Phänomen des psychischen Kaufzwangs subsumiert werden.

Insgesamt konnte ermittelt werden, dass für die Fallgruppe des psychischen Kaufzwangs im Rahmen der Lauterkeitsrichtlinie kein Raum bleibt. Unter Geltung des europäischen Verbraucherleitbildes ist diese Fallgruppe nicht zeitgemäß und führt zu einem unangebrachten Überschutzes des Verbrauchers. Eine „Renaissance“ des psychischen Kaufzwangs auf europäischer Ebene konnte insoweit nicht festgestellt werden.

### **VIII. Liberalisierende Tendenz durch Selbstverpflichtung und Verhaltenskodizes**

Dass die Lauterkeitsrichtlinie den Bereich der Selbstverpflichtung und Verhaltenskodizes nun in das europäische Lauterkeitsrecht – zumindest bruchstückhaft – integriert hat, ist im Ergebnis als weiterer Schritt in Richtung Liberalisierung zu werten. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber, dass auf europäischer Ebene weder die Zulässigkeit von Verhaltenskodizes noch der Verstoß gegen selbige normiert werden. Lediglich eine damit einhergehende Irreführung der Verbraucher wird in Art. 6 Abs. 2 lit. b und Nr. 1 und 3 Anhang 1 RLUGP gesetzlich geregelt. Die Lauterkeitsrichtlinie liefert im Zusammenhang mit Verhaltenskodizes also reinen Irreführungsschutz. Trittbrettfahrern, die das Selbstverpflichtungssystem und das dahingehende Verbrauchervertrauen ausnutzen wollen, soll so Einhalt geboten werden, da es anderenfalls zu Verbrauchertäuschung und damit zu Wettbewerbsverfälschung käme. Auch wenn die entsprechenden Regelungen der Lauterkeitsrichtlinie für die Unternehmen in Europa teils nicht unerheblichen Handlungs- und Prüfungsaufwand verursachen, so sind doch die generellen wirtschaftlichen Vorteile der Selbstregulierung zu würdigen. Als flexible Alternative zu einschränkenden Gesetzen können Selbstverpflichtungen unnötige Belastungen für die Wirtschaft verhindern und man ist imstande, die jeweiligen Bestimmungen – im Gegensatz zu gesetzlichen Normierungen – relativ leicht an die technischen, sozialen und wirtschaftlichen Entwicklungen anzupassen.

Hinter dem Gedanken der Verhaltenskodizes steht im Endeffekt die Idee der Liberalisierung. Man folgt der Devise „mehr Selbstregulierung, weniger einschränkende gesetzliche Regulierung“. Der Verbraucher ist zwar auch in diesem Rahmen vor Irreführung und der Wettbewerb vor Verfälschungen zu schützen, übergreifendes Ziel der aktiven Inanspruchnahme des Instruments der Selbstregulierung ist aber liberalisierende Deregulierung und gerade nicht die Herbeiführung von Restriktionen für den Wettbewerb.

## B. Ausblick auf zukünftige Entwicklungen

Die dargestellte Europäisierung des Lauterkeitsrechts ist nicht nur begrüßenswert, sondern aufgrund der zu beobachtenden wirtschaftlichen Entwicklungen des Binnenmarktes auch erforderlich. So bedarf nämlich die wirtschaftliche Einheit des Binnenmarktes der rechtlichen Einheit der Wettbewerbsregeln<sup>746</sup>.

Die zu beobachtende Europäisierung bzw. Globalisierung der Unternehmen macht einheitliche Bedingungen nötig und nicht zuletzt besteht das Bedürfnis nach Harmonisierung des lauterkeitsrechtlichen Rahmens in der EU auch aufgrund der rasanten technologischen Entwicklungen vor allem im Bereich des Internets. Werbung macht im Zeitalter dieses zentralen globalen Kommunikationsmediums nicht mehr vor nationalen Grenzen halt, „das Internet schafft einen Kommunikationsraum ohne Grenzen“<sup>747</sup>. Globales Marketing, also das Agieren auf allen Märkten der Welt, war einst nur großen Unternehmen mit Niederlassungen in verschiedenen Ländern möglich. Durch das Internet kann dies auch von kleinen und mittleren Unternehmen verwirklicht werden. Das „world wide web“ öffnet selbst dem Existenzgründer die Welt. Durch dieses inzwischen leicht zugängliche Medium werden genauso auch der Marktgegenseite neue Möglichkeiten eröffnet. Relativ leicht und immer unkomplizierter können die Verbraucher grenzüberschreitend Waren und Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Der „Online-Einkauf“ gestaltet sich für den Verbraucher bisweilen sogar angenehm bequem. So kann er in aller Ruhe von zuhause aus und ohne Anfahrt zur Verkaufsstätte, ohne Parkplatzsuche und auch ohne etwaige Warteschlangen im Kassenbereich Waren online einsehen und erwerben. Aufgrund der in kürzester Zeit abrufbaren Produktvielfalt stellt sich das „Online-Shopping“ oftmals als außerordentlich effektiv und aufgrund der teils zu beobachtenden niedrigen Preise und dem leichten unmittelbaren Preisvergleich auch als effizient dar. Hinzutritt die willkommene Unabhängigkeit von Ladenöffnungszeiten<sup>748</sup> und die räumliche Distanz von Sonderangebots- und Impulsware im Einzelhandel. Beinahe ein Viertel der deutschen „Online-Shopper“ wird mittlerweile auch grenzüberschreitend tätig<sup>749</sup>, die Tendenz steigt. Das Ideal des aktiven Binnenmarktverbrauchers, der EU-weit Waren auswählt und erwirbt und Dienstleistungen in Anspruch nimmt, kann sicherlich

<sup>746</sup> So schon *Fezer*, WRP 2001, 989, 990.

<sup>747</sup> *Ohly*, GRUR Int. 2001, 899, 899.

<sup>748</sup> Vgl. zu den Vorteilen, die die Verbraucher im Warenerwerb über das Internet erblicken: *Schmidt*, Verbraucherschutz im Internet, S. 10.

<sup>749</sup> Vgl. dazu *Forst*, eCommerce 2004, S. 4 und Grafik S. 14.

nicht mehr als Zukunftstheorie oder gar als Illusion bezeichnet werden, sondern ist inzwischen in manchen Bereichen zur Realität geworden<sup>750</sup>, man denke an dieser Stelle vor allem an Internetshops und Internetauktionen<sup>751</sup>.

Diese Entwicklung birgt aber auch Gefahren. So werden Unternehmer genauso wie auch Verbraucher mit fremden (Rechts-) Kulturen und mit divergierenden nationalen Wertvorstellungen konfrontiert. Werbung und Warenangebot sind – einmal ins Netz gestellt – in aller Regel weltweit verfügbar, die so genannte „Multistate-Problematik“ wird im Bereich des Internets besonders deutlich<sup>752</sup>. Ein und dieselbe Werbemaßnahme betrifft viele Staaten und der Verbraucher kann mit einem „Mausklick“ international Waren erwerben und Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Die (lauterkeits-) rechtlichen Rahmenbedingungen sind dabei aber unklar und uneinheitlich, da sich bisher für den Internet-Bereich kein eigenständiges Rechtsgebiet im Sinne eines „Cyberlaw“ herausgebildet hat, welches die internationalen virtuellen Märkte zu regeln vermag<sup>753</sup>. Die fortschreitende Integration der Märkte bringt es aber mit sich, dass Direktkontakte zwischen ausländischen Anbietern und dem inländischen Verbraucherpublikum immer weiter zunehmen. Im gleichen Maße werden Wettbewerbsverzerrungen aufgrund ungleicher Rahmenbedingungen zunehmen<sup>754</sup>.

Um diese Risiken einzudämmen und dem europäischen Verbraucher durch einen möglichst einheitlichen Rechtsrahmen die Hemmungen am grenzüberschreitenden Tätigwerden zu nehmen, ist ein harmonisierter Schutz der Konsumenten erforderlich. Auf diese Weise werden die Verwirklichung des Binnenmarktes und der Wettbewerb zwischen den Unternehmern in Europa zum Vorteil des Verbrauchers vorangetrieben und nur so besteht die Chance, dass die Idee des aktiven Binnenmarktverbrauchers vollumfänglich realisiert wird. Es sind in diesem Bereich Regulierungen erforderlich, um zumindest auf dem EU-Binnenmarkt einen einheitlichen Rechtsrahmen herbeiführen<sup>755</sup>. Neben der

---

<sup>750</sup> Vgl. dazu den aussagekräftigen Nachweis bei *Bauer/Czajka*, Online-Shopping liegt im Trend, STAT-Magazin des Statistischen Bundesamtes vom 18.12.2009, S. 1. Hier werden die Zahlen der Einkäufe über das Internet durch Privatpersonen des Jahres 2002 mit denjenigen des Jahres 2009 verglichen und insgesamt ein Zuwachs von über 20 % festgestellt.

<sup>751</sup> Vor allem die Internetplattformen „Ebay“ und „Amazon“ sind an dieser Stelle zu erwähnen.

<sup>752</sup> Vgl. zu dieser „Multistate-Problematik“ des internationalen Lauterkeitsrechts *Hausmann/Obergrell* in Fezer, UWG, Band 1, Einleitung I, Rn. 286 ff.

<sup>753</sup> *Hausmann/Obergfell* in Fezer, UWG, Band 1, Einleitung I, Rn. 298.

<sup>754</sup> So bereits im Jahre 1981 *Schricker*, FS Zweigert, 537, 554.

<sup>755</sup> Aufgrund der Multistate-Problematik sind zwar auf lange Sicht ein weltweit einheitlicher Rahmen und weltweit gleiche Bedingungen im Bereich des Internets nötig. Aus internationaler Perspektive kann die EU

festzustellenden wirtschaftlichen, politischen und teils auch kulturellen Europäisierung und Globalisierung muss – wo erforderlich – auch die rechtliche Europäisierung und Globalisierung vorangetrieben werden.

Neben dem Ausblick auf die Entwicklungen im Bereich des Internets, soll an dieser Stelle auch ein kurzer Blick auf die aktuell geplanten Vorhaben der EU im Bereich des europäischen Lauterkeitsrechts erfolgen.

Obwohl derzeit noch keine konkreten Pläne bestehen, die Lauterkeitsrichtlinie auch auf Geschäftsbeziehungen der Unternehmer untereinander, den sog. B2B-Bereich, auszudehnen, ist eine solche Entwicklung gleichwohl nicht ausgeschlossen<sup>756</sup>. Dies wäre begrüßenswert, da man so auf europäischer Ebene der wesensmäßigen Verknüpfung von Verbraucher- und Unternehmerinteressen im Wettbewerb gerecht werden würde und den kritikwürdigen trennenden Zugang der Lauterkeitsrichtlinie überwinden könnte. Neben dieser wünschenswerten, aber noch eher wagen Zukunftsperspektive, arbeitet der Gemeinschaftsgesetzgeber momentan konkret an einer Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, ein diesbezüglicher Entwurf wurde bereits vorgelegt<sup>757</sup>. Diese geplante Richtlinie soll – ausweislich ihres Art. 1 – durch die Angleichung der mitgliedstaatlichen Vorschriften im Vertragsbereich zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern zum ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarktes beitragen und ein hohes Verbraucherschutzniveau erreichen. Im Wege der in diesem Zusammenhang nicht unproblematischen Vollharmonisierung<sup>758</sup> sollen die vier geltenden EU-Richtlinien, die den Verbrauchern vertragliche Rechte verleihen<sup>759</sup>, überarbeitet und durch den Richtlinienvorschlag zu einem einzigen horizontalen Rechtsinstrument zusammengeführt

---

hier aber nur einen richtungweisenden und für die Entwicklung des EU-Binnenmarktes wichtigen Teil beitragen.

<sup>756</sup> Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, Einf A Rn. 53; eine künftige weitergehende Angleichung behält sich der europäische Gesetzgeber vor. Das kann auch aus ErwGr. 8 RLUGP abgeleitet werden.

<sup>757</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM (2008) 614 endg. vom 8. Oktober 2008. Vgl. zu diesem Richtlinienentwurf die Einschätzungen von Micklitz/Reich, EuZW 2009, 279 ff.

<sup>758</sup> Von der Literatur werden systematische Bedenken gegen die Auswirkungen dieser Vollharmonisierung auf die nationalen Zivilrechtsordnungen geltend gemacht, vgl. dazu Micklitz/Reich, EuZW 2009, 279, 286.

<sup>759</sup> Die RL 85/577/EWG betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, die RL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, die RL 97/7/EG über Vertragsschlüsse im Fernabsatz und die RL 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter.

werden<sup>760</sup>. Daneben arbeitet die Kommission momentan in zwei Generaldirektionen an Vorhaben im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes<sup>761</sup>.

### **C. Abschließende Beantwortung der Ausgangsfrage**

Die Ausgangsfrage nach Restriktionen für den Wettbewerb aufgrund europäischen Lauterkeitsrechts ist im Endergebnis zu verneinen und auch den Einschätzungen *Anja Steinbecks*, die Lauterkeitsrichtlinie bewirke einen Stillstand der Liberalisierung und die dahingehenden Tendenzen der vergangenen Jahre hätten ihren Kulminationspunkt erreicht<sup>762</sup>, kann im Ergebnis so nicht gefolgt werden. Es sind zwar teils erhebliche Regulierungen durch die Harmonisierung der lauterkeitsrechtlichen Vorgaben im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern festzustellen, weiterhin wird aber auf EU-Ebene die schon bisher zu beobachtende liberale Tendenz verfolgt. Der im Zuge der Lauterkeitsrichtlinie verfolgte Verbraucherschutz stellt eine autonome Entscheidung des europäischen Gesetzgebers dar und ist von elementarer Bedeutung für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes. Nur wenn der Verbraucher in der Lage ist, ungetäuscht und frei am Markt zu entscheiden, kann er seine Rolle als souveräner Lenker und Leiter des Marktes ordnungsgemäß einnehmen und damit über Erfolg und Misserfolg der Unternehmen im Wettbewerb entscheiden. Das verfolgte Verbraucherschutzparadigma ist dabei nicht unter dem sozialen Gesichtspunkt zu betrachten, sondern vielmehr unter dem Binnenmarktaspekt. Selbiges gilt auch für den in der Lauterkeitsrichtlinie vorgesehenen höheren Schutz besonders schutzbedürftiger und schutzwürdiger Verbrauchergruppen. Diese Gruppen sind auf höherem Niveau vor Irreführung zu schützen, nur so können Verfälschungen des Wettbewerbs verhindert werden.

Es gibt psychische Beeinflussungen des Verbrauchers, die auf seine Entscheidungsfreiheit im Geschäftsverkehr einwirken, das berücksichtigt der europäische Gesetzgeber im Zuge der Lauterkeitsrichtlinie. Doch die Untersuchungen ergaben, dass damit nicht auch das

---

<sup>760</sup> Vgl. S. 3 der Begründung des Richtlinienvorschlages, einsehbar im Internet unter: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive\\_final\\_DE.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive_final_DE.pdf); Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 18.00 Uhr.

<sup>761</sup> Grünbuch zum kollektiven Verbraucherschutz, KOM (2008) 794 endg. und Weißbuch zum kollektiven Schadensersatz im Kartellrecht KOM (2008) 165 endg., vgl. auch *Keßler/Micklitz*, VuR 2009, 88, 95.

<sup>762</sup> *Steinbeck*, WRP 2008, 865, 870.

Phänomen des psychischen Kaufzwangs, also der „Anstandskauf“ im Sinne einer an sich ungewollten Inanspruchnahme einer Dienstleistung oder eines Warenerwerbs aus reiner Höflichkeit, berücksichtigt wird. Auch die Lauterkeitsrichtlinie sieht – wie die bisher gefestigte Rechtsprechung des EuGH und auch des BGH – nur den durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbraucher nach dem europäischen Verbraucherleitbild als schützenswert an. Aus Höflichkeit etwas zu kaufen, ist aus Sicht dieses Durchschnittsverbrauchers nicht gutes Benehmen, sondern Unsinn.

Durch die vielleicht etwas über das Ziel hinausschießende und kritikwürdige „black list“ mit der Auflistung von 31 Per se-Verboten soll Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für beide Marktseiten entstehen und ein unter allen Umständen gewährtes Mindestverbraucherschutzniveau in Europa geschaffen werden. Ein aktiver Binnenmarktverbraucher benötigt einheitlichen Schutz, anderenfalls ist der Konsument gehemmt, von seiner Möglichkeit, grenzüberschreitend tätig zu werden, Gebrauch zu machen. Nur durch diesen Schutz, den die Lauterkeitsrichtlinie auch durch das verfolgte Informationsparadigma im Wege von sanktionierten Informationspflichten erfüllt, kann das Binnenmarktziel verwirklicht werden.

Die autonome Entscheidung des europäischen Gesetzgebers, den Verbrauchern lauterkeitsrechtlichen Schutz auf EU-Ebene einzuräumen und die dahingehenden mitgliedstaatlichen Vorschriften im Wege der Vollharmonisierung – zumindest im Anwendungsbereich der RLUGP – anzugleichen, schafft sowohl für Wettbewerber als auch für Verbraucher gleiche Bedingungen auf dem Markt. Dieses „Europäische Lauterkeitsrecht“ bedarf Regulierungen, welche aber – wie festgestellt werden konnte – eindeutig von liberaler und binnenmarktorientierter Tendenz geprägt sind. Zusammenfassend kann die Vorgehensweise des europäischen Gesetzgebers mit dem Leitsatz „so viel Freiheit wie möglich bei so viel Schutz und Regulierung wie nötig“ umschrieben werden. Wenn auch das europäische Lauterkeitsrecht Regulierungen enthält, die es seitens der Akteure auf dem Binnenmarkt einzuhalten gilt, konnten im Endergebnis gleichwohl keine der liberalisierenden Entwicklung entgegenstehenden Restriktionen für den Wettbewerb festgestellt werden.

## LITERATURVERZEICHNIS

**Ackermann, Brunhilde:** Das Sprachenproblem im europäischen Primär- und Sekundärrecht und der Turmbau zu Babel, WRP 2000, S. 807 - 812 (zitiert: *Ackermann*, WRP 2000, 807, zitierte Seite<sup>\*</sup>).

**Adomeit, Klaus:** Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild, NJW 1994, S. 2467 – 2469.

**Ahrens, Claus:** Wettbewerbsrecht, Grundlagen – Fallgestaltungen – Rechtsfolgen, Berlin 2006 (zitiert: *Ahrens*, Wettbewerbsrecht).

**Altermann, Karen:** Die Zulässigkeit unverlangter E-Mail-Werbung nach der UWG-Novelle – Eine Darstellung der Ansprüche nach dem Wettbewerbsrecht, Zivilrecht einschließlich Unterlassungsklagengesetz, Datenschutzrecht und Markenrecht sowie der Folgen im Strafrecht, Band 31 der Schriftenreihe: Recht der Neuen Medien, Hamburg 2006 (zitiert: *Altermann*, Die Zulässigkeit unverlangter E-Mail-Werbung nach der UWG-Novelle).

**Apel, Jürgen / Grapperhaus, Tanja:** Das Offline-Online-Chaos oder wie die europäische Kommission den grenzüberschreitenden Werbemarkt zu harmonisieren droht, WRP 1999, S. 1247 - 1259.

**Apostolopoulos, Haris:** Neuere Entwicklungen im europäischen Lauterkeitsrecht: Problematische Aspekte und Vorschläge, WRP 2004, S. 841 - 857.

**ders.:** Einige Gedanken zu Auslegung der nationalen Generalklausel im Hinblick auf eine Vollharmonisierung des europäischen Lauterkeitsrechts, WRP 2005, S. 152 - 157.

**Bakardjieva, Antonia:** Das neue Wettbewerbsgesetz in Bulgarien, GRUR Int. 1999, S. 395 - 407.

**Baudenbacher, Carl:** Vier Jahre EFTA-Gerichtshof, EuZW 1998, S. 391 - 397.

**Bauer, Oliver / Czajka, Sebastian:** Online-Shopping liegt im Trend, STAT-Magazin des Statistischen Bundesamtes Wiesbaden vom 18.12.2009, S. 1 - 4, einsehbar im Internet unter:

[http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publicationen/STATmagazin/Informationsgesellschaft/2009\\_\\_12/PDF2009\\_\\_12,property=file.pdf](http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publicationen/STATmagazin/Informationsgesellschaft/2009__12/PDF2009__12,property=file.pdf)

Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 19.00 Uhr (zitiert: *Bauer/Czajka*, Online Shopping liegt im Trend, STAT-Magazin des Statistischen Bundesamtes vom

---

\* Bezüglich sämtlicher Aufsatzliteratur aus den Fachzeitschriften BB, CCZ, DVBl, EuR, EuZW, EwIR, GRUR, GRUR Int., GRUR-RR, JZ, MMR, NJW, VuR, WRP, ZEuP, ZfRV, ZLR, ZRP, ZUM und ZVglRWiss wird nachfolgende Zitierweise eingehalten: *Nachname der Verfasserin / des Verfassers*, Bezeichnung der Fachzeitschrift gemäß Abkürzungsverzeichnis mit Erscheinungsjahr, Anfangsseite des zitierten Aufsatzes, zitierte Seite bzw. Anfangsseite des zitierten Aufsatzes mit dem Zusatz f. (für Anfangsseite und folgende Seite) oder ff. (für Anfangsseite und fortfolgende Seiten).

18.12.2009).

- Baukelmann, Peter:** Jugendschutz und Lauterkeitsrecht – neue europäischen Gesichtspunkte? - in Ahrens, Hans Jürgen / Bornkamm, Joachim / Kunz-Hallstein, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S. 587 - 597 (zitiert: *Baukelmann*, FS Ullmann, 587).
- Beater, Axel:** Generalklauseln und Fallgruppen (Erwiderung auf *Ralph Weber*, AcP 1992, S. 516 ff.), AcP Band 194 (1994), S. 82 - 89 (zitiert: *Beater*, AcP 1994, 82).
- ders.:** Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, Tübingen 2000 (zitiert: *Beater*, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht).
- ders.:** Zum Verhältnis von europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht – Überlegungen am Beispiel des Schutzes vor irreführender Werbung und des Verbraucherbegriffs, GRUR Int. 2000, S. 963 - 974.
- ders.:** Die stillen Wandlungen des Wettbewerbsrechts – Zugleich eine Beitrag zur Orient-Teppeichmuster Entscheidung des BGH, JZ 2000, S. 973 - 979.
- ders.:** Unlauterer Wettbewerb, München 2002 (zitiert: *Beater*, Unlauterer Wettbewerb).
- ders.:** Europäisches Recht gegen den unlauteren Wettbewerb – Ansatzpunkte, Grundlagen, Entwicklung, Erforderlichkeit, ZEuP 2003, S. 11 - 50.
- Beier, Friedrich-Karl:** Hundert Jahre Pariser Verbandsübereinkunft – Ihre Rolle in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, GRUR Int. 1983, S. 339 - 347.
- Benz, Claudia:** Werbung vor Kindern unter Lauterkeitsgesichtspunkten – Zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, § 4 Nr. 2, WRP 2003, S. 1160 - 1174.
- Berlit, Wolfgang:** Auswirkungen der Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung auf die Auslegung von § 1 UWG und § 3 UWG, WRP 2001, S. 349 - 354.
- ders.:** Wettbewerbsrecht, 7. Auflage, München 2009 (zitiert: *Berlit*, Wettbewerbsrecht).
- Bleckmann, Albert:** Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, S. 1177 - 1182.
- Bodewig, Theo:** Elektronischer Geschäftsverkehr und Unlauterer Wettbewerb, GRUR Int. 2000, S. 475 - 483.
- ders. / Henning-Bodewig, Frauke:** Rabatte und Zugaben in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, WRP 2000, S. 1341 - 1365.
- Boesche, Katharina Vera:** Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2009 (zitiert: *Boesche*, Wettbewerbsrecht).
- Bömeke, Falk R.:** Wie dumm darf der Verbraucher sein? Beurteilung von Wertreklame durch die Konkretisierung des Verbraucherleitbildes, Band 12 der Studien zum

Gewerblichen Rechtsschutz und zum Urheberrecht, Hamburg 2005 (zitiert: *Bömeke*, Wie dumm darf der Verbraucher sein?).

**Bornkamm, Joachim:** Wettbewerbs- und Kartellrechtsprechung zwischen nationalem und europäischem Recht, in Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln 2000, S. 343 - 373 (zitiert: *Bornkamm*, FS 50 Jahre BGH, 343).

**Brömmelmeyer, Christoph:** Der Binnenmarkt als Leitstern der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2007, S. 295 - 302.

**Büllesbach, Eike:** Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, Band 222 der Münchener Universitätsschriften, München 2008 (zitiert: *Büllesbach*, Die Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I).

**Burmann, Hans Franz:** Das Recht der Wertreklame – Werbegeschenke und Werbegaben, Werbelieferungen, Werbeprämien, Waren- und Leistungsproben, Zugaben, Band 2 der Reihe: Grundlagen und Praxis des Wirtschaftsrechts, Berlin 1965 (zitiert: *Burmann*, Das Recht der Wertreklame).

**Burr, Wolfgang:** Koordination durch Regeln in selbstorganisierenden Unternehmensnetzwerken, Zfb 69 (1999), Heft 10, S. 1159 - 1179 (zitiert: *Burr*, Zfb 69 (1999), Heft 10, 1159).

**Busche, Jan / Stoll, Peter-Tobias:** TRIPs – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums, Kommentar, Köln / Berlin / München 2007 (zitiert: *Bearbeiter* in Busche/Stoll, TRIPs).

**Bydlinski, Franz:** System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996 (zitiert: *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts).

**Calliess, Graf-Peter:** Nach der Schuldrechtsreform: Perspektiven des deutschen, europäischen und internationalen Verbrauchervertragsrechts, AcP Band 203 (2003), S. 575 - 602 (zitiert: *Calliess*, AcP 2003, 575).

**Calliess, Christian / Ruffert, Matthias:** Das Verfassungsrecht der europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 3. Auflage, München 2007 (zitiert: *Bearbeiter* in Calliess/Ruffert, EUV/EGV-Kommentar).

**Czajka, Sebastian / Mohr, Sabine:** Internetnutzung in privaten Haushalten in Deutschland – Ergebnisse der Erhebung 2008, Wirtschaft und Statistik 2009 (Herausgeber: Statistisches Bundesamt Wiesbaden), S. 553 - 560, einsehbar im Internet unter: <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publicationen/Querschnittsveroeffentlichungen/WirtschaftStatistik/Informationsgesellschaft/InternetnutzungHaushalte,property=file.pdf>  
Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 19.00 Uhr (zitiert: *Czajka/Mohr*, Wirtschaft und Statistik 2009, 553).

**Dauses, Manfred A.:** Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 23. Auflage, München 2008

(zitiert: *Bearbeiter* in Dausers Hdb EU-Wirtschaftsrecht).

*ders. / Sturm, Michael*: Rechtliche Grundlagen des Verbraucherschutzes im EU-Binnenmarkt, ZfRV 1996, S. 133 - 142.

*Dembowski, Jürgen*: Kinder und Jugendliche als Werbeadressaten, in Ahrens, Hans Jürgen / Bornkamm, Joachim / Kunz-Hallstein, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S. 599 - 613 (zitiert: *Dembowski*, FS Ullmann, 599).

*Doepner, Ulf*: Verbraucherleitbilder zur Auslegung des wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbots – Anmerkungen zum Diskussionsstand, WRP 1997, S. 999 - 1011.

*Dohrn, Thomas*: Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – ihre Interpretation und Umsetzung, Band 20 der Karlsruher Schriften zum Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Köln, München 2008 (zitiert: *Dohrn*, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

*Drexl, Josef*: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers – Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen 1998 (zitiert: *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers).

*Dreyer, Gunda*: Verhaltenskodizes im Referentenentwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb – Wird das Wettbewerbsrecht zum Motor für die Durchsetzung vertraglicher Verpflichtungen? WRP 2007, S. 1294 - 1303.

*Duggal, Raoul*: TRIPs-Übereinkommen und internationales Urheberrecht – Neue Entwicklungen im internationalen Urheberrecht unter dem Einfluß multilateraler Übereinkünfte, Band 19 der Schriftenreihe Internationales Wirtschaftsrecht, Köln / Berlin / Bonn / München 2001 (zitiert: *Duggal*, TRIPs-Übereinkommen und internationales Urheberrecht).

*Eisenhardt, Andrea*: Werbung gegenüber Kindern, WRP 1997, S. 283 - 293.

*Eminescu, Yolanda*: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Rumänien, GRUR Int. 1994, S. 688 - 691.

*Emmerich, Volker*: Unlauterer Wettbewerb, 8. Auflage, München 2009 (zitiert: *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb).

*Eppe, Mark*: Verbraucherschutz im UWG und BGB, WRP 2005, S. 808 - 812.

*Erdmann, Willi / Melullis, Klaus-Jürgen*: Einfluß des europäischen Rechts auf den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht, in Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln 2000, S. 315 - 342 (zitiert: *Erdmann/Melullis*, FS 50 Jahre BGH, 315).

*Fechner, Frank / Schipanski, Tankred*: Werbung für Handyklingeltöne – Rechtsfragen im

Jugendschutz-, Telekommunikations- und Wettbewerbsrecht, ZUM 2006, S. 898 - 907.

*Fezer, Karl-Heinz*: Europäisierung des Wettbewerbsrechts, JZ 1994, S. 317 - 326.

*ders.*: Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsgebot als ein normatives Modell des verständigen Verbrauchers im Europäischen Unionsrecht – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung „Mars“ des EuGH vom 06. Juli 1995 – Rechtssache C 470/93, WRP 1995, S. 671 - 676.

*ders.*: Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, WRP 2001, S. 989 - 1022.

*ders.*: Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Band 1, §§ 1 – 4 UWG, München 2005 (zitiert: *Bearbeiter* in Fezer, UWG, Band 1, 1. Auflage).

*ders.*: Plädoyer für eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG – Originärer Verbraucherschutz durch Lauterkeitsrecht als Paradigma der europäischen Rechtsharmonisierung, WRP 2006, S. 781 - 790.

*ders.*: Das Informationsgebot der Lauterkeitsrichtlinie als subjektives Verbraucherrecht – Zur Umsetzung des Art. 7 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in § 5 UWG, WRP 2007, S. 1021 - 1030.

*ders.*: Handbuch der Markenpraxis, Band 1, Markenverfahrensrecht, München 2007 (zitiert: *Bearbeiter* in Fezer, Hdb Markenpraxis, Band 1).

*ders.*: Markenrecht – Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen – Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 4. Auflage, München 2009 (zitiert: *Fezer*, Markenrecht).

*ders.*: Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 1, §§ 1 - 4 UWG, 2. Auflage, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in Fezer, UWG, Band 1).

*ders.*: Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 2, §§ 5 - 20 UWG, 2. Auflage, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in Fezer, UWG, Band 2).

*Fluck, Jürgen / Sechting, Silke*: Öffentlich-rechtliches Verbraucherschutz- und Produktsicherheitsrecht – Die Novellen der EG-Produktsicherheitsrichtlinie und des deutschen Geräte- und Produktsicherheitsgesetzes, DVBl 2004, S. 1392 - 1403.

*Forst, Michael*: Europressedienst Bonn: eCommerce 2004 – Strukturen und Potenziale des eCommerce in Deutschland aus Kunden- und Händlersicht; Postbankstudie in Zusammenarbeit mit dem Europressedienst, Herausgeber Europressedienst Bonn, 2004; einsehbar im Internet unter:  
<http://www.postbank.de/-snm-0184304698-1262957582-0368e00017-0000000636->

1262962867-enm-csfiles/041123\_eCommerce\_2004.pdf

Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 19.00 Uhr (zitiert: *Forst*, eCommerce 2004).

**Fritze, Ulrich / Holzbach, Christoph:** Die Electronic-Commerce-Richtlinie – Ende oder Chance für das deutsche Wettbewerbsrecht, WRP 2000, S. 872 - 876.

**Fuchs, Tobias:** Wettbewerbsrechtliche Schranken bei der Werbung gegenüber Minderjährigen, WRP 2009, S. 255 - 266.

**Gamerith, Helmut:** Neue Herausforderungen für ein europäisches Lauterkeitsrecht – Studie für den Arbeitskreis „UWG“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, WRP 2003, S. 143 - 172.

**ders.:** Der Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken – Möglichkeiten einer harmonischen Durchsetzung – Studie für den Arbeitskreis „UWG“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, WRP 2005, S. 391 - 437.

**Gärtner, Anette / Heil, Ulf:** Kodifizierter Rechtsbruchtatbestand und Generalklausel – Zur Bedeutung des Marktbezugs im neuen UWG, WRP 2005, S. 20 - 24.

**Gebauer, Jochen:** Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte, Band 102 der Schriften zum Europäischen Recht, Berlin 2004 (zitiert: *Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte).

**Gleißner, Susanne:** Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht – Notwendiger Verbraucherschutz oder unnötige Einschränkung der Werbung? Band 17 der Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2008 (zitiert: *Gleißner*, Psychischer Kaufzwang im Lauterkeitsrecht).

**Glöckner, Jochen:** Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln, WRP 2004, S. 936 - 945.

**ders.:** Europäisches Lauterkeitsrecht, Band 38 der Schriftenreihe: Europäisches Wirtschaftsrecht, München 2006 (zitiert: *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht).

**ders. / Henning-Bodewig, Frauke:** EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG? WRP 2005, S. 1311 - 1335.

**Gloy, Wolfgang / Bruhn, Dirk:** Die Zulässigkeit von Preisvergleichen nach der Richtlinie 97/55/EG – Kehrtwende oder Kontinuität?, GRUR 1998, S. 226 - 239.

**Götting, Horst-Peter / Nordemann, Axel:** Nomos Handkommentar UWG, 1. Auflage, Baden-Baden 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in NomosHk UWG).

**Graf Lambsdorff, Hans Georg:** Das Recht der unlauteren Wettbewerbs in Ungarn, GRUR Int. 1994, S. 714 - 715.

**Groeben, Hans von der / Schwarze, Jürgen:** Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1, 6. Auflage,

- Baden-Baden 2003 (zitiert: *Bearbeiter* in Von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Band 1).
- Groeschke, Peer / Kiethe, Kurt:** Die Ubiquität des europäischen Verbraucherleitbildes – Der europäische Pass des informierten und verständigen Verbrauchers, WRP 2001, S. 230 - 238.
- Harte-Bavendamm, Henning / Henning-Bodewig, Frauke:** UWG-Kommentar, 2. Auflage, München 2009 (zitiert: *Bearbeiter* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG).
- Hartwig, Henning:** Moralischer Kaufzwang – Zugleich Anmerkung zu LG Siegen, Urteil vom 25. Juni 2002 – 7 O 75/02, WRP 2002, S. 1371 - 1376.
- Hecker, Manfred:** Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Einige Gedanken zu den „aggressiven Geschäftspraktiken“ – Umsetzung in das deutsche Recht, WRP 2006, S. 640 - 647.
- Hedemann, Justus Wilhelm:** Die Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933 (zitiert: *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln).
- Heermann, Peter W.:** Auswirkungen der europäischen Rechtsentwicklung auf das deutsche Wettbewerbsrecht oder Wohin steuert das deutsche Werberecht nach der Entscheidung des EuGH vom 07.03.1990 in Sachen „GB-INNO-BM./Confédération du Commerce Luxembourgeois“?, WRP 1993, S. 578 - 596.
- ders.:** Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten bei Verkaufsförderungsmaßnahmen, WRP 2005, S. 141 - 151.
- Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht (Herausgeber: *Ekey, Friedrich / Klippel, Diethelm / Kotthoff, Jost / Meckel, Astrid / Plaß, Gunda*) 2. Auflage, Heidelberg 2005 (zitiert: *Bearbeiter* in Heidelberger Kommentar, WettbR).
- Heiss, Helmut:** Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art. 129 a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen, ZEuP 1996, S. 625 - 647.
- Hellmann, Vanessa:** Der Vertrag von Lissabon – Vom Verfassungsvertrag zur Änderung der bestehenden Verträge – Einführung mit Synopse und Übersichten, Berlin, Heidelberg 2009 (zitiert: *Hellmann*, Der Vertrag von Lissabon).
- Henning-Bodewig, Frauke:** Vergleichende Werbung – Liberalisierung des deutschen Rechts? Zugleich eine Besprechung der Urteile des BGH vom 5. Februar, 23. April und 15. Oktober 1998, GRUR Int. 1999, S. 385 - 394.
- dies.:** Abschaffung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung?, WRP 2000, S. 886 - 889.
- dies.:** E-Commerce und irreführende Werbung – Auswirkungen des Herkunftslandprinzips auf das europäische und deutsche Irreführungsrecht, WRP 2001, S. 771 - 777.
- dies.:** Das Europäische Wettbewerbsrecht: Eine Zwischenbilanz, GRUR Int. 2002, S. 389 - 398.

- dies.*: Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zum Vorschlag einer Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 18.6.2003 und einer Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz vom 18.7.2003, GRUR Int. 2003, S. 926 - 929.
- dies.*: Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR Int. 2005, S. 629 - 634.
- dies.*: Neuorientierung von § 4 Nr. 1 und 2 UWG?, WRP 2006, S. 621 - 628.
- dies.*: Unfair Competition Law – European Union and Member States, International Competition Law Series, Volume 18, Den Haag, 2006 (zitiert: *Henning-Bodewig*, Unfair Competition Law – European Union and Member States).
- Hilty, Reto M. / Henning-Bodewig, Frauke*: Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe? Volume 1, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, Berlin, Heidelberg 2007 (zitiert: *Bearbeiter* in Hilty/Henning-Bodewig, Law Against Unfair Competition).
- Hoeren, Thomas*: Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts, NJW 1998, S. 2849 - 2854.
- ders.*: Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce – Eine erste kritische Analyse, MMR 1999, S. 192 - 199.
- ders.*: Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick, BB 2008, S. 1182 -1192.
- ders.*: Das neue UWG und dessen Auswirkungen auf den B2B-Bereich, WRP 2009, S. 789 - 794.
- Hommelhoff, Peter*: Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, Heft 218 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heidelberg 1996 (zitiert: *Hommelhoff*, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts).
- Hucke, Anja*: Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa, Band 243 der Schriftenreihe: Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, 1. Auflage, Baden-Baden, 2001 (zitiert: *Hucke*, Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa).
- Jergolla, Maren*: Die britische Werbeselbstkontrolle anhand des Advertising Code – eine Gegenüberstellung mit der Rechtslage in Deutschland, WRP 2003, S. 431 - 449.
- Kammerer, Christoph*: Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa – Das verbraucherschützende Widerrufsrecht der §§ 355 ff. BGB im Lichte der europarechtlichen Vorgaben und im Vergleich zum Code de la consommation, Band 144 der Schriftenreihe: Studien zur Rechtswissenschaft, Hamburg 2004 (zitiert: *Kammerer*, Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa).
- Kebedies, Astrid*: Vergleichende Werbung – Die europäischen Harmonisierungsbemühungen im deutschen und englischen Lauterkeitsrecht, Band 21 der Schriften zum Internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung, Göttingen / Osnabrück,

- 2005 (zitiert: *Keßbedies*, Vergleichende Werbung).
- Keilholz, Kurt:** Die mißlungene Harmonisierung des Verbots der irreführenden Werbung in der EG und ihre Konsequenzen für die deutsche Rechtsprechung, GRUR Int. 1987, S. 390 - 394.
- Keßler, Jürgen:** Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich, WRP 2007, S. 714 - 722.
- ders. / Micklitz, Hans-W.:** BB-Europareport: Der Richtlinienvorschlag über unlautere Praktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr, BB 2003, S. 2073 - 2078.
- ders. / Micklitz, Hans-W.:** Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, BB-Special 13, Heft 49, 2005, S. 1 - 22 (zitiert: *Keßler/Micklitz*, BB-Special 13, Heft 49, 2005, 1).
- ders. / Micklitz, Hans-W.:** Das neue UWG – auf halbem Wege nach Europa? VuR 2009, S. 88 - 95.
- Kisseler, Marcel:** Ist das Rabattgesetz noch zeitgemäß?, WRP 1975, S. 129 - 132.
- ders.:** Deregulierung als wirkliches Ziel?, GRUR 1995, S. 73 - 80.
- Klauer, Stefan:** Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge zwischen Römer EVÜ und EG-Richtlinien, Band 99 aus der Schriftenreihe: Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen 2002 (zitiert: *Klauer*, Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge zwischen Römer EVÜ und EG-Richtlinien).
- Klinger, Markus:** Werbung im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht: Rechtsfragen und Rechtstatsachen, Band 27 der Schriftenreihe: Recht der Neuen Medien, Hamburg 2006 (zitiert: *Klinger*, Werbung im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht).
- Köbler, Gerhard:** Etymologisches Rechtswörterbuch, Tübingen 1995 (zitiert: *Köbler*, Etymologisches Rechtswörterbuch).
- Koch, Eberhard:** Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken – Aggressives Geschäftsgebaren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie, Band 95 der Studienreihe: Wirtschaftsrechtliche Forschungsergebnisse, Hamburg 2006 (zitiert: *Koch*, Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken).
- Koch, Heinz:** Wettbewerbsrecht und Europäischer Binnenmarkt, WRP 1989, S. 553 - 559.
- Köhler, Helmut:** Die Begrenzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, GRUR 1996, S. 82 - 92.
- ders.:** Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2005, S. 793 -

802.

*ders.*: Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen, WRP 2005, S. 645 - 654.

*ders.*: Minderjährigenschutz im Lauterkeitsrecht, in Ahrens, Hans Jürgen / Bornkamm, Joachim / Kunz-Hallstein, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S. 685 - 700 (zitiert: Köhler, FS Ullmann, 685).

*ders.*: Die Bedeutung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken und ihre Auswirkungen für Lebensmittelrecht und Lebensmittelwirtschaft, ZLR 2006, S. 3 - 17.

*ders.*: Die Unlauterkeitstatbestände des § 4 UWG und ihre Auslegung im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2008, S. 841 - 848.

*ders.*: Rechtsprechungsbericht zum Recht des unlauteren Wettbewerbs IX, GRUR-RR 2008, S. 145 - 154.

*ders.*: Zur richtlinienkonformen Auslegung und Neuregelung der „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, WRP 2008, S. 10 - 15.

*ders.*: Werbung gegenüber Kindern: Welche Grenzen zieht die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken?, WRP 2008, S. 700 - 708.

*ders.*: Vom deutschen zum europäischen Lauterkeitsrecht – Folgen der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken für die Praxis, NJW 2008, S. 3032 - 3037.

*ders.*: Die UWG-Novelle 2008, WRP 2009, S. 109 - 117.

*ders.* / **Bornkamm, Joachim**: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Band 13a der Beck'schen Kurz-Kommentare, 28. Auflage, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in Köhler/Bornkamm, UWG).

*ders.* / **Lettl, Tobias**: Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 2003, S. 1019 - 1057.

**König, Almut**: Die EU-Fernseh-Richtlinie – Revision oder Abschied? ZUM 2002, S. 803 - 815.

**Kopp, Reinhold** / **Klostermann, Eva A.**: Vorsicht Falle: Verhaltenskodizes im reformierten Lauterkeitsrecht des UWG, CCZ 2009, S. 155 - 159.

**Koppensteiner, Hans-Georg**: Buchbesprechung, Bernd Rebe: Privatrecht und Wirtschaftsordnung, AcP Band 179 (1979), S. 595 - 598 (zitiert: *Koppensteiner*, AcP 1979, 595).

**Körber, Thomas C.** / **Heinlein, Katharina**: Informationspflichten und neues UWG, WRP 2009, S. 780 - 788.

- Kosesnik-Wehrle, Heinz / Lehofer, Hans Peter / Mayer, Gottfried / Langer, Stefan:** Konsumentenschutzgesetz (KSchG), Manzsche Kurzkommentare, 2. Auflage, Wien 2004 (zitiert: *Kosesnik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz – Kurzkommentar).
- Kramer, Ernst A.:** Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Bern 2005 (zitiert: *Kramer*, Juristische Methodenlehre).
- Kroher, Jürgen:** Die neuere Entwicklung der Passing off-Klage im englischen Recht, GRUR Int. 1982, S. 92 - 102.
- Krüger, Timothy:** Die Zulässigkeit vergleichender Werbung aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben – Das Leitbild des mündigen Verbrauchers und die Öffnung der nationalen Märkte, Band 25 der Schriften zum Europäischen Recht, Berlin 1996 (zitiert: *Krüger*, Die Zulässigkeit vergleichender Werbung aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben).
- Kunz-Hallstein, Hans Peter / Loschelder, Michael:** Zum Vorschlag für eine Verordnung über „Verkaufsförderung im Binnenmarkt, GRUR 2002, S. 410 - 413.
- Kur, Annette:** Ansätze zur Harmonisierung des Lauterkeitsrechts im Bereich des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, GRUR Int. 1998, S. 771 - 781.
- Lackner, Karl / Kühl, Kristian:** Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, München 2007 (zitiert: *Lackner/Kühl*, Kommentar zum StGB).
- Lange, Knut Werner / Spätgens, Klaus:** Rabatte und Zugaben im Wettbewerb – Das neue Recht nach Wegfall von RabattG und ZugabeVO, München 2001 (zitiert: *Bearbeiter in Lange/Spätgens*, Rabatte und Zugaben im Wettbewerb).
- Lehmann, Alexandra:** Werbeselbstkontrolle in Italien und Deutschland – Vor- und Nachteile der Systeme freiwilliger Selbstregulierung im Vergleich, GRUR Int. 2006, S. 123 - 129.
- Lehmann, Michael:** Urteilsanmerkung zu BGH, GRUR 1978, 375 ff. – „Spitzensportler-Nachlaß“, GRUR 1978, S. 377 - 378.
- ders.:** Urteilsanmerkung zu EuGH, GRUR Int. 1993, 763 ff. – „Yves Rocher“, GRUR Int. 1993, S. 764 - 765.
- Leible, Stefan / Sosnitzer, Olaf:** § 17 LMBG nach „Darbo“ – Ein Plädoyer für die Streichung von § 17 Abs. 1 Nr. 4 LMBG, WRP 2000, S. 610 - 616.
- Leitgeb, Stephan:** Die Revision der Fernsehrichtlinie – Überblick über die wesentlichen geplanten Änderungen unter besonderer Berücksichtigung der Liberalisierung des Verbotes von Produktplatzierungen, ZUM 2006, S. 837 - 843.
- Lenz, Carl Otto:** Unlauterer Wettbewerb und freier Warenverkehr in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, ZEuP, 1994, S. 624 - 647.
- Lettl, Tobias:** Das neue UWG, München 2004 (zitiert: *Lettl*, Das neue UWG).

*ders.*: Gemeinschaftsrecht und neues UWG, WRP 2004, S. 1079 - 1132.

*ders.*: Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, Band 184 der Münchener Universitätschriften, München 2004 (zitiert: *Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa).

*Loewenheim, Ulrich / Meessen, Karl / Riesenkampff, Alexander*, Kartellrecht – Kommentar, Europäisches Recht, Band 1, München 2005 (zitiert: *Bearbeiter* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1).

*Löffler, Severin*: Werbung im Cyberspace – Eine kollisionsrechtliche Betrachtung, WRP 2001, S. 379 - 384.

*Mankowski, Peter*: Wer ist ein „Kind“? Zum Begriff des Kindes in der deutschen und der europäischen black list, WRP 2007, S. 1398 - 1405.

*ders.*: Was ist eine „direkte Aufforderung zum Kauf“ an Kinder? Zur Auslegung der Nr. 28 der deutschen und der europäischen black list, WRP 2008, S. 421 - 429.

*Martin-Ehlers, Andrés*: Die Irreführungsverbote des UWG im Spannungsfeld des freien europäischen Warenverkehrs, Band 3 der Beiträge zum europäischen Wirtschaftsrecht, Berlin 1996 (zitiert: *Martin-Ehlers*, Die Irreführungsverbote des UWG im Spannungsfeld des freien europäischen Warenverkehrs).

*Mayer, Anna Elisabeth*: Kinderwerbung – Werbekinder, pädagogische Überlegungen zu Kindern als Zielgruppe und Stilmittel der Werbung, München 1998 (zitiert: *Mayer*, Kinderwerbung – Werbekinder).

*Menke, Burkhardt*: Die vergleichende Werbung in Deutschland nach der Richtlinie 97/55/EG und der BGH-Entscheidung „Testpreis-Angebot“, WRP 1998, S. 811 - 826.

*Mentjes, Michaela*: Rechtliche Grenzen der Alkoholwerbung – Eine Untersuchung zu den wettbewerbs-, verfassungs- und europarechtlichen Rechtsgrundlagen, 1. Auflage, Berlin 2005 (zitiert: *Mentjes*, Rechtliche Grenzen der Alkoholwerbung).

*Mestmäcker, Ernst-Joachim / Schweitzer, Heike*: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2004 (zitiert: *Mestmäcker/Schweitzer*, EU-Wettbewerbsrecht).

*Meyer, Alfred Hagen*: Das Verbraucherleitbild des europäischen Gerichtshofs – Abkehr vom „flüchtigen Verbraucher“, WRP 1993, S. 215 - 224.

*Meyer, Justus*: Rabatt- und Zugabe-Regulierung auf dem Prüfstand, GRUR 2001, S. 98 - 111.

*Meyer, Jürgen*: „Europa wird ein Staatenverbund sein“ – Aber die Nationen sollen ihre zentrale Rolle behalten, ZRP-Rechtsgespräch mit Professor Dr. Jürgen Meyer, ZRP 2003, S. 104 - 106.

*Micklitz, Hans-W.*: Perspektiven eines europäischen Privatrechts - Ius commune praeter legem?, ZEuP 1998, S. 253 - 276.

- ders.* / **Keßler, Jürgen**: Europäisches Lauterkeitsrecht – Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltensrechts im europäischen Binnenmarkt, GRUR Int. 2002, S. 885 - 901.
- ders.* / **Reich, Norbert**: Verbraucherschutz im Vertrag über die Europäische Union – Perspektiven für 1993, EuZW 1992, S. 593 - 598.
- ders.* / **Reich, Norbert**: Der Kommissionsvorschlag vom 08.10.2008 für eine Richtlinie über „Recht der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes ein Ära...“, EuZW 2009, S. 279 - 286.
- ders.* / **Schirmbacher, Martin**: Distanzkommunikation im europäischen Lauterkeitsrecht, WRP 2006, S. 148 - 168.
- Mischke, Johanna**: Datenreport 2008 – Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland, Kapitel 16: Deutschland in Europa (Herausgeber: Statistisches Bundesamt, Gesellschaft Sozialwissenschaftlicher Infrastruktureinrichtungen (GESIS-ZUMA), Zentrum für Sozialindikatorenforschung, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB), Zentrales Datenmanagement), Bonn 2008, S. 419 - 434, einsehbar im Internet unter:  
<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Querschnittsveroeffentlichungen/Datenreport/Downloads/Datenreport2008DeutschlandEuropa.property=file.pdf>  
Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 19.00 Uhr (zitiert: *Mischke*, Datenreport 2008 – Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland, Kapitel 16, 419).
- Mohr, Sabine**: Informations- und Kommunikationstechnologien in privaten Haushalten – Ergebnisse der Erhebung 2006, Wirtschaft und Statistik 2007 (Herausgeber: Statistisches Bundesamt Wiesbaden), S. 545 - 555, einsehbar im Internet unter:  
<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publikationen/Querschnittsveroeffentlichungen/WirtschaftStatistik/Informationsgesellschaft/IKTPrivhaushalte0607.property=file.pdf>  
Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 19.00 Uhr (zitiert: *Mohr*, Wirtschaft und Statistik 2007, 545).
- Möller, Mirko**: Kurzkomentar zu OLG Celle, Urteil vom 15.9.2005, EWiR 2005, S. 871 - 872.
- ders.*: Kurzkomentar zu BGH-Urteil vom 8.11.2007, EWiR 2008, S. 381 - 382.
- Müller, Christoph A.**: (De-) Regulierung und Unternehmertum, St. Gallen 2003 (zitiert: *Müller*, (De-)Regulierung und Unternehmertum).
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (Herausgeber: *Heermann, Peter W. / Hirsch, Günter*), Band 1, Grundlagen des Wettbewerbsrechts, Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, Europäisches Gemeinschaftsrecht – Grundlagen und sekundärrechtliche Maßnahmen, §§ 1 - 4 UWG, München 2006 (zitiert: *Bearbeiter* in MünchKommUWG, Band 1).
- Nastelski, Karl**: Unbestimmt Rechtsbegriffe, Generalklauseln und Revision, GRUR 1968, S. 545 - 549.

- Neumann, Corinna / Wehnert, Fabian:** Bessere Rechtsetzung in der EU: Ko- und Selbstregulierung als alternative Regelungsmechanismen, Europäisches Beratungszentrum der deutschen Wirtschaft (Hrsg.), BDI-Drucksache 379, 1. Auflage, Berlin Januar 2006 (zitiert: EBZ, BDI-Drucks. Nr. 379, Januar 2006, Bessere Rechtsetzung in der EU: Ko- und Selbstregulierung als alternative Regelungsmechanismen).
- Nordmann, Matthias Johannes:** Neuere Entwicklungen im Recht der vergleichenden Werbung, GRUR Int. 2002, S. 297 - 303.
- Ohly, Ansgar:** Urteilsanmerkung zu BGH „Testpreisangebot“, GRUR 1998, S. 828 - 830.
- ders.:** Generalklausel und Richterrecht, AcP Band 201 (2001), S. 1 - 47 (zitiert: *Ohly*, AcP 2001, 1).
- ders.:** Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht, GRUR Int. 2001, S. 899 - 908.
- ders.:** Das neue UWG – mehr Freiheit für den Wettbewerb? GRUR 2004, S. 889 - 900.
- ders.:** Das Herkunftslandprinzip im Bereich vollständig angeglichenen Lauterkeitsrechts – Überlegungen zur Binnenmarktklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und zum BGH-Urteil „Arzneimittelwerbung im Internet“, WRP 2006, S. 1401 - 1412.
- ders.:** Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts – Zugleich Besprechung von Jochen Glöckner, Europäisches Lauterkeitsrecht, WRP 2008, S. 177 - 185.
- ders. / Spencer, Michael:** Vergleichenden Werbung: Die Auslegung der Richtlinie 97/55/EG in Deutschland und Großbritannien, GRUR Int. 1999, S. 681 - 698.
- Opltová, Milena:** Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in der Tschechischen Republik, GRUR Int. 1994, S. 710 - 713.
- Palandt, Otto / Heinrichs, Helmut:** Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 68. Auflage, München 2009 (zitiert: *Bearbeiter* in Palandt, BGB).
- Peifer, Karl-Nikolaus:** Die Zukunft der irreführenden Geschäftspraktiken, WRP 2008, S. 556 - 563.
- Peterek, Jörg:** Ausnutzen der Rechtsunkenntnis – Anwendungsfall des § 4 Nr. 2 UWG?, WRP 2008, S. 714 - 722.
- Piper, Henning:** Zur Wettbewerbswidrigkeit des Einbrechens in fremde Vertragsbeziehungen durch Abwerben von Kunden und Mitarbeitern, GRUR 1990, S. 643 - 650.
- ders. / Ohly, Ansgar / Sosnitza, Olaf:** Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 5. Auflage, München 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG).
- ders. / Ohly, Ansgar:** Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 4. Auflage, München 2006 (zitiert: *Bearbeiter* in Piper/Ohly, UWG, 4. Auflage).

- Reich, Norbert:** Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes, ZEuP 1994, S. 381 - 407.
- ders. / Micklitz, Hans-W.:** Europäisches Verbraucherrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2003 (zitiert: *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht).
- Römermann, Volker / van der Moolen, Mark:** Rabatte und Zugaben in der anwaltlichen Beratung, Bonn 2002 (zitiert: *Römermann/van der Moolen*, Rabatte und Zugaben).
- Rösler, Hannes:** Europäisches Konsumentenvertragsrecht – Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung, Band 32 der Schriftenreihe Europäisches Wirtschaftsrecht, München 2004 (zitiert: *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht).
- ders.:** Primäres EU-Verbraucherrecht: Vom Römischen Vertrag bis zum Vertrag von Lissabon, EuR 2008, S. 800 - 823.
- Roßmann, Peter / Wein, Elmar:** Strukturdaten des Einzelhandels im Jahr 2003, Wirtschaft und Statistik 2006 (Herausgeber: Statistisches Bundesamt Wiesbaden), S. 820 - 831, einsehbar im Internet unter:  
<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Publicationen/Querschnittsveroeffentlichungen/WirtschaftStatistik/BinnenhandelGastgewTourismus/StrukturdatenEinzelhandel2003,property=file.pdf>  
Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 19.00 Uhr (zitiert: *Roßmann/Wein*, Wirtschaft und Statistik 2006, 820).
- Roth, Wulf-Henning:** Generalklauseln im europäischen Privatrecht – Zur Rollenverteilung zwischen Gerichtshof und Mitgliedstaaten bei ihrer Konkretisierung, Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1998, S. 135 - 153 (zitiert: *Roth*, FS Drobnig, 135).
- ders.:** Diskriminierende Regelungen des Warenverkehrs und Rechtfertigung durch die „zwingenden Erfordernisse“ des Allgemeininteresses, WRP 2000, S. 979 - 984.
- ders.:** Europäischer Verbraucherschutz und BGB, JZ 2001, S. 475 - 490.
- Sack, Rolf:** Die Auswirkungen des Art. 30 EG-Vertrag auf das Verbot von Eigenpreisvergleichen (§ 6 e UWG), BB 1994, S. 225 - 237.
- ders.:** Die Präzisierung des Verbraucherleitbildes durch den EuGH, WRP 1999, S. 399 - 402.
- ders.:** Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, WRP 2000, S. 269 - 289.
- ders.:** Die lückenfüllende Funktion der Generalklausel des § 3 UWG, WRP 2005, S. 531 - 544.
- Schardt, Andreas:** Novellierung der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“: Quoten ohne Ende? ZUM 1995, S. 734 - 739.
- Scherer, Inge:** Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung, Band 93 der Schriften zum Wirtschaftsrecht, Berlin 1996 (zitiert: *Scherer*, Privatrechtliche Grenzen der

Verbraucherwerbung).

- dies.*: Divergenz und Kongruenz der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zur Verbraucherwerbung, WRP 1999, S. 991 - 997.
- dies.*: Normative Bestimmung von Verwechslungs- und Irreführungsgefahr im Markenrecht, GRUR 2000, S. 273 - 279.
- dies.*: Partielle Verschlechterung der Verbrauchersituation durch die europäische Rechtsvereinheitlichung bei vergleichender Werbung?, WRP 2001, S. 89 - 97.
- dies.*: Schutz „leichtgläubiger“ und „geschäftlich unerfahrener“ Verbraucher in § 4 Nr. 2 UWG n.F. – Wiederkehr des alten Verbraucherleitbilds „durch die Hintertür“?, WRP 2004, S. 1355 - 1358.
- dies.*: Abschied vom „psychischen Kaufzwang“ – Paradigmenwechsel im neuen Unlauterkeitsrecht, WRP 2005, S. 672 - 676.
- dies.*: Die „unsachliche“ Beeinflussung in § 4 Nr. 1 UWG, WRP 2007, S. 723 - 727.
- dies.*: Das Ende des Verdikts der „gefühlbetonten“ Werbung – Aufgabe der „Sachlichkeits“-Doktrin?, GRUR 2008, S. 490 - 495.
- dies.*: Kinder als Konsumenten und Kaufmotivatoren, WRP 2008, S. 430 - 437.
- dies.*: Ende der Werbung in Massenmedien? – Überlegungen zu Art. 5 Abs. 3 RLUnIGP/§ 3 Abs. 1 Satz 2 UWG-RefE, WRP 2008, S. 563 - 571.
- dies.*: Die „wesentliche Beeinflussung“ nach der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2008, S. 708 - 714.
- dies.*: „Case law“ in Gesetzesform – Die „Schwarze Liste“ als neuer UWG-Anhang, NJW 2009, S. 324 - 331.
- Schmid, Gregor*: Neuordnung des Wettbewerbsrechts – Recht des unlauteren Wettbewerbs und Verbraucherschutz im Wandel; Bericht über das 11. Ringberg-Symposium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1998, S. 475 - 493.
- Schmidl, Michael*: IT-Recht von A - Z – Accessprovider bis Zwischenspeicherung, München 2008 (zitiert: *Schmidl*, IT-Recht).
- Schmidt, Christof*: Unlauter und darüber hinaus..., GRUR 2009, S. 353 - 356.
- Schmidt, Martin*: Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht, Band 29 der Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht, Berlin 2009 (zitiert: *Schmidt*, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht).
- Schmidt, Nicola D.*: Verbraucherschutz im Internet – Wie viel Vertrauen ist gerechtfertigt?, Dossier zum Weltverbrauchertag 2005, Herausgeber Verbraucherzentrale

- Bundesverband (vzbv), Berlin 2005, einsehbar im Internet unter:  
[http://www.vzbv.de/mediapics/dossier\\_internet\\_08\\_03\\_2005.pdf](http://www.vzbv.de/mediapics/dossier_internet_08_03_2005.pdf)  
Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 19.00 Uhr (zitiert: *Schmidt*, Verbraucherschutz im Internet).
- Schöttle, Hendrik*: Die Schwarze Liste – Übersicht über die neuen Spezialtatbestände des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG, WRP 2009, S. 673 - 683.
- Schricker, Gerhard*: Die Arbeiten zur Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in den Ländern der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GRUR Int. 1973, S. 141 - 151.
- ders.*: Deutsches Rabattrecht – weltweit? Bemerkungen zur Entscheidung des BGH vom 13. Mai 1977 – „Weltweit-Club“, GRUR 1977, S. 646 - 650.
- ders.*: Probleme der Europäischen Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs, in: Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, Tübingen 1981, S. 537 - 574 (zitiert: *Schricker*, FS Zweigert, 537).
- ders.*: Die Bekämpfung der irreführenden Werbung in den Mitgliedstaaten der EG, GRUR Int. 1990, S. 112 - 121.
- ders.*: Die europäische Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs – ein aussichtsloses Unterfangen?, GRUR Int. 1990, S. 771 - 777.
- ders. / Henning-Bodewig, Frauke*: Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, WRP 2001, S. 1367 - 1407.
- ders. / Henning-Bodewig, Frauke*: Recht der Werbung in Europa, Loseblattsammlung, Teil Deutschland, 9. Ergänzungslieferung 2004 (zitiert: *Schricker/Henning-Bodewig*, Recht der Werbung in Europa, Teil Deutschland).
- Schulte-Nölke, Hans / Busch, Christoph W.*: Der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken KOM (2003) 356 endg., ZEuP 2004, S. 99 - 117.
- Schulze, Reiner / Schulte-Nölke, Hans*: Rechtsvergleichende Untersuchung des verbraucherschützenden Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten, Juni 2003, einsehbar im Internet unter:  
[http://www.ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/green\\_pap\\_omm/studies/unfair\\_practices\\_de.pdf](http://www.ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/unfair_practices_de.pdf)  
Seite zuletzt abgerufen am 27.03.2010 um 19.00 Uhr (zitiert: *Schulze/Schulte-Nölke*, Rechtsvergleichende Untersuchung des verbraucherschützenden Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten, Juni 2003).
- Schünemann, Wolfgang B.*: Generalklausel und Regelbeispiele, JZ 2005, S. 271 - 279.
- Schweizer, Robert*: Die „normative Verkehrsauffassung“ – ein doppeltes Missverständnis – Konsequenzen für das Leitbild des „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“, GRUR 2000, S. 923 - 933.

- Schwipps, Karsten:** Wechselwirkungen zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, Band 23 der Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2009 (zitiert: *Schwipps*, Wechselwirkungen zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht).
- Seichter, Dirk:** Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2005, S. 1087 - 1095.
- ders.:** Das Regenwaldprojekt – Zum Abschied von der Fallgruppe der gefühlsbetonten Werbung, WRP 2007, S. 230 - 237.
- Seidelberger, Hannes:** Die UWG-Novelle 2007 und ihre Auswirkungen auf die Praxis, RdW 2008/24, S. 59 - 64 (zitiert: *Seidelberger*, RdW 2008/24, 59).
- Sommer, Michael:** Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz – Analyse des Spannungsverhältnisses anhand der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG, Band 43 der Schriftenreihe: Studien zum Gewerblichen Rechtsschutz und zum Urheberrecht, Hamburg 2008 (zitiert: *Sommer*, Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz).
- Sosnitza, Olaf:** Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung – Erscheinungsformen und Ursachen auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts, Band 137 der Schriftenreihe Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, 1. Auflage 1995, Baden-Baden (zitiert: *Sosnitza*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung).
- ders.:** Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Voll- oder Teilharmonisierung?, WRP 2006, S. 1 - 7.
- ders.:** Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2008, S. 1014 - 1034.
- ders. / Kostuch, Jolanta:** Telefonische Mitarbeiterabwerbung am Arbeitsplatz – Ein Beitrag zum Verhältnis von §§ 3, 4 Nr. 10 und 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, WRP 2008, S. 166 - 170.
- Spätgens, Klaus:** Irreführende Werbung – Verbraucherleitbild – Marktforschung, WRP 2000, S. 1023 - 1028.
- Staudingers, Jürgen von:** Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2008 (zitiert: *Bearbeiter* in Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2008).
- Steinbeck, Anja:** Übertriebenes Anlocken, psychischer Kaufzwang etc. ...gibt es sie noch?, GRUR 2005, S. 540 - 547.
- dies.:** Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Irreführende Geschäftspraktiken – Umsetzung in das deutsche Recht, WRP 2006, S. 632 - 639.
- dies.:** Die Zukunft der aggressiven Geschäftspraktiken, WRP 2008, S. 865 - 870.
- Steindorff, Ernst:** Grenzen der EG-Kompetenzen, Heft 65 der Abhandlungen aus dem

gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Heidelberg 1990 (zitiert: *Steindorff*, Grenzen der EG-Kompetenzen).

*ders.*: Unlauterer Wettbewerb im System des EG-Rechts, WRP 1993, S. 139 - 151.

*Steingass, Sibille / Teworte, Marie-Christine*: Stellung und Reichweite des Transparenzgebots im neuen UWG, WRP 2005, S. 676 - 687.

*Streinz, Rudolf*: EUV/EGV - Kommentar, München 2003 (zitiert: *Bearbeiter* in Streinz, EUV/EGV).

*ders.*: Europarecht, 8. Auflage, Heidelberg 2008 (zitiert: *Streinz*, Europarecht).

*Szönyi, Catherine*: Das französische Werbe- und Verbraucherrecht – Bemerkungen zum Code de la consommation, GRUR Int. 1996, S. 83 - 98.

*Teplitzky, Otto*: Verwechslungsgefahr und Warenähnlichkeit im neuen Markenrecht, GRUR 1996, S. 1 - 5.

*Tilmann, Winfried*: Richtlinie vergleichende Werbung, GRUR 1997, S. 790 - 799.

*Ullmann, Eike*: Die Europäische Union und das nationale Wettbewerbs- und Urheberrecht, JZ 1994, S. 928 - 937.

*ders.*: juris Praxiskommentar UWG, 2. Auflage, Saarbrücken 2009 (zitiert: *Bearbeiter* in Ullmann, jurisPK-UWG).

*Ulmer, Eugen*: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band 1: Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung, München, Köln 1965 (zitiert: *Ulmer*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Band 1).

*ders.*: Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt, GRUR Int. 1973, S. 135 - 140.

*Ulmer, Peter*: Verbraucherpreisempfehlung und Rabattverbot – Zur Problematik faktischer Bindungswirkung von Preisempfehlungen für Kraftfahrzeuge aufgrund von Preisangabenverordnung und Rabattgesetz, GRUR Int. 1983, S. 611 - 621.

*Veelken, Winfried*: Nationales Lauterkeitsrecht und EG-Recht, ZVglRWiss 1993, S. 241 - 281.

*ders.*: Kundenfang gegenüber dem Verbraucher – Bemerkungen zum EG-Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2004, S. 1 - 30.

*Wandtke, Artur-Axel / Bullinger, Winfried*: Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Auflage, München 2009 (zitiert: *Bearbeiter* in Wandtke/Bullinger, UrhG).

*Weber, Rolf*: Internationale Harmonisierungsansätze im Lauterkeitsrecht, sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, Bern, 1998, S. 158 - 174 (zitiert: *Weber*, sic! 1998, 158).

**Weiler, Frank:** Psychischer Kaufzwang – Ein Abschiedsplädoyer, WRP 2002, S. 871 - 876.

**Weinand, Armin:** Europarecht und Recht gegen den unlauteren Wettbewerb – Entwicklung und Harmonisierung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb im EG-Rechtssystem, Band 281 der Nomos Universitätsschriften Recht, 1. Auflage, Baden-Baden 1998 (zitiert: *Weinand*, Europarecht und Recht gegen den unlauteren Wettbewerb).

**Weiß, Wolfgang:** Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit – Von der Konvergenz der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote zur Auflösung der Differenzierung zwischen unterschiedslosen und unterschiedlichen Maßnahmen, EuZW 1999, S. 493 - 498.

**Wiebe, Andreas:** Die „guten Sitten“ im Wettbewerb – eine europäische Regelungsaufgabe?, WRP 2002, S. 283 - 293.

**ders. / Kodek, Georg E.:** Kommentar zum UWG, Wien 2009 (zitiert: *Bearbeiter* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG).

**Wiltschek, Lothar / Majchrzak, Katharina:** Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich – Eine Übersicht über die im Jahr 2007 veröffentlichten Entscheidungen, WRP 2008, S. 987 - 1013.

**Wiszniewska, Irena:** Novellierung des polnischen Gesetzes über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int. 2001, S. 213 - 219.

**Witz, Claude / Wolter, Gerhard:** Das neue französische Verbrauchergesetzbuch, ZEuP 1995, S. 35 - 44.

**Würdinger, Markus:** Die Analogiefähigkeit von Normen – Eine methodologische Untersuchung über Ausnahmenvorschriften und deklaratorische Normen, AcP Band 206 (2006), S. 946 - 979 (zitiert: *Würdinger*, AcP 2006, 946).

**Zimmermann, Reinhard:** Der europäische Charakter des englischen Rechts – Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, ZEuP 1993, S. 4 - 51.

**Zuleeg, Manfred:** Die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1969, S. 97 – 108.

