

Reto M. Hilty
Frauke Henning-Bodewig
Herausgeber



MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law **14**

Lauterkeitsrecht und Acquis Communitaire

 Springer

Max Planck Institute for Intellectual Property,
Competition and Tax Law

For further volumes/weitere Bände:
<http://www.springer.com/series/7760>



MPI Studies on Intellectual Property,
Competition and Tax Law

Volume 14

Edited by

Josef Drexl
Reto M. Hilty
Wolfgang Schön
Joseph Straus

Reto M. Hilty • Frauke Henning-Bodewig
(Herausgeber)

Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire

Herausgeber
Professor Dr. Reto Hilty
Dr. Frauke Henning-Bodewig
Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum,
Wettbewerbs- und Steuerrecht
Marstallplatz 1
80539 München
hilty@ip.mpg.de
frauke.henning-bodewig@ip.mpg.de

ISBN 978-3-642-05425-9 e-ISBN 978-3-642-05426-6
DOI 10.1007/978-3-642-05426-6
Springer Heidelberg Dordrecht London New York

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2009

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funk- sendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungs- pflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Einbandentwurf: WMX Design GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem Papier

Springer ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media (www.springer.com)

Inhaltsverzeichnis

Autorenverzeichnis	VII
--------------------------	-----

I. Einführung in die Thematik

Begrüßung und Einführung	3
<i>Reto M. Hilty</i>	
<i>Frauke Henning-Bodewig</i>	

II. Die Rahmenbedingungen des Europäischen Lauterkeitsrechts

Was gehört zum Lauterkeitsrecht?	9
<i>Frauke Henning-Bodewig</i>	

Die Ziele des Primärrechts und ihre Bedeutung für das Europäische Lauterkeitsrecht: Auflösungserscheinungen eines Rechtsgebiets?	27
<i>Alexander Peukert</i>	

Reichweite internationalrechtlicher Vorgaben	65
<i>Martin Pflüger</i>	

Der Beitrag der Ökonomik für das Europäische Lauterkeitsrecht	97
<i>Wolfgang B. Schünemann</i>	

III. Themenbereiche des Lauterkeitsrechts

Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise?	125
<i>Karl-Nikolaus Peifer</i>	

Spezielle Wettbewerbsförderung durch Europäisches Lauterkeitsrecht: Plädoyer für ein allgemeines Europäisches Wettbewerbsrecht	151
<i>Rupprecht Podszun</i>	

Mehr oder weniger Leistungsschutz durch Europäisches Lauterkeitsrecht? . . . 181
Ansgar Ohly

Mehr oder weniger Konkurrentenschutz durch
Europäisches Lauterkeitsrecht? 207
Axel Beater

Mehr oder weniger Verbraucherschutz durch
Europäisches Lauterkeitsrecht? 227
Josef Drexl

IV. Zukunftsperspektiven

Zusammenfassung der bisherigen Ansätze 259
Reto M. Hilty

Entwicklungslinien des Lauterkeitsrechts 263
Jochen Glöckner

Generaldiskussion 291

Anhang

Tagungsprogramm 305

Autorenverzeichnis

Autoren der Referate:

Axel Beater	Prof. Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Medienrecht an der Universität Greifswald
Josef Drexl	Prof. Dr. iur., Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München; Honorarprofessor an der LMU München
Jochen Glöckner	Prof. Dr. iur., Professor für deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Konstanz
Frauke Henning-Bodewig	Dr. iur., Referatsleiterin am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München
Reto M. Hilty	Prof. Dr. iur., Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München, Honorarprofessor an der LMU München; Ordinarius ad personam an der Universität Zürich
Ansgar Ohly	Prof. Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, insb. Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht an der Universität Bayreuth
Karl-Nikolaus Peifer	Prof. Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht, Urheberrecht, Gewerblichen Rechtsschutz, Wirtschaftsrecht und Neue Medien an der Universität Köln
Alexander Peukert	Prof. Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt im internationalen Immaterialgüterrecht an der Goethe-Universität Frankfurt/Main, Exzellenzcluster Normative Orders
Martin Pflüger	Rechtsanwalt, München; ehemaliger Mitarbeiter am MPI
Rupprecht Podszun	Dr. iur., Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München
Wolfgang B. Schönemann	Prof. Dr. iur., Professor für Privatrecht an der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der TU Dortmund

Autoren der Diskussionsbeiträge:

Hans-Jürgen Ahrens	Prof. Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, deutsches und internationales Zivilprozessrecht an der Universität Osnabrück
Katja Heintschel von Heinegg	Rechtsanwältin beim Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW), Berlin
Jan Kabel	Prof. Dr. iur., Emeritierter Professor für Informationsrecht an der Universität Amsterdam, Niederlande
Roland Knaak	Dr. iur., Referatsleiter am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München
Annette Kur	Prof. Dr. iur., Referatsleiterin am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München
Matthias Leistner	Prof. Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht an der Universität Bonn
Hans W. Micklitz	Prof. Dr. iur., Professor für Wirtschaftsrecht am European University Institute in Florenz
Bernd Nauen	Dr. iur., Geschäftsführer des Zentralverbands der deutschen Werbewirtschaft (ZAW), Berlin
Igor B. Nestoruk	Dr. iur., Lehrbeauftragter der Universität Posen, Polen
Rolf Sack	Prof. Dr. iur., Emeritierter Professor der Juristischen Fakultät der Universität Mannheim
Thomas Sambuc	Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Stuttgart
Martin Senftleben	Prof. Dr. iur., Professor für Privatrecht, insbesondere Geistiges Eigentum an der Freien Universität Amsterdam, Niederlande
Jules Stuyck	Prof. Dr. iur., Direktor des Instituts für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Leuven, Belgien; Rechtsanwalt, Brüssel
Eike Ullmann	Prof. Dr. iur., Ehemaliger Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe
Rogier de Vrey	Dr. iur., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter am Centre for Intellectual Property der Universität Utrecht, Niederlande

I. Einführung in die Thematik

Begrüßung und Einführung

Reto M. Hilty

Ich habe das große Vergnügen und die Ehre, Sie zu unserer Tagung zum Lauterkeitsrecht und zum Acquis Communautaire zu begrüßen; dies auch im Namen von *Frauke Henning-Bodewig*, die die ganz überwiegende Last der Organisation und Konzeption dieser Tagung getragen hat, sowie aller anderen Mitwirkenden aus dem Hause, insbesondere *Martin Apetz*, *Matthias Jentsch* und *Julia Molestina*, die verantwortlich für das Zusammentragen des Materials, in dem Ihnen vorliegenden „Reader“ sind*. Diese Tagung steht nicht isoliert, sondern in einem größeren Kontext. Wenn wir zurückschauen, denke ich an die schöne Tagung in Budapest im Jahre 2005: damals ging es uns schwergewichtig um die Thematik der Osterweiterung. Wir wollten gewisse Systeme vergleichen. Schon im Westen Europas gibt es durchaus unterschiedliche Systeme; in der damaligen Phase war besonders interessant, diese den neuen Mitgliedstaaten gegenüberzustellen, die bis erst kurz davor ein Wettbewerbsrecht westlichen Zuschnitts etablieren mussten. Aus der Tagung von 2005 ist ein Tagungsband entstanden: „Law Against Unfair Competition. Towards a new Paradigm in Europe“. Bereits 1991 gab es eine Tagung mit einem recht ähnlichen Fokus, nämlich Mittel- und Osteuropa, damals konzentriert auf den Verbraucherschutz. 1997 gab es eine Tagung auf Schloss Ringberg, die mit dem Titel „Neuordnung des Wettbewerbsrechts“, die näher am Geist der heutigen Tagung lag, wobei wir nun mit einem etwas bescheideneren Titel und stark auf Europa konzentriert antreten.

Ich glaube, wir sind uns alle einig, dass das UWG tatsächlich weit mehr Beachtung verdient als ihm in der Wissenschaft zuteilt wird. In dem Rechtsdenken gegen unlauteren Wettbewerb stecken Wurzeln für viele Denkansätze, die sich auch außerhalb jener Gesetzgebung manifestieren und die ebenfalls auf das Verhalten von Marktteilnehmern unter Wettbewerbsbedingungen Einfluss nehmen. Nicht zuletzt die mangelnde Durchdringung der Schnittstellen zwischen diesen unterschiedlichen Gebieten ist Ursache für eine Vielzahl von Problemen und die unscharfe Konturen, die das Lauterkeitsrecht aufweist. Entsprechend dreht sich unsere Tagung im Grunde auch um die Frage, was eigentlich genau zum Lauterkeitsrecht dazugehört; hierüber wird später noch *Frauke Henning-Bodewig* sprechen. Man kann diese Frage formal oder auch inhaltlich betrachten. Sie kennen alle die Diskussionen über die Frage, was eigentlich Schutzsubjekt des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb bzw. wie das Verhältnis der verschiedenen Rechtssubjekte zueinander sei. Die Frage nach dem Schutzobjekt ist denn auch einer der Diskussionspunkte; zum Schutzzweck bzw. den Schutzziele werden wir einiges hören von *Alexander Peukert*. Ein

* Für die Mitarbeit an der Veröffentlichung des Tagungsbandes danken wir insb. Frau *Jolanta Kostuch*, gleichfalls vom MPI München.

weiteres Thema werden die sehr unterschiedlichen (um nicht zu sagen konträren) Denk- bzw. Regulierungsansätzen sein. Ausgangspunkt sein wird die „jüngste“ internationale Norm, die sich relativ umfassend mit dem Lauterkeitsrecht auseinandersetzt – Art. 10^{bis} PVÜ in der Fassung von 1958, dessen Reichweite *Martin Pflüger* analysieren wird –, die entsprechend ihrem Alter von einem weit reichend moralisierenden Ansatz ausgeht. Viele nationale Rechte sind dort stehen geblieben oder haben bei diesem Ansatz jedenfalls ihren Schwerpunkt, was sich teilweise schon in den Formulierungen manifestiert (z.B. dem französischen Tatbestand der „concurrency déloyale parasitaire“). Zwischenzeitlich gibt es jedoch andere Entwicklungen, insbesondere die sog. funktionalen, marktbezogenen – im Grunde ökonomischen – Ansätzen, die teilweise schon fast an das Kartellrecht erinnern. Allerdings kranken diese Ansätze oft daran, dass die Ökonomen – und insbesondere die amerikanischen Ökonomen – eigentlich gar nicht wissen, was wir unter „Recht gegen unlauteren Wettbewerb“ verstehen. Nachdem der hierfür vorgesehene Referent, der Ökonom Herr von Graevenitz leider kurzfristig absagen musste, wird dankenswerterweise *Wolfgang Schünemann* in die Presche springen und uns einige Gedanken dazu näher bringen.

Ein allgemeines Problem des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb besteht bekanntlich darin, dass es im Grunde wie ein „Findelkind“ behandelt wird. Niemand weiß so recht, wer das Fürsorgerecht hat, was man ganz besonders auf der Ebene der Europäischen Union merkt, wo die Zuständigkeiten keineswegs klar sind, was denn auch oft zu einseitigen Priorisierungen – wie namentlich dem Verbraucherschutz – führt. Vor diesem Hintergrund stecken wir das Ziel unserer Tagung zwar nicht so weit, dass wir bereits konkrete Wege aufzeigen wollen; aber wir möchten dem Ende dieser Unterbelichtung des UWG ein Stück näher kommen. Wir haben dafür durchaus Visionen, die wir teilweise sicherlich auch mit Ihnen teilen, und über die wir uns mit Ihnen am Samstag im Detail unterhalten möchten. Wie weit wir dabei kommen, werden wir sehen. Einstweilen freuen wir uns sehr, dass Sie gekommen sind; wir haben eine – im positivsten Sinne des Wortes – illustere Gästeschar beisammen. Ich darf Sie herzlich willkommen heißen und darf Ihnen und uns eine gute, spannende und eine gewinnbringende Tagung wünschen.

Frauke Henning-Bodewig

Nach dieser treffenden Einführung von *Reto Hilty* in die Thematik kann ich mich auf einige ergänzende Sätze beschränken. Das Thema dieser Tagung ist auch eine Reaktion auf die Entwicklung des Lauterkeitsrechts in den letzten Jahren, insbesondere auf europäischer Ebene. Es ist die Reaktion auf ein gewisses Unbehagen, das man an dem Satz: „Kohärenz und Systematik sind keine vorrangigen Ziele“ festmachen könnte. Ausgesprochen hat diesen Satz ein Vertreter der Kommission in einer Diskussion; damals ging es um die Abgrenzung des Herkunftslandprinzips vom internationalen Privatrecht in der sog. E Commerce-Richtlinie. Auch wenn man derartige im Eifer des Gefechts fallenden Aussagen nicht auf die Goldwaage legen sollte, hat sich gerade diese Aussage wohl nicht nur bei mir deshalb so eingepreßt, weil sie das Unbehagen an neuen Arbeiten auf europäischer Ebene auf den Punkt bringt: „Kohärenz und Systematik“ sind in der Tat nichts, was die Arbeiten der Kommission auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts auszeichnet. Anders als im Markenrecht, wo man sich mit Erfolg um eine systematische, kohärente Lösung bemüht hat, wird im Lauterkeitsrecht auf europäischer Ebene mal dies, mal das geregelt, ohne dass sich hieraus eine einheitliche Linie ergäbe.

Natürlich liegt das auch an der Tücke der Materie. Das Lauterkeitsrecht ist dogmatisch zweifellos schwer in den Griff zu bekommen. Die ungeklärte Frage des Verhältnisses zum Verbraucherschutz, die ebenso ungeklärte Abgrenzung zu den IP-Rechten und zahlreiche weitere ungelöste Probleme werden von Richtlinie zu Richtlinie vor sich hergeschoben. Auch die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken hat – anders als von der Kommission gedacht – keineswegs zu einer Beruhigung geführt, sondern die Diskussion eher noch angeheizt.

Offenbar gibt es auf Seiten der Kommission jedoch auch Bestrebungen, Kohärenz und Systematik nicht mehr als „dirty words“, sondern als unumgängliche Zielsetzungen zu akzeptieren. So sollen jedenfalls Teile des Verbraucherschutzrechts in einer Rahmenrichtlinie zum Verbraucherschutz zusammengefasst werden. Bezeichnenderweise wird dabei jedoch wiederum die Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken ausgegliedert, was verdeutlicht, dass sie auch in den Augen der GD Sanco eben kein „reines“ Verbraucherschutzrecht, sondern auch Konkurrentenrecht und Marktrecht ist.

Diese anerkennenswerten Bemühungen der Kommission im Verbrauchervertragsrecht sind m.E. bereits Grund genug, die Diskussion darüber, wie es auf europäischer Ebene eigentlich im Lauterkeitsrecht weitergehen soll, wieder aufzunehmen. Wie lassen sich künftige europäische Regelungen systematisch so in den Griff bekommen, dass sie ein in sich geschlossenes System ergeben und zugleich das gewachsene Lauterkeitsrecht der meisten Mitgliedstaaten nicht unterminieren? Der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken ist dies nicht gelungen: sie hat jedenfalls in den Ländern, die traditionell Lauterkeitsrecht nicht nur als Verbraucherschutzrecht sehen, zu großen Problemen geführt und wird auch da, wo die Richtlinie

ohne Bezug zu den bestehenden nationalen Rechtsregelungen umgesetzt wurde, in Zukunft schwierige Abgrenzungsprobleme hervorrufen. Denn eine überzeugende Lösung ist ohne Kohärenz und Systematik weder im nationalen noch im europäischen Lauterkeitsrecht denkbar und es ist Ziel dieser Tagung, hierzu konstruktive Gedanken zu entwickeln.

II. Die Rahmenbedingungen des Europäischen Lauterkeitsrechts

Was gehört zum Lauterkeitsrecht?

Frauke Henning-Bodewig

A. Vorbemerkung

Die Ausführungen zum Thema „Was gehört zum Lauterkeitsrecht?“ sind nicht zu verwechseln mit dem Thema „Was *sollte* zum Europäischen Lauterkeitsrecht gehören?“. Letzteres zu beantworten – d.h. zu erarbeiten, welcher Problemkreise sich das europäische Recht annehmen sollte (und welcher besser nicht) –, ist Gesamtthema dieser Tagung. Im Folgenden geht es also ausschließlich um eine *Bestandsaufnahme*, nämlich den Versuch einzugrenzen, was *de facto* zum Lauterkeitsrecht zählt.

Natürlich kann man sich fragen, ob es wirklich notwendig ist, Inhalt und Grenzen des Lauterkeitsrechts aufzuzeigen. Wird nicht in der neueren deutschen Literatur in geradezu auffälliger Weise jeder Versuch einer Definition vermieden?¹ Auch auf europäischer Ebene hält man sich ungern mit Definitionen auf. Andererseits macht gerade das europäische Recht eine Eingrenzung der Materie unumgänglich. So lässt z.B. Art. 96 der Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung (GGV)² die Anwendung der nationalen Vorschriften gegen unlauteren Wettbewerb unberührt. Und auch die sog. ROM II-Verordnung,³ die seit 2009 das europäische IPR regelt, enthält in Art. 6 eine Sonderanknüpfung für (grenzüberschreitende) unlautere Wettbewerbshandlungen. Schon von daher erscheint es geboten, sich darüber Klarheit zu verschaffen, was zum „Recht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“ – ein Begriff, für den im Folgenden der Einfachheit halber das Kürzel „Lauterkeitsrecht“ verwendet wird⁴ – gehört.

¹ Zu diesem Phänomen statt aller *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006, S. 5; *Mankowski*, GRUR Int. 2005, 634.

² VO (EG) 6/2002 vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. EG L 3/1.

³ VO (EG) 864/2007 vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EG L 199/40.

⁴ Ursprünglich wurde in Deutschland die Regelungsmaterie des „Gesetzes zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“ (UWG) von 1909 und seiner Nebengesetze schlicht „Wettbewerbsrecht“ genannt, während die Regeln zur Gewährleistung freien Wettbewerbs als Kartellrecht (GWB) bezeichnet wurden. Nachdem jedoch in der gemeinschaftsrechtlichen Terminologie die englische Bezeichnung „competition law“ für die Wettbewerbsregeln in Art. 81, 82 EG üblich wurde, musste man – um Verwechslungen zwischen beiden Gebieten zu vermeiden – in Deutschland notgedrungen wieder den korrekten Langtitel „Recht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“ oder auch „Wettbewerbsrecht im engeren Sinne“ bzw. „Recht gegen unlauteren Wettbewerb“ verwenden. Alle diese Bezeichnungen sind jedoch gleichermaßen umständlich. Deshalb hat sich in den letzten Jahren in Deutschland mehr und mehr die knappe Schweizer Bezeichnung „Lauterkeitsrecht“ durchgesetzt. Eine inhaltliche Änderung ist damit jedoch nicht verbunden.

Dabei kann es allerdings *nicht* um eine *exakte Definition* des Lauterkeitsrechts in all seinen Facetten gehen, sondern nur um eine ungefähre Eingrenzung des Zugriffsbereichs, die in Anbetracht der Komplexität und Wechselwirkung der verschiedenen Eingrenzungskriterien notgedrungen unvollkommen bleiben wird. Denn zur Einordnung dessen, was das Lauterkeitsrecht seinem Wesen nach ausmacht, gibt es *mehrere Ansatzpunkte*. Neben den eher spärlichen Hinweisen im *internationalen Recht* existiert ein reichhaltiges, aber relativ unsystematisiertes Regelungswerk von Richtlinien und Verordnungen auf *europäischer Ebene*, das Aspekte wie Marketing, Werbung, Geschäftspraktiken, kommerzielle Kommunikationen etc. erfasst und das wiederum im Zusammenhang mit dem EG-Vertrag und der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten zu sehen ist. Nicht vernachlässigt werden darf jedoch auch die *nationale Ebene*. Denn in den meisten Mitgliedstaaten der EU gibt es Regelungen, die man – grob verallgemeinernd – als Lauterkeitsrecht oder ähnlich bezeichnen könnte und die in einigen Mitgliedstaaten sogar ein wichtiges eigenes Rechtsgebiet ausmachen. Dieses nationale Verständnis vom Lauterkeitsrecht wird im Folgenden sogar im Mittelpunkt stehen. Denn das primäre Gemeinschaftsrecht kann zwar die generelle Marschroute vorgeben; das sekundäre Gemeinschaftsrecht sollte jedoch innerhalb dieser Vorgaben nur das widerspiegeln, was dem Rechtsverständnis seiner Mitgliedstaaten entspricht. Entscheidend ist also das *gesamteuropäische Verständnis vom Recht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, das aus der vorgenannten Gemengelage europarechtlich autonom, insbesondere auch mit Hilfe der Rechtsvergleichung herauszufiltern ist.⁵

B. Internationalrechtliche Anhaltspunkte

Wer auf internationalrechtlicher Ebene nach Anhaltspunkten für eine Definition des Lauterkeitsrechts sucht, wird unschwer auf Art. 10^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) stoßen.⁶ In der Tat befasst sich diese bislang einzige zusammenhängende Regelung des Lauterkeitsrechts auf internationaler Ebene⁷ bereits seit 1900 unter dem Aspekt des *gewerblichen Rechtsschutzes* mit unlauteren Wettbewerbshandlungen. Art. 10^{bis} PVÜ wird dabei durchaus zu Recht als „*unfair competition law in a nutshell*“⁸ bezeichnet: Im Anschluss an eine jede unlautere Wettbewerbshandlung verbietende Generalklausel in Absatz 1 definiert Absatz 2 die Unlauterkeit als „jede Wettbewerbshandlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft“, was in Absatz 3 mittels dreier Beispielsfälle (Verwechslungsgefahr, Anschwärzung, Irreführung) näher erläutert wird.

⁵ Ebenso Glöckner in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 2. Aufl. 2009, Einl. C Rn. 89; Mankowski in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Internationales Wettbewerbsrecht Rn. 11; Sack, WRP 2008, 845.

⁶ Ausführlich zu Art. 10^{bis} PVÜ der Beitrag von Pflüger in diesem Band auf S. 65.

⁷ Das zweite in Betracht kommende Regelungswerk auf internationaler Ebene, TRIPS, verweist zwar in Einzelfragen auf die PVÜ, enthält jedoch keine eigenständige Regelung des Lauterkeitsrechts. Auch hierzu ausführlich der Beitrag von Pflüger.

⁸ Diese prägnante Bezeichnung stammt von Schrickler, IIC 1995, 782.

Gleichwohl vermag Art. 10^{bis} PVÜ nur noch bedingt etwas zum Verständnis des modernen Lauterkeitsrechts beizutragen. Denn er spiegelt in erster Linie das Rechtsverständnis bei seiner Schaffung vor über 100 Jahren wieder. So wird der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs ganz aus der Perspektive des „anständigen Gewerbetreibenden“ gesehen, ohne Berücksichtigung des Schutzes der Verbraucher durch das Lauterkeitsrecht. Allein von daher stellt Art. 10^{bis} PVÜ zwar einen wichtigen Hinweis auf das historische Verständnis des Lauterkeitsrechts dar – und vermag einen Teilaspekt hiervon, nämlich den ursprünglich im Fokus stehenden Schutz des „anständigen Gewerbetreibenden“ zu erklären –, ist jedoch wenig hilfreich für die Ermittlung des heutigen, weitaus facettenreicheren Verständnisses des Lauterkeitsrechts. Auch die Definition der Unlauterkeit als Verstoß gegen die „anständigen Gepflogenheiten“ ist so offen, dass sie weder zwingend eine ethische Betrachtungsweise fordert noch eine rein funktionale Interpretation ausschließt; aber auch hierauf wird *Martin Pflüger* noch ausführlich eingehen.

C. Gemeinschaftsrechtliche Anhaltspunkte

Die Begriffe „Lauterkeitsrecht“ oder „Recht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“ werden im Europäischen Recht nicht stimmig verwendet. Das Europäische Recht kennt zwar durchaus Begriffe wie „unlautere Geschäftspraktiken“ („unfair commercial practices“),⁹ und verweist sogar – z.B. in Art. 96 GGV und Art. 6 ROM II-Verordnung – auf „unlauteren Wettbewerb“ („unfair competition“) –, des Weiteren wird in verschiedenen Zusammenhängen ganz ungezwungen die Vokabel „lauter“ („fair“, „loyal“), häufiger noch das Gegenteil „unlauter“ („unfair“, „déloyale“) verwendet.¹⁰ Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass diese einzelnen Hinweise auf den unlauteren Wettbewerb weder dogmatisch hinterfragt werden noch in ein bestimmtes Konzept einzuordnen sind.

Angelegt ist dies bereits im *primären Gemeinschaftsrecht*. Denn der EG-Vertrag enthält für das Lauterkeitsrecht keine ausdrückliche Kompetenz. Diese lässt sich nur indirekt begründen. Wie sich aus den Art. 3 lit. g EG ergibt, ist Ziel der EU u.a. der „unverfälschte Wettbewerb“.¹¹ Verfälschungen des Wettbewerbs können jedoch nicht nur durch wettbewerbshindernde Absprachen und Marktmissbrauch, sondern auch durch unlautere (z.B. irreführende) Praktiken entstehen. Weiter strebt die Gemeinschaft gemäß Art. 153 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a EG ein hohes Niveau des Verbraucherschutzes an. Insbesondere auf der Grundlage dieser beiden Aspekte – *Binnenmarkt und Verbraucherschutz* – wurden eine Vielzahl von Richtlinien und Verordnungen erlassen, die Werbung, Marketing, kommerzielle Kommunikationen, unlautere Geschäftspraktiken betreffen.

⁹ Siehe insbesondere die RL 2005/29/EG.

¹⁰ Z.B. in Art. 5 Abs. 2 der RL 89/104/EG (Markenrichtlinie).

¹¹ Im Lissabonner Vertrag soll die Forderung nach einem unverfälschten Wettbewerb in das Protokoll „verschoben“ werden; ob damit Auswirkungen für die gemeinschaftsrechtliche Verankerung des unlauteren Wettbewerbs verbunden sind, ist noch ungewiss; vgl. hierzu den Beitrag von *Peukert* in diesem Band auf S. 27.

Anders als etwa im europäischen Markenrecht gibt es jedoch *keine zusammenhängende Regelung des Lauterkeitsrechts*, also nichts, was Juristen oder gar Laien spontan als eigenständige Regelungsmaterie ausmachen würden.

Dabei hat es nicht an Versuchen in diese Richtung gefehlt. So sollte in den 60er Jahren auf der Grundlage des *Ulmer-Gutachtens* in den damals sechs Mitgliedstaaten der EWG ein einheitliches europäisches Recht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs geschaffen werden. Hieraus ist bekanntlich nichts geworden. Die Gründe hierfür (Beitritt Großbritanniens und Irlands mit einem ganz anderen Rechtssystem, unterschiedliche Auffassung über die Stellung des Verbraucherschutzes, nicht gerade hilfreiche Aufspaltung der Kompetenzen in der Kommission auf verschiedene Generaldirektionen) sind bereits wiederholt erörtert und dargestellt worden¹² und sollen deshalb an dieser Stelle nicht noch einmal erörtert werden.

Festgehalten sei lediglich, dass als Folge des Scheiterns einer übergreifenden Regelung über Jahrzehnte hinweg lediglich bestimmte Ausschnitte aus dem ursprünglichen Vorhaben geregelt wurden, nämlich diejenigen Aspekte, die noch am ehesten auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen waren. Als *konsensfähig* galt insbesondere der Bereich der *Werbung*, aus dem 1984 erst die irreführende,¹³ 1997 dann die vergleichende Werbung¹⁴ harmonisiert wurde. Daneben entstanden etliche Richtlinien und Verordnungen, welche Werbung und Marketing für bestimmte Produkte (z.B. für Lebensmittel, Heilmittel, Tabak) regeln, sowie einige Richtlinien, die diese Aspekte für das Fernsehen und das Internet (mit) erfassen.¹⁵ Und schließlich sind Themenbereiche, die zuvor in einigen Mitgliedstaaten dem Wettbewerbsrecht zugeordnet wurden, in die IP-Rechte „abgewandert“, z.B. der Schutz von Datenbanken oder der Schutz der bekannten Marke.¹⁶

Diese Regelung jeweils kleinerer Ausschnitte, insbesondere aus dem Bereich von Marketing und Werbung, also der sog. „*piece meal-approach*“, ist nicht ohne Kritik geblieben, da er zu Überlappungen und Abgrenzungsproblemen führt.¹⁷ 2005 hat die Kommission daher einen erneuten Anlauf zu einer medien- und produktübergreifenden, nicht auf Einzelaspekte der Werbung beschränkten Regelung gemacht. Herausgekommen ist die *Richtlinie 2005/29/EG über unlautere*

¹² Ausführlich dazu z.B. *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2002, 389 und die dortigen Hinweise auf die Literatur.

¹³ RL 84/450/EWG (heute Teil der RL 2006/116/EG).

¹⁴ RL 97/55/EG (heute Teil der RL 2006/116/EG).

¹⁵ Vgl. dazu die Überblicke von v. *Jagow* und *Frank* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 5), Einl. G, H, I.

¹⁶ Bei Art. 5 Abs. 2 der Markenrichtlinie wird der lauterkeitsrechtliche Bezug besonders deutlich durch das Erfordernis, dass die Unterscheidungskraft oder Wertschätzung der Marke „ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise“ ausgenutzt oder beeinträchtigt werden muss.

¹⁷ Besonders deutlich wird dies bei der unerbetenen Telefonwerbung, die gleich in vier Richtlinien (ohne explizite inhaltliche Abgrenzung) geregelt wurde, nämlich in der RL 97/7/EG (Fernabsatzrichtlinie); RL 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie); RL 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie); RL 2005/29/EG (UGP-Richtlinie); dazu bereits *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311.

Geschäftspraktiken,¹⁸ über die bereits viel geschrieben und geredet wurde, so dass ich mich auch hier kurz fassen kann, zumal *Alexander Peukert* und *Josef Drexl* noch ausführlich auf sie eingehen werden.¹⁹

Die Richtlinie 2005/29/EG kommt sicherlich einer einheitlichen Regelung des Lauterkeitsrechts und damit einem „Europäischen Lauterkeitsrecht“ am nächsten. Sie enthält immerhin in Art. 5 Abs. 1 eine unlautere Geschäftspraktiken verbietende *Generalklausel*, die in Art. 5 Abs. 2 die Unlauterkeit als Verstoß gegen die „Erfordernisse der beruflichen Sorgfaltpflicht“ definiert, wobei letztere in Art. 2 lit. h wiederum erläutert werden als „Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt“, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, „dass der Gewerbetreibende sie gegenüber dem Verbraucher gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet“. Das ist allerdings ebenso umständlich wie umfassend wie vage. Die Richtlinie hat weiterhin den Nachteil, dass sie auf *Geschäfte mit dem Verbraucher* beschränkt ist. Dass damit nur ein Teil des Lauterkeitsrechts erfasst wird, dass es gerade bei der von der Richtlinie ausführlich geregelten irreführenden Werbung sinnwidrig ist, nur den Verbraucher und nicht auch gewerbliche Abnehmer einzubeziehen und dass auch Konkurrenten von irreführenden Geschäftspraktiken massiv in ihren Interessen beeinträchtigt werden, räumt indirekt auch Erwägungsgrund 8 der Richtlinie ein. Danach gebe es „selbstverständlich andere unlautere Geschäftspraktiken, die nicht unmittelbar den Verbraucher schädigen“ und auch die „rechtmäßig handelnden Mitbewerber“ seien (mittelbar) durch die Richtlinie geschützt, da diese „auch für Mitbewerber einen lautereren Wettbewerb gewährleiste“; weiterhin können Mitbewerber Klagen auf die Richtlinie stützen, wenn das nationale Recht dies zulässt (Art. 11). Trotz dieser Erkenntnis hat man jedoch z.B. den Irreführungsbereich nicht etwa einheitlich geregelt – nahegelegen hätte insofern eine Novellierung der sich mit dieser Thematik bereits befassenden Richtlinie 84/450/EWG –, sondern umgekehrt diese bereits vorhandene Richtlinie, ohne erkennbaren Gewinn an Klarheit und Rechtssicherheit in ihrem Anwendungsbereich beschränkt.²⁰ Von einem *einheitlichen und einfachen Rechtsrahmen*, den die Richtlinie unlauterer Geschäftspraktiken ja anstrebt, ist man damit weiter denn je entfernt.

In gewisser Weise setzt dieser Ansatz freilich nur fort, was sich in der bereits vorhin genannten, nicht ganz eindeutigen Kompetenz der Gemeinschaft zur Regelung des Lauterkeitsrechts und in der *Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten* der Art. 28, 49 EG abzeichnete. Seit der berühmten „Cassis“-Entscheidung aus dem Jahre 1979²¹ können nationale Regelungen zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs außer bei Vorliegen der in Art. 30 EG genannten Gründe auch dann gerechtfertigt sein, wenn sie notwendig sind, um „zwingenden Erfordernissen der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes“ gerecht zu wer-

¹⁸ RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken vom 11. Mai 2005, ABl. EG 2005 L 149/22.

¹⁹ S. 27 und 227 in diesem Band.

²⁰ So nunmehr der die irreführende Werbung behandelnde Teil der RL 2005/114/EG.

²¹ *EuGH GRUR Int.* 1979, 468.

den.²² Das ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert. Zum einen sieht der EuGH das Lauterkeitsrecht also nicht – wie die Pariser Verbandsübereinkunft – als Teil des gewerblichen Rechtsschutzes an, denn sonst hätte es (da Art. 30 das geistige Eigentum *expressis verbis* nennt) nicht eines zusätzlichen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes bedurft. Zum anderen unterscheidet der EuGH zwischen der Lauterkeit des Handelsverkehrs und dem Schutz der Verbraucher. Auch wenn beide Aspekte nicht im Wege eines Gegensatzes miteinander verbunden sind – was u.U. eine Interpretation in dem Sinne zulässt, dass die „Lauterkeit des Handelsverkehrs“ den Aspekt des Schutzes der Verbraucher vor unlauterem Wettbewerb mitefasst und mit „Verbraucherschutz“ der davon nicht erfasste Teil, insbesondere der vertragsrechtliche Verbraucherschutz, gemeint ist – so ist diese Formulierung zumindest vieldeutig.

Eindeutig der erstgenannten Auffassung – also dass Verbraucherschutz einen Teil der „Lauterkeit des Handelsverkehrs“ ausmacht – ist übrigens das neuste sekundäre Gemeinschaftsrecht auf dem hier interessierenden Gebiet, die *ROM II-Verordnung*.²³ Sie regelt das anwendbare Recht in Art. 6 Abs. 1 für „außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten“ und verweist in Art. 6 Abs. 2 nur bei den „ausschließlich die Interessen eines bestimmten Wettbewerbers verletzenden Handlungen“ auf die allgemeine Kollisionsnorm des Art. 4. Dies lässt den Eindruck entstehen, dass es sich bei „unlauterem Wettbewerb“ um einen im Anwendungsbereich festgelegten, allgemein akzeptierten rechtlichen Problemkreis handelt, der im Regelfall sowohl die Interessen der Verbraucher als auch die der Unternehmen umfasst. Und in der Tat legt Erwägungsgrund 21 der ROM II-Verordnung die *Schutzzwecktrias* der ursprünglichen Richtlinie 84/450/EWG zugrunde, sieht also den Schutzzweck des Lauterkeitsrechts im Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit.²⁴ Die erst zwei Jahre zuvor ergangene Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken mit ihrer B2C-Beschränkung (und die dadurch bedingte Beschränkung der Regelung der irreführenden Werbung in der Richtlinie 84/450/EWG auf B2B-Geschäfte) wird interessanterweise nicht einmal erwähnt. Damit geht die ROM II-Verordnung weder vom Ansatz des Art. 10^{bis} PVÜ (nur Mitbewerberschutz) noch vom Ansatz der Richtlinie 2005/29/EG (Aufspaltung in B2B- und B2C-Geschäftspraktiken) aus, sondern vom bisher vorherrschenden *integrierten* Ansatz. Dies legt die Vermutung nahe, dass hier sozusagen der „Querschnitt“ der nationalen Lauterkeitsrechte Pate gestanden ist.

²² So der 2. Leitsatz der Entscheidung. Auf englisch: “The fairness of commercial transactions and the defence of the consumer”; auf französisch: “La loyauté des transactions commerciales et la defence des consommateurs.”

²³ Siehe Fn. 3.

²⁴ „In matters of unfair competition, the conflict-of-law rule should protect competitors, consumers and the general public and ensure that the market economy functions properly.“

D. Der Ansatz der Mitgliedstaaten

Die Juristen der meisten Mitgliedstaaten können sich etwas darunter vorstellen, wenn man vom „Recht gegen unlauteren Wettbewerb“, „conurrence déloyale“, „concorrenca sleale“, „concorrência desleal“, „competencia desleal“, „ongoorlofde mededinging“, „pratiques déloyales“, „marknadsförings“, „nekalá soutěž“, „nieüczliwe konkurencji“ oder „tisztességtelen piaci magatartás“ spricht. Und selbst englische Juristen, die sich mit „unfair competition law“ in ihrem Rechtskreis eher schwer tun, würden bei einer entsprechenden Umschreibung – etwa „fair trade practices“ – an bestimmte Rechtsfragen denken.²⁵

Unklar ist freilich, ob alle auch an *dasselbe* denken. Anders als etwa im Markenrecht, Urheberrecht oder Patentrecht ist keineswegs gesichert, dass Juristen aus verschiedenen Ländern mit den vorgenannten Bezeichnungen auch genau dieselbe Rechtsmaterie verbinden.

Die *Gründe* hierfür sind vorwiegend *rechtshistorisch* bedingt; sie hängen mit der starken Verknüpfung des Lauterkeitsrechts mit anderen Rechtsgebieten zusammen. Denn dieses ist zwar – im Verhältnis zum Deliktsrecht, Sachenrecht, Erbrecht etc. – eine relativ neue Materie. Seine Wurzeln reichen jedoch tief in andere Materien hinein, und die Entwicklung, die das Lauterkeitsrecht in den einzelnen Staaten genommen hat, ist nur vor diesem Hintergrund verständlich.

Entstanden ist das Lauterkeitsrecht *als Reaktion auf die Einführung der Gewerbefreiheit*, also Ende des 18. Jahrhunderts. Der Wegfall der strikten Reglementierung durch die Zünfte, die Entstehung von Massenproduktion und Massenkonsum führten zu Missständen, die sowohl die Interessen der Verbraucher als auch die der Unternehmer massiv verletzten. Alle großen Wirtschaftsstaaten der damaligen Zeit standen daher vor der Aufgabe, Verbraucher und Unternehmen gegen diese neuen Missbräuche zu schützen. Auf welche Weise dies dann letztlich geschah, hing jedoch stark von den *sonstigen rechtlichen Rahmenbedingungen* des jeweiligen Staates ab. So gab es etwa in Frankreich, Italien, den Niederlanden bereits eine weit gefasste *deliktsrechtliche Generalklausel im Zivilgesetzbuch*, die sich geradezu dazu anbot, das neue Fehlverhalten hierunter zu subsumieren. In einigen Staaten, etwa Deutschland und Österreich, begegnete man dabei jedoch dogmatischen Schwierigkeiten und wählte folglich relativ rasch den Weg einer *eigenständigen Gesetzgebung* gegen unlauteren Wettbewerb, die jedoch klar „ausgegliedertes Deliktsrecht“ war. Beides – deliktsrechtliche Generalklausel oder Sondergesetz – kam wiederum vom Ansatz der common law-Staaten wie Großbritannien nicht in Betracht; hier versuchte man die unerfreulichen Folgen des Wettbewerbs mit Tatbeständen des Fallrechts (wie „passing off“) und ansonsten einer starken Selbstkontrolle in den Griff zu bekommen. In wieder anderen Ländern, z.B. Portugal, sah man den unlauteren Wettbewerb als Unterfall des Betrugs an oder qualifizierte ihn als primär verwaltungsrechtliches Problem.

²⁵ Z.B. an den „Trade Description“ von 1968; den „Consumer Protection Act“ von 1987; die „Control of Misleading Advertising Regulations“ von 1988 oder neuerdings die „Consumer Protection from Unfair Trading Regulations“ von 2008.

Trotz all dieser Unterschiede gab es jedoch ursprünglich *einen gemeinsamen Nenner*: In allen Rechtsordnungen war man sich einig, dass der Schutz primär im *Interesse der Gewerbetreibenden* gewährt wurde. Denn es waren ja die Gewerbetreibenden, die auf geordnete Verhältnisse drängten, sowohl auf dem eigenen Markt als auch beim zunehmend internationaler werdenden Handel (siehe Art. 10^{bis} PVÜ). Schutzzweck war jedenfalls der Schutz des „*anständigen Gewerbetreibenden*“ vor unlauteren Wettbewerbshandlungen seiner weniger anständigen Konkurrenten. Dass auch der *Verbraucher* betroffen war, sah man zwar durchaus – insofern sollte der Schutz jedoch nur *reflexartig* erfolgen.

Diese gemeinsame Klammer fing an zu bröckeln, als sich Mitte des 20. Jahrhunderts der Gedanke des *Verbraucherschutzes* mit Macht Bahn brach. In denjenigen Ländern, die bereits über eigene Gesetze zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs verfügten (z.B. Deutschland, Österreich, Belgien, Schweden, Dänemark), kam es zu einer Erweiterung der Schutzzwecke, d.h. die Gesetze dienten nunmehr den Interessen aller Marktbeteiligter. In Ländern wie Frankreich, Italien erlaubte der rein individualrechtliche Ansatz über die deliktsrechtliche Generalklausel hingegen keine derartige Schutzzweckerweiterung – folglich mussten dem individualrechtlichen Schutz gegen „*concurrence déloyale*“ spezielle Marketing- und Werberegulungen zur Seite gestellt werden. Auch in Großbritannien kam es im Interesse der Verbraucher zu einigen Verbraucherschutzregelungen; ansonsten wurde versucht, die Missstände durch eine verstärkte Selbstkontrolle aufzufangen.

Aus dieser ohnehin nur sehr groben Einteilung sind in Folge der Zeit immer mehr *Zwischenformen* entstanden. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt gibt es jedenfalls ein *kunterbuntes Bild von Regelungsansätzen* in den Mitgliedstaaten, von denen hier nur einige der prägnantesten genannt seien²⁶:

- Es gibt Staaten, die mit Hilfe einer *speziellen gesetzlichen Grundlage* möglichst umfassend alle Fallvarianten unlauteren Geschäftsverhaltens einzubeziehen versuchen.²⁷
- Es gibt Staaten, die gleichfalls eine umfassende Regelung des Lauterkeitsrechts durch spezielle Regelungen anstreben, die Materie jedoch – zumeist aus Gründen der Kompetenzverteilung oder Zweckmäßigkeit – *auf mehrere Gesetze aufteilen*.²⁸
- Es gibt Staaten, deren *deliktsrechtliche Generalklausel* für den engen Bereich der individualrechtlichen Interessen der Unternehmen eingreift, während *umfang-*

²⁶ Ausführlich die Darstellung des Lauterkeitsrechts aller Mitgliedstaaten in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 5), Einl. E.

²⁷ Das ist z.B. der Fall in Deutschland, Österreich, Belgien, den Niederlanden, Dänemark, Schweden.

²⁸ So gibt es in Spanien seit 1991 ein Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, das durch das Werbegesetz von 1988 ergänzt wird; beide Gesetze sind zivilrechtlich sanktioniert und schützen alle Marktbeteiligten. Daneben bestehen Marktverhaltensregeln im Interesse der Verbraucher durch die „Autonomen Regionen“.

*reiche verwaltungs- und/oder strafrechtlich sanktionierte Vorschriften Werbung und Marketing regeln.*²⁹

- Es gibt Staaten, die das Lauterkeitsrecht im Rahmen des *Handelsgesetzbuches* regeln.³⁰
- Es gibt Staaten, die das Lauterkeitsrecht zusammen mit dem *Kartellrecht* regeln.³¹
- Ein Staat regelt das Lauterkeitsrecht im Rahmen des *gewerblichen Rechtsschutzes*.³²

Wollte man versuchen, in *regelungstechnischer Hinsicht* ein hervorstechendes Merkmal der *Entwicklung der letzten zwei Jahrzehnte* zu nennen, dann wäre dies vielleicht, dass eine ganze Reihe von Staaten spezielle *Verbraucherschutzgesetze* erlassen hat.³³ Diese sind in einigen Ländern neben die bereits zuvor verabschiedeten *Werbe Gesetze* getreten, was z.T. zu nicht unproblematischen *Überlappungen* geführt hat. Problematisiert und „bereinigt“ wurden diese selten;³⁴ die Verbraucherschutzgesetze dienen offenbar auch als relativ unproblematischer Ort der Umsetzung der immer zahlreicheren europäischen Vorgaben zum Verbraucherschutz. Andererseits klappt auch letzteres nicht immer: so ließ sich die Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken, die dem Verbraucherschutz im Wettbewerb gewidmet ist, vom Verständnis einiger Staaten³⁵ her dann doch nicht in die bestehenden Verbraucherschutzgesetze einpassen, so dass zusätzlich noch ein eigenes Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken gegenüber dem Verbraucher erforderlich wurde, was die Abgrenzungsprobleme noch verschärft hat.

Insbesondere der Aspekt der Berücksichtigung des *Verbraucherschutzes im Lauterkeitsrecht* hat jedenfalls zu einer Vielzahl höchst verschiedener *Regelungsmodelle* in den Mitgliedstaaten geführt. Sie sind kaum mehr unter einen Hut zu bekommen: Mal sind die Problemkreise Marketing, Werbung, anständige Handelsbräuche und einiges mehr in einem Gesetz zusammengefasst, mal auf zwei oder

²⁹ Dies ist z.B. der Fall in Frankreich und Italien, wo die „concurrency déloyale“ bzw. „concorrenza sleale“ im Code Civil bzw. Codice Civile verankert ist und sich die übrigen Marketing und Werbung betreffenden Tatbestände im „Code de la consommation“ bzw. „Codice del Consumo“ finden; letztere sind vorwiegend straf- oder verwaltungsrechtlich sanktioniert.

³⁰ Tschechien und Slowakei.

³¹ Dies trifft z.B. auf Ungarn, die baltischen Staaten, Bulgarien zu (während in anderen Ländern, etwa Slowenien, die ursprünglich bestehende Verbindung wieder gelöst wurde).

³² Portugal.

³³ Z.B. Frankreich, Italien, Luxemburg, Griechenland, Portugal, Finnland, Irland, Tschechien, Slowakische Republik, Ungarn, Slowenien, Bulgarien.

³⁴ Eine Ausnahme bildet vor allem Finnland, wo das Gesetz über das ungebührliche Marktverhalten (SopMenL) und das Verbraucherschutzgesetz (KSL) zwar unterschiedliche Schwerpunkte haben, im Bereich Werbung und Marketing jedoch weitgehend anhand derselben Kriterien ausgelegt werden. In beiden Gesetzen kommt der Durchsetzung durch den Verbraucherombudsman große Bedeutung zu. Bezeichnenderweise wurden beide Gesetze etwa zur selben Zeit (1978) erlassen, so dass das Verbraucherschutzgesetz hier kein „lückenfüllender Nachtrag“ ist; vgl. hierzu Harte-Bavendamm/Hemming-Bodewig (Fn. 5), Einl. E.

³⁵ Luxemburg, Polen.

mehrere Gesetze verteilt; mal wird regelungstechnisch an das allgemeine Deliktsrecht, das Handelsgesetz, das Kartellrecht oder die IP-Rechte angeknüpft, öfter noch ein Sondergesetz für erforderlich gehalten.

Aus dem Ort *der Regelung*, der häufig auf *Zweckmäßigkeitserwägungen* und/oder die sonstigen rechtlichen Rahmenbedingungen zurückzuführen sein dürfte, lässt sich deshalb nicht ableiten, was als Summe des nationalen Verständnisses der Mitgliedstaaten das Lauterkeitsrecht ausmacht. Hierzu bedarf es vielmehr eines *funktionalen Ansatzes*, d.h. es ist unabhängig von dem Standort der jeweiligen Regelungen zu fragen, worum es in der Sache geht.

Sieht man einmal vom Ort der Regelung ab, dann ist bei einer funktionalen Betrachtung auffallend, dass der Schutz der Marktbeteiligten (Unternehmen, Verbraucher) im geschäftlichen Verkehr im Mittelpunkt steht, und dass dieser Schutz häufig um Werbung und Marketing kreist, also die typischen *Absatzinstrumente einer Marktwirtschaft*. Auffallend ist weiter, dass es dabei zwar auch um den Ausgleich individueller Interessen geht, dass dem Schutz jedoch unverkennbar auch ein *kollektives und präventives Element* innewohnt – es also weniger um „Wiedergutmachung“ vergangenen Unrechts, als vielmehr darum geht, eine die Interessen von Verbrauchern und/oder Unternehmen schädigende geschäftliche Praktik möglichst rasch zu unterbinden. Und auffallend ist schließlich, dass fast alle Mitgliedstaaten in diesem Bereich mit *Generalklauseln* arbeiten. Diese verbieten typischerweise und traditionell geschäftliche Handlungen, die gegen die „anständigen Gepflogenheiten“, die „guten Sitten“, das „gute Marktverhalten“ etc. verstoßen oder die schlicht (ohne nähere Erklärung) „unlauter“ sind –; sofern die allgemeine deliktsrechtliche Generalklausel zum Schutz vor unlauterem Wettbewerb herangezogen wird, legt die Rechtsprechung sie in diesem Sinne aus.³⁶

Und natürlich ist auch der jeweils gewählte „Link“ zu *anderen Rechtsgebieten* nicht ohne jede Bedeutung. Denn die Anknüpfung an das Kartellrecht, das Deliktsrecht, das Handelsrecht, die IP-Rechte ist in der Regel nicht ausschließlich regelungstechnisch begründet. Ganz offenbar weist das Lauterkeitsrecht eine große Affinität zu diesen Rechtsgebieten auf. Ganz offenbar lässt es sich jedoch auch nicht immer glatt ihnen zuordnen. Es scheinen also *wesensmäßige Unterschiede zu den genannten Rechtsgebieten* zu bestehen, die ein Licht darauf werfen könnten, was positiv die Charakteristika des Lauterkeitsrechts ausmacht.

E. Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten

1. Historisch gesehen liegt in den kontinentaleuropäischen Mitgliedstaaten die Wurzel des Lauterkeitsrechts im *allgemeinen Deliktsrecht*. Gleichwohl bestehen z.T. signifikante *Unterschiede* zwischen Deliktsrecht und Lauterkeitsrecht: Im Deliktsrecht geht es primär um den Schutz eng umrissener Rechtsgüter, in erster Linie absoluter Rechte, erst in zweiter Linie um das Verhalten von nicht durch Sonderbeziehungen miteinander verbundenen Personen. Vor allem jedoch geht

³⁶ Ausführlich dazu die Darstellung des Lauterkeitsrechts der einzelnen Mitgliedstaaten in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Fn. 5), Einl. E.

es um *individualrechtliche Rechtspositionen*, nicht um den Schutz einer Vielzahl von Interessen oder gar der Allgemeinheit. Die Tatbestände (Fallgruppen), die im französischen Recht den Kern der „concurrency déloyale“ ausmachen, nämlich Herabsetzung („dénigrement“), Verwechslungsgefahr („confusion“), Behinderung („desorganisation“), Ausbeutung fremder Leistungen („parasitisme“), konnten deshalb relativ problemlos Art. 1382 Code Civil unterstellt werden, weil sie Interessen einzelner Unternehmer schützen. In dem Maße, in dem in das Lauterkeitsrecht jedoch auch der *kollektive Schutz* der Verbraucher und der Allgemeinheit Eingang gefunden haben, ist der *deliktsrechtliche Ansatz zu eng* geworden; auch die kollektive Geltendmachung des Anspruchs, die dem Lauterkeitsrecht eigen ist, passt nicht recht zum Deliktsrecht. Aus diesem Grund haben Länder wie Frankreich und Italien, die den individualrechtlichen Schutz vor „concurrency déloyale“ bzw. „concurrentia sleale“ über ihre deliktsrechtlichen Generalklauseln gewähren, auch zusätzliche Mechanismen schaffen müssen, um Verbraucher und die Allgemeinheit, mitunter auch Mitbewerber, vor bestimmten unlauteren Marktpraktiken zu schützen.³⁷ Das Lauterkeitsrecht lässt sich daher allenfalls als „Sonderdeliktsrecht“ bezeichnen; diese Einordnung scheint auch der ROM II-Verordnung zugrunde zu liegen.

2. Auch zwischen Lauterkeitsrecht und *geistigem Eigentum* bestehen enge Berührungspunkte. So sieht insbesondere die PVÜ³⁸ das Lauterkeitsrecht als Teil des gewerblichen Rechtsschutzes an. In der Tat verdeutlichen Tatbestände wie die Irreführung durch Verwechslungsgefahr oder der „parasitäre Wettbewerb“ die Nähe zu den IP-Rechten. Zu welchen Problemen der *Abgrenzung* dies führen kann, wird noch *Ansgar Ohly* erörtern.³⁹ Hier sei nur darauf hingewiesen, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen Lauterkeitsrecht und IP-Rechten üblicherweise darin gesehen wird, dass die IP-Rechte Rechtspositionen in Form von *absoluten Rechten* schützen, während das Lauterkeitsrecht *Verhaltensunrecht* ist, also Regeln für ein bestimmtes, faires Verhalten im Wirtschaftsleben – unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen absoluter Rechte – aufstellt.

³⁷ In *Frankreich* wurden 1993 die weitgestreuten Verordnungen, Dekrete etc. im „Code de la Consommation“ zusammengefasst. Sie schützen durchaus nicht immer nur die Verbraucher, sondern teilweise auch die Gewerbetreibenden, die Allgemeinheit und den mittelständischen Handel. In *Italien* wurden erst zwei Verordnungen zur Regelung der irreführenden und vergleichenden Werbung erlassen, die dann 2007, zusammen mit anderen Regelungen, in den „Codice del Consumo“ transferiert wurden; dieser wird durch die Kartellbehörde, die Autorità Garante, durchgesetzt. Einzig den *Niederlanden* scheint es ohne Änderung des Gesetzeswortlauts gelungen zu sein, die deliktsrechtliche Generalklausel auch auf Allgemeininteressen zu erweitern; hier hat der Hoge Raad in der revolutionären „Lindenbaum/Cohen“-Entscheidung bereits 1912 die deliktsrechtliche Generalklausel auch auf die ungeschriebenen Verhaltensnormen des Wirtschaftslebens angewandt; ausführlich zu den genannten Ländern die Überblicke in *Hartebavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 5), Einl. E.

³⁸ Ebenso *Portugal*, wo das Lauterkeitsrecht noch heute Teil des „Codigo de Propriedade Industrial“ ist. Die sog. Enforcement-Richtlinie überlässt es den Mitgliedstaaten, inwieweit sie im Lauterkeitsrecht geregelte Tatbestände mit in den IP-Bereich einbeziehen.

³⁹ In diesem Band auf S. 181.

3. Passt beim allgemeinen Deliktsrecht und bei den IP-Rechten der individualrechtliche Ansatz bzw. das Abstellen auf absolute Rechte nicht zum modernen Lauterkeitsrecht, so gibt es dieses Problem im *Kartellrecht* nicht. Hier stehen im Gegenteil das Allgemeininteresse an der Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs sowie das *kollektive Verbraucherinteresse*, das regelmäßig von einer Behörde durchgesetzt wird, im Vordergrund. Es verwundert daher nicht, dass insbesondere Staaten, die erstmalig mit Marktwirtschaft konfrontiert werden und/oder die den Schutz der Verbraucher eher einer Behörde zutrauen, Kartell- und Lauterkeitsrecht in einem Gesetz zusammen regeln.⁴⁰ Schließlich zielen beide Materien auf die Sicherung der Institution Wettbewerb ab. Andererseits geht es beim Lauterkeitsrecht nicht (nur) um das Funktionieren des Wettbewerbs und den kollektiven Verbraucherschutz, sondern um das Funktionieren unter einem ganz speziellen Gesichtspunkt, nämlich dem der Fairness des Marktverhaltens. Auch sind die *Durchsetzungsmechanismen* zu bedenken: im Kartellrecht erfolgt die Durchsetzung aus gutem Grunde primär durch eine Behörde; im Lauterkeitsrecht hingegen zumindest auch mittels zivilrechtlicher Rechtsbehelfe, typischerweise Unterlassungsklagen.⁴¹
4. Die Abgrenzung zum (*allgemeinen*) *Verbraucherschutzrecht* ist besonders schwierig, nicht zuletzt, weil durch die Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken die Konturen zwischen beiden Rechtsmaterien zu verschwimmen drohen.⁴² Wurden früher die auf *Absatzförderung* und Bedarfsdeckung abzielenden Maßnahmen (typischerweise also Werbung und Marketing) dem Lauterkeitsrecht unterstellt, Vertragsschluss und nachfolgende Maßnahmen der Vertragsparteien hingegen dem allgemeinen Vertragsrecht, so gilt dies nicht mehr uneingeschränkt.⁴³ Das „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs“ wird jedenfalls als Abgrenzungsmerkmal als zu eng empfunden – insbesondere dann, wenn man den Aspekt der Marktverhaltensregelung betont, liegen dem Kollektivschutz dienende und auch kollektivrechtlich durchgesetzte Materien (wie z.B. die der AGB) nahe,⁴⁴ während umgekehrt Werbung auch Vertragsinhalt werden kann.⁴⁵ Gleichwohl wird man sagen können, dass es im allgemeinen Verbraucherrecht tendenziell eher um die individuellen Rechtsbeziehungen der Gewerbetreibenden zum Verbraucher, insbesondere bei und nach Vertragsschluss geht, während das Lauterkeitsrecht tendenziell eher die *kollektive Entscheidungsfreiheit der Verbraucher* bis und bei Vertragsschluss schützt, ein Schutz nach Vertragsschluss hingegen eher selten ist.⁴⁶

⁴⁰ Wie einige ehemals sozialistische Beitrittsländer, z.B. Ungarn, die baltischen Staaten.

⁴¹ Zur Abgrenzung im Einzelnen vgl. insbesondere das Referat von *Podszun* auf S. 151.

⁴² Ausführlich dazu der Beitrag von *Drexel* auf S. 227.

⁴³ So bezieht die Richtlinie in Art. 3 Abs. 1 auch Verhalten während und nach Vertragsschluss ein (lässt aber andererseits nach Art. 3 Abs. 2 das Vertragsrecht unberührt).

⁴⁴ Und werden deshalb in einigen Mitgliedstaaten, z.B. Belgien, auch gemeinsam (im Handelspraktikengesetz) geregelt.

⁴⁵ Z.B. im Gewährleistungsrecht, vgl. § 434 des deutschen BGB.

⁴⁶ So erfasst selbst Nr. 27 der „black list“ der UGP-Richtlinie – nämlich der Tatbestand, dass ein Versicherungsunternehmen durch das Verlangen der Vorlage immer neuer Unterlagen die Ver-

F. Versuch einer Positivbestimmung des Lauterkeitsrechts

Versucht man aus diesen sehr verschiedenen Ansatzpunkten herauszufiltern, was bei einer funktionalen Betrachtungsweise⁴⁷ das *Wesen des Lauterkeitsrechts* ausmacht, so ließen sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – folgende Aspekte festhalten:

- Beim Lauterkeitsrecht geht es um Regeln im Bereich des wirtschaftlichen Wettbewerbs, um das Verhalten am Markt, um *Handlungen mit Marktbezug*. Voraussetzung ist also, dass es überhaupt in nennenswerter Weise einen auf Eigenverantwortung basierenden Wettbewerb gibt. Das Lauterkeitsrecht hat keine Daseinsberechtigung in einer Planwirtschaft ohne eigenverantwortliche Wirtschaftsentscheidungen von privaten Anbietern und Nachfragern.
- Im Lauterkeitsrecht geht es typischerweise um das *Konkurrieren von Unternehmen im Markt beim Absatz* (gegenüber gewerblichen Abnehmern und Endverbrauchern) *oder bei der Bedarfsdeckung*. Dies bedeutet jedoch nicht, dass stets eine Wettbewerbshandlung erforderlich wäre; entscheidend ist der Marktbezug. Es steht der Schutz bis zum Vertragsschluss im Mittelpunkt – hier liegt, selbst nach der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, jedenfalls der Schwerpunkt.
- Dem Lauterkeitsrecht geht es um die Steuerung des Marktverhaltens, nicht um den Schutz *absoluter Rechte*. Ob derartige Rechte bestehen, ist irrelevant – weder hindert ihr Bestehen den lauterkeitsrechtlichen Schutz, noch setzt der lauterkeitsrechtliche Schutz ein Bestehen absoluter Rechte voraus. Dass thematisch naheliegende Rechtsgebiete (z.B. Markenrecht/Lauterkeitsrecht) sinnvoll voneinander abzugrenzen sind, ist eine Selbstverständlichkeit und keine Besonderheit des Lauterkeitsrechts. Das Lauterkeitsrecht fordert also ein bestimmtes *Verhalten* im Markt und es fordert dies vom *Unternehmer* (nicht etwa vom Verbraucher!).
- Das Lauterkeitsrecht schützt neben individualrechtlichen Positionen insbesondere von Unternehmen (Mitbewerbern)⁴⁸ immer auch die *kollektiven Interessen* von Unternehmen und Verbrauchern und das Interesse der Allgemeinheit am Funktionieren des Wettbewerbs. Das Lauterkeitsrecht ist daher (auch) *Kollektivschutz* und hat zugleich eine *marktregulierende Funktion*, indem es zum Funktionieren des Wettbewerbs beiträgt.
- Der Gedanke des Kollektivschutzes im Lauterkeitsrecht schlägt sich in der *Sanktionierung* nieder. Für das Lauterkeitsrecht ist die erweiterte Aktivlegitimation,

sicherungsleistung hinauszögert – zwar ein nachvertragliches Verhalten, das jedoch vor allem deshalb Aufnahme als per se-Verbot fand, weil es offenbar keinen Einzelfall darstellt, sondern ein relativ häufiges Mittel im Wettbewerb dieser Branche, die mit Hilfe vertragsrechtlichem Instrumentariums Vorteile im Markt erlangen will.

⁴⁷ Dass der rein regelungstechnische Ansatz nur eines von mehreren Indizien sein kann, wurde oben erläutert.

⁴⁸ Dies schließt Individualrechte der Verbraucher in diesem Bereich nicht aus. In einigen Staaten werden sie gesetzlich oder von der Rechtsprechung zugelassen, ohne jedoch eine große Rolle zu spielen, in anderen Staaten über das allgemeine Zivilrecht gewährt; zu der Situation in Deutschland s. etwa *Köhler/Lettl*, WRP 2003, 1019.

die rasche Unterbindung von Wettbewerbsverstößen, vorzugsweise durch die Geltendmachung verschuldens- und schadensunabhängiger Unterlassungsansprüche und die Verfolgung kollektiver Interessen, sei es durch Verbände, sei es durch Behörden, charakteristisch.

- Das Lauterkeitsrecht dient grundsätzlich dem *Schutz aller Marktbeteiligten*. Je nach Fallgestaltung kann dabei mal das eine, mal das andere Interesse im Vordergrund stehen, erfolgt der Schutz der einen Gruppe mal *direkt*, mal nur *reflexartig*. Diese *Mehrzahl der Schutzzwecke* war bis vor wenigen Jahren im Europäischen Gemeinschaftsrecht anerkannt (siehe Richtlinie 84/455/EG – Schutz der Mitbewerber, Verbraucher und Allgemeinheit); von ihr geht auch die ROM II-Verordnung aus. Die sog. *Schutzzwecktrias* entsprach zugleich, jedenfalls vor Umsetzung der Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken, der Auffassung einer großen Anzahl von Mitgliedstaaten.⁴⁹ Die durch die Richtlinie bewirkte Aufspaltung in „B2C“- und „B2B“-Geschäftspraktiken sollte daher die Ausnahme bleiben.
- Die *Mehrzahl der Schutzzwecke* vermag auch zu erklären, warum das Lauterkeitsrecht wirtschaftliche Verhaltensweisen erfasst, deren Schutzrichtung auf den ersten Blick wenig gemeinsam hat. Will man diese „*Fallgruppen*“⁵⁰ nicht nur nach Schutzzwecken, sondern auch sachlich auf einen *gemeinsamen Nenner* bringen, so ließe sich sagen, dass das Lauterkeitsrecht die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs sichert, indem es für *Unternehmer und Verbraucher die Entscheidungsfreiheit in Bezug auf marktrelevante Entscheidungen schützt*, hierdurch für die Unternehmer eine „*par condicio concurrentium*“ schafft und dem *Schutz ihrer Leistungsergebnisse* vor Ausbeutung durch bestimmte Wettbewerbshandlungen sowie gegen nichtwettbewerbskonforme, gezielte Behinderungen dient. In aller Regel wird die Vielfältigkeit der erfassten Tatbestände die Aufnahme einer alle Aspekte zusammenführenden *Generalklausel* bedingen, deren Offenheit jedoch durch die Normierung von Beispielfällen (Fallgruppen) praxisnah gemindert werden kann.
- Last but not least: der *Maßstab des Lauterkeitsrechts*, die „*Lauterkeit*“. Die Lauterkeit ist anhand des Schutzzwecks – Schutz vor unlauterem Wettbewerb im Interesse aller Marktbeteiligten – zu bestimmen,⁵¹ zugleich jedoch in das *rechtliche Koordinatensystem*, insbesondere das der (nationalen und demnächst vielleicht auch europäischen) Verfassung sowie des EG-Vertrages einzuordnen. Von

⁴⁹ Z.B. Deutschland, Österreich, Belgien, Luxemburg, Niederlande, Spanien, Schweden, Dänemark, Polen, Tschechien, Slowakei.

⁵⁰ Berühmt geworden ist in Deutschland die Einteilung von *Baumbach/Hefermehl*: Kundenfang (unsachliche Beeinflussung von Abnehmern oder Lieferanten mit wettbewerbsfremden Mitteln); Behinderung (leistungsfremde Bekämpfung des Mitbewerbers); Ausbeutung (ungerechtfertigte Ausnutzung fremder Leistung, Ruf oder Werbung); Vorsprung durch Rechtsbruch (Verletzung gesetzlicher Bindungen zur Erlangung eines sachlich ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprungs).

⁵¹ Der Auffassung des österreichischen OGH, der eine einheitliche Bestimmung der Lauterkeit auch nach Umsetzung der UGP-Richtlinie bejaht (und insofern eine Aufspaltung in „B2B“ und „B2B-Aspekte ablehnt), ist daher zuzustimmen, vgl. OGH GRUR Int. 2009, 342 – Stadtrundfahrten mit Anm. v. Handig.

Bedeutung ist daher vor allem der Marktbezug des Lauterkeitsrechts, der jedoch nicht zu einer Gleichsetzung von Lauterkeit mit wirtschaftlicher Effizienz führen darf. Auch die tatsächlichen „Usancen“ sind nicht entscheidend – dem Begriff der Lauterkeit wohnt vielmehr durchaus ein *normatives Element* inne.

G. Fazit

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass der *Fokus* des Lauterkeitsrechts auf denjenigen *Marktverhaltensregeln* liegt, bei denen es – direkt oder indirekt – um den *Schutz aller Marktbeteiligten* geht. Maßgebliches Wertungskriterium sind die geschäftlichen Anforderungen an Unternehmen unter dem Gesichtspunkt der funktionalen Lauterkeit; Hauptdomäne sind Handlungen mit Marktbezug vor Vertragsabschluss.

Nach der hier vertretenen Auffassung geht es in einem *Kernbereich* um die Sicherung der *wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit* aller Marktbeteiligten. Ob daneben auch *ethische* Aspekte eine Rolle spielen können, wie dies die traditionellen Begriffe in Art. 10^{bis} PVÜ und die Generalklauseln einiger Mitgliedstaaten („gute Sitten“, „anständige Gepflogenheiten“, „Treu und Glauben“) – aber auch die Anforderungen an die Fernsehwerbung in der Fernsehrichtlinie – nahelegen, sollte dem nationalen Recht überlassen bleiben. Denn das Lauterkeitsrecht hat zweifellos auch einen *kulturellen Einschlag* und lässt sich deshalb in den 27 Mitgliedstaaten nicht über einen Kamm scheren. Was beispielsweise in Bulgarien als unlauter empfunden wird, muss es nicht in Schweden sein; was in Deutschland im geschäftlichen Verkehr missbilligt wird, kann in Griechenland akzeptiertes Verhalten darstellen und umgekehrt.⁵²

Um diesen *Kernbereich* herum lassen sich selbstverständlich auch andere Regelungen, die Individual- oder Kollektivinteressen im geschäftlichen Verkehr Rechnung tragen und/oder gleiche Bedingungen für alle Anbieter gewährleisten, gruppieren. Dies ist Sache der historischen Entwicklung und der gesetzgeberischen Zweckmäßigkeit, die nicht überbewertet werden sollten. Gleiches gilt für die „Verlinkung“ mit Regelungen auf verwandten Gebieten. Ob eine Materie, wie etwa der Schutz von Know How, nun im UWG, im HGB oder in einem eigenen Gesetz geregelt wird, ist letztlich bedeutungslos. Es ist letztlich auch nicht entscheidend, ob man Kopplungsgeschäfte (wie in Belgien) im Lauterkeitsrecht oder (wie in Frankreich) im Verbraucherschutzgesetz regelt. Will man freilich die Rechtssicherheit erhöhen, das Verbrauchervertrauen fördern und Unternehmen verlässliche, planungssichere Rahmenbedingungen geben, dann sollte man für thematisch nahestehende und von den involvierten Interessen her gleichlaufende Sachverhalte *einen*

⁵² Die UGP-Richtlinie geht insofern mit ihrer Öffnungsklausel für kulturell bedingte Einschätzungen in Erwägungsgrund 7 den richtigen Weg; es ist zu hoffen, dass dieser Aspekt ernst genommen wird. In diesem Bereich ist m.E. noch etliches zu klären und (rechtsvergleichend) aufzuarbeiten; z.B. fragt sich, ob und inwieweit hinter den genannten Begriffen wirklich „Moralvorstellungen“ und wenn ja, welche stehen, oder ob es nicht vielmehr um eine objektiviert Geschäftsmoral geht, die einer funktionalen Interpretation nahe kommen kann.

einheitlichen Rechtsrahmen anstreben. Es spricht gerade auf europäischer Ebene alles dafür, einen einheitlichen wirtschaftlichen Marktvorgang (z.B. Werbung) nicht unnötig aufzuspalten (z.B. in „B2C“- und „B2B“-Geschäfte), da es sonst zu Überlappungen, Anwendungsmissverständnissen und (durch die Ausklammerung der gleichfalls involvierten Interessen anderer Marktteilnehmer) inkonsistenten Lösungen kommen kann. Zumindest müssen die einzelnen Regelungen jedoch wie Teilchen eines Puzzles zusammenpassen und sauber voneinander abgegrenzt werden – was wiederum eine *gewisse Gesamtschau*, aber auch übereinstimmende Terminologie etc. erfordert. Dass ein einheitliches Konzept auf europäischer Ebene jedoch mit jeder „isolierten“ Regelung in immer größere Ferne rückt, liegt in der Natur der Sache. Dem gegenzusteuern sollte Aufgabe der Wissenschaft sein, z.B. indem die einzelnen bereits vorliegenden Puzzleteilchen untersucht, systematisiert und in ein übergeordnetes Ganzes – eine Rahmenrichtlinie? – eingepasst werden, so dass jedenfalls künftige Regelungen „stimmig“ sind.

Diskussion

Rolf Sack

Es ist in der Tat unumgänglich, sich mit dem Begriff des lautereren Wettbewerbs näher zu befassen. Denn die Frage, was eigentlich das Lauterkeitsrecht ausmacht, ist seit kurzem auch ein europäisches Rechtsproblem geworden. So bezieht sich die Rom II-Verordnung bezüglich des anwendbaren Rechts in Art. 6 auch auf das „unlautere Wettbewerbsverhalten“. Der Begriff muss also definiert werden und es wird Aufgabe des EuGH sein, hierüber zu entscheiden.

Frauke Henning-Bodewig

Zweifellos macht die Aufnahme des Begriffs „unlauterer Wettbewerb“ in der Rom II-Verordnung es jetzt noch dringlicher, zu klären, was zum Lauterkeitsrecht zählt. Zu hoffen ist, dass der EuGH bei einer Auslegung dieses Begriffs die gewachsenen Rechtstraditionen in den 27 Mitgliedstaaten gebührend beachtet. Denn die Rechtsvergleichung ist in all den Fällen, in denen der EG-Vertrag – wie beim Lauterkeitsrecht – keine eindeutigen Vorgaben enthält, von überragender Bedeutung.

Annette Kur

Als Ergänzung zur „Rom II“-Verordnung wäre anzumerken, dass nicht nur der Begriff des unlauteren Wettbewerbs allgemein, sondern auch die Frage geklärt werden muss, ob eine rein wettbewerberbezogene Handlung vorliegt, da für diese besondere Regelungen gelten – dies beeinflusst u.U. das anwendbare Recht.

Hans-Jürgen Ahrens

Ich stehe dem Versuch der Referentin, das Lauterkeitsrecht vom allgemeinen Deliktsrecht abzugrenzen, eher kritisch gegenüber. Sicherlich ist richtig, dass man

es im allgemeinen Deliktsrecht mit Individualrechtsschutz zu tun hat, während das Lauterkeitsrecht, wie der Schutz kollektiver Interessen deutlich macht, einen starken Marktbezug hat. Andererseits handelt es sich eindeutig um außervertragliches Schuldrecht, wie sich auch aus Art 6 der Rom II-Verordnung ergibt. Aber auch im Kartellrecht gibt es Sonderdeliktsrecht, § 33 GWB. Das Deliktsrecht ist im Übrigen nicht auf den Grundtatbestand des § 823 Abs. 1 BGB beschränkt; in den Tatbeständen des § 823 Abs. 2 BGB und des § 826 BGB geht es um die Rechtswidrigkeit von Verhaltensweisen. Sie stehen dem Lauterkeitsrecht besonders nahe, da sie Verhaltensweisen bestimmen, die näher umschrieben werden, entweder durch gesetzliche Tatbestandsmerkmale, die das jeweilige Schutzgesetz qualifizieren, oder durch richterrechtliche Festlegung wie bei § 826 BGB. Auch die neue Rechtswidrigkeitsdogmatik zu § 823 Abs. 1 BGB setzt bezüglich der Rechtswidrigkeit nicht mehr unmittelbar bei der Verletzung absoluten Rechte an, sondern bezieht im Vorfeld die Verhaltensweisen der gefährlichen Annäherung an diese Rechtsgüter mit ein. Die Unterschiede sind also nicht so groß, als dass sich eine Abgrenzung des allgemeinen Deliktsrechts vom Lauterkeitsrecht rechtfertigen ließe.

Axel Beater

Zu bedenken ist jedoch auch, dass sich das Lauterkeitsrecht aus verschiedenen Elementen zusammensetzt. Ein Element ist der Schutz einzelner Unternehmens mittels deliktischer Ansprüche. Dass sich die EG mit einer Regelung dieses Bereichs zurückhält, kann ja auch darauf zurückzuführen sein, dass man im Deliktsrecht oder im sonstigen Recht der Mitgliedstaaten diesen Bereich, nämlich den individuellen Unternehmerschutz, recht gut in den Griff bekommt, es daher kein dringendes Angleichungsbedürfnis, keinen Handlungsbedarf gibt. Anders ist es bei Maßnahmen wie Werbung, die die eine Vielzahl von Verbrauchern oder generell einen größeren Kreis betreffen. Hier kommt man mit dem Deliktsrecht nicht weiter, weil es nicht um individuelle Ansprüche geht, sondern um Maßnahmen, die die gesamte Verbraucherschaft erreichen. In diesem Bereich ist die EG tätig geworden. Möglicherweise sind die Tätigkeiten der EG einfach ein Abbild dieser Vielfalt, die wir in den Mitgliedstaaten antreffen. Im Bereich des individuellen Unternehmensschutzes gibt es womöglich deshalb keine Regelungen, weil wir sie nicht brauchen, da die Mitgliedstaaten Probleme wie z.B. Anschwärzung, Betriebsgeheimnisse, gut selbst regeln.

Frauke Henning-Bodewig

Ich bezweifle, dass diese zutreffenden Überlegungen auf europäischer Ebene jemals angestellt wurden. Wie die Entstehungsgeschichte der einzelnen Richtlinien zeigt, wurde eher jeweils das aufgegriffen, was punktuell gerade aktuell und zudem relativ konsensfähig war. Ganz deutlich wird dies bei der neuen VO über Flugpreise – zweifellos zeigte sich bei der Werbung für Billig-Flugpreise ein echter Missstand, den man rasch beheben wollte. Wie die dann auf die Schnelle zustandegekommene Verordnung jedoch mit der Richtlinie 2005/29/EG –, deren Ziel es doch gerade ist, weitere Regelungen im Irreführungsbereich überflüssig zu werden – verein-

bar ist, wurde nicht bedacht. Es ist daher eher unwahrscheinlich, dass auf europäischer Ebene der individualrechtliche Bereich deshalb nicht geregelt wird, weil die Mitgliedstaaten ihn „gut in den Griff“ bekommen. Im Übrigen bin ich nicht der Meinung, dass Werbung und Marketing den Unternehmer nicht betreffen. Ganz im Gegenteil: Unlautere Werbung und Marketing, auch im sog. B2C-Verhältnis, entfalten ihre Wirkung nicht nur gegenüber dem Verbraucher, sondern immer auch gegenüber Mitbewerbern. Es ist daher notwendig, dass der Schutz der Unternehmer miterfasst wird; andernfalls klammert man einen wichtigen Teil der involvierten Interessen aus der Bewertung aus.

Die Ziele des Primärrechts und ihre Bedeutung für das Europäische Lauterkeitsrecht: Auflösungserscheinungen eines Rechtsgebiets?

Alexander Peukert

A. Das Problem: die Fragmentierung des europäischen Lauterkeitsrechts

Der Titel dieses Beitrags soll irritieren. Tatsächlich liegt die Vorstellung, das Primärrecht führe zu „Auflösungserscheinungen“ eines Rechtsgebiets, das seit dem 19. Jahrhundert in vielen Mitgliedstaaten durch Kodifikationen etabliert ist und zu den Kerngebieten des privaten Wirtschaftsrechts zählt, doch eher fern. Auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene wird seit einigen Jahren von einem abgrenzbaren „europäischen Lauterkeitsrecht“ gesprochen¹. Ein gemeineuropäischer Nukleus des Lauterkeitsrechts findet sich bereits in Art. 10bis der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ), die von allen Mitgliedstaaten ratifiziert wurde². Demnach sind die Verbandsländer gehalten, einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu sichern. Darunter fällt „jede Wettbewerbshandlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft“. Zu untersagen sind insbesondere alle Handlungen, die geeignet sind, eine Verwechslung mit der Niederlassung, den Erzeugnissen oder der Tätigkeit eines Wettbewerbers hervorzurufen; falsche, Wettbewerber herabsetzende Behauptungen; sowie das Publikum irreführende Angaben oder Behauptungen in Bezug auf Waren. Die große rechtsvergleichende Studie *Eugen Ulmers* aus den 1960er Jahren ergab, dass trotz signifikanter sachlicher und konzeptioneller Unterschiede eine Harmonisierung des Lauterkeitsrechts der damals sechs Mitgliedstaaten der EWG möglich und im Hinblick auf den Binnenmarkt wünschenswert wäre³. Ende 1986 sprach die Verbraucher-kreditrichtlinie bereits von „auf unlauteren Wettbewerb anwendbaren Regeln und

¹ In der deutschsprachigen Literatur dazu umfassend *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006.

² Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ) vom 20.3.1883, zuletzt revidiert in Stockholm am 14.7.1967, BGBl. 1970 II, S. 391; siehe *Fikentscher*, in: v. Caemmerer u.a., Probleme des europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein, 1966, S. 127 (149 f.); *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885 (894); *Henning-Bodewig/Schricker*, GRUR Int. 2002, 319 (322). Zum Aussagegehalt von Art. 10bis PVÜ *Pflüger*, in: *Cottier/Véron*, Concise International and European IP Law, 2008, S. 254 ff. Zu weiteren internationalen Rechtsquellen mit Relevanz für das Lauterkeitsrecht *Bultmann u.a.*, Study on the Feasibility of a General Legislative Framework on Fair Trading, Volume 3, 2000, S. 465 ff., abrufbar unter http://ec.europa.eu/consumers/rights/studies_reports_en.htm.

³ *Ulmer*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band I-V, 1965-1968; ferner Band VI (Vereinigtes Königreich und Nordirland) 1981, Band VII (Griechenland) 1994, Band VIII (Portugal) 2005.

Grundsätze[n]⁴⁴. Konkretisiert wurden diese noch recht vagen Konturen seither in einer Vielzahl von Sekundärrechtsakten. Neben einer ganzen Reihe von Regelungen, die auf bestimmte Vertriebsmethoden bzw. Waren und Dienstleistungen bezogen sind⁵, enthielten die ursprünglich aus 1984 bzw. 1997 stammenden Richtlinien über irreführende und vergleichende Werbung allgemeine Vorschriften über Marktkommunikation⁶. Seit 2005 kennt das Gemeinschaftsrecht sogar eine Generalklausel zur Bestimmung unzulässigen Wettbewerbsverhaltens⁷. Art. 5 Abs. 1 RL 2005/29/EG lautet: „Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten“⁸. Hierbei handelt es sich um eine Vollharmonisierung, die keine abweichenden Maßstäbe in den Mitgliedstaaten mehr zulässt⁹. Schließlich enthält die Rom-II-VO über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht aus dem Jahr 2007 eine spezielle Kollisionsnorm für „unlauteren Wettbewerb“¹⁰. Auch das europäische IPR geht mithin von der Existenz dieses Sonderdeliktsrechts aus.

⁴ So Art. 3 RL 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit v. 22.12.1986, ABl. EG L 42/48; siehe ferner Art. 1 RL 84/450/EG über irreführende Werbung (Fn. 6), nunmehr Art. 1 RL 2006/114/EG (Fn. 16, „unlautere Auswirkungen“ des verbotenen Verhaltens); Art. 5 Abs. 5 RL 89/104/EWG des Rates v. 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. EG L 40/1; Erwägungsgrund 13 RL 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EG L 157/45; Art. 5 VO (EG) 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.1.2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl. EG L 31/1 (lautere Handelsgepflogenheiten).

⁵ Siehe die Übersichten bei *Bultmann u.a.*, a.a.O. (Fn. 2), Vol. 3, S. 322 ff.; *Henning-Bodewig*, in: *Hilty/Henning-Bodewig, Law Against Unfair Competition*, 2007, S. 111 ff.; *dies.*, *Unfair Competition Law*, 2006, S. 34 ff.; *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 34 ff.

⁶ RL 84/450/EWG des Rates v. 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG L 250/17, geändert durch die RL 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über vergleichende Werbung, ABl. EG L 290/18.

⁷ Zum Lauterkeits- als Marktverhaltensrecht *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 7; *Micklitz/Keßler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 886 (Marktverhaltensordnung).

⁸ RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der RL 84/450/EWG des Rates, der RL 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der VO (EG) 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (RL über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. EG L 149/22.

⁹ Siehe Art. 1 und Erwägungsgründe. 6, 8, 11-13, 15 RL 2005/29/EG; *EuGH*, verb. Rs. C-261/07 und C-299/07, Rn. 52 – *VTB-VAB/Total*; *BGH GRUR* 2008, 807, Rn. 17; *Sosnitza*, *WRP* 2006, 1 ff.; *de Vrey*, *Towards a European Unfair Competition Law*, 2006, S. 58 f.; Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb v. 23.4.2008, BR-Drucks. 345/08, S. 13. Ebenso die Vorschriften zur vergleichenden Werbung; siehe Art. 8 Abs. 1 2. UA RL 2006/114/EG.

¹⁰ Siehe Art. 6 VO (EG) 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EG L 199/40; dazu näher unten C. III.

Geht es also nur um billige Effekthascherei, wenn man einen Abgesang auf ein Rechtsgebiet anstimmt, das auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts gerade Substanz und Form gewinnt? Ein solcher Vorwurf würde die vielstimmige Kritik vernachlässigen, die gerade die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken begleitet hat und Tenor vieler Beiträge zur hier dokumentierten Tagung war¹¹. Demnach habe die Richtlinie 2005/29/EG trotz einer vollharmonisierenden Generalklausel ihr Ziel, mit einem „klar definierten Rechtskonzept“ die Rechtssicherheit für Verbraucher und Unternehmen „beträchtlich“ zu verbessern, deutlich verfehlt, weil sie die bereits vorhandene systematische und teleologische Fragmentierung des europäischen Lauterkeitsrechts nicht behoben, sondern tendenziell verschärft habe¹².

Primär beklagt wird die Aufspaltung der Vorschriften über irreführende Werbung bzw. Geschäftspraktiken in einen Unternehmer- und einen Verbraucherzweig. Die Richtlinie 2005/29/EG erfasst lediglich solche Verhaltensweisen zwischen Unternehmen und Verbrauchern während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts *an Verbraucher* zusammenhängen¹³. Verhindert werden soll die unmittelbare Schädigung der wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten bei geschäftlichen Entscheidungen¹⁴. Hand in Hand mit dieser Fokussierung auf das B2C-Verhältnis ging die Einschränkung von Zweck und Anwendungsbereich der Regelungen über irreführende Werbung. Jene betreffen seither nur noch den Schutz *von Gewerbetreibenden* gegenüber anderen Mitbewerbern, also den in der Richtlinie 2005/29/EG ausgeklammerten B2B-Bereich¹⁵.

¹¹ Kritisch etwa *Handig*, Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU, 2006, S. 99; *Micklitz/Keffler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 895; *Henning-Bodewig/Schricker*, a.a.O. (Fn. 2), S. 320 (erheblicher Rückschritt); *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2003, 926 f.; *dies.*, GRUR Int. 2005, 629; *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 72; *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311 (1313 f.); *Apostolopoulos*, WRP 2004, 841 (853 f.) m.w.N.; *Gamerith*, WRP 2005, 391 (415); *de Vrey*, a.a.O. (Fn. 9), S. 62 f.; *Ohly*, WRP 2008, 177 (181).

¹² Siehe einerseits Erwägungsgrund 12 RL 2005/29/EG; *EG-Kommission*, Grünbuch, Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz v. 8.2.2007, KOM (2006) 744 endg., 3 f. und andererseits *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2002, 389 (398); *dies.*, GRUR Int. 2005, 629 (634); *de Vrey*, a.a.O. (Fn. 9), S. 77; wenig klar *Leistner*, ZEuP 2009, 56 (74) (die Richtlinie versuche, „den Grundstock eines umfassenden, modern wettbewerbsfunktional konzipierten gemeinschaftsrechtlichen Lauterkeitsrechts ... gleichsam ... vor sich selbst zu leugnen“).

¹³ Siehe Art. 3 Abs. 1, 2 lit. d RL 2005/29/EG; RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 13 (nicht erfasst seien Geschäftspraktiken, welche die Interessen der Verbraucher erst über den Umweg einer Beeinträchtigung der Interessen anderer Unternehmen berühren); *Glöckner/Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 11), S. 1320; *Köhler*, WRP 2007, 1393 (1396); großzügiger *Gamerith*, a.a.O. (Fn. 11), S. 419 f.; *Micklitz*, in: Heermann/Hirsch, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 2006, EG E Rn. 65 f. (könne sich der Verbraucher legitimerweise angesprochen fühlen, sei der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet)

¹⁴ Siehe Erwägungsgrund 6, 7 RL 2005/29/EG. Zu früheren Fassungen der Erwägungsgründe *Gamerith*, a.a.O. (Fn. 11), S. 412 f.

¹⁵ Siehe Art. 14 Nr. 1 RL 2005/29/EG.

Die unterschiedliche Beurteilung von Marktaktivitäten je nach Adressat trägt schon auf den ersten Blick nicht zur Kohärenz des europäischen Marktverhaltensrechts bei. Zudem treibt dieser Ansatz merkwürdige Blüten: Während die Geschäftspraktiken-Richtlinie einen vollharmonisierten Lauterkeitsmaßstab etabliert, ist in Art. 8 Abs. 1 RL 2006/114/EG¹⁶ zu lesen, dass die Mitgliedstaaten nicht an einem weiterreichenden Schutz der *Gewerbetreibenden* und *Mitbewerber* gegen irreführende Werbung gehindert sind. Dieser üblicherweise und so auch zuvor im Interesse eines intensiveren *Verbraucherschutzes* kodifizierte Vorbehalt, der das Binnenmarktziel kompromittiert, macht zugunsten speziell der Unternehmer keinen Sinn. Denn jene sind doch vor allen Dingen an gleichen, berechenbaren Bedingungen im gemeinsamen Markt interessiert, um EG-weit operieren zu können¹⁷. Zugleich bringt der Verbraucherschutzfokus der Richtlinie 2005/29/EG weitere Erschwernisse für den grenzüberschreitenden Marktzutritt mit sich, da Geschäftspraktiken in verschiedener Hinsicht strengerer Vorgaben als zuvor unterworfen werden. Auf diese problematischen *sachlichen* Änderungen wird zurückzukommen sein¹⁸.

Schließlich ist auch die praktische Rechtsanwendung seit Erlass der Geschäftspraktiken-Richtlinie nicht einfacher geworden. Im Durchgriff auf das hinter der Umsetzungsgesetzgebung stehende Gemeinschaftsrecht ist man zunächst gehalten, nach speziellen Marktverhaltensregeln im weit verstreuten, medien- und produktspezifischen *Acquis* zu suchen¹⁹. Findet sich keine vorrangige Bestimmung, muss weiter geprüft werden, ob die Irreführungs- oder die unlautere Geschäftspraktiken-Richtlinie einschlägig ist. Die Anwendungsbereiche beider Rechtsakte überschneiden sich, da der Begriff der Geschäftspraktik die Werbung einschließt. Das Gemeinschaftsrecht anerkennt außerdem, dass eine irreführende Werbung sowohl die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher als auch der Mitbewerber betrifft, weil Nachfrageströme von deren Produkten abgelenkt werden können²⁰. Deshalb sind Mitbewerber zur Verfolgung von Verstößen gegen beide Richtlinien berechtigt²¹. Damit wird das Abgrenzungsbedürfnis aber nicht behoben, weil die einschlägigen Maßstäbe zur Beurteilung des Falles je nach Rechtsgrundlage divergieren, so dass die Entscheidung für die eine oder andere Richtlinie erheblich werden kann²². Insbesondere verlangt die Irreführungs-Richtlinie stets eine umfassende Berücksichtigung aller Bestandteile der Werbung²³, während die Geschäftspraktiken-

¹⁶ RL 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl. EG L 376/21.

¹⁷ Kritisch dazu auch *Drexl*, in diesem Band auf S. 237.

¹⁸ Siehe unten B. II. 2 b), C. I.

¹⁹ Siehe Art. 3 Abs. 3, 4 RL 2005/29/EG; *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 63; zu Abgrenzungsproblemen bei vergleichender Werbung *Gamerith*, a.a.O. (Fn. 11), S. 428 f.

²⁰ Erwägungsgrund 6 RL 2005/29/EG.

²¹ Art. 11 Abs. 1 UA 2 RL 2005/29/EG, 5 Abs. 1 RL 2006/114/EG.

²² Im Bereich der vergleichenden Werbung kommen die Irreführungsmaßstäbe gem. Art. 4 lit. a RL 2006/114/EG alternativ zum Tragen, werden also nicht für identisch gehalten; *Gamerith*, a.a.O. (Fn. 11), S. 429.

²³ Siehe Art. 3 RL 2006/114/EG.

Richtlinie eine „schwarze Liste“ von 23 Verhaltensweisen umfasst, die unter allen Umständen als unlauter gebrandmarkt werden²⁴. Die Lösung des Abgrenzungsproblems ist offen²⁵. Vertreten wird sowohl eine konkurrierende Anwendung beider Richtlinien²⁶ als auch ein weitgehender Vorrang der Geschäftspraktiken-Richtlinie²⁷, der freilich nicht so weit gehen kann, dass der Richtlinie über irreführende Werbung kein Anwendungsbereich mehr verbleibt.

In Anbetracht dieser Verwerfungen erscheint eine kritische Bilanz der Vergemeinschaftung des Lauterkeitsrechts an der Zeit. Bevor weitere Harmonisierungs- oder gar Vereinheitlichungsbestrebungen in Angriff genommen werden, sollte man sich vergewissern, warum bisherige Versuche eher zu einer Fragmentierung der einschlägigen Rechtsquellen und damit zu Wertungswidersprüchen und Anwendungsschwierigkeiten geführt haben. Den Ursachen für diese Entwicklung ist der folgende Abschnitt gewidmet. Dabei wird sich zeigen, dass nicht Kompetenzkonflikte in den europäischen Institutionen oder Divergenzen der nationalen Rechtsordnungen eine kohärente Lösung verhindern, sondern die Diversifizierung der Ziele des Primärrechts (dazu B.). Diese Erkenntnis ermöglicht es, im Schlussteil weitere Konsequenzen für das nationale Lauterkeitsrecht und die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Rechtsgebiet zu formulieren. Dort wird auch auf die provokante Frage nach den Auflösungserscheinungen des Lauterkeitsrechts als eines einheitlichen, allgemeinen Marktverhaltensrechts zurückzukommen sein (dazu C.).

B. Ursachen der Fragmentierung des europäischen Lauterkeitsrechts

I. Herrschende Meinung: Zuständigkeiten und nationales Recht

Die herrschende Meinung macht für die dargestellten Inkohärenzen des europäischen Lauterkeitsrechts vor allen Dingen zwei Ursachen verantwortlich. Erstens wird das Recht gegen unlauteren Wettbewerb seit *Ulmers* rechtsvergleichender Studie primär aus der Sicht der nationalen Rechtsordnungen diskutiert²⁸. Wertungsdiskrepanzen und systematische Unstimmigkeiten, zuletzt die Aufspaltung des europäischen Rechts gegen unlauteren Wettbewerb in einen Mitbewerber- und

²⁴ *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2005, 629 (632).

²⁵ Offengelassen von *OGH MR* 2008, 114 (119) – *Stadtrundfahrten* mit Anm. *Heidinger*.

²⁶ *Gamerith*, a.a.O. (Fn. 11), S. 427 f.

²⁷ *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 66.

²⁸ Siehe *Ulmer*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. I, Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung, 1965, S. 47 ff.; *Beier*, GRUR Int. 1984, 61 ff.; *Schricker*, in: Bernstein u.a., Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, 1981, S. 537 ff.; *ders.*, GRUR Int. 1990, 771 ff.; *Henning-Bodewig/Schricker*, a.a.O. (Fn. 2), S. 319; *Beater*, ZEuP 2003, 11 (14 ff.); *Bultmann u.a.*, a.a.O. (Fn. 2), Vol. 3, S. 1 ff.; *de Vrey*, a.a.O. (Fn. 9), S. 4, 79 ff.; ferner die Länderberichte in *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 5), S. 69 ff.; *Hilty/Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 5), S. 139 ff.

einen Verbraucherzweig, werden auf die grundlegende Verschiedenheit mitgliedstaatlicher Konzepte in diesem Bereich zurückgeführt²⁹. Zweitens wird auf die organisatorische Struktur der Kommission verwiesen, bei der die Generaldirektionen Binnenmarkt und Verbraucherschutz um die Deutungshoheit bei der Entstehung der Geschäftspraktiken-Richtlinie gerungen hätten, sich aber Letztere durchgesetzt habe³⁰.

Beide Erklärungsansätze greifen jedoch zu kurz. Der Verweis auf die Organisationsstruktur der Kommission reflektiert lediglich die vorgelagerten Kompetenzen und damit die Ziele der Gemeinschaft³¹. Abgesehen davon, dass EG-Richtlinien von der Kommission nicht erlassen, sondern nur vorgeschlagen werden, hatten bereits bei der Ausarbeitung der ersten Irreführungsrichtlinie 1984/450/EWG verschiedene Untergliederungen der Kommission um die Zuständigkeit gestritten. Nachdem die Federführung ursprünglich bei der Abteilung Rechtsangleichung Binnenmarkt gelegen hatte, zeichnete sich seit 1977 die Dienststelle Umwelt und Verbraucherschutz verantwortlich³². Trotzdem verfolgte die schließlich erlassene Richtlinie einen integrierten, die Interessen aller Marktteilnehmer einbeziehenden Ansatz. Bis Ende 2007 wurden nämlich auch die Allgemeininteressen am unverfälschten Wettbewerb explizit als Schutzobjekt der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung benannt. Gem. Art. 1 RL 84/450/EWG³³ war Zweck jener Richtlinie der Schutz der Verbraucher, der Gewerbetreibenden sowie der Interessen der Allgemeinheit vor irreführender Werbung und deren unlauteren Auswirkungen sowie die Festlegung der Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung³⁴.

Wenn ein entsprechender Konflikt zwischen den Generaldirektionen Binnenmarkt und Verbraucherschutz im Jahre 2005 dazu führt, dass eine ersichtlich auf Liberalisierung angelegte Verordnung über „Verkaufsförderung im Binnenmarkt“ scheitert³⁵, und stattdessen mit der Richtlinie 2005/29/EG ein auf Verbraucher und deren Interessen zugeschnittener Rechtsakt in Kraft tritt, während die Allgemein-

²⁹ *Schricker*, Festschrift Zweigert (Fn. 28), 537 (538); *Beier*, a.a.O. (Fn. 28), S. 69; *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2002, 389 (390 ff.); *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 20; *Leistner*, a.a.O. (Fn. 12), S. 59 f.; *Hoeren*, WRP 2009, 789 (790).

³⁰ *Handig*, a.a.O. (Fn. 11), S. 92 f.; *Micklitz/Keßler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 886 ff.; *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2002, 389 (395 f.); *Apostolopoulos*, a.a.O. (Fn. 11), S. 855; *Glöckner/Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 11), S. 1314; *de Vrey* a.a.O. (Fn. 9), S. 59 f.; *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 2 f.; *Ohly*, a.a.O. (Fn. 11), S. 180.

³¹ Zu diesem Zusammenhang noch unten B. II. 1.

³² Siehe *Schricker*, WRP 1977, 1, mit Hinweis auf die Einbeziehung der Interessen aller Marktteilnehmer a.a.O., 5; *Albrecht*, WRP 1978, 687; *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 20.

³³ Oben Fn. 6.

³⁴ Erwägungsgrund 6 RL 84/450/EWG (Fn. 6); *EuGH* Slg. 1994, 317, Rn. 9 – *Verband sozialer Wettbewerb/Clinique Laboratories*; umfassend auch das Verständnis des Zwecks der Richtlinie bei *EuGH* Slg. 1992, I-131, Rn. 9 – *X*; *Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, S. 64 f. (Allgemeininteressen seien nur in Bezug auf einen funktionsfähigen Wettbewerb im Binnenmarkt geschützt).

³⁵ Siehe Art. 3 f. Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt v. 25.10.2002, KOM (2002) 585 endg.; *Micklitz/Keßler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 892; *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 61 ff.

interessen an der Verhinderung irreführender Werbung und ihrer unlauteren Auswirkungen aus der Irreführungs-Richtlinie *gestrichen* werden³⁶, dann kann dies jedenfalls nicht allein auf organisatorische Gründe zurückgeführt werden.

Das weitere Argument, wonach unterschiedliche und sich zudem wandelnde Konzepte des nationalen Lauterkeitsrechts zwischen den Polen öffentlich-rechtlicher Regulierung (französisches Modell), Generalklausel (deutsches Modell) und Inexistenz eines eigenständigen Rechtsgebiets (englisches Modell) eine kohärente europäische Lösung erschweren, ja verhindern können, ist für sich betrachtet sicherlich zutreffend. Die Fortentwicklung des europäischen Privatrechts verlangt in der Tat nach einer integralen Berücksichtigung sowohl des *acquis communautaire* als auch des *acquis commun* im Sinne eines in den nationalen Rechtsordnungen anerkannten Regelungsbestandes³⁷.

Indes verkennt die Analyse des Gemeinschaftsrechts aus der Warte der nationalen Rechtsordnungen³⁸, dass Rechtsangleichung nur im Rahmen und unter Beachtung der Ziele der Gemeinschaft, also nicht um ihrer selbst willen, erfolgen kann und darf. Die Art. 2 ff. EG und die entsprechenden Regelungen im Vertrag von Lissabon³⁹ stellen nicht bloße Programmsätze dar, sondern sind „zwingend geltende“, also justiziable Maßstäbe – einerseits für die Kompetenzabgrenzung, andererseits für die Auslegung und Fortbildung des Primär- und Sekundärrechts⁴⁰. Beurteilt man das Gemeinschaftsrecht hingegen aus nationaler Sicht und formuliert von hier aus Möglichkeiten und Erfordernisse weiterer Harmonisierung oder Vereinheitlichung, negiert man die durch das Primärrecht getragene *Autonomie* und den *Vorrang* des EG-Rechts gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Zugleich tritt die Kompetenzfrage in den Hintergrund, obgleich die Gemeinschaft wie die künftige Union nach dem Vertrag von Lissabon nur innerhalb begrenzter Einzelermächtigungen tätig werden darf⁴¹.

³⁶ Siehe Art. 14 Nr. 1 RL 2005/29/EG.

³⁷ Siehe *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529 (549). Zum europäischen Lauterkeitsmaßstab *Veelken*, EWS 1993, 377 (385).

³⁸ Oder ökonomischer Modelle; so aber *Leistner*, a.a.O. (Fn. 12), S. 86 ff.

³⁹ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. EG C 306/1 v. 17.12.2007; zu den diesbezüglichen Änderungen der europäischen Wirtschaftsverfassung näher *Peukert*, ZHR 2009, 536 (569 ff.).

⁴⁰ *EuGH* Slg. 1973, 215, Rn. 22 f., 25 – *Europemballage u. Continental Can/Kommission*; *EuGH* Slg. 1974, 359, Rn. 17/23 – *Kommission/Französische Republik*; *EuGH* Slg. 1979, 461, Rn. 125 – *Hoffmann-La Roch/Kommission* (Auslegung der Art. 81 f. EG „im Lichte“ der einschlägigen Zielbestimmungen); *EuGH* Slg. 1981, 2311, Rn. 20 – *Broekmeulen/Huisarts*; *EuGH* Slg. 1991, I-1223, Rn. 41 – *Französische Republik/Kommission* (jeweils Grundfreiheiten); *EuGH* Slg. 1994, 317, Rn. 12 – *Verband sozialer Wettbewerb/Clinique Laboratories* (Sekundärrecht); *H.P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 558 ff. Allgemein zur Funktion von Zielbestimmungen im EG- und EU-Recht *Reimer*, EuR 2003, 992 ff.

⁴¹ Dazu auch unten C. III.

II. Maßgeblichkeit des Primärrechts in seinem Wandel

Demnach bestätigt sich *Steindorffs* Satz, wonach „jede systematische Kritik eines Rechtsgebiets vom primären Gemeinschaftsrecht ausgehen [muss].“⁴² Nur wenn man diesen genuin gemeinschaftsrechtlichen Ansatz verfolgt, lassen sich gewisse *inhaltliche* Akzentverschiebungen des europäischen Lauterkeitsrechts hin zu einem hohen Verbraucherschutzniveau erklären, während Kompetenzkonflikte innerhalb der europäischen Institutionen und Unterschiede zwischen nationalen Regelungskonzepten nur auf ein tieferliegendes Problem verweisen, ohne dieses zu thematisieren. Denn bei einer solchen Betrachtung bleibt offen, warum sich gerade eine bestimmte Schwerpunktsetzung wie der Verbraucherschutz und nicht eine andere, insbesondere eine ganzheitlich-wettbewerbsfunktionale Betrachtung durchgesetzt hat. Im Folgenden wird demgegenüber die These vertreten, dass die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken die Diversifizierung und Materialisierung der Ziele des Primärrechts und zugleich den relativen Bedeutungsverlust des Wettbewerbsprinzips getreulich nachvollzieht⁴³. Dies bestätigt eine vergleichende Betrachtung des EG-Vertrags und des sekundären Lauterkeitsrechts in ihrem jeweiligen Wandel:

1. Diversifizierung der Ziele des Primärrechts

a) Die Bedeutung des Wettbewerbsprinzips

Die ursprüngliche Wirtschaftsverfassung der EWG war zweifellos von ordoliberalen Gedanken geprägt⁴⁴. In den Worten *Walter Hallsteins*: „Das Grundgesetz der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ist klar marktwirtschaftlich. Den unverfälschten Wettbewerb im ungeteilten Gemeinschaftsraum ins Spiel zu setzen, das ist ihr Leitmotiv“⁴⁵.

Dieser Ausgangspunkt bestätigt sich bei einer Gesamtschau des EG-Vertrags bis heute⁴⁶. Die Präambel Nr. 4 verweist darauf, dass für den erstrebten wirt-

⁴² *Steindorff*, WRP 1993, 139. Siehe ferner *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 35, 115 (Referenzsystem der Lauterkeit sei die Wirtschaftsverfassung der EG); *Beater*, a.a.O. (Fn. 28), S. 11; zum Verbrauchervertragsrecht auch *Drexel*, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 747 (800 f.).

⁴³ Dazu mit Fokus auf das Primärrecht auch *Peukert*, ZHR 2009, 536 ff.

⁴⁴ *Ophüls*, ZHR 124 (1962), 136 (148) m.w.N. (System des gemäßigten Liberalismus); *Immenga*, EuZW 1994, 14 (15); *Basedow*, in: Due u.a., Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, 1995, 49 (52) (zur Zeit nach Maastricht ebenso a.a.O., S. 58); *Mestmäcker*, in: Hasse u.a., Ordnung in Freiheit, Festgabe für Hans Willgerodt zum 70. Geburtstag, 1994, 263 (270); *Grundmann*, JZ 2000, 1133 (1136 f.); *Streinz*, EUV/EGV, 2003, Präambel EGV Rn. 4; *Drexel*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 747 (767 f.).

⁴⁵ *Hallstein*, Wirtschaftliche Integration als Faktor politischer Einigung, Festschrift Müller-Armack, 1961, 273 (275), zitiert nach *Ophüls*, a.a.O. (Fn. 44), S. 148 mit Fn. 15.

⁴⁶ *EuGH* Slg. 1966, 459 (483) – *Italienische Republik/Rat und Kommission*; *EuGH* Slg. 2001, I-6297, Rn. 20 – *Courage/Crehan*; *EuGH* Slg. 2006, I-8089, Rn. 47 – *Laserdisken*; *Drexel*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 747 (777); *Zuleeg*, in: v. der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Recht, 6. Aufl. 2003, Art. 3 EGV Rn. 8; *Wichard*, in: Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 3 EGV Rn. 10; *Slot*, European Law Review 12 (1987), 179 (186 f.); *Schwarze*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007, S. 28; zum Zusammenhang

schaftlichen und sozialen Fortschritt unter anderem ein „redlicher Wettbewerb“ zu gewährleisten ist. Die Tätigkeit der Gemeinschaft umfasst im Interesse einer harmonischen, ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung des Wirtschaftslebens (Art. 2 EG) einen Binnenmarkt mit freiem Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr (Art. 3 lit. c EG), auf dem der Wettbewerb vor Verfälschungen geschützt wird (Art. 3 lit. g)⁴⁷. Die Wirtschaftspolitik der Gemeinschaft beruht gem. Art. 4 Abs. 1, 98 S. 2, 105 Abs. 1 EG ebenfalls auf dem Binnenmarkt und ist dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert werden soll⁴⁸. Die Art. 81 ff. EG sichern die Aufrechterhaltung dieses auf Leistung beruhenden, wirksamen Wettbewerbs und damit die gleiche wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer⁴⁹. All diese Regelungen wurden vom EuGH auf das einheitliche Ziel bezogen, dass „auf einem Markt, der die Merkmale eines einzigen Marktes aufweist, ein wirksamer, unverfälschter Wettbewerb hergestellt wird“ und umgekehrt Wettbewerbsverfälschungen „zum Schaden des öffentlichen Interesses, der einzelnen Unternehmen und der Verbraucher“ vermieden werden⁵⁰. Eine solch geordnete Marktöffnung wird vom Gerichtshof immer wieder als „grundlegendes“

von Zielen und Aufgabennormen *H.P. Ipsen*, a.a.O. (Fn. 40), S. 556; *Reimer*, a.a.O. (Fn. 40), S. 997.

⁴⁷ Siehe zu Art. 3 lit. g EG *EuGH Slg.* 1973, 215, Rn. 26 – *Europemballage u. Continental Can/Kommission*; *EuGH Slg.* 1977, 1875, Rn. 20 – *Metro/Kommission* (Art. 3 lit. g setze das Vorhandensein eines „wirksamen Wettbewerbs (workable competition)“ voraus); *EuGH Slg.* 1991, I-1223, Rn. 41 – *Französische Republik/Kommission* („Wettbewerbsaspekt“), Rn. 51 (es gehe um die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer; es dürfe bestimmten Marktteilnehmern nicht gestattet sein, die Bedingungen für den Wettbewerb festzusetzen).

⁴⁸ Siehe *Kilian*, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl. 2008, Rn. 212; *Öhlinger*, in: *Griller*, *Die europäische Wirtschaftsverfassung de lege lata et ferenda*, 2007, 269 (273) (wettbewerbsverfasste Marktwirtschaft).

⁴⁹ *EuGH Slg.* 1966, 321 (392) – *Consten/Grundig* (Marktabstottung durch absolute Gebietsbeschränkung als Wettbewerbsverfälschung); *EuGH Slg.* 1966, 459 (486) – *Italienische Republik/Rat und Kommission*; *EuGH Slg.* 1973, 215, Rn. 25 – *Europemballage u. Continental Can/Kommission*; *EuGH Slg.* 1979, 461, Rn. 90 – *Hoffmann-La Roch/Kommission* (Wettbewerbsverfälschungen seien verboten, weil sie „nicht auf einer wirtschaftlichen Leistung“ beruhten, sondern sie „zielen darauf ab, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren und anderen Herstellern den Zugang zum Markt zu verwehren“); ferner *EuGH Slg.* 1986, 611, Rn. 68 ff. – *Windsurfing/Kommission* (falsche Angabe gewerblicher Schutzrechte als nicht leistungsgerechte Verschaffung eines Wettbewerbsvorteils).

⁵⁰ *EuGH Slg.* 1966, 459 (483) – *Italienische Republik/Rat und Kommission*; *EuGH Slg.* 1966, 321 (388) – *Consten/Grundig*; *EuGH Slg.* 1971, 487, Rn. 8 – *Deutsche Grammophon* (Art. 3 lit. f EWG und Grundfreiheiten); *EuGH Slg.* 1973, 215, Rn. 23 f. – *Europemballage u. Continental Can/Kommission*; *EuGH Slg.* 1979, 461, Rn. 132 – *Hoffmann-La Roch/Kommission*; *EuGH Slg.* 1980, 2033, Rn. 20 – *National Panasonic/Kommission*; *EuGH Slg.* 1985, 1, Rn. 8 f. – *Leclerc/SARL*; *EuGH Slg.* 1985, 305, Rn. 11 – *Cullet*; *EuGH Slg.* 1991, I-1223, Rn. 41 – *Französische Republik/Kommission*; *Ophüls*, a.a.O. (Fn. 44), S. 147; anders *Reich*, in: *Reich/Micklitz*, *Europäisches Verbraucherrecht*, 4. Aufl. 2003, S. 14 (produktivistische, anbieterorientierte Ausrichtung des EWGV).

und „wesentliches“ Ziel der EG bzw. als „fundamentaler“, „allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ bezeichnet⁵¹.

Die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot sind der Hebel, mit dem nationale Märkte im Zuge der sog. negativen Integration geöffnet werden und der neue, europäische Markt entsteht. Als unmittelbar geltende, individuelle Rechte und fundamentale Prinzipien des EG-Rechts garantieren sie dem Einzelnen das gleiche, von der Staatsangehörigkeit unabhängige Recht, sich im Binnenmarkt wirtschaftlich betätigen zu können⁵². Den Mitgliedstaaten verbieten sie jede Regelung, die den innergemeinschaftlichen Fluss von Waren, Dienstleistungen, Kapital und nicht zuletzt Personen unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell behindert⁵³.

Vorbehalten bleiben zwingende Erfordernisse bzw. Gründe des Allgemeininteresses, unter denen sich die Ausübung gleicher Marktzutrittsfreiheiten vollzieht. Hierzu gehört seit *Cassis* auch die *Lauterkeit des Handelsverkehrs*⁵⁴. Die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH kann ebenfalls im Sinne des Schutzes eines intensiven, unverfälschten Wettbewerbs gelesen werden⁵⁵: Regelungen, die die Marktkommunikation durch Standardisierung, Etikettierung, die Zulässigkeit vergleichender Werbung sowie Irreführungsverbote erleichtern, entsprechen diesem Leitbild und werden daher trotz Einschränkung der Grundfreiheiten akzeptiert. Geringfügige Irreführungsgefahren, Einfuhr- und Totalverbote von Produkten sowie die Verhinderung eines angeblich ruinösen Wettbewerbs im Interesse bestimmter, insbesondere kleinerer Unternehmen rechtfertigen eine Erschwerung

⁵¹ *EuGH Slg.* 1966, 321 (388) – *Consten/Grundig*; *EuGH Slg.* 1971, 487, Rn. 12 – *Deutsche Grammophon*; *EuGH Slg.* 1973, 215, Rn. 24 – *Europemballage u. Continental Can/Kommission* (so wesentlich, dass sonst zahlreiche Vertragsvorschriften gegenstandslos wären); *EuGH Slg.* 1985, 1, Rn. 8 – *Leclerc/SARL*; *EuGH Slg.* 1985, 305, Rn. 10 – *Cullet*; *EuGH Slg.* 1985, 531, Rn. 9 – *Procureur de la République/ADBHU*; *EuGH Slg.* 1985, 3731, Rn. 25 – *Miro*; *H.P. Ipsen*, a.a.O. (Fn. 40), S. 90 (Regeln über Marktterrichtung und Marktordnung als der Kern der Integrationsverträge); *Streinz*, a.a.O. (Fn. 44), Art. 3 EGV Rn. 22 ff.; *Hatje*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 683 (723 ff.).

⁵² *EuGH Slg.* 1980, 417, Rn. 6 – *Kommission/Großbritannien*; *EuGH Slg.* 2003, I-6445, Rn. 24 – *Kommission/Italien*; *EuGH Slg.* 2004, I-1352, Rn. 31 – *Greenham und Abel*; *EuGH Slg.* 2006, I-2095, Rn. 12 – *A-Punkt/Schmidt*; *EuGH EuZW* 2008, 601, Rn. 27 – *Kommission/Deutschland*; *H.P. Ipsen*, a.a.O. (Fn. 40), S. 566 f.; *Dethloff*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, 2001, S. 140 ff.

⁵³ *EuGH Slg.* 1974, 837, Rn. 5 – *Dassonville*; seither etwa *EuGH Slg.* 1984, 1299, Rn. 20 – *Prantl*; *EuGH Slg.* 1985, 305, Rn. 23 – *Cullet*; *EuGH Slg.* 1993, I-2361, Rn. 9 – *Schutzverband/ Yves Rocher*; *EuGH Slg.* 2000, I-151, Rn. 22 – *TK-Heimdienst Sass*; *EuGH Slg.* 2004, I-3052, Rn. 19 f. – *Karner/Troostwijk*; *EuGH EuZW* 2008, 177, Rn. 26 – *Dynamic Medien/Avides Media*.

⁵⁴ Oben Fn. 52, 53; *Müller-Graff*, in: Börner, Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag, Bd I, 1984, 209 (220 f.). Für eine Subsumtion dieses Aspekts unter das „gewerbliche und kommerzielle Eigentum“ gem. Art. 30 EG *Lenz*, ZEuP 1994, 624 (640).

⁵⁵ *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, S. 169 ff.; näher *Peukert*, ZHR 2009, 536 (548 ff.) m.w.N.

des grenzüberschreitenden Marktzutritts unter dem Gesichtspunkt der Lauterkeit des Handelsverkehrs hingegen nicht⁵⁶.

b) Die Ambivalenz der europäischen Wirtschaftsverfassung

Freilich ließ sich das Primärrecht noch nie auf ein bestimmtes Wirtschafts- und Rechtsmodell reduzieren. Zunächst sind die marktwirtschaftliche Ordnung des Binnenmarkts sowie das System unverfälschten Wettbewerbs nach Auffassung des EuGH lediglich „Mittel zur Erreichung“ der in Art. 2 EG genannten Ziele und speziell der politischen Integration⁵⁷. Während diese Indienstrategie des wirtschaftlichen Wettbewerbs für übergeordnete Allgemeininteressen mit ordoliberalen Vorstellungen durchaus vereinbar ist, umfasste das Primärrecht seit jeher Elemente, die nicht auf eine Flankierung des selbststeuernden Wettbewerbs abzielten. So haben die Wettbewerbsregeln stets nur mit Einschränkungen im Agrarsektor gegolten⁵⁸.

Im Übrigen hat das Wettbewerbsprinzip durch die beständige Erweiterung der Ziele und komplementären Kompetenzen der EG einen relativen Bedeutungsverlust erlitten. Verwiesen sei auf den mit der Einheitlichen Europäischen Akte 1986 in den EWG-Vertrag eingegangenen Umweltschutz⁵⁹, auf die durch den Vertrag von Maastricht 1992 mit Primärrechtsstatus geadelten Ziele des Gesundheits-⁶⁰ und Verbraucherschutzes⁶¹ sowie die 1999 mit dem Vertrag von Amsterdam in Art. 3 Abs. 2 EG niedergelegte Aufgabe der Gemeinschaft, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Letztgenanntes Ziel ist gem. Art. 6, 95 Abs. 3 EG ebenso wie die Sicherstellung eines hohen Schutzniveaus in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umwelt- und Verbraucherschutz bei *allen* Rechtssetzungsaktivitäten zur Errichtung des Binnenmarkts zu beachten. Dabei lässt allein die gesonderte Nennung dieser Politiken erkennen, dass die Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs nicht genügt. Vielmehr werden

⁵⁶ *EuGH Slg.* 1997, I-3689, Rn. 13 ff. – *Familiapress/Bauer*; *EuGH Slg.* 2000, I-151, Rn. 33, 35 – *TK-Heimdienst Sass* (allenfalls Hygieneerwägungen relevant); *EuGH Slg.* 1998, I-1831, Rn. 39 – *Decker*; *Müller-Graff*, Festschrift Carstens (Fn. 54), 209 (226 f.) (strukturpolitische Maßnahmen seien unter dem Topos der Lauterkeit des Handelsverkehrs nicht zu rechtfertigen); *Ahlfeld*, Zwingende Erfordernisse im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 EGV, 1997, S. 276 m.w.N. (Mittelstandsschutz kein Rechtfertigungsgrund für Einschränkungen der Grundfreiheiten); *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 502 f.; *ders.*, GRUR 2008, 960 (964).

⁵⁷ *EuGH Gutachten* 1/91, *Slg.* 1991, I-6079, Rn. 50.

⁵⁸ Siehe Art. 36 EG; *EuGH Slg.* 1987, 2345, Rn. 16 – *Albako/Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung*; *EuGH Slg.* 1993, I-3668, Rn. 58 ff. – *Deutschland/Rat*; *Schwarze*, a.a.O. (Fn. 46), S. 146 ff.

⁵⁹ Siehe die Art. 2, 3 lit. l, 6, 174 Abs. 2, 175 f. EG; *Schwarze*, a.a.O. (Fn. 46), S. 308 ff.; *Basedow*, Festschrift Everling I (Fn. 44), 49 (51).

⁶⁰ Art. 3 lit. p, 152 EG.

⁶¹ Art. 3 lit. t, 153 EG. Zum Maastricht-Vertrag siehe *Möschel*, in: Karl Bruchhausen u.a., Festschrift für Rudolf Nirk, 1992, S. 707 ff.; *Immenga*, a.a.O. (Fn. 44), S. 14 ff.; *Basedow*, Festschrift Everling I (Fn. 44), 49 (54 ff.). Zum Verbraucherschutz *Reich*, in: Reich/Micklitz (Fn. 50), S. 14 ff.; *Schwarze*, a.a.O. (Fn. 46), S. 315 ff.; *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 160 ff.; *Lettl*, a.a.O. (Fn. 34), S. 10 ff.; *Unberath/Johnston*, CML Rev. 2007, 1237 (1239 ff.).

offenbar gesonderte Maßnahmen für erforderlich gehalten, die nicht durchweg im Einklang mit wettbewerbsfunktionalen Ansätzen stehen müssen⁶². Ungeachtet der im Einzelnen umstrittenen Bedeutung der Verpflichtung zur horizontalen Verfolgung hoher Schutzniveaus in den genannten Bereichen kann mithin von einem *generellen* Primat des Wettbewerbsprinzips nicht mehr ausgegangen werden⁶³.

Die zunehmende Pluralität der gemeinschaftsrechtlich legitimen Regelungszwecke schlägt sich auch in der Anwendung der Wettbewerbsregeln und der Grundfreiheiten nieder. Die in Art. 81 Abs. 3 EG vorgesehenen Ausnahmen vom Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen oder Beschlüsse lassen nach Auffassung des EuGH erkennen, dass die „verschiedenen Vertragsziele miteinander in Einklang gebracht werden müssen“, so dass z.B. Aspekte des Umweltschutzes in die Beurteilung einfließen können⁶⁴. Im Kontext der negativen Integration über die Grundfreiheiten können ebenfalls nicht alle „zwingenden Erfordernisse“ der Marktöffnung wettbewerbsfunktional erklärt werden⁶⁵. Akzeptiert hat der EuGH zum Beispiel das befristete Verbot des Vertriebs von Videokassetten, obwohl diese Maßnahme zum Schutz der französischen Kinokultur durchaus als Marktzutritts Hindernis für ausländische Filmproduktionen aufgefasst werden konnte⁶⁶.

Die Ambivalenz der europäischen Wirtschaftsverfassung zwischen wettbewerbsfunktionaler Flankierung des Marktes und materialen Schutzziele und Politiken zeigt sich besonders deutlich im Verbraucherschutz, der wie gezeigt inzwischen prominent im Primärrecht verankert ist und die Aktivitäten der Gemeinschaft

⁶² Zu potentiellen Zielkonflikten insbesondere zwischen Verbraucher- und Wettbewerbsschutz *Mestmäcker*, Festschrift Willgerodt (Fn. 44), 263 (284); *Weinand*, Europarecht und Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, 1998, S. 179 ff.; *Gamerith*, a.a.O. (Fn. 11), S. 404 f.; *Wallow*, in: Weatherill/Bernitz, The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29, 2007, 175 (188 f.); *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, 2007, S. 508 f.; *Tamm*, EuZW 2007, 756 (760); *Lippert*, DVBl. 2008, 492 (494).

⁶³ *EuGH Slg.* 1993, I-3668, Rn. 59 – *Deutschland/Rat* („It should be noted that the institution of a system of undistorted competition is not the only objective mentioned in Article 3 of the Treaty, which also provides inter alia for the establishment of a common agricultural policy.“); für den Vertrag von Maastricht *Immenga*, a.a.O. (Fn. 44), S. 17; *Mestmäcker*, Festschrift Willgerodt (Fn. 44), 263 (274); *Rittner*, WuW 2007, 967; *Lippert*, a.a.O. (Fn. 6), S. 499; tendenziell a.A. auch nach Maastricht *Basedow*, Festschrift Everling I (Fn. 44), 49 (58 ff.) (Primat marktwirtschaftlich-wettbewerbskonformer Maßnahmen).

⁶⁴ Siehe *EuGH Slg.* 1985, 531, Rn. 12 – *Procureur de la République/ADBHU*; ferner *EuGH Slg.* 1973, 215, Rn. 24 – *Europemballage u. Continental Can/Kommission*; *EuGH Slg.* 1977, 1875, Rn. 21 – *Metro/Kommission*; *EuGH Slg.* 1999, I-5751, Rn. 52 ff. – *Albany/Stichting Bedrijfs-pensioenfond*s (Tarifverträge zwischen Sozialpartnern fallen im Interesse sozialpolitischer Ziele nicht unter Art. 81 EG).

⁶⁵ Übersicht zu den einzelnen „Erfordernissen“ bei *Ahlfeld*, a.a.O. (Fn. 56), S. 84 ff. Zum Umweltschutz als Rechtfertigungsgrund *EuGH Slg.* 2001, I-2099, Rn. 68 ff. – *PreussenElektra/Schleswig* (Förderung erneuerbarer Energien); zum Arbeitnehmerschutz *EuGH Slg.* 2007, I-10779, Rn. 77 m.w.N. – *International Transport Workers' Federation/Viking Line*; *EuGH Slg.* 2007, I-11767, Rn. 103 sowie 75 – *Laval/Svenska Byggnadsarbetareförbundet* (Sozialdumping als unlauterer Wettbewerb im Binnenmarkt).

⁶⁶ *EuGH Slg.* 1985, III-2618, Rn. 23 – *Cinéthèque u. a./Fédération Nationale des Cinémas Français*.

im Vertrags- und Lauterkeitsrecht sogar dominiert. Im Kontext der Grundfreiheiten wird dieser Aspekt vom EuGH zwar in der Regel in einem Atemzug mit der „Lauterkeit des Handelsverkehrs“ genannt, er stellt aber keine inhaltsgleiche und damit sinnlose Wiederholung dar⁶⁷. Auch im Hinblick auf die Ziele der Gemeinschaft wird die Verbraucherschutzpolitik nicht mit der harmonischen Entwicklung des Wirtschaftslebens, sondern mit der Hebung der Lebensqualität in Zusammenhang gebracht⁶⁸.

Dabei stehen *einerseits* „wirtschaftliche Interessen“ der Verbraucher im Vordergrund. Hierbei handelt es sich um eines der fünf „Grundrechte“ des Konsumenten, die bereits in den Verbraucherschutzprogrammen der Jahre 1975 und 1981 formuliert waren⁶⁹. Ziel ist es, dem Verbraucher zu einer von Täuschung und Zwang freien Auswahlentscheidung zu verhelfen⁷⁰. Insoweit wird der Konsument nicht primär als strukturell schwächerer und deshalb zu schützender Marktteilnehmer betrachtet, sondern als aktiver Gestalter des Binnenmarkts. Wettbewerbspolitisch fungiert die Verbraucherwohlfahrt als Indikator für einen funktionierenden, unverfälschten Wettbewerb und nicht als eigenständiges Ziel⁷¹. In diesem Zusammenhang stehen drei vom EuGH entwickelte Konzepte, die unter dem Topos des Verbraucherschutzes einen intensiven Wettbewerb im Binnenmarkt fördern sollen: der informierte,

⁶⁷ Glöckner, a.a.O. (Fn. 1), S. 148; Handig, a.a.O. (Fn. 11), S. 17; Lenz, a.a.O. (Fn. 54), S. 640; Ahlfeld, a.a.O. (Fn. 56), S. 101 (aber a.a.O., S. 104: weitgehende inhaltliche Überschneidung); offen Lettl, a.a.O. (Fn. 34), S. 148 (keine klaren Konturen der Abgrenzung); a.A. Dethloff, a.a.O. (Fn. 52), S. 191 f. (weitgehende Kongruenz); Bornkamm, GRUR 1993, 748 (749); nicht differenzierend auch Joliet, GRUR Int. 1994, 1 (11); ferner Weinand, a.a.O. (Fn. 62), S. 168 f.

⁶⁸ Siehe die Entschließung des Rates v. 14.4.1975 betreffend ein Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, ABl. EG C 92/1; Entschließung des Rates v. 19.5.1981 betreffend ein Zweites Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, ABl. EG C 133/1 (die Verbesserung der Lebensqualität setze den Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher voraus); Glöckner, a.a.O. (Fn. 1), S. 162 f.

⁶⁹ Oben Fn. 68.

⁷⁰ Siehe Reich, Markt und Recht, 1977, S. 198 ff. (marktkomplementäre Konzeption des Verbraucherrechts); Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, passim und S. 302 (das Verbraucherschutzrecht betreffe „Situationen, in denen die Funktionsbedingungen der wirtschaftlichen Selbstbestimmung versagen“); Glöckner, a.a.O. (Fn. 1), S. 194 f.

⁷¹ Zu Verbrauchern als Indikatoren funktionierenden bzw. verfälschten Wettbewerbs Keßler/Micklitz, Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die Reform des UWG, 2003, S. 20, unter Berufung auf Smith, Wohlstand der Nationen, S. 558 („Consumption is the sole end and purpose of all production, and the interests of the producer ought to be attended only so far as is may be necessary for promoting that of the consumer.“); Wadlow, in: Weatherill/Bernitz (Fn. 62), S. 177; Bultmann u.a., a.a.O. (Fn. 2), Vol. 1, S. 18 (mit Verweis auf das wettbewerbspolitische Konzept der „workable competition“); Rehberg, in: Zetzsche u.a., Recht und Wirtschaft, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 2008, 49 (75); EG-Kommission, Verbraucherpolitische Strategie der EU 2007-2013, 13.3.2007, KOM (2007) 99 endg., S. 3; für die Wettbewerbsregeln Drexl, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., erscheint 2009, IV 1 a.

aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher⁷², das Informationsmodell, das diesem mündigen Konsumenten eine selbstbestimmte Auswahlentscheidung ermöglichen soll⁷³, und das Herkunftsland- oder Binnenmarktprinzip, wonach Waren, die im Ursprungsland rechtmäßig in Verkehr gebracht wurden, im Einfuhrstaat nicht erneut einer vollständigen Kontrolle unterworfen werden dürfen⁷⁴.

Andererseits wird die Verbraucherwohlfahrt nicht durchweg als integraler Aspekt einer auf unverfälschten Wettbewerb ausgerichteten Konzeption verstanden⁷⁵. Hervorgehoben sei die Rechtssache *Buet*, in der der EuGH unter Hinweis auf die Gefahr unüberlegter Kaufentscheidungen von Personen mit „Bildungsrückstand“ ein mitgliedstaatliches Verbot der Haustürwerbung für pädagogisches Material für gemeinschaftsrechtskonform erklärte⁷⁶. Die generelle Untersagung dieser Geschäftspraktik durch einen abstrakten Gefährdungstatbestand geht über die Ermöglichung einer informierten Entscheidung ersichtlich hinaus. Der EuGH akzeptiert eine gezielte Interventionen im Interesse schutzwürdiger Marktteilnehmer, ohne dass im Einzelfall eine tatsächliche Beeinträchtigungsgefahr nachgewiesen werden muss.

Festzuhalten ist, dass sich das Primärrecht durch eine Diversifizierung und Materialisierung seiner Ziele auszeichnet⁷⁷. Da diese Ziele nicht durchweg komplettär sind, gewinnt der politische Willensakt an Bedeutung⁷⁸. Konsequenter billigt

⁷² *EuGH Slg.* 1984, 1299, Rn. 27 f. – *Prantl*; *EuGH Slg.* 2001, I-7945, Rn. 52 – *Toshiba/Katun*; *Radeideh*, Fair Trading in EC Law, 2005, S. 56 ff., der hierin sogar ein Prinzip lauterer Handels im Europäischen Recht erkennt („Consumers must be enabled to make their choice in full knowledge of the facts.“, a.a.O., S. 184 ff.); a.A. EG-Kommission, Grünbuch (Fn. 12), S. 19.

⁷³ Siehe Zweites Verbraucherschutzprogramm (Fn. 68), ABl. EG 1981 C 133/1 Rn. 40 ff.; *EuGH Slg.* 1990, I-667, Rn. 13 – *GB-Inno-BM/Confederation du Commerce Luxembourgeois*; *EuGH Slg.* 2001, I-4619, Rn. 32 – *Kommission/Irland*; *EuGH Slg.* 2003, I-513, Rn. 79 – *Kommission/Italien*; *EuGH Slg.* 2004, 1277, Rn. 74 f. – *Kommission/Frankreich*; *Lenz*, a.a.O. (Fn. 54), S. 641; *Keßler/Micklitz*, a.a.O. (Fn. 71), S. 24 ff. (Markttransparenz als wettbewerbstheoretisch gesichertes Erfordernis); *Radeideh*, a.a.O. (Fn. 72), S. 43 ff.; *Grundmann*, a.a.O. (Fn. 44), S. 1137 ff.; *Apostolopoulos*, a.a.O. (Fn. 11), S. 854; *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 195 ff.

⁷⁴ *EuGH Slg.* 1985, 3731, Rn. 25 ff. – *Miro*; *Micklitz/Keßler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 888 f.; *Gamerith*, a.a.O. (Fn. 11), S. 407 ff.; *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 87.

⁷⁵ Siehe zu dieser Differenzierung *Fastrich*, in: Heldrich u.a., Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. II, 2007, S. 1071 („Die ‚soziale‘ Marktwirtschaft stellt sich nicht von selbst ein. Sie bedarf des Eingriffs des Staates.“); *Reich*, a.a.O. (Fn. 70), S. 198 ff. („marktkompensierende (marktkorrigierende) Konzeption“ des Verbraucherrechts); *ders.*, in: Reich/Micklitz (Fn. 50), S. 17 (liberal-freihandelsbezogener oder sozialstaatlich-schutzbezogener Ansatz); *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 32 (Markt- oder Minderheitenschutz); kritisch zu dieser Differenzierung *Rehberg*, in: Zetzsche (Fn. 71), 49 (71).

⁷⁶ *EuGH Slg.* 1989, 1235, Rn. 11 ff. – *Buet und SARL/Ministère public*; ferner *EuGH EuZW* 2008, 177, Rn. 42 – *Dynamic Medien/Avides Media* (Altersverifikation von Filmen durch die deutsche Freiwillige Selbstkontrolle zum Schutz von Minderjährigen).

⁷⁷ *Pache/Rösch*, *EuZW* 2008, 519 (521); *Terhechte*, *EuR* 2008, 143 (153 f.); *Fastrich*, *FS Canaris II* (Fn. 75), 1070 (1072).

⁷⁸ Allgemein zur Politisierung des Gemeinschaftsrechts *H.P. Ipsen*, a.a.O. (Fn. 40), S. 556 f.; ferner *Immenga*, a.a.O. (Fn. 44), S. 17; *Basedow*, Festschrift Everling I (Fn. 44), 49 (54 f.); *Öhlinger*, in: Griller (Fn. 48), 269 (276); *Hatje*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 683 (744).

der EuGH den Gemeinschaftsorganen im zweiten Tabakwerbeurteil einen erheblichen Ermessensspielraum zu, der nur darauf überprüft wird, ob die Maßnahme zur Erreichung des Ziels – konkret der Errichtung des Binnenmarkts unter zulässigerweise „maßgeblicher“ Berücksichtigung des Gesundheitsschutzes – offenkundig ungeeignet ist⁷⁹. Zu Recht wird daher die Wirtschaftsverfassung der EG/EU zumindest seit Maastricht als „gemischt“ beschrieben⁸⁰.

Nach *Unberath* und *Johnston* kann diese Entwicklung in eine Phase der negativen und der positiven Integration unterteilt werden⁸¹: Im Zuge der negativen Integration der nationalen Ökonomien wurden Marktzutrittschürden auch in Gestalt strenger Lauterkeitsmaßstäbe geschliffen und durch vergleichsweise großzügige Rahmenbedingungen wie den Durchschnittsverbraucher, das Informationsmodell und das Herkunftslandprinzip ersetzt, um das grenzüberschreitende Handeln von Unternehmen zu erleichtern. Diese Politik beruhte auf dem Gedanken, dass die Gemeinschaft ein „Zweckverband funktionaler Integration“⁸², mit anderen Worten die Errichtung des Binnenmarkts die Grundlage „für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker“ war⁸³. Diese Dynamik ist bereits mit dem Vertrag von Maastricht zu einem guten Teil erloschen, was gerade in Art. 3 lit. g EG zum Ausdruck kommt, der seither nicht mehr von der „Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs“ spricht⁸⁴. In der Phase der positiven Integration ab Mitte der 1980er Jahre und verstärkt ab den 1990er Jahren agierte die Gemeinschaft mit anderen Instrumenten, nämlich mit der Angleichung oder vollständigen Vereinheitlichung nationaler Marktverhaltensregeln durch Richtlinien und Verordnungen⁸⁵ statt deren punktueller Außerkraftsetzung durch die Grundfreiheiten-Rechtsprechung des EuGH. Dabei hat die Werteunion im Nachvollzug der Ausweitung ihrer Kompetenzen und Ziele in der Sache andere Schwerpunkte gesetzt. Die

⁷⁹ *EuGH* EuZW 2007, 46, Rn. 42 m.w.N., 145 f. – *Deutschland/Parlament und Rat; Immenga*, a.a.O. (Fn. 44), S. 17; *Hatje*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 683 (690 f.). Zum Erfordernis, die individuellen Grundfreiheiten mit den Zielen der Sozialpolitik abzuwägen, *EuGH* Slg. 2007, I-11767, Rn. 105 – *Laval/Svenska Byggnadsarbetareförbundet*.

⁸⁰ *Hatje*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 683 (691) („gemischt“); *Immenga*, a.a.O. (Fn. 44), S. 15 („zweideutig“); *Öhlinger*, in: Griller (Fn. 48), 269 (273) (wettbewerbsverfasste Marktwirtschaft mit sozialen Akzenten).

⁸¹ *Unberath/Johnston*, a.a.O. (Fn. 61), S. 1283 („Free Trade is the priority of primary legislation while interventionist consumer protection lies at the heart of the case law on secondary legislation.“); siehe auch *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 486 (fast alle Maßnahmen der Positivharmonisierung hätten eine „schutzintensivierende Tendenz“); ferner *Basedow*, Festschrift Everling I (Fn. 44), 49.

⁸² *H.P. Ipsen*, a.a.O. (Fn. 40), S. 196, 1055; *Ophüls*, a.a.O. (Fn. 44), S. 164; *Hatje*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 683 (689); *Drexler*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 747 (760); auf den Außenhandel angewendet von *Kilian*, a.a.O. (Fn. 48), Rn. 46.

⁸³ Siehe Präambel Nr. 1 EG; hierzu nur etwa v. *Bogdandy*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 149 (186 ff.) m.w.N.

⁸⁴ Siehe *Kilian*, a.a.O. (Fn. 48), Rn. 226.

⁸⁵ Zu Verordnungen, Richtlinien und Beschlüssen als „Gesetzgebungsakten“ siehe Art. 289 f. AEUV.

in die materialen Schutzpolitiken der Mitgliedstaaten gerissenen Lücken wurden durch europäische Maßnahmen ausgefüllt.

2. Zielpluralität des europäischen Lauterkeitsrechts

Trotz der dargestellten Entwicklungen des primären Gemeinschaftsrechts bezieht die ganz herrschende Meinung das europäische Lauterkeitsrecht auf die Präambel Nr. 4 sowie Art. 3 lit. g EG, also auf den Schutz des unverfälschten Wettbewerbs⁸⁶. *Jochen Glöckner* leitet aus dem gegenwärtigen Primärrecht gar ein „Primat des Wettbewerbsschutzes“ ab. Schutzobjekt des europäischen Lauterkeitsrechts sei demgemäß „allein“ das den Individualinteressen übergeordnete Allgemeininteresse am funktionsfähigen Wettbewerb⁸⁷. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese einseitige Fundierung des Lauterkeitsrechts den status quo zutreffend beschreibt.

a) Wettbewerbsfunktionale Elemente des europäischen Lauterkeitsrechts

Richtig ist, dass die entsprechenden Sekundärrechtsakte wettbewerbsfunktionale Elemente aufweisen. In rechtstechnischer Hinsicht zählt hierzu zunächst, dass die Richtlinien zur vergleichenden Werbung und zu unlauteren Geschäftspraktiken zu einer Vollharmonisierung führen und auf diese Weise eine möglichst weitgehende Angleichung der Wettbewerbschancen im Binnenmarkt erreichen⁸⁸. Spezifisch auf Verbraucherschutz ausgerichtete Maßnahmen dürfen hingegen gem. Art. 153 Abs. 4, 5 EG strengere Schutzregelungen der Mitgliedstaaten nicht ausschließen⁸⁹. Diese Art der Mindestharmonisierung ist vielen Rechtsakten im Verbrauchervertragsrecht eigen, obwohl auch jene auf der Basis der Binnenmarktcompetenz und nicht gem. Art. 153 Abs. 3 lit. b EG als Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung

⁸⁶ *EuGH* Slg. 1980, 2033, Rn. 20 – *National Panasonic/Kommission*; *Streinz*, a.a.O. (Fn. 44), Art. 3 EGV Rn. 22; *Zuleeg*, in: v. der Groeben/Scharze (Fn. 46), Präambel Rn. 11, Art. 3 EGV Rn. 8; im Ergebnis bereits *Ulmer*, a.a.O. (Fn. 28), S. 56 f.; ferner *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 16 f.; *Leistner*, a.a.O. (Fn. 62), S. 341 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 59 f.; *Weinand*, a.a.O. (Fn. 62), S. 128 f.; *Beater*, a.a.O. (Fn. 28), S. 34 f.; *Glöckner/Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 11), S. 1314; *Müller-Graff*, Festschrift Carstens (Fn. 54), 209 (219); *Lenz*, a.a.O. (Fn. 54), S. 624; *Veelken*, a.a.O. (Fn. 37), S. 381; *Steindorff*, a.a.O. (Fn. 42), S. 139 f.; *Podszun*, WRP 2009, 509 ff.; zur Geschäftspraktiken-Richtlinie *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295 (297) (der unverfälschte Wettbewerb sei als Schutzzweck der Richtlinie anzuerkennen); für eine wettbewerbstheoretische Verankerung des Lauterkeitsrechts unter Ausgrenzung ethisch-moralischer Erwägungen auch *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 108, 115 (funktionsbezogenes Wettbewerbskonzept); anders unter Hinweis auf den Verbraucherschutzgedanken *Koos*, Europäischer Lauterkeitsmaßstab und globale Integration, 1996, S. 77 f. (der gemeinschaftsrechtliche Lauterkeitsmaßstab sei ausgehend vom höchsten mitgliedstaatlichen Schutzniveau unter Beachtung der Grundfreiheiten zu ermitteln).

⁸⁷ *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 509, 512; zum deutschen UWG *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 340 ff. m.w.N.

⁸⁸ Oben Fn. 9.

⁸⁹ *EuGH* Slg. 2006, I-2095, Rn. 11 ff. – *A-Punkt/Schmidt*; *EuGH* EuZW 2008, 505, Rn. 31 – *Dermoestética/To Me Group*.

und Überwachung mitgliedstaatlicher Verbraucherschutzpolitik ergingen⁹⁰. Schon an diesem rechtstechnischen Aspekt offenbaren sich Unterschiede im Regulierungskonzept: Stehen im Lauterkeitsrecht gemeinschaftsweit einheitliche Marktbedingungen im Vordergrund, geht es im Verbrauchervertragsrecht um Schutzminima zugunsten einer bestimmten Personengruppe.

In der Sache widmen sich die Richtlinien 2005/29/EG sowie 2006/114/EG den klassischen Fällen unlauteren Wettbewerbs, nämlich Irreführungen und aggressiven Geschäftspraktiken. Anders als einige sektorale Regelungen verzichten sie auf konkrete inhaltliche Vorgaben für Werbung⁹¹. Die Verbote von Täuschungen und wettbewerbsfremdem Zwang sollen die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer wahren, ineffiziente Auswahlentscheidungen verhindern und somit einen unverfälschten Wettbewerb sicherstellen⁹². Ein generelles und präventives Verbot von Kopplungsangeboten im nationalen Recht ohne Rücksicht darauf, ob hiermit die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher im Einzelfall geschützt wird, ist unter der vollharmonisierenden und insoweit liberalisierenden Richtlinie 2005/29/EG hingegen nicht mehr zulässig⁹³. Ferner wird vergleichende Werbung im Unterschied zum früheren deutschen Recht grundsätzlich akzeptiert, weil sie einen transparenten und intensiven Wettbewerb mit markteigenen Instrumenten fördert⁹⁴. Unter Betonung dieser Funktion versteht der EuGH den

⁹⁰ Siehe Art. 153 Abs. 3 lit. a EG und z.B. Art. 8 RL 85/577/EWG des Rates v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG L 372/31; Art. 8 Abs. 2 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG L 171/12; *Conrad*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2002, passim und S. 320 (Grauzone zwischen Binnenmarktoptimierung und Verbraucherschutz als Ziel in der Sache); *Micklitz/Keßler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 887. Zum Zusammenhang zwischen europäischem Verbrauchervertrags- und Lauterkeitsrecht *Leistner*, a.a.O. (Fn. 62), passim. Anders nun aber Art. 4 Kommissionsvorschlag für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher v. 8.10.2008, KOM (2008) 614 endg., 2008/0196 (COD) („Die Mitgliedstaaten dürfen keine von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufrechterhalten oder einführen; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutz-niveaus.“); kritisch dazu *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279 ff.; *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 456 ff.

⁹¹ Siehe unten Fn. 118, 119.

⁹² Siehe Erwägungsgrund 2 RL 84/450/EG (Fn. 6); Erwägungsgründe 7, 9 RL 97/55/EG (Fn. 6); Art. 2 lit. e, 5 Abs. 4, 8 und Erwägungsgrund 14 S. 1, 16 RL 2005/29/EG (Schutz der Freiheit der Verbraucher, eine informierte und deshalb effektive Wahl zu treffen); Erwägungsgrund 3 RL 2006/114/EG (unverfälschter Wettbewerb); *Koppensteiner*, in: Augenhöfer, Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts, 2009, 85 (87); zum Verbot aggressiver Geschäftspraktiken *Koch*, Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken. Aggressives Geschäftsgebahren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie, 2006, passim.

⁹³ *EuGH*, verb. Rs. 261/07 und 299/07, Rn. 62 – *VTB-VAB/Total*.

⁹⁴ Zu den Funktionen vergleichender Werbung bereits *EuGH* Slg. 1993, I-2361, Rn. 22 – *Schutzverband/Yves Rocher*; nach Inkrafttreten der Richtlinie dann *EuGH* Slg. 2001, I-7945, Rn. 36 – *Toshiba/Katun*; *EuGH* Slg. 2003, I-3095, Rn. 40 f. – *Pippig/Hartlauer*; *EuGH* Slg. 2006, I-8525, Rn. 22 – *Lidl/Colryt*; *EuGH* EuZW 2006, 190, Rn. 23 – *Siemens/VIPA*; *EuGH* EuZW 2007, 379, Rn. 34 – *De Landtsheer*.

Begriff der vergleichenden Werbung in sehr weitem Sinne; die zu beachtenden Anforderungen werden in dem für vergleichende Werbung „günstigsten Sinn“ ausgelegt⁹⁵. Dabei wird dem verständigen Durchschnittsverbraucher einiges zuge-
traut⁹⁶.

Bis Ende 2007 fand sich dieses institutionell-wettbewerbsfunktionale Verständnis noch prominent im Eingangsartikel der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung⁹⁷. Ihr Zweck war der Schutz der Verbraucher, der Gewerbetreibenden sowie *der Interessen der Allgemeinheit* vor irreführender Werbung und deren unlauteren Auswirkungen sowie die Festlegung der Bedingungen für zulässige vergleichende Werbung⁹⁸.

b) Diversifizierung des europäischen Lauterkeitsrechts

Die Abkehr von einem solch ganzheitlich-wettbewerbsfunktionalen Ansatz kommt nicht nur in der eingangs erläuterten, *systematischen* Aufspaltung des europäischen Lauterkeitsrechts in einen Verbraucher- (RL 2005/29/EG) und einen Mitbewerberzweig (RL 2006/114/EG bzgl. irreführender Werbung) zum Ausdruck. Auch in der Sache werden andere Schwerpunkte gesetzt. Insbesondere lässt sich nunmehr ein spezifischer Fokus auf Belange der Konsumenten ausmachen, aus deren Sicht und in deren Interesse das gesamte Lauterkeitsrecht konzipiert wird⁹⁹:

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken soll nach ihrem Eingangsartikel in formaler Hinsicht zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beitragen und dabei ein *hohes Verbraucherschutzniveau* erreichen. Letztgenanntes materiales Ziel wird bereits im ersten Erwägungsgrund hervorgehoben, der auf die Art. 153 Abs. 1 und 3 EG verweist. Gleichzeitig wurden die Allgemeininteressen an der Verhinderung irreführender Werbung und ihrer unlauteren Auswirkungen aus der Irreführungs-Richtlinie *gestrichen*¹⁰⁰. Damit wendet sich der europäische Gesetzgeber explizit von einem Lauterkeitsrecht ab, das im Interesse *aller* Markt-

⁹⁵ Siehe Erwägungsgrund 8 RL 2006/114/EG; *EuGH* Slg. 1993, I-2361, Rn. 22 – *Schutzverband/Yves Rocher*; *EuGH* Slg. 2001, I-7945, Rn. 37 – *Toshiba/Katun*; *EuGH* Slg. 2003, I-3095, Rn. 42 – *Pippig/Hartlauer*; *EuGH* Slg. 2006, I-8525, Rn. 22 – *Lidl/Colryt*; *EuGH* EuZW 2007, 379, Rn. 16, 34 ff – *De Landtsheer*.

⁹⁶ Siehe *EuGH* Slg. 2006, I-8525, Rn. 22 ff. – *Lidl/Colryt* (pauschale Preisvergleiche mit dem gesamten Sortiment eines anderen Lebensmittelhändlers grundsätzlich zulässig).

⁹⁷ Art. 1 RL 84/450/EWG, geändert durch RL 97/55/EG (Fn. 6).

⁹⁸ Erwägungsgrund 6 RL 84/450/EG (Fn. 6); *EuGH* Slg. 1994, 317, Rn. 9 – *Verband sozialer Wettbewerb/Clinique Laboratories*; umfassend auch das Verständnis des Zwecks der Richtlinie bei *EuGH* Slg. 1992, I-131, Rn. 9 – *X*; *Lettl*, a.a.O. (Fn. 34), S. 64 f. (Allgemeininteressen seien nur in Bezug auf einen funktionsfähigen Wettbewerb im Binnenmarkt geschützt).

⁹⁹ Paradigmatisch hierfür *Reich*, in: *Reich/Micklitz* (Fn. 50), S. 11 („Das vorliegende Buch thematisiert und systematisiert das Europäische Wirtschaftsrecht aus der Perspektive des Verbrauchers als homo oeconomicus passivus ...“), S. 13 (das europäische Wirtschaftsrecht habe „letztlich dem Verbraucherinteresse zu dienen“).

¹⁰⁰ Siehe Art. 14 Nr. 1 RL 2005/29/EG.

beteiligten bzw. der Allgemeinheit die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs stabilisiert¹⁰¹.

Zugleich werden die marktöffnenden Instrumente aufgegeben, die vom EuGH im Zuge der negativen Integration entwickelt wurden. So findet das Herkunftslandprinzip auf verbraucherschützende Maßnahmen ebenso wenig Anwendung wie im Bereich des Gesundheitsschutzes. Die E-Commerce-Richtlinie enthält einen entsprechenden Vorbehalt seit jeher¹⁰², und auch aus der Geschäftspraktiken-Richtlinie ist der Grundsatz im Laufe der Beratungen gestrichen worden¹⁰³.

Ferner relativiert die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken das Konzept des verständigen Durchschnittsverbrauchers. Gem. Art. 5 Abs. 3 RL 2005/29/EG werden Geschäftspraktiken, die voraussichtlich das wirtschaftliche Verhalten einer eindeutig identifizierbaren Gruppe schutzbedürftiger Verbraucher wesentlich beeinflussen, aus der Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds *dieser Gruppe* beurteilt. Kennzeichen der angesprochenen Konsumenten sind „geistige oder körperliche Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit“. Da eine geschäftliche Handlung nicht mehr aus der Sicht des aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers, sondern z.B. eines schutzbedürftigen Durchschnittsseniores eingeschätzt wird, stellt die Richtlinie strengere Anforderungen an zulässiges Marktverhalten als der EuGH im Rahmen der negativen Integration über die Grundfreiheiten¹⁰⁴.

Auch für zulässige vergleichende Werbung werden die Anforderungen verschärft. Als markteigenes Informationsinstrument wurde vergleichende Werbung vom Gemeinschaftsrecht bisher sehr wohlwollend beurteilt¹⁰⁵. Nunmehr müssen gem. Art. 4 lit. a RL 2006/114/EG bei einem Vergleich nicht nur die Irreführungsregelungen jener Richtlinie beachtet werden, sondern *zusätzlich* die Vorgaben der Art. 6 und 7 der Geschäftspraktiken-Richtlinie. Das Nebeneinander der Maßstäbe

¹⁰¹ *Gamerith*, a.a.O. (Fn. 11), S. 427; a.A. ohne Rücksicht hierauf *Brömmelmeyer*, a.a.O. (Fn. 86), S. 297; *Glöckner/Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 11), S. 1324 f. (weder Verbraucher noch Mitbewerber dürften auf der Grundlage des Lauterkeitsrechts mehr verlangen als der Schutz des funktionsfähigen Wettbewerbs gebiete).

¹⁰² Siehe Art. 3 Abs. 4 lit. a (i) RL 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über elektronischen Geschäftsverkehr“) v. 8.6.2000, ABl. EG L 178/1.

¹⁰³ Zu Art. 4 RL 2005/29/EG, wonach die Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr nicht aus Gründen einschränken dürfen, die mit dem durch diese Richtlinie angeglichenen Bereich zusammenhängen, *Brömmelmeyer*, a.a.O. (Fn. 86), S. 299 ff. m.w.N.; *Leistner*, a.a.O. (Fn. 12), S. 66 ff. (deklaratorische Festschreibung der Vollharmonisierung).

¹⁰⁴ So im Ergebnis auch *OGH* Az.: 4Ob163/08m, abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at/Jus/>, 3.1 (für die Werbung für ein Finanzmarktprodukt sei das Verständnis der Kleinanleger und nicht eines Durchschnittsverbrauchers maßgeblich); *Radeideh*, a.a.O. (Fn. 72), S. 279; *Schumacher*, in: *Hilty/Henning-Bodewig* (Fn. 5), 127 (134); a.A. *Glöckner/Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 11), S. 1330 (keine Rückkehr des leichtgläubigen Verbrauchers); *Koch*, a.a.O. (Fn. 92), S. 295 (der Schutz der geschäftlich Unerfahrenen erhalte weniger Gewicht als bisher in Deutschland und England). Siehe auch §§ 3 Abs. 2 S. 2, 4 Nr. 2 dUWG und RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 43 (der Schutz der erwähnten Gruppen sei der Richtlinie ein besonderes Anliegen); zustimmend *Rehberg*, in: *Zetzsche* (Fn. 71), 49 (67 f.); *Leistner*, a.a.O. (Fn. 12), S. 76 f.

¹⁰⁵ Oben Fn. 94-96.

verdeutlicht, dass insoweit sachliche Unterschiede bestehen¹⁰⁶. Der Werbende muss aber auf jeden Fall die strengsten Vorgaben einhalten, da es weder zu einem Verstoß gegen die Richtlinie 2006/114/EG noch gegen die Richtlinie 2005/29/EG kommen darf. Somit unterliegen jedenfalls solche Vergleiche einer strengeren Beurteilung, die sich an eine schutzbedürftige Konsumentengruppe wenden. Zudem erlegt Art. 7 RL 2005/29/EG dem Werbenden erstmals das Gebot auf, alle für eine geschäftliche Verbraucherentscheidung „wesentlichen Informationen“ offenzulegen. Diese Regelung kann sogar als Anzeichen eines grundsätzlichen Misstrauens gegenüber werblichen Anpreisungen verstanden werden¹⁰⁷.

Der verbraucherschützende Fokus der Richtlinie 2005/29/EG erweist sich des Weiteren an abstrakten Gefährdungstatbeständen in Gestalt der sog. schwarzen Liste „unter allen Umständen“, also unabhängig von einer konkreten Interessengefährdung als unlauter zu qualifizierenden Geschäftspraktiken¹⁰⁸. Darunter finden sich Verbote, die primär dem Gesundheitsschutz dienen¹⁰⁹, und die ohne Rücksicht auf eine etwaige Irreführung Handlungen untersagen, um den Verbraucher ex ante vor unüberlegten Verhaltensweisen zu bewahren¹¹⁰.

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass das Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus auf die autonome Auslegung der Generalklausel des Art. 5 Abs. 1 RL 2005/29/EG durchschlagen wird. Allein die schiere Masse unbestimmter Rechtsbegriffe zur Erläuterung dessen, was Lauterkeit ausmacht („Erfordernisse der beruflichen Sorgfalt“, die wiederum als „Standard von Fachkenntnissen und Sorgfalt“ definiert werden, deren Anwendung „billigerweise“ gemäß den „anständigen Marktgepflogenheiten und/oder [!] dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben“ erwartet werden kann), wird dazu beitragen, dass die Generalklausel vorrangig anhand ihres Zwecks konkretisiert werden wird¹¹¹. Beispiele aus anderen

¹⁰⁶ *Gamerith*, a.a.O. (Fn. 11), S. 429.

¹⁰⁷ In diesem Sinne *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 42 („Es ist ja schließlich so, dass die Werbung den Verbraucher anspricht, und nicht der Verbraucher die Werbung nachfragt.“); anders *Leistner*, a.a.O. (Fn. 12), S. 74 ff., der die Regelung zwar als „hochproblematisch“ einschätzt, diese und andere verbraucherschützende Vorschriften aber gleichwohl im Sinne einer Verfeinerung ökonomischer Modelle gutheißt; dazu noch unten C. II.

¹⁰⁸ Siehe Art. 5 Abs. 5 RL 2005/29/EG; anders Art. 3 RL 2006/114/EG (umfassende Berücksichtigung aller Bestandteile der Werbung); siehe *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2005, 629 (632). Zur Enumeration dieser Verbote *EuGH*, verb. Rs. C-261/07 und C-299/07, Rn. 56 – *VTB-VAB/Total*.

¹⁰⁹ RL 2005/29/EG Anhang I Nr. 17 (Verbot der falschen Behauptung, ein Produkt könne Krankheiten heilen); *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 36 (Gesundheitsschutz-Regelung); aus verfassungsrechtlichen Gründen gegen eine Anwendung des deutschen Heilmittelwerberechts im Sinne eines abstrakten Gefährdungsdelikts *BGH* WRP 2007, 1088 (1090) – *Krankenhauswerbung*.

¹¹⁰ RL 2005/29/EG Anhang I Nr. 14 (Verbot, Schneeball- und Pyramidensysteme zur Verkaufsförderung zu betreiben); RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 65 (unerfahrene oder leichtfertige Verbraucher könnten nicht erkennen, dass die Chancen, neue Kunden zu werben, wegen des progressiven Charakters des Systems sinken); *Gamerith*, a.a.O. (Fn. 11), S. 426.

¹¹¹ *OGH* MR 2008, 114 (120) – *Stadtrundfahrten*; *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 106 (es sei auf das „wettbewerbstheoretische Modell des europäischen Lauterkeitsrechts“ zu rekurrieren). Allgemein zur teleologischen Auslegung *EuGH* Slg. 2003, I-513, Rn. 48 m.w.N. – *Kommission/*

Bereichen bestärken insoweit die Vermutung, dass sich der EuGH in kritischen Fällen auf die relativ klare Vorgabe eines *hohen* Verbraucherschutzniveaus kaprizieren wird¹¹². So fallen Entscheidungen im Verbrauchervertragsrecht selbst dann häufig zugunsten des Konsumenten aus, wenn der einschlägige Rechtsakt nicht ausdrücklich auf ein entsprechend hohes Schutzniveau Bezug nimmt¹¹³. Vergleichbare Beobachtungen lassen sich im europäischen Antidiskriminierungsrecht anstellen¹¹⁴. Dort gelangt der EuGH zur Entscheidung, eine „unmittelbare Diskriminierung“ im Sinne der Richtlinie 2000/43/EG¹¹⁵ liege auch dann vor, wenn es keine identifizierbare beschwerte Person gibt, indem er auf einen Erwägungsgrund dieser Richtlinie abstellt, wonach „günstigere Bedingungen für die Entstehung eines Arbeitsmarktes“ geschaffen werden sollen, „der soziale Integration fördert“¹¹⁶.

Im Übrigen wird das europäische Lauterkeitsrecht jedenfalls dann mit einem „Primat des Wettbewerbschutzes“ nicht mehr zutreffend beschrieben, wenn man – dem Gedanken des Lauterkeitsrechts als eines allgemeinen Marktverhaltensrechts folgend – sektorale Regelungen in die Analyse einbezieht. Hier kommt insbesondere das Politikziel eines *hohen Gesundheitsschutzes* zum Tragen¹¹⁷. Die vom EuGH im Zuge der negativen Integration entwickelten Konzepte zur Förderung eines intensiven, unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt – verständiger Durchschnittsverbraucher, Informationsmodell, Herkunftslandprinzip – treten in diesem Zusammenhang zurück. So sehen die Tabakwerberichtlinie¹¹⁸ und die

Italien. Kritisch zur Unklarheit der Generalklausel *Dröge*, Lauterkeitsrechtliche Generalklauseln im Vergleich, 2007, S. 67; *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2005, 629 (631); *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 128, 134; *Brömmelmeyer*, a.a.O. (Fn. 86), S. 298; *Gamerith*, a.a.O. (Fn. 11), S. 416 ff.; *Köhler*, NJW 2008, 3032 (3035).

¹¹² Hierfür wohl *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 45 (Prävalenz der Verbraucherinteressen); wohl auch *Dröge*, a.a.O. (Fn. 111), S. 82 (es komme „nur auf die Auffassung des Verbrauchers, mithin der Allgemeinheit“ an); kritisch *Unberath/Johnston*, a.a.O. (Fn. 61), S. 1280 f. („consumer protection is not the only value prevailing in the EC“); ferner *Reich*, in: Reich/Micklitz (Fn. 50), S. 21 f. m.w.N.

¹¹³ Siehe zur RL 90/314/EWG über Pauschalreisen, ABl. EG L 158/90; *EuGH* Slg. 1996, I-4845, Rn. 30 ff. – *Dillenkofer u.a./Bundesrepublik Deutschland*; ferner *EuGH* Slg. 2002, I-2631, Rn. 22 – *Leitner/TUI*; *EuGH* Slg. 2002, I-4051, Rn. 13 – *Club Tour/Garrido*; weitere Nachweise bei *Unberath/Johnston*, a.a.O. (Fn. 61), S. 1274 ff., 1281 („great majority of cases ... appears to be most consumer-friendly“).

¹¹⁴ Bereits de lege lata ist die Bekämpfung von Diskriminierungen ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, der von den Mitgliedstaaten auch vor Ablauf der Umsetzungsfrist einer Richtlinie zu achten ist; siehe *EuGH* Slg. 2005, I-10013, Rn. 75 – *Mangold/Helm*.

¹¹⁵ RL 2000/43/EG des Rates v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG L 180/22.

¹¹⁶ *EuGH* NJW 2008, 2767, Rn. 23 – *Centrum voor gelijkheid/Feryn*.

¹¹⁷ Oben Fn. 60 und im Rahmen der Grundfreiheiten *EuGH* GRUR 2008, 264, Rn. 27 – *Ludwigs-Apotheke/Juere Pharma*; *EuGH* EuZW 2008, 601, Rn. 46 – *Kommission/Deutschland* (der Schutz von Gesundheit und Leben nehmen in Art. 30 EG den ersten Rang ein).

¹¹⁸ Art. 3-5, Erwägungsgrund 3 RL 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. EG L 152/16; hierzu *EuGH* EuZW 2007, 46, Rn. 36 ff. – *Deutschland/Parlament und Rat*.

Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste¹¹⁹ umfassende Verbote bzw. eingehende Regulierungen für die Werbung und das Sponsoring mit Tabakerzeugnissen, Alkohol und Arzneimitteln vor. Das Herkunftslandprinzip der Richtlinie über elektronischen Geschäftsverkehr gilt unter anderem nicht für nationale Maßnahmen, die zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erforderlich sind¹²⁰.

Einen regelrechten Paradigmenwechsel vollzieht die sog. Health-Claim-Verordnung (EG) 1924/2006, die die mitgliedstaatlichen Vorschriften über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben bei Lebensmitteln vereinheitlicht, um das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts zu gewährleisten und gleichzeitig ein hohes Verbraucherschutzniveau zu bieten¹²¹. Zu diesem Zweck wird nicht etwa das bisher gültige, allgemeine Irreführungsverbot¹²² konkretisiert und ggf. verschärft. Vielmehr dürfen nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben wie „leicht“, „fettarm“ oder „Fitmacher“ überhaupt nur noch verwendet werden, wenn sie den von der Kommission aufgrund wissenschaftlicher Studien entwickelten Nährwertprofilen für das betreffende Lebensmittel entsprechen¹²³. Die Einführung eines Zulassungsverfahrens mit Positivlisten stellt das Verteilungsprinzip einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung auf den Kopf, wonach erlaubt ist, was keinem Verbot unterliegt¹²⁴. Nunmehr sind die betreffenden Aussagen nur noch nach gesonderter Gestattung zulässig. Während derartige nationale Marktregulierungen unter dem Damoklesschwert der Grundfreiheiten standen¹²⁵, setzt die Gemeinschaft bei der positiven

¹¹⁹ Siehe Art. 3 lit. e, Erwägungsgrund 44 RL 2007/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2007 zur Änderung der RL 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. EG L 332/27 („Die Verfügbarkeit schädlicher Inhalte im Bereich der audiovisuellen Mediendienste gibt nach wie vor Anlass zur Sorge für den Gesetzgeber, die Medienbranche und die Eltern ... Deshalb ist es notwendig, Vorschriften zum Schutz der körperlichen, geistigen und sittlichen Entwicklung Minderjähriger sowie zur Wahrung der Menschenwürde in allen audiovisuellen Mediendiensten, einschließlich der audiovisuellen kommerziellen Kommunikation, zu erlassen.“).

¹²⁰ Siehe Art. 3 Abs. 3 lit. a (i) RL 2000/31/EG (Fn. 102); dazu *BGH GRUR* 2006, 513 (516).

¹²¹ Siehe Art. 1 Abs. 1 VO (EG) 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.12.2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, berichtigte Fassung in ABl. EG L 12/3 v. 18.1.2007.

¹²² Siehe RL 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.3.2000 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür, ABl. EG Nr. L 109/29; v. *Danwitz*, *GRUR* 2005, 896. Zum Prinzip des deutschen Rechts, wonach überall dort, wo die Gesundheit in der Werbung auf dem Spiel steht, „besonders strenge Anforderungen an die Richtigkeit, Eindeutigkeit und Klarheit der Aussagen zu stellen sind“, siehe *BGH GRUR* 2002, 182 (185) m.w.N.; *OLG Hamburg Pharma Recht* 2007, 204 (206).

¹²³ Siehe Art. 8 Abs. 1, 10 Abs. 1 VO (EG) 1924/2006; *Jung*, *WRP* 2007, 389 (391); *Hagenmeyer*, *WRP* 2009, 554 ff., jeweils m.w.N.

¹²⁴ Hierzu *Peukert*, a.a.O. (Fn. 87), S. 77 ff. m.w.N.; *Beater*, a.a.O. (Fn. 28), S. 30 f.

¹²⁵ Insbesondere mussten die erforderlichen Verfahren den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren, leicht zugänglich sein und innerhalb eines angemessenen Zeitraums abgeschlossen werden; siehe Art. 15 ff. VO (EG) 1924/2006 sowie *EuGH Slg.* 2004, 1277, Rn. 21 ff. m.w.N. – *Kommission/Frankreich*; *EuGH EuZW* 2008, 56, Rn. 79 ff. – *Kommission/Deutschland*; für Unver-

Integration selbst auf eine vorbeugende Detailsteuerung der Marktkommunikation, die ersichtlich nicht dem Gedanken eines allgemeinen Rahmens folgt, innerhalb dessen sich Wettbewerbsverhalten dynamisch entwickeln kann. Aus teleologischer Sicht ist das kein Zufall. Bei genauerem Hinsehen geht es der Verordnung nämlich auch um einen Beitrag zur Ernährungserziehung (Stichwort „dicke Kinder“)¹²⁶. Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben sollen „nicht zum übermäßigen Verzehr eines Lebensmittels ermutigen oder diesen wohlwollend darstellen“ und damit „den allgemein akzeptierten Ernährungs- und Gesundheitsgrundsätzen zuwiderlaufen“ bzw. „von vernünftigen Ernährungsgewohnheiten abbringen“¹²⁷.

Insgesamt bestätigt sich *Glöckners* These vom Primat des Wettbewerbsschutzes im europäischen Lauterkeitsrecht nicht. Vielmehr zerfällt das Marktverhaltensrecht in viele Rechtsakte, die unterschiedliche, nicht durchweg komplementäre Ziele verfolgen, wobei materiale Zwecke wie der Gesundheits- und Verbraucherschutz zunehmend in den Vordergrund rücken und nicht mehr als integraler Aspekt und Indikator für funktionierenden, unverfälschten Wettbewerb begriffen werden. Die Parallelen zu den diversifizierten Primärrechtszielen liegen auf der Hand. Sogar die Politisierung des Gemeinschaftsrechts kann sich bei der Auslegung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken entfalten. So wird sich der EuGH mit der Abgrenzung des harmonisierten Lauterkeitsmaßstabs von unberührt bleibenden, nationalen Standards der „guten Sitten und des Anstands“ beschäftigen dürfen – eine Aufgabe mit offensichtlicher politischer Dimension und Sprengkraft¹²⁸.

Der dargestellte Gleichlauf von Primär- und Sekundärrecht ist kein Zufall, sondern geradezu notwendiger Ausdruck der *rechtlichen* Rückbindung jeder Maßnahme europäischer Institutionen an die Kompetenz- und Zielvorgaben im Primärrecht¹²⁹. Die Veränderungen an den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundlagen sind demnach die tiefere Ursache für die beklagte Fragmentierung des europäischen Lauterkeitsrechts¹³⁰. Der Wandel vom binnenmarkt- und wettbewerbsorien-

hältnismäßigkeit der Verordnung vor diesem Hintergrund v. *Danwitz*, a.a.O. (Fn. 122), S. 897; kritisch auch *Schwarze*, a.a.O. (Fn. 46), S. 382 f.

¹²⁶ *Meisterernst*, WRP 2008, 755.

¹²⁷ Siehe Art. 3 Abs. 2 lit. c, Erwägungsgrund 18 VO (EG) 1924/2006.

¹²⁸ Siehe Erwägungsgrund 7 RL 2005/29/EG; dazu *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 110 ff., mit Beispielen (das europäische Lauterkeitsrecht gerate prospektiv in unruhiges Fahrwasser); *Sosnizza*, a.a.O. (Fn. 9), S. 7 (je nach Auslegung handele es sich um einen „Sprengsatz oder auch nur um einen Sturm im Wasserglas“); *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 74; *Brömmelmeyer*, a.a.O. (Fn. 86), S. 298 f. (die erreichte Vollharmonisierung werde aufs Spiel gesetzt); allgemein zum Zusammenhang zwischen Politisierung und Kompetenzerweiterung *Mestmäcker*, Die Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union, 1993, S. 21.

¹²⁹ In diesem Sinne zur Bedeutung des Verbraucherschutzes im europäischen Lauterkeitsrecht *Bultmann u.a.*, a.a.O. (Fn. 2), Vol. 1, S. 17; *Unberath/Johnston*, a.a.O. (Fn. 61), S. 1283; EG-Kommission, Verbraucherschutzpolitik 2007, 2013 (Fn. 71), S. 6.

¹³⁰ Ebenso zum Verbrauchervertragsrecht *Unberath/Johnston*, a.a.O. (Fn. 61), S. 1283 f.; ferner *Reich*, in: Reich/Micklitz (Fn. 50), S. 36 ff.; allgemein *Ruffert*, Die Wirtschaftsverfassung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, 2004, S. 9 ff. m.w.N.; *Streinz*, a.a.O. (Fn. 44), Art. 3 EGV Rn. 24; *Lenz*, Die immanenten Grenzen des Gemeinschaftsrechts, 1993, S. 3 ff. (abgestufte Integration durch die Beseitigung von Hindernissen, die Angleichung von Rechtsvor-

tierten Zweckverband funktionaler Integration zur Werteunion lässt sich in diesem Rechtsgebiet besonders deutlich ablesen, weil die Entscheidung über zulässiges oder eben verbotenes Marktverhalten stets die Grundwertungen der Wirtschaftsverfassung widerspiegelt. Das bestätigt ein Blick auf die Geschichte des deutschen UWG, das zwar seit 1909 eine weitgehende äußerliche Stabilität aufweist, aber in seiner Anwendung nachgewiesenermaßen auf die historischen und normativen Zäsuren reagierte¹³¹. Erst vor diesem Hintergrund wird verständlich, weshalb sich das deutsche Lauterkeitsrecht im späten 20. Jahrhundert unter dem Einfluss der negativen Integration mühsam zu einem wettbewerbsfunktionalen Konzept durchrang¹³², während sich das europäische Lauterkeitsrecht hiervon bereits wieder entfernte.

C. Konsequenzen

Der Nachweis allein, dass das Sekundärrecht Veränderungen des Primärrechts nachvollzieht, ist für sich gesehen banal. Führt man sich jedoch vor Augen, dass die systematische und teleologische Fragmentierung sowie die teilweise Umorientierung des europäischen Lauterkeitsrechts damit als *zwangsläufige* Folgen erscheinen, lassen sich doch einige weiterführende Konsequenzen formulieren. Diese betreffen die Anwendung und Fortentwicklung der nationalen Lauterkeitsrechte (dazu 1), die rechtswissenschaftliche Beschäftigung mit dem europäischen Lauterkeitsrecht (dazu 2) sowie die im Titel angedeutete Frage, inwieweit man überhaupt noch von einem einheitlichen Rechtsgebiet sprechen kann (dazu 3).

I. Konsequenzen für das mitgliedstaatliche Lauterkeitsrecht

Die Fragmentierung des europäischen Lauterkeitsrechts erschwert die Handhabung der einschlägigen mitgliedstaatlichen Rechtsquellen. Neben den unmittelbar geltenden Verordnungen stehen Richtlinien, die wiederum in nationales Recht umgesetzt wurden. Selbst wenn insoweit eine systematische Zusammenfassung in Gesetzen gegen unlauteren Wettbewerb wie in Deutschland und Österreich erstrebt wird, bleibt der Rechtsanwender aufgefordert, die zutreffende Richtlinienregelung zu identifizieren, die die Auslegung des nationalen Rechts ggf. bestimmt¹³³. Dies gilt ganz besonders im Hinblick auf vollharmonisierende Richtlinien wie diejenigen über vergleichende Werbung und unlautere Geschäftspraktiken, da die Mitgliedstaaten in der Sache keine abweichenden Regelungen erlassen dürfen. Werden derartige Richtlinien wie im deutschen Recht mit anderem Wortlaut umgesetzt, um die überkommene Struktur und Terminologie des nationalen Rechts zu bewahren, zwingt dies den Rechtsunterworfenen dazu, die neben dem unmittelbar geltenden Gesetz in der Sache maßgebliche Rechtsquelle – die Richtlinie – gesondert zu stu-

schriften und die Einführung gemeinsamer Politiken); a.A. *Leistner*, a.a.O. (Fn. 12), S. 72 mit Fn. 88 und 86 ff. (Verfeinerung des Modells unverzerrten Wettbewerbs).

¹³¹ Siehe *Peukert*, a.a.O. (Fn. 87), S. 353 ff. m.w.N.

¹³² Dazu *Peukert*, a.a.O. (Fn. 87), S. 342 ff. m.w.N.

¹³³ Zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten oben A.

dieren, und sich dann zu fragen, ob und wie die Umsetzung richtlinienkonform ausgelegt werden kann¹³⁴. Die Schwierigkeiten dieses Festhaltens an nationalen Regelungskonzepten seien kurz am Beispiel der Generalklauseln des deutschen und österreichischen UWG gezeigt.

Unter Geltung des integralen Konzepts der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung¹³⁵ ließ sich der Gleichlauf zwischen umfassendem Anwendungsbereich, Generalklausel und einheitlichem Zweck des deutschen und österreichischen Lauterkeitsrechts noch gut durchführen. Man kann sogar sagen, dass die liberalisierenden Einflüsse der negativen Integration maßgeblich zum gegenwärtig herrschenden, wettbewerbsfunktionalen Verständnis des Lauterkeitsrechts in beiden Ländern beigetragen haben. Paradigmatisch zum Ausdruck kommt dies in § 1 S. 2 dUWG in der Fassung seit 2004, wonach das Lauterkeitsrecht letztlich dem Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb dient¹³⁶.

An der Idee einer umfassenden und einheitlichen Konzeption des Lauterkeitsrechts wollen sowohl der deutsche als auch der österreichische Gesetzgeber festhalten¹³⁷: Beide Gesetze gegen unlauteren Wettbewerb erfassen sämtliches Marktverhalten im B2C- und B2B-Bereich. Das deutsche UWG gilt für alle „geschäftlichen Handlungen“¹³⁸, das österreichische UWG ebenso umfassend für „sonstige unlautere Handlungen“ jenseits der Geschäftspraktik im Sinne der Richtlinie 2005/29/EG¹³⁹. Auf den ersten Blick wird dieser denkbar weite Anwendungsbereich unter dem Topos der Unlauterkeit einer allgemeinen Generalklausel unterstellt, und zwar dem § 3 Abs. 1 dUWG¹⁴⁰ sowie dem § 1 Abs. 1 öUWG. Letztgenannte Vorschrift unterscheidet zwar in zwei Ziffern das B2B- (Nr. 1) vom B2C-Verhältnis (Nr. 2). Gleichwohl sollen diese Untergliederungen „im Wesentlichen“¹⁴¹ bzw. „grundsätzlich“¹⁴² einen einheitlichen Inhalt haben.

Konsequent gehen der deutsche und der österreichische Gesetzgeber weiterhin von einem einheitlichen Telos für das gesamte UWG aus. So ist § 1 dUWG abge-

¹³⁴ Köhler, WRP 2009, 109 (110); zu vage Schöttle, GRUR 2009, 546 (547) (Gemeinschaftsrecht berücksichtigen).

¹³⁵ Oben Fn. 6 und zur Änderung Art. 14 Nr. 1 RL 2005/29.

¹³⁶ Siehe dazu nur etwa Peukert, a.a.O. (Fn. 87), S. 349 ff. m.w.N.

¹³⁷ Ablehnend Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019 (1051) (Verbraucherschutz im BGB und im UKlaG, Mitbewerberschutz im UWG).

¹³⁸ §§ 1 S. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 dUWG i.d.F. v. 22.12.2008, BGBl. I 2949; RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 15 f.

¹³⁹ § 1 Abs. 1 Nr. 1 öUWG i.d.F. v. 12.12.2007, BGBl. I Nr. 79/2007; Erläuterungen zur öUWG-Novelle 2007, 114 BlgNr 23. GP 2, S. 3.

¹⁴⁰ „Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen“. Für einen einheitlichen Lauterkeitsmaßstab wohl RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 15 f., 44; Dröge, a.a.O. (Fn. 111), S. 138 (die deutsche Generalklausel müsse nicht angepasst werden); für das britische Recht Wadlow, in: Weatherill/Bernitz (Fn. 62), S. 189.

¹⁴¹ Siehe Erläuterungen zur öUWG-Novelle (Fn. 139), S. 2 („nur unerhebliche Änderungen“).

¹⁴² OGH MR 2008, 114 (119) – *Stadtrundfahrten* (eine möglichst parallele Auslegung des Lauterkeitsmaßstabs sei zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen erforderlich).

sehen von einer terminologische Anpassung auf „geschäftliche Handlungen“¹⁴³ unverändert geblieben. Das Festhalten an dieser erst 2004 eingeführten und auf ein funktional-integrales Verständnis des Lauterkeitsrechts verweisenden Zwecknorm begründet der deutsche Gesetzgeber damit, dass der auf Verbraucherschutz ausgerichtete Zweck der Richtlinie 2005/29/EG von § 1 dUWG „mit umfasst“ sei¹⁴⁴, während die Richtlinie für den Mitbewerberschutz und den Schutz der Interessen der Allgemeinheit am unverfälschten Wettbewerb „keine Vorgaben“ enthalte¹⁴⁵. In diesem Sinne halten auch der österreichische Gesetzgeber¹⁴⁶ und der OGH an einem einheitlichen Verständnis der Unlauterkeit fest, die für beide Ziffern des § 1 Abs. 1 öUWG anhand der Schutzzwecktrias der „Unternehmer-, Verbraucher- und Allgemeininteressen“ zu konkretisieren sei¹⁴⁷.

Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass sich ein solch integrales, umfassendes Konzept des Lauterkeitsrechts nicht mehr aufrechterhalten lässt. Der durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vollständig harmonisierte Bereich der Geschäftspraktiken im Bereich B2C wird letztlich doch ausgegliedert und vom autonomen nationalen Mitbewerber- und Wettbewerbsschutz unterschieden¹⁴⁸.

Die Offenlegung dieser Aufspaltung in § 1 Abs. 1 öUWG bedeutet nach der Entwurfsbegründung eben doch eine „grundlegende Umgestaltung“¹⁴⁹. In diesem Sinne hat auch der OGH bereits entschieden, dass bei Ziffer 1 die Mitbewerber-, bei Ziffer 2 die Verbraucherinteressen im Vordergrund stehen¹⁵⁰. Die scheinbar umfassende Generalklausel des § 3 Abs. 1 dUWG wird im zweiten Absatz ebenfalls um eine „Verbrauchergeneralklausel“ ergänzt, die Art. 5 RL 2005/29/EG umsetzt und daher allein maßgeblich ist, soweit der vollharmonisierende Anwendungsbereich der Richtlinie reicht¹⁵¹. Die sog. schwarze Liste in jedem Fall unzulässiger Geschäftspraktiken gilt gem. § 3 Abs. 3 dUWG ausdrücklich nur „gegenüber Verbrauchern“, da es sich hierbei um besonders strenge und für den B2B-Bereich nicht gerechtfertigte, starre Regeln handele¹⁵². Vor diesem Hintergrund erscheint § 3 Abs. 1 dUWG als fast „leere Hülle“, die jedenfalls vollständig nach Maßgabe der

¹⁴³ RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 38 f.

¹⁴⁴ So auch Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 2009, § 1 Rn. 5.

¹⁴⁵ RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 16 f.

¹⁴⁶ Erläuterungen zur öUWG-Novelle (Fn. 139), S. 4.

¹⁴⁷ OGH MR 2008, 114 (119) – *Stadtrundfahrten*.

¹⁴⁸ Siehe Köhler, GRUR 2008, 841 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 111), S. 3032 ff.; Sosnitzer, WRP 2008, 1014 (1018) (Mittelweg); Hoeren, a.a.O. (Fn. 29), S. 794 (stark separierte Teilbereiche des Lauterkeitsrechts); Fezer, WRP 2009, 1163 (1166); hiervor warnend bereits Beater, a.a.O. (Fn. 28), S. 40 f.; zum polnischen Recht in diesem Sinne Nestoruk, Diskussionsbericht, in diesem Band, S. 300.

¹⁴⁹ Erläuterungen zur öUWG-Novelle (Fn. 139), S. 6; Koppensteiner, in: Augenhöfer (Fn. 92), 85 (94) (die unterschiedlichen Kriterien der beiden Ziffern des § 1 Abs. 1 öUWG ließen sich „letzten Endes nicht harmonisieren“).

¹⁵⁰ OGH MR 2008, 114 (119) – *Stadtrundfahrten*.

¹⁵¹ RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 42; Sosnitzer, a.a.O. (Fn. 148), S. 1018; Schöttle, a.a.O. (Fn. 134), S. 548 (es seien aber keine „wesentlichen Änderungen“ zu erwarten).

¹⁵² RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 42 f.

Richtlinie auszulegen wäre, soweit sie hierfür überhaupt einschlägig sein soll¹⁵³. Zugleich ist der übergreifende Gedanke, dass das Lauterkeitsrecht Beeinträchtigungen „des Wettbewerbs“ zum Nachteil aller Marktteilnehmer verhindern soll, wegen angeblicher Unklarheit aus der Generalklausel gestrichen worden¹⁵⁴.

Ob trotz dieses Abschieds von der großen, grundsätzlich für sämtliche Fälle einschlägigen Generalklausel noch von einem einheitlichen Zweck der Gesetze gegen unlauteren Wettbewerb ausgegangen werden kann, erscheint sehr zweifelhaft. Im Entwurf zum deutschen Umsetzungsgesetz wird argumentiert, der umfassende, einheitliche *Anwendungsbereich* des Gesetzes auf alle „geschäftlichen Handlungen“ ziehe eben einen einheitlichen *Zweck* nach sich¹⁵⁵. Dieser Rückschluss vom geregelten Lebenssachverhalt auf die Teleologie ist aber keineswegs zwingend. Dagegen spricht zunächst, dass die ehemals undifferenzierten Generalklauseln aufgespalten worden sind. Damit setzen das deutsche und österreichische Recht die beschränkte Zwecksetzung der Richtlinie 2005/29/EG in spezielle Verbotsnormen um. Diese vollharmonisierenden Regelungen dürfen keiner übergeordneten, auf unverfälschten Wettbewerb unter Einbeziehung der Interessen aller Marktteilnehmer ausgerichteten Teleologie unterworfen werden¹⁵⁶. Für sie gilt allein der Verbraucherschutzgedanke des europäischen Lauterkeitsrechts. Ein hiervon abweichendes nationales Verständnis kann nur noch außerhalb der Regulierung von „Geschäftspraktiken“ zum Tragen kommen.

Verhindern lässt sich diese teleologische Fragmentierung innerhalb eines systematisch einheitlichen Rechtsakts wie dem deutschen und dem österreichischen UWG nur noch, wenn man den Begriff der Lauterkeit der Geschäftspraktiken-Richtlinie auf sonstige geschäftliche Handlungen überträgt, so dass es zu einer *kalten Harmonisierung* der an sich autonomen nationalen Bereiche käme¹⁵⁷. Eine solche Erstreckung des Verbraucherschutzgedankens auf Unternehmen tritt ohnehin ein, wenn eine Geschäftspraktik nicht nur die Interessen der Konsumenten, sondern mittelbar zugleich die Interessen von Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern beeinträchtigt¹⁵⁸. Je weiter der Begriff der Geschäftspraktik und damit der Anwendungsbereich der Richtlinie ausgelegt wird, desto häufiger können sich mittelbar betroffene Unternehmen auf den Lauterkeitsmaßstab der Richtlinie berufen.

Jenseits des Geschäftsverkehrs zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Art. 2 lit. d RL 2005/29/EG) und vorbehaltlich sonstiger gemeinschaftsrechtlicher Regelungen sind die Mitgliedstaaten jedoch grundsätzlich frei, die Grenze

¹⁵³ Schöttle, a.a.O. (Fn. 134), S. 551.

¹⁵⁴ RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 41 f.; Sosnitza, a.a.O. (Fn. 148), S. 1018. Zur Streichung der Interessen der Allgemeinheit aus der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung oben Fn 36.

¹⁵⁵ RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 40, 44.

¹⁵⁶ Siehe dazu § 1 S. 2 dUWG und Peukert, a.a.O. (Fn. 87), S. 362 ff.; wie hier Fezer, a.a.O. (Fn. 148), S. 1171.

¹⁵⁷ Siehe Erwägungsgrund 6 S. 3 und 8 RL 2005/29/EG.

¹⁵⁸ Erwägungsgrund 8 S. 2 RL 2005/29/EG.

zwischen zulässigen und unlauteren geschäftlichen Handlungen zu ziehen. Dies betrifft etwa Tatbestände wie den Vorsprung durch Rechtsbruch¹⁵⁹, ein Zugabeverbot im Interesse der Medienvielfalt¹⁶⁰, gezielte Behinderungen gem. § 4 Nr. 10 dUWG und andere Verhaltensweisen eines Unternehmens gegenüber einem Mitbewerber¹⁶¹. Dass insoweit die bisherigen wettbewerbsfunktionalen Ansätze gültig bleiben sollen, liegt in Anbetracht der expliziten Aufspaltung der Generalklauseln der §§ 3 dUWG, 1 öUWG an sich nahe¹⁶².

Gleichwohl ist zu erwarten, dass die Gerichte nicht mit zwei Begriffen der Lauterkeit operieren werden. Der österreichische OGH hat sich zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen bereits für eine möglichst parallele Auslegung der Lauterkeitsmaßstäbe ausgesprochen¹⁶³. In einem Fall, in dem über die Irreführungseignung einer Werbung für Finanzprodukte zu entscheiden war, die sich sowohl an professionelle Anleger als auch an private Kleinanleger richtete, legte der OGH ebenfalls einen einheitlichen Maßstab an. Nach Auffassung des Gerichts sei ein Verbot in einem solchen Fall schon dann gerechtfertigt, wenn die beanstandete Geschäftspraktik geeignet ist, ein durchschnittliches Mitglied auch nur einer der angesprochenen Gruppen in die Irre zu führen und so zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die diese (fiktive) Person sonst nicht getroffen hätte¹⁶⁴. Mit anderen Worten wird das Schutzniveau zugunsten unbedarfter Kleinanleger auf alle Adressaten der Werbung erstreckt. Im österreichischen Recht gilt sogar die schwarze Liste „unter allen Umständen“ als unlauter einzuschätzender Geschäftspraktiken im Verhältnis zwischen Unternehmen¹⁶⁵. Die gegenteilige Aussage des § 3 Abs. 3 dUWG wird vom deutschen Gesetzgeber als Ausnahme vom Grundsatz eines einheitlichen Lauterkeitsmaßstabs bezeichnet¹⁶⁶. Trotz der expliziten Einschränkung des Anhangs auf den B2C-Bereich hat bereits eine Diskussion eingesetzt, ob die dort niedergelegten Wertungen nicht zumindest mittelbar in die Beurteilung einer geschäftlichen Handlung zwischen Unternehmen einzufließen haben¹⁶⁷.

Gerade wenn die Mitgliedstaaten an einem einheitlichen Begriff der Lauterkeit festhalten, indem sie die vergleichsweise strengen Maßstäbe der Richtlinie

¹⁵⁹ OGH MR 2008, 114 (119) – *Stadtrundfahrten*.

¹⁶⁰ Dazu *Boesche*, WRP 2009, 661 (671).

¹⁶¹ RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 39; Erläuterungen zur öUWG-Novelle (Fn. 139), S. 3; *Hoeren*, a.a.O. (Fn. 29), S. 791.

¹⁶² Erläuterungen zur öUWG-Novelle (Fn. 139), S. 3 (für den autonom nationalen B2B-Bereich sei an die frühere Rechtsprechung zum Verbot des Handelns „gegen die guten Sitten“ anzuknüpfen); *Koppensteiner*, in: *Augenhofer* (Fn. 92), 85 (88); zu § 3 Abs. 2 dUWG („jedenfalls“ unlauter) in diesem Sinne *Sosnizza*, a.a.O. (Fn. 148), S. 1018.

¹⁶³ OGH MR 2008, 114 (119) – *Stadtrundfahrten* (Rechtsbruch im B2B-Verhältnis); zum deutschen Recht *Boesche*, a.a.O. (Fn. 160), S. 671.

¹⁶⁴ OGH Az.: 4 Ob 188/08p, abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at/Jus/>, 3.1, 3.2.

¹⁶⁵ Siehe §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1; 1a Abs. 1, 3; 2 Abs. 1, 2 öUWG (Schutz aller „Marktteilnehmer“ vor unzulässigen Geschäftspraktiken); *Koppensteiner*, in: *Augenhofer* (Fn. 92), 85 (92).

¹⁶⁶ RegE UWG 2008 (Fn. 9), S. 42 f.

¹⁶⁷ Siehe *Hoeren*, a.a.O. (Fn. 29), S. 791 f.; für sonstige Marktteilnehmer auch *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm* (Fn. 144), § 3 Rn. 29.

2005/29/EG auf den nur mindestharmonisierten B2B-Bereich¹⁶⁸ übertragen, verstärken sie die in der Sache problematischen Auswirkungen der neuen, verbraucherorientierten Konzeption des europäischen Lauterkeitsrechts. Da jenes nicht auf einer funktionalen Gesamtbetrachtung beruht, drohen Entscheidungen, die dynamischen, unverfälschten Wettbewerb nicht dauerhaft stabilisieren, sondern beeinträchtigen¹⁶⁹. Häufig verwiesen wird insoweit auf Preisunterbietungen und die Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die für den Verbraucher kurzfristig zu günstigen Preisen führten und deshalb unter Außerachtlassung ihrer langfristigen Gefahren für den Wettbewerb und seine Innovationsimpulse als akzeptabel eingeschätzt würden¹⁷⁰. Realistischer ist die Tendenz, dass Geschäftspraktiken verboten werden, die zu einer Belebung des Wettbewerbs beitragen, aber an den verschärften Vorgaben für geschäftliche Kommunikation scheitern¹⁷¹. Derartige Einschränkungen machen es grenzüberschreitend agierenden Unternehmen prinzipiell schwerer, etablierte inländische Kundenbeziehungen aufzubrechen¹⁷². Damit verstärkt das Sekundärrecht jene Marktzutrittschürden, die von den Grundfreiheiten einst überwunden wurden.

II. Konsequenzen für die Dogmatik des Lauterkeitsrechts

Die tiefgreifenden Veränderungen des europäischen Rechts sowie der nationalen Lauterkeitsrechte können nicht ohne Auswirkungen auf die dogmatische Beschäftigung mit dieser Materie bleiben. Insoweit verdienen zwei Aspekte besondere Aufmerksamkeit:

Erstens gilt es sich von der Vorstellung zu lösen, der gerade in Deutschland und Österreich reiche Fundus an Urteilen zur Lauterkeit von Marktverhalten könne unbesehen für die Entscheidung heutiger Streitfälle fruchtbar gemacht werden¹⁷³. Bereits die deutsche UWG-Novelle 2004 war nicht auf eine bloße Kodifikation der Rechtsprechungsfallgruppen zu § 1 dUWG 1909 beschränkt¹⁷⁴, sondern bezweckte daneben eine abweichende, in der Tendenz liberalere Haltung gegen-

¹⁶⁸ Dazu oben Fn. 16, 17.

¹⁶⁹ *Schricker*, Festschrift Zweigert (Fn. 28), 537 (551 f.); *Drexler*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 747 (798); *Beater*, a.a.O. (Fn. 28), S. 48 f.; *Boesche*, a.a.O. (Fn. 160), S. 671; siehe auch *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 500 (Wettbewerbschutz sei etwas anderes als der Schutz der Verbraucher im Wettbewerb). Allgemeine Kritik am „mechanischen“ Streben nach Verbraucherschutz bei *Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309 (376 ff.).

¹⁷⁰ Siehe *Müller-Graff*, Festschrift Carstens (Fn. 54), 209 (215); *Wadlow*, in: Weatherill/Bernitz (Fn. 62), S. 180.

¹⁷¹ Siehe *Schwarze*, a.a.O. (Fn. 46), S. 383 („Wettbewerb durch Einschränkung oder Abschaffung des Wettbewerbs“); *Beater*, a.a.O. (Fn. 28), S. 49; *Köhler*, in: Augenhöfer (Fn. 92), 101 (116) (Anforderungen für Unternehmen würden verschärft).

¹⁷² Siehe *Brömmelmeyer*, a.a.O. (Fn. 86), S. 297; *Wadlow*, in: Weatherill/Bernitz (Fn. 62), S. 189.

¹⁷³ So aber für das deutsche Recht *Köhler*, a.a.O. (Fn. 134), S. 110 (die früheren Entscheidungen böten einen „unverzichtbaren Erfahrungsschatz“); wie hier in Bezug auf das österreichische UWG *Koppensteiner*, in: Augenhöfer (Fn. 92), 85 (95).

¹⁷⁴ Allgemein zum Gedanken der „Kodifizierung“ durch das deutsche UWG 2004 *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm (Fn. 144), Einleitung Rn. 2.14, 2.19.

über „Wettbewerbshandlungen“¹⁷⁵. Hinzu kommt nunmehr der vollharmonisierte Bereich der Richtlinie 2005/29/EG¹⁷⁶, dessen Ausstrahlungswirkungen auf den verbliebenen nationalen Regelungsbestand wie gezeigt noch offen sind. Statt insoweit den Eindruck zu erwecken, es habe sich „im Wesentlichen“ nichts geändert, besteht die dogmatische Herausforderung darin, die neuen gesetzgeberischen Wertungen aufzugreifen und zugleich den Versuch zu unternehmen, ein widerspruchsfreies Konzept zu entwickeln, das zwischen Einheitlichkeit und Vielfalt des Lauterkeitsrechts vermittelt. Insbesondere dürfte noch erheblicher begrifflicher Aufwand und ggf. eine engere Anlehnung an die Richtlinien erforderlich sein, um das Gemeinschaftsrecht so in die nationalen Rechtsordnungen einzubetten, dass die Anwendung der Vorschriften handhabbar bleibt.

Zweitens ist die Bedeutung wettbewerbstheoretischer Konzepte für das Lauterkeitsrecht neu und verstärkt zu erwägen. Dass sich der relative Bedeutungsverlust des Wettbewerbsprinzips so unmittelbar im sekundären Marktverhaltensrecht niederschlagen konnte, dürfte auch dadurch begünstigt worden sein, dass sich die wissenschaftliche und politische Diskussion auf die Überwindung unterschiedlicher nationaler Regelungen konzentrierte, ohne deren wettbewerbstheoretische Grundannahmen offen zu problematisieren¹⁷⁷. Obwohl die Theorie des Lauterkeitsrechts als Instrument zur dauerhaften Wahrung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs vor Jahrzehnten formuliert und von der herrschenden Meinung zumindest äußerlich rezipiert wurde, rätselte die Literatur bis in jüngste Zeit, was denn eigentlich unter den geschützten Allgemeininteressen zu verstehen sei¹⁷⁸. *Micklitz* begründet ihre Streichung aus dem Zweckartikel der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung damit, dass es Schwierigkeiten mache, ein allgemeines europäisches Interesse zu definieren¹⁷⁹. Wenn aber kein Bewusstsein dafür vorhanden ist, dass intensiver und unverfälschter Wettbewerb *als solcher* im Allgemeininteresse liegt, weil dadurch Ressourcen effizient genutzt, Bedürfnisse befriedigt und Gewinne leistungsgerecht und breit gestreut werden, dann verwundert das Verblasen dieses Gedankens selbst in Kernbereichen des Wirtschaftsrechts nicht.

¹⁷⁵ Allgemein zu den Zwecken der Modernisierung, Europäisierung und Intensivierung des deutschen UWG 2004 *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm (Fn. 144), Einleitung Rn. 2.12, 2.13, 2.15; in Bezug auf den sog. ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz nach § 4 Nr. 9 dUWG *Peukert*, a.a.O. (Fn. 87), S. 376 ff.

¹⁷⁶ So auch *Köhler*, a.a.O. (Fn. 134), S. 110; *Fezer*, a.a.O. (Fn. 148), S. 1167.

¹⁷⁷ Kritisch zum Mangel an wettbewerbstheoretischer Auseinandersetzung bei der Harmonisierung des europäischen Lauterkeitsrechts auch *Beier*, a.a.O. (Fn. 28), S. 66; *Keßler/Micklitz*, a.a.O. (Fn. 71), S. 15.

¹⁷⁸ Siehe etwa *Lettl*, a.a.O. (Fn. 34), S. 15 (es bleibe offen, welchen Inhalt die Allgemeininteressen haben); *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 8 („wie auch immer“ definierte Öffentlichkeit); *Micklitz/Keßler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 899 (mit Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Marktkommunikation: „Zweck dieses Rechtsrahmens ist es, Unternehmen sowie insbesondere Verbraucher und die öffentlichen Interessen im allgemeinen vor unlauterer wirtschaftlicher Kommunikation zu schützen.“). Zur parallelen Unklarheit im deutschen Recht *Peukert*, a.a.O. (Fn. 87), S. 353 ff. m.w.N.

¹⁷⁹ *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 13), EG E Rn. 44.

In Anbetracht derartiger Defizite ist der in jüngster Zeit vermehrte Ruf nach wettbewerbstheoretischer Absicherung des Lauterkeitsrechts durchaus zu begrüßen¹⁸⁰. Freilich bleiben dabei die allgemeinen Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts zu beachten, wonach ökonomische Modelle niemals eine normative Wertung determinieren können¹⁸¹. Auch wird man die dargestellten teleologischen und sachlichen Veränderungen nicht pauschal als „Verfeinerung“ ökonomischer Modelle erklären und normativ gutheißen können¹⁸². Maßgeblich bleibt stets die allein aus der Rechtsordnung zu gewinnende Aussage über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Marktverhalten. Die faktischen Auswirkungen dieser Grenzziehung können dann wieder anhand von Modellen und empirischen Analysen geprüft und ggf. mit rechtspolitischem Impetus kritisiert werden.

III. Ende des Lauterkeitsrechts als eines einheitlichen Rechtsgebiets?

Abschließend ist auf den provokanten Untertitel dieses Beitrags zurückzukommen. Demnach wirft die vom Primärrecht ausgelöste Fragmentierung des europäischen und damit auch des nationalen Lauterkeitsrechts die Frage auf, ob man überhaupt noch von einem einheitlichen Rechtsgebiet sprechen kann. Dass dieser Gedanke nicht vollkommen abwegig ist, bestätigt die hier dokumentierte Tagung eindrücklich, da die Beiträge allesamt um die Frage kreisen, was Lauterkeitsrecht eigentlich ausmacht und welchen Zweck die hierzu zu zählenden Regelungen haben bzw. haben sollten. *Jochen Glöckner* hat in seinem Vortrag gar vom „Lauterkeitsrecht als Gemischtwarenladen des Wirtschaftsrechts“ gesprochen und auf diese Weise der schillernden Gestalt dieser Materie plastischen Ausdruck verliehen.

Nun wird hier natürlich nicht geleugnet, dass es etwa im deutschen und österreichischen Recht besondere Gesetze gegen unlauteren Wettbewerb gibt, die mit ihren Generalklauseln den Anspruch erheben, eine umfassende und zugleich geschlossene Grundlage zur Beurteilung von Wettbewerbsverhalten zu bieten¹⁸³. Zumindest in diesen Rechtsordnungen kann daher das Lauterkeitsrecht im Sinne einer dogmatischen Figur auf eine systematisch einheitliche Rechtsquelle bezogen werden, auch wenn allein über den Rechtsbruchtatbestand weitere Vorschriften für die Beurteilung von Marktverhalten relevant werden können.

Obwohl es in vielen Rechtsordnungen der EG-Mitgliedstaaten sowie im EG-Recht selbst schon an diesem formalen Anknüpfungspunkt fehlt, geht der europäische Gesetzgeber offenbar ebenfalls von der Existenz einer vom allgemeinen Deliktsrecht gesonderten Materie aus. Im europäischen Kollisionsrecht wird nämlich das allgemeine Recht gegen unlautere Handlungen von „außervertraglichen

¹⁸⁰ Siehe insbesondere *Thouvenin*, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, 2007, S. 89 ff., 421 ff.; *Podszun*, a.a.O. (Fn. 86), S. 509 ff.; *Leistner*, a.a.O. (Fn. 12), S. 88 ff.; *ders.*, ZGE 2009, 3 ff.

¹⁸¹ Dazu allgemein *Peukert*, a.a.O. (Fn. 87), S. 117 ff.

¹⁸² Anders *Leistner*, a.a.O. (Fn. 12), S. 56.

¹⁸³ Oben C. I.

Schuldverhältnissen aus unlauterem Wettbewerbsverhalten“ unterschieden¹⁸⁴. Auf letztgenannten Bereich ist gem. Art. 6 Abs. 1 Rom-II-VO¹⁸⁵ in Abweichung von der Generalklausel des Art. 4 Rom-II-VO zu unerlaubten Handlungen das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Nach Erwägungsgrund 21 Rom-II-VO soll diese „Präzisierung“¹⁸⁶ der allgemeinen Deliktskollisionsnorm die Wettbewerber, die Verbraucher und die Öffentlichkeit schützen und das reibungslose Funktionieren der Marktwirtschaft sicherstellen.

Diese systematischen und sachlich-teleologischen Anhaltspunkte für ein eigenständiges Gebiet des Lauterkeitsrechts stehen jedoch in einem Spannungsverhältnis zur dargestellten Fragmentierung dieser Materie. Jene kommt auch in Art. 6 Abs. 2 Rom-II-VO zum Ausdruck, wonach nicht das Marktortrecht gem. Absatz 1, sondern die allgemeine Kollisionsnorm für unerlaubte Handlungen anzuwenden ist, wenn ein unlauteres Wettbewerbsverhalten „ausschließlich die Interessen eines bestimmten Wettbewerbers“ beeinträchtigt. Hier offenbart sich auf kollisionsrechtlicher Ebene, dass innerhalb des unlauteren Wettbewerbs unterschiedliche Interessen berührt sein können und hierfür ggf. besondere Regelungszwecke zum Tragen kommen.

Als Lösung bietet sich an, die verbindende Gemeinsamkeit „des“ Lauterkeitsrechts nur noch in seinem tatsächlich eigenständigen Regelungsgegenstand zu sehen – nämlich dem „Wettbewerbsverhalten“ (Art. 6 Abs. 1 Rom-II-VO) bzw. im deutschen Recht den „geschäftlichen Handlungen“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 dUWG). Hiermit werden die Anwendungsbereiche der besonderen IPR-Vorschrift wie auch der speziellen nationalen Gesetze von den sonstigen Kollisionsnormen bzw. dem allgemeinen Deliktsrecht unterschieden. Folgt man dieser Lesart, bleibt die Reichweite von Art. 6 Rom-II-VO wie auch des deutschen oder österreichischen UWG bestimmbar, ohne dass vorab eine dogmatische Aussage über den Zweck dieser Regelungen getroffen wurde.

Vorgeschlagen wird hier also, den dogmatischen Begriff des Lauterkeitsrechts darauf zu reduzieren, dass damit ein Sonderdeliktsrecht für Wettbewerbsverhalten/geschäftliche Handlungen im Gegensatz zur Ordnung sonstiger Verhaltensweisen beschrieben wird. Innerhalb dieses vom Regelungsgegenstand her definierten Bereiches können unterschiedliche Zwecke wie Wettbewerbs-, Verbraucher- und Gesundheitsschutz verfolgt werden. Diese zugegebenermaßen farblose Begriffsdefinition reflektiert die teleologische Fragmentierung, die sich wohl kaum noch auf einen gemeinsamen Nenner bringen lässt.

Diese zurückhaltende Einschätzung dürfte gerade im Hinblick auf das *europäische* Lauterkeitsrecht auf absehbare Zeit gültig bleiben. Natürlich kann man erwägen, die ganze Zersplitterung und Verwirrung durch einen „großen Wurf“ zu

¹⁸⁴ Siehe in diesem Band *Henning-Bodewig*, S. 14 und den Beitrag von *Sack* in der Diskussion, S. 63.

¹⁸⁵ Oben Fn. 10.

¹⁸⁶ Siehe Erwägungsgrund 21 S. 1 Rom-II-VO (Fn. 10).

beheben – möglichst in Gestalt einer EG-Verordnung, die alle mitgliedstaatlichen Regelungen zum unlauteren Wettbewerb ersetzt und zugleich das integral-wettbewerbsfunktionale Konzept des deutschen und österreichischen Rechts mit einer Generalklausel auf europäischer Ebene etabliert. Doch hierfür dürfte es nicht nur am politischen Willen fehlen. Eine solch umfassende Ordnung des Wettbewerbsverhaltens beruht auf dem Gedanken des allzuständigen Gesetzgebers, der auf seinem Territorium ein einheitliches und kohärentes Regelwerk schaffen kann. Über diese Kompetenz verfügen jedoch weder die EG noch die künftige Union nach Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags. Für beide bleibt es beim Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung zur Verwirklichung der im Primärrecht niedergelegten Ziele¹⁸⁷. Eine im beschriebenen Sinne erschöpfende europäische Generalklausel zum Lauterkeitsrecht – gewissermaßen ein Art. 5 Abs. 1 RL 2005/29/EG für alles Wettbewerbsverhalten ohne Vorbehalt zugunsten nationaler Vorstellungen von Sitte und Anstand – dürfte den Kern derjenigen Regelungsbefugnisse berühren, der jedenfalls dem deutschen Gesetzgeber unter Geltung des Grundgesetzes verbleiben müssen¹⁸⁸. Dieser Schritt würde also eine Integrationsstufe erfordern, der auch mit dem Lissaboner Vertrag noch nicht erreicht ist und vielleicht niemals Wirklichkeit werden wird.

Statt sich Gedankenspielen zu solch äußerst hypothetischen Lösungen hinzugeben, besteht die Aufgabe für Theorie und Praxis des europäischen Lauterkeitsrechts darin, sich den dargestellten dogmatischen Herausforderungen in kleinteiliger Weise zu stellen und die dabei auftretenden Wertungswidersprüche aufzudecken und wo möglich zu vermeiden. Wo dieses Bemühen aus methodischen Gründen an Grenzen stößt, ist der europäische Gesetzgeber aufgerufen, den vorhandenen *Acquis* auf seine Wettbewerbsfunktionalität hin zu überprüfen. Denn wo kein dynamischer, unverfälschter Wettbewerb herrscht, ist auch nicht mit einer Befriedigung der Konsumenteninteressen zu rechnen.

¹⁸⁷ „Die Union wird nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben.“; siehe Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EU-LV (Fn. 39); vgl. auch Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 6, Art. 4 Abs. 1, Art. 48 Abs. 6 UAbs. 3 EU-LV; Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 7, Art. 19, Art. 32, Art. 130, Art. 132 Abs. 1, Art. 207 Abs. 6, Art. 337 AEUV; Erklärung Nr. 18 zur Abgrenzung der Zuständigkeiten; Erklärung Nr. 24 zur Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union. Dazu und zur Bedeutung dieser fehlenden Kompetenz-Kompetenz aus der Sicht der deutschen Verfassungsordnung *BVerfG* 2 BvE 2/08 v. 30.6.2009, Rn. 301 ff.

¹⁸⁸ Zu den Grenzen der europäischen Integration im Verhältnis zum deutschen Grundgesetz *BVerfG* 2 BvE 2/08 v. 30.6.2009, Rn. 240 („Die europäische Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten darf allerdings nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt.“).

Diskussion

Wolfgang B. Schönemann

Das von Herrn *Peukert* angesprochene Urteil des Österreichischen OGH verdient gewiss Aufmerksamkeit. Andererseits frage ich mich, ob es überhaupt eine Möglichkeit gibt, die „black list“ der Richtlinie auf „B2B“-Fälle zu übertragen. Sämtliche dort aufgeführten Tatbestände sind so spezifisch verbraucherbezogen, dass sie im B2B-Bereich kaum eine Rolle spielen werden. Meine weitere Frage betrifft die Unterscheidung zwischen formalen und materiellen Zwecken. Von meinem Verständnis von Wettbewerbsrecht ausgehend ist sie schwer nachvollziehbar, weil alles „formal“ in diesem Sinne ist. Ist das, was Herr *Peukert* als materiell bezeichnet hat, nicht in Wahrheit ein außerwettbewerblicher Zweck? Wird also zum Beispiel im Bereich des Gesundheitsschutzes oder der Jugendschutzes bereits der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts überschritten?

Alexander Peukert

Das hängt von der Definition des Begriffs des Wettbewerbsrechts an und genau auf sie kommt es mir an. Wir müssen uns fragen, ob z.B. der Gesundheitsschutz in eine Wettbewerbsregelung hineingehört. Wenn ich das, was auf Gemeinschaftsebene kodifiziert wurde, richtig verstehe, wird der Gesundheitsschutz auch von Regelungen des Wettbewerbsverhaltens im Binnenmarkt erfasst. Offenbar gibt es keine klare Unterscheidung, so dass sich Marktverhaltensregeln finden, deren Zweck eher der Gesundheitsschutz ist. Da dies meiner Meinung nach bereits im Primärrecht so angelegt ist, wird man auch über dieses Konzept im EG-Vertrag diskutieren müssen. Zur OGH-Entscheidung: Es handelte sich um einen Rechtsbruchtatbestand, bei dem es in der Tat – da gebe ich Herrn *Schönemann* Recht – nicht nahe lag, die Verbindung zu den Tatbeständen in der Schwarze Liste zu ziehen. Dem OGH ging es jedoch um eine allgemeine Definition dessen, was Lauterkeit ausmacht. Und obwohl das neue österreichische UWG in § 1 zwischen Tatbeständen für Verbraucher und solchen für Unternehmen differenziert, hat der OGH an der Einheitlichkeit des Lauterkeitsrechts festgehalten. Es können alle möglichen Sachverhalte sein, die dann unter einen Lauterkeitsmaßstab fallen, der letztlich von der Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken wegen der dort angestrebten Vollharmonisierung dominiert wird.

Hans-Jürgen Ahrens

Ausgehend von den beschränkten Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft würde ich es nicht befürworten, ein Rechtsgebiet in seinem Umfang genau festzulegen. Es ist unsinnig, ein einheitliches Marktverhalten aufzuspalten. Tatbestände müssen so formuliert werden, dass an die Verhaltensweisen, die Rechtsfolgen auslösen sollen, angeknüpft wird. Das Marktverhalten hat nun einmal eine komplexe Struktur; es wirkt in sehr unterschiedlichen Situationen auf die Marktgegenseite ein und hat deshalb immer auch Rückwirkungen auf die Wettbewerber. Daraus zwei verschiedene Rechtsgebiete zu machen, halte ich vom Ansatz her für verfehlt.

Ich frage mich weiter, ob die starke Betonung des Verbraucherschutzes in der Europäischen Gemeinschaft nicht auch mit einem rechtspolitischen Wandel in der Einstellung zur Privatautonomie zusammenhängt und zu paternalistischen Vorstellungen bezüglich unseres Wirtschaftssystems führt. *Gerhard Wagner* hat auf dem kürzlich in Freiburg veranstalteten „von Caemmerer“-Symposium verdeutlicht, wie im Gemeinschaftsrecht die Privatautonomie immer stärker zurückgedrängt wird. Das scheint mir eine zutreffende Analyse zu sein, die auch im Zusammenhang mit der Aufnahme der ehemals sozialistischen Staaten in die Europäische Gemeinschaft zu sehen ist. Die Transformationsprozesse der Wirtschaftsordnungen sind nicht überall so vorangetrieben worden, dass das sozialistische Denken abhanden gekommen wäre, und da es entsprechende Ansätze auch in westeuropäischen Staaten gab und gibt, liegt es nahe, den Verbraucher mit einem paternalistischen Ansatz zu seinem Glück zu zwingen. Aber das zwingt uns wiederum nicht dazu, ein einheitliches Marktgeschehen in Wettbewerberschutz und Verbraucherschutz aufzuteilen.

Alexander Peukert

Ich vertrete durchaus nicht die Ansicht, dass wir künftig zwei verschiedene Rechtsgebiete haben *sollten*. Meiner Meinung nach ist die Idee eines kohärenten Lauterkeitsrechts, die mit einer Generalklausel zusammenhängt, im europäischen Recht jedoch kaum mehr realisierbar. Man wird also das Phänomen der Marktkommunikation zwar gemeinsam betrachten müssen, jedoch ohne Zwang einer begrifflichen Vereinheitlichung. Die sich daraus ergebenden Widersprüche sind zu klären und können vielleicht auch behoben werden. Bezüglich der Privatautonomie und der Idee eines „freiheitlichen Privatrechts“ ist auch der Lissabonner Vertrag zu berücksichtigen. Er würde den Art. 3 lit. g in ein Protokoll verschieben, also das System eines unverfälschten Wettbewerbs in systematischer Hinsicht zumindest zurückstellen, was darauf hindeutet, dass das Denken in Wettbewerbsrahmenbedingungen auf dem Rückzug ist.

Karl-Nikolaus Peifer

Ich frage mich, welche Schlussfolgerungen aus der brillanten Analyse von Herrn *Peukert* zu ziehen sind. Zunächst einmal teile ich völlig die Auffassung vom Übergang der negativen zur positiven Integration. In der Tat war die Debatte auch hierzulande in den 80er und 90er Jahren von einer starken Deregulierungseuphorie geprägt, die auf dem Gedanken der negativen Integration beruhte, also der Idee, dass man durch die Marktfreiheiten Verhaltensnormen auflockern muss, weil die Marktfreiheiten höherrangige Normen als das nationale Verhaltensrecht betreffen. Ich teile auch die Einschätzung, dass wir zurzeit eine starke Reregulierung haben, die sich im deutschen Recht zum Beispiel daran zeigt, dass das umfassende deutsche UWG von 2004 durch die Reform von 2008 noch umfangreicher geworden ist. Es gibt eine Flut von sehr expliziten Verhaltensvorschriften, und es stellt sich die Frage, wie diese mit der Rechtsprechung des EuGH zu vereinbaren sind. War die Deregulierung im deutschen Recht möglicherweise voreilig, hätte man die

Richtlinie 2005/29/EG abwarten sollen, um einige Fallgruppen „herüberzuretten“ – z.B. aus dem Irreführungsbereich, Sonderveranstaltungen, Rabatte? Auch wenn sie zweifellos restriktiv waren, ging die völlige Streichung doch vielleicht einen Schritt zu weit.

Weiter möchte ich noch einmal die Bedeutung des Primärrechts betonen. Auch in Deutschland haben wir ja durch die Rechtsprechung des BVerfG in Fällen wie „Benetton“ gelernt, dass man einen Bereich wie den der Werbung vom Primärrecht – in Deutschland also auch vom Verfassungsrecht her – sehen muss. Allerdings haben wir eine klar ausformulierte Verfassung, die ein geschlossenes System bildet und ein entsprechendes Rechtssprechungssystem dazu. Das fehlt auf europäischer Ebene, da die Grundrechtecharta noch nicht verbindlich ist. Der EuGH verweist zwar schon jetzt auf die gemeinsamen Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten, die grundrechtsgleichen Charakter haben. Dies führt aber möglicherweise zu einer hoffnungslosen Zersplitterung von Grundsätzen aus immer mehr Mitgliedstaaten, was wiederum den Druck auf positive Integration verstärken könnte. Wo also ist im Primärrecht der klare Ansatz, das System, auf das man sekundäres Recht aufbauen könnte?

Als letztes möchte ich darauf hinweisen, dass man die Wettbewerbskonzeption offen legen sollte. Gibt es auf europäischer Ebene eine Wettbewerbskonzeption, die klar und unbestritten wäre? Hierüber scheint zwischen den Generaldirektionen hoffnungsloser Streit zu bestehen und der Beitrag von Herrn Peukert hat ja treffend gezeigt, dass einige Direktionen sehr paternalistisch, andere stark effizienzorientiert denken.

Frauke Henning-Bodewig

Auch mir scheint das Fehlen einer überzeugenden und vor allem einheitlichen Wettbewerbskonzeption der springende Punkt zu sein. *Alexander Peukert* nannte u.a. die sog. Health Claims-Verordnung und führte dazu zutreffend aus, dass diese einen ganz anderen Ansatz als andere europäische Angleichungswerke hat – wenn ich mich recht erinnere, hieß es wörtlich, dass sie „unverbunden in der Konzeption neben anderen Regelungswerken steht“. Genau darin liegt m.E. das Bedenkliche: ein einschneidender Wandel in der Konzeption wird ohne große Diskussion vollzogen, er bleibt partiell und deshalb ein Fremdkörper innerhalb anderer Regelungswerke. Ein derartiges Vorgehen macht eine einheitliche Wettbewerbskonzeption unmöglich. Das zeigt sich deutlich bei der Frage des Stellenwerts des Verbraucherschutzes im Wettbewerbsrecht. Wie *Alexander Peukert* richtig ausgeführt hat, hat bereits bei der Richtlinie 84/450/EG über irreführende Werbung die damals für Verbraucherschutz zuständige Abteilung mitgewirkt – dabei handelte es sich jedoch um eine echte „Mitwirkung“, die dann zu dem ausgewogenen Ergebnis einer „Schutz-zwecktrias“ geführt hat. Mittlerweile wirkt jedoch die Generaldirektion SANCO nicht nur mit, sondern ist federführend und regelt – unabhängig von den Arbeiten anderer GDs – primär das, was von ihren Kompetenzen abgedeckt ist. Der Verbraucherschutz ist auf diese Weise auf europäischer Ebene so wichtig geworden, nicht zuletzt auch wegen seiner politischen „Verkaufbarkeit“, dass er den Mitbewerber-

schutz an die Wand zu drücken droht. Dieselbe Tendenz zeigt sich ansatzweise auch auf deutscher Ebene, wenngleich man hier noch harmonisch zusammenwirkt.

Rolf Sack

Herr *Peukert* hat in seinem Referat u.a. die Schutzzwecke der beiden Richtlinien 2005/29 und 2006/114 angesprochen. Eine Klarstellung: Der Schutzgegenstand der Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken ist eindeutig der B2C-Bereich. Der Schutzgegenstand der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung ist jedoch keineswegs ausschließlich der B2B-Bereich. Nach dem Wortlaut erfasst die Richtlinie, soweit sie die vergleichende Werbung betrifft, B2C und B2B gleichermaßen – sonst würden die Regelungen zur vergleichenden Werbung nur im Verhältnis zwischen Unternehmen gelten.

Eine weitere Bemerkung zum „Lauterkeitsrecht als Marktverhaltensrecht“: Wir haben in unserem Lauterkeitsrecht vieles, was mit Marktverhaltensregelungen nichts zu tun hat, z.B. Schutz vor Betriebsespionage oder den früheren § 12 UWG – Verbot der Korruption –, der sich jetzt fast identisch im StGB findet, sowie die bilateralen Wettbewerbshandlungen, also z.B. Schutzrechtsverwarnungen zu Zwecken des Wettbewerbs etc. Soweit es die sog. Herstellerverwarnungen betrifft, ist das bilateraler Wettbewerb, kein Marktverhaltensrecht. In diesem Zusammenhang möchte ich auf die Rom II-Verordnung verweisen, in deren Art. 6 Abs. 2 es um bilateralen unlauteren Wettbewerb geht. Die These „Lauterkeitsrecht umfasst nur Marktverhaltensregelungen“ erscheint mir daher zu eng.

Alexander Peukert (zusammenfassend zur Diskussion)

Ob das deutsche UWG zu früh kam, vermag ich nicht zu sagen; es war wohl ein Versuch, die Ergebnisse der Liberalisierung zu kodifizieren und es wäre ungut, wenn sich kurz darauf eine ganz andere Tendenz durchsetzen würde. In der Tat haben wir nicht eine einzige Wettbewerbstheorie, aber gerade deswegen müssen wir darüber diskutieren. Bezüglich der Verhältnisse Verbraucherschutz/Konkurrentenschutz auf europäischer Ebene ist zu bemerken, dass die Entwicklung hin zu Verbraucherschutz ein wesentliches Ziel der Europäischen Gemeinschaft widerspiegelt – der Verbraucherschutz ist auch ein Mittel, die Bürgernähe der Gemeinschaft zu vermitteln. Vergleichende Werbung ist jedoch, da gebe ich *Rolf Sack* Recht, tatsächlich wohl noch als integral zu verstehen, anders dagegen die irreführende Werbung. Bei der Rom II-Verordnung gibt es als subsumtionsbedürftigen Begriff den der Lauterkeit, der auszulegen ist. Unabhängig hiervon bleibt jedoch die Frage, ob es weiterhin Sinn macht, das europäische Lauterkeitsrecht als einheitliches Modell zu diskutieren.

Reichweite internationalrechtlicher Vorgaben

Martin Pflüger

A. Einführende Bemerkungen

Eine Tagung, die dem *Lauterkeitsrecht* und *Aquis Communautaire* gewidmet ist, kommt nicht umhin, sich auch mit den *internationalrechtlichen* Bestimmungen zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu befassen. Denn ebenso wie das nationale Recht unterliegt auch das europäische Lauterkeitsrecht¹ stets den völkerrechtlich verpflichtenden Vorgaben internationaler Abkommen im Bereich des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb². Eine europäische Rechtsharmonisierung erscheint zudem stets nur als zweitbeste Lösung³. In einem Zeitalter fortschreitender Globalisierung bedarf vielmehr auch das Lauterkeitsrecht einer internationalen Betrachtung⁴. Gerade die Entwicklungen im elektronischen Geschäftsverkehr konnten

¹ Wird von „europäischem Lauterkeitsrecht“ gesprochen, so darf dies freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass auf europäischer Ebene keineswegs ein einheitliches System lauterkeitsrechtlicher Schutzmechanismen anzutreffen ist. Vielmehr zeigt sich ein inhomogenes Bild punktueller Regelungsansätze ohne konsistentes Gesamtkonzept, welches sich mit den grundlegenden nationalen Unterschieden hinsichtlich der Einordnung und Bestimmung eines Rechtsgebiets zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb nur zum Teil vereinbaren lässt. Auch die auf eine Vollharmonisierung abzielende RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl. EG L 149/22 bietet kein umfassendes wettbewerbles Konzept für eine Integration nationaler Regelungsansätze an. Vielmehr stellt sie – ohne eindeutige Klärung eines wettbewerbles Gesamtzusammenhangs – einen verbraucherschutzspezifischen Vorstoß in einen Teilbereich einer wettbewerbles Rechtsmaterie dar, die im grenzüberschreitenden Blickwinkel bisher unscharf und diffus geblieben ist und von unterschiedlichen nationalen Konzepten getragen wird.

² Zwar sieht die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ) anders als das TRIPS-Abkommen nicht vor, dass sich die Europäischen Gemeinschaften *als solche* dem völkerrechtlichen Abkommen unterwerfen können, jedoch sind alle europäischen Mitgliedsstaaten der PVÜ beigetreten und haben somit die völkerrechtlichen Verpflichtungen zu beachten; siehe *Baumbach/Hefermehl*, 22. Aufl., Int WettbR Rn. 12. Überdies sind die Europäischen Gemeinschaften als solche Mitglied des TRIPS-Abkommens, welches über Art. 2 Abs. 1 PVÜ zur Einhaltung der Bestimmungen der PVÜ in Bezug auf die Teile II, III und IV des TRIPS-Abkommens verpflichtet. Allerdings ist der Umfang der Bezugnahme und seine Erstreckung auf das Lauterkeitsrecht im Einzelnen umstritten; hierzu sogl. im Text unter B.II.2.

³ So bereits Hilty/*Henning-Bodewig*, Law Against Unfair Competition, 2007, S. 53.

⁴ Zu der Intensivierung transnationaler, wettbewerbles Mechanismen und ihren Ursachen siehe etwa Hopt/*Kantzenbach/Straubhaar*, Herausforderungen der Globalisierung, 2003, S. 19 (22 ff.); *Möschel*, ifo Schnelldienst 22/2005, 17 (17 ff.). *Meyer* führt die Globalisierung auf technische Ursachen, institutionelle Ursachen und Marktursachen zurück; *Meyer*, in: Theurl/*Smekal*, Globalisierung, 2001, S. 145 (152 ff.). *Schäfer* sieht den Prozess der Globalisierung in

verdeutlichen, dass die Bewahrung nationaler Prinzipien und Eigenheiten eine dogmatische Durchdringung im grenzüberschreitenden Blickwinkel vielfach verhindert und somit wirtschaftliche Hemmnisse hervorruft⁵. Unterschiede in Bezug auf Schutzkonzept, Inhalt, Regelungstechnik und -dichte und somit grundlegende nationale Divergenzen hinsichtlich Einordnung und Bestimmungen eines Rechtsgebiets zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb bedingen eine *Heterogenität* und *Intransparenz* im internationalen Vergleich. Dies hat zur Folge, dass sich alle Wirtschaftsteilnehmer im grenzüberschreitenden Verkehr erhöhten rechtsordnungsindizierten Transaktionskosten ausgesetzt sehen, um ihr Marktverhalten mit einer Vielzahl unterschiedlicher Rechtssysteme in Einklang zu bringen⁶.

Während jedoch in anderen Bereichen des Wirtschaftsrechts – namentlich des Immaterialgüterrechts – rege Diskussionen über notwendige Harmonisierungsbemühungen geführt werden, wird einer Weiterentwicklung der internationalen Schutzverpflichtung im Bereich des Lauterkeitsrechts kaum Beachtung geschenkt⁷. Der internationalrechtliche Rahmen lauterkeitsrechtlicher Rechtsharmonisierung beschränkt sich – neben einzelnen tatbestandsspezifischen Vorschriften im TRIPS-Abkommen⁸ – allein auf die Schutzvorgaben der *Pariser Verbandsübereinkunft* (insb. Art. 10^{bis} PVÜ)⁹. Die maßgeblichen Normen der PVÜ konnten jedoch seit

der Senkung der Kosten begründet, welche auf zwei wesentlichen Ebenen stattfindet: Die Senkung der Kosten zur Überwindung von Raum und Zeit (sog. *Translokationskosten*; etwa im Bereich der Telekommunikation, Satellitennutzung und Informationsverarbeitung) und die Senkung der *ökonomischen Kosten* an den politischen Grenzen der Nationalstaaten (etwa der Abbau von Handelshemmnissen); Schäfer, in: Hopt/Kantzenbach/Straubhaar, a.a.O., S. 35 (36).

⁵ Ebenso Glöckner, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006, S. 1; Micklitz, Studie des Instituts für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V. über die Machbarkeit eines allgemeinen gesetzlichen Rahmens für den lautereren Geschäftsverkehr, November 2000, Zusammenfassung in deutscher Sprache, S. 2 (dt. Zusammenfassung sowie Vol. 1- 3 abrufbar unter http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/surveys).

⁶ Sog. „costs of compliance“; siehe Glöckner, a.a.O. (Fn. 5), S. 1. Daneben besteht freilich eine Vielzahl weiterer ökonomischer Gründe. Siehe zu den ökonomischen Problemen nicht koordinierter Wettbewerbspolitiken im Lichte der wettbewerblichen Globalisierung – unter Bezugnahme auf das Kartellrecht – etwa Budzinski/Kerber, in: Oberender, Internationale Wettbewerbspolitik, 2006, S. 9 (11 ff.); Taylor, International Competition Law, 2006, S. 35 ff.

⁷ Vgl. etwa Glöckner, a.a.O. (Fn. 5), S. 286; Henning-Bodewig, IIC 1999, 166 (167); Schrickel/Henning-Bodewig, Neuordnung des Wettbewerbsrechts, 1998/99, S. 21; Reger, Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb und das TRIPS-Übereinkommen, 1999, S. 4; Schrickel, IIC 1995, 782 (782).

⁸ Das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (sog. TRIPS-Abkommen – *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) ist Annex I C des Übereinkommens vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO – *World Trade Organisation*).

⁹ Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883, zuletzt revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967 (PVÜ). Allgemein zur Pariser Verbandsübereinkunft siehe Beier, GRUR Int 1983, 339 ff.; Bodenhausen, Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, 1968, S. 1 ff.; Bogsch, The Paris Convention for the Protection of Industrial Property from 1883 to 1983, WIPO, International Bureau of Intellectual

dem Jahre 1958 keine Anpassung mehr erfahren. Die lauterkeitsrechtliche Rechtsentwicklung vollzieht sich vielmehr allein auf *nationaler* bzw. *regionaler* Ebene, größtenteils *ungeachtet* der *internationalrechtlichen* Bestimmungen. Eine nähere Auseinandersetzung mit den Regelungsgehalt der Pariser Verbandsübereinkunft erfolgt ebenso wenig wie grundlegende Überlegungen zu Vereinbarkeit und Unterschieden nationaler Regelungsmodelle im Lichte internationalrechtlicher Vorgaben. So lassen jüngere Urteile aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum eine äußerste Zurückhaltung gegenüber der Anerkennung eines materiell-rechtlich verpflichtenden Gehalts von Art. 10^{bis} PVÜ erkennen. Etwa lehnt die Entscheidung des *Englischen Court of Appeal* in der Sache *L'Oreal S.A. v. Bellure* (2007) die Errichtung eines *tort of unfair competition* bereits im Grundsatz ab und erklärt hierbei die Frage, ob die Bestimmungen der PVÜ zu einem weitergehenden lauterkeitsrechtlichen Schutz verpflichten, für insoweit unbeachtlich¹⁰. Auch jüngere Entscheidungen in den USA nehmen zwar durchaus Bezug auf die lauterkeitsrechtliche Regelung des Art. 10^{bis} PVÜ, sie weigern sich aber überwiegend, sich mit dem Regelungsgehalt der Norm auseinanderzusetzen und verneinen einen weitergehenden materiell-rechtlichen Anwendungsbereich der Norm¹¹. Dies soll vorliegend zum Anlass genommen werden, sich mit den international-rechtlichen Vorgaben der völkerrechtlichen Konventionen und deren materiell-rechtlichen Reichweite näher zu befassen.

Property, 1983 (Paris Convention Centenary), S. 1 ff.; *Troller*; Die mehrseitigen völkerrechtlichen Verträge im internationalen gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 1965, S. 35 ff. Siehe ferner die Kommentierung von *Pflüger*, in: *Cottier/Véron, Concise International and European IP Law, Paris Convention*, 2008, S. 175 – 269.

¹⁰ Mit den Worten von Lord Justice Jacob: „Moreover even if the UK is in derogation, it has been so for over 80 years without complaint. It is not a matter for the judges.“ – *L'Oreal S.A. v. Bellure N.V et al.* (2007) EWCA Civ 968 (Rz. 147 ff.). Dementsprechend ist umstritten, ob Großbritannien seiner Verpflichtung aus Art. 10^{bis} Abs. 1 PVÜ i.V.m. Art. 25 PVÜ ausreichend nachgekommen ist; diese Frage blieb jedoch – u.a. mangels unmittelbarer Anwendbarkeit der Normen in England – ohne praktische Folgen und konnte die aktuelle nationale Rechtsentwicklung kaum beeinflussen; hierzu etwa *Wallow*, *The Law of Passing-off*, 2004, Rn. 2-2. Hierbei spielt freilich das englische Rechtsdenken mit der Tradition des *Common Law* eine entscheidende Rolle. Zur Problematik der Kompatibilität der *englischen* Schutzmechanismen mit der PVÜ siehe zuletzt etwa *Alkin*, 3 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2008, 48, (50 ff., 53), der in den Fallgruppen „*malicious falsehood*“ und „*free-riding*“ das englische Recht für nicht ausreichend befindet. Dennoch rechtfertigt dies – aufgrund der Unsicherheit des Anwendungsbereichs und der Überlappung mit anderen Rechtsgebieten – nicht die Einführung eines „*general tort of unfair competition*“.

¹¹ So etwa der United States Court of Appeal (2./9. Bezirk): “The Paris Convention provides for national treatment, and does not define the substantive law of unfair competition.” – *Empresa Cubana del Tabaco v., Culbro Corp.*, 399 f.3d 462, 484 f. (2nd Cir. 2005); *Mattel, Inc. v. MCA Records*, 296 f.3d 894, 908 (9th Cir. 2002); *Grupo Gigante Sa de CV v. Dallo & Co., Inc.*, 391 f.3d 1088, 1099 f. (9th Cir. 2004).

B. Bestehende internationalrechtliche Vorgaben

I. Pariser Verbandsübereinkunft

1. Entwicklungsgeschichte

Die Pariser Verbandsübereinkunft stellt das erste völkerrechtliche Vertragswerk zum Schutz „gewerblichen Eigentums“ dar¹². Die internationale Konvention beschäftigt sich mit einer Vielzahl von Gegenständen des „gewerblichen Eigentums“ und enthält unter anderem Regelungen zur „Unterdrückung unlauteren Wettbewerbs“¹³. Die PVÜ wurde im Jahr 1883 auf der Konferenz von Paris geschlossen und seitdem auf mehreren internationalen Konferenzen revidiert¹⁴. Heute existiert sie in mehreren Fassungen, die nebeneinander Anwendung finden können, und fasst insgesamt 173 Verbandsstaaten¹⁵. Das Lauterkeitsrecht fand seinen Eingang auf der Revisionskonferenz von Brüssel (1900)¹⁶ und verdankt seinen heutigen Regelungsgehalt der Verhandlung auf mehreren internationalen Konferenzen¹⁷.

¹² Die Pariser Verbandsübereinkunft ist ein multilateraler Vertrag, der auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist und als solcher den allgemeinen Regeln des Völkervertragsrechts unterliegt. Die Vertragsparteien sind selbständige unabhängige Staaten. Die Verbandsübereinkunft ist zugleich Satzung des mit Errichtung der PVÜ im Jahre 1883 gegründeten Verbands zum Schutze des gewerblichen Eigentums (Art. 1 Abs. 1 PVÜ), der über eine eigene Organisationsstruktur verfügt; zum Verbandsprinzip siehe *Ballreich/Kunz-Hallstein*, GRUR Int 1977, 251; *Straus*, GRUR Int 2003, 805 (806 f.).

¹³ Gemäß Art. 1 Abs. 2 PVÜ hat der Schutz des gewerblichen Eigentums „zum Gegenstand die Erfindungspatente, die Gebrauchsmuster, die gewerblichen Muster oder Modelle, die Fabrik- oder Handelsmarken, die Dienstleistungsmarken, den Handelsnamen und die Herkunftsangaben oder Ursprungsbezeichnungen sowie die Unterdrückung unlauteren Wettbewerbs“.

¹⁴ Zuletzt auf der Konferenz von Stockholm 1967; siehe auch *Bogsch*, a.a.O. (Fn. 9), S. 23. Art. 18 Abs. 1 PVÜ der Stockholmer Fassung (ehemals Art. 14 PVÜ) lautet: „Diese Übereinkunft soll Revisionen unterzogen werden, um Verbesserungen herbeizuführen, die geeignet sind, das System des Verbandes zu vervollkommen.“ Zu den bisherigen Revisionskonferenzen, auch sofern sie – wie etwa die Konferenz von Rom (1886) und die Konferenz von Madrid (1890-1891) – nicht zu einer Änderung der PVÜ geführt haben, siehe etwa *Ladas*, Patents, Trademarks, and Related Rights, 1975, S. 68 ff.

¹⁵ Zuletzt erfolgte der Beitritt *Thailands* am 2. August 2008. Der Aktuelle Stand ist abrufbar unter http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2.

¹⁶ Auf Vorschlag der französischen Delegierten wurde durch Einfügung eines neuen Art. 10^{bis} PVÜ zunächst das Prinzip der Inländerbehandlung (Art. 2 und 3 PVÜ) auf den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb ausgeweitet; hierzu *Actes de la conférence de Bruxelles (1897-1900)*, S. 164; *Bogsch*, a.a.O. (Fn. 9), S. 54; *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 78; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-36.

¹⁷ Im Einzelnen wurde auf folgenden Konferenzen eine Änderung beschlossen: Revisionskonferenz von Brüssel (1897 – 1900), Revisionskonferenz von Washington (1911), Revisionskonferenz von Den Haag (1925), Revisionskonferenz von London (1934), Revisionskonferenz von Lissabon (1958).

2. Grundprinzipien des lauterkeitsrechtlichen Schutzes der PVÜ

Der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb auf internationaler Ebene beruht im Wesentlichen auf zwei Grundprinzipien: Dies ist einerseits der fremdenrechtliche Grundsatz der *Inländerbehandlung* gemäß Art. 2 Abs. 1 PVÜ (i.V.m. Art. 3 PVÜ) sowie andererseits die Verpflichtung zur Gewährleistung eines effektiven *Mindestschutzes* gem. Art. 10^{bis} PVÜ. Daneben verpflichtet Art. 10^{ter} PVÜ dazu, „den Angehörigen der anderen Verbandsländer geeignete Rechtsbehelfe zu sichern“¹⁸.

Der *Inländerbehandlungsgrundsatz* des Art. 2 PVÜ verpflichtet die Vertragsstaaten, den Angehörigen anderer Staaten die gleichen Rechte zu gewähren, welche auch ihre eigenen Staatsangehörigen genießen¹⁹. Um zu verhindern, dass die Vorschrift leer läuft falls der nationale Schutz ein gewisses Niveau nicht erreicht, bestimmt Art. 10^{bis} PVÜ ferner einen gewissen *Mindeststandard* an Schutz gegen unlauteren Wettbewerb²⁰.

¹⁸ Im weiteren Sinne lauterkeitsrechtlich relevante Ansätze finden sich ferner in Art. 6bis PVÜ (Schutz der notorisch bekannten Marke), Art. 8 PVÜ (Schutz des Handelsnamens) sowie Art. 9 und 10 PVÜ (Beschlagnahme eines widerrechtlich mit einer Marke, einem Handelsnamen bzw. einer geografischen Herkunftsangabe versehenen Erzeugnisses bei der Einfuhr); hierzu *Troller*, a.a.O. (Fn. 9), S. 63 ff. Die geografischen Herkunftsangaben wurden 1925 auf der Haager Revisionskonferenz in Art. 1 Abs. 2 PVÜ als Schutzgegenstand des gewerblichen Eigentums aufgenommen. Dennoch finden sich nur geringe Regelungen hinsichtlich der Verpflichtung zur Gewährleistung eines gewissen Schutzniveaus, so dass immer wieder die Frage diskutiert wird, ob zur Gewährung umfassenden Schutzes nicht auf Art. 10bis PVÜ zurückgegriffen werden kann. Angesichts der Entstehungsgeschichte der Norm und der Existenz zusätzlicher spezifischer Abkommen ist jedoch zu Recht zu bezweifeln, dass der Schutz geografischer Herkunftsangaben unter den Anwendungsbereich von Art. 10bis PVÜ fällt; siehe auch *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-9.

¹⁹ Art. 2 Abs. 1 PVÜ lautet: „Die Angehörigen eines jeden der Verbandsländer genießen in allen übrigen Ländern des Verbandes in bezug auf den Schutz des gewerblichen Eigentums die Vorteile, welche die betreffenden Gesetze den eigenen Staatsangehörigen gegenwärtig gewähren oder in Zukunft gewähren werden, und zwar unbeschadet der durch diese Übereinkunft besonders vorgesehenen Rechte. ...“.

²⁰ Eine grundsätzliche Anhebung der nationalen Schutzstandards im Bereich des Lauterkeitsrechts ist mit Art. 2 PVÜ nicht verbunden. Das Prinzip der Inländerbehandlung bezieht sich auf die Gegenstände des gewerblichen Eigentums i.S.d. Art. 1 PVÜ; weder Art. 1 PVÜ noch Art. 2 PVÜ enthalten jedoch überhaupt eine *Verpflichtung* zur Einführung eines bestimmten Schutzes. Der Inländerbehandlungsgrundsatz läuft somit leer, falls der nationale Regelungsstandard nur unzureichenden Schutz gewährt. Darüber hinaus ist zu beachten, dass Art. 2 PVÜ ausländischen Verbandsangehörigen nur insoweit die Berufung auf die nationalen Rechte ermöglicht, als diese den Schutz des gewerblichen Eigentums im Sinne von Art. 1 Abs. 2 PVÜ betreffen, d.h. die in Frage stehenden Rechtspositionen nach Auffassung des jeweiligen Heimatstaates dem Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zugerechnet werden können. So wurde etwa in Deutschland noch zu § 1 UWG a.F. (1909) entschieden, dass der ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz in den Anwendungsbereich des Inländerbehandlungsgrundsatzes fällt; siehe *BGH GRUR* 1992, 523 (524) – *Betonsteinelemente*. Dieses Verständnis muss jedoch nicht zwingend von jedem Verbandsstaat geteilt werden.

Art. 10^{bis} PVÜ bildet insoweit die *zentrale* Norm eines internationalen Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb. In Aufbau und Systematik ist sie den Lauterkeitsgesetzen vieler Länder vergleichbar. Während Art. 10^{bis} Abs. 1 PVÜ die generelle Verpflichtung der Verbandsstaaten statuiert, „den Verbandsangehörigen einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu sichern“, findet sich eine Konkretisierung der Verpflichtung durch die Begriffsbestimmung unlauteren Wettbewerbs in Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ, die – zumindest in Verbindung mit Abs. 1 – einen *generalklauselartigen* Charakter erhält. Art. 10^{bis} Abs. 3 PVÜ regelt schließlich drei Beispielstatbestände, die *insbesondere* zu untersagen sind (Abs. 3 Nr. 1: Hervorrufung einer Verwechslungsgefahr; Abs. 3 Nr. 2: Anschwärzung; Abs. 3 Nr. 3: Irreführung). Dennoch ist zu beachten, dass Art. 10^{bis} PVÜ mit seinem beschränkten Regelungsumfang allein einen *Mindeststandard* an Schutz gewähren kann und wegen seines *rudimentären* Charakters zu Recht als „*unfair competition in a nutshell*“ bezeichnet wird²¹.

II. TRIPS-Abkommen

1. Tatbestandsspezifische Regelungen mit lauterkeitsrechtlicher Relevanz

Über die völkerrechtliche Verankerung in der PVÜ hinaus findet das Lauterkeitsrecht auf *internationaler* Ebene kaum weitere Beachtung. Allein im *TRIPS-Abkommen* wurde das Lauterkeitsrecht zumindest am Rande aufgegriffen, es spielt jedoch allein eine untergeordnete Rolle. Das TRIPS-Abkommen dient allein dem Schutz der *Rechte geistigen Eigentums*. Der Schutz gegen *unlauteren Wettbewerb* stand in den Verhandlungen zum TRIPS-Abkommen von vornherein nicht im Blickfeld²² und ist als *solcher* auch *nicht Regelungsgegenstand* des Abkommens geworden²³. Eine Regelung mit Bezug zum Lauterkeitsrecht findet sich allein in spezifischen Einzeltatbeständen, die in manchen Staaten dem Bereich des Lauterkeitsrechts zugeordnet werden können. So regelt Art. 22 ff. TRIPS²⁴ den Schutz von geographischen Angaben und Art. 39 TRIPS den Schutz nicht offenbarter Informationen²⁵.

²¹ Siehe etwa *Glöckner*; a.a.O. (Fn. 5), S. 288; *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7), S. 187; *Reger*, a.a.O. (Fn. 7), S. 17; *Schricker*, in: Großfeld/Sack/Möllers, u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, 1998, S. 985 (988).

²² *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7), S. 37; *Reger*; a.a.O. (Fn. 7), S. 299 ff.

²³ Vielmehr zeigt sich allein ein „*selective approach*“ gegenüber unlauterem Wettbewerb im TRIPS-Abkommen; so etwa *Bakardjewa Engelbrekt*, NIR 1998, 371 (379). Zur lauterkeitsrechtlichen Relevanz des übrigen WTO-Rechts siehe *Weber*; sic! 1998, 158 (160 ff.).

²⁴ Art. 22 Abs. 2 TRIPS lautet: „In Bezug auf geographische Angaben bieten die Mitglieder den beteiligten Parteien die rechtlichen Mittel für ein Verbot ... b) jeder Benutzung, die eine unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne des Artikels 10^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft (1967) darstellt“. Hierzu ausführlich *Reger*; a.a.O. (Fn. 7), S. 95 ff.

²⁵ Art. 39 Abs. 1 TRIPS lautet: „Bei der Sicherung eines wirksamen Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb, wie er in Artikel 10^{bis} der Pariser Verbandsübereinkunft (1967) vorgesehen ist, schützen die Mitglieder nicht offenbarte Informationen nach Maßgabe des Absatzes 2 und Regierungen oder Regierungsstellen vorgelegte Daten nach Maßgabe des Absatzes 3.“ Hierzu ausführlich *Reger*; a.a.O. (Fn. 7), S. 235 ff.

Zwar nehmen beide Vorschriften ausdrücklich auch auf Art. 10^{bis} PVÜ der Stockholmer Fassung Bezug, hieraus lässt sich jedoch kaum ein praktisch weitergehender Anwendungsbereich der Normen ableiten²⁶.

2. Paris-Plus-Effekt

Von größerer Relevanz ist hingegen die Frage, inwieweit das TRIPS-Abkommen durch die generelle Bezugnahme auf die PVÜ in Art. 2 Abs. 1 TRIPS die lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen der Verbandsübereinkunft inkorporiert. Das TRIPS-Abkommen baut auf den Bestimmungen der PVÜ auf. Nach dem sog. *Paris-Plus-Effekt* sind die WTO-Mitglieder gem. Art. 2 Abs. 1 TRIPS grundsätzlich verpflichtet „[i]n bezug auf die Teile II, III und IV dieses Übereinkommens... die Artikel 1 bis 12 sowie Artikel 19 der Pariser Verbandsübereinkunft (1967)“ zu befolgen. Insoweit ist bisher ungeklärt, ob die Bezugnahme durch Art. 2 TRIPS auf Art. 10^{bis} PVÜ die Mitgliedsstaaten des TRIPS-Abkommens zur vollständigen Übernahme des lauterkeitsrechtlichen Standards der PVÜ verpflichtet. Eine vollständige Inkorporation der Bestimmungen der PVÜ hätte – neben einer wohl kaum noch relevanten territorialen Erweiterung der Schutzverpflichtung auf Staaten, die allein dem TRIPS-Abkommen, nicht jedoch der PVÜ beigetreten sind – vor allem den Vorteil, dass die Einhaltung des Schutzes der PVÜ durch die wirksamen *Durchsetzungs- und Sanktionsbestimmungen* des TRIPS-Abkommens besser verwirklicht und durch das *Streitbeilegungsverfahren* auch zwischenstaatlich effektiver kontrolliert werden könnte²⁷.

Eine *enge*, am *Wortlaut* der Vorschrift orientierte Auslegung stellt insoweit allein darauf ab, dass die Mitglieder zur Befolgung der PVÜ nur „[i]n bezug auf die Teile II, III und IV“ des TRIPS-Abkommens verpflichtet sind, d.h. nur im Hinblick auf die *in diesen Teilen* geregelten *Gegenstände* des geistigen Eigentums²⁸. Dagegen vertritt etwa die WIPO, neben weiteren Autoren, die Auffassung, dass Art. 2 TRIPS die Mitglieder generell zur Gewährung eines Art. 10^{bis} PVÜ genügenden Schutzes verpflichtet²⁹.

²⁶ *Drexl*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2006, IntUnlWettBR Rn. 29; *Reger*; a.a.O. (Fn. 7), S. 295. Daneben erwähnt allein Art. 17 TRIPS die „lautere Benutzung beschreibender Angaben“ als Ausnahme von den Rechten aus einer Marke; hierzu etwa *Reger*; a.a.O. (Fn. 7), S. 289 f.

²⁷ *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7), S. 32 ff., 36; *Reger*; a.a.O. (Fn. 7), S. 298; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-61, 2-71.

²⁸ Die Wirkung der Bezugnahme auf die PVÜ würde sich nach dieser Ansicht somit darauf beschränken, dass Art. 10^{bis} PVÜ allein in Bezug auf die im TRIPS-Abkommen punktuell geregelten, lauterkeitsrechtlich geprägten Gegenstände (Schutz geografischer Angaben und Schutz nicht offenbarter Information) Anwendung finden würde; vgl. hierzu *Gervais*, *The TRIPS Agreement*, 2003, Rn. 2.20; *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7), S. 35 f.; *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 5), Vol. 3, S. 470.

²⁹ *Schmid*, in: *Schricker/Henning-Bodewig*, *Neuordnung des Wettbewerbsrechts*, S. 253 (274); *WIPO*, *Intellectual Property Handbook*, 2nd edition, 2004, S. 347; *WIPO*, *Model Provisions*, *WIPO Publication No. 832(E)*, S. 6, Anm. 1.01. Ebenso wohl auch *Gervais*, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 2.32 ff.; *Kur*; *GRUR Int* 1994, 987 (989); *Stahelin*, *Das TRIPS-Abkommen*, 1999, S. 54 f.

Nunmehr hat die Entscheidung „*Havana-Club*“ des WTO-Appellate Body, dem obersten Streitbeilegungsorgan der WTO, in Bezug auf Handelsnamen gem. Art. 8 PVÜ eine weite Leseart von Art. 2 Abs. 1 TRIPS vertreten³⁰. Der Bezugnahme auf die Artikel 1 – 12 der PVÜ in Art. 2 Abs. 1 TRIPS wäre jeder Anwendungsbereich und Zweck entzogen, wenn nicht auch die Verpflichtung zum Schutz von Handelsnamen mit umfasst wäre³¹. Diese Interpretation von Art. 2 TRIPS hinsichtlich Handelsnamen wurde vom EuGH ausdrücklich in seiner Entscheidung „*Anheuser Busch*“ aufgenommen³². Dennoch ist zu beachten, dass sich diese Argumentation nicht unreflektiert auf den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb übertragen lässt. Denn während der Verweis auf Art. 8 PVÜ tatsächlich jeglicher Wirksamkeit und Bedeutung beraubt wäre, wenn nicht auch der Schutz von Handelsnamen in das TRIPS-Abkommen einbezogen würde, verbliebe für den Verweis auf Art. 10^{bis} PVÜ weiter der – wenn auch beschränkte – Anwendungsbereich hinsichtlich geografischen Angaben und Geschäftsgeheimnissen³³. Letztlich kommt auch nur in dieser beschränkenden Auslegung dem Zusatz „*[i]n bezug auf die Teile II, III und IV*“ des TRIPS-Abkommens ausreichend Wirksamkeit zu und lässt den Vertragswortlaut des Abkommens nicht bedeutungslos werden³⁴. Im Ergebnis erscheint eine vollständige Inkorporation des Art. 10^{bis} PVÜ in das TRIPS-Abkommen somit eher zweifelhaft und ist einer Auslegung von Art. 2 TRIPS wohl nur in Bezug auf den Schutz geografischer Angaben und nicht offenbarter Informationen zu entnehmen³⁵.

³⁰ *WTO Appellate Body*, WT/DS176/AB/R, Report of the Appellate Body – United States – Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998 (“Havana Club”). Siehe hierzu ausführlich *Gervais*, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 2.26 ff.; *Heim*, GRUR Int 2005, 545 ff.; *Jakob*, GRUR Int 2002, 406 ff.

³¹ *WTO Appellate Body*, a.a.O. (Rn. 30), S. 94, Rn. 338; hierzu *Heim*, a.a.O. (Fn. 30), S. 549 f.; *Jakob*, a.a.O. (Fn. 30), S. 413.

³² Siehe *EuGH Slg.* 2004, I 10989 = GRUR 2005, 153 (157) – *Anheuser Busch*. Hierzu ausführlich *Heim*, a.a.O. (Fn. 30), S. 545 ff.

³³ So auch *Drexel*, a.a.O. (Fn. 26), IntUnlWettbR Rn. 29; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-69 ff.

³⁴ Dies ist einer der anerkannten Grundsätze der Wiener Übereinkunft über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969. Zwar findet die Wiener Übereinkunft nicht direkt auf die PVÜ Anwendung (Art. 4), sie enthält jedoch (gewohnheitsrechtlich) anerkannte Interpretationsregeln, die nach überwiegender Ansicht auch für die zeitlich frühere PVÜ gelten; vgl. die Ausführungen des *WTO Appellate Body*: „One of the corollaries of the “general rule of interpretation” in the *Vienna Convention* is that interpretation must give meaning and effect to all the terms of a treaty. An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility”; *WTO Appellate Body*, a.a.O. (Fn. 30), S. 94 f. Rn. 338.

³⁵ So auch *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 5), S. 290; *Pflüger*, a.a.O. (Fn. 9), Introductory Remarks, note 7; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-70. Ferner *Drexel*, a.a.O. (Fn. 26), IntUnlWettbR Rn. 29. Außerdem unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte *Reger*, a.a.O. (Fn. 7), S. 291 ff.

III. Reichweite internationalrechtlicher Vorgaben

Nach diesen einführenden Bemerkungen ist sich nunmehr der eigentlichen Frage der „Reichweite der internationalrechtlichen Vorgaben“ zuzuwenden³⁶. Art. 10^{bis} Abs. 1 PVÜ statuiert die völkerrechtliche Verpflichtung der Verbandsstaaten, gegenüber ausländischen Verbandsangehörigen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu gewährleisten. Die Norm lässt aber offen, was im Einzelnen unter einem „wirksamen Schutz“ zu verstehen ist, und eröffnet somit den Verbandsstaaten einen *weiten Spielraum* bei der Umsetzung³⁷. Mechanismen zur näheren Konkretisierung und Kontrolle der nationalen Umsetzungsverpflichtung, etwa durch ein völkerrechtlich legitimes Rechtsprechungs- bzw. Streitbeilegungsorgan, existieren nicht. Zwar sieht Art. 28 PVÜ vor, dass die Verbandsstaaten bei Streitigkeiten über die Auslegung der Übereinkunft eine Klage vor dem Internationalen Gerichtshof erheben können. In der langen Geschichte der PVÜ wurde jedoch von der aufwendigen und wenig Erfolg versprechenden Möglichkeit bisher kein Gebrauch gemacht³⁸. Dennoch lassen sich anhand von Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte von Art. 10^{bis} PVÜ wertvolle Aussagen zur *internationalrechtlichen Reichweite* der Norm treffen, die im Folgenden näher dargelegt werden sollen.

1. Reichweite der regelungstechnischen Umsetzungsverpflichtung

Betrachtet man die Frage der Reichweite der internationalrechtlichen Vorgaben zunächst in *regelungstechnischer* Hinsicht, so sind der Umsetzungsverpflichtung der PVÜ folgende Grundsätze zu entnehmen:

- Anders als etwa das TRIPS-Abkommen beschränkt sich Art. 10^{bis} PVÜ auf die bloße Gewährung von Mindestrechten gegenüber *ausländischen* Verbandsangehörigen. Die Verbandsübereinkunft enthält keine Verpflichtung zur Einführung eines entsprechenden Schutzes in *innerstaatliches* Recht. Der Inländer kann sich

³⁶ Hierbei wird sich diese Untersuchung auf die Vorgaben der PVÜ beschränken, da diese – wie dargelegt – den eigentlichen Kern des internationalen Lauterkeitsschutzes bestimmen.

³⁷ *De Vrey*, Towards a European Unfair Competition Law, 2006, S. 15; *Pflüger*, a.a.O. (Fn. 9), Art. 10^{bis}, note 2; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-22; *WIPO*, Intellectual Property Handbook, 2nd edition, 2004, S. 259.

³⁸ Art. 28 PVÜ sieht weder die Möglichkeit der Überprüfung der getroffenen Entscheidungen vor, noch besteht die Möglichkeit von Sanktionen, so dass bereits aus diesem Grund nur ein geringer Anreiz der Klageerhebung bestand. Verstärkt wurde dies durch die in Art. 28 Abs. 2 PVÜ vorgesehene Möglichkeit, die Gerichtsbarkeit des IGH auszuschließen; zu den Gründen für die Zurückhaltung der Staaten gegenüber der Gerichtsbarkeit des IGH siehe *Ballreich*, GRUR Int 1979, 294 (298 f.); *Yu*, 38 Loy. L. A. L. Rev. (2004-2005), 323, (354 f.). Zur Streitbeilegung der PVÜ etwa *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), Art. 28 PVÜ, S. 185 f.; *Lee/Lewinski*, in: *Beier/Schricker*, From GATT to TRIPS, S. 278 (283 f.). Siehe auch *Gansser*, der unter Bezugnahme auf die Struktur der Bestimmungen der PVÜ und angesichts der unzureichenden Streitbeilegungsmechanismen, die – international ungeahndet gebliebenen – Vertragsverletzungen in den einzelnen Staaten anführt; *Gansser*, IIC 1980, 1 (3, 9 ff.).

auf die Bestimmungen der PVÜ nicht berufen³⁹; d.h. die PVÜ erlaubt die sog. *Inländerdiskriminierung*⁴⁰.

- Art. 10^{bis} PVÜ überlässt es den Verbandsstaaten zudem, in *regelungstechnischer* Hinsicht über Art und Weise der Umsetzung zu befinden⁴¹. Art. 10^{bis} PVÜ setzt weder die *Errichtung spezifischer lauterkeitsrechtlicher Schutzmechanismen* voraus noch etwa eine bestimmte regelungstechnische *Ausgestaltung*. Vielmehr lässt die Entstehungsgeschichte der Norm erkennen⁴², dass die Staaten ihrer Umsetzungspflicht genügen, wenn sich der lauterkeitsrechtliche Schutz aus den bestehenden Bestimmungen oder allgemeinen Prinzipien des nationalen Rechts ergibt⁴³. So wird generell für ausreichend befunden, dass eine Unterdrückung unlauteren Wettbewerbs auf Grundlage der zivilrechtlichen Generalklauseln oder der Grundsätze des richterrechtlichen „*common law*“ gewährleistet wird⁴⁴.
- Ferner bleibt es den Verbandsstaaten überlassen, ob sie sich *straf-, verwaltungsrechtlicher* oder *zivilrechtlicher* Schutzmechanismen bedienen⁴⁵. Auch Art. 10^{ter} PVÜ leistet insoweit keinerlei Konkretisierung, sondern lässt Art und Weise des Rechtsdurchsetzungs- und Sanktionssystems völlig offen⁴⁶.

³⁹ Um eine Schlechterstellung der Inländer zu vermeiden, erklären manche Staaten die Bestimmungen der PVÜ auch für Inländer direkt anwendbar (etwa Sec. 44(i) des Lanham Act der USA sowie das Loi du avril 1931 rendant applicables aux Français, en France, les dispositions des conventions internationales qui seraient plus favorables que celles de la loi interne pour protéger les droits dérivant de la propriété industrielle, J.O. vom 5.4.1931 in Frankreich); weitere Beispiele bei *Troller*, a.a.O. (Fn. 9), S. 37.

⁴⁰ *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), Art. 2 PVÜ, S. 23; *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 256; *Pflüger*, a.a.O. (Fn. 9), Art. 2, note 1(a), 2(c); *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-11; a.A. *Schibli*, Multistate-Werbung im internationalen Lauterkeitsrecht. mit besonderer Berücksichtigung der Internet-Werbung, 2004, S. 79 ff., 84, 90, 95, 316, 321 ff., der Art. 10^{bis} PVÜ „zeitgemäß-teleologisch“ auslegen und auch auf inländische Verbandsangehörige anwenden will.

⁴¹ *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-22; *WIPO*, Intellectual Property Handbook, 2nd edition, 2004, S. 259.

⁴² Actes de la conférence de la Haye (1925), S. 472, 578.

⁴³ So auch *Chen*, 8 EIPR 1997, 421.

⁴⁴ *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), S. 123; *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 1686; *WIPO*, Intellectual Property Handbook, 2nd edition, 2004, S. 134. Dementsprechend ist es in regelungstechnischer Hinsicht ausreichend, dass sich der lauterkeitsrechtliche Schutz aus den richterrechtlichen Grundsätzen des „*common law*“ (wie etwa in England und auf Ebene der Bundesstaaten in den USA), den deliktsrechtlichen Generalklauseln (wie etwa in Frankreich und Niederlande) oder eben einer spezialgesetzlichen Normierung (wie etwa in Deutschland, Österreich und der Schweiz) ergibt.

⁴⁵ Hierzu auch *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-22.

⁴⁶ So wurde zwar allgemein betont, dass ein wirksamer Rechtsschutz zwischen der Unterlassungsklage und der Schadensersatzklage unterscheidet und allein der Anspruch auf Schadensersatz vom Vorliegen subjektiver Elemente abhängig gemacht werden darf; siehe Actes de la conférence de la Haye (1925), S. 581; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 4 Rn. 21; *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), S. 126 f.; *Bogsch*, a.a.O. (Fn. 9), S. 54; *Schricker*, in: Jacobs/Lindacher/Teplitzky, Einl. Rn. F 97. Dennoch ist Art. 10^{ter} PVÜ nicht einmal die zwingende Verpflichtung zu entnehmen, überhaupt eine Schadensersatzklage des Wettbewerbers vorzusehen; so *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-22. Zudem lässt die Norm die Frage der Aktivlegitimation unbeantwortet.

- Schließlich wird Art. 10^{bis} PVÜ – ebenso wie Art. 2 PVÜ – in denjenigen Verbandsstaaten der PVÜ, deren Verfassungssystem prinzipiell eine direkte Berufung auf völkervertragsrechtliche Bestimmungen zulässt⁴⁷, überwiegend als

Allein Art. 10^{ter} Abs. 2 PVÜ verpflichtet zur Gleichstellung ausländischer Wirtschaftsverbände mit den einheimischen Verbänden und Vereinigungen im Hinblick auf die Durchsetzung der Rechte aus Art. 10bis PVÜ. Die Norm begründet als solche jedoch keine Klagebefugnis. Nur soweit die inländischen Wirtschaftsverbände vor Gericht oder vor den Verwaltungsbehörden gegen unlauteren Wettbewerb vorgehen können, muss dies auch denjenigen ausländischen Verbänden gestattet werden, die den Gesetzen ihres Landes nicht zuwiderlaufen; mehr als die Gleichstellung wird von Art. 10ter PVÜ indessen nicht gefordert; hierzu *Baumbach/Hefermehl*, 22. Aufl. Art. 10ter PVÜ Rn. 1; *Beater*, a.a.O.; *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 1738; *Schricker*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, Einl. Rn. F 99. Die Entscheidung des Cour d'appel de Paris vom 17.03.1960, GRUR Ausl 1961, 67 (68) – *Old Scotch Whisky*, hat somit die Klage eines Verbands schottischer Whiskyhersteller mangels Prozessfähigkeit abgewiesen, da dem Ausländer nicht mehr Rechte als dem Inländer zustehen sollen. Ferner ist zu beachten, dass Art. 10ter Abs. 2 PVÜ allein auf Wirtschaftsverbände Anwendung findet. Die Einbeziehung von Verbraucherverbänden bleibt hingegen dem nationalen Gesetzgeber überlassen.

- ⁴⁷ Als multilateraler Vertrag bindet die Pariser Verbandsübereinkunft grundsätzlich nur die vertragsschließenden Staaten. Grundsätzlich bedarf es eines nationalen Rechtsanwendungsbefehls (sog. Ratifikationsgesetz), um die Transformation bzw. Implementierung in nationales Recht sicherzustellen. Aus diesem Grund ist gemäß Art. 25 Abs. 1 PVÜ „[j]edes Vertragsland verpflichtet, entsprechend seiner Verfassung die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Anwendung dieser Übereinkunft zu gewährleisten.“ Hieran schließt sich die Frage an, in welchem Umfang eine weitergehende Umsetzung erfolgen muss, insbesondere ob es der Überführung in die interne Gesetzgebung durch weitere nationale Gesetze bedarf, um die Anwendbarkeit in den einzelnen Staaten zu gewährleisten; dies hängt von der Natur der in Frage stehenden Normen sowie dem jeweiligen Verfassungssystem der einzelnen nationalen Staaten ab. Daneben wird als dritte Voraussetzung genannt, dass das jeweilige Abkommen nach dem Willen der Abkommensparteien der unmittelbaren Anwendbarkeit fähig sein muss, was im Fall der PVÜ jedoch eindeutig zu bejahen ist. Ausführlich zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit internationaler Abkommen *Drexler*, a.a.O. (Fn. 26), *Int-ImmGR* Rn. 45 ff.; eingehend mit Blick auf die Verfassungssysteme der einzelnen Staaten ferner *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 209 ff., insb. 211 ff. Ob einzelne Normen der unmittelbaren Anwendung als privatrechtlicher Rechtssatz zugänglich sind, so dass sich der einzelne vor den Behörden oder Gerichten unmittelbar auf die Bestimmungen berufen kann, richtet sich nach *Inhalt und Bestimmtheit* der in Frage stehenden Norm. Die entscheidungserhebliche Bestimmung ist darauf zu überprüfen, ob sie nach *Inhalt, Zweck und Fassung* noch weiterer *innerstaatlicher Rechtssetzungsakte* bedarf oder *hinreichend konkretisiert* ist, um von den nationalen Behörden oder Gerichten *direkt* angewendet werden zu können; *Drexler*, GRUR Int 1994, 777 (779); *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), S. 6 ff.; *Norton*, 86 *Fordham L. Rev.* (1999-2000), 225, (237 f.); *Schricker*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, Einl F Rn. 26. Ob jedoch die unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit dieser Normen in den einzelnen Verbandsstaaten auch tatsächlich anerkannt wird, richtet sich überdies nach dem *Verfassungssystem* des jeweiligen Staates. Während in einzelnen Ländern – etwa im Vereinigten Königreich, Schweden und Norwegen – eine Umsetzung in nationales Recht für erforderlich betrachtet und den Normen jede direkte Rechtswirkung abgesprochen wird, ist in anderen Staaten allein die Ratifikation des Vertrages ausreichend, um eine innerstaatliche Anwendbarkeit der Normen zu gewährleisten; so etwa in Deutschland und – wenn auch im Rang unter Bundesgesetzen – in den USA; *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), S. 7; *Schricker*, a.a.O., Einl F Rn. 27.

unmittelbar anwendbar betrachtet; d.h. die ausländischen Verbandsangehörigen können sich vor den Behörden oder Gerichten unmittelbar auf die einzelnen Normen der Konvention berufen, ohne dass es weiterer staatlicher Umsetzungsakte bedürfte⁴⁸.

2. Inhaltliche Konkretisierung / materiellrechtliche Reichweite

Bestimmt man die Reichweite in *materiell-rechtlicher* Hinsicht, so zeigt sich, dass Art. 10^{bis} PVÜ nur *wenige inhaltliche Anhaltspunkte* zu entnehmen sind. Den Verbandsstaaten ist ein erheblicher *Spielraum* hinsichtlich der Ausgestaltung und Ausrichtung ihrer nationalen Lauterkeitsrechte zugewiesen. Eine nähere Orientierung mag insofern allein Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ sowie das Pflichtenprogramm des Abs. 3 geben. Ein einheitlicher, abschließender lauterkeitsrechtlicher Schutzstandard für alle Verbandsstaaten ist hiermit freilich nicht vorgegeben. Vielmehr ist den Bestimmungen in ihrer Systematik allein ein *Mindeststandard* zu entnehmen, welcher auf eine weitergehende *Ausfüllung* und *tatbestandliche Ergänzung* durch die Verbandsstaaten angelegt ist.

Vor diesem Hintergrund scheint die Frage der Reichweite der internationalrechtlichen Vorgaben der PVÜ unter zweifachem Blickwinkel von Bedeutung: *Zum Einen* stellt sich die Frage inwieweit Art. 10^{bis} PVÜ einen *zwingenden Mindestgehalt* an lauterkeitsrechtlichem Schutz bestimmt, welchen die Verbandsstaaten gegenüber den ausländischen Verbandsangehörigen sicherzustellen haben. *Zum Anderen* ist zu prüfen, inwieweit Art. 10^{bis} PVÜ sich über den zwingenden Mindestgehalt hinaus dem jeweiligen nationalen Lauterkeitsverständnis öffnet; d.h. ein *weitergehender* nationaler Schutz dem Bereich des internationalen Lauterkeitsrechtsschutzes (und somit dem Schutz gewerblichen Eigentums gem. Art. 1 Abs. 2 PVÜ) überhaupt *zugerechnet* werden kann und damit unter den *Inländerbehandlungsgrundsatz* gem. Art. 2 PVÜ fällt.

Insoweit macht es sich die vorliegende Untersuchung zur Aufgabe, die Bestimmung der Reichweite der internationalrechtlichen Vorgaben mit Blick auf die einzelnen *Themenbereiche* vorzunehmen, die im Laufe der Tagung noch näher diskutiert werden, und wird sich im Einzelnen die Frage stellen, wie weit Art. 10^{bis} PVÜ Aussagen hierzu treffen kann.

a) Schutz ethischer Werte oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise

Im Sinne einer Bestimmung der Zielsetzung und Betrachtungsweise des internationalen Lauterkeitsrecht ist damit zunächst zu untersuchen, ob und in welchem Umfang das internationale Lauterkeitsrecht den *Schutz ethischer Werte* verwirklicht oder aber eine rein *wirtschaftliche Betrachtungsweise* nahelegt. Dies betrifft

⁴⁸ *Schricker*, in: Jacobs/Lindacher/Teplitzky, Einl F Rn. 48 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 21), S. 988 f.; *Drexler*, a.a.O. (Fn. 26), IntUnlWettbR Rn. 26; *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 5), Vol. 3, S. 467; *Reger*, a.a.O. (Fn. 7), S. 17; *Schibli*, a.a.O. (Fn. 40), S. 77 f.; a.A. etwa *Miosga*, Internationaler Marken- und Herkunftsschutz, 1967, S. 107 f.; v. *Gamm*, Wettbewerbsrecht, 1987, 16. Kapitel Rn. 16. Hingegen wird hins. Art. 10^{ter} PVÜ eine unmittelbare Anwendbarkeit zu Recht abgelehnt; *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), S. 126 f.; *Schricker*, a.a.O., Einl F Rn. 97.

zugleich die zentrale Problematik der Bestimmung von *Schutzzweck* und *Maßstab* eines Rechtsgebiets zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb.

Ausgangspunkt einer Betrachtung bildet insoweit die Begriffsbestimmung des Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ, die unlauteren Wettbewerb als „jede Wettbewerbshandlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft“, definiert⁴⁹. Zentralbegriff der Definition bildet der zweigliedrige Begriff der „anständigen Gepflogenheiten“. Während das Element der *Gepflogenheiten* insofern Bezug auf eine tatsächlich geübte Praxis nimmt und somit den faktischen Standard lauterkeitsrechtlicher Beurteilung ausmacht⁵⁰, wird mit dem Element der *Anständigkeit* eine einzelfallbezogene, normative Wertung und Kontrolle unter Zugrundelegung außerrechtlicher Kriterien ermöglicht⁵¹.

Hierbei zeigt sich eine Ausfüllung in zweifacher Hinsicht problematisch:

Zum einen sind internationale Gepflogenheiten, insbesondere in den problematischen wettbewerblichen Grenzfällen, nur schwer aufzufinden⁵². Soweit sich

⁴⁹ Die Definition unlauteren Wettbewerbs erfasst ausweislich ihres Wortlautes *jede* Verhaltensweise („*tout acte de concurrence*“) und geht somit über die spezifischen Tatbestände des Abs. 3 hinaus. Der Anwendungsbereich ist aber auf wettbewerbliche Verhaltensweisen im Sinne von *Wettbewerbshandlungen* beschränkt, wobei der Begriff der Wettbewerbshandlung nach dem Recht des jeweiligen Schutzlandes zu bestimmen ist; *Schricker*, in: Jacobs/Lindacher/Teplitzky, Einl. Rn. F 53. Besondere subjektive, „unlautere“ Absichten, etwa im Sinne einer verwerflichen Gesinnung, der Absicht, dem Konkurrenten einen Schaden zuzufügen oder dem Ziel, die Kunden des Mitbewerbers abzuwerben, werden von Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ nicht gefordert. *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 1688; *WIPO*, Intellectual Property Handbook, 2nd edition, 2004, S. 137; *WIPO*, Publication No. 725(E), S. 24. So wurde etwa der Vorschlag der italienischen Delegierten auf der Haager Konferenz (1925), die Handlungen auf eine derartige subjektive Zielsetzung („*dans le but de détourner la clientèle d'un concurrent*“) zu beschränken, ausdrücklich abgelehnt; siehe Actes de la conférence de la Haye (1925), S. 350, 476 f., *Wadlow* begründet dies neben der Entstehungsgeschichte mit der Formulierung des Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ, der sich generell an dem Standard in der Industrie oder Wirtschaft orientiere, nicht aber auf das Individuum abstelle; dieses kann durch seine *subjektive* Einstellung den Standard grds. nicht beeinflussen; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-28. Auf der Revisionskonferenz von Den Haag war man sich indessen einig, dass subjektive Elemente im Rahmen der Rechtsfolgen von Bedeutung werden können. Ein Anspruch auf Unterlassung dürfe jedoch nicht von bösem Glauben abhängig gemacht werden; Actes de la conférence de la Haye (1925), S. 581; *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), S. 126 f.

⁵⁰ Im Sinne anerkannter Sitten und Gebräuche in Handel und Gewerbe; siehe auch *WIPO*, Intellectual Property Handbook, 2nd edition, 2004, S. 137; *WIPO*, Publication No. 725(E), S. 25.

⁵¹ *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 5), Vol. 3, S. 468; *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 990 ff. Das Kriterium der „*Anständigkeit*“ greift somit ein, um eine *normative Kontrolle* der aufgefundenen Gebräuche zu gewährleisten. Denn durch eine tatsächliche gewerbliche Übung können sich in gewissen Verkehrskreisen ebenso *Unsitten* herausgebildet haben, die einer normativen Korrektur bedürfen; *WIPO*, Intellectual Property Handbook, 2nd edition, 2004, S. 137; *WIPO*, Publication No. 25(E), S. 25.

⁵² Der methodische Verweis auf die Konventionalnormen, der von den einzelnen Verbandsstaaten nur bedingt ernst genommen wird, scheidet bereits vielfach an der objektiven Nachprüfbarkeit etwaiger Gepflogenheiten sowie deren Legitimität. Denn anerkannte Gepflogenheiten sind angesichts des Pluralismus im Wirtschaftsleben nur schwer ermittelbar und häufig nicht das Ergebnis eines der Gesellschaft zugrunde liegenden sozialen Konsenses; vielmehr werden diese

geschäftliche Gepflogenheiten in Bezug auf eine konkrete Geschäftspraxis überhaupt herausgebildet haben, werden diese von Staat zu Staat – und selbst innerhalb eines Verbandslandes mit Bezug auf die jeweiligen Verkehrskreise – differieren⁵³. Ein universell einheitlicher Weltstandard, im Sinne weltweit üblicher Sitten und Gebräuche, existiert nicht⁵⁴. Mangels allgemeingültiger internationaler Gepflogenheiten kann das faktische Element der tatsächlichen Übung nur als *impliziter Verweis* auf die Gepflogenheiten der beteiligten Verkehrskreise in dem *jeweiligen Schutzland* verstanden werden⁵⁵. Soweit sich jedoch in spezifischen Bereichen internationale Gepflogenheiten herausgebildet haben, sind diese nach allgemeiner Ansicht mit zu berücksichtigen⁵⁶.

Zum anderen existiert naturgemäß kein internationales, kein allgemeingültiges Verständnis von *anständigem* Geschäftsgebahren. Das normative Kriterium der *Anständigkeit* eröffnet eine *sittlich-ethische* Beurteilung der wettbewerblichen Verhaltensweisen unter Bezugnahme auf die geltende *Geschäftsmoral*⁵⁷. Ein einheitlicher Beurteilungsmaßstab ist damit in einer weltoffenen, pluralistischen Gesellschaft noch keineswegs gefunden⁵⁸. Die Norm erschöpft sich auch insoweit vielmehr in einem *dynamischen Verweis* auf die jeweils national vorherrschende Auffassung von Anständigkeit und Fairness des jeweiligen Schutzlan-

im Geschäftsverkehr vom „Recht des Stärkeren diktiert“; vgl. *Schünemann*, in: Jacobs/Lindacher/Teplitzky, Einl D Rn. 24; *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, S. 214 f., beide zum deutschen UWG a.F.

⁵³ *Schricker* betont ferner zu Recht, dass diese wiederum ihrerseits von national differierendem Wettbewerbsrecht beeinflusst werden; *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 991.

⁵⁴ So auch *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 991. *Wadlow* sieht dies auch darauf begründet, dass lauterkeitsrechtliche Konflikte vornehmlich auf der Handelsstufe des Einzelhandels auftreten, welcher besonders sensibel gegenüber lokalen Faktoren sei. Dagegen findet der internationale, Art. 10^{bis} PVÜ zugrunde liegende Handel auf Stufe des Großhandels oder höher statt. Eine Übertragung der Beurteilung nationaler regionaler Gepflogenheiten auf den internationalen Handel sei somit kaum möglich; siehe *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-26.

⁵⁵ *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7) S. 177; *dies.*, a.a.O. (Fn. 3), 57. Nur so ist – sofern überhaupt – eine konkrete Ermittlung bestehender Handelspraktiken möglich und der Norm ein wirksamer, eigenständiger Anwendungsbereich zugewiesen; siehe auch *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 991.

⁵⁶ *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), S. 124; *de Vrey*, a.a.O. (Fn. 37), S. 14; *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7), S. 177; *dies.*, a.a.O. (Fn. 3), S. 57; *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 5), Vol. 3, S. 468; *Reger*, a.a.O. (Fn. 7), S. 18. Jedoch ist zu beachten, dass auch die Bemühungen internationaler Institutionen, wie der Internationalen Handelskammer, grenzüberschreitend gültige Verhaltensregeln aufzustellen, nicht zu einer wesentlichen Harmonisierung der Gepflogenheiten geführt haben; *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 991.

⁵⁷ Siehe etwa *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7), S. 31; *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 5), Vol. 3, S. 468; *Reger*, a.a.O. (Fn. 7), S. 18. Dezidiert für eine Ausfüllung durch eine internationale Moral etwa *Geille*, *Vers une notion internationale de la concurrence déloyale*, 1995, S. 33 f.

⁵⁸ Ein universeller ethischer Maßstab, eine weltweit gültige Geschäftsmoral, ist angesichts soziologischer, kultureller und wirtschaftlicher Unterschiede in den einzelnen Verbandstaaten und den hierauf beruhenden differierenden Wertvorstellungen eine *Utopie*; *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 992; *WIPO*, Publication No. 725(E), S. 23.

des⁵⁹. Die jeweils inkorporierten nationalen Standards sind nichts anderes als Ausdruck der wandelbaren soziokulturellen, wirtschaftlichen sowie ethischen Konzepte einer spezifischen Gesellschaft⁶⁰. Eine Anhebung und Harmonisierung des Schutzrechtsstandards kann Art. 10^{bis} PVÜ damit nur beschränkt gewährleisten⁶¹; vielmehr birgt die Norm die Gefahr in ihrer Reichweite letztlich auf den Grundsatz der *Inländerbehandlung* reduziert zu werden⁶².

Art. 10^{bis} PVÜ liegt ein lauterkeitsrechtliches Konzept zugrunde, welches einerseits die notwendige *Flexibilität* aufweisen konnte, um die kulturelle Vielfalt nationaler Regelungsansätze ausreichend zu berücksichtigen. Andererseits wurde hiermit die Festlegung eines objektiven, allgemeinverbindlichen Lauterkeitsmaßstabs für alle Verbandsstaaten aufgegeben. Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ vermag nur beschränkte Zielvorgaben hinsichtlich einer Ausrichtung und Ausgestaltung des Lauterkeitsrechts zu geben. Die Norm erlaubt vielmehr die offene Einflussnahme „sittlich-rechtlicher“, ethischer Gesichtspunkte und somit – über die notwendige Berücksichtigung soziologischer, kultureller und wirtschaftlicher nationaler Besonderheiten hinaus – eine letztlich beliebige, subjektive „Aufladung“ durch den nationalen Rechtsanwender. Die Formel der „anständigen Gepflogenheiten“ birgt hierbei die Gefahr, den Lauterkeitsbegriff unter Heranziehung *gruppenspezifischer Moralvorstellungen* aufzufüllen und zugleich *internationale Kompatibilität* zu suggerieren⁶³.

Ist vor diesem Hintergrund die *Reichweite* von Art. 10^{bis} PVÜ unter der eingangs aufgeworfenen Fragestellung zu bestimmen, so lässt sich festhalten, dass die Norm

⁵⁹ *Baumbach/Hefermehl*, 22. Aufl., Art. 10bis PVÜ Rn. 2; *Beater*, a.a.O. (Fn. 46), § 4 Rn. 16; *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), S. 123 f.; *Chen*, a.a.O. (Fn. 43), S. 422; *Fezer*, Markenrecht, Art. 10^{bis} PVÜ Rn. 2; *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7), S. 177; *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 5), Vol. 3, S. 467; *Miosga*, a.a.O. (Fn. 48), S. 110; *Reger*, a.a.O. (Fn. 7), S. 18; *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 991 f.; *ders.*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, Einl. Rn. F 53 ff.; *Troller*, a.a.O. (Fn. 9), S. 64; *WIPO*, *Intellectual Property Handbook*, 2nd edition, 2004, S. 133; *WIPO*, Publication No. 725(E), S. 18, 23. Dies wurde auch bereits zum Zeitpunkt des Erlasses der Bestimmung erkannt; hierzu *Osterrieth*, *Die Haager Konferenz 1925*, S. 83.

⁶⁰ *Reger*, a.a.O. (Fn. 7), S. 18.

⁶¹ So auch *Schricker*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, Einl. Rn. F 55; *Reger*, a.a.O. (Fn. 7), S. 19.

⁶² Dies gilt natürlich nur, falls der lauterkeitsrechtliche Schutz – orientiert am Standard der anständigen Gepflogenheiten – überhaupt eine Umsetzung ins innerstaatliche Recht erfahren hat. Wird dieser Standard nicht ausreichend durch nationales Recht geschützt oder wird kein lauterkeitsrechtlicher Schutz im Inland gewährleistet, wäre ein Vorgehen über Art. 10^{bis} PVÜ möglich, der jedoch hinsichtlich des Maßstabes der Lauterkeit wiederum auf das Inland abstellen würde. Wie ein derartiger Maßstab zu ermitteln wäre, bleibt völlig offen; siehe hierzu auch *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-27.

⁶³ Der Begriff der „Unlauterkeit“ wird letztlich alleine durch einen weiteren unbestimmten (Rechts-)Begriff ersetzt, der durch die Behauptung existierender Konventionalnormen objektive Nachprüfbarkeit vortäuscht; kritisch somit *Schünemann* hins. der Konkretisierung von Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ durch die „Anstandsformel“ der deutschen Rechtsprechung; *Schünemann*, in: *Krejci/Keßler/Augenhofer*, *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, S. 41 (64 f.). Hierzu ferner *Henning-Bodewig*, *Unfair Competition Law*, 2006, S. 57; *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 991; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-26.

der *Verwirklichung ethischer Werte* durchaus offensteht und eine Ausfüllung unter Rückgriff auf die *Geschäftsmoral* zumindest *nahe legt*. Angesichts der Wertungs-offenheit und Flexibilität der Norm bedeutet dies aber nicht, dass Art. 10^{bis} PVÜ keinen Raum für ein *spezifisch wettbewerbsrechtliches Verständnis* der Lauterkeitsmaterie bieten würde. Dieses ist zwar keineswegs originär in Art. 10^{bis} PVÜ angelegt, die überwiegende Ansicht sieht indessen auch ein modernes *wettbewerbsfunktionales* Verständnis des Lauterkeitsrechts von der Norm gedeckt, welches die lauterkeitsrechtlichen Standards der *Anständigkeit* im Hinblick auf die Gewährleistung der Funktionsvoraussetzungen wirksamen Wettbewerbs zu bestimmen versucht⁶⁴. Ethische Werte werden aber über das gewählte Wettbewerbsystem transportiert⁶⁵.

Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik von Art. 10^{bis} PVÜ lassen allgemein erkennen, dass eine flexible, ausfüllungsbedürftige Lösung auf internationaler Ebene gesucht wurde, welche sich gegenüber den aktuellen nationalen Entwicklungen zu öffnen vermag⁶⁶. Mit dem Maßstab der „anständigen Gepflogenheiten“ wurde bewusst ein offenes, ausfüllungsbedürftiges Konzept zugrunde gelegt, welches als notwendig erachtet wurde, um der Vielzahl unlauterer, sich stetig ver-

⁶⁴ So *Höpferger/Senfleben*, in: Hilty/Henning-Bodewig, Law Against Unfair Competition, 2007, S. 61 (64 f., 74). *Drexl* überprüft die Kompatibilität des Lauterkeitsbegriffs des deutschen UWG 2004 mit Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ und kommt zum Ergebnis, dass trotz teilweiser unterschiedlicher Schutzrichtung (Schutz des Wettbewerbers – nicht (auch) Schutz des Wettbewerbs) eine Vereinbarkeit zu begründen sei; siehe *Drexl*, a.a.O. (Fn. 26), IntUnlWettbR Rn. 25. Hierfür spricht auch die Regierungsbegründung zum deutschen UWG 2004, die ausdrücklich – wenn auch im Einzelnen unreflektiert – auf die Begriffsbestimmung der internationalen Konvention zur Definition der Unlauterkeit Bezug nimmt; RegE (BT-Drucks 15/1487), S. 16. Wettbewerbsrechtlichen Konkretisierungsansätzen jedoch widersprechend etwa *Geille*, der den absoluten Vorrang der *Moral* als grundlegenden und universellen Wertungsmaßstab eines internationalen Lauterkeitsrechts betont, welcher aus seinen naturrechtlichen Bezügen ermittelt wird und insoweit übergeordnetes Prinzip anderer allein ergänzender, wettbewerblicher Begründungsansätze bildet; hierzu *Geille*, a.a.O. (Fn. 57), S. 27 ff., 29 ff., 57 ff.

⁶⁵ *Höpferger/Senfleben* nennen insoweit die persönliche Verantwortung für Marktverhalten, den Respekt für die Bedürfnisse anderer Marktteilnehmer und die Achtung der Gleichheit von Rechten im Markt; *Höpferger/Senfleben*, a.a.O. (Fn. 64), S. 65, 74. *Anständigkeit* wird insoweit zu *Wettbewerbsfunktionalität*. Auch Wettbewerb transportiert gewisse ethische Werte und ist in diesem Sinne Ausdruck einer „marktfunktionalen Anständigkeit“, welche sich vermittelt über wettbewerbliche Prozesse zum Wohle der einzelnen Marktakteure und letztlich der Allgemeinheit auswirkt; hierzu auch *Schünemann*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 2. Auflage, § 3 Rn. 267.

⁶⁶ Eine Weiterentwicklung des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb, welches sich zum Zeitpunkt der Errichtung der Konvention in vielen Verbandsstaaten noch in Anfängen befand, sollte damit nicht verhindert werden; siehe hierzu etwa den Vorbehalt der *japanischen* Delegation auf der Haager Konferenz (1925), welche betonte, dass Japan, wie viele andere Staaten, noch keine Gesetzgebung zum Lauterkeitsrecht besäße und es somit nützlich erschiene, sich im Konventionstext auf allgemeine Bezeichnungen zu beschränken, welche den Verbandsstaaten die Freiheit lassen würde, die Gesetze unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten zu errichten; Actes de la conférence de la Haye (1925), S. 473.

ändernder Verhaltensweisen gerecht zu werden⁶⁷. Auch ist ein völkerrechtliches Vertragswerk im Lichte der nationalen Auffassungen der Vertragsparteien zu interpretieren und nicht in seinem historischen Verständnis gefangen; dies gilt zumindest soweit dem Vertragstext, wie im Falle der PVÜ mit Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ, ein dem Wandel in gewissem Maße offenstehendes Konzept zugrunde gelegt wurde, welches den Rückgriff auf national vorherrschende Standards und Wertungen vorsieht⁶⁸.

Dennoch bleibt zu beachten, dass sich die Heranziehung wettbewerbsfunktionaler Maßstäbe nicht alleine mit dem Verweis auf den beschränkten *Mindestschutz* der Pariser Verbandsübereinkunft rechtfertigen lässt, welcher den Verbandsstaaten eine darüber hinausgehende Schutzgewährung freistellt⁶⁹. So ist eine wettbewerbsfunktionale Interpretation der Rechtsmaterie nicht allein ein zusätzliches „*Mehr an Schutz*“, sondern vielmehr ein zwar gegenüber dem traditionellen Verständnis der PVÜ konzeptionell *erweiterter*, aber zugleich *veränderter* Schutz unter verlagertem, eben *institutionell-funktionalem Blickwinkel*. Dieser bedeutet nicht zwingend einen *stärkeren Schutz* gegenüber einem geschäftsmoralischem Ansatz: So vermag eine wettbewerbsfunktionale Betrachtung nicht allein zusätzliche wettbewerbliche Verbote zu rechtfertigen. Vielmehr dient sie auch gerade dazu, gewisse Verhaltensweisen, welche unter dem Gesichtspunkt der Anständigkeit verpönt sein mögen, im Hinblick auf ihren funktionalen Beitrag zur Ermöglichung des freien Wettbewerbs als Institution für zulässig zu befinden, auch wenn diese unter dem Gesichts-

⁶⁷ Dies zeigt sich deutlich am Vorbringen von *Maillard* auf der Haager Konferenz (1925); *Actes de la conférence de la Haye* (1925), S. 475, 579.

⁶⁸ So wohl auch *Höpferger/Senfleben*, a.a.O. (Fn. 64), S. 64 f., insb. Fn. 21. Insbesondere *Karl* betont in seiner Habilitationsschrift den selbständigen Auslegungsfaktor „spätere Praxis“; diese jedoch verstanden als (Meinungs-)Konsens im Bereich der Vertragsanwendung und Verkörperung der Vertragswirklichkeit; *Karl*, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, 1983, S. 139 ff. In der Terminologie des *WTO Appellate Body* wäre der Begriff der „anständigen Gepflogenheiten“ nicht statisch sondern *dynamisch, evolutiv* zu verstehen, so dass bei der Auslegung des Begriffs den aktuellen Gegebenheiten Rechnung zu tragen wäre; hierzu *Schollendorff*, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, 2005, S. 190 ff. Das nachfolgende Verhalten und (geäußerte) Verständnis ist als objektives Auslegungselement jedoch allein brauchbar, wenn es Indiz für ein übereinstimmendes Vertragsverständnis aller Verbandsstaaten liefert. Folglich wird eine gewisse Einheitlichkeit und Konsistenz der Praxis gefordert; insoweit genügt auch das „ohne Widerspruch mit anerkennender Wirkung hingenommene Verhalten eines Teils der Vertragsparteien“; *Schollendorff*, a.a.O., S. 56. Dies ist wohl vorliegend nicht der Fall. Die Besonderheit des Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ ist jedoch die Offenheit der Norm, welche von vornherein den Rekurs auf die nationale Interpretation ermöglicht und sich somit gewandelten nationalen Interpretationsansätzen öffnet. Somit mag die Bestimmung auch eine einbeziehende, spätere Praxis tragen, soweit diese in Wortlaut und Zweck der Norm eine Rechtfertigung findet und sich nicht völlig von der ursprünglichen Intention der Vertragsparteien entfernt. Eine Änderung des Vertragsinhalts mit zwingender (neuer) Bedeutungszuweisung kann jedoch wohl nur durch einen übergreifenden Konsens der Vertragsstaaten erreicht werden. Dieser setzt allerdings einen nationalen getragenen Bedeutungswandel des evolutionären Begriffes voraus. Hierzu ferner, wenn auch primär aus Sicht der Überlagerung mit Gewohnheitsrecht, *Villiger*, *Customary International Law and Treaties*, 1997, S. 282 ff.

⁶⁹ Insoweit etwas kurz gefasst *Baudenbacher*, *Lauterkeitsrecht*, 2001, Art. 2 Rn. 21.

punkt einer beliebig gearteten „Anständigkeit“ – beispielsweise beeinflusst durch rechtspolitische Bestandsschutzinteressen spezifischer Wettbewerber – zu verbieten wären.

Eine wettbewerbsfunktionale Schutzgewährung auf nationaler Ebene geht damit keineswegs alleine über die internationale Verpflichtung gem. Art. 10^{bis} PVÜ hinaus, welche in ihrer Aussage hiervon unberührt bliebe. Vielmehr ist stets zu berücksichtigen, dass in beiden Ansätzen zum Teil die *gleichen* wettbewerbliehen Verhaltensweisen zur Beurteilung stehen und es insoweit der *Klärung des Verhältnisses* beider Ansätze bedarf, um Inkonsistenzen und Widersprüche zu vermeiden⁷⁰.

b) Wettbewerbsförderung als Zielsetzung?

Die vorstehenden Ausführungen berühren zugleich auch den nächsten Themenbereich dieser Tagung, welcher sich mit der Frage befasst, inwieweit die *spezielle Wettbewerbsförderung* als Zielsetzung des Lauterkeitsrechts zu gelten hat. In diesem Sinne wird im Schrifttum etwa die Frage aufgeworfen, ob die Pariser Verbandsübereinkunft die Gewährung lauterkeitsrechtlichen Schutzes als Selbstzweck oder als Mittel zu einem eigenständigen, gar übergeordneten Ziel – etwa im Sinne der Sicherung und Förderung eines freiheitlichen Wettbewerbs im internationalen Handel – versteht⁷¹. Zu klären wäre damit, ob Art. 10^{bis} PVÜ gewisse wettbewerbliehen Werte transportiert, deren Befolgung erforderlich wäre, um eine wirksame Umsetzung lauterkeitsrechtlichen Schutzes zu gewährleisten⁷².

⁷⁰ Etwa verpflichtet Art. 10^{bis} PVÜ nur zu *beschränkter* Schutzgewährung im Hinblick auf Anwendungsbereich (Wettbewerbsverhältnis) und Schutzsubjekte (Beschränkung auf Konkurrentenschutz), dagegen erfasst eine funktionale Betrachtungsweise das Lauterkeitsrecht als *weites* Marktverhaltensrecht im Interesse aller Marktteilnehmer (und somit auch der Marktgegenseite) und letztlich im Interesse der Allgemeinheit. Ferner erlaubt Art. 10^{bis} PVÜ eine *weitgehende Beschränkung* des Wettbewerbs mit (*außerwettbewerblichen*) Kriterien der Geschäftsmoral, dagegen ist einer funktionalen Betrachtungsweise nur eine *begrenzte, systemfunktionale Beschränkung* spezifischer wettbewerbliehen Interessen zugunsten der Ermöglichung des Systems Wettbewerb in seiner Gesamtheit zu entnehmen. Ein wettbewerbsfunktionales Verständnis des Lauterkeitsrechts geht somit einerseits über den in Art. 10^{bis} PVÜ verankerten Mindeststandard lauterkeitsrechtlicher Schutzgewährung hinaus, bildet aber andererseits gerade eine notwendige *Konkretisierung und Interpretation der bestehenden Verpflichtungen* und verändert somit den traditionellen Blickwinkel und Bezugspunkt der Rechtsmaterie. Insoweit erklärt sich auch, dass die in Art. 10^{bis} Abs. 3 PVÜ aufgeführten Tatbestände durchwegs eine wettbewerbsfunktionale Fundierung erlauben.

⁷¹ Dies diskutiert etwa *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-20 und sieht angesichts der Entstehungsgeschichte von Art. 10^{bis} PVÜ nicht die Unterdrückung unlauteren Wettbewerbs *per se*, sondern die Förderung (lauteren) Wettbewerbs im internationalen Handel in der Norm verankert.

⁷² Anders gewendet stellt sich die Frage, ob etwa ein sozialistischer Staat, der eine in sich geschlossene Wirtschaftspolitik verfolgt, den Voraussetzungen von Art. 10^{bis} PVÜ durch rein formelle Umsetzung des Normauftrages genügen kann; so auch *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-20. Wie die Erfahrungen der Vergangenheit zeigen, haben die wettbewerbliehen Bestimmungen in den ehemals sozialistischen Ländern stets ein Schattendasein geführt und fanden ihre Berechtigung – sofern überhaupt – allein in den Außenhandelsbeziehungen; siehe etwa *Dietz*, GRUR Int 1994, 649 (651); *Knap*, GRUR Int 1967, 210 (210). Die Errichtung und praktische Anwendung wettbewerbliehen Vorschriften war und ist stets im Zusammenhang mit der Ausbildung wette-

Hierzu sind der PVÜ freilich kaum konkrete Aussagen zu entnehmen. Etwaige Zusammenhänge zum Kartellrecht wurden mangels Notwendigkeit zum Zeitpunkt der Errichtung der relevanten Bestimmungen der PVÜ ebenso wenig diskutiert, wie etwaige wettbewerbliche Implikationen lauterkeitsrechtlicher Gesetzgebung im Hinblick auf die Gewährleistung eines bestimmten Wettbewerbssystems. Dennoch bildet der *wirtschaftliche Wettbewerb* durchaus ein *zentrales Element* der Bestimmung⁷³. Art. 10^{bis} PVÜ spricht von Schutz vor unlauterem *Wettbewerb* und beschränkt seinen verpflichtenden Anwendungsbereich ausdrücklich auf *Wettbewerbshandlungen*⁷⁴. Zudem wurde Art. 10^{bis} PVÜ, welcher unter anderem auf den Vorarbeiten des Völkerbundes⁷⁵ nach Ende des ersten Weltkrieges beruht⁷⁶, gerade auch befürwortet, um angesichts der eher protektionistischen Politik des anfänglichen 20. Jahrhunderts den internationalen Handel zu stärken und eine liberale, wettbewerbsfördernde Grundlage zu schaffen⁷⁷.

Gleichwohl kann Art. 10^{bis} PVÜ nicht zu weitgehend – im Sinne einer Verordnung für ein bestimmtes Wettbewerbsmodell oder einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung – interpretiert werden. Die Norm dient von ihrer ursprünglichen Konzeption dem *Schutz der Wettbewerber* und nicht dem *Wettbewerb* als solchem⁷⁸. So ist auch der Wettbewerb als solcher in der Norm nicht definiert. Art. 10^{bis} PVÜ sieht sich keinem bestimmten Wettbewerbsverständnis verschrieben und überlässt

werblicher Verhaltensweisen zu sehen. Während somit eine Öffnung für marktorientierte Mechanismen die Notwendigkeit wettbewerblicher Kontrolle hervorruft, kann anders herum die Ausbildung wettbewerblicher Vorschriften – vor allem im Sinne der Eröffnung von Freiheitsräumen gegenüber bestehender staatlicher Kontrolle – eine geordnete Entwicklung des Wettbewerbs bedingen; siehe hierzu etwa *Dietz*, IIC 1995, 851 (864, 871); *Straus*, GRUR Int 1994, 700 (701, insb. Fn. 4). Jedoch zeigt sich, dass die wettbewerblichen Vorschriften in den ehemals sozialistischen Ländern vielfach von nationaler Ideologie und Postulaten überlagert werden. Problematisch ist insofern, dass – bzw. wieweit – das Wettbewerbsrecht eine Einflussnahme solcher ideologischen Überlagerungen erlaubt, die der Ausbildung wettbewerblicher Mechanismen eher schädlich sind; siehe auch *Varady*, 47 Am. J. Comp. L. (1999), 229, (235 ff.).

⁷³ So auch *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-23.

⁷⁴ Der Anwendungsbereich wurde auf der Haager Konferenz (1925) bewusst auf *Wettbewerbshandlungen* begrenzt; Actes de la conférence de la Haye (1925), S. 475, 547). Spätere Vorschläge auf der Konferenz von Lissabon (1958), die Beschränkung auf Wettbewerber zu besitzigen, wurden abgelehnt; hierzu auch *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-23. Rein privates, soziales oder hoheitlich-politisches Handeln scheidet somit prinzipiell aus dem *verpflichtenden* Anwendungsbereich der Norm aus. Jedoch bleibt es letztendlich den Verbandsstaaten überlassen, im Einzelnen festzulegen, was unter den Begriff der Wettbewerbshandlung fallen soll; *Schricker*, in: *Jacobs/Lindacher/Teplitzky*, Einl. Rn. F 53.

⁷⁵ Der Völkerbund (auch „Genfer Liga“, „*Société des Nations*“, „*League of Nations*“) war eine internationale Organisation mit Sitz in Genf, welche die Aufgabe verfolgte, den Frieden nach Ende des ersten Weltkrieges dauerhaft zu sichern. 1946 wurde der Völkerbund wieder aufgelöst; siehe hierzu Teil I des Friedensvertrages von Versailles vom 18. Juni 1919, in Kraft seit 10. Januar 1920, welcher die Völkerbundssatzung enthält.

⁷⁶ *Osterrieth*, a.a.O. (Fn. 59), S. 11; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-43 ff.

⁷⁷ *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-20.

⁷⁸ *Drexler*, a.a.O. (Fn. 26), IntUnlWettBR Rn. 25.

die inhaltliche Ausfüllung den einzelnen Verbandsstaaten⁷⁹. Zu beachten ist jedoch, dass auch Art. 10^{bis} PVÜ die grundsätzliche *Interdependenz* zwischen Lauterkeitsrecht und Wettbewerb widerspiegelt. Die Norm geht in ihrer grundlegenden Konzeption vom *Vorliegen von Wettbewerb* aus und wurde insofern mit der Zielsetzung erlassen, ausländischen Verbandsangehörigen die Sicherheit zu geben, dass die wettbewerbliche Tätigkeit in den einzelnen Verbandsstaaten gewissen anerkannten Regeln der Lauterkeit unterliegt. Regelungssubstrat auch des internationalen Lauterkeitsrechts ist der wirtschaftliche Wettbewerb. Sofern die wettbewerbliche Tätigkeit auf dem innerstaatlichen Markt für ausländische Verbandsangehörige eröffnet wird, ist ein wirksamer Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu gewähren, welcher sich zumindest auch an den Gesetzmäßigkeiten des jeweiligen nationalen Wettbewerbs zu orientieren hat. Gleichermäßen ist das lauterkeitsrechtliche Rechtsgebiet in seiner wettbewerbsregelnden Funktion geeignet, den rechtsnormativen Rahmen des wirtschaftlichen Ordnungsprinzips Wettbewerb zu setzen, d.h. den nationalen Wettbewerb erst zu ermöglichen und zu sichern⁸⁰.

⁷⁹ Dies ist freilich verständlich und angemessen, als ein einheitliches, universelles Wettbewerbsleitbild nicht existiert; siehe mit Blick auf die wettbewerbstheoretische Fundierung nationaler Kartellrechte etwa *Basedow/Pankoke*, in: *Basedow, Limits and Control of Competition*, 2002, S. 1 (7 ff., insb. 9). Dies erscheint legitim, da weder „empirisch noch theoretisch“ wissenschaftliche Einigkeit hinsichtlich des zu verfolgenden wettbewerbstheoretischen Ansatzes besteht; *Budzinski/Kerber*, a.a.O. (Fn. 6), S. 16 f. Es gibt gerade nicht die ökonomische Theorie des Lauterkeitsrechts, welche eine eindeutige methodische Anweisung liefern würde; *Baudenbacher*, ZHR 1980, 145 (149); *Berger*, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, 1997, S. 167; *Cottier/Oesch*, *International Trade Regulation*, 2005, S. 33 ff., 44 ff.; *Herdzina*, Möglichkeiten und Grenzen einer wirtschaftstheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, 1988, S. 4, 21; *Schlüter*, Ökonomische Funktion als Basis wettbewerbsrechtlicher Zulässigkeit, 1992, S. 207. Vielmehr ist Wettbewerb als tatsächliches Phänomen einer griffigen Bestimmung nicht zugänglich. Es bleibt im Rahmen der PVÜ allein der Rückgriff auf die jeweiligen nationalen Konzepte, welche sich auf soziologische, kulturelle und wirtschaftliche Besonderheiten des jeweiligen Verbandsstaates stützen; siehe *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), S. 124; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-24. Eine Rechtsharmonisierung im Bereich des Lauterkeitsrechts findet somit zu Recht eine *notwendige Grenze* an den gefestigten, unveräußerlichen kulturellen Werten der einzelnen Verbandsstaaten sowie eine hinzunehmende, ja unerlässliche, *Überlagerung* durch *kulturspezifische* Implikationen nationalen Wirtschaftsrechts; hierzu *Fikentscher*, *Culture, Law and Economics*, 2004, S. 20 ff.; *ders.*, *Modes of Thought*, 2nd revision, 2004, S. 150 ff.; *ders.*, *Wirtschaftliche Gerechtigkeit und kulturelle Gerechtigkeit*, 1997, S. 26 ff. Zwar ist etwa *Seita* zuzugeben, dass eine teilweise Konvergenz der ökonomischen und politischen Systeme zwangsläufige Folge einer Globalisierung sein kann, zweifelhaft ist freilich, wie weit die Forderung nach einer „*single human race*“ gehen kann und darf; siehe aber *Seita*, *Cornell Int'l L.J.* 1997, 429 (429 ff.).

⁸⁰ Zu den Zusammenhängen zwischen Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung etwa *Schluep*, in: *Jagmetti/Schluep* (Hrsg.), *Festschrift Hug*, 1968, 25 (84). Das Lauterkeitsrecht bildet einen spezifischen Teil des Wirtschaftsrechts, welcher diese Interdependenz besonders stark verdeutlicht; hierzu etwa *Schluep*, in: *Walder/Jaag/Zobl*, *Aspekte des Wirtschaftsrechts*, 1994, S. 139 (139 ff., 144, 176). Siehe ferner *Berger*, a.a.O. (Fn. 79), S. 62. f. Wettbewerb bzw. Wettbewerbsfreiheit ist kein Selbstläufer, sondern unterliegt dem *Freiheitsparadox*: Wettbewerb selbst vermag den Wettbewerb zu beseitigen, sofern dieser unkontrolliert und sich selbst überlassen bleibt; hierzu – vor allem aus Sicht des Machtproblems – ausführlich *Fikentscher*, *Die Freiheit*

c) *Leistungsschutz als Zielsetzung? Verhältnis zu IP-Rechten*

Als nächsten Themenbereich gilt es zu klären, inwieweit den Bestimmungen der Pariser Verbandsübereinkunft eine Aussage zum Verhältnis zu den IP-Rechten und zur Frage, ob der Gedanke des Leistungsschutzes als Zielsetzung eine Verankerung im internationalen Lauterkeitsrecht findet, zu entnehmen ist.

Ausgangspunkt einer Schutzzweckbeurteilung bildet Art. 1 Abs. 1 PVÜ, welcher den Lauterkeitsschutz als *Gegenstand des gewerblichen Eigentums* dem Anwendungsbereich der PVÜ unterwirft⁸¹. Dies bedeutet jedoch *nicht*, dass der Schutz gem. Art. 10^{bis} PVÜ nur im Hinblick auf seine *Ergänzungsfunktion* zu den Rechten des gewerblichen Eigentums in der PVÜ erfasst würde und somit in seiner Reichweite allein auf *benachbarten Leistungsschutz* bzw. unlautere Handlungen *mit Bezug* zu Rechten des gewerblichen Eigentums zu beschränken wäre⁸². Die Regelung des Lauterkeitsrechts in Zusammenhang mit anderen Rechten gewerblichen Eigentums erklärt sich vor dem Hintergrund, dass die lauterkeitsrechtliche Schutzgewährung in vielen Bereichen eine den Schutzgegenständen des gewerblichen Eigentums ähnliche Wirkung erzielen kann und dem Rechtsgebiet folglich eine ergänzende Funktion gegenüber den gewerblichen Schutzrechten zugewiesen wurde⁸³. Die Interessen der Wettbewerber konnten vielfach nicht ausreichend durch die bestehenden spezifischen Schutzrechte gewahrt werden. Gerade auch wegen der Nähe zum Markenrecht⁸⁴ schien ein Rückgriff auf das lauterkeitsrechtliche

und ihr Paradox, S. 13 ff., 25 f. Siehe hierzu ferner Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 27. Aufl., Einl. Rn. 1.33.

⁸¹ Der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb fand seinen Eingang in die Konvention auf der Konferenz von Brüssel (1897 – 1900); erst auf der Konferenz von Washington (1911) wurde jedoch die Unterdrückung unlauteren Wettbewerbs zu den Gegenständen des gewerblichen Eigentums gezählt und die eigenständige Verpflichtung zur lauterkeitsrechtlichen Schutzgewährung in Art. 10^{bis} Abs. 1 PVÜ festgeschrieben. Demgegenüber geht etwa die Praxis des EuGH davon aus, dass das Lauterkeitsrecht nicht dem Begriff des „gewerblichen und kommerziellen Eigentums“ des Art. 30 EG zuzurechnen ist; siehe Slg. 1981, 1625 = GRUR Int 1982, 117, Erw. 8 – *Kommission/Irland* („*Irische Souvenirs*“). Die Rechtsprechung des EuGH ist jedoch insoweit nicht immer ganz eindeutig; hierzu *Beater*, a.a.O. (Fn. 46), § 7 Rn. 36 ff. sowie auch *Sack*, in: Schrickler/Henning-Bodewig, Neuordnung des Wettbewerbsrechts, 1998/99, S. 139 (145). Allerdings ist die Lauterkeit des Handelsverkehrs als „zwingendes Erfordernis“ im Sinne der „*Cassis de Dijon*“-Rechtsprechung anerkannt; *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, 3. Aufl. 2007, Art. 30 Rn. 207, 211 ff.

⁸² So aber wohl *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 5), Vol. 3, S. 467.

⁸³ *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 5), S. 240; *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 3), S. 53 f.; *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 5), Vol. 3, S. 466.

⁸⁴ Hierzu etwa *Bakardjeva Engelbrekt*: „The purpose [of the first rules concerning honest trade practices] was to assure protection of a competitor’s trade name and trade symbols against a confusing and otherwise improper use in situations that were not covered by trade mark law proper. The protected interests were primarily individual interests of affected competitors. It is this „genetic“ connection with trade marks that provided the link between unfair competition and the family of industrial property rights“; *Bakardjeva Engelbrekt*, a.a.O. (Fn. 23) S. 384. Das Lauterkeitsrecht wird teilweise als „Mutter des Markenrechts“ bezeichnet; so etwa *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 5), S. 240. Siehe in den USA: „In fact, the common law of trademarks is but a part of the broader law of unfair competition“; *Hanover Star Milling Co. v. Metcalf*, 240 U.S. 403, 412 f. (1916).

Rechtsgebiet als flexibleres Rechtsinstitut nahe liegend⁸⁵. Eine spezifische Auseinandersetzung mit der dogmatischen Schutzrechtsfunktion des Lauterkeitsrechts – insbesondere in Abgrenzung zu den *absoluten, subjektiven* Schutzrechten der sonstigen Gegenstände gewerblichen Eigentums – ist zum Zeitpunkt der Einfügung der Bestimmungen in die PVÜ freilich nicht erfolgt⁸⁶. Im Blickpunkt stand allgemein der *individuelle* Schutz des unternehmerisch tätigen Rechtsinhabers, d.h. das rechtliche Interesse des Unternehmers an der Gewährleistung seiner unternehmerischen Tätigkeit⁸⁷.

Mag der lauterkeitsrechtliche Schutz auch im Hinblick auf seine Nähe zu den (sonstigen) Gegenständen gewerblichen Eigentums Eingang in die Konvention gefunden haben⁸⁸, so lassen doch die Entwicklungsgeschichte sowie die heutige Regelung des Art. 10^{bis} PVÜ erkennen, dass der lauterkeitsrechtliche Schutz im Sinne einer *eigenständigen* Ausprägung des gewerblichen Eigentums in dem Bemühen um einen einheitlichen Mindeststandard an wettbewerblichem Schutz ausgestaltet wurde⁸⁹. Die Norm dient dem Schutz der *unternehmerischen Interessen* der Wettbewerber gegenüber unlauteren Wettbewerbshandlungen, die den anständigen Gepflogenheiten in Handel und Gewerbe zuwiderlaufen (Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ). Die Diskussion um die Ausgestaltung von Art. 10^{bis} PVÜ umfasste keineswegs

⁸⁵ *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 1675 f; *WIPO*, Intellectual Property Handbook, 2nd edition, 2004, S. 131 f.

⁸⁶ Hierbei gab es jedoch durchaus Ansätze, durch das Lauterkeitsrecht ein *subjektives*, „*eigentumsähnliches*“ *Recht am Unternehmen* zu begründen. Der polnische Delegierte Prof. *Zoll* identifizierte – wie er auf der Haager Konferenz (1925) betonte – als geschütztes eigentumsähnliches Recht des Lauterkeitsrechts: „*les établissements de toute sorte, les fondes de commerce, des fabriques ou des établissements commerciaux*“ und somit im Ergebnis „*la force attractive*“, welche von dem Unternehmen ausgeht; siehe *Actes de la conférence de la Haye* (1925), S. 473 f. Fn. 1.; ausführlich später hierzu *Zoll*, in: *Mintz* (Hrsg.), *Festschrift Isay*, 229 (231 ff.). Insbesondere regelt Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 PVÜ die zweckmäßige Anerkennung eines Eigentumsrechtes am Unternehmen (Nr. 1) sowie die sich aus demselben ergebenden dinglichen sowie persönlichen Deliktsansprüche (Nr. 2); siehe *Zoll*, a.a.O., S. 242. Generell ist indessen zu bemerken, dass die Anerkennung einer schutzwürdigen *attraktiven Kraft* des Unternehmens, dem angloamerikanischen „*property-rights*“ Ansatz ähnelt, welcher das „*goodwill*“ eines Unternehmens geschützt sehen will; hierzu auch *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 1677 f.

⁸⁷ So *Lontai*, *Unification of Law in the Field of International Industrial Property*, 1994, S. 57 f.; *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 992.

⁸⁸ Vor allem aufgrund seiner Nähe zum Markenrecht; siehe etwa *Bakardjieva Engelbrekt*, a.a.O. (Fn. 23), S. 384.

⁸⁹ Gemäß der Systematik der PVÜ ist das Lauterkeitsrecht nicht *Mittel* zum Schutz der (sonstigen) Gegenstände gewerblichen Eigentums, sondern *selbst* Gegenstand des gewerblichen Eigentums (Art. 1 Abs. 2 PVÜ). Der Begriff des gewerblichen Eigentums wird damit durch die einzelnen Schutzrechte definiert, welche im weitesten Sinne dem Schutz der unternehmerischen Tätigkeit in Handel und Gewerbe dienen. Von seiner heutigen Schutzrechtsdogmatik aus lässt sich lauterkeitsrechtlicher Schutz freilich nur schwer als Ausprägung eines den sonstigen Rechten gewerblichen Eigentums vergleichbaren subjektiven Rechts verstehen; dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Einordnung in den Kontext der gewerblichen Schutzrechte im Hinblick auf die Funktion des Art. 10^{bis} PVÜ wettbewerbliche Verhaltensweisen zu reglementieren, um die Interessen der Wettbewerber im Handel und Gewerbe zu wahren, Sinn macht.

allein unlautere Verhaltensweisen mit Bezug zu den sonstigen Gegenständen des *gewerblichen Eigentums*, sondern – wie auch die Integration von Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 2 und 3 PVÜ zeigt – eine Vielzahl weitergehender wettbewerblicher Verhaltensweisen⁹⁰. Zudem hat sich das Lauterkeitsrecht in seinem Verständnis auf nationaler, wie auch in Ansätzen auf internationaler Ebene, fortentwickelt und – vor allem im Hinblick auf die zumindest in Ansätzen angedeutete Einbeziehung des Verbrauchers in Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 3 PVÜ – aus dem engen Konnex mit dem sonstigen gegenständlichen gewerblichen Eigentums gelöst⁹¹. Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb steht damit durchaus einem weiter verstandenen Rechtsgebiet zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb offen. Die konzeptionelle Schwäche von Art. 10^{bis} PVÜ liegt jedoch darin, dass der Norm keine klare Aussage zur Abgrenzung von den sonstigen Gegenständen gewerblichen Eigentums zu entnehmen ist. Insbesondere der Umfang von Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 1 PVÜ (Hervorrufung einer Verwechslungsgefahr) zeigt Überschneidungen mit anderen spezialgesetzlichen Normierungen, insb. dem Markenrecht⁹².

d) Konkurrentenschutz / Verbraucherschutz als Zielsetzung?

Den letzten Diskussionspunkt der Reichweite der internationalrechtlichen Vorgaben bildet die Frage der *Bestimmung der Schutzsubjekte* des internationalen Lauterkeitsrechts. Art. 10^{bis} PVÜ bezweckt – im Sinne der grundlegenden Ausrichtung der Pariser Verbandsübereinkunft⁹³ – traditionell den *Wettbewerberschutz*, d.h. den Schutz der *unternehmerischen Interessen der anständigen Konkurrenten* in Handel und Gewerbe⁹⁴. Dies ergibt sich sowohl aus der Systematik⁹⁵, der Entstehungsge-

⁹⁰ Dies zeigt etwa die Diskussion um die Einführung der Fallgruppe „*débauchage*“, dem Abwerben von Beamten und Angestellten, welche auf die Vorschläge Frankreichs und Italiens auf der Haager Konferenz (1925) zurückging; siehe Actes de la conférence de la Haye (1925), S. 348 ff., 476. Ebenso wurde etwa der Vorschlag Deutschlands, der unter anderem die Frage der vergleichenden Werbung erfasste, auf der Londoner Konferenz (1934) diskutiert; siehe Actes de la conférence de Londres (1934), S. 419. Ferner geht etwa der Anschwärzungstatbestand gem. Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 2 PVÜ weit über eine „bloße“ Beeinträchtigung der Wertschätzung einer Marke hinaus und statuiert seinen eigenen lauterkeitsrechtlichen Anwendungsbereich. Auch die Fallgruppe der irreführenden Werbung gem. Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 3 PVÜ kann nur schwerlich in einen rein auf gewerbliche Schutzrechte bezogenen Kontext eingeordnet werden.

⁹¹ Siehe auch *Bakardjieva Engelbrekt*, a.a.O. (Fn. 23), S. 387.

⁹² Hierzu *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7), S. 28 ff.; *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 1707 ff. Generell zur funktionalen Nähe beider Rechtsgebiete siehe auch *Thouvenin*, Funktionale Systematisierung, S. 525 ff.; ferner mit wettbewerblichem Blick auf die durch das Markenrecht verwirklichte Verdichtungsstufe *Hilty/Henning-Bodewig*, Law Against Unfair Competition, 2007, S. 1 (2 f., 16 ff. 19 ff., 31 ff.).

⁹³ Allgemein zur Ausrichtung der PVÜ etwa *Lontai*, a.a.O. (Fn. 87), S. 57 f.

⁹⁴ *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 5), Vol. 3, S. 465; *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 992. Siehe exemplarisch auch die Anm. von *Prof. Zoll* auf der Haager Konferenz (1925); Actes de la conférence de la Haye (1925), S. 473 f.

⁹⁵ *Wadlow* betont insoweit, dass Art. 10ter Abs. 2 PVÜ es aus diesem Grund ausdrücklich für notwendig erachtet, Verbänden und Vereinigungen – und somit gerade nicht Mitbewerbern – ein eigenes Klagerecht einzuräumen; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-23.

schichte⁹⁶ als auch aus dem Wortlaut der Norm⁹⁷: Art. 10^{bis} Abs. 1 und 2 sprechen von „Wettbewerb“ und „Wettbewerbshandlung“; Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 1 und 2 nehmen zudem ausdrücklich Bezug auf die Niederlassung, die Erzeugnisse oder die gewerbliche oder kaufmännische Tätigkeit eines „Wettbewerbers“. Zudem wird allgemein ein *Wettbewerbsverhältnis* als Anwendungsvoraussetzung für notwendig erachtet⁹⁸. Hierbei ist indessen zu beachten, dass weder der Begriff der *Wettbewerbshandlung* noch des *Wettbewerbsverhältnisses* in der PVÜ definiert ist. Eine nähere Ausgestaltung bleibt damit den einzelnen Verbandsstaaten überlassen⁹⁹. Überdies handelt es sich um ein *bloßen Mindestschutzstandard*. Es steht den Verbandsstaaten stets frei, über die verpflichtenden Mindestanforderungen von Art. 10^{bis} PVÜ hinaus einen lauterkeitsrechtlichen Schutz auch *ohne* das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses oder einer Wettbewerbshandlung zu gewähren¹⁰⁰.

Der *Verbraucherschutz* ist hingegen kein originärer Schutzzweck von Art. 10^{bis} PVÜ. Zwar wird zu Recht darauf hingewiesen, dass mit der Aufnahme der irreführenden Werbung in Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 3 PVÜ auf der Konferenz von Lissabon (1958) ein Tatbestand Eingang in die Konvention gefunden hat, der davon spricht „das Publikum irrezuführen“ und somit auch den Verbraucher im Blickfeld hat¹⁰¹. Ein grundlegender Richtungswechsel der Ausrichtung der PVÜ war jedoch hiermit

⁹⁶ *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 5), Vol. 3, S. 465; *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 992. Siehe hierzu ferner die Diskussion um die Einführung des Tatbestandes der Irreführung auf der Haager Konferenz (1925), welche zu diesem Zeitpunkt mit der Argumentation (v.a. der USA und Italiens) verneint wurde, dass die Vorschrift primär dem Verbraucher diene; Actes de la conférence de la Haye (1925), S. 478; *Osterrieth*, a.a.O. (Fn. 59), S. 88. Auch wurde der Anwendungsbereich auf der Haager Konferenz (1925) bewusst auf *Wettbewerbshandlungen* begrenzt; siehe Actes de la conférence de la Haye (1925), S. 475, 547; spätere Vorschläge auf der Konferenz von Lissabon (1958), die Beschränkung auf Wettbewerber zu beseitigen, wurden abgelehnt; hierzu auch *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-23.

⁹⁷ Siehe auch *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 993. Hingegen a.A. *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 1687.

⁹⁸ Siehe etwa *Drexler*, a.a.O. (Fn. 26), IntUnlWettbR Rn. 25; *Glöckner*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 2. Auflage, Einl B Rn. 2; *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7), S. 177, 188; *Höpferger/Senfileben*, a.a.O. (Fn. 64), S. 65; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-23 f., 2-31. Anderer Ansicht sind jedoch *Vrey* und *Chen*, die hinsichtlich Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ allein eine Wettbewerbshandlung als Voraussetzung der Anwendbarkeit für erforderlich betrachten und den Normbereich auch für eröffnet halten, wenn die Parteien nicht miteinander im Wettbewerb stehen; siehe *Chen*, a.a.O. (Fn. 43), S. 422; *de Vrey*, a.a.O. (Fn. 37), S. 13 insb. Fn. 11.

⁹⁹ Die Verbandsstaaten haben somit einen wesentlichen Spielraum hinsichtlich der Frage, wie weit der Begriff der *Wettbewerbshandlung* zu fassen ist (etwa um auch Monopolisten zu erfassen) und ob dieser eine *Wettbewerbsförderungsabsicht* voraussetzt. Ebenso ist ein *weites* nationales Verständnis des *Wettbewerbsverhältnisses*, welches auch Mitbewerber verschiedener Branchen durch eine Wettbewerbshandlung in eine wettbewerbliche Beziehung zueinander treten lässt, von Art. 10^{bis} PVÜ ebenso gedeckt, wie ein *enges*, traditionelles Verständnis eines *konkreten* Wettbewerbsverhältnisses, welches direkte Wettbewerber voraussetzt; hierzu auch *Höpferger/Senfileben*, a.a.O. (Fn. 64), S. 65; *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 1688 f.; *Bodenhausen*, a.a.O. (Fn. 9), S. 124; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 24.

¹⁰⁰ Insoweit handelt es sich um eine tatsächliche Erweiterung des Mindestschutzes der PVÜ.

¹⁰¹ Hierzu *Schibli*, a.a.O. (Fn. 40), S. 84 f.; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-19; *WIPO*, Intellectual Property Handbook, 2nd edition, 2004, S. 133.

– entgegen teilweise geäußerter Ansicht¹⁰² – nicht verbunden und lässt sich weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte entnehmen¹⁰³. Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 3 PVÜ kann keineswegs dazu führen, dass die Norm nunmehr in ihrer Gesamtheit als Verbraucherschützende Norm zu verstehen wäre. Der Tatbestand der Irreführung bedarf zwar richtigerweise der Berücksichtigung der *Marktgegenseite*, um eine sinnvolle Beurteilung des wettbewerblichen Verhaltens vorzunehmen, er findet jedoch auch vom Standpunkt des *Mitbewerberschutzes* seine Berechtigung¹⁰⁴. Die Norm kann im Ergebnis nichts daran ändern, dass Art. 10^{bis} PVÜ in seiner Gesamtheit gemäß seinem Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zielsetzung vornehmlich dem *individuellen Schutz der Interessen der Wettbewerber* verhaftet ist und allein *reflexartig* Verbraucherschutz gewährleistet¹⁰⁵.

Dennoch ist es nach überwiegender Ansicht möglich, über die Bestimmung des Begriffs der „Anständigkeit“ des Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ und dem damit verbundenen Verweis auf das nationalstaatliche Lauterkeitsverständnis auch die *Interessen der Verbraucher* mit einzubeziehen, sofern das nationale Recht den Verbraucherschutz als lauterkeitsrechtlichen Schutzzweck anerkennt¹⁰⁶. Ein derartiges Verständnis hat zur Folge, dass auch der *Inländerbehandlungsgrundsatz* einen erweiterten Anwendungsbereich erfährt und somit gleichfalls die verbraucherschützenden Tatbestände des Lauterkeitsrechts umfasst¹⁰⁷. Verfolgt aber das nationale Recht eine strikte Trennung und sieht sich allein dem Mitbewerberschutz verhaftet, so ist Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ weiterhin im traditionellen, konkurrentenschutzbezogenen Sinne auszugestalten; der Inländerbehandlungsgrundsatz greift angesichts seiner Beschränkung auf den Schutz gewerblichen Eigentums¹⁰⁸ sodann ins Leere, soweit es um die Berücksichtigung der verbraucherschutzbezogenen Praktiken geht.

¹⁰² Siehe etwa *Ladas*, a.a.O. (Fn. 14), S. 1677, 1687 f.

¹⁰³ *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 993.

¹⁰⁴ Freilich dient lauterkeitsrechtlicher Schutz stets allen Marktakteuren (sowie – vermittelt über den Wettbewerb als Ordnungsprinzip – letztlich der Allgemeinheit) und bedarf somit einer Beurteilung sowohl aus dem Blickwinkel der Mitbewerber als auch der Marktgegenseite (insb. Verbraucher). Diese Interessen der Marktakteure bedürfen jedoch stets einer Beurteilung im Hinblick auf den übergeordneten Schutzzweck der Ermöglichung und Sicherung des Wettbewerbs als Institution. Dementsprechend ist etwa die Ausrichtung an einem System unverfälschten Wettbewerbs zu Recht der „überwölbende“ Bezugspunkt des deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb; so explizit – vermittelt durch das Allgemeininteresse – *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 349 f., 362.

¹⁰⁵ Actes de la conférence de la Haye (1925), S. 478; *Osterrieth*, a.a.O. (Fn. 59), S. 88.

¹⁰⁶ *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7), S. 177 f.; *dies.*, a.a.O. (Fn. 7), S. 31; *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 993.

¹⁰⁷ So können sich die ausländischen Verbandsangehörigen auch auf den innerstaatlichen Schutz der verbraucherbezogenen Verhaltensweisen berufen. Dies erscheint bei einer rein dem Konkurrentenschutz verhafteten Betrachtungsweise keineswegs eindeutig und lässt sich nur über die (unter Umständen mittelbar-reflexartig) vermittelten Auswirkungen des Schutzes der Verbraucher auf den Konkurrenten begründen.

¹⁰⁸ Im Sinne des Art. 2 Abs. 1 PVÜ i.V.m. Art. 1 Abs. 2, 10^{bis} Abs. 1 und 2 PVÜ.

Zwingend ist indessen die Einbeziehung von Verbraucherschutzinteressen zur Konkretisierung des Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ keineswegs¹⁰⁹. Vielmehr bedarf es aus dem *Blickwinkel der PVÜ* durchaus der *Begründung*, warum der Inländerbehandlungsgrundsatz auch auf die Regelung wettbewerblicher Praktiken Anwendung finden soll, welche die Lauterkeit einer Verhaltensweise über die konkurrentenschutzbezogene Sichtweise hinaus (zusätzlich) unter Verbraucherschutzgesichtspunkten beurteilen. Denn zwar bleibt es den Verbandsstaaten angesichts des Mindestschutzniveaus der PVÜ unbenommen, einen höheren Schutzstandard zu definieren. Eine Beurteilung der Anständigkeit nicht nur aus dem Blickwinkel des Mitbewerberschutzes sondern auch unter Verbraucherschutzgesichtspunkten bedeutet jedoch wiederum *nicht* allein eine *Verschärfung* bzw. *Erweiterung* des statuierten lauterkeitsrechtlichen Schutzes, sondern zudem eine *Veränderung* des Schutzmaßstabes¹¹⁰. Es macht durchaus einen Unterschied, ob dieselbe wettbewerbliche Praktik allein aus der Sicht des Mitbewerberschutzes oder auch aus einem Verbraucherschutzblickwinkel beurteilt wird¹¹¹.

Gleichwohl ist davon auszugehen, dass ein den Verbraucherschutzgedanken integrierendes nationales Lauterkeitssystem durchaus vom Anwendungsbereich von Art. 10^{bis} PVÜ getragen werden kann. Angesichts der bereits angesprochenen *Flexibilität* und *Wertungsoffenheit* des Maßstabes der „anständigen Gepflogenheiten“ des Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ gilt wiederum, dass auch das internationale Vertragswerk in gewissem Maße im Lichte der *Entwicklung der nationalen Auffassungen* zu interpretieren ist, soweit es dieser mit seinem dynamischen Verweis auf das nationalstaatliche Verständnis von vornherein offen steht¹¹². Das lauterkeitsrechtliche Konzept des Konkurrentenschutzes entspricht der Dogmatik des ausgehenden 19. und anfänglichen 20. Jahrhunderts¹¹³ und hat aus diesem Grunde seine Veranke-

¹⁰⁹ Kritisch somit zu Recht *Schünemann*, der betont, dass Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ „in keiner Weise Raum für ein spezifisches wettbewerbsrechtliches Verständnis jenseits eines traditionell deliktsrechtlich geprägten Konkurrentenschutzes bietet“; *Schünemann*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 2. Auflage, § 3 Rn. 145. Ebenso *Schibli*, der von einem einheitlichen konkurrentenschutzbezogenem Verständnis der PVÜ aus Gründen der Rechtssicherheit ausgehen will; *Schibli*, a.a.O. (Fn. 40), S. 85, 87. Siehe ferner *Wadlow*, der ausführt, dass es – mit Ausnahme von Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 3 PVÜ – nicht weiterhelfe, Art. 10^{bis} so zu interpretieren, als ob er Teil eines Verbraucherschutzrechtes wäre. „It is the nucleus of an international law of unfair competition, not one of unfair trading“; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-19.

¹¹⁰ Dieselbe Frage stellt sich etwa in Deutschland mit Blick auf die Umsetzung der Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken (RluG), welche allein dem Verbraucherschutz verhaftet ist, so dass die Kompatibilität mit der deutschen Schutzzwecktrias in Frage gestellt wurde.

¹¹¹ Zur Bedeutung der Schutzzweckbetrachtung ausführlich *Beater*; Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, 2000, S. 4 ff., 31 ff., 39 ff., 42 ff.

¹¹² Vgl. hierzu bereits vorne im Text unter B.III.b)aa).

¹¹³ Siehe *Schünemann*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 2. Auflage, § 3 Rn. 143 f. sowie *Beater*; ZEuP 2003, 11 (26). Kritisch jedoch *Höpperger* und *Senfileben*, die angesichts der Flexibilität und Offenheit der Norm befinden, dass der offene Raum der internationalen Konvention für eine Interpretation auf aktuelle Bedürfnisse genutzt werden müsse und somit es ungegerechtfertigt erschiene, Art. 10^{bis} PVÜ als veraltet zu bezeichnen; siehe *Höpperger/Senfileben*, a.a.O. (Fn. 64), S. 65 Fn. 21.

rung in der PVÜ gefunden, nicht aber in der bewussten Ablehnung des lauterkeitsrechtlichen Schutzes des Verbrauchers als *notwendigem Wettbewerbsakteur*. Eine Weiterentwicklung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb, welches sich zum Zeitpunkt der Errichtung der Definition vielerorts erst in seinen Anfängen befand, sollte nicht verhindert werden. Schließlich spricht auch die Regelung des Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 3 PVÜ, welche zumindest im Ansatz den Verbraucher ins Blickfeld rückt, dafür, dass im Ergebnis eine nationale Regelung, welche sich einem integrierten Modell verschrieben sieht, mit Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ *vereinbar* ist und somit in seiner *Gesamtheit* dem *Inländerbehandlungsgrundsatz* unterliegt¹¹⁴.

Nach derzeitigem Stand der Rechtsentwicklung findet sich jedoch – auch angesichts der unterschiedlichen Handhabung in den Verbandsstaaten – keinerlei Anhaltspunkt für eine generelle Einbeziehung des Verbrauchers als zwingendes Schutzsubjekt auf internationaler Ebene¹¹⁵. Eine völkerrechtlich zwingende Ausfüllung mit diesem Inhalt findet weder im Wortlaut, in der Entstehungsgeschichte noch im vorgesehenen Sinn und Zweck der Norm Platz und kann nicht einseitig durch nationale Interpretation zugewiesen werden¹¹⁶.

C. Ausblick

Im Lichte der vorstehenden Ausführungen zur *internationalrechtlichen Reichweite* von Art. 10^{bis} PVÜ gilt es abschließend, einen kurzen *Ausblick* auf die Zukunft einer Rechtsharmonisierung im Bereich des Lauterkeitsrechts zu werfen. Während Art. 10^{bis} PVÜ noch in den Anfängen erheblichen Einfluss auf die Rechtsentwicklung in den einzelnen Verbandsstaaten nehmen konnte¹¹⁷, spielt die Norm für die heutige Harmonisierung kaum mehr eine Rolle und konnte seit mehr als 50 Jahren keine Anpassung mehr erfahren¹¹⁸. Mit Erlass des TRIPS-Abkommens ist der lauterkeitsrechtliche Schutz der PVÜ wohl mehr denn je aus dem Bewusstsein der Verbandsstaaten gerückt. Allein die WIPO Model Provisions von 1996 stellen einen vereinzelt Versuch dar, die internationale Diskussion wiederzubele-

¹¹⁴ Hiervon gehen auch *WIPO Model Provisions* aus; hierzu *Höpperger/Senfleben*, a.a.O. (Fn. 64), S. 69.

¹¹⁵ So *Schricker*, a.a.O. (Fn. 21), S. 993.

¹¹⁶ Für eine traditionelle Auslegung somit *Schünemann*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, 2. Auflage, § 3 Rn. 145; *Schibli*, a.a.O. (Fn. 40), S. 85, 87; *Wadlow*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 2-19. Zurückhaltend selbst *Schricker*, der im Grundsatz die Offenheit der Norm für Verbraucherschutzabwägungen bejaht, jedoch betont, dass eine Ausweitung als generelles Instrument der Marktkontrolle aufgrund der konkurrentenschutzrechtlichen Verankerung schwierig erscheint; *Schricker*, in: *Wang/Cheng/Liu*, *International Harmonization of Competition Laws*, 1995, S. 129 (134).

¹¹⁷ Etwa haben sich die Rechtsordnungen Belgiens und Italiens die Norm lange Zeit direkt zum Vorbild genommen; siehe *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 3), S. 54 (insb. Fn. 4), 57 f.; *dies.*, a.a.O. (Fn. 7), S. 32; *Schricker*, a.a.O. (Fn. 116), S. 133; *ders.*, a.a.O. (Fn. 7), S. 782.

¹¹⁸ *De Vrey*, a.a.O. (Fn. 37), S. 16; *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 7), S. 188. Siehe aber auch *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 5), S. 242.

ben¹¹⁹. Der nicht-bindende und in vielen Punkten defizitäre Entwurf eines internationalen Modellgesetzes ist aber ohne wesentliche Auswirkung auf die nationale Lauterkeitsgesetzgebung geblieben¹²⁰. Die Rechtsentwicklung im Bereich des Lauterkeitsrechts bleibt vielmehr auf spezifisch nationale und regionale Vorstöße beschränkt und vollzieht sich größtenteils ungeachtet internationaler Vorgaben. Die Gründe hierfür sind vielfältig und beruhen auf einer Vielzahl internationaler und nationaler Faktoren, die eng miteinander verflochten sind und sich gegenseitig bedingen¹²¹. Vor allem aber lässt sich das heutige divergierende Bild nationaler Regelungsansätze auf die strukturellen Defizite der Schutzmechanismen der PVÜ, insbesondere die *Unbestimmtheit von Norminhalt und Normzweck*, zurückführen. Die Vielfalt und Heterogenität der nationalen Schutzmodelle bedingt eine *Intransparenz* im internationalen Vergleich, die es nur schwer ermöglicht, Gemeinsamkeiten und Unterschiede grenzüberschreitend zu bemessen. Etwaige Harmonisierungsbemühungen scheitern bereits an einem gemeinsamen grundlegenden Verständnis hinsichtlich Bestimmung und Einordnung der Rechtsmaterie zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb. Soll aber eine internationale und regionale Rechtsentwicklung vorangetrieben werden, so ist es unumgänglich, ein *kohärentes und konsistentes Konzept* zu entwerfen, welches sich den wesentlichen und grundlegenden Fragen des *Schutzzweckes*, der Funktion und Aufgabe eines modernen Verständnisses der Rechtsmaterie annimmt und somit *gemeinsame Eckpunkte* für einen *Harmonisierungsrahmen* bestimmt¹²². Hierbei bildet Art. 10^{bis} PVÜ den Kern, den es in seinem

¹¹⁹ WIPO, Model Provisions, WIPO Publication No. 832(E). Hierzu etwa *Cornish*, EIPR 1997, 336 ff.; *Gielen*, EIPR 1997, 78 ff.; *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 63), S. 23 f; *Höpperger/Senfleben*, a.a.O. (Fn. 64), S. 67 ff.; *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 5), Vol. 3, S. 473 ff.

¹²⁰ Sieht man einmal von der Umsetzung in Trinidad und Tobago ab, wo die Model Provisions einschließlich der Anmerkungen als Protection Against Unfair Competition Act, 1996 (No. 27 of 1996, as amended by Act No. 18 of 2000), erlassen worden sind; hierzu *Glöckner*, in: Baudenbacher/Simon, Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht, 2002, S. 239 (244).

¹²¹ Zu nennen wären etwa die systemimmanenten Defizite der PVÜ (keine Verpflichtung zur Errichtung innerstaatlichen Rechts, „bloße“ Statuierung von Mindestrechten und Inländerbehandlung, Fehlen eines vereinheitlichenden Rechtsprechungsorgans, Mangel an zwischenstaatlichen Sanktions- und Durchsetzungsmechanismen, Ausrichtung als Instrument zum Schutze gewerblichen Eigentums, etc.), die spezifisch inhaltlichen Defizite von Art. 10^{bis} PVÜ (insb. Unbestimmtheit von Norminhalt und Normzweck, einschließlich Lauterkeitsmaßstab; Fokussierung auf den Konkurrentenschutz; fehlende Abgrenzung im Kontext sonstiger Gegenstände gewerblichen Eigentums, etc.) sowie das Fehlen eines wirksamen Sanktionssystems gem. Art. 10^{ter} PVÜ. Zudem sind im Lauterkeitsrecht besondere *länderspezifische Faktoren* zu berücksichtigen, da das Lauterkeitsrecht als originär national geprägtes Verhaltensrecht in besonderer Weise lokal verankert erscheint. Hervorzuheben wären etwa die Einflussnahme unterschiedlicher Rechts- und Methodentraditionen sowie die Prägung des Rechtsgebiets durch divergierende wirtschaftspolitische und kulturspezifische Ausrichtungen.

¹²² Hier bildet die Anerkennung der *wettbewerblichen Funktion* des Rechtsgebiets den maßgeblichen Ausgangspunkt. Das Lauterkeitsrecht ist als Teil des internationalen Wirtschaftsrechts allein am Schutz des *Wettbewerbs* als ein den Verbandsstaaten grundsätzlich gemeinsames *objektives Referenzsystem* auszurichten und hat hieraus die *Eckpunkte* für einen Harmonisierungsrahmen zu bestimmen. Der gemeinsame übergeordnete Zielpunkt bedingt – auch im

Bestand ernst zu nehmen gilt und der sich als flexibel genug erweist, um sogleich den Anknüpfungspunkt einer Weiterentwicklung des Lauterkeitsrechts zu bilden.

Diskussion

Martin Senftleben

Zunächst eine Anmerkung zum Verhältnis TRIPS/PVÜ. In der auf urheberrechtlichem Gebiet ergangenen WTO Panel-Entscheidung „Kneipenschrank“ wurde über Art. 13 der sog. „Drei-Stufen-Test“ in das TRIPS-Abkommen gebracht, also der gesamte Acquis aus der Berner Übereinkunft; sogar unter Verweis auf die Stockholmer Akten und die dortigen Ausführungen zum Drei-Stufen-Test in der Berner Übereinkunft. Insofern – denke ich – kann man von einer großzügigen Auslegung auch im Hinblick auf Art. 10^{bis} PVÜ ausgehen. Zweite Anmerkung: Was den Standard der „anständigen Gepflogenheiten“ angeht, so halte ich die Gefahr einer Zersplitterung in verschiedene nationale Kontexte für gering. Handelsverhältnisse zwischen Mitbewerbern sind immer in ihrem entsprechenden Kontext zu sehen. „Anständige Gepflogenheiten“ ist also zunächst ein Verweis auf nationale Standards, nur wenn es um internationalen Handel geht, gelten internationale Gepflogenheiten. Das System ist also insofern flexibel, als immer auf den jeweils relevanten Handelskontext verwiesen wird. Hinweisen möchte ich jedoch auf das Problem, dass bei einer ethischen Betrachtungsweise eine Wertungsoffenheit in Art. 10^{bis} entsteht, die man vielleicht durch eine funktionale Betrachtungsweise beheben könnte. Könnte man diesen Begriff dadurch „objektivieren“, dass man die in Art. 10^{bis} PVÜ angelegte Wertungsoffenheit verengt, um eine größere Harmonisierungswirkung zu erzielen – das wäre wichtig, da die Vorschrift kurz oder lang nicht mehr zu ändern ist. Weiter möchte ich unter Anknüpfung an das Referat von *Alexander Peukert* fragen, inwieweit man das Fehlen einer europäischen Generalklausel über eine Inkorporierung von Art. 10^{bis} PVÜ in TRIPS ausgleichen könnte. Da alle Mitgliedstaaten der EU beiden internationalen Verträgen angehören, hätte man eine Generalklausel und die Kompetenz der EU, auf dieser Grundlage ein systematisches Gebäude des europäischen Lauterkeitsrechts zu errichten.

Lichte der stets hinzunehmenden kulturspezifischen Prägung nationalen Wettbewerbsverständnisses – eine sich stetig annähernde wettbewerbsfunktionale Ausrichtung der nationalen Systeme, die den Wettbewerb im Blickwinkel internationaler Wirtschaftstätigkeit in seiner national verankerten Funktionsweise bewahrt. Von dieser international vorgegebenen, *zielfunktionalen Ausrichtung am übergeordneten Schutzgut des Wettbewerbs* bedarf es jedoch auf nationaler Ebene – im Sinne eines *dualen Systems* lauterkeitsrechtlicher Schutzgewährung – stets der Anerkennung *kulturspezifischer Bereichsausnahmen*, die eine im Einzelfall zu *rechtfertigende Überlagerung* mit nationalen Besonderheiten erlauben. Im Lichte eines derartigen Konzepts werden die nationalen Regelungsansätze *systematisiert* und *strukturiert*, letztlich die *Transparenz* nationaler Regelungsmodelle erhöht und somit die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit gefördert und gesichert.

Martin Pflüger

Eine Verobjektivierung des Lauterkeitsmaßstabs durch eine funktionale Betrachtung wäre m.E. auch im internationalen Bereich möglich. Das deutsche Recht zeigt z.B. eine Entwicklung, die durch Funktionalisierung des Lauterkeitsverständnisses zu einem objektivierten Maßstab geführt hat. Auf internationaler Ebene besteht allerdings das Problem, dass ein funktionaler Maßstab mit dem Lauterkeitssystem mancher Verbandsstaaten nicht vereinbar ist und auf ein unterschiedliches Verständnis der nationalen Wettbewerbsmechanismen trifft. Bis zu einem einheitlichen Maßstab auf internationaler Ebene ist es daher ein weiter Weg. Anstreben könnte man meiner Ansicht, dass in jedem Verbandstaat das bestehende nationale Recht zumindest zielgerichtet auf die Wettbewerbsbedingungen dieses Verbandsstaates ausgerichtet sein muss. Damit wäre mehr gewonnen, als bei einem moralisch geprägten „Anständigkeitsmaßstab“, der wegen zwangsläufiger kultureller und wirtschaftlicher Unterschiede in den nationalen Konzepten letztlich zu einer gewissen Beliebigkeit führt. Der Vorteil wäre, dass das jeweilige Wettbewerbssystem in seiner jeweiligen nationalen Funktionsweise lauterkeitsrechtlichen Schutz erfährt. Zwar mag das Regelungssubstrat „Wettbewerb“ in den einzelnen Verbandsstaaten unterschiedlich ausgeprägt und verstanden werden; der internationalen Vorgabe wäre aber zumindest zu entnehmen, dass die nationalen Lauterkeitssysteme zielgerichtet auf das jeweilige nationale Wettbewerbsverständnis zu interpretieren sind.

Art. 10^{bis} PVÜ wohnt sicher in gewissem Maße die Vorgabe einer Generalklausel inne, die man nutzbar machen könnte. Andererseits ist dieses Verständnis nicht überall gegeben. In den genannten US-amerikanischen Entscheidungen wird etwa nur davon ausgegangen, dass Art. 10^{bis} PVÜ zum Grundsatz der Inländerbehandlung verpflichtet; dagegen wird der Norm keine eigenständige materiellrechtliche Bedeutung zuerkannt. Eine explizite Entscheidung hierüber durch den Internationalen Gerichtshof hat es in der langen Geschichte von Art. 10^{bis} PVÜ nicht ein einziges Mal gegeben. Eine generalklauselartige Verpflichtung, die sich auf die europäische Rechtsebene übertragen ließe und die sich mit einem konkreten, über die explizit aufgeführten Einzeltatbestände hinausgehenden Inhalt auffüllen ließe, ist angesichts der Wertungsoffenheit und Flexibilität der Norm zumindest nicht zwingend. Im historischen Verständnis der PVÜ, also nach den einschlägigen Protokollen, wurde die Norm allerdings mit dem Ziel eingeführt, über die einzelnen Tatbestände hinaus einen weitergehenden Anwendungsbereich zu schaffen. Es wurde durchaus der Gedanke angedacht, dass man sich generalklauselartig den einzelnen Maßstäben öffnet.

Annette Kur

Bevor man Art. 10^{bis} PVÜ in irgendeiner Weise mit Inhalten aufzuladen versucht, sollte man sich fragen, ob das überhaupt sinnvoll ist und ob dadurch nicht die durch die Offenheit des Tatbestandes erreichte Flexibilität gefährdet würde. Weiter wurde schon im Vorfeld zur Frage der direkten Anwendbarkeit angesprochen, dass es verfassungsrechtliche Aspekte zu beachten gilt, d.h. im Vereinigten Königreich und auch in den nordischen Ländern wird die direkte Anwendung aus verfassungs-

rechtlichen Gründen abgelehnt; Richter dürfen nur gesetzlich umgesetzte Normen anwenden. Die (im Vortrag zitierte) Aussage von Jacobs gibt daher die rechtliche Situation korrekt wieder. Aber auch Rechtsordnungen, die im Prinzip die direkte Anwendbarkeit zulassen, wie die amerikanische, verlangen, dass es sich um eine Norm handelt, die konkret und bestimmt genug ist, um einer direkten Anwendung zugänglich zu sein. Ich bin nicht sicher, ob das auf 10^{bis} PVÜ zutrifft. Gerade die Wertungsoffenheit, die aufgezeigt wurde, scheint dagegen zu sprechen, Art. 10^{bis} PVÜ tel quel für direkt anwendbar zu halten. Wahrscheinlich kommt eine direkte Anwendbarkeit daher auch in diesen Rechtsordnungen nur für die ausdrücklich aufgeführten Tatbestände und nicht für ein Gesamtkonzept, das als solches nicht transparent ist, in Betracht.

Martin Pflüger

Dem stimme ich zu. Man braucht einen Ratifikationsbefehl, um überhaupt die Anwendbarkeit zu ermöglichen. Zudem kommt es immer auf die Natur der in Frage stehenden Norm an; auf das jeweilige Verfassungssystem der Verbandsstaaten sowie auf den Willen der Vertragsparteien, ob die jeweilige Konvention einer unmittelbaren Anwendung überhaupt zugänglich ist. Folglich gibt es in England auch kaum eine Auseinandersetzung mit den zwingenden Vorgaben der PVÜ. In den USA, im Lanham Act, wurde hingegen ausdrücklich die lauterkeitsrechtliche Verpflichtung der PVÜ im Gesetzestext aufgenommen; den ausländischen Verbandsangehörigen ist ein wirksamer Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu gewähren. Es kommt daher in den USA nicht auf die unmittelbare Anwendbarkeit selbst an. Aber auch zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 10^{bis} PVÜ gibt es unterschiedliche Meinungen – z.T. wird die unmittelbare Anwendbarkeit auf die Einzeltatbestände beschränkt, z.T. wird diskutiert, ob die Fassung als Staatsverpflichtung nicht schon allein einer unmittelbaren Anwendbarkeit entgegensteht. Ob man sich unmittelbar darauf berufen kann, hängt letztlich – wie bei jeder Generalklausel – davon ab, wie konkret die vorgegebenen Maßstäbe sind, ob sie ohne weitere zwischenstaatliche Umsetzungsakte von Gerichten und Behörden angewendet werden können. Ansonsten ist die Norm aber genauso formuliert wie die lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln auf nationaler Ebene, so dass ich nach meinem Rechtsverständnis hiermit kein Problem hätte.

Axel Beater

Ich frage mich als völkerrechtlicher Laie, warum es keine Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs zu Art. 10^{bis} PVÜ gibt, obgleich dies nach der PVÜ doch offenbar möglich wäre. Was sind Gründe dafür? Ist der Grund vielleicht, dass es letzten Endes doch – etwas flapsig formuliert – keine Rolle spielt, ob etwa der Anschwärzungsschutz in einem Land zivilrechtlich und in einem anderen strafrechtlich als Beleidigungsschutz geregelt ist? Regelt die PVÜ also möglicherweise Tatbestände, die auf internationaler Ebene gar keinen Entscheidungsbedarf hervorrufen?

Martin Pflüger

Warum der Weg zum Internationalen Gerichtshof nie beschritten wurde, ist schwer zu beurteilen. Es liegt sicher in der wenig erfolgversprechenden Ausgestaltung des Verfahrens; etwa gibt es keine Möglichkeiten, die Entscheidungen zu überprüfen, oder den vertragsverletzenden Staat mit Funktionen zu belegen. Verstärkt wird dies durch die in Art. 28 Abs. 2 PVÜ vorgesehene Möglichkeit, die Gerichtsbarkeit auszuschließen. Ein weiterer Grund könnte sein, dass die geregelten Tatbestände nicht mehr die Bedeutung haben, die sie früher einmal hatten bzw. dass sie auf nationaler Ebene so gut umgesetzt sind, dass kein Bedürfnis für einen internationalen Schutz besteht. Dass sich gleichwohl noch Nationalstaaten mit diesen Problemen beschäftigen, zeigt sich daran, dass auch aktuelle Urteile zumindest am Rande Art. 10^{bis} PVÜ zitieren; in den USA z.B. beim Schutz von Geschäftsgeheimnissen, etwa bei der Frage, wie weit Schutz nach Markenrecht gewährt werden kann.

Roland Knaak

Das Merkmal der „anständigen Gepflogenheiten“ in Art. 10^{bis} PVÜ ist auch aus dem europäischen Markenrecht bekannt, nämlich bei der Schutzschrankenbestimmung. Der EuGH hat dies erstmalig im Urteil „BMW“, bei dem es um die Benutzung der Marke BMW durch eine Reparaturwerkstatt ging, so interpretiert, dass Markenschutz zunächst einmal ein Schutz gegen Verwechslungsgefahr ist, daneben jedoch auch gegen Rufausbeutung. Die Wendung, dass die Benutzung den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel nicht widersprechen dürfe, hat der EuGH so ausgelegt, dass diese Benutzung nicht dazu führen darf, dass irreführende oder irrtümliche Vorstellungen über vertragliche Beziehungen zum Hersteller hervorgehoben werden oder die Benutzung den Ruf der Marke ausnutzt. Die Schutzschranke wird dabei so definiert, dass der Markenschutz in seinen Grundkonzeptionen unberührt bleibt, d.h. das Tatbestandsmerkmal des Lauterkeitsvorbehalts wurde aus den Funktionen der Marke heraus konkretisiert. Ethische Überlegungen haben sich für den EuGH gar nicht gestellt. Vielleicht ist diese Vorgangsweise des EuGH auch ein Zeichen dafür, wie das Tatbestandsmerkmal im Lauterkeitsrecht ausgelegt werden könnte.

Der Beitrag der Ökonomik für das Europäische Lauterkeitsrecht

Wolfgang B. Schünemann

A. Zur Bedeutung der „Natur der Sache“

Die Frage nach dem Beitrag, den die Wirtschaftswissenschaften für das Europäische Lauterkeitsrecht leisten können, ist weniger speziell, als es auf den ersten Blick scheinen könnte. Vielmehr stellt sie sich mir letztlich als bloßer Ausschnitt aus einem juristischen Generalthema dar, dessen prinzipielle Bedeutung keiner weiteren Ausführungen bedarf: Es geht wohl schlicht um die Frage, welche sinnvollen Gestaltungsmöglichkeiten rechtspolitisch überhaupt zu Gebote stehen und in welchen Bahnen sich Rechtsdogmatik, so kreativ sie sich auch begreifen mag, entwickeln muss. Um traditionelle Stichworte zu liefern: Es geht auch und gerade bei der vorliegenden Thematik um das Verhältnis des Rechts zur „Natur der Sache“. Dazu ist so viel Tiefschürfendes, Wichtiges und Erhellendes gesagt worden, dass ich es nicht einmal wage, den Meinungsstand wenigstens zu skizzieren, geschweige denn, mit einer neuen Einsicht aufwarten zu wollen. So viel wird man aber wohl komprimieren dürfen: Die dogmatischen wie rechtspolitischen Gestaltungsspielräume sind vielfach enger, als das vielen Juristen und erst recht den auf „Gestaltung“ gleichsam von Amts wegen geradezu fixierten Politikern lieb sein mag.

Gestatten Sie mir dazu, hoffentlich ohne den *genius loci*, die Ernsthaftigkeit unserer Diskussion und die gebotene Seriosität überhaupt zu verletzen, eine persönliche Reminiszenz aus meiner Studienzeit: Einer meiner mittlerweile verstorbenen, sehr renommierten akademischen Lehrer an der Johann-Wolfgang-von-Goethe-Universität zu Frankfurt am Main führte einmal zum Verhältnis der Jurisprudenz zu den sog. Nachbarwissenschaften aus, diese könnten (wie etwa die Psychologie) der Jurisprudenz gelegentliche Hilfsdienste erweisen, blieben aber doch immer Knechte, könnten sich aber nie zu Herren erheben und dem Recht Grenzen setzen. Dies gelte selbst für die Physik: Für die Juristen könne, wenn es denn gewollt sei, die Sonne (auf der Nordhalbkugel) auch im Westen aufgehen. Es folgten Ausführungen zur Fiktion und den Möglichkeiten, die diese Denkform eröffne. Schon damals habe ich mich gefragt, welchen Sinn es machen sollte, einzelne Sollensgebote oder gar jene Summe von Sollensgeboten, die wir Recht nennen, an eine Welt zu adressieren, die sich realiter anders darstellt als juristisch vorausgesetzt.

Heute, nach vielen Jahren der Beschäftigung mit der Schnittstelle von Jurisprudenz und Ökonomik, ist meine damalige bloße Skepsis der Überzeugung gewichen, dass es jedenfalls im Interesse der Effizienz, aber auch im Interesse der Autorität und Akzeptanz des Rechtes unabweisbar ist, sich zunächst des ontologischen Substrats zu vergewissern, auf das das Recht normativ einwirken will. Mit einem Schuss ins Dunkle ist niemandem gedient, das Recht erweist sich ohne Kenntnis

der „Natur der Sache“ im besten Fall als wirkungslos, im schlimmsten Fall als desaströs, schon für den Einzelnen und erst recht für die Gesellschaft. Insofern weisen historisch nachhaltig gescheiterte Versuche sozialistischer Rechts- und Wirtschaftsordnung, einerseits das Recht auf ein so nun einmal nicht existentes Menschenbild zu beziehen, in dem Individualität und Egoismus nicht vorkommen, und andererseits wirtschaftliche Aktivitäten, die auf die Ontologie des menschlichen Wirtschaftens nicht hinreichend Rücksicht nehmen, mit den Mitteln des Rechts zu erzwingen, leider große Gemeinsamkeiten auf.

Ich komme an dieser Stelle nicht umhin, ein weiteres, ebenso banales wie hoffentlich überzeugendes Beispiel zur Veranschaulichung meiner Ausgangsposition, allerdings wieder mit persönlichem Hintergrund, vorzuführen: Vor vielen Jahren kam ich einmal nach Hause und fand meine (damalige) Ehefrau im Garagenbereich vor, bei geöffneter Motorhaube ihres Wagens mit einem Schraubenzieher am Motor hantierend. Auf meine Frage nach dem Warum erfuhr ich, dass der Motor ihr zu unrund laufe. Ob sie denn eine Ahnung über die Funktion jener Schrauben habe, an denen sie da drehe? Nein, erhielt ich zur Antwort, aber versuchen könne man es ja trotzdem einmal. Anschließend lief der Motor, für mich nicht wirklich überraschend, noch deutlich schlechter als vor dem Eingriff, erst jetzt wirklich ein Fall für die Werkstatt.

B. Wettbewerbsrecht ohne Wettbewerbstheorie?

Die Botschaft ist damit klar: Gerade in wirtschaftsrechtlichen Kernbereichen, wozu in einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung nun ganz sicher das Wettbewerbsrecht gehört, ist es nicht sinnvoll, an den rechtlichen Stellschrauben des Systems zu drehen, ohne die wirtschaftstheoretischen, speziell wettbewerbstheoretischen Aussagen über das Regelungssubstrat gebührend zur Kenntnis zu nehmen. Im kurz so genannten Kartellrecht ist man da traditionell schon etwas weiter, zumindest in der Grundeinsicht über die zwischen Ontologie und Normierung bestehenden Zusammenhänge an sich. Im Lauterkeitsrecht liegen die Dinge indes nicht anders und können auch gar nicht anders liegen, rückt doch seit Jahren die Einsicht von der inneren Einheit des Wettbewerbsrecht immer mehr ins Bewusstsein, nicht unbedingt in der anwaltlichen und forensischen Praxis, aber ganz klar in der Rechtswissenschaft.

Nun lässt sich gegen den hier vertretenen, den Autarkieanspruch der Jurisprudenz jedenfalls im thematischen Fokus doch ziemlich schwächelnden Ansatz einwenden, Juristen seien eben nun einmal keine Ökonomen, und umgekehrt. Und heißt es nicht: „Schuster, bleib bei deinem Leisten!“? Dies mag man als individuelle Entlastung oder gar als Tugend des Einzelnen gelten lassen wollen, rechtfertigt aber auf die Wissenschaft und auch auf die Rechtsprechung als Ganze bezogen nicht Abschottung und Ignoranz. Ein gewisses Maß an motortechnischen Kenntnissen sollte schon vorhanden sein, bevor man anfängt, an den Stellschrauben zu drehen, auch wenn man keine Gesellenprüfung im Kfz-Mechanikerhandwerk vorweisen kann. Und ohne wirtschaftswissenschaftliche Kenntnisse, mögen sie auch nicht in voller Breite und Tiefe den Anforderungen der Volkswirtschaftslehre genü-

gen, sollte man davon Abstand nehmen, das ökonomische Sein durch speziell auch lauterkeitsrechtliche Sollenssätze beeinflussen zu wollen. Wettbewerbsrecht bedarf der Wettbewerbstheorie, nicht als „Hilfswissenschaft“, deren man sich nach Belieben bedient oder eben auch nicht, sondern um die dem Wettbewerbsrecht überhaupt zur Verfügung stehenden Gestaltungsspielräume, wenn vielleicht auch nur schemenhaft, wahrnehmen zu können. Denn allemal ist das flackernde Licht einer Fackel der völligen Dunkelheit vorzuziehen, wie *Morgenstein* schon 1934 in seinem Werk über die „Grenzen der Wirtschaftspolitik“ sehr richtig zu bedenken gegeben hat.

Hinzu kommt, dass es ja möglicherweise im Bereich der Wettbewerbstheorie ökonomische Konzepte gibt, die von den Juristen nichts verlangen, was diese nicht ohne Weiteres leisten könnten, wenn sie denn nur wollten: nämlich sich in wettbewerbsrechtlichen Dingen zurückzunehmen und eine überlegte Liberalität zu pflegen, statt forsch mit dem Verdikt der Unlauterkeit aufzuwarten. Um im Bild zu bleiben: Wo das Wissen der Ingenieure über unliebsame Effekte des Motors und deren Ursachen endet, sollten sich Architekten, Anwälte und Ärzte keinesfalls mit dem Schraubenzieher ans Werk machen, um nicht unabsehbare und in hohem Maße schädliche Konsequenzen ihres Handelns zu provozieren.

Davon ganz abgesehen hat man es im Wettbewerbsrecht allenthalben mit einer Begrifflichkeit zu tun, die nun nicht gerade dem Kernbereich der Jurisprudenz entstammt, sondern ihre natürliche Heimat in der Ökonomik hat. Wenn etwa das europäische Primärrecht in Art. 4, 98 EG von „offener Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ spricht, dann haben wir es nicht mit Begriffen zu tun, denen wir uns als Juristen ganz unbefangen nähern dürften, wenn wir uns nicht dem Vorwurf der Arroganz und der Realitätsferne aussetzen wollen. Als Teil von Rechtstexten sind es zwar Rechtsbegriffe, doch stehen sie damit noch nicht zur freien Disposition der juristischen Hermeneutik. Vielmehr hat die Jurisprudenz an eine wirtschaftswissenschaftliche Vorprägung dieser Begriffe und an dazu gewonnenen Einsichten der Ökonomik anzuknüpfen, wo immer dies möglich ist, um die Synergien zwischen der Wettbewerbstheorie, verstanden als Wirklichkeitswissenschaft, und der Wettbewerbsdogmatik, verstanden als Normativwissenschaft, nutzen zu können.

Wer hätte etwa zum Begriff des Mitbewerbers Gehaltvolleres zu sagen als die Wirtschaftswissenschaft? Es ist schon bedenklich genug, wenn hier der deutsche Gesetzgeber, wengleich vielleicht gezwungen durch den europäischen Richtliniengeber, überhaupt zu Legaldefinitionen greift, doch kann natürlich auch auf diesem Wege nicht die Wirklichkeit der Märkte und ihrer Wirkgrößen in ein juristisches Prokrustesbett gezwängt werden, soll das UWG mehr sein als ein legislatives Schattenboxen. Kein Gesetzgeber kann schließlich wissenschaftliche Einsichten dekretieren, zumal solche, deren Gegenstandsbereich nicht genuin juristischer Art ist. Auch eine Legaldefinition muss kompatibel bleiben mit der ökonomischen Realität. Das gilt natürlich auch für das „konkrete Wettbewerbsverhältnis“ nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.

Wer sich hier mit Abgrenzungen von „konkreten“ zu „abstrakten“ oder ganz fehlenden Wettbewerbsverhältnissen exponiert, muss sich schon fragen lassen:

Gibt es überhaupt den sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt als logische Bedingung eines wie auch immer spezifizierten Begriffs des „konkreten“ Mitbewerbers oder ist die Substituierbarkeit von Gütern nicht vielmehr, auch auf der Zeitachse, eine gänzlich privatautonome Entscheidung des individuellen Nachfragers am Markt? Ist die Figur des relevanten Marktes dann nicht nur eine Fiktion, eine von außen, vom jeweiligen Betrachter an den Markt herangetragene, letztlich willkürliche Kategorisierung und Partialisierung eines völlig einheitlichen Marktes, in dem alles mit allem und jeder mit jedem „konkret“ im Wettbewerb um Kaufkraft steht? Gleicht nicht auf beinahe tragische Weise dem technisch inkompetenten Zeitgenossen und seinem ebenso naiven wie selbstgefälligen Umgang mit dem Schraubenzieher beim stotternden Motor, wer z. B. als Richter oder Kommentator seine eigenen Präferenzstrukturen zum Maßstab für Substituierbarkeit von Gütern, für „relevante“ Märkte und also für „konkrete“ Mitbewerber erklärt, ein Vorgang, über den in Wahrheit jeder einzelne Nachfrager am Markt permanent ganz alleine befindet?

Die Zwillingschwester der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit am Markt scheint mir von daher allein das Totalmarktkonzept zu sein, in dem sich der „Mitbewerber“ nicht mehr begrifflich-restriktiv einfangen lässt, ohne den Bereich realitätsgerechter Annahmen zu verlassen. Auch der Gesetzgeber ändert nichts daran, dass ein Herr anlässlich einer Abendeinladung als Gastgeschenk an die Dame zwischen einem Strauß roter Rosen, einem besonders geschmackvollen Kaffee oder vielleicht auch: edlen Dessous wählt, diese bzw. ihre Anbieter somit ohne Zweifel „konkret“ konkurrieren, mögen die historischen „Väter“ und „Mütter“ des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG auf europäischer wie auf nationaler Bühne auch ganz andere Vorstellung zur „konkreten“ Substituierbarkeit von Gütern verfolgen? Welche Erleichterung für die rechtliche Ordnung wettbewerbsgesteuerter Märkte sollte es uns bedeuten, angeblich einen Blumenmarkt von einem Markt für Genussmittel (oder ist das schon zu weit gegriffen?) und einem Markt für Damenunterwäsche aus Gründen der „Marktrelevanz“ zu unterscheiden, wenn wir doch zugleich mit den Händen greifen können, dass dabei keine Realitätsbeschreibung erfolgt, sondern rein dezisionistische, heteronome Sichtweisen Platz greifen? Und wie konnte die traditionelle, in Partialmärkten denkende Judikatur und Literatur in der bekannten „Onko statt Blumen“-Entscheidung überhaupt ein „konkretes“ Wettbewerbsverhältnis bejahen, ohne ihr eigenes Konzept augenscheinlich über Bord werfen zu müssen?

Es wäre mir ein Leichtes, weitere Beispiele für das überzeugende, mit der Freiheit, speziell auch mit der viel beschworenen Konsumentenfreiheit, Ernst machende Totalmarktkonzept zu liefern und dabei ganz nebenbei auch die im Zeitalter von ICE, Flugzeug und ebay reichlich laienhaften Vorstellungen räumlich getrennter, insoweit „irrelevanter“ Märkte zu konterkarieren. Vor diesen Dingen können wir auch in der Dogmatik des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG, bei Kommentierung und Anwendung *in casu* nicht einfach die Augen verschließen und müssten in letzter Konsequenz auch bereit sein, angesichts der ökonomischen Realität schlechterdings nicht operationalen Normen die juristische Gefolgschaft zu versagen. Im sachgerechten

Verständnis des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG sind wir zu solch einem rigorosen Schritt freilich doch gar nicht gezwungen: Es genügt dabei, die Einsicht zu formulieren, dass alle Marktteilnehmer „konkret“ miteinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Dies entwertet die genannte Norm in der Tat, ist indes ihrer realitätsfeindlichen Schein-Sinngebung entschieden vorzuziehen.

Noch viel bedeutsamer für Auslegung und Anwendung des Wettbewerbsrechts ist es, sich eine wettbewerbstheoretisch fundierte Vorstellung von seinem Gegenstand überhaupt zu machen: dem ökonomischen Wettbewerb. Die rechtliche Relevanz dieses Unterfangens erhellt für das deutsche Lauterkeitsrecht unmittelbar einsichtig aus § 1 UWG, der jeder teleologisch angeleiteten Auslegung des UWG die klare Richtung vorgibt: den Wettbewerb im Individualinteresse der Marktteilnehmer wie der Allgemeinheit vor Verfälschungen durch unlautere geschäftliche Handlungen zu schützen. Aber auch ohne solche textliche Verankerung muss sich juristische Hybris im Verständnis dessen, was wirtschaftlichen, „geschäftlichen“ Wettbewerb charakterisiert, angesichts der zentralen Rolle des Wettbewerbsbegriffs für die Bestimmung der Unlauterkeit als Wettbewerbswidrigkeit bei § 3 Abs. 1 UWG geradezu fatal auswirken. Die Gefahr ist umso größer, je mehr dabei Paradigmen Pate stehen, deren Attraktivität sich Juristen wegen der scheinbar evidenten Plausibilität des gewählten Bildes wohl gar nicht ernsthaft erwehren wollen.

Die Rede ist hier vom sportlichen Wettbewerb, der sich als exegetische Blaupause auch für den ökonomischen Wettbewerb wohl jedem aufdrängt, der in juristischer Selbstgenügsamkeit der Ökonomik völlig fernsteht. Hierbei bedarf es gewiss schon einmal mehrerer Akteure: Ist nur ein Sprinter auf der Bahn, läuft nur eine Fußballmannschaft ein, findet hier und heute, also „konkret“ kein Wettbewerb statt. Und völlig selbstverständlich konkurrieren Sprinter und Fußballspieler überhaupt nicht miteinander, nicht einmal „abstrakt“; dies trifft nur für Fußballspieler überhaupt zu. Geklärt ist auch, wer überhaupt, konkret oder abstrakt, Akteur ist: die Läufer, Spieler etc.: ja, Schiedsrichter und Zuschauer: nein. Von daher nur konsequent wird deshalb in juristischer Literatur wie Judikatur der Nachfrager, namentlich der Konsument, zum „Schiedsrichter“ über die im Wettbewerb der Anbieter erbrachten „Leistungen“ erklärt, Leistungen, deren Maßstab exogen vorgegeben ist. Man streitet sich allenfalls darum, ob nur „Qualität“ und „Preis“ als Messlatte dienen oder ob und welche sonstigen Kriterien für die Leistungsmessung zulässig bzw. heranzuziehen sind. In einem derartigen Gedankengebäude lassen sich auch gut der Schutz der „Mitbewerber“ untereinander vor „*foul play*“ und der Schutz der Zuschauer vor Übergriffen, bei Autorennen vor Verletzungen, vor baulichen Mängeln der Tribüne etc. gedanklich voneinander trennen. Ebenso sinnfällig erscheinen dann Konkurrentenschutz einerseits, Schutz der Marktgegenseite, namentlich der Verbraucher (und natürlich auch der „Verbraucherinnen“!) andererseits als klar unterscheidbare Kategorien.

Alles erscheint so selbsterklärend und einfach, und doch ist das Paradigma des sportlichen Wettbewerbs für den ökonomischen Wettbewerb schlicht grundfalsch. Dass die Erde eine Scheibe ist, die Sonne sich um die Erde dreht und Frauen so von ihren Trieben beherrscht werden, dass sie etwa als Richterinnen, Professorinnen

oder Vorstandsmitglieder in großen Aktiengesellschaften, wo Vernunft gefordert ist, ihrem Wesen nach nicht in Betracht kommen, erschien in früheren Zeiten auch unmittelbar einsichtig, hat sich aber gleichwohl und glücklicherweise als Irrtum und Vorurteil erwiesen. Natürlich streiten sich auch Ökonomen über vieles, nicht aber darüber, dass sich die Prozesse in wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaften nicht nur, wie eben im Sport, nur in Parallelprozessen erschöpfen, sondern gleichermaßen durch die in ihnen stattfindenden Austauschprozesse zwischen Anbietern und Nachfragern geprägt sind. Dabei sind Parallel- und Austauschprozesse interdependent, in wechselseitiger Beeinflussung derart miteinander verknüpft, dass sie sich *realiter* gar nicht mehr unterscheiden lassen. Bleiben wir im Bild des sportlichen Wettbewerbs: Der Zuschauer spielt doch mit! Und Schiedsrichter ist der Markt als Veranstaltung der Wirtschaftsgesellschaft: Er verteilt die Belohnungen in Gestalt von Profit und Wachstum und er bestraft durch geschäftlichen Misserfolg, durch Verluste, bis zum erzwungenen Marktausscheiden, ohne dass immer klar wäre, was „echte Leistung“ und was einfach nur Glück oder Pech war.

Wie verfehlt jede Analogie vom sportlichen Wettbewerb auf den ökonomischen Wettbewerb angesetzt ist, zeigt sich in vielerlei anderer Hinsicht: So läuft ökonomischer Wettbewerb auf einer Zeitachse ohne Anfang und Ende ab. Es gibt keinen Startschuss oder Anpfiff, und es gibt auch kein Ende des Laufes oder der Spielzeit, sodass ein neues Spiel mit neuem, ungewissen Ausgang begonnen werden könnte. Der „*newcomer*“ am Markt findet völlig legitim oft sehr marktstarke Mitbewerber vor, gegen die er sich naturgemäß viel schwerer wird behaupten können, als wenn alle zu einer Stunde Null und mit ein und derselben Ausstattung gestartet wären. Es ist eben auch insoweit anders als beim Boxen: Dort boxt das „*Fliegengewicht*“ nicht gegen das „*Schwergewicht*“. In der marktwirtschaftlichen Ordnung hingegen ist Unternehmensstärke kein Grund, ein rechtliches Handicap zu verordnen, etwa durch eine Verschärfung des Lauterkeitsmaßstabs.

Auch eine grundsätzliche Bevorzugung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer bzw. eine substantiell unterschiedlich lauterkeitsrechtliche Behandlung des B2B-Geschäftes einerseits, des B2C-Geschäftes andererseits wird man aus wettbewerbstheoretischer Sicht kaum mit dem Hinweis auf unterschiedlich starke Marktpositionen begründen können. Die in diesem Zusammenhang gerne verwendete Wendung von der „strukturellen“ Unterlegenheit des Verbrauchers ist zunächst einmal nicht mehr als eine Worthülse. Denn es dürfte schwierig sein, bei Verbrauchern andere lauterkeitsrechtlich schützenswerte Interessen auszumachen als bei Unternehmern: Verbraucher wie Unternehmer üben als Marktakteure im Kontraktverhalten jeweils ihre Handlungs- und Entscheidungsfreiheit aus. Dass empirisch betrachtet Verbraucher oft weniger marktrational handeln als Unternehmer, ist durchaus einzuräumen, führt aber vor dem Hintergrund eines gerade auch auf europäischer Rechtsebene normativ geprägten Leitbildes eines informierten und verständigen Verbrauchers noch nicht zur Anerkennung spezifischer, wettbewerbsrechtlich schützenswerter Verbraucherinteressen.

Immerhin liefert dieses Leitbild ein Stichwort, doch ein gewisses spezifisches Verbraucherinteresse anzuerkennen, nämlich bezüglich hinreichender Information.

Insoweit wird man durchaus anerkennen müssen, dass es ein Gefälle nicht nur an faktischer Informiertheit gibt, sondern auch und gerade ein spezifisches Delta hinsichtlich des Zugangs zu produkt- und marktrelevanten Informationen zwischen Unternehmern einerseits und Verbrauchern andererseits. Dies gilt insbesondere für Informationen, über die originär und substanziell zunächst überhaupt nur der Unternehmer als Produzent bzw. An- und Weiterverkäufer, Importeur etc. verfügt. Hier besteht aus wettbewerbstheoretischer und daraus abgeleitet: aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ein schützenswertes Verbraucherinteresse am Zugang zu derartigen Informationen, um letztlich Marktversagen als Folge spezifisch nachfrageseitig, „strukturell“ asymmetrischer Information zu verhindern. Es geht dabei aber nicht darum, den Verbraucher von seiner wettbewerblichen Obliegenheit zu entbinden, gleichsam selber die Augen offen zu halten, sich um Informationsbeschaffung zu bemühen und aus diesen Informationen Entscheidungshilfen für seine ihm allein aufgegebenen Marktentscheidungen abzuleiten.

Es ist nun ganz selbstverständlich, dass die Verbraucher diese ihre Aufgabe der Informationsbeschaffung und der Informationsauswertung individuell ganz unterschiedlich bewältigen werden. Diese Unterschiede einzuebnen, ist wahrlich kein Gebot funktionierender Märkte. Denn noch immer sollte gerade im wettbewerbsrechtlichen Verbraucherschutz als Richtschnur gelten, dass seit den Zeiten des römischen Rechts Gesetze doch schlechthin für die Wachsamten, für die Aufgeschlossenen, da sind, „*leges vigilantibus*“. Demjenigen, der sich in der lebenspraktischen Anwendung der Gesetze als geschickter erweist, gebühren durchaus auch die Belohnungen des Marktes. Die Menschen sind nun einmal unterschiedlich, nach Anlagen und Begabung, nach Sozialisation in Elternhaus und Schule, nach Umsicht und Informiertheit, nach Willens- und Tatkraft und noch in vielerlei anderer Hinsicht.

Und das ist gut so. Es steht für die unverwechselbare Individualität der Menschen, die sich auch in seinem Marktverhalten und den jeweils ganz konkret erzielten Transaktionsergebnissen ausdrückt. Das Wettbewerbsrecht hat keinerlei Veranlassung, diesem Befund seinen Respekt zu versagen. Meine Position bedeutet deshalb auch eine klare Absage an die im Einzelnen unterschiedlich gefärbten Plädoyers für eine „materielle“ Vertragsgerechtigkeit, die die unbestreitbare rechtliche, formelle Gleichheit der Marktakteure nach Rechts- und Geschäftsfähigkeit nur für gering achten. Ist es wirklich „gerecht“ oder zumindest sinnvoll, dem aus welchen Gründen auch immer guten Schwimmer die Hände auf den Rücken zu binden, um dadurch ausgleichende Gerechtigkeit zugunsten des schlechten Schwimmers zu üben? Kann es dann bei konsequenter Durchführung dieses Kompensationsmodells überhaupt noch Gewinner und Verlierer geben und bleiben dabei nicht alle Anreize auf der Strecke, überhaupt besser sein zu wollen als andere, wenn jeder Vorsprung wieder abgeschöpft, jeder Vorteil neutralisiert wird?

Ich breche deshalb gerade für die Organisation von Markt- bzw. Wettbewerbsprozessen durch Recht deutlich eine Lanze für die aus populistischer Sicht gewiss unpopuläre formelle Freiheit und Gleichheit. Allein in ihrer Ausübung löst sich letztlich das scheinbar antagonistische Verhältnis von Unternehmer- zu Verbrau-

cherinteressen dialektisch überhaupt auf: Derart funktionierende wettbewerbsgesteuerte Märkte sind deshalb keineswegs wirtschaftsethisch allemal bedenkliche Plattformen unternehmerischer Bereicherungsaktivitäten zu Lasten der Verbraucher, sondern, um mit *Malony*, dem Vater eines bekannten Reports zum Verbraucherschutz aus dem Jahre 1962 zu sprechen, in Wahrheit deren bester Freund überhaupt. Auch von daher ist es durchaus kein Zufall, dass dem sozialistischen Menschenbild und dem sozialistischen Gesellschafts- und Wirtschaftsmodell derartige komparative Vorteile des Individuums prinzipiell ein Dorn im Auge waren. Sie sollten durch umfassende gesellschaftliche Solidarität überwunden werden, ohne dass den Verbraucherinteressen im real existierenden Sozialismus auch nur annähernd wie unter den Bedingungen wettbewerbsgesteuerter Marktwirtschaft gedient gewesen wäre.

Die Unfruchtbarkeit, ja geradezu Schädlichkeit des Paradigmas vom sportlichen Wettbewerb in seiner Projektion auf den wirtschaftlichen Wettbewerb auf Märkten tritt schließlich, um zum Ausgangspunkt zurückzukehren, im Schlagwort vom Leistungswettbewerb bzw. in einem sportlich unterlegten Begriff ökonomischer Leistung zu Tage: Die Leistung eines Tennisspielers in Schlagtechnik und Schlagkraft, Spieltaktik und Reaktionsgeschwindigkeit lässt sich nach gewonnenen Sätzen bestimmen, die des Boxers nach erzieltm oder erlittenem *Knockout*, hilfsweise nach Punkten, bezogen freilich immer auf das jeweilige Spielgenre: Der beste Boxer gilt nichts auf dem Tennisplatz und der beste Tennisspieler nichts im Boxring. Der Grund dafür ist einfach: Ein auf die Akteure bezogenes, ihnen gegenüber heteronomes Regelwerk entscheidet darüber, was jeweils als ihre Leistung zu gelten hat.

In der Marktwirtschaft hingegen fehlt es an jeder vergleichbaren Situation: Die Aktionsparameter und deren Bewertung, also welches „Spiel“ gerade gespielt wird und die Messlatte für die dort erzielten Leistungen, liegen ausschließlich in den Händen der konkret-individuellen Teilnehmer einer Markttransaktion: Sie entscheiden autonom, „privatautonom“, darüber, welche Angebote gemacht und was dann in der Nachfrage als Marktleistung gelten soll: vielleicht Qualität und Preis, vielleicht aber auch völlig andere Bewertungskriterien wie Prestige oder „Lifestyle“. Ökonomische Leistung und Leistungswettbewerb auf Märkten entziehen sich damit notwendig einer Bewertung vom Standpunkt eines Dritten. Im vollkommen formal gefassten Rechtsbegriff der Leistung (man denke nur an die §§ 194, 241, 362, 812 BGB), den allein und willkürlich Gläubiger und Schuldner mit Inhalt füllen, findet sich eine kaum zufällige Parallele zur Ökonomik.

Nur um einer Frage schon hier zuvorzukommen: Die wirtschaftswissenschaftlich zu Recht so geschätzte Spieltheorie, der wir, wie etwa in den unterschiedlichen Szenarien des „Gefangenendilemmas“, wichtige Einblicke etwa in das Nutzenkalkül von Akteuren oder in Anreizstrukturen verdanken, liefert in diesem Zusammenhang nur ein scheinbar sachlich affines Stichwort und ändert nichts an der Feststellung, dass der in „Sport und Spiel“ sich entfaltende Wettbewerb keinen Schlüssel zum Verständnis des wettbewerbsgesteuerten Marktes liefert.

C. Unlauterkeit als Wettbewerbswidrigkeit

Meine bisherigen Ausführungen führen nun geradewegs zu der Frage, in der ich den thematischen Höhepunkt meiner Überlegungen lokalisierere: Kann die ökonomische Theorie einen Beitrag zu einer sachgerechten Begriffsbildung der wettbewerbsrechtlichen Kardinalkategorie, der Lauterkeit von Markthandeln, von „geschäftlichen Handlungen“ in der Terminologie des aktuellen UWG, leisten? Dazu vorab zu dem Terminus „geschäftlicher Handlung“: Die weite Fassung bezieht sich fraglos auch auf Verhaltensweisen, die dem Kontraktverhalten vor- oder nachgelagert sind. Doch hat dies meiner Meinung nach auch für ähnliche Begriffsbildungen zu gelten. „Wettbewerbshandlung“ und Ähnliches können durchaus auch in einem derartigen Sinn verstanden werden. Denn im Wettbewerbsrecht geht es, wie heute § 1 UWG deutlich macht, um sämtliche Aktivitäten, die den Wettbewerbsprozess verfälschen können, also z. B. auch um Korruption, die noch im Vorfeld der Marktentscheidung und des darauf basierenden „eigentlichen“ Markthandelns angesiedelt ist.

Und nun zur Kernfrage nach dem Zulässigkeitsmaßstab: Hier ist festzustellen, dass das europäische Lauterkeitsrecht jedenfalls normtextlich in Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 2 lit. h) der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) der sog. Anstandsformel in der traditionellen deutschen Dogmatik, aber auch Art 10 PVÜ im Wesentlichen entspricht. Auch außerhalb der UGP-Richtlinie ist die Anstandsformel im europäischen Recht keine Unbekannte, wenn man nur an Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 89/104/EWG, der sog. Markenrichtlinie, denkt. Insofern bedeutet es alten Wein in neue Schläuche zu füllen, wenn an die Stelle des „Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkender“, der „ehrbaren“ oder „redlichen Kaufleute“ bzw. „Durchschnittsgewerbetreibenden“ oder was auch immer in dieser Art nun die „anständigen Marktgepflogenheiten“ als Maßstab zulässigen Marktverhaltens gesetzt werden sollten.

An dieser Stelle brauchen gewiss nicht die ebenso vielfältigen wie durchgreifenden Einwände gegen jede Version einer Anstandsformel erneut ausgebreitet zu werden. Hingewiesen werden soll aber etwa auf den logischen Zirkelschluss, auf den die Anstandsformeln hinauslaufen: Wie wohl sollte der maßgebliche Kreis der Anständigen gedanklich festzulegen sein? Oder sind vielleicht die zu befragenden Präsidenten der Industrie- und Handelskammern die Hohenpriester der Anständigkeit im Markt? Sollten etwa die Marktteilnehmer selber über den Anstand zu befragen sein und welchen Sinn sollte hier darin liegen, die Normadressaten des Wettbewerbsrechts zu Richtern in eigener Sache zu machen? Wie sollte die Dynamik und das Innovationspotential der wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft auch in den eingesetzten Aktionsparametern und ihrer Anwendung unter der Ägide einer fast zwangsläufig am Überkommenen orientierten Anstandsformel erhalten werden können?

Und ganz abgehoben von solchen vielleicht zu „akademisch“ empfundenen Einwänden: Wie sollte die Anstandsformel gerade im europäischen Kontext zu operationalisieren sein, wo doch in Italien, Spanien und Polen aufgrund katholisch-kultureller Prägungen deutlich andere Anstands- und Moralvorstellungen herrschen als etwa in den Niederlanden und Dänemark? Und was soll erst als geschäftlicher

Anstand nach einer Aufnahme der Türkei in die EU gelten? Ähnliche Differenzen in Anstandsfragen bestehen ja schon innerhalb Deutschlands, ja selbst zwischen ländlichen und städtischen Wirtschaftsräumen in ein und demselben Bundesland: Kurz berockte und überhaupt sehr leicht bekleidete Verkäuferinnen, vielleicht besonders attraktiv in einer Art Uniform, sind im Einzelhandel des Bergischen Landes oder des Hochsauerlandes allemal gut für eine Provokation in Sachen „anständige Marktgepflogenheiten,“ wohingegen man in Köln, Düsseldorf und Dortmund dieses Ambiente durch die maßgeblichen „anständigen Verkehrskreise“, als dessen Teil durchaus auch Universitätsprofessoren mit wissenschaftlichem Schwerpunkt im Lauterkeitsrecht gelten sollten, keineswegs verteufeln wird.

Aus den Aporien, in die Anstandsformeln das Lauterkeitsrecht führen, kann aber die Ökonomik den Weg weisen, zumal uns § 1 UWG doch sehr deutlich die Teleologie auch des Lauterkeitsrechts vor Augen führt: den Schutz des unverfälschten Wettbewerbs. Der Begriff der Unlauterkeit ist schon von daher so zu fassen, dass er überhaupt auf den Wettbewerb einwirken kann, und bereits dies indiziert einen ökonomischen Ansatz. Hinzuweisen ist ferner ein weiteres Mal auf das europäische Primärrecht, das sich ausdrücklich dem freien Wettbewerb auf offenen Märkten verpflichtet weiß. Welchen anderen Zweck also sollte das Wettbewerbsrecht dienen als eben der Förderung solchen Wettbewerbs?

Es handelt sich hierbei leider nicht um eine rhetorische Frage. Was sollte nicht alles schon, vom ominösen „Anstand“ einmal ganz abgesehen, mithilfe des Lauterkeitsrechtes ins Werk gesetzt werden: der Schutz der Volksgesundheit etwa oder der Rechtspflege. Und leider schwenkt wohl auch die höchstrichterliche Rechtsprechung trotz des insoweit ganz unmissverständlichen Normtextes in § 1 UWG, der als Zweck des Lauterkeitsrechtes (neben dem Schutz der Marktteilnehmer) allein das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb anerkennt, nach hoffnungsvollen Ansätzen einer streng wettbewerbsfunktionalen Betrachtung wohl wieder auf diese Linie ein, wenn in einer neueren Entscheidung des BGH der Jugendschutz in die Zielrichtung des UWG gestellt wird. Ja, Volksgesundheit, eine geordnete Justiz, Jugendschutz und gewiss noch viel mehr sind wichtige, ja vielleicht sogar herausragende Gemeinschaftsgüter. Aber dies heißt ja noch lange nicht, dass sie alle nun ausgerechnet mit dem Instrumentarium des Wettbewerbsrechts zu bewahren wären. Wenn das Lauterkeitsrecht so zu Transmissionsriemen für alles und jedes wird, verliert es zwangsläufig jede Konturierung, auf die schon aus rechtsstaatlichen Gründen nicht verzichtet werden kann. Mit dem Schutz des Wettbewerbs, genauer: der unverfälschten Wettbewerbsprozesse, hat dies alles nichts zu tun.

Wenn wir derart den Blick auf das Wesentliche, eben auf den Wettbewerb, richten, ist der Brückenschlag zur Ökonomik nunmehr wirklich unvermeidlich. Denn dann stellt sich die Frage nach dem Maßstab lauterkeitsrechtlich zulässigen Handelns in der wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft unter dem Blickwinkel von Effizienz und optimaler Faktorallokation. Das bedeutet einen großen Schritt nach vorn, hin zu einem europäisch-binnenmarktadäquaten Lauterkeitsrecht, weg von ebenso sachfremden wie diffusen und kulturell disparaten Anstandsvorstellungen.

Lauterkeit auf Märkten gerät derart zu Wettbewerbskonformität, Unlauterkeit zu Wettbewerbswidrigkeit. Dieser Terminus ist auch seit Längerem der lauterkeitsrechtlichen Literatur wie der forensischen Praxis geläufig, wenngleich unter diesem Begriff durchaus nicht immer nur wettbewerbsfunktionale Überlegungen angestellt werden.

D. Wettbewerbsfreiheit als maßgebliches Wettbewerbskonzept

Wer aber Ernst machen will mit einem wettbewerbsfunktionalen Verständnis des Lauterkeitsrechts und, in seiner Folge, mit der Gleichsetzung von Unlauterkeit und Wettbewerbswidrigkeit, kann nicht auf Analogien zurückgreifen, die sich an den Trivialvorstellungen über die Vergleichbarkeit von sportlichem und ökonomischem Wettbewerb festmachen. Darauf hatte ich schon unter mehreren Aspekten hingewiesen. Vielmehr bedarf es der Vergewisserung über die zugrunde zu legende Wettbewerbskonzeption. Denn auch unter Ökonomen bestehen dazu recht unterschiedliche Auffassungen, die hier in ihren Verästelungen auszubreiten freilich nicht der Platz ist. So mag der Hinweis darauf genügen, dass man die große Bandbreite der entwickelten Wettbewerbskonzeptionen wohl ganz grob in zwei Gruppen gliedern kann:

Die erste Gruppe dürfte der Grundgedanke einen, dass man Wettbewerb wohlfahrtsstaatlich instrumentalisieren könne, um bestimmte wirtschafts- bzw. gesellschaftspolitisch gewünschte Ziele zu erreichen. Dazu werden beispielsweise bestimmte Marktstrukturen, aber auch ganz andere Arrangements diskutiert. Dem steht die theoretisch weit homogenere Gruppe systemischer Wettbewerbskonzeptionen gegenüber. Sie begreifen den Wettbewerb als selbstreferentielles, auf der ungehinderten Wahrnehmung individueller Handlungs- und Entscheidungsfreiheit basierendes, polyzentrisches Geschehen mit ergebnisoffenem Ausgang. Die Rolle des Staates wird in diesem Konzept der Wettbewerbsfreiheit allein darin gesehen, die dafür notwendige institutionelle Plattform zu gewährleisten, etwa innere und äußere Sicherheit, eine funktionierende Justiz, Geldwertstabilität, rechtlich freier Marktzutritt und ein insbesondere auch durch Insolvenzrecht erzwungenes Marktausscheiden. Unter gegebenen historischen, kulturellen, geographischen, mentalen etc. Bedingungen liefert demnach der in dem genannten Sinne „freie“ Wettbewerb die jeweils bestmöglichen Ergebnisse, ohne freilich irgendein Wohlstandsniveau zu implizieren. Ein Dilemma zwischen den wettbewerbsgenerierten und politischsozial „guten“ Markteffekten besteht in dieser Sicht somit von vornherein nicht. Eingriffe in die Wettbewerbsprozesse selber, seien es Maßnahmen kollektiver „Selbstverwaltung der Wirtschaft“ oder seien es staatliche Interventionen, werden somit als „suboptimal“ abgelehnt; sie können die Gesamtlage letztlich nur verschlechtern.

Welcher wettbewerbstheoretischen Grundlinie ist nun zu folgen? Die Antwort ist kein dezisionistischer Akt, sondern ergibt sich aus einer einfachen Überlegung: Menschen, Unternehmen, wirtschaftliche Akteure, die nicht in einem staatlich-administrativem Netz von Befehl und Gehorsam verstrickt gehalten werden, handeln auf dem Markt in letztlich nicht nachvollziehbarer Weise, eben privatauto-

nom, willkürlich, auch irrational. Niemand verfügt schon über die zahllosen Informationen, die das Verhalten der Menschen und natürlich auch das Marktverhalten beeinflussen. Diese Informationen sind marktweit verstreut, bei jedem Einzelnen angelagert und permanenter Veränderung unterworfen. Noch viel weniger existiert ein robustes nomologisches Wissen über die Zusammenhänge innerhalb dieses hochkomplexen Phänomens Marktwirtschaft. Ökonomische Vorhersagen, die über musterhafte, modellierte Vorhersagen, über „*pattern predictions*“ im Sinne *v. Hayeks* hinausreichen könnten, gibt es deshalb nicht. Dies trifft schon auf lokale Märkte zu, steigert sich über Regionen und kulminiert in dem globalen Geflecht der Ökonomie. Hier exogen, insbesondere staatlich, intervenieren zu wollen, um die Marktprozesse zwangsweise zu einem irgendwie politisch gewünschten Ergebnis zu lenken, kommt dem von mir schon mehrfach zitierten, ignoranten Autobesitzer gleich, der mit dem Schraubenzieher, vielleicht gar mit Hammer und Säge, dem stotternden Motor zu Leibe rückt. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich ohne Vorbehalte das Konzept der Wettbewerbsfreiheit als realitätsgerecht, als der „Natur der Sache“ selber entlehnt.

Die Vorzugswürdigkeit des Wettbewerbskonzepts der Wettbewerbsfreiheit, für das neben dem bereits genannten *v. Hayek* im deutschen Sprachraum namentlich auch *Hoppsman* steht, erweist sich aber, was für Juristen seine Attraktivität erhöhen mag, auch im Kontext rechtlich-politischer Grundwerte und Grundentscheidungen. Auf supranationaler Ebene ist dabei am Primat eben der Wettbewerbsfreiheit anzuknüpfen. Denn primärrechtlich steht nun einmal als Kernaussage das Postulat des freien, also gerade nicht instrumentell gedachten Wettbewerbs auf offenen Märkten. Ich verkenne dabei durchaus nicht, dass das Primärrecht dieses Postulat selber in vielerlei Hinsicht relativiert, ja, gelegentlich bis zur Unkenntlichkeit entstellt. Massive Industriepolitik etwa im Bereich des Flugzeugbaus und der Raumfahrtindustrie sowie das wettbewerbspolitisch nur als Trauerspiel zu bezeichnende Bild, das der Agrar-„Markt“ und die hier auf Hochtouren laufende Subventions- und Umverteilungsmaschinerie seit eh und je zeichnen, liefern hierfür hinreichende Stichworte für eine vom Primärrecht durchaus noch gedeckte politische Praxis. Aber gerade im Lichte dieser wettbewerbliehen Exemtionen, so schwer erträglich sie im Interesse eines kontingenten Rechts- und Politiksystems auch sind, sollte das Prinzip, die im europäischen Primärrecht doch hinreichend fest verankerte Wettbewerbsfreiheit (begrifflich heruntergebrochen auf individuelle, auf dem Markt betätigte Handlungs- und Entscheidungsfreiheit) nur um so deutlicher wahrnehmbar sein.

Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit trifft sich im Übrigen auf der Ebene des deutschen, also nationalen Rechts, auch mit unseren Vorstellungen über die Grundrechte: In ihnen manifestiert sich auch eine die Wirtschaftsverfassung prägende Wertordnung, die von der Idee lebt, dass das gesellschaftliche Leben und damit auch das Leben der Wirtschaftsgesellschaft in letzter Konsequenz immer Ergebnis der freien Entfaltung individueller Persönlichkeit darzustellen hat. Wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft ist von daher zu verstehen als extrem polyzentrisches System, konstituiert durch die Wahrnehmung der jedem Einzelnen grundrechtlich gewährleisteten Freiheit.

Ich weiß sehr wohl, dass ich mich in alledem als Vertreter des Neoliberalismus zu erkennen gebe, der für viele ein „rotes Tuch“ darstellt und geradezu als unmoralisch diffamiert wird. Das nehme ich ohne Überraschung zur Kenntnis und stelle mich gerne der harten Diskussion. An dieser Stelle nur so viel: Ich bin zutiefst davon überzeugt, dass die ins Feld geführten Argumente der Kritik standhalten und dass das neoliberale Konzept der wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft auch sozial- und wirtschaftsethisch, ja sogar christlich-ethisch sehr solide fundiert ist. Denn eine Wirtschaft, die auf Freiheits- und Verantwortungsethik sowie auf rechtlicher Statusgleichheit gründet, kann schlechterdings keine unmoralische Veranstaltung sein. Dazu bedarf es allerdings einer fortgeschrittenen Reflektion darüber, dass Wirtschafts- und Sozialethik in anonymen Großgesellschaften qualitativ etwas ganz anderes sein muss als eine „hochgerechnete“ Individualethik.

E. Resümee

Was also lässt sich resümieren? Die Ökonomik steht der Jurisprudenz gerade im Wettbewerbsrecht nicht als Fremde gegenüber. Ganz im Gegenteil ist die Dogmatik des Lauterkeitsrechts (und auch die diesbezügliche Rechtspolitik) nach Überwindung der Anstandsdoktrin geradezu darauf angewiesen, die Befunde der Ökonomik zu ihrem Sachsubstrat, zu Markt und Wettbewerb, ernsthaft in den Blick zu nehmen, wenn sie sich nicht dem Vorwurf der Selbstgefälligkeit, der Ignoranz, der Naivität und der Trivialität aussetzen will. Denn Unlauterkeit ist auf breiter Front als Wettbewerbswidrigkeit erkannt worden. Von besonderer Bedeutung ist dabei für den Juristen das neoliberale Konzept der Wettbewerbsfreiheit. Denn es verlangt vom Juristen gerade kein wettbewerbstheoretisches Detailwissen, es fordert vielmehr innerhalb wie außerhalb der Ökonomik nur den Verzicht auf die „Anmaßung von Wissen“ (v. *Hayek*): Aussagen über das hochkomplexe System „wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft“ lassen sich kaum machen, und auf solche Aussagen abgestützte Eingriffe in den Markt sollten deshalb tunlichst unterbleiben, sei es seitens der Politik, sei es seitens der Justiz und auch seitens der Jurisprudenz. In der Grundtendenz ist also von der wettbewerbsrechtlichen Inkriminierung einer „geschäftlichen Handlung“ abzusehen, statt der Freude am Verbot seinen Lauf zu lassen.

Für ein derartiges Verständnis wettbewerbsgesteuerter Marktwirtschaft auf der Basis konsequent entwickelter Wettbewerbsfreiheit als konstituierendem Element funktionierender Wettbewerbsprozesse verfügen wir sogar über greifbare normative Anhaltspunkte schon im europäischen Primärrecht, aber auch darüber hinaus: Freier und unverfälschter Wettbewerb auf offenen Märkten im Sinne der Art. 3, 4 und 98 EGV gründet im Wesentlichen auf nicht unsachlich beeinflusster Willensbildung und ungehindertem Willensvollzug, wie wir für das deutsche Recht ja unmittelbar dem § 4 Nr. 1 UWG entnehmen können. Das Irreführungsverbot etwa stellt nur eine Konkretisierung dieses Prinzips dar. Ich lese all dies als Eins-zu-eins-Übersetzung des wettbewerbstheoretischen Konzepts der Wettbewerbsfreiheit in die normative Dimension des Wettbewerbsrechts. Es erscheint mir als tragfähige

Grundlage, ein in sich geschlossenes, gemeinsames Wettbewerbsrecht in Europa zu formen, in dem sich alle Mitgliedsländer jenseits ihrer geschichtlichen, kulturellen und mentalen Unterschiede wiedererkennen können.

Diskussion

Rolf Sack

Zunächst ein ganz trivialer Hinweis: Wer eine wettbewerbsrechtliche Entscheidung trifft, wird immer versuchen, in irgendeiner Weise die wirtschaftlichen Folgen zu berücksichtigen. Auch bei der „Anstandsformel“ haben die Richter zwar stets auf das Anstandsgefühl eines „Durchschnitts“ gewerbetreibenden abgestellt, jedoch eine Abwägung getroffen. Für einen Juristen, der sich bemüht, nicht bloß wettbewerbsrechtliche Theorien, sondern auch Wettbewerbstheorien zu verstehen, ist der Gewinn denkbar gering: Wettbewerbstheorie ist in der Wirtschaftswissenschaft ein absolut unterbelichtetes Thema, von *Kantzenbachs* „Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs“ einmal abgesehen. Nach meiner Einschätzung bleibt die Ökonomie weit hinter dem wettbewerbstheoretischen Erkenntnisstand der meisten Juristen zurück. Es gibt keine allgemein anerkannte Theorie in der Ökonomie. Die Wettbewerbstheorie kann folglich auch zum Lauterkeitsrecht nur wenig beitragen. Vielmehr sollten sich die Juristen verstärkt Gedanken über die ökonomischen Folgen machen. Dabei ist stets, wie Herr *Schünemann* es am Schluss auch implizit getan hat, danach zu fragen, welche wettbewerblichen Folgen in Bezug auf welches Ziel gegeben sein sollen: in Bezug auf einen möglichst freien Wettbewerb oder in Bezug auf einen etwas anders funktionierenden Wettbewerb – und damit sind wir nicht mehr bei der Wirtschaftswissenschaft, bei der Ökonomie, sondern bei der Wirtschaftspolitik mit bestimmten Sollvorgaben. Aus der Ökonomie lässt sich nicht unmittelbar ein Sollen ableiten, sondern man muss eine Sollensnorm dazwischenschalten. Im Kartellrecht diskutiert man zurzeit den „more economic approach“ – wäre entsprechend ein „more economic approach“ auch im Lauterkeitsrecht angebracht?

Wolfgang B. Schünemann

Ich stimme Ihnen zu, dass wir im Lauterkeitsrecht bereits da sind, wo die Kartellrechtler erst hin müssen. Die Frage, ob der Ansatz der Marktstrukturen als Garant für funktionierenden Wettbewerb überhaupt Sinn macht, ist in der Tat schwer zu beantworten. Ich möchte jedoch betonen, dass ich auf die Folgen gar nicht abstelle. Ich halte es im Gegenteil für problematisch, dass Juristen sich Gedanken über wirtschaftliche Folgen machen, und sich damit eine prognostische Kompetenz anmaßen. Ich verweise nur auf das schöne „Truthahn“-Beispiel eines Kollegen aus der Ökonomie über den Wahnsinn von Prognosen. Der Truthahn macht jeden Tag seiner Aufzucht die Erfahrung der positiven Fürsorge des Menschen, nur einen Tag vor Thanksgiving macht er eine völlig andere Erfahrung, die in seinem ganzen pro-

gnostischen Wissen überhaupt nicht vorkommt. Jede Art von Prognostik lebt von der Zugrundelegung eines bestimmten Datenbestands und das funktioniert eben nicht immer. Meines Erachtens brauchen Juristen sich nicht an der Diskussion wettbewerblicher Theorien zu beteiligen, denn es gibt durchaus einen ökonomischen Mainstream in dem Sinne, dass es am besten funktioniert, wenn man gar nicht interveniert. Beschränkt man sich auf institutionelle Sicherungsmaßnahmen, achtet auf eine geldwerte Stabilität, verfügt über eine funktionierende Justiz, dazu inneren und äußeren Frieden, ist es überflüssig, in die Wirtschaftsprozesse einzugreifen, gleichgültig unter welchen Folgenerwägungen. Wettbewerb funktioniert offenbar am besten, wenn man die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktakteure garantiert, und es dann dabei belässt. In Europa haben wir aus der christlichen und aus der marxistischen Wirtschaftsethik heraus zu sehr die Vorstellung, stets eingreifen zu müssen. Die Asiaten sind aus ihrer daoistischen Tradition heraus mit dem „Wu Wei“, mit dem Nichtstun als Herrschaftsform – Nichtstun in dem Sinne, dass man nicht in Prozesse interveniert, sondern dass gute Staatsführung darauf hinausläuft, Institutionen im Randbereich zu sichern. Wir brauchen uns als Juristen daher überhaupt nicht an der Diskussion über neue Wettbewerbstheorien zu beteiligen, sondern wir müssen nur Ernst machen mit dem, was europarechtlich wie grundgesetzlich bereits angelegt ist.

Hans-Jürgen Ahrens

Im Ausgangspunkt stimmen wir darüber überein, dass der Begriff des unlauteren Wettbewerbs auf den Ordnungsrahmen einer Wettbewerbswirtschaft bezogen werden muss. Vor der UWG-Reform von 2004 konnte man dies bei verschiedenen Fallgestaltungen erkennen. Das OLG München hatte z.B. einen Fall zu entscheiden, in dem ein pffiffiger Unternehmer den Betrug im juristischen Staatsexamen durch das Herstellen von dünnen Spickzettel für die Loseblattsammlung „Schönfelder“, bei denen man auf den ersten Blick die Fälschung nicht feststellen konnte, förderte. Dadurch wurde sicherlich die Chancengleichheit unter den Prüflingen verletzt, aber das ist kein Lauterkeitskriterium. Die Förderung von Betrug gilt in jeder Rechtsordnung als Unwert und wäre demzufolge bei Anlegung ethischer Maßstäbe zu bekämpfen. Bezieht man aber das Lauterkeitsrecht nur auf den Ordnungsrahmen der Wettbewerbswirtschaft, dann tut man sich schwer, in der Fälschung eine Unlauterkeit i.S.d. UWG zu sehen. Auch die Käfighaltung von Hennen kann man unterschiedlich sehen. Die Frage ist nur, ob man mit einer derartigen Verengung des Anwendungsbereichs wirklich weiterkommt. Mich erinnert das an die Auffassung von *Emmerich*, der gleichfalls den freien Wettbewerb als Bezugspunkt nimmt und von daher die Rechtsprechung des BGH kritisiert; er ist im Grunde genommen gegen ein UWG, was von seinem kartellrechtlichen Standpunkt her konsequent ist. Man gelangt dabei allerdings sehr schnell an die Grenzen derartigen Kriterien. Gleiches gilt für die etwas bizarren Vorstellungen des BVerfG vom Leistungswettbewerb. Wenn man sieht, wie das BVerfG aus vermeintlichen Aussagen des BGH herausdestilliert, es gäbe den Leistungswettbewerb als Schutzgut des UWG, kann einem angst und bange werden. Damit kommt man letztlich nicht weiter. Insofern

erscheint es doch ein bisschen hilflos, wenn wir jetzt mit ökonomischen Theorien weiteroperieren sollen.

Wolfgang B. Schünemann

So hilflos sind wir doch gar nicht. Wir müssen einfach mit der teleologischen Auslegung Ernst machen, was jetzt ganz einfach ist, weil § 1 UWG klipp und klar den Gesetzeszweck nennt. Der ist nicht die Gesundheit der Legehennen; darüber sollte man sich unter tierschutzrechtlichen, nicht aber unter wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkten Gedanken machen. Weder die Interessen der Marktteilnehmer noch die der Allgemeinheit am funktionierenden Wettbewerb sind in den „Legehennen“-Fällen in irgendeiner Form berührt. Übrigens auch nicht im ganzen Bereich des § 7 UWG. Aus meiner Sicht ist es ein echtes Problem, unter der gegebenen gesetzlichen Teleologie der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs bloße Irritationen zu verbieten. Auch im europäischen Wettbewerbsrecht kann es aus meiner Sicht um nichts anderes als die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs auf offenen Märkten gehen. Der BGH hat zwischenzeitlich die Hoffnung aufkommen lassen, dass er mit dem Ziel des funktionierenden Wettbewerbs Ernst macht, scheint jetzt jedoch wieder Rückzieher zu machen. Auf die Erörterung des „Benetton“-Falles durch Herrn *Peifer* bin ich daher gespannt – er ist wie der „Legehennen“-Fall eine gesellschaftspolitische Entscheidung, die mit funktionierendem Wettbewerb nichts zu tun hat.

Eike Ullmann

Herr Schünemann hat mir aus dem Herzen gesprochen, indem er auf den Schutzzweck des UWG verwies. Wir sollten uns immer fragen, wie viele Verbote braucht der Wettbewerber, wie viele Verbote braucht der Wettbewerb. Der Gesetzgeber hat gesprochen und er setzt europäische Vorgaben um. Die Verbote müssen angewendet werden, so wie sie gefasst sind. Daneben gibt es Generalklauseln für das Werbeverhalten, das für den Gesetzgeber nicht prognostizierbar ist. Aber auch hier muss man sich fragen, aus welcher Position heraus dieses Verhalten zu beurteilen ist. Aus der Position desjenigen, der die Rechtsordnung in der Gesamtheit betrachtet, und natürlich ein sittliches Gebot darin sieht, dass jedermann, der sich auf dem Markt bewegt, jede Rechtsvorschrift einhält? Dann lässt sich alles darunter subsumieren. Man muss sich vergegenwärtigen, was der Markt an Reglementierungen wirklich braucht und von daher das UWG determinieren, d.h. die Zielsetzung des UWG feststellen. Das erfordert natürlich eine gewisse Offenheit der eigenen Position. Wie viel grenzwertiges Verhalten können wir dem Markt zumuten? Und wenn man jetzt „grenzwertig“ sagt, dann beinhaltet das natürlich schon wieder eine Wertung, die ich eigentlich vermeiden will. Trotzdem, wenn es darum geht, ob eine Norm erfüllt ist oder nicht, dann ist meine Argumentation eher pro libertate. Und zwar aus dem Gedanken heraus, der uns vom EuGH vorgegeben ist und der im EG-Vertrag steht: die Grundfreiheiten bestimmen den Markt und den Handel.

Reto M. Hilty

Den von Ihnen als „Impulsreferat“ bezeichneten Ausführungen zuzuhören, Herr *Schünemann*, war ein großes Vergnügen, und ich will Ihnen in keiner Weise widersprechen – aber Ihnen jetzt auch nicht Recht geben. Vielmehr möchte ich kurz erwähnen, was wir uns gedacht haben, als wir uns dieses Thema und den eigentlich vorgesehenen Referenten ausgewählt haben. Dieser Referent wäre *Georg von Graevenitz* gewesen, ein Schüler und Habilitand von *Dietmar Harhoff*. *Harhoff* ist Ihnen vielleicht bekannt als einer der in Deutschland führenden Innovationsökonomien. *Von Graevenitz* hat sich mit unseren Themen intensiv auseinandergesetzt, wenn auch mit stärkerem Bezug zum Markenrecht, dort wiederum aber durchaus auch mit den Wettbewerbstheorien. Von ihm wollten wir nicht unbedingt wissen, was die Ökonomie leisten kann, sondern eher, was sie überhaupt weiß. In seinem Absagemail erwähnte er einige Dinge, die in diese Richtung gehen. Ich verzichte darauf, Ihnen das vorzulesen, aber Sie würden über den Kenntnisstand wahrscheinlich genauso erstaunt sein wie ich. Ganz am Anfang erweist sich schon, was ich in meiner kurzen Einleitung zur Begrüßung schon erwähnte, nämlich wie unglaublich stark die Ökonomie von einem Denken im US-amerikanischen Umfeld geprägt ist; jenes (Rechts-) Denken liegt jedoch weit von dem entfernt, was wir unter UWG verstehen. Er kommt in seinen Erklärungen denn auch relativ schnell auf den Verbraucherschutz zu sprechen, was dem Denken der Ökonomen vom „consumer well fare“ entspricht. Ihnen geht es im Grunde stets um die Konsumentenrente, und *von Graevenitz* erklärt denn auch, die Ökonomen würden die Hände über dem Kopf zusammenschlagen, sobald es um „Produzentenrente“ geht – von einer solchen wollten sie nichts wissen. Diese wenigen Zeilen haben die Erfahrungen gespiegelt, die wir mit Ökonomen allgemein machen. Wir investieren gewiss viel in die Zusammenarbeit – und würden gerne auch noch mehr tun –, aber die Erfahrungen sind ernüchternd. Problematisch ist vor allem die Zusammenarbeit mit Modellbauern, die Zahlen brauchen, welche sie im Bereich des Patentrechts relativ einfach finden, weil dort Register vorhanden sind. Dort können Ökonomen z.B. zählen, in welchem Technologiebereich es wie viele Patentansprüche gibt, und dann ihre Modelle draus machen. Wo es hingegen keine Zahlen gibt, sind sie schnell am Ende. Im besten Falle können sie dann noch Umfragen machen, aber das wird sehr schnell sehr schwierig. Jedenfalls ist die Ökonomie dort, wo die Ebene der Empirie beschränkt wird, ihrerseits in einem Wandel begriffen, und es ist nicht zufällig, dass in diesem Kontext Elemente der Soziologie oder der Psychologie eine wesentliche Rolle spielen; nehmen Sie nur das Beispiel der „Spieltheorie“; dort geht es darum, wie sich ein einzelner Marktteilnehmer in einer bestimmten Situation wirklich verhält. Diese Zusammenhänge werden aber erst nach und nach aufgearbeitet, und zu erwarten, wir könnten von vertieften Kenntnissen der Ökonomie ausgehen und von ihnen erfahren, wie wir im Bereiche des Wettbewerbs regulieren sollten, wäre eine Illusion. Das gilt selbst in weit besser erschlossenen Bereichen wie eben dem Patentrecht. Sie sagen, wir denken immer ökonomisch mit, Herr *Sack* – Sie haben Recht. Aber trotzdem haben wir über 100 Jahre eine Art von Patentrecht betrieben, die im Grunde an der Ökonomie vorbeigegangen ist. Wir haben nie so genau gewusst, was

wir bewirken werden; wir haben einfach reguliert. Und heute stellen wir fest, dass das Patentrecht keineswegs überall jene Wirkungen entfaltet hat, von denen wir eigentlich ausgegangen sind.

Rolf Sack

Das haben wir schon des längeren zur Kenntnis genommen ...

Reto M. Hilty

Ich weiß, aber mehr als das nicht, und die Konsequenzen daraus haben wir nicht gezogen. Jedenfalls ist das ein sehr langer Prozess. Mit einem „more economic approach“ sind wir, jedenfalls von MPI-Seite aus, sicherlich sehr einverstanden, insbesondere auch damit, dass wir einen solchen auch im UWG brauchen. Aber wenn wir ehrlich sind, ist auch das im Wesentlichen ein Schlagwort; selbst im Kartellrecht haben wir diesen Ansatz längstens noch nicht mit einem sinnvollen Gehalt gefüllt. Und ich glaube auch, dass wir in diesem Zusammenhang aufpassen müssen, dass wir nicht so eine Art „Wettbewerbsphilosophie“ – woran glauben wir usw. – mit Wettbewerbsökonomie verwechseln. Jedenfalls glaube ich – und da bin ich ganz und gar bei Herrn *Schünemann* –, dass wenn wir schon nichts wissen, bzw. wenn wir schon nicht wissen, was wir tun, dass wir es besser nicht tun.

Wolfgang B. Schünemann

Das ist genau das, was ich anmahne.

Reto M. Hilty

Was jedoch nicht heißt, dass wir den Weg zu den Ökonomen nicht suchen, nicht mit ihnen zusammenarbeiten sollten. Letztendlich – Herr *Sack*, Sie haben Recht – haben wir es immer gemacht. Aber wir müssen aufpassen, dass wir nicht philosophieren; wir müssen tatsächlich an die Front gehen, um diesen Prozess in Gang zu bringen.

Axel Beater

Die Diskussion verengt sich in meinen Augen zu sehr auf die Wettbewerbstheorie. Ich glaube, dass die Ökonomen uns in vielen Bereichen durchaus weiterhelfen können. Will man Wettbewerb fördern, so muss man zunächst die Prozesse im Wettbewerb bedenken: Unternehmen müssen etwas anbieten, Verbraucher etwas auswählen können. Diese Prozesse gilt es zu sichern. Der Verbraucher soll auswählen können, wie er es möchte. Man darf ihn also nicht belügen, irreführen, bedrohen. Wir brauchen also entsprechende Regeln und hiermit hat das Wettbewerbsrecht schon viel zu tun. Insofern können wir Juristen von den Ökonomen lernen; vielleicht nicht unbedingt von den Wettbewerbstheoretikern im Bereich der Verbraucherentscheidung, denen es um den Einfluss von Werbung auf das Entscheidungsverhalten – unter dem Gesichtspunkt „wie mache ich die Sache besonders effektiv“ – geht, aber doch bezüglich der Frage, wann ein Verbraucher in der Lage ist, eigenständig zu entscheiden und wann nicht. In vielen Bereichen gibt es durchaus handfeste, all-

gemein akzeptierte Regeln, die von dem, was unsere Gerichte manchmal zugrunde legen, deutlich abweichen. Das gilt auch noch für aktuelle BGH-Entscheidungen, etwa zur Warenkopplung. Die wird zugelassen, es sei denn, der Verbraucher wird schlicht magnetisch in die Kaufentscheidung getrieben. Die Ökonomen, Psychologen, Verhaltensforscher sagen jedoch, dass es solch eine Entscheidung gar nicht gibt und dies sollte man ernst nehmen.

Zweiter Punkt: Entgegen der Auffassung von Herrn *Schünemann* brauchen wir im Recht sehr wohl Typisierungen. Im Wettbewerbsrecht müssen gewisse Grundregeln bestimmen, wer Mitbewerber ist und wer nicht, weil typischerweise mit der Stellung als Mitbewerber andere Interessen als mit der eines anderen Marktbeteiligten verbunden sind. Um es drastisch zu sagen: Als Mitbewerber habe ich immer das Interesse, meinen Konkurrenten zu vernichten. Ich habe also im Wettbewerb den Anreiz, mich in einer bestimmten Weise zu verhalten, während ich etwa als Abnehmer der Produkte meines Lieferanten keinerlei Anreiz habe, den Lieferanten irgendwie zu schaden, seine Produkte schlecht zu machen, etc. Es gibt also im Wettbewerb auch Bremsmechanismen. Deswegen ist im Recht zu typisieren und zwischen Mitbewerbern und sonstigen Marktbeteiligten zu unterscheiden – wobei trotz aller Schwächen als Ausgangspunkt das Kriterium der gleichen Waren und Leistungen die Interessenlage recht gut umschreibt.

Als letztes hätte ich eine Frage an Herrn *Schünemann*. Sie bezieht sich auf den Rechtsbruchstatbestand und die Einbeziehung von Normen, z.B. im Bereich des Jugendschutzes, Gesundheitsschutzes. Vielleicht kann man diese als Normen i.S.v. 4 Nr. 11 UWG anerkennen, nämlich unter dem Gesichtspunkt des Marktversagens. Ich denke an einen Jugendlichen, der durch das, was das Jugendschutzrecht verbietet, überfordert wird, und folglich nicht als Verbraucher eigenverantwortlich zu entscheiden vermag. Hat das nicht doch, ebenso wie der Gesundheitsschutz, eine wettbewerbsrechtliche Komponente? Ich kann ja Nahrung nicht ansehen, ob sie Giftstoffe enthält. Und wenn eine Regelung die Hinzufügung von Gift verbietet, dann ließe sich vielleicht sagen, dass die Regelung ein Marktversagen ausgleicht und deshalb einen wettbewerbsrechtlichen Charakter hat. Normalerweise sollten Angebot und Nachfrage klären, welche Produkte und Qualitäten auf dem Markt Erfolg haben bzw. vom Kunden gewünscht und gekauft werden. Wenn der Kunde dem Produkt aber nicht ansehen kann, dass es giftig ist, dann trifft er seine Kaufentscheidung auf falscher Grundlage. Der wettbewerbsrechtliche Ausleseprozess funktioniert in solchen Fällen nicht, weil ein gravierendes Informationsdefizit besteht. Würden Sie solche Regelungen unter § 4 Nr. 11 UWG fassen?

Wolfgang B. Schünemann

Meines Erachtens sollte das Wettbewerbsrecht nicht Vehikel sein für außerwettbewerbliche Werte. Bei § 4 Nr. 11 UWG sollte man daher die Wettbewerbsbezogenheit nicht aus den Augen verlieren. Beim Jugendschutz ließe sich das Problem, systemisch gedacht, über das Recht der beschränkten Geschäftsfähigkeit auffangen. Rechtsgeschäfte sind ja i.d.R. Marktentscheidungen, ohne dass wir das ganze Recht der Geschäftsfähigkeit ins Wettbewerbsrecht transferieren. Das Wettbewerbsrecht

mit außerwettbewerbsrechtlichen, außerkompetitiven Werten und Prozessen zu verknüpfen, ist problematisch. Was die von Ihnen erwähnte Einteilung in Mitbewerber und andere Marktteilnehmer betrifft, so fragt sich, ob sie wirklich Sinn macht. Noch vor 15 oder 20 Jahren wäre kein Mensch auf die Idee gekommen, Versicherungsmärkte und sonstige Märkte als ähnliche Märkte anzusehen. Wer jedoch heute Geld übrig hat, kann sich ein Auto kaufen, in Aktien investieren, eine Kapitallebensversicherung abschließen und vieles mehr. Aus der Sicht des Nachfragers konkurriert das miteinander. Einteilungen sind daher eher willkürliche Festsetzungen. Aus meiner Sicht lassen sich in modernen Volkswirtschaften, in denen es im Wesentlichen um die Kaufkraft geht und in denen Werbung darauf abzielt, Kaufkraft zu akquirieren, keine sachlich relevanten Merkmale für eine Klassifizierung als Mitbewerber etc. ermitteln. Es gibt auch keine räumliche Trennung mehr. Früher wäre niemand auf die Idee gekommen, den Blumenmarkt von München und den Blumenmarkt von Hamburg als einen räumlich relevanten Markt zusammenzufassen.

Jochen Glöckner

Herr *Beater* hat quasi das erste meiner Anliegen schon vorweggenommen. Durch die Konzentration auf die Wettbewerbstheorie haben wir bereits eine Grundvoraussetzung der Diskussion antizipiert, uns nämlich auf den Wettbewerbsschutz konzentriert. Es ist jedoch keinesfalls gesichert, dass das europäische (Lauterkeits-) Recht so wettbewerbskonzentriert ist, wie wir es aus unserer deutschen Perspektive annehmen.

Die skeptische Wahrnehmung der interdisziplinären Arbeit mit Ökonomen, die Herr *Sack* angesprochen hat, wird wahrscheinlich von vielen geteilt und auch ich habe die Erfahrung gemacht, dass allzu häufig Ökonomen nichts von den Juristen und die Juristen nichts von den Ökonomen lernen. Dennoch ist die Diskussion um den „more economic approach“ im Lauterkeitsrecht überfällig. Im Grunde sind wir aber im Lauterkeitsrecht – obwohl diese Diskussion spät einsetzt – nicht erst da, wo die Kartellrechtler vor 20 Jahren waren, sondern vielleicht schon dort, wo die Kartellrechtler sich jetzt erst hin bewegen; nämlich zu einem stärker marktverhaltensorientierten Rechtsgebiet.

Die Kritik an dem „more economic approach“ ist jedoch teilweise berechtigt. Wir können nicht sagen, „sachverständiger Ökonom, geh’ ran und sag’ uns, was rauskommt!“; dies erst recht nicht, wenn wir uns auf die Wettbewerbstheorie beschränken. Aber im Hinblick auf „kleinere Einheiten“ im Hinblick auf die zu erwartende Wahrnehmung oder das zu erwartende Verhalten könnten uns die Ökonomen weiterhelfen, z.B. mit Instrumenten der Informationsökonomik. Dasselbe gilt im Hinblick auf Folgenbetrachtungen: Zwar teile ich die Skepsis von Herrn *Schünemann* insofern, als jede Prognose mit dem Makel der Unsicherheit behaftet ist, aber deshalb sollte man nicht jegliche Entscheidung, die auf Prognose beruht, ablehnen. Insofern müssen wir uns auf irgendeinen Standard der Prognosewahrscheinlichkeit oder der ausreichenden Wahrscheinlichkeit für eine Entscheidung einigen und bestimmte Kriterien hierfür festlegen.

Rolf Sack

Wir sind im Lauterkeitsrecht gezwungen, Prognoseentscheidungen zu treffen, z.B. bei der Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr, wo man sich auf dünnem Eis bewegt. Selbst Wirtschaftswissenschaftler tun sich schwer damit, auch nur mittelfristige Wirtschaftsprognosen abzugeben. Niemand kann sich sicher sein, welche Marktprozesse durch freien Wettbewerb ausgelöst werden. Auch die „panel predictions“ sagen ja nichts über die konkrete Entwicklung aus, sondern basieren letztendlich auf modellhaften Erwartungen. Entscheidend ist aber nicht ein Modell, sondern die Lösung des konkreten Falls.

Jochen Glöckner

Um Prognoseentscheidungen geht es insbesondere bei der Beurteilung der Irreführungsgefahr. Und insoweit geht es vor allem um die „kleinen Einheiten“: Wie nimmt der Verkehr wahr? Welche Schlüsse zieht er?

Martin Senftleben

Gerade vor dem Hintergrund des Vortrags von Herrn *Pflüger* zur PVÜ erscheint mir die These „Anständigkeit kann auch wahres wettbewerbskonformes Verhalten sein“, faszinierend. Wenn das zuträfe, und wir einmal eine universelle Vorstellung von wettbewerbskonformen Verhalten unterstellen, dann könnte man auch auf internationaler Ebene über Art. 10^{bis} PVÜ sehr viel weiterkommen. Deshalb sollten wir vorsichtig sein mit dem Einwand, dass es von den Ökonomen ohnehin nichts zu lernen gäbe. Ich finde den Ansatz schon bestechend, dass es im Grunde um ungestörte Freiheit geht; auch Herrn *Ullmann* habe ich aus seiner praktischen Erfahrung heraus so verstanden. Vielleicht stellen wir einfach nicht die richtigen Fragen an die Ökonomen, z.B. Fragen nach dem universellen Begriff von Wettbewerbskonformität. Wir haben jetzt die Chance beim „more economic approach“ – bei dem wir notgedrungen mit den Ökonomen sprechen müssen – konkreter nachzufragen, z.B. bezüglich der Frage der Substituierbarkeit. Um bei dem Beispiel der Blumenmärkte zu bleiben: Der Blumenmarkt in Amsterdam und der Blumenmarkt irgendwo anders sind natürlich mehr oder weniger austauschbar, aber die Häufigkeit, in der diese Austauschbarkeit in der Praxis eine Rolle spielt, ist doch unterschiedlich. Blumen sind mit Pralinen substituierbar, aber Süßwaren untereinander werden weitaus häufiger gegeneinander ausgetauscht. Vielleicht ist das der Weg zu konkreteren Fragen. Und wenn das nicht der richtige Weg ist, dann wüsste ich gerne, bei welcher anderen Typologie wir ansetzen sollten. Sollen wir Anleihen beim Kartellrecht machen und mehr nach den Marktgegebenheiten fragen, z.B. ob es sich um einen Oligopolmarkt oder um einen konkurrenzfähigen Markt handelt?

Wolfgang B. Schünemann

Wie Herr *Glöckner* gerade sagte, sind Kartellrechtler gerade erst bei der Grundvorstellung angelangt, dass Marktstrukturen ein Indikator für funktionierenden Wettbewerb, für funktionierende Märkte sind; das Marktverhalten als solches spielt noch keine große Rolle. Bezüglich Ihrer Kernfrage nach der maßgeblichen Wettbewerbs-

konzeption, die die Juristen übernehmen könnten, gibt es eine Vorgabe aus dem Recht: Geht man davon aus, dass auf europäischer Ebene das System auf individuellen Freiheiten beruht, dann gibt es in dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit einen natürlichen Verbündeten der Ökonomen. Was auf europäischer Ebene das Recht fordert, nämlich freie Märkte und Freiheiten, schlägt sich in der Freiheit der ökonomischen Betätigungen der Einzelwirtschaftssubjekte nieder. Von diesem zentralen Ausgangspunkt gelangt man bald zu einer systemtheoretischen Wettbewerbskonzeption im Sinne von *Hopmann* und *Hajek*. Die Freiheit der Marktakteure gilt es aufrecht zu erhalten sowie zu akzeptieren, dass es keinen Widerspruch gibt zwischen den unter diesen Bedingungen erzielten Marktergebnissen und guten ökonomischen und sozialen Ergebnissen. Wenn wir die maßgebliche Wettbewerbskonzeption aus verfassungs- bzw. primärrechtlichen Vorgaben ableiten, scheiden schon einmal eine ganze Reihe von Wettbewerbskonzeptionen aus.

Hans W. Micklitz

Eine Bemerkung, um den Bogen zu anderen Referaten zu schlagen: In der Verordnung 2006/2004 über grenzüberschreitende Kooperation sind viele Elemente von dem enthalten, was Herr *Schünemann* als Wettbewerbsmodell vorgeschlagen hat. Machen die Österreicher es richtig, wenn sie die UGP-Richtlinie auf alle gleichermaßen anwenden? Das führt zur Frage des Maßstabes und hier hat m.E. die Richtlinie oder überhaupt das EG-Recht das Lauterkeitsrecht entmoralisiert. Wenn jedoch Sitte, Anstand und Moral jenseits von Freiheitsethik aus dem gemeinschaftsrechtlichen Konzept eines Lauterkeitsrechts weitgehend herausfallen, dann ist es ein Problem der nationalen Rechte, ob man Jugendschutz oder andere Fragen der Ethik in das Lauterkeitsrecht integriert. Wenn wir in die von Herrn *Glöckner* vorgeschlagene Richtung gehen, trägt die Ökonomie einiges zur Informationserkundung und Kommunikation bei. Es gibt den Versuch eines „libertarian paternalism“ mit Beispielen, die relativ überzeugend belegen, dass es im Sinne eines funktionierenden Wettbewerbs ist, bestimmte Informationen bereitzustellen. Das wäre eine Rechtfertigung für Art. 7 UWG. Ich würde auch entgegen dem, was vorhin gesagt wurde, daran festhalten, dass dem EG-Recht nicht ein paternalistisches Konzept zugrunde liegt, sondern eine ganz andere Verantwortungsaufgabe. Fragen der Sitte, Anstand und Moral können die Mitgliedstaaten auch weiterhin in ihr Recht integrieren, müssen es aber nicht.

Frauke Henning-Bodewig

Dass man auf europäischer Ebene generell kein paternalistisches Konzept verfolgt, bezweifle ich. Bestes Beispiel hierfür ist die bereits von Herrn *Peukert* kritisch erwähnte Health-Claims-Verordnung. Sie widerspricht von ihrem ganzen Regelungsansatz her einem auf Freiheit der Marktakteure aufbauenden Verständnis. Das Problem für die Mitgliedstaaten ist doch, dass ihr größtenteils historisch gewachsenen und auch kulturell beeinflusstes Lauterkeitsrecht, dem natürlich auch ein gewisses Wettbewerbsverständnis zugrunde liegt, an die europäischen Vorgaben angepasst werden soll und muss – dass diese europäischen Vorgaben jedoch keineswegs

auf einer Linie liegen, sondern z.T. von diametral entgegengesetzten Konzeptionen auszugehen. Dies führt dazu, dass sie teilweise in den gewachsenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zum „Störfaktor“ werden.

Hans W. Micklitz

Man kann die Frage stellen, ob ein Lauterkeitsrecht überhaupt kohärent und konsistent sein kann. Ich hege große Sympathie für *Schumpeters* Idee der kreativen Zerstörung. Es gibt eben Bereiche, z.B. im Lebensmittelrecht oder im Kosmetikrecht, die ich aus dem generellen Lauterkeitsrecht ausgliedern würde.

Wolfgang B. Schünemann

Diese Skepsis gegenüber systematischem oder kodifikatorischem Denken teile ich nicht. Rechtsstaatlichkeit hat immer auch etwas mit Logik zu tun und Logik mit Systembildung. Eine Inselgesetzgebung, die immer nur irgendwelche spezielle Themen aufgreift, kommt fast zwangsläufig zu Wertungswidersprüchen, wenn sie keinen systematischen Visionen folgt. Deswegen sollte man sich, wie Frau *Henning-Bodewig* sagte, schon Gedanken darüber machen, ob und wie irgendetwas in das bestehende Ordnungssystem passt. Das gilt auch für den EG-Gesetzgeber.

Hans W. Micklitz

Die ganze Diskussion um die Europäisierung und Kodifizierung des europäischen Privatrechts zeigt doch, dass der Versuch, ein System zu errichten, kontraproduktiv ist, weil in der Kürze der Zeit bestimmte Parameter überhaupt nicht berücksichtigt werden. Bevor man also auf Systematik und ähnliche Kriterien zurückgeht, sollte geklärt werden, was wir eigentlich systematisieren wollen.

Hans-Jürgen Ahrens

Ich frage mich, ob die bekundete Sympathie für die Ökonomen nicht in einem gewissen Widerspruch steht zu dem, was der Europäische Gerichtshof zur Figur des Durchschnittsverbrauchers sagt. Wenn man mehr rechtstatsächliches Material heranzieht, um ermitteln, wie sich bestimmte Marktverhaltensweisen der Unternehmer auf die Abnehmerentscheidungen auswirken, dann widerspricht das dem vom EuGH entwickelten Durchschnittsverbraucher, den die Richtlinie 2005/29 bekräftigt. Es kommt eben nicht darauf an zu klären, wie etwas abläuft, sondern auf einen normativen Maßstab. Die „Sechs-Korn“-Entscheidung lässt zwar das Schlupfloch, dass man demoskopische Befragungen durchführen darf, aber im Grunde genommen gibt der EuGH zu erkennen, dass man dies nicht wünscht.

Wolfgang B. Schünemann

Ich habe bereits in einer Zeit, als der „reasonable man“ noch gar nicht in der EuGH-Entscheidung vorkam, dafür plädiert, sich von der Empirie zu lösen. Der homo economicus macht nicht als Beschreibung faktischer Gegebenheiten Sinn, sondern als normativer Maßstab. Wer individuell hinter den nötigen Marktkenntnissen zurückbleibt, muss dies als individuelles Schicksal tragen. Aber man muss sich zuerst über

die Ontologie der Dinge Rechenschaft ablegen, bevor man normative Vorgaben wagt und – ich kann es nur noch einmal wiederholen – dort, wo man nichts weiß, sollte man auch nicht „rumfingern“. Dort, wo man über hinreichende Kenntnisse verfügt, kann man natürlich auch normative Maßstäbe setzen.

Jochen Glöckner

Ich möchte auf die Bemerkungen von Herrn *Senfleben* zu der Frage der Marktstruktur und Abgrenzung zurückkommen. Kartellökonomien behaupten relativ einfach, man brauche keine Marktabgrenzung, sondern eine Kostenkurve, anhand derer sich feststellen lässt, ob jemand Marktmacht im ökonomischem Sinne hat oder Preise und Kosten bestimmen kann. Uns Juristen hilft das aber leider nur begrenzt weiter. Wir operieren im Kartellrecht zwar inzwischen auch mit dem hypothetischen Monopoltest, und machen nach den Vorgaben der Kommission zur Marktabgrenzung das gedankliche Experiment, dass man die Preise um einen kleinen, aber nicht unerheblichen Betrag dauerhaft erhöht und dann feststellt, ab wann die Verkäufe einbrechen – aber das funktioniert in der Praxis nur dort, wo man über entsprechende Daten verfügt, z.B. indem man sie aus Scannerkassen gewinnt. Ansonsten kann man Verbraucherbefragungen durchführen, was ebenfalls von den europäischen Gerichten anerkannt wird. Sollte sich dann wirklich herausstellen, dass keine Marktmacht des Rosenherstellers oder des Hamburger Blumenmarkts besteht, dann lässt sich das berücksichtigen. Das Problem ist aber im Grunde die praktische Anwendung empirischer Methoden. Scheitert sie, so ist man wieder bei der altmodischen Überlegung, wie sich wohl die Marktgegenseite entscheiden wird.

Josef Drexl

Herzlichen Dank für diese anregende Diskussion. Ein kurzes Schlusswort zu unserem ersten Block von Referaten. Auch wenn die Versuchung groß ist, werde ich nichts zum „more economic approach“ sagen. Stattdessen möchte ich mich kurz auf einige persönliche Eindrücke beziehen, die ich kürzlich anlässlich eines Aufenthalts in China gewinnen durfte. Wie Herr *Schünemann* bestätigen wird, hat man bezüglich Verkehrsregeln in China ein anderes Verhältnis als es der deutschen Straßenverkehrsordnung entspricht – gleichwohl wurde diese in China einfach übernommen. Sie wird jedoch vielfach ignoriert. Eine ökonomische Erklärung für die Nichtbeachtung der doch z.T. eindeutigen Regeln dürfte sein, dass der chinesische Straßenverkehr einfach nicht mit jenem in Deutschland zu vergleichen ist. So können die rechtlichen Präferenzen vom Gesetzgeber gleich gesetzt werden, aber die tatsächliche Situation, auf die das Recht anzuwenden ist, ist eine andere und somit funktioniert auch die Verhaltenssteuerung nicht wie im Herkunftsland der Rechtsregel. Das Lauterkeitsrecht schafft „Verkehrsregeln“ für den Markt. In Analogie zum Straßenverkehr lässt sich also erwarten, dass dann, wenn die Marktsituation eine andere ist, dieselben Verhaltensregeln immer noch anderes Verhalten hervorbringen. Natürlich spielt in beiden Fällen die Mentalität eine große Rolle, insbesondere was das kulturell stark geprägte Verhältnis Nähe/Distanz anlangt. Deshalb wäre es bedenklich, wenn die WTO die Generalklausel des Art. 10^{bis} PVÜ nicht nur für

alle Märkte der Welt, sondern auch für alle Mentalitäten konkretisierte. Wir sehen es als selbstverständlich an, dass wir in Europa Harmonisierung brauchen, aber auch in Europa wird das Verhältnis Nähe/Distanz unterschiedlich gesehen; so sieht man in Finnland vielleicht manches anders als in Griechenland. Damit ist keine Wertung verbunden, sondern nur die Feststellung, dass die Vorstellungen unterschiedlich sind. Bei Ökonomen stellt man leider immer wieder fest, dass sie derartig wichtige Themen fast ausschließlich unter dem Stichwort der Effizienz abhandeln. Insofern fand ich es erfrischend, dass bei Herrn *Schünemann* dieses Wort nur ein einziges Mal gefallen ist und zwar erst nach 17 Minuten: Man kann also über Ökonomik sprechen, ohne notwendigerweise (nur) über Effizienz zu sprechen.

III. Themenbereiche des Lauterkeitsrechts

Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise?

Karl-Nikolaus Peifer

A. Einleitung

Die Frage, ob und inwieweit ethische Werte durch rechtliche Mechanismen durchgesetzt werden sollen, ist ungewöhnlich. Grundsätzlich nämlich trennt man streng zwischen Recht und Moral, zwischen gesellschaftlichen und juristischen Durchsetzungs- und Sanktionsmechanismen.¹ Für das Lauterkeitsrecht ist die Frage hingegen geradezu kennzeichnend, denn die lauterkeitsrechtliche Generalklausel hat jahrzehntelang den Eindruck vermittelt, dass sie den Verstoß gegen die „guten Sitten“ mit juristischen Mitteln ahndet. Erst mit der UWG-Reform 2004 wurde der in seiner Auslegung stets als hochproblematisch, weil als viel zu unscharf empfundene² Begriff der guten Sitten aufgegeben und durch den der Unlauterkeit ersetzt.³ Aber auch damit hat das Rechtsgebiet nicht vollständig das Terrain von Sitte und Moral verlassen. Denn dieselbe Passage in der Begründung des Gesetzesentwurfs zum UWG 2004, die den Begriff der guten Sitten als „antiquiert“ bezeichnet, fügt hinzu, dass der Verstoß gegen die „anständigen Gepflogenheiten“ in Handel, Gewerbe und Handwerk weiterhin als verbotswürdig angesehen werden soll.⁴ Auch die Richtlinie 2005/29/EG lässt für den nationalen Gesetzgeber in diesem Bereich Spielräume, denn die Harmonisierungswirkung der Richtlinie soll sich gerade nicht auf „die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands“

¹ Eckert, AcP 1999, 337 (345). Vgl. hierzu nur die Titel folgender Abhandlungen: *Abrahams*, *Morality and the Law*, London 1971; *Geiger*, *Über Moral und Recht*, Berlin 1979, 169; *Deimling*, *Recht und Moral*, 1972; *Dreier*, *Recht – Moral – Ideologie*, 1981; *Geddert*, *Recht und Moral – Zum Sinn eines alten Problems*, 1983. Kritisch *Kriele*, *Recht und praktische Vernunft*, 1979, S. 15, wonach die in der positivistischen Rechtstheorie des 19. Jh. vollzogene strikte Trennung des Rechts von der Ethik der gesamten Tradition der früheren abendländischen Rechtsphilosophie zuwiderläuft und das Recht von seinen legitimierenden Grundlagen abschneidet.

² Vgl. insbesondere die Kritik von *Lindacher*, *Gefühlsbetonte Werbung nach Tier- und Artenschutz*, FS Tillmann, 2003, S. 195 (206): Das sog. Sachlichkeitsgebot habe „Fallgruppennormlosigkeit“ bewirkt und eine kaum geleitete, am Einzelfall orientierte Argumentation begünstigt.

³ Der plakativste Vorwurf gegen die Formel lautete, dass sie letztlich gar nicht justiziabel sei, sondern der Durchsetzung der Individualethik der letztentscheidenden BGH-Senatsmitglieder Vorschub leiste, vgl. stellvertretend die an eine Äußerung von *Baumbach* anknüpfende Polemik von *Nordemann*, *Wettbewerbsrecht*, 9. Aufl. 2003, Rn. 41: „Gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstößt, was dem Anstandsgefühl des zuständigen BGH-Senats zuwiderläuft.“

⁴ BT-Drucks. 15/1487, S. 16.

beziehen.⁵ Damit stellt sich nach wie vor die Frage, ob der nationale Gesetzgeber von diesem Spielraum Gebrauch machen, also auch Fragen des Anstands zum Maßstab für die Beurteilung geschäftlichen Verhaltens erheben soll.

Rechtslehre und Judikatur haben seit langem große Sympathie dafür geäußert, die Tür zu dem Arsenal der Anstandsregeln zu schließen und stattdessen das Lauterkeitsrecht allein an wirtschaftlichen Funktionen auszurichten. Unlauter ist danach nur, was die Wettbewerbsprozesse verfälscht und damit beeinträchtigt.⁶ Lauterkeitsregeln sind Marktverhaltensregeln, ob sie darüber hinaus „wertbezogen“ sind, ist hingegen nicht relevant.⁷ Ob dieser Weg richtig ist, wird mit dem Ausbruch der Finanzmarktkrise im Jahr 2008 wieder in Frage gestellt. So äußert sich der Philosoph *Jürgen Habermas* – stellvertretend für viele – wie folgt: „Ich hoffe, dass die neoliberale Agenda nicht mehr für bare Münze genommen, sondern zur Disposition gestellt wird. Das ganze Programm einer hemmungslosen Unterwerfung der Lebenswelt unter Imperative des Marktes muss auf den Prüfstand.“⁸

Der vorliegende Beitrag untersucht, welche Wechselbeziehung zwischen Ethik und Wirtschaftsrecht besteht, insbesondere in welchem Maß ethische Argumente heute die Praxis des Wirtschaftens und des Marketings bestimmen. Es wird sich daran zeigen, dass die behauptete Einhaltung ethischer Standards eine wichtige Argumentationsfigur in der Wirtschaftspraxis geworden, Unternehmensethik ein „hot topic“ geworden ist (nachfolgend unter B.). Daher ist es nach wie vor wichtig zu sehen, welche Einbruchstellen das Europäische Recht für ethisch gespeiste Verhaltensregeln bietet (unten C.) und in welcher Weise das deutsche Lauterkeitsrecht auf die neuen Entwicklungen reagiert hat (unten D.). Im Ergebnis argumentiert dieser Beitrag, dass – ganz im Einklang mit neuen Konzepten der Unternehmensselbstdarstellung – rechtliche statt moralische Maßstäbe dort angewendet werden können, wo die Behauptung moralischer Integrität zum Geschäftsmotiv und zum Werbemittel wird (unten E.). Das Lauterkeitsrecht kann – konsequent angewendet – daher in den meisten Konstellationen auf moralische Argumente verzichten, da die Unternehmen selbst Geschäftsmoral zum Wettbewerbsmittel zu erheben beginnen. Es verbleibt eine kleine Restmaterie im Bereich der Werbung im religiösen Bereich (unten f.). Schließlich sollten die Gerichte diejenigen Organisationen, deren Haupttätigkeitsfeld darin besteht, Spenden einzusammeln, nicht dem wettbewerbsrechtlichen Maßstab unterstellen (unten G.)

⁵ So Erwägungsgrund 7 der RL 2005/29/EG.

⁶ Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl. 2002, Einl. Rn. 256.

⁷ So insbesondere zur alten Fallgruppe des Vorsprungs des Vorsprungs durch Rechtsbruch BGHZ 144, 255 (265) = GRUR 2000, 1076 – *Abgasemissionen*; BGH JZ 2003, 315 (316) = WRP 2002, 943 – *Elektroarbeiten*; BGH GRUR 2002, 360 (362) – *HIV-Positive II*; in diese Richtung bereits *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, S. 250; *Schünemann* UWG-Großkommentar, 1991, Einl. Rn. D 62.

⁸ Die ZEIT v. 6.11.2008, S. 53.

B. Ethik und Wirtschaftsrecht

I. Grundlagen und Anwendungsfelder

Was haben gute Sitten, was hat Lauterkeit mit Ethik zu tun? Der folgende Beitrag geht davon aus, dass Ethik eine moralphilosophische Kategorie bezeichnet.⁹ Zur Aufgabe der Ethik gehört es danach, Maßstäbe für das (gute, das richtige) Handeln zu liefern.¹⁰ Für Kant geht es um die Antwort auf die Frage: „Was soll ich tun? Wie soll ich handeln?“¹¹ Seine Antwort ist der kategorische Imperativ: „Handle immer nur nach derjenigen Maxime, durch die Du zugleich wollen kannst, daß sie allgemeines Gesetz wird.“¹¹

Wettbewerbsrechtler, die sich der Ausgestaltung von Verhaltensregeln im Wettbewerb widmen, haben daneben stets auch die volkstümliche Vorstufe, die Kategorie der Anstandsregeln, als möglichen Handlungsleitfaden in Erwägung gezogen. Darunter fallen die in einer Gruppe oder Gesellschaft als Maßstab für richtiges Handeln anerkannten Regeln.¹² Diese Kategorie eröffnet zwar auch den Zugang zu eingerissenen Unsitten, doch war im Wettbewerbsrecht stets anerkannt, dass nur die „guten Sitten“, also die ehrbaren Kaufmannsregeln durchgesetzt werden sollten.¹³ Dem liegt die Einsicht zugrunde, dass „der Markt“ allein redliches Verhalten nicht bewirken werde.

Diese Einschätzung hat sich jedenfalls in der Rhetorik der Unternehmenspraxis geändert. Wirtschaftsethik ist ein wichtiges Thema in den Vorstandsetagen und den Hochglanzbroschüren der global agierenden *player* geworden. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Zunächst ist das gesteigerte Bewusstsein für richtiges Handeln im Wettbewerb eine Folge von Modernisierungsprozessen. Der Einzelne ist aus sozialen Kontrollmechanismen wie der Familie, Gruppe und Gemeinschaft herausgerissen worden. Seine Individualisierung ist eine Folge dieser Modernisierung, die letztlich wiederum eine Folge der Globalisierung von Handlungszusammenhängen darstellt. Mit den Entwurzelungsprozessen einher geht ein Verlust einzelstaatlicher Steuerungsmöglichkeiten. An die Stelle lokaler stabiler Gemeinschaften treten lose *communities*, die für sich homogene Verhaltensmaßstäbe entwickeln müssen. Auch Unternehmen haben dieses Interesse. Die im Internet häufig als vermeintlicher *code of conduct* zitierte *netiquette*¹⁴ ist ein Beispiel.

Als Antwort auf die erodierenden und zunehmend in Wettbewerb miteinander geratenden Wertmaßstäbe könnte man mit *Kant* ethische Normen vom Subjekt

⁹ Birnbacher/*Hoerster*, Texte zur Ethik, 1976, S. 9.

¹⁰ *Andersen*, Einführung in die Ethik, 2000, S. 2; *A. Burkhardt*, Einführung in die Ethik, Basel 1996, S. 16.

¹¹ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Kant-Studienausgabe, herausgegeben von Weischedel, Bd. IV, 5. Aufl. 1983, S. 51.

¹² Vgl. BVerfGE 7, 198 (215) – *Lüth*: Anschauungen der ‚anständigen Leute‘ davon, was im sozialen Verkehr zwischen den Rechtsgenossen ‚sich gehört‘.

¹³ BGH GRUR 1969, 474 (476) – *Bierbezug*; BGHZ 81, 291 (297) – *Bäcker-Fachzeitschrift*; *Nordemann*, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 39.

¹⁴ Vgl. *P. Jung*, GRUR Int. 1998, 841 (842) m.w.N.; *Hoeren*, WRP 1997, 993.

her begründen. Das erforderte eine deontologische Ethik, die davon ausgeht, dass Handlungsleitsätze an sich, und nicht (nur) in Bezug auf einen bestimmten Zweck hin Geltung beanspruchen. Die in der Wirtschaft zu beobachtenden Tendenzen, aber auch die eher wertrelativistischen Strömungen der Globalisierung stehen einer solchen Zwecksetzung allerdings reserviert bis abwehrend gegenüber. Hier überwiegt eine utilitarische, eher noch eine Ethik des Eigennutzes, die sittliche Normen dadurch implementiert, dass sie das angeborene Eigeninteresse des Subjekts funktionalisiert.¹⁵ Wenn der wirtschaftende Mensch seinen Eigennutzen verfolgt, so liegt es nicht fern, darüber nachzudenken, inwieweit ethisches Handeln diesen Eigennutz mehren kann. In diese Richtung gehen die Bemühungen der Wirtschaft, sich als *good corporate citizens*, als ethischen Richtlinien verpflichtete Einheiten darzustellen und hierüber eine von den Kunden als sympathisch wahrgenommene *corporate personality* („We care“) zu bilden.¹⁶ Nicht von ungefähr gehen Unternehmen in jüngerer Zeit verstärkt gegen jede äußere Bedrohung dieser Identität durch Produktkritik oder reputationsgefährdende Tatsachenberichterstattung vor, indem sie eine Verletzung eines angeblichen Unternehmenspersönlichkeitsrechts geltend machen.¹⁷ Daran zeigt sich, dass Ethik nicht nur Pflichterfüllung um ihrer selbst willen, sondern auch Werkzeug im Kampf um Sympathie bei den *stakeholders* ist.

II. Die Notwendigkeit lauterkeitsrechtlicher Sanktionen für ethisches Fehlverhalten

1. Die lauterkeitsrechtlichen Betrachtungen der Vergangenheit kreisten vor allem um die Frage, ob der Bruch von Rechtsregeln eine zusätzlich moralische Qualität hatte, der dazu führte, dass sich das rechtsuntreue Unternehmen einen Vorteil im Wettbewerb gegenüber seinem rechtstreuen Konkurrenten verschaffte.¹⁸ In diesem Zusammenhang ging es für den Juristen vor allem darum herauszufin-

¹⁵ Als radikalster Vertreter gilt *Thomas Hobbes*, *Leviathan* (1651), Ausgabe Neuwied/Berlin 1966, Kapitel 13, S. 94-102 (dort zur psychologischen Grundlegung des Egoismus). In der Wirtschaft wurde dieses Programm bekanntlich nutzbar gemacht durch *Adam Smith*, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, dort mit der berühmten Passage in Chapter 2, Ausgabe Oxford 1976 (Glasgow Edition Bd. II), S. 26: „It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest. We address ourselves, not to their humanity but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantages. Nobody but a beggar chooses to depend chiefly upon the benevolence of his fellow-citizens.“

¹⁶ Vgl. *Quante*, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht juristischer Personen. Eine zivilrechtliche Studie*, 1999, S. 97; aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Birkigt/Stadler/Funck*, *Corporate Identity, Grundlagen, Funktionen, Fallbeispiele*, 11. Aufl. 2002, S. 19.

¹⁷ *BGH NJW* 2008, 2110; *KG NJW* 2000, 2210 (Versteckte Kamera in DB-Zügen); *LG Hamburg ZUM* 2007, 212 (Fernsehfilm „Nur eine einzige Tablette“ zur Contergan-Affaire der Firma *Grünenthal* 1961); *Born*, AfP 2005, 110; *Brinkmann*, GRUR 1988, 516; *Gostomyk*, NJW 2008, 2082.

¹⁸ Zur Trennung von Rechts- und Sittenwidrigkeit *BGH GRUR* 1974, 281 (282) – *Clipper* (zum Verstoß gegen Preisauszeichnungsvorschriften unter der Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“; *Köhler/Piper*, UWG, Einf. Rn. 257.

den, welche Rechtsregeln unmittelbaren Einfluss auf das Marktverhalten nehmen, also dafür sorgen, dass ethische Mindeststandards auch zu Rechtsregeln werden. Diese Entwicklung ist keine allein lauterkeitsrechtliche. Sie entspricht vielmehr dem Grundsatz, dass bestimmte moralische Mindeststandards stets, und daher auch im Wettbewerb, einzuhalten sind.¹⁹ Die Ausformulierung solcher Mindeststandards erfolgt durch Rechtsregeln, die einen Ordnungsrahmen für das Wirtschaftshandeln bilden. Man kann insoweit auch von einer Rechtsmoral²⁰ oder einer Ordnungsethik sprechen.²¹ Deren Ziel im Wettbewerbsrecht ist es, gemeinsame Handlungsbedingungen oder Spielregeln für die Marktteilnehmer aufzustellen, also eine objektive Wertordnung zu errichten. Hierzu gehören etwa die Einhaltung umweltrechtlicher und arbeitsschutzrechtlicher Standards in der Produktion, das Verbot von Wettbewerbsabsprachen und das Verbot der Vorteilsnahme. Die Ausbildung einer Rahmenordnung entspricht einer ordoliberalen Überzeugung davon, dass Freiheit „geordnet“ werden muss,²² um verträglich und harmonisch zu wirken. Diese – auch von einer deontologischen Ethik gespeiste – Erkenntnis kann dazu führen, dass moralische Regeln zu Rechtsregeln werden.²³ Jedenfalls soweit diese Marktverhaltensregeln sind, im Übrigen aber auch, wenn sie lauterkeitsrechtlich verankert sind, gehören sie dann zur Wettbewerbsrechtsordnung, sind mithin auch zu befolgen und mit lauterkeitsrechtlichen Mitteln durchsetzbar.

2. Die zuvor angesprochene Entwicklung im Zusammenhang mit der Übernahme einer besonderen Unternehmensverantwortung (*Corporate Social Responsibility* – *CRS*) führt allerdings vermehrt dazu, dass Unternehmen – eigennützig – selbst Verhaltensmaßstäbe formulieren und darum bemüht sind, diese Maßstäbe auch in ihrem wettbewerblichen Verhalten umzusetzen.²⁴ Das europäische Wettbewerbsrecht fördert diese Art der Selbstregulierung.²⁵ In diesem Zusammenhang ist es nicht der Staat, der Verhaltensmaßstäbe setzt, sondern es sind die Handelnden selbst. Die Wirtschaftswissenschaften sprechen daher von einer Handlungs- oder Unternehmensethik als einem selbst verordneten ethischen Ver-

¹⁹ Vgl. G. Schulze, JuS 1999, 636 (637).

²⁰ So im allgemeinen Zivilrecht Sack, in: Staudinger, 12. Aufl., § 138 Rn. 40; Jauernig, § 138 BGB Rn. 6; Hübner, BGB – Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1995, Rn. 892; T. Bezenberger, AcP 1996, 395 (399).

²¹ Vgl. insoweit Homann, in: Korff, Handbuch der Wirtschaftsethik, Bd. 1, Gütersloh 1999, S. 322 (327).

²² Zur philosophischen Fundierung dieses, letztlich wiederum auf Kant zurückgehenden Ansatzes W. Kersting, Wohlgeordnete Freiheit, 1984.

²³ Im allgemeinen Zivilrecht neigt man angesichts des zunehmenden Wertpluralismus dazu, diesen Weg der Ausformulierung einer objektiven, an den Grundrechten orientierten Wertordnung für den einzig gangbaren zu halten, um dem Maßstab der guten Sitten (etwa in §§ 138, 826 BGB) Konturen zu verleihen, vgl. Bezenberger, AcP 1996, 395 (399 und 401) m.w.N.

²⁴ Carrol/Buchholtz, Business and Society: Ethics and Stakeholder Management, 6. Aufl. Mason/Ohio 2006; Maignan/Ferrell, Corporate citizenship as a marketing instrument, 2001, 35; dies., Europ. J. Marketing, 457-484.

²⁵ Fezer/Peifer, UWG, 2. Aufl. 2009, Anh. § 3 Abs. 3 Rn. 1-4; Peifer, WRP 2008, 556 (561).

halten, das nach einer Vorteils-/Nachteilsabwägung gewählt wird in der Hoffnung, dass hieraus Vertrauen und Sympathie zunächst als Sozialkapital hernach aber auch als wirtschaftliches Kapital in Form besserer und stabilerer Absatzbeziehungen entsteht.²⁶

Dieser Ansatz entspricht der utilitarischen oder egoistischen Ethik. Die Durchsetzung solcher selbst gesetzten Maßstäbe erfolgt herkömmlich allein durch Instrumente der Sozial- oder besser: der Selbstkontrolle der Akteure. Daher stellt sich die Frage, ob es zur besseren Durchsetzung auch noch einer Rechtskontrolle, also einer Art Koregulierung, bedarf und wie genau diese auszusehen hat. Dass Instrumente der Koregulierung auch im Wettbewerbsrecht zunehmend Beachtung finden und durch das europäische Recht besonders empfohlen werden, bedarf in diesem Zusammenhang keiner besonderen Vertiefung.²⁷

C. Ethik und *Acquis Communautaire*

I. Ordnungsethik und *Acquis Communautaire*

Durchmustert man den *acquis communautaire*, so findet man eine Fülle von Anhaltspunkten dafür, dass grundlegende moralische Überzeugungen im europäischen Recht bereits zu Rechtswerten erhoben, also einer Rechts- oder Ordnungsethik überantwortet wurden. Das gilt vor allem im Bereich der Antidiskriminierungsgesetzgebung.²⁸ Jedenfalls wenn man argumentiert, dass ein allgemeines Gleichbe-

²⁶ Grundlegend zu diesem Kalkül *Gary S. Becker*, *The Economic Approach to Human Behavior*, 1976, dt. Fassung: *Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens*, Tübingen 1993.

²⁷ Vgl. hierzu Nr. 1 und Nr. 3 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG (bzw. Nr. 1 und Nr. 3 des Anhangs II der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken), näher *Fezer/Peifer*, Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG Rn. 1-4 und 1-5.

²⁸ Zuförderst zu nennen sind die *allgemeinen Diskriminierungsverbote* im Primärrecht, also Art. 12, 13 EG, ferner Art. 20, 21, 23, 26 des Vorschlags einer EG-Grundrechtscharta, ABl. EG C 364/1, sowie im Sekundärrecht: Art. 3e Abs. 1 lit. c) ii) RL 2007/65/EG über audiovisuelle Mediendienste, ABl. EG L 332/27; ferner die überwiegend *Diskriminierungen nach der Staatsangehörigkeit* verbietenden Vorschriften der DienstleistungsRL 2006/123/EG, ABl. EG L 376/36, z.B. Art. 9 Abs. 1 lit. a, 10 Abs. 2 lit. a, Art. 14 Nr. 1, Art. 15 Abs. 2, Abs. 3 lit. a; Art. 16 Abs. 1 lit. a; Art. 19 lit. b; Art. 20; Art. 24 Abs. 2; Art. 31 Abs. 4. *Geschlechtsbezogene Diskriminierungen* verbieten diverse Vorschriften, so die Neufassung der Gleichbehandlungs-RL 2006/54/EG, ABl. EG L 204/23 sowie die RL 2004/113/EG zur Verwirklichung des gleichen Zugangs zu Gütern und Dienstleistungen (ABl. EG L 373/37). Eine weitere Gruppe von Vorschriften beabsichtigt einen besonderen *Nachteilsausgleich*. Die VO (EG) 1107/2006 über die Rechte von behinderten und ihrer Mobilität eingeschränkten Flugreisenden stellt Verhaltensgrundsätze für die Behandlung dieser Passagiergruppe auf, ABl. EG L 204/1. In die gleiche Richtung zielen die Diskriminierungsverbote für ältere, behinderte und besonders bedürftige Personen in Art. 6 Abs. 1, Art. 7 der UniversaldienstRL 2002/22/EG, ABl. EG L 108/51, in Art. 8 Abs. 2 lit. a, Abs. 4 lit. e der TK-RahmenRL 2002/21/EG, ABl. EG L 108/33 sowie die besondere urheberrechtliche Schrankenbestimmung in Art. 5 Abs. 3 lit. b) der Info-Soc-RL 2001/29/EG, ABl. EG L 167/10. *Rassistisch oder ethnisch motivierte Diskriminierungen* verbieten Art. 2, Art. 3 Abs. 1 lit. h der AntidiskriminierungsRL 2000/43/EG, ABl. EG L 180/22 und

handlungsgebot zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehört,²⁹ kommt es auf die Umsetzung in der Grundrechts-Charta nicht einmal mehr an. Den gleichen Befund wird man für den Schutz der Menschenwürde³⁰ und den Minderjährigen- und Jugendschutz³¹ wagen dürfen. Der vereinzelt, vor allem in den verbraucherschutz- und datenschutzrelevanten Materien zu findende Hinweis auf den Schutz der Privatsphäre,³² besitzt im europäischen Recht (noch) keine Anknüpfung an die Menschenwürde, wohl aber eine eigenständige Ausformulierung. Ob die zahlreichen Erwähnungen des Umweltschutzes einem ethischen Bewusstsein entspringen, ist zweifelhaft, zumal der Umweltschutz wie auch die Gleichstellung von Männern und Frauen zu den Vertragszielen der Gemeinschaft gehört (Art. 2 EG).

Art. 2 S. 2 der E-Commerce-RL 2000/31/EG. Erweitert wird das Verbot auf politisch, religiös oder weltanschaulich motivierte Diskriminierungen in Art. 5 Abs. 1 der PostdiensteRL 97/67/EG, ABl. EG L 15/14. In engem Zusammenhang hierzu stehen die Inhaltsverbote nach der RL über audiovisuelle Mediendienste, vgl. Art. 3e Abs. 1 c) ii und die Datenselektionsverbote nach Art. 8 Abs. 1 der Datenschutz-RL 95/46/EG, ABl. EG L 281/31.

²⁹ Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH gehören die Grundrechte „zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ..., deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat“. Maßstab hierfür sind die „gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie ... Hinweise ..., die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Hierbei kommt der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten besondere Bedeutung zu“, so *EuGH Slg.* 2004 I 9609, Rn. 33 – *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH* mit Verweisung auf *EuGH Slg.* 1991 I 2925, Rn. 41 – *ERT*; *EuGH Slg.* 2001 I 1611, Rn. 37 – *Connolly/Kommission*; *EuGH Slg.* 2002 I 9011, Rn. 25 – *Roquette Frères*; *EuGH Slg.* 2003 I 5659, Rn. 71 – *Schmidberger*.

³⁰ Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Gemeinschaft zählt diesen Schutz *EuGH Slg.* 2004 I 9609, Rn. 34 – *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH*. Die Grundrechts-Charta nimmt die Menschenwürde in Art. 1 in Bezug. Im Sekundärrecht sind vor allem die Inhaltsgebote für audiovisuelle Mediendienste in Art. 3e Abs. 1 lit. c (i) der RL 2007/65/EG, ABl. EG L 332/27 sowie die Patentierungsverbote der RL 98/44/EG über biotechnologische Erfindungen, ABl. EG L 213/13 von Bedeutung. Zu dem „blinden Fleck“ des Patentrechts vor Erlass der Richtlinie *Peifer*, in: FS Reimar Koenig, 2003, S. 435 ff.

³¹ Im Primärrecht wird der Aspekt nicht genannt. Im Sekundärrecht befassen sich die medienbezogenen Richtlinien, insbesondere die Sende- und Werbeverbote der AVMD-RL 2007/65/EG mit dem Gesichtspunkt in Art. 3e Abs. 1 lit. e und f, ferner Abs. 3; Abs. 4; Art. 3 g Abs. 2 Satz 2; Art. 3h sowie Kapitel V. Ferner sehen die auf die Wirksamkeit von Handelsgeschäften bezogenen Rechtsakte, wie die allgemeine FernabsatzRL 97/7/EG, ABl. EG L 144/19 in Art. 4 Abs. 2 Hs. 2 und die Finanzdienstleistungs-FernabsatzRL 2002/65/EG, ABl. EG L 271/16 i.d.F. der RL 2007/64/EG in Art. 3 Abs. 2 2. HS. einen besonderen Schutz nicht geschäftsfähiger Personen vor.

³² Art. 1 Abs. 1, Art. 13 Abs. 2 der Datenschutz-RL 95/46/EG, ABl. EG L 281/31; Art. 1 Abs. 1, Art. 13 Abs. 2 der RL 2002/58/EG über den elektronischen Kommunikationsdatenschutz, ABl. EG L 201/37; Art. 10 der Finanzdienstleistungsfernabsatz-RL 2002/65/EG, ABl. EG L 271/16; Art. 10 der FernabsatzRL 97/7/EG, ABl. EG L. 144/19 und Art. 7 E-Commerce-RL 2000/31/EG, ABl. EG L 178/1.

II. Handlungsethik und Acquis Communautaire

1. Allgemeine Öffnungsklausel

Öffnungsklauseln für ethische Verhaltensmaßstäbe, die nicht zu Rechtswerten geworden sind, finden sich selten im primären und im sekundären Gemeinschaftsrecht. Das ist nicht verwunderlich, gilt doch auf Kompetenzebene das aus Art. 5 Abs. 1 EG entnommene Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.³³ Daraus folgt naturgemäß, dass die Gemeinschaft keine Kompetenz zur Kultur- und Geschmacksbildung besitzt. Wenn sie sich mit diesen Fragen regulativ beschäftigt, dann lediglich, um klarzustellen, in welcher Weise Mitgliedstaaten die vom Gemeinschaftsrecht gewährten Freiheiten unter Hinweis auf ethische Verhaltensstandards beschneiden dürfen.

Der Schutz ethischer Werte, die nicht zugleich Rechtswerte sind, erfordert gleichwohl ein Einfallstor in der Rechtsordnung. Im Lauterkeitsrecht gibt es ein solches Einfallstor auf der Ebene des Völkerrechts dadurch, dass Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ Wettbewerbshandlungen als unlauter ansieht, die den „anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel“ zuwiderlaufen. Diese Formulierung ist modellhaft für die nationalen wettbewerbsrechtlichen Generalklauseln, die von „anständigen Gepflogenheiten“, der „beruflichen Korrektheit“, der „beruflichen Sorgfalt“ oder „den guten Sitten“ sprechen.³⁴

Auch das europäische Richtlinienrecht nimmt die Formulierung der PVÜ in modifizierter Form auf, wenn es von der „beruflichen Sorgfalt“ spricht.³⁵ Was genau dies ist, wird aber sowohl im Völker- als auch im Europarecht der Ausformulierung durch den nationalen Gesetzgeber und die nationalen Gerichte überlassen. Insbesondere lässt Erwägungsgrund Nr. 7 der Richtlinie 2005/29/EG den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, „die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands“ selbst zu regeln. Der Erwägungsgrund stellt ausdrücklich klar, dass solche Praktiken per se verboten werden dürfen, selbst wenn sie „die Wahlfreiheit des Verbrauchers nicht beeinträchtigen“. Ausdrücklich als Beispiel genannt wird das gezielte Ansprechen von Passanten auf der Straße.³⁶ Allerdings sollen bei Anwendung einer solchen Generalklausel im harmonisierten Bereich „die Umstände des Einzelfalles umfassend gewürdigt werden“. Das spricht dafür, dass der im europäischen Recht anerkannte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Grenze zu beachten ist.

³³ *EuGH* Slg. 2000 I 2247, Rn. 83 – *Deutschland/Europäisches Parlament und Rat; Callies/Ruffert*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2007, Art. 5 EGV Rn. 8; ausführlicher *Krauß*, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, 1991, S. 16 ff.

³⁴ Vgl. hierzu das rechtsvergleichende Gutachten von *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367 (1379 f).

³⁵ Art. 5 Abs. 2 lit. a RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken.

³⁶ Vgl. *BGH GRUR* 2005, 443 – *Ansprechen in der Öffentlichkeit II*; *BGH GRUR* 2004, 699 – *Ansprechen in der Öffentlichkeit I*.

Immerhin zeigt Erwägungsgrund Nr. 7 der UGP-Richtlinie, dass die Ausübung von Marktfreiheiten aus Gründen „der guten Sitten und des Anstands“ beschränkt werden kann. Einbruchstor für diese Erwägungen ist wiederum die lauterkeitsrechtliche Generalklausel und deren Rückendeckung durch Art. 5 Abs. 2 lit. a der Richtlinie. Die inhaltliche Ausdifferenzierung obliegt vollständig den Mitgliedstaaten.

2. Ethische und religiöse Bedenken

Ein zweiter Ansatzpunkt findet sich im sekundären Gemeinschaftsrecht mit Blick auf religiöse Umstände. Wenn die VO (EG) 1829/2003 den freien Verkehr mit genetisch veränderten Lebens- und Futtermitteln einschränkt, so geschieht dies auch zur Wahrung „ethischer und religiöser Bedenken“, denn nach Art. 13 Abs. 2 lit. b muss eine besondere Kennzeichnung dieser Lebensmittel erfolgen, wenn „ein Lebensmittel Anlass zu ethischen oder religiösen Bedenken geben könnte“ (vgl. auch Art. 17 Abs. 3 lit. g und Art. 25 Abs. 2 lit. d). Bei der Ausgestaltung der Schrankenbestimmungen in der Informationsgesellschaft dürfen „religiöse Veranstaltungen“ nach Art. 5 Abs. 3 lit. g privilegiert werden. Schließlich erlaubt die Markenrechtsrichtlinie 2008/95/EG³⁷ in Art. 3 Abs. 2 lit. b den Mitgliedsstaaten, bestimmte religiöse Symbole von der Eintragung als Marke auszuschließen. Man kann mithin folgern, dass das europäische Recht im Bereich der Religion Einschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung durchaus offen gegenübersteht.

D. Ethik im deutschen Wettbewerbsrecht

I. Allgemeinethik und Wirtschaftsethik

Im deutschen Wettbewerbsrecht ist spätestens seit Streichung der „guten Sitten“ im Gesetzestext der Ehrgeiz, Handlungsethik rechtlich durchsetzbar zu gestalten, auf dem Rückzug. Die in Judikatur und Rechtslehre verwendeten Formulierungen unterschieden auch früher nicht streng zwischen Sitte und Sittlichkeit, zwischen Ethik und Anstand. Der Wortlaut der früheren wettbewerbsrechtlichen Generalklausel nahm Anleihen bei §§ 138, 817, 826 BGB. Die diesbezüglichen Gesetzesmaterialien deuten darauf hin, dass sowohl Ethik als auch Anstand (Sitte und Sittlichkeit) bei der Auslegung eine Rolle spielen sollen.³⁸ Noch heute bestimmt das „Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden“ jedenfalls den Beginn der Fallsubsumtion im bürgerlichen Recht. Im Lauterkeitsrecht wurde gleichwohl von dieser Terminologie nur zögerlich Gebrauch gemacht. So verengte man das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden typischerweise auf die billig und gerecht denkenden Gewerbebetreibenden.³⁹ Das spricht für eine besondere Wirtschaftsethik. Allerdings

³⁷ Die bisherige MarkenrechtsRL 89/104/EWG, ABl. EG L 40/1 wurde redaktionell geändert und in der Form der RL 2008/95/EG neu kodifiziert, vgl. ABl. EG L 299/28. Die Konkordanztafel befindet sich im Anhang der Richtlinie. Sachliche Änderungen gab es nicht.

³⁸ Vgl. hierzu m.w.N. *Eckert*, a.a.O. (Fn. 1).

³⁹ So später der BGH, vgl. BGHZ 10, 228 (232); 15, 356 (364); 17, 327 (332); 22, 167 (181); 23, 184 (186).

haben die Gerichte zunächst auch solche Verhaltensweisen untersagt, die zwar möglicherweise nicht der Kaufmannslehre, wohl aber dem Anstandsgefühl der Allgemeinheit widersprachen.⁴⁰ Der jeweils strengere Maßstab konnte damit entscheiden, die Allgemeinmoral wurde auch zur Wirtschaftsmoral. Die Kritik an dieser Verfahrensweise wurde bereits erwähnt.⁴¹

II. Wirtschaftsethik als Funktionsvoraussetzung

Mit der zunehmenden Überzeugung davon, dass die „guten Sitten“ wettbewerbsfunktionale und nicht allgemein verhaltensleitende Aufgaben haben, war diese Linie auf dem Rückzug. Im Jahre 2001 stellte der BGH fest, dass Maßstab für die Bestimmung der „guten Sitten“ nach § 1 UWG a.F. zwar grundsätzlich sowohl die Wertvorstellungen der beteiligten Verkehrskreise als auch die der Allgemeinheit sein können. Gleichwohl müsse die Interessenabwägung „mit Blick auf die Auswirkungen des wettbewerblichen Vorgehens“ erfolgen.⁴² Die Busengrabscher- und die Benetton-Fälle nahmen im Ergebnis weniger auf Kategorien der Allgemeinmoral Bezug, befürchtet wurde vielmehr, dass die massenhafte Nutzung von als auß-erwettbewerbsrechtlich empfundenen Werbemitteln zu Nachahmereffekten führen könnte, die insgesamt den sog. Leistungswettbewerb beeinträchtigen.⁴³

III. Gute Sitten am Vorabend der UWG-Reform 2004

Man wird – ohne die vielfach nachgezeichnete Entwicklung im Einzelnen akribisch nachzuzeichnen – folgende Einsichten als am Vorabend der UWG-Reform 2004 feststehend ansehen können:

1. Zu den anständigen Gepflogenheiten im Wettbewerbe gehören unstreitig nicht die im Kaufmannsverkehr eingerissenen Unsitten.⁴⁴ Zu den guten Sitten gehören allerdings sowohl die in den einschlägigen Verkehrskreisen der Kaufmannschaft als anständig angesehenen Gepflogenheiten als auch diejenigen Überzeugungen, die im übrigen Wettbewerb, nicht aber notwendig über diesen Bereich hinaus, als ethisches oder sittliches Verhalten angesehen werden.⁴⁵

⁴⁰ Zu § 826 in wettbewerbsrechtlichen Fällen: RGZ 48, 114 (124 f.); entsprechend dann zu § 1 UWG: RGZ 80, 219 (221); RGZ (GS) 150, 1 (5); RGZ 166, 315 (318 f). Entsprechend die Rechtsprechung des BGH: BGHZ 110, 156 (174 f.) = NJW 1991, 287. Ähnlich bereits vorher: BGHZ 19, 392 (396 f.); BGHZ 23, 365 (371 f.); BGHZ 34, 264 (270 f.); BGHZ 43, 278 (281f.); BGHZ 51, 236 (240); BGHZ 54, 188 (190); BGHZ 56, 18 (19); BGHZ 59, 317 (319); BGHZ 103, 203 (206); *BGH NJW 1993, 3329 – Folgeverträge*.

⁴¹ Oben Fn. 3.

⁴² *BGH GRUR 2001, 1181 (1182) – Telefonwerbung für Blindenware*; ebenso vorher bereits BGHZ 130, 5 = GRUR 1995, 592 (594): „Die damit vorausgesetzte sittlich-rechtliche Wertung ist im Blick auf die Funktion des § 1 UWG im Wettbewerb vorzunehmen, so daß eine Orientierung allein nach allgemein ethischen Moralvorstellungen nicht genügen kann.“

⁴³ Vgl. etwa BGHZ 130, 5 = GRUR 1995, 592 (595) – *Busengrabscher*.

⁴⁴ Vgl. nur BGHZ 30, 7 – *Caterina Valente*.

⁴⁵ Vgl. nur *BGH*, a.a.O. (Fn. 43), 594.

2. Mit Mitteln des UWG soll keine Geschmackszensur in Werbung und Wettbewerb betrieben werden.⁴⁶

Diese Erkenntnis wird recht eindeutig formuliert in der Entscheidung des KG zum „Busengrabscher“-Fall. Das Gericht führt hierzu aus: „Die schlüpfrig niedrige Ebene sexueller Anspielung ... ist nicht geeignet, das sittliche Empfinden ... zu verletzen, ... (sondern) erkennbar bloß anzüglicher Scherz.“⁴⁷ Der Bundesgerichtshof sah dies auf der Abwägungsebene anders und argumentierte, dass zwar eine: „Orientierung allein nach allgemein ethischen Moralvorstellungen nicht genügen kann“. Die Grenze zur Sittenwidrigkeit sei aber überschritten, wenn eine Werbung: „in grobem Maße gegen das allgemeine Anstandsgefühl verstößt und dadurch ärgerlicherregend und belästigend wirkt“.⁴⁸

Diese Begründung würde heute so wohl nicht mehr wiederholt werden. Schon die Entscheidung des OLG München zu einer Werbung für Wodka, die das Motiv einer Wodkaflasche und daneben das Bild einer Frau zeigte, die einen Latexanzug trug, der durch einen Reisverschluss vollständig zu öffnen war, wurde nicht mehr verboten, obgleich der Slogan „Hätten Sie nicht Lust, Sie gleich zu öffnen“ ohne weiteres als anzüglich gelten konnte.⁴⁹ Das Gericht argumentierte in bewusster Abgrenzung zur BGH-Entscheidung im Fall „Busengrabscher“ aber, dass kein grober Verstoß gegen das Anstandsgefühl vorliege, weil es am „eindeutigen sexuellen Gehalt“ fehle. Die Anzeige „spielt somit vieldeutig-mehrdeutig mit möglichen Assoziationen.“

3. In Einzelfällen können allerdings diskriminierende Darstellungen in der Werbung als unlauter angesehen werden. Das setzt allerdings voraus, dass ein Verstoß gegen die Menschenwürde, insbesondere gegen die Würde der zum bloßen Objekt sexueller Begierde degradierten Frau, zum Ausdruck kommt.⁵⁰ Diese Begründung war bereits in „Busengrabscher“ verwendet worden.⁵¹ Fälle der diskriminierenden Werbung kommen in der gerichtlichen Praxis allerdings heute kaum noch vor. Das ist anders in den Verfahren der Werbeselbstkontrolle.⁵² Dort

⁴⁶ Vgl. nur BGH GRUR 1970, 557 – *Erotik in der Ehe*.

⁴⁷ KG GRUR 1993, 778 – *Busengrabscher*.

⁴⁸ BGH a.a.O. (Fn. 43), 594.

⁴⁹ OLG München, NJW-RR 1997, 107.

⁵⁰ Explizit verboten ist diese Werbung wohl nur in Norwegen, vgl. § 1 Abs. 2 norwegisches Marktgesetz, hierzu und zur Zurückhaltung in den übrigen Ländern *Kur*, WRP 1995, 790-796; *Wassermeyer*, *Diskriminierende Werbung*, 2000, S. 203.

⁵¹ Vgl. nur BGH, a.a.O. (Fn. 43), 594.

⁵² Die aus dem Jahr 2004 stammenden Grundsätze des Deutschen Werberates verbieten in der kommerziellen Werbung Bilder und Texte, welche die „Menschenwürde und das allgemeine Anstandsgefühl verletzen“. „Vor allem dürfen keine Aussagen oder Darstellungen verwendet werden, (...) die Personen auf ihre rein sexuelle Funktion reduzieren und/oder deren ständige sexuelle Verfügbarkeit nahelegen.“ Dementsprechend wurden in einem aktuellen Fall zwei Restaurants öffentlich gerügt, weil sie in Prospekten und in Anzeigen Wildspeisen mit halbnackten Frauen unter der Überschrift „Total wild“ „garnierten“. Zu sehen war in dem Werbematerial neben der Wildspeisenkarte eine Frau mit heraufgezogenem Hemd, die sich an die Brustwarzen fasst. Diese Form der kombinierten Hinlenkung auf ein Speisenangebot sei, so der

spielt es auch eine Rolle, ob Nacktheit nur als Blickfang und ohne jeden Bezug zu dem in der Werbung angebotenen Produkt genutzt wird. Werberügen werden allerdings auch dort nicht mehr mit Argumenten des Anstands, sondern solchen der Degradierung von (vorwiegend weiblicher) Nacktheit zum reinen Objekt der Aufmerksamkeit begründet.⁵³

4. Die Ausnutzung von Mitgefühl zu Zwecken der Produktwerbung ist nach einer dichten Reihe von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zur Reichweite der unternehmerischen Meinungs- und Werbefreiheit grundsätzlich nicht (mehr⁵⁴) unlauter,⁵⁵ in Einzelfällen kann selbst die Funktionalisierung der Menschenwürde zu Zwecken des wettbewerblichen Erfolgs zulässig sein, jedenfalls solange nicht die Menschenwürde eines konkret Betroffenen angegriffen wird.⁵⁶
5. Insgesamt ist damit die Allgemeinethik als Verhaltensmaßstab im deutschen Wettbewerbsrecht weitgehend verschwunden. Bevor man dies bedauert und darüber nachdenkt, von den Öffnungsklauseln des europäischen Rechts Gebrauch

Werberat, menschenverachtend und beleidigend. Motive samt Text verstießen gegen die Grundsätze des Werberats, weil sie herabwürdigend und personenverachtend seien (Pressemitteilung des Deutschen Werberates vom 28.4.2009), vgl. www.werberat.de.

⁵³ In der *jüngeren Praxis der Werbeselbstkontrolle* wurden – neben dem in der vorigen Fußnote erwähnten – folgende Kampagnen als herabwürdigend gerügt: (1) Ein Computeranbieter bewarb PC-Gehäuse in einer doppelseitigen Zeitschriftenanzeige mit einer im Profil fotografierten nackten Frau, die ihre Arme in die Höhe reckt. Die Anzeige war überschrieben mit „Spiel. Satz. Sieg!“ (Begründung für das Verbot: Nutzung der Werbung als Blickfang ohne Bezug zu den beworbenen Waren). (2) Ein Veranstalter von Konzerten und Tanzveranstaltungen warb – auch in der Umgebung von Schulen – mit einem Plakat, auf dem ein Frauengesäß abgebildet wurde, begleitet von den Werbesprüchen: „Du hast den ... Arsch der Welt?“ und „Zeig mir Deinen Arsch!“ (Begründung: Plakat habe pornografischen Charakter, verletze das allgemeine Anstandsgefühl, präsentiere Frauen als reine Sexualobjekte und fördere dadurch eine abwertende Einstellung zur Sexualität). (3) Ein Fuhrpark-Betrieb warb auf seinen Lieferwagen mit einem nackten Frauenkörper neben dem Firmennamen und dem Text „Schönheit kommt von innen“. (Begründung: Gleichstellung einer Frau mit Frischfleisch menschenunwürdig und in hohem Maße frauenfeindlich); (4) Werbung für einen Likör mit dem Namen „Ficken“ (Begründung: bewusst hergestellter Zusammenhang zwischen Alkohol und Geschlechtsverkehr, so dass der Eindruck erweckt wurde, das Getränk fördere sexuellen Erfolg). Sämtliche Fälle sind dokumentiert auf der Homepage des Deutschen Werberates www.werberat.de. Weitere Beispiele finden sich bei *Steinbeck*, ZRP 2002, 435 (437).

⁵⁴ Anders noch *BGH NJW 1995, 2488 – Ölverschmutzte Ente* mit Anm. *Marly*, LM H. 11/1995, § 1 UWG Nr. 693; ablehnend zu dem Konzept u. a. *Sosnitza*, GRUR 1993, 540; *Reichold*, WRP 1994, 219; *Emmerich*, JuS 1995, 1041. Von einer Belästigung des Adressaten geht aus *Henning-Bodewig*, WRP 1994, 533 (535); *dies.*, GRUR 1993, 950 (952).

⁵⁵ BVerfGE 102, 347 = GRUR 2001, 170 m. zust. Anm. *Fezer*, NJW 2001, 580-583; v. *Becker*, GRUR 2001, 1101-1105; *Hartwig* § 1 UWG, NJW 2002, 38-39. Ferner *BVerfG NJW 2002, 1187* = GRUR 2002, 455 – *Tier- und Artenschutz*, m. zust. Bespr. *Bottenschein*, WRP 2002, 1107-1111.

⁵⁶ Vgl. hierzu BVerfGE 107, 275 = GRUR 2003, 442 (444) – *Benetton-Werbung II*; anders noch *BGHZ 149, 247 – H.I.V. Positive II*; skeptisch zur Operationalisierbarkeit der Menschenwürde im Wettbewerbsrecht bereits *Beater*, *Unlauterer Wettbewerb*, 2002, § 25 Rn. 35; für mehr Mut allerdings *Ahrens*, *Menschenwürde als Rechtsbegriff im Wettbewerbsrecht*, FS Schrickler, 2005, S. 619 (627): „Zu eng wäre es, die Verletzung der Würde konkreter Personen zu verlangen“.

zu machen, sollte man das Augenmerk darauf richten, mit welchen wettbewerbsrechtsimmanenten Mitteln das UWG auf die Entwicklungen im modernen Marketing in der Post-Benetton-Ära reagiert. Diese Instrumente können angewendet werden, wenn die Wahrung von Anstand und Verantwortung zum unternehmerischen Handlungsmaßstab und damit zum Marktgut wird. Das ist im Rahmen der Entdeckung des *good corporate citizen* und der *corporate social responsibility* (CRS) geschehen.

E. Ethische Argumente als Verkaufsargumente

I. Unternehmensethik als Werbemittel

Wirtschaftsethik wird zunehmend von den Public Relations Abteilungen der Unternehmen in die operativen Bereiche transferiert. Die zunehmende Bewerbung karitativer Aktivitäten von Unternehmen ist nicht nur auf die gelockerte Rechtsprechung in diesem Bereich zurückzuführen.⁵⁷ Sie ist ein Instrument, um Sympathie bei den prospektiven und aktuellen Kunden zu wecken bzw. zu erhalten. Die CRS erfasst immer mehr Bereiche, so etwa:

- die Betonung einer guten Corporate Governance,
- der Hinweis auf umweltschonendes Verhalten, ressourcenschonende Produkte oder die finanzielle Unterstützung des Umweltschutzes,⁵⁸
- das Bekenntnis zum Vorgehen gegen die Schattenwirtschaft und zur Beförderung der Steuermoral,
- das Vorgehen gegen Korruption in den eigenen Reihen und im Finanzbereich das Bekenntnis zur Eindämmung von Insiderhandel und Spekulation;
- das Bekenntnis zum diskriminierungsfreien Umgang mit Mitarbeitern, Kunden und Zulieferern,
- die Formulierung von Verhaltensstandards bei der Ausgestaltung der Produktionsbedingungen (Mitarbeiter-, Kinder- und Tierschutz in der Produktion),
- die Formulierung von Standards der Einstellungs- und Ausbildungspolitik und familiengerechter Arbeitsbedingungen;
- im Sportbereich das Bekenntnis gegen den Umgang mit Drogen,

⁵⁷ Allerdings wurde gemutmaßt, dass diese Rechtsprechung sozial- und kulturpolitisches Engagement von Unternehmen in der Vergangenheit verhindert hat, vgl. *Nordemann/Dustmann*, in: FS Tillmann, S. 207 (212).

⁵⁸ Diese Fallgruppe hat bisher in der lauterkeitsrechtlichen Judikatur eine besondere Rolle gespielt, vgl. die früheren Verbotsfälle *KG GRUR* 1984, 635 – *Ein Baum für Köln* (Ford-Händler wirbt damit, für jeden verkauften PKW der Stadt Köln einen Baum zu spenden); *OLG Köln WRP* 1993, 346 (Hinweis auf Umweltengagement); *OLG Stuttgart WRP* 1999, 456 – *Schokolade für die Umwelt* (Warensonderaktion von Ritter mit Bezugnahme auf die Unterstützung von Fundraising, das bedrohten Tierarten zugute kommen soll); zur neueren Sichtweise *BVerfG GRUR* 2002, 455 – *Tier- und Artenschutz*; *BGH GRUR* 2006, 75 – *Artenschutz*.

- der Hinweis auf Sponsoringtätigkeiten im Bereich von karitativen Tätigkeiten⁵⁹ sowie auf Kunst und Kultur (Mäzenatentum),
- die Einhaltung von Werbestandards (Selbstkontrolle).

Die Tendenz, sich als ethisch verantwortungsbewusst und um Nachhaltigkeit ernsthaft bemühtes Unternehmen zu präsentieren, ist nicht neu. In den USA setzte diese Tendenz bereits in den 1960er und 1970er Jahren ein.⁶⁰ Einer der Auslöser war der Vietnamkrieg, in dessen Verlauf gegen Herstellung und Vertrieb des Entlaubungsgifts *agent orange* durch das Chemieunternehmen *Dow Chemical* protestiert wurde. Umweltverträgliches, Kinderarbeit meidendes, Arbeitssicherheit und sozialen Schutz gewährendes, nachhaltiges Wirtschaften wurde seither immer wieder zum Anlass genommen, zum Boykott gegen Unternehmen aufzurufen, welche gegen diese als Grundregeln moralischen Wirtschaftens angesehenen Regeln verstießen.⁶¹ Die Frage, ob das Management eines Unternehmens Teile des den Eigentümern zustehenden Überschusses in den Aufbau eines positiven Erscheinungsbildes investieren, ob Umsatzanteile an wohltätige Organisationen weitergegeben werden dürfen, mag man mit gesellschaftsrechtlichen Argumenten des *shareholder value* anzweifeln.⁶² Die tatsächliche Entwicklung ist darüber hinweggegangen. Die betriebswirtschaftliche Literatur wird nicht müde zu behaupten, dass Tugend ein Marktgut geworden ist, dementsprechend der Erwerb sozialen Kapitals durch Investitionen in die Stärkung dieses Gutes auch unternehmerisch sinnvoll und ertragbringend ist.⁶³

Dieses Bekenntnis ist nicht ohne Gegenstimmen. Eine Untersuchung von *Vogel* kommt für den Beginn des 21. Jahrhunderts zu der Einschätzung, dass CRS keineswegs ein sicheres oder gar obligatorisches Erfolgsrezept ist, sondern Unternehmen,

⁵⁹ Vgl. *BGH GRUR* 1987, 534 – *McHappy-Tag* („Erlös von jedem verkauften Mc Mac geht voll als Spende an das Deutsche Kinderhilfswerk e.V.“); *OLG Hamburg GRUR-RR* 2004, 216 – *Kindernothilfe* („Kaloderma unterstützt die Kindernothilfe e.V.“).

⁶⁰ *D. Vogel*, *The Market for Virtue. The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility*, 2005, S. 6.

⁶¹ Vgl. in Deutschland nur *OLG Hamburg*, *NJW-RR* 1998, 1121 (Markenanlehnung in kritischer Absicht: Zu Totenkopf verfremdete Shell-Muschel); und die Beispiele bei *Möllers*, *NJW* 1996, 1374-1378.

⁶² Die Frage wurde in der Tat thematisiert von *A.P. Smith Mfg. Co v. Barlow* 13 N.J. 145 = 98 A.2d 581 (N.J. 1953). Der Supreme Court von New Jersey befand, dass diese Praxis sehr wohl im Einklang mit dem Gesellschafterinteresse stehe, weil Unternehmen ebenso wie Menschen philanthropisch handeln dürften (98 A.2d 581 (586)).

⁶³ Stellvertretend für viele: *Chris Laszlo*, *The Sustainable Company: How to Create Lasting Value through Social and Environmental Performance*, Washington 2003, S. xxiii: „... an integrated economic, social, and environmental approach leads to more enduring shareholder value. (...) It is a long-term strategy, uniquely relevant to the twenty-first century, in which responsible social change can become a source of innovation and profits rather than added cost.“ Bereits 2002 kam eine von PricewaterhouseCoopers durchgeführte Befragung zu der Einschätzung, dass „70 percent of global chief executives believe that CSR is vital to their companies' profitability“, zitiert bei *Vogel*, a.a.O. (Fn. 60), S. 20.

die sich egoistisch verhalten, häufig besser abschneiden.⁶⁴ In der Beobachtung der tatsächlichen Praxis in den Unternehmen liest man auch die nicht unplausible Einschätzung, dass die Behauptung, korporativ verantwortlich zu handeln, zu „95% aus Rhetorik und nur zu 5% aus tatsächlichen Handlungen“ besteht.⁶⁵

Gleichwohl ist unbestritten, dass CSR in einer globalisierten und deregulierten Wirtschaftslandschaft ein Weg ist, um Verhaltensmaßstäbe auch ohne unmittelbare und imperative staatliche Regelung dort durchzusetzen, wo Unternehmen, sei es auch aus eigennützigen Motiven, beginnen, solche Verhaltensmaßstäbe als wettbewerbsrelevant anzusehen. Anders formuliert: Nachdem das Lauterkeitsrecht die Zügel für gefühlsbetonte, schockierende und die Spendenbereitschaft des Verbrauchers ansprechende Werbung erheblich gelockert hat, hat es die wettbewerbliche Relevanz solcher Werbung gefördert. Damit allerdings ist seine Gestaltungswirkung wieder berufen. Denn wenn für den Verbraucher das karitative und soziale Verhalten eines Unternehmens Bedeutung erhält, wird die Werbung mit solchen Verhaltensweisen auch marktentscheidungsrelevant.

II. Lauterkeitsrechtliche Relevanz

Zu den tradierten Kontrollmaßstäben des Lauterkeitsrechts gehört es, irreführende und intransparente Praktiken zu bekämpfen. In diesem Zusammenhang spielt die Werbung mit karitativem Engagement eine Rolle. Prominent hervorgetreten in dieser Richtung ist der Fall „Krombacher“. Die Brauerei warb unter anderem mit folgendem Motiv für die Koppelung eines Warenverkaufs mit dem Versprechen einer Sponsoringleistung.⁶⁶



⁶⁴ Vogel, a.a.O. (Fn. 60), S. 45.

⁶⁵ Moskowitz, What Has CSR Really Accomplished?, Business Ethics (Mai/Juni/Juli/August 2004), S. 4.

⁶⁶ In der Bildunterschrift hieß es unter anderem: „Die Krombacher Regenwald-Aktion läuft vom 01.05. bis 31.07.2002. In diesem Zeitraum wird mit jedem gekauften Kasten Krombacher 1m² Regenwald in Dzanga Sangha nachhaltig geschützt. Dies stellt der WWF Deutschland sicher.“

Erkennbar hat das Engagement keinen Produktbezug.⁶⁷ Das plakative Versprechen „Schützen Sie 1m² Regenwald.“ wurde auch nicht als vertragliche Gegenleistung für den Produkterwerb in Aussicht gestellt oder verstanden. Die entscheidende Frage in solchen Konstellationen lautet letztlich: Genügt jede Form des mit dem Versprechen in Zusammenhang stehenden Engagements? Bejaht man dies und ist das Engagement marktentscheidungsrelevant für den Abnehmer, so wäre ein unterlassenes Engagement irreführende geschäftliche Handlung. Die weitere Frage lautet, ob die Werbung Art und Ausmaß des konkreten Engagements näher darlegen muss, um ausreichend transparent zu sein.⁶⁸ Auch diese Frage hängt davon ab, ob Ausmaß und Art des Engagements für den Kunden und Werbeadressaten marktentscheidungsrelevant sind. Der BGH hat die erstgenannte Frage bejaht, die zweite Frage jedoch verneint.⁶⁹ Eine besondere Aufklärungspflicht will das Gericht erst annehmen, wenn „die Werbung konkrete, für die Kaufentscheidung relevante irrige Vorstellungen hervorruft“.

Interessant für den vorliegenden Zusammenhang ist, dass der BGH anerkannt hat, dass ein unrichtiges Sponsoringversprechen irreführende Werbung ist. Das folgt nun § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 des UWG 2004, wonach nicht nur Produkt- und Unternehmenseigenschaften im engeren Sinne, sondern auch „Aussagen oder Symbole, die im Zusammenhang mit direktem oder indirektem Sponsoring stehen“ „zur Täuschung geeignete Angaben“ sein können. Ein begrenztes Potential hat zudem § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 UWG, der vorsieht, dass der Hinweis auf die Einhaltung eines Verhaltenskodexes, auf den sich der Unternehmer verbindlich verpflichtet hat, zu den Umständen gehört, über welche irreführt werden kann.⁷⁰ Allerdings kommt eine positive Irreführung nur in Betracht, wenn auf eine verbindliche Verpflichtung hingewiesen, diese aber nicht eingehalten wird. Die Crux liegt in dem Attribut „verbindlich“. Geht man davon aus, dass eine „verbindliche“ Verpflichtung zumindest voraussetzt, dass der Kodex überwacht und die Nichteinhaltung sanktioniert wird, so würde man eine eindeutige Verpflichtungserklärung verlangen müssen.⁷¹ Die bloß freiwillige Befolgung genügt dann nicht. Immerhin wird § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 UWG flankiert durch ein per se-Verbot in Nr. 1 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG,⁷² der die unwahre Angabe eines Gewerbetreibenden, zu den „Unterzeichnern“ eines Kodexes zu gehören, für ohne weiteres unlauter erklärt. Auch hier muss es sich jedoch um eine ausdrückliche Angabe handeln, das bloße Erwecken des Eindrucks, man verhalte sich kodexgetreu, genügt nicht.

⁶⁷ Darauf kommt es in der Tat nicht mehr an, vgl. nur *BGH*, a.a.O. (Fn. 58), Rn. 18.

⁶⁸ So *OLG Hamm* NJW 2003, 1745 = GRUR 2003, 975. Der Verfasser ist Mitglied des entscheidenden Senats, war jedoch an der Entscheidung selbst nicht beteiligt.

⁶⁹ *BGH* GRUR 2007, 247, Rn. 23 – *Regenwaldprojekt*; vgl. auch Rn. 29 (zur Irreführung).

⁷⁰ Damit dürfte die Kritik überholt sein, die davon ausging, dass die Einhaltung von Verhaltenskodizes aus Sicht des Verbrauchers keinen marktentscheidungserheblichen Umstand darstellt, vgl. insoweit *Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, S. 32; *Seichter*, WRP 2005, 1087 (1095).

⁷¹ *Fezer/Peifer*, UWG, § 5 Rn. 399 und 400; *Dreyer*, WRP 2007, 1295 (1297).

⁷² Flankiert wird das Verbot durch Nr. 3 des Anhangs, wonach die unwahre Angabe, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt, als per se unlauter gilt.

Größeres Potential gibt es im Bereich der irreführenden Unterlassung. Hier ist der Gestaltungsspielraum für die Gerichte noch groß. Zu klären ist hier, ob es ein anerkanntes Interesse des Kunden daran gibt, über die Eigenschaften der immateriellen Zusatzleistung (= Sponsoring) hinreichend aufgeklärt zu werden. Während man zum UWG 2004 noch argumentieren konnte, dass das UWG eine allgemeine Aufklärungspflicht nicht kennt,⁷³ wird dieses Argument zum UWG 2008 problematisch. Jedenfalls im Rahmen des neuen § 5a Abs. 3 UWG, der auf europäische Grundlagen zurückgeht (Art. 7 RL 2005/29/EG), ist der Katalog der Informationspflichten erheblich ausgeweitet worden. Sponsoringbehauptungen können in der Verbraucherwerbung relevant werden, wenn sie zu den „wesentlichen Merkmalen der Ware oder Dienstleistung“ gehören (§ 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG). Davon wird man beim Sponsoring als Zusatzleistung ausgehen können, wenn man argumentiert, dass der werbende Unternehmer eine zusätzliche Leistung verspricht, nämlich die bestimmungsgemäße Weiterleitung eines Umsatzanteils zugunsten eines Hilfsprojektes.⁷⁴ Es liegt nicht völlig fern davon auszugehen, dass diese Zusatzleistung ihrerseits wesentliche Merkmale aufweist, die – in Verbraucherangeboten nach § 5a Abs. 3 UWG – anzugeben sind. Zudem enthält § 5a Abs. 1 UWG 2008 (wie auch bereits § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG 2004) das Gebot, über alle marktentscheidungserheblichen Umstände aufzuklären. Je stärker das Umwelt- oder Sozialengagement Eingang in die Kaufüberlegungen des Kunden findet, desto eher wird die Rechtsprechung bereit sein müssen, über einen solchen Umstand Aufklärung bereits in der Werbung zu verlangen.⁷⁵

Insgesamt hat das Recht der Irreführung und der Transparenzherstellung die Unternehmensethik damit deutlich auf dem Radarschirm. Die Sichtweise ist wohl auch angemessen. Wenn es nämlich zutrifft, dass CRS „zu 95% Rhetorik und nur zu 5% Handlung“ ist, so muss das UWG privatrechtsregulierend (oder koregulierend) durch die Mittel des Täuschungsschutzes tätig werden.⁷⁶

Im Ergebnis zeigt sich, dass das UWG Instrumente zur Verfügung stellt, um CRS als Konzept beim Wort zu nehmen. Die Gerichte müssen damit nicht auf Konzepte der Moral und des Anstands zurückgreifen. Der neue Weg ist wettbewerbsystemkonform. Er akzeptiert, dass es Handlungsethik gibt, die noch nicht Ordnungsethik ist, macht das ethisch motivierte Verhalten aber über sekundäre Kriterien wie Irreführung und Transparenz rechtlich überprüfbar.

⁷³ So *BGH*, a.a.O. (Fn. 69).

⁷⁴ In diese Richtung *Köhler*, GRUR 2008, 281 (284) (zu § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG 2008).

⁷⁵ So *Nordemann/Dustmann*, in: FS Tillmann, S. 207 (217): „Stellt der Unternehmer sein soziales Engagement werblich heraus, so muss er den Verbraucher eindeutig über Umfang und Anlass des Engagements aufklären.“

⁷⁶ So auch *Vogel*, a.a.O. (Fn. 60), S. 15: „While civil regulation has forced some improvements in corporate practices, for it to have greater impact public regulations must also be strengthened.“

F. Religiöse Werbung: Letzte Ausfahrt Geschmackszensur?

Wenn man bis zu diesem Punkte zusammenfassen kann, dass Elemente der Ordnungsethik im Bereich der Menschenwürde und des Schutzes der Privatsphäre lauterkeitsrechtlich verankert wurden, zudem Elemente der Handlungsethik über indirekte Mechanismen des Schutzes vor Irreführung Berücksichtigung finden, so bleibt noch ein Feld, an dem die bisherigen Entwicklungen beinahe spurlos vorbeigingen. Es geht um Werbung im religiösen Bereich. Die Fallgruppe der Werbung im Trauerumfeld ist eine der letzten Konstellationen, in der die Begriffe Anstand und Moral auch mit lauterkeitsrechtlichen Mitteln durchgesetzt werden. Es handelt sich dabei um einen Aspekt der Ordnungsethik ohne spezielle Verankerung im Lauterkeitsrecht.

Noch unwidersprochen stehen zwei Entscheidungen aus den 1970er Jahren. Der BGH befand 1971, dass unaufgeforderte Vertreterbesuche zur Erlangung von Aufträgen für den Erwerb eines Grabsteins auch nach Ablauf einer angemessenen Abstandsfrist zu dem Trauerereignis eine unzulässige Belästigung darstellen. Das tragende Argument dabei ist die Erwägung, dass „der Schutz der Individualsphäre der Hinterbliebenen Vorrang vor wirtschaftlichem Gewinnstreben“ habe.⁷⁷ Das BVerfG hat 1972 diese Argumentation ausdrücklich mit folgenden Worten gebilligt: „Der Grundgedanke des BGH, wonach der Schutz der Intimsphäre des einzelnen Vorrang vor dem wirtschaftlichen Gewinnstreben hat und wirtschaftliche Werbung in diesem Bereich deshalb mit Zurückhaltung geübt werden muß, stimmt ... mit den Wertvorstellungen des Grundgesetzes, insbesondere mit Art. 12 Abs. 1, überein. (...). Dem Beschwerdeführer, dessen Unternehmensführung allein von wirtschaftlichen Erwägungen bestimmt wird, steht ... kein ... spezielles Grundrecht zur Seite, das seinem Verhalten den Makel des Sittenwidrigen nehmen könnte.“⁷⁸ Die beiden Judikate stehen in einer intakten Reihe von Entscheidungen, in denen Werbung im Trauerumfeld der Makel des Sittenwidrigen angeheftet wird, weil hierdurch Gefühle der Pietät verletzt werden.⁷⁹

Man könnte diese Entscheidung auch damit begründen, dass in die Intimsphäre und die Entscheidungsfreiheit der Trauernden eingegriffen wird. Man kann hierin aber auch noch eines der letzten intakten Tabus des Wettbewerbsrechts sehen, nämlich den Respekt vor religiösen Gefühlen. Genau diese Erwägung griff auch die BGH-Entscheidung zu den Benetton-Fällen auf, die in vielerlei Varianten auch mit religiösen Motiven warben.⁸⁰ Der BGH ist der Ansicht, „tief verwurzelte religiöse

⁷⁷ BGH GRUR 1971, 317 (318).

⁷⁸ BVerfG GRUR 1972, 358 (360).

⁷⁹ Vgl. nur BGHNJW 1967, 1420 (vorzeitiges Einholen von Grabsteinaufträgen); OLG Oldenburg NJW-RR 1987, 813 (Werbung für Grabsteine); LG Oldenburg GRUR 1987, 300 – *Discount-Grabstein*; OLG München GRUR-RR 2003, 117 (Werbung auf einem Grabaushubcontainer, der auf dem Friedhof eingesetzt wird); WRP 2008, 380 – *Friedhofswerbung* (Abstellen eines Arbeitsfahrzeugs mit großflächiger Aufschrift „Bestattungen XY“ auf einem Friedhofsgelände).

⁸⁰ Man denke etwa an das Motiv der einen Priester küssenden Nonne, dessen Verbreitung in Brasilien verboten wurde und in Österreich Gegenstand eines Verfahrens der Werbeselbstkontrolle war, vgl. die Nachweise bei *Wassermeyer*, a.a.O. (Fn. 50), S. 201.

Überzeugungen und Riten ... (dürfen nicht) zum Aufhänger einer Werbung um Kunden (gemacht werden).⁸¹ Diese Erwägung ist noch nicht zur verfassungsrechtlichen Überprüfung gestellt worden. Sie befindet sich aber im Einklang mit der Öffnungsklausel, welche die Richtlinie UGP den Mitgliedstaaten mit Erwägungsgrund Nr. 7 bietet.

G. Schluss und Ausblick

I. Das Wettbewerbsrecht hat eine lange Tradition darin, ethische Maßstäbe an das wettbewerbliche Verhalten zu stellen. In Deutschland hat sich über Jahrzehnte die Tendenz gezeigt, dies nur zu tun, wenn die Einhaltung solcher Standards Marktprozesse stärkt und deren Missachtung nachteilige Auswirkungen auf die Schutzzwecke dieses Rechtsgebiets hat. Man kann darin eine Entmoralisierung des Lauterkeitsrechts sehen. Parallel dazu hat das Lauterkeitsrecht es aber auch vermocht, ursprünglich ethische Ziele zu verrechtlichen und dadurch eine Ordnungs- oder Rechtsmoral zu etablieren. Die reine Handlungsethik bleibt ein Feld für die Werbeselbstkontrolle und eigene Verhaltenskodizes der Unternehmen. Nachhaltiges und moralisches Verhalten ist dabei zum Marktgut geworden. Diese Entwicklung wurde durch die Rücknahme der lauterkeitsrechtlichen Kontrolle ermöglicht und gestärkt. Soweit handlungsethische Versprechen in die Werbung gelangen, besteht nun die Aufgabe des Rechts darin sicherzustellen, dass die unternehmerischen Versprechen keine bloßen Lippenbekenntnisse bleiben. Die Mechanismen zur Unterstützung der Ernsthaftigkeit des Bekenntnisses zur Handlungsethik stellt das Lauterkeitsrecht mit den Irreführungs- und Transparenznormen (§§ 5, 5a UWG).

Im reformierten deutschen UWG 2008 werden die Vorschriften über die Zugehörigkeit zu Selbstkontrollen weitere Anschlussstellen liefern. Mit ihnen wird es möglich, jedenfalls über die Selbstverpflichtung diejenigen Verhaltensweisen zu erfassen, die mit rechtlichen Maßstäben nur schwer zu kontrollieren sind. Hierunter fällt der gesamte Bereich der geschmacklosen, weitgehend auch derjenige der diskriminierenden Werbung. Die hier geltenden Verhaltensmaßstäbe sind überwiegend über Äußerungsfreiheiten geschützt, so dass gerichtliche Verbote sehr schnell in den Verdacht der Zensur geraten. Dieser Verdacht besteht nicht mehr, wenn Unternehmen sich Verhaltensregeln auferlegen, diese Auferlegung in ihren geschäftlichen Handlungen erwähnen (insbesondere in der Werbung), tatsächlich die Standards aber nicht einhalten. Auch dann greift nunmehr der Irreführungsschutz (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 UWG; Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG Nr. 1-4).

II. Abschließend stellt sich die Frage, ob das (deutsche) Lauterkeitsrecht alles richtig gemacht hat. In einem Feld bleiben Zweifel, die allerdings durch die konsequente Anwendung der vorstehend beschriebenen Mechanismen beseitigt werden können. Indem *social sponsoring* als Wettbewerbsinstrument anerkannt wurde, und zwar auch dann, wenn kein sachlicher Bezug zu Produkten oder

⁸¹ BGH, a.a.O. (Fn. 7), 363 f.

Unternehmensleistungen besteht, hat man eine Gruppe von Anbietern auf diesem „Markt für Sponsoringleistungen“ möglicherweise existenziell gefährdet: nämlich die rein karitativ und nicht unternehmerisch tätigen Spendenorganisationen. Eine Werbung des Volksbunds der Deutschen Kriegsgräberfürsorge verriet, dass solche Mitspieler durchaus zu Recht befürchten, auf dem Markt um die Aufmerksamkeit von Spendenwilligen nicht mithalten zu können.



Wer über einen bescheidenen Werbeetat verfügt, kommt nicht in die Hochglanzmagazine und auf die Fernsehbildschirme. Das Wettbewerbsrecht sorgte früher dafür, dass die Aufmerksamkeit des Spendenwilligen nicht auf den Radarschirm der Unternehmenswerbung geriet. Dadurch wurde die Aufmerksamkeit für karitative Einrichtungen geschont, das Angebot solcher Werbungen verknappt, die Suchkosten für Spendenwillige und die Publizitätskosten für Spendensammler verringert. Das sog. Sachlichkeitsgebot hatte daher durchaus einen auch (aufmerksamkeits-) ökonomisch vernünftigen Hintergrund. Um dieses berechnete Anliegen auch heute noch zu wahren, wird es umso wichtiger, dass das Lauterkeitsrecht nicht den Fehler macht, einen einhelligen Markt von Sponsoringdienstleistungen anzuerkennen, auf dem sich Non-Profit- und For-Profit-Organisationen als Konkurrenten gegenüberstehen.⁸² Nur die Unternehmen müssen auf diesem Markt mit lauterkeitsrechtlichen Maßstäben kontrolliert werden. So bleibt die Balance zwischen Werbeetat und inhaltlichem Hauptanliegen gewahrt.

⁸² Insoweit gegen Köhler, a.a.O. (Fn. 74), 282.

Diskussion

Katja Heintschel von Heinegg

Ich möchte darauf hinweisen, dass beim Zentralverband der Werbewirtschaft (ZAW) seit über 30 Jahren der Deutsche Werberat als Selbstregulierungsorgan besteht. Er leistet sehr erfolgreiche Arbeit in den Fällen, die vom Recht nicht erfasst werden, also z.B. bei diskriminierender oder auch Gewalt verherrlichender Werbung. Als Beispiel für die Arbeit des Werberats möchte ich den aktuellen „Dolce und Gabbana“-Fall nennen – hier war meines Wissens die Werbung in Deutschland nur in einer einzigen Zeitschrift veröffentlicht. Sie war uns jedoch aus Italien, wo sie vom italienischen Werberat sofort beanstandet worden war, bekannt. Der Deutsche Werberat, der über die Medienberichterstattung auf die Werbung aufmerksam geworden war, ist sofort eingeschritten und hat dafür gesorgt, dass das Unternehmen die Werbung zurückgezogen hat. In diesem Bereich funktioniert die Selbstkontrolle effektiver als eine rechtliche Regelung. Fast jeder europäische Mitgliedstaat hat mittlerweile eine eigene Selbstkontrollereinrichtung, die im Europäischen Verbund „EASA“ zusammengeschlossen sind. Es sollte nicht alles rechtlich reguliert werden, auch wenn die Richtlinie unerlaubte Geschäftspraktiken durch die von ihr in den Vordergrund gestellten Verhaltenskodizes ein gewisses Eingangstor hierfür geschaffen hat.

Frauke Henning-Bodewig

Danke für diesen wertvollen Hinweis. In der Tat ist bei der rechtlichen Beurteilung einzelner Probleme und natürlich erst recht bei jeder seriösen Rechtsvergleichung immer das jeweilige System der Selbstkontrolle mit zu berücksichtigen. Die Selbstkontrolle hat in den einzelnen Ländern einen sehr unterschiedlichen Stellenwert. In einigen Ländern, z.B. Italien, Niederlande, Großbritannien ist sie so ausgeprägt, dass sie gesetzlichen Regelungen gleichkommen kann; in anderen Ländern hingegen eher nicht. Das hat man deutlich bei der „Benetton-Werbung“ gesehen, die in einer ganzen Reihe von Ländern von der Selbstkontrolle beanstandet und unterbunden wurde. In Deutschland wurde die Werbung zwar vom Deutschen Werberat beanstandet, allerdings haben sich weder Benetton noch die Medien daran gehalten. Erst danach, d.h. weil die Selbstkontrolle in diesem Fall erfolglos blieb, kam die Sache zu den Gerichten. Es ist daher m.E. schief zu sagen, die „Benetton“-Werbung wurde nur in Deutschland verboten, wenn man nicht die Rolle der Selbstkontrolle in anderen Ländern – die zu demselben Ergebnis geführt hat – mit einbezieht.

Ansgar Ohly

Zwei kurze Bemerkungen: Erstens wurde bereits die Philosophie von *Immanuel Kant* angesprochen. Eine der großen Errungenschaften von *Kant* ist die Trennung zwischen Tugendlehre und Rechtslehre, also zwischen Recht und Moral. Nach *Kant* muss nicht alles, was moralisch ist, auch mit rechtlichen Mitteln durchgesetzt werden. Der „kategorische Imperativ“ ist eine Kategorie der Sittenlehre, die sich damit beschäftigt, was ein autonomes, sittliches Individuum tun soll, nicht

jedoch unbedingt eine Maßgabe für den Gesetzgeber. Diese Weisheit von *Kant* ist im Lauterkeitsrecht erst in den letzten Jahren angekommen. Ich bin also skeptisch bezüglich des Einsatzes des UWG als Moral- und Tugendinstanz. Zweite Bemerkung: Das ganze Dilemma zeigt sich im UWG in § 4 Nr. 1. Dort ist ja u.a. die Rede von Werbung, die in menschenverachtender Weise die Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen geeignet ist. Die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit ist das funktionale Kriterium, über das gestern Herr *Schünemann* schon gesprochen hat; die „menschenverachtende Weise“ entweder die Moralisierung oder der Schutz der Menschenwürde. Ich bin persönlich davon überzeugt, dass das funktionale Verständnis richtig ist und dass es nicht Aufgabe des UWG sein kann, sämtliche grundrechtlichen Wertungen durchzusetzen. Auch wenn in den Grundrechten ein bestimmter Minimalkonsens verrechtlicht worden ist, kann es nicht Aufgabe des UWG sein, auf dem Markt Menschenwürdewächter zu spielen.

Annette Kur

Um zum Thema „Acquis Communautaire“ zurückzukommen: Mich würde die Auffassung von Herrn *Peifer* dazu interessieren, was von diesen ethischen Werten konkret europäisch vorgegeben ist. Oder umgekehrt: Wo setzt möglicherweise das europäische Recht einer Berücksichtigung Grenzen? Möglicherweise kann das europäische Recht, und zwar nicht nur das sekundäre, sondern auch das primäre Recht, der Berücksichtigung ethischer Gesichtspunkte, die nicht gleichlaufen mit dem Irreführungsverbot, Grenzen setzen, wobei auch die Rolle der Selbstkontrolle von Interesse ist. Könnte also durch die Auslagerung ethischer Wertungen, die vielleicht in Grenzfällen auf eine Art Geschmackszensur hinauslaufen, ein Problem mit dem primären Gemeinschaftsrecht entstehen, d.h. werden hier möglicherweise Kommunikationsfreiheiten, auch Warenverkehrsfreiheiten beschnitten? Wird hier vielleicht auch die Freiheit des Wettbewerbs in einer bedenklichen Art und Weise berührt?

Karl-Nikolaus Peifer

Ich möchte zurückkommen auf die Unterscheidung zwischen Recht und Tugendlehre. Sie ist zwar wichtig, aber wir sind jetzt im 21. Jahrhundert in einer Situation, in der mehr und mehr ursprüngliche Tugendwerte in Rechtswerten Eingang gefunden haben. Das hängt dann auch mit der Frage nach den Vorgaben und Grenzen des Europarechts zusammen. Die Richtlinie 2005/29/EG scheint darauf hinzudeuten, dass es keine Grenzen gibt für die Berücksichtigung sittlicher, religiöser und kultureller Besonderheiten in den Mitgliedstaaten; aber das ist eine Blankettformel, die die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten und vielleicht auch zu den Grundrechten, so es denn einmal einen festen Grundrechtskatalog geben sollte, unberührt lässt.

Annette Kur

Zu den Grundrechten ...(?)

Karl-Nikolaus Peifer

Das betrifft auch Grundwerte, die vom EuGH bereits anerkannt werden, d.h. Äußerungsfreiheiten. Ich bin auch zuversichtlich, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die „Benetton“-Fällen, wie das BVerfG entscheiden würde. Ethische Anstandsregeln würden natürlich gegenüber der Verwirklichung der Grundfreiheiten und Grundrechte zurückstehen müssen. Allerdings wird es schwieriger, das, was ich Handlungsethik, Anstandsregeln genannt habe, also etwa den Bereich der Werbeselbstkontrolle, von dem Bereich der Ordnungsethik abzugrenzen, der natürlich auch auf europarechtlicher Ebene immer stärker angefüllt wird durch Wertvorstellungen, die das Europarecht auch erreichen soll. Hier ist alles in Bewegung, und es wäre erfreulich, wenn wir eine Grundrechtecharta hätten, auf deren Grundlage man eine Dogmatik für die Abwägung entwickeln könnte.

Rolf Sack

Die Ausführungen von Herrn *Peifer* zu den Fällen „Busengrapscher“ und „Schlüpferstürmer“ möchte ich durch den Hinweis ergänzen, dass das DPA bereits 10 Jahre zuvor im Markenrecht die Eintragung als Marke wegen Sittenwidrigkeit abgelehnt hatte (Mitt. 1989, 215).

Das Thema des Vortrags „Ethische Werte oder wirtschaftliche Betrachtungsweisen“ sieht nach Konfrontation aus. Sie steht und fällt allerdings mit der Frage, was eigentlich ein ethischer Wert ist. Ethik ist – so jedenfalls die philosophische Definition – die Lehre vom richtigen Handeln. Und in die Lehre vom richtigen Handeln kann natürlich auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise eingehen; dann entfällt der Gegensatz. Ein Gegensatz entsteht wieder, wenn alle ethischen Werte außer den sich aus der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ergebenden gemeint sind. Beim früheren § 1 UWG, also unter der alten „Sittenwidrigkeitsklausel“, gab es speziell beim Rechtsbruchstatbestand die Unterscheidung zwischen ethisch fundierten Normen, deren Verletzung per se als sittenwidrig galt, und bloß wertneutralen Normen, die nur über den Vorsprungsgedanken zur Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG führten. Ich habe nie eine Definition gefunden, die den Begriff „ethisch fundiert“ befriedigend definiert hätte. Stattdessen gab es eine Kasuistik: ethisch fundiert waren Strafgesetze, grundrechtliche Wertungen, Gesundheitspflege und Rechtspflege und vielleicht noch alle Fundamentalnormen. Begrifflich war das unbefriedigend, aber man wollte eben brauchbare Ergebnisse. Und damit zur nächsten Frage, die unmittelbar das diskutierte Thema betrifft: Sind ethische Werte, die nicht der wirtschaftlichen Betrachtungsweise entsprechen, eigentlich noch mit § 1 UWG vereinbar? Die von Herrn *Peifer* zitierte Rechtsprechung steht und fällt mit der Schutzzwecktrias des jetzigen § 1 UWG, der den Schutz der Verbraucher, der Mitbewerber, der Marktbeteiligten und im Satz 2 die Interessen der Allgemeinheit nennt. Ich fürchte, dass bei der vorherrschenden engen Auslegung des § 1 UWG ein Teil der früheren Kasuistik hinfällig geworden ist, weshalb ich § 1 UWG auch für ziemlich verfehlt halte.

Hans-Jürgen Ahrens

Wir sollten nicht den Fehler machen, dem Wettbewerbsrichter Instrumente an die Hand zu geben, die es ihm ermöglichen, wie ein Gesetzgeber Abwägungsvorgänge mit völlig offenen Abwägungsergebnissen durchzuführen. Das ist Aufgabe des Parlaments. Was die rechtliche Erfassung der sog. Menschenwürde betrifft, so möchte ich darauf hinweisen, dass die Benetton-Entscheidungen des BVerfG auf mehreren grandiosen Irrtümern beruhen und zwar auch bezüglich des „Acquis Communautaire“. Eine dieser Fehlvorstellungen wurde im Fall „IM Sekretär“ inzwischen korrigiert, nämlich die Variantenlehre. Für den auf die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch kommt es nicht mehr darauf an, eine dem Äußernden günstige Auslegung zugrunde zu legen. Das ist gegenüber der „Benetton“-Rechtsprechung eine deutliche Korrektur.

Karl-Nikolaus Peifer

Es handelte sich um Tatsachenbehauptungen, nicht um Werturteile.

Hans-Jürgen Ahrens

Ob da wirklich ein Unterschied besteht, ist fraglich, spielt hier jedenfalls keine große Rolle. Ein wichtiger Punkt ist hingegen die Frage, wie der schillernde Begriff der Menschenwürde zu verstehen ist. Man kann ihn ganz eng verstehen wie die Verfassungsrechtler, die ihn in Art. 1 GG mittels rhetorischer Auslegungstricks auf Sklaverei und einige gleichgewichtige Dinge verengen. Den Begriff der Menschenwürde gibt es aber auch als Rechtsbegriff im Europäischen Gemeinschaftsrecht, z.B. in der Fernsehrichtlinie, jetzt wieder bekräftigt durch die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste. Dieser Begriff ist nicht identisch mit dem, was in der Verfassungsinterpretation des Art. 1 GG verstanden wird. Und hätte Herr *Ullmann* nach der zweiten „Benetton“-Entscheidung des BVerfG nicht die weiße Fahne gehisst, hätte sich m.E. das BGH-Urteil mit einer kleinen Begründungsveränderung, nämlich der Analogie zur Verwendung dieses Begriffs im Rundfunkstaatsvertrag, der die Fernsehrichtlinie umgesetzt hat, halten lassen und zwar in verfassungsgerichtsfester Weise. Es besteht also offenbar auch unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts Bedarf, solche äußersten Grenzen aufzuzeigen.

Jochen Glöckner

Ich möchte auf die Aussage von Herrn *Peifer* zurückkommen, wonach „corporate social responsibility“ in dem Augenblick rechtlich relevant wird, in dem sie über Gütezeichen und dergleichen in die Irreführungsdogmatik eingeht. Dem stimme ich ohne weiteres zu. Daneben klingt aber immerhin durch, dass die „CSR“ an der Schwelle steht, gleichsam die ethisch-sittliche Ausfüllung der Generalklausel zu revitalisieren. Sehen Sie das ante portas? Ein Unternehmen schreibt z.B. auf seiner Website, „Unsere Vision ist Umweltpolitik“ und dann stellt sich heraus, dass bei der Errichtung einer Produktionsstätte in Südamerika der Urwald abgeholzt wurde. Ist das bereits unlauter?

Karl-Nikolaus Peifer

In der Tat sind wir im Bereich der Ordnungsethik bereits bei Dingen, die auch das Wettbewerbsrecht als Bestandteil der Rechtsordnung nicht unberührt lassen kann. Bei der Handlungsethik besteht eine starke Bewegung, derzufolge Handlungsethik im Wettbewerbsrecht nichts zu suchen habe, weil das ein Bereich der Selbstkontrolle, nicht nur der Werbeselbstkontrolle, sondern auch der Selbstkontrolle der Unternehmen über Verhaltenskodizes sei. Anders sieht es aus, wenn das Verhalten in die klassischen wettbewerbsrechtlichen Kategorien fällt, insbesondere Irreführung. Insofern ist das letzte Beispiel von Herrn *Glöckner* sehr instruktiv. Es könnte sein, dass die Irreführungsdogmatik noch stärker ausgefeilt werden muss, um für derartige Fälle eine Kategorie zur Verfügung zu stellen; dazu wäre zu fragen, was der Verbraucher wirklich ernst nimmt, wann sich welche Marktentscheidungsfolgen ergeben und wann sie so relevant sind, dass wir das Unternehmen beim Wort nehmen müssen. Im Ergebnis bleiben wir dann im Wettbewerbsrecht auch im Rahmen der Funktionen des § 1 UWG.

Spezielle Wettbewerbsförderung durch Europäisches Lauterkeitsrecht: Plädoyer für ein allgemeines Europäisches Wettbewerbsrecht

Rupprecht Podszun

A. Einführung

Die Abgrenzung des Lauterkeitsrechts vom Kartellrecht ist seit langem umstritten¹. Beide Rechtsgebiete sollen das Wettbewerbsrecht bilden. Thema dieses Beitrags ist, welche Impulse sich aus der Überschneidung zwischen Kartellrecht und Lauterkeitsrecht für die europäische Neuausrichtung des Rechts zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs ergeben. Hier wird der – weitreichende und langfristig zu verstehende – Vorschlag unterbreitet, ein europäisches Wettbewerbsrecht zu schaffen, das beide Rechtsmaterien umfasst.

I. Ausgangslage

Mit Kartellrecht und Lauterkeitsrecht stehen sich zwei Rechtsgebiete gegenüber, die zwar traditionell als zusammen gehörig angesehen werden. Wer aus europäischer Perspektive auf die beiden Materien blickt, findet jedoch zwei völlig unterschiedlich geprägte Rechtsbereiche vor: Im europäischen Primärrecht ist mit Art. 81, 82 EG bereits eine wettbewerbsrechtliche Rahmenordnung etabliert, die bisher aber ausschließlich kartellrechtlich interpretiert wurde. Das Kartellrecht ist seit Gründung der Europäischen Gemeinschaften wesentlicher Pfeiler des europäischen Rechts. Mit der Generaldirektion Wettbewerb steht eine starke Institution zur Durchsetzung des Primärrechts zur Verfügung. Die jeweiligen nationalen Kartellrechtsordnungen sind von Beginn an stark durch das supranationale Vorbild des EG-Kartellrechts geprägt worden².

Die Situation im Lauterkeitsrecht ist eine gänzlich andere: Nicht das europäische, sondern das jeweilige nationale Recht hat hier bisher eine Vorrangstellung. Verschiedene Generaldirektionen haben die Rechtsmaterien in Beschlag genommen, die traditionell dem Lauterkeitsrecht zugeordnet werden. Es gibt starke, aber zersplitterte nationale Regelungen³, weder existiert eine Zentralinstanz noch eine klare primärrechtliche Vorgabe⁴. Nicht einmal auf nationaler Ebene gibt es in

¹ Vgl. schon *Fikentscher*, GRUR Ausl. 1966, 181.

² Deutschland bildet quasi die einzige Ausnahme, da sich das deutsche und das europäische Kartellrecht parallel entwickelten. Inzwischen hat aber auch in diesem Verhältnis das europäische Recht eine deutliche Vorrangstellung, vgl. *Podszun*, ZRP 2007, 269 (270).

³ Vgl. *Henning-Bodewig*, Unfair Competition Law, 2006.

⁴ Dazu *Peukert*, in diesem Band.

jedem Mitgliedsstaat eine eindeutige Instanz, die als Träger des Lauterkeitsrechts auftreten kann. Schon die Frage, was überhaupt zum Lauterkeitsrecht gezählt wird, wird nicht einheitlich behandelt⁵.

Will man in diesem Gebiet dennoch verlässliche Parameter für die europäische Wirtschaftsordnung setzen, so liegt die Lösung – und das ist die Kernthese dieses Beitrags – in einer „Flucht nach vorn“: Ein europäisches Lauterkeitsrecht muss dem Wettbewerbsschutz in besonderer Weise verpflichtet sein und sollte, zusammen mit dem Kartellrecht, in einem europäischen Wettbewerbsrecht aufgehen. Eine solche These bliebe halbherzig ohne eine Äußerung zum materiellen Gehalt eines solchen neu ausgerichteten Wettbewerbsrechts. Hier gilt es eine Entscheidung zwischen den Schutzzwecken zu treffen, und es ist auch geboten, die Fundierung des Kartellrechts durch die verbesserte ökonomische Durchdringung („more economic approach“) aufzugreifen⁶.

Dieser Beitrag kann nur ein Anstoß sein. Für diesen Impuls wird in erster Linie auf deutsche Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen. Dazu ist einschränkend zu bemerken, dass sich europäische Überlegungen von den deutschen Debatten lösen müssen: In Deutschland wurde das UWG vor dem GWB geschaffen; beide Rechtsmaterien entwickelten sich parallel, aber völlig unterschiedlich von einander. Hier liegt ein historisch bedeutsamer Unterschied zur europäischen Ausgangslage. Auf die Forschungen zur Ausgangssituation in anderen europäischen Staaten kann nur verwiesen werden⁷. In der deutschen Wissenschaft kann u.a. an die Forschungen von *Glöckner* zum europäischen Lauterkeitsrecht, *Micklitz* zur Idee eines einheitlichen Rechts der Marktkommunikation, *Schünemann* zu den ökonomischen Grundlagen des Lauterkeitsrechts und *Köhler* zum Verhältnis von Kartellrecht und Lauterkeitsrecht angeknüpft werden⁸.

II. Grundidee eines einheitlichen europäischen Wettbewerbsrechts

Kernidee eines einheitlichen Ansatzes ist die Zusammenführung des Kartell- und des Lauterkeitsrechts zu einem gemeinsamen Wettbewerbsrecht, das die Rahmenordnung der europäischen Marktwirtschaft bilden würde⁹. Die Schaffung eines solchen Rechtsgebiets böte die Chance zu einer Neubestimmung der Gesamtkonzeption des Wettbewerbsschutzes¹⁰. Die Rechtsnormen, die bislang den Einzelmaterien Kartellrecht und Lauterkeitsrecht (und evtl. weiteren Gebieten) zugewiesen sind, würden dazu unter ein gemeinsames Dach geführt. Neben das europäische Kartellrecht würde das europäische Lauterkeitsrecht treten, beides wäre als europäisches

⁵ Dazu *Henning-Bodewig*, in diesem Band.

⁶ Vgl. *Podszun*, WRP 2009, 509.

⁷ Vgl. überblicksartig v.a. *Hilty/Henning-Bodewig*, Law Against Unfair Competition, 2007; *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 3).

⁸ Nachweise im Text.

⁹ Vgl. *Hilty/Henning-Bodewig*, Law Against Unfair Competition, S. 1 (50 f.); *Micklitz* in: Münchner Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2006, EG D Rn. 29; *Micklitz/Keffler*, WRP 2003, 919 ff.

¹⁰ Vgl. *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 9), EG D Rn. 29.

Wettbewerbsrecht Teil der Marktordnung. Praktisch hieße diese Veränderung für die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs: es würde eine einheitliche Grundnorm des Wettbewerbs geben, die systematische Auslegung würde sich verändern und es wäre ein neuer institutioneller Zuschnitt möglich.

Das Verhältnis von Lauterkeits- und Kartellrecht könnte dann neu ausgelotet werden: Den kartellrechtlichen Normen fiele eher die strukturelle Sicherung des Wettbewerbs zu, während das Lauterkeitsrecht eher am Verhalten der Marktteilnehmer anknüpfen würde. Diese Unterscheidung allerdings würde sich im Laufe der Zeit verwischen, da beide Rechtsgebiete auf die Förderung des Wettbewerbs ausgerichtet wären. Die überkommene Differenz würde sich dann nur noch darin spiegeln, welche Fälle von einer Behörde aufgegriffen werden müssten (nämlich diejenigen, bei denen es eher struktureller Eingriffe bedarf) und welche im Zivilverfahren gelöst werden könnten.

Mit einer solchen Zusammenfassung würden einige der derzeit in Deutschland immer wieder diskutierten Abgrenzungsschwierigkeiten fortfallen: §§ 20 und 21 GWB, die Fälle einseitiger Maßnahmen unterhalb der Marktbeherrschung gesondert erfassen, passen eher ins Lauterkeitsrecht als ins Kartellrecht. Diese Fälle, die für die Abgrenzung von Kartellrecht und Lauterkeitsrecht immer wieder problematisiert werden¹¹, sind möglicherweise schlicht falsch verortet. Dem europäischen Kartellrecht sind derzeit entsprechende Normen fremd. Dieses Problem würde sich aber erledigen, würde man das Wettbewerbsrecht neu konzipieren.

Bei einer solchen, zugegebenermaßen visionären europäischen Perspektive erscheinen die Zugriffe des Lauterkeitsrechts schon *de lege lata* in einem besonderen Licht. Ein Fall wie der bekannte Benrather Tankstellenfall¹² – ein Klassiker der Kampfpreisunterbietung an der Schnittstelle von Kartellrecht und UWG – hätte es mangels grenzüberschreitender Wirkung wohl nicht bis zur Generaldirektion Wettbewerb in Brüssel geschafft. Was aber ist dann nach derzeitigem Rechtsstand das Lauterkeitsrecht?

Vielleicht ließe sich das Lauterkeitsrecht als das Kartellrecht „der kleinen Münze“¹³ interpretieren? Lauterkeitsrecht greift eben nicht da ein, wo die Marktstruktur und somit ein kompletter Verbraucherkreis und eine komplette Branche betroffen sind, sondern da, wo das Vorgehen des Unternehmens gerade so marktverzerrend ist, dass eine Antwort des Rechts für nötig gehalten wird. Lauterkeitsrechtliche Regeln und Verfahren können demnach wettbewerbliche Konflikte vor Ort bewältigen, die unterhalb der Wahrnehmungsschwelle der großen Behörden stattfinden. *Glöckner* hat Kartellrecht als ein holzschnittartiges Regelungssystem bezeichnet, das kein „fine tuning“ vornehmen könne¹⁴. Vielleicht ist genau dies die Nische des Lauterkeitsrechts. Ob es dafür freilich das große Besteck des europäischen Rechts bedarf, ist fraglich. Diese Frage ist aber durch die Regelungen

¹¹ Etwa bei *Köhler*, WRP 2006, 645 ff.

¹² RGZ 134, 342 ff. – *Benrather Tankstellenfall*.

¹³ In Anlehnung an den urheberrechtlichen Begriff, vgl. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2005, Rn. 260 ff.

¹⁴ *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006, S. 464.

der Europäischen Kommission in den erwähnten Richtlinien bereits dahingehend beantwortet, dass es kein Zurückfallen hinter die darin gesetzten Maßstäbe mehr geben kann.

III. Der iPhone-Fall

Zur praktischen Illustration der Thesen, die aus dieser Konstellation heraus entwickelt werden, dient hier der iPhone-Fall, den das Landgericht Hamburg 2007 zu entscheiden hatte¹⁵. Das US-amerikanische Unternehmen Apple vereinbarte mit dem Mobilfunkanbieter T-Mobile ein für die Mobiltelefonie neuartiges Vertriebsmodell für das iPhone, ein von Apple hergestelltes Handy, das schon vor seiner Markteinführung aufgrund seines Designs und zahlreicher Zusatzfunktionen „Kultstatus“ genoss. T-Mobile durfte das iPhone exklusiv vertreiben. Im Gegenzug wurde Apple an den von T-Mobile mit Hilfe von iPhones generierten Mobilfunkentgelten beteiligt. Der Endkunde konnte ein iPhone nur zusammen mit einem T-Mobile-Vertrag mit einer Laufzeit von 24 Monaten erwerben. Durch einen SIM-Lock war das Handy technisch so abgesichert, dass eine Nutzung mit anderen Mobilfunkverträgen nicht möglich war. Diese Sperre reichte über die Vertragslaufzeit hinaus¹⁶.

Apple war bislang als Hersteller von Handys nicht in Erscheinung getreten. T-Mobile hält auf dem Markt für Mobilfunkdienste in Deutschland einen Anteil von etwa 37 Prozent.

Vodafone, Wettbewerber von T-Mobile, beantragte beim LG Hamburg eine einstweilige Verfügung dahingehend, dass iPhone und Mobilfunkvertrag entkoppelt werden und/oder das Handy entsperrt, der SIM-Lock also aufgehoben wird.

In den Lizenzen für T-Mobile und Vodafone hat die Regulierungsbehörde stipuliert, dass der Wechsel zu anderen Anbietern nicht unverhältnismäßig erschwert werden dürfe. Die Europäische Kommission hat deutlich gemacht, dass SIM-Locks grundsätzlich unzulässig sind und einer besonderen Rechtfertigung bedürfen.

Das LG gewährte am 12.11.2007 zunächst einstweiligen Rechtsschutz und erließ eine entsprechende Verfügung gegen T-Mobile¹⁷. Der Streitwert wurde dabei auf 2 Millionen Euro festgesetzt. Nach Erlass der einstweiligen Verfügung bot T-Mobile das iPhone entsperrt und ohne Vertragsbindung für 999 Euro an. Mit Vertrag betrug die Zuzahlung für das Gerät nur noch 399 Euro¹⁸.

Die einstweilige Verfügung wurde mit Entscheidung vom 4.12.2007 aufgehoben, der Antrag von Vodafone zurückgewiesen. T-Mobile kehrte daraufhin zum ursprünglichen Modell zurück, das iPhone nur mit SIM-Lock und Vertragsbindung zu vertreiben.

Der wettbewerbliche Kern dieses Streits ist die Koppelung eines mobilen Endgeräts an einen Mobilfunkdienstvertrag als neuartiges Vertriebsmodell in dieser

¹⁵ *LG Hamburg* CR 2008, 494 = K&R 2008, 484 – *iPhone*.

¹⁶ T-Mobile hat in der mündlichen Verhandlung angeboten, diesen Punkt zu ändern.

¹⁷ *LG Hamburg*, Beschl. v. 12.11.2007, Az. 315 O 923/07, vgl. Bericht der Redaktion beck-aktuell vom 20.11.2007 in becklink 246227.

¹⁸ Vgl. Bericht der Redaktion beck-aktuell vom 3.12.2007 in becklink 247327.

Branche. Nach dem iPhone-Modell können Endkunden ein bestimmtes Handy nicht ohne entsprechenden Vertrag erwerben, sie können dieses Handy auch nicht mit anderen SIM-Karten benutzen. Dies sollte im Fall des iPhones sogar über die Vertragslaufzeit hinaus gelten. Dadurch können Wettbewerber von T-Mobile im Mobilfunksektor für ihre Verträge nicht mit dem iPhone werben. Die Problematik entsteht zudem verschärft für Personen, die das Endgerät im Ausland benutzen wollen, da sie stets die Roaming-Kosten für den deutschen T-Mobile-Vertrag zahlen müssten.

Das Landgericht prüfte in seiner Entscheidung lauterkeitsrechtliche und kartellrechtliche Ansprüche. Es bejahte in der ersten Entscheidung einen Verstoß gegen § 3 UWG in Anlehnung an § 4 Nr. 11 UWG: T-Mobile habe die Mobilfunklizenz missachtet, die es verbiete, den Wechsel zu einem anderen Anbieter unverhältnismäßig zu erschweren. Die Lizenz sei zwar keine gesetzliche Vorschrift, es liege aber eine rechtsnormähnliche Bestimmung vor, sodass das Verhalten von T-Mobile einem Vorsprung durch Rechtsbruch vergleichbar sei.

In der Widerspruchs-Entscheidung revidierte das Landgericht diese Auffassung. Ein Rechtsbruch liege nicht vor. Zwar habe sich T-Mobile über die Lizenzbestimmung hinweg gesetzt. Die Lizenz sei aber nicht einer Rechtsnorm vergleichbar, da in anderen Lizenzen – etwa der für den Betreiber O2 – keine solche Vorschrift enthalten sei. Eine Rechtsnorm kennzeichne aber ihre Allgemeingültigkeit.

Kartellrechtlich prüfte das LG zunächst einen Verstoß gegen Art. 81 EG. In der Kopplung des Geräte-Erwerbs an den jeweiligen nationalen Mobilfunkvertrag liege eine geographische Aufteilung der europäischen Märkte. Hier fehle es jedoch an einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, da Apple bislang keine Marktanteile halte. Zudem sei garantiert, dass die Verbraucher in allen europäischen Staaten das iPhone erwerben könnten, zu den jeweils dort gültigen Tarifen.

Auch ein Verstoß gegen § 1 GWB sei nicht gegeben. Zwar liege eine vertikale Alleinvertriebsvereinbarung vor. Der intra-brand-Wettbewerb für das iPhone werde beschränkt. Diese Beschränkung sei jedoch durch § 2 GWB i.V.m. der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt: eine Kernbeschränkung liege nicht vor, Apple halte auch keine problematischen Marktanteile.

Das Vertriebsmodell von T-Mobile wurde somit auf den Widerspruch des Unternehmens hin gebilligt, der Verkauf nicht-gesicherter iPhones wurde eingestellt.

B. Begründung eines einheitlichen europäischen Ansatzes im Wettbewerbsrecht

Gravierende Änderungen, die auch Änderungen in der Sache mit sich brächten, bedürfen der Legitimation. Für den einheitlichen europäischen Ansatz gibt es ein inhaltliches und ein systematisches Argument. Darüber hinaus ist aus wirtschaftlichen Gründen eine Vereinheitlichung auf europäischer Ebene jedenfalls sinnvoll.

I. Inhaltliches Argument

Das Recht zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs hat eine starke wettbewerbliche und marktordnende Komponente und weist insofern eine nahe Verwandtschaft zum Kartellrecht auf. Das ist unbestritten¹⁹. Bei genauer Betrachtung verfolgen Kartell- und Lauterkeitsrecht dieselben Schutzzwecke.

1. Die wettbewerbsfunktionale Auslegung des Lauterkeitsrechts

In § 1 UWG wird der wettbewerbliche Schutzzweck als ein „Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb“ genannt. Daneben sind im deutschen UWG der Schutz der Verbraucher, der Mitbewerber und der sonstigen Marktteilnehmer ausdrücklich erwähnt.

Im europäischen Recht finden sich verschiedene Ansätze zur Schutzzweck-Bestimmung. So können in der Richtlinie Unlautere Geschäftspraktiken schon in der Präambel mehrere Schutzzwecke identifiziert werden: Verbraucherschutz (Ziff. 1), Förderung grenzüberschreitender Geschäftstätigkeiten (Ziff. 2), unverzerrter Wettbewerb (Ziff. 3), Funktionieren des Binnenmarktes (Ziff. 3), Mitbewerberschutz (Ziff. 8). In Art. 1 der Richtlinie wird dann insbesondere auf das Funktionieren des Binnenmarkts und den Verbraucherschutz abgestellt. In der Richtlinie Vergleichende Werbung werden in der Präambel als Schutzzwecke benannt: Unverzerrter Wettbewerb (Ziff. 3), Verbraucherschutz (Ziff. 4), Schutz der Gewerbetreibenden (Ziff. 4), insbesondere auch der Mitbewerber (Ziff. 9), freier Waren- und Dienstleistungsverkehr (Ziff. 5). In Art. 1 der Richtlinie ist der Schutz der Gewerbetreibenden als Zweck angegeben.

De lege lata ist die Wettbewerbsförderung also sowohl im nationalen Recht (zumindest dem hier herangezogenen deutschen Recht) als auch im europäischen Recht ausdrücklich verankert. Bei einer Auslegung des geltenden Rechts ist der Schutzzweck Wettbewerb also auf jeden Fall mit zu bedenken. Aus dem Gesetz geht nicht hervor, dass der Wettbewerb nur subsidiär oder „reflexartig“ geschützt werden soll²⁰. Bei den Richtlinien steht der Schutzzweck des Wettbewerbs nicht unmittelbar im Vordergrund²¹. Ein Blick auf die Rechtsgrundlage der Richtlinie weist aber den deutlichen Wettbewerbsbezug auch dieser Richtlinien aus: Art. 95 EG, auf den beide Richtlinien gestützt sind, geht von einer Rechtsangleichung aus, die dem Funktionieren des Gemeinsamen Marktes dienen soll. Konstituierend für diesen Markt ist in erster Linie das Wettbewerbsprinzip, wie sich schon aus dem Begriff „Markt“, der Zielbestimmung in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG und der gefestigten Definition des Begriffs „Gemeinsamer Markt“ ergibt²². Weitere Aspekte, etwa Verbraucher- oder Umweltschutz, können bei der Ausgestaltung der Marktordnung hinzutreten, sind für diese aber nicht konstitutiv.

¹⁹ Laut *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 14), S. 460, ist dies erstmals in der *Diamantine*-Entscheidung des RG von 1936 so angelegt.

²⁰ Vgl. zum alten Recht *Ohly*, GRUR 2004, 889 (894 f.); *Ullmann*, GRUR 2003, 817 (821).

²¹ Vgl. Hefermehl/*Köhler*/Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 1 UWG Rn. 4 (Aktualisierung).

²² Vgl. *Glöckner* in: Hilty/Henning-Bodewig, Law Against Unfair Competition, S. 77 ff.; von der Groeben/*Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. 2003, Art. 308 EG Rn. 156.

Dies bedeutet: Primär sind die Normen des Lauterkeitsrechts markt- bzw. wettbewerbsfunktional auszulegen, oder, fallbezogen gewendet: Ein Verstoß gegen Lauterkeitsrecht liegt vor, wenn der Wettbewerb geschädigt wird²³. Erst in einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob weitere Interessen betroffen sind. Sollte es hier zu einer Divergenz kommen, ist das Rangverhältnis der Schutzzwecke zu thematisieren.

Diese Sicht zum primären Schutzzweck des Lauterkeitsrechts ist auf drei Überlegungen gestützt. Erstens: Jede ins Wirtschaftsleben eingreifende Regelung muss in erster Linie die Grundentscheidung akzeptieren, dass die Wirtschaftsordnung marktwirtschaftlich-wettbewerblich verfasst ist und also die größtmögliche Freiheitsentfaltung der wirtschaftlich Tätigen anstrebt. Ein Ordnungsverständnis, das dieses Primat der freien Entfaltung nicht anerkennt, würde die Marktwirtschaft verraten. Dies ist ein logisch-systematisches Argument. Zweitens: Der Gesetzgeber hat dafür auch eine normative Basis geschaffen. Im europäischen Recht ist diese der Rechtsgrundlage Art. 95 EG zu entnehmen. Im deutschen Recht ist in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 9 und 14 GG geschützt. Eingriffe zugunsten allgemeiner Ordnungsüberlegungen bedürfen immer einer besonderen Rechtfertigung. Die Rechtfertigung von grundsätzlich freiheitssichernden Regeln ist dem Grundrecht immanent wegen des „Freiheitsparadoxons“²⁴: Freiheit darf nicht so weit reichen, die Freiheit wieder abzuschaffen. Die Rechtfertigung anderer Ziele allerdings (etwa Verbraucherschutz) ist nicht immanent, hier bedarf es also eines erhöhten Begründungsaufwands und ggf. des Ausgleichs mit der Wettbewerbsfreiheit. Drittens: Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive wird die Marktbezogenheit des Lauterkeitsrechts deutlich in der Zuordnung des UWG-Rechts zum Zivilrecht. Die Zivilrechtler eint der Bezugspunkt der Privatautonomie. Es geht im Zivilrecht also immer in erster Linie um die Freiheitsentfaltung des Einzelnen. Öffentlich-rechtlich orientierte Wissenschaftler betonen hingegen den staatlichen Regelungsanspruch gegenüber dem Individuum. Ihnen geht es um den Eingriff zugunsten bestimmter Ziele der staatlichen Gemeinschaft. Wollen die Zivilrechtler ihrem Grundimpuls treu bleiben, müssen sie einer in erster Linie auf die freie Entfaltung gerichteten Interpretation des Lauterkeitsrechts zustimmen, und das bedeutet ein Bekenntnis zum Markt-konzept, in dem sich die Privatautonomie verwirklicht, und also zum Wettbewerb.

2. Das Verhältnis des Lauterkeitsrechts zum Kartellrecht

Die wettbewerbsfunktionale Auslegung des Kartellrechts spiegelt sich auch in dem aktuellen Verhältnis zum Kartellrecht. Bei genauer Betrachtung ergeben sich aus diesem weitere inhaltliche Argumente für eine Zusammenfassung der Rechtsmaterien unter einem Dach.

²³ Vgl. *Schünemann* in: UWG-Großkommentar, 1994, Einl. Rn. C 1 ff.; *ders.*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2004, § 1 UWG Rn. 1 ff.; *Baudenbacher*, ZHR 1980, 145; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, § 1 UWG Rn. 35 ff.; *Fezer*, § 1 UWG Rn. 17 ff.

²⁴ *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band II, 1992, S. 145; *Fikentscher*, Die Freiheit und ihr Paradox, 1997, S. 9, 25, *passim*.

Traditionell wird unterschieden zwischen dem lauterkeitsrechtlichen Anspruch, Individualschutz zu gewähren, und dem Kartellrecht als Institutionenschutz²⁵. Kartellrecht schütze das „ob“ der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, Lauterkeitsrecht betreffe das „wie“²⁶. Schutzzweck der kartellrechtlichen Normen sei der Wettbewerb als Institution, davon abgeleitet würden mittels Wettbewerb verschiedene Ziele verfolgt²⁷. Die Schutzzwecktrias des UWG, die das Interessengemenge des Lauterkeitsrechts normiert, enthält eine Festlegung, die weiter geht als die im Kartellrecht angelegte: Verbraucher- und Mitbewerberschutz, ja, sogar der Schutz sonstiger Marktteilnehmer werden ausdrücklich und gleichrangig nebeneinander festgehalten.

Nach den Vertretern einer Auffassung ist aufgrund dieser weitergehenden Schutzzweckbestimmung im Lauterkeitsrecht von unterschiedlichen Schutzzwecken im Kartell- und Lauterkeitsrecht auszugehen²⁸.

Eine vermittelnde Meinung sieht in Lauterkeits- und Kartellrecht „sich ergänzende Regelungssysteme“²⁹, zwischen denen es Überschneidungen gibt³⁰. In den (genauer zu definierenden) Überschneidungsbereichen müsse im Wesentlichen von Fall zu Fall eine genaue Prüfung erfolgen, wie die Schutzzwecke zu einander stehen und ob es ein Konkurrenzverhältnis gibt. Die Überschneidungsbereiche werden vor allem beim Einsatz von Marktmacht gesehen, wenn diese eine konkrete Gefahr für den Wettbewerbsbestand begründet³¹.

Noch weitergehend ist die Auffassung, dass zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht lediglich eine künstliche Trennung bestehe – es handle sich eben um Wettbewerbsrecht, also um Marktverhaltensregelungen, die den Wettbewerbsbestand sichern sollen. Letztlich gebe es „keine substanziellen Unterschiede“³². Die Differenzierung in Lauterkeits- und Kartellrecht sei vielmehr historisch gewachsen und im Übrigen eine rein deutsche Unterscheidung³³.

Je enger Kartell- und Lauterkeitsrecht nebeneinander gesehen werden, desto dringlicher stellt sich die Konkurrenzfrage, insbesondere wegen unterschiedlicher Sanktions- und Verfahrensvorgaben. In der Wissenschaft wurde die von *Peter Ulmer* geprägte „Vorfeldthese“ gegen die Ansicht gestellt, das Kartellrecht entfalte eine Sperrwirkung gegenüber dem Lauterkeitsrecht³⁴.

Die Vertreter der Vorfeld-These meinen, Lauterkeitsrecht sei das dem Kartellrecht vorgelagerte Instrument, um solche Probleme zu beseitigen, die „im Vorfeld“

²⁵ Vgl. *Köhler*, a.a.O. (Fn. 25), 646 m.w.N.

²⁶ *Fikentscher*, a.a.O. (Fn. 1), 182.

²⁷ Vgl. *Bechtold*, *GWB*, 5. Aufl. 2008, Einf. *GWB* Rn. 39 ff.

²⁸ *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *GWB*, 4. Aufl. 2007, § 22 *GWB* Rn. 16; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, *GWB*, 2006, § 22 *GWB* Rn. 17.

²⁹ *Köhler*, a.a.O. (Fn. 11), 646.

³⁰ Vgl. *Koppensteiner*, *WRP* 2007, 475 (477) m.w.N.

³¹ *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 30) m.w.N.; *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 14), S. 461.

³² *Köhler*, a.a.O. (Fn. 11), 646.

³³ *Köhler*, a.a.O. (Fn. 11), 646; *Alexander*, *ZWeR* 2007, 239 (240).

³⁴ *P. Ulmer*, *Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen*, 1977; *Merz*, *Die Vorfeldthese*, 1988.

der kartellrechtlichen Eingriffsschwellen entstehen, also insbesondere dann, wenn Marktmacht gegeben ist, aber noch keine Marktbeherrschung im Sinne von Art. 82 EG bzw. § 19 GWB³⁵. Zum Teil wird vertreten, dass wegen der unterschiedlichen Schutzzwecke selbst bei Deckungsgleichheit einzelner Verbotstatbestände UWG wie GWB uneingeschränkt nebeneinander anzuwenden seien³⁶.

Das Problem dieser These ist, dass sie die jeweiligen Wertungen der Gesetze unterläuft: Wer das Kartellrecht als abschließend anzusehendes „Grundgesetz der Marktwirtschaft“ bezeichnet, mag kaum zulassen wollen, dass es darüber hinaus staatliche Interventionen gibt. Deutlich wird dies etwa an der Frage der Klagebefugnis, die der Gesetzgeber in § 33 und § 34 a GWB anders ausgestaltet hat als in § 8 und § 10 UWG.

Vertreten wird daher die Theorie von der Sperrwirkung des Kartellrechts gegenüber dem Lauterkeitsrecht: Das (speziellere) Kartellrecht gehe dem (generalklauselartigen) Lauterkeitsrecht vor³⁷.

Köhler schlägt vor, streng nach dem materiellen Gehalt der jeweiligen Norm zu differenzieren: Wenn sich die Tatbestände des Lauterkeits- und des Kartellrechts decken, sind beide Normen nebeneinander anwendbar. Wenn der Tatbestand der kartellrechtlichen Norm nicht erfüllt ist, darf die lauterkeitsrechtliche Generalklausel nur eingreifen, wenn besondere unlauterkeitsbegründende Umstände vorliegen, die im Kartellrecht nicht berücksichtigt werden, vom Kartellrecht aber auch nicht ausgeschlossen sind³⁸.

Der BGH hat sich in der Entscheidung *Probeabonnement*³⁹ bei Prüfung der Konkurrenz zwischen § 4 Nr. 11 UWG und § 30 GWB für das Kartellrecht entschieden und diesem eine Vorrangwirkung zugeschrieben. Zu entscheiden war über eine Klage von Zeitschriftenhändlern gegen den Verlag des Magazins „stern“. Der Verlag bot ein Probeabonnement der Zeitschrift an, das den regulären Verkaufspreis im Einzelhandel pro Heft um 40 % unterschritt. Die Kläger rügten dieses Vorgehen des Verlags als unlauter, da der Verlag die in § 30 GWB normierte Preisbindung bei Zeitschriften missbräuchlich handhabte und die vom Verband Deutscher Zeitschriftenverleger erstellten und vom Bundeskartellamt genehmigten Wettbewerbsregeln im Sinne von § 24 GWB missachtete. In diesen war ein maximaler Preisnachlass von 35 % bei Probeabonnements vorgesehen.

Der BGH wies die Klage, die auf „Vorsprung durch Rechtsbruch“ wegen der Verletzung kartellrechtlicher Normen gestützt war, ab. Die abschließende Regelung der Sanktionen im Kartellrecht dürfe nicht durch Lauterkeitsrecht unterlaufen werden, „wenn sich der Vorwurf der Unlauterkeit allein auf die Verletzung eines kar-

³⁵ Nachweise bei *Köhler*, a.a.O. (Fn. 11), 647.

³⁶ *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker, § 22 GWB Rn. 16; ähnlich wegen des „grundverschiedenen Zugangs“ *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 14), S. 465.

³⁷ *Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, 1984, S. 144.

³⁸ *Köhler*, a.a.O. (Fn. 11), 647.

³⁹ *BGH GRUR* 2006, 773 – *Probeabonnement*; vgl. die Anm. von *Alexander*, a.a.O. (Fn. 33); *Emmerich*, *JuS* 2006, 1030 ff.; *Wegner*, *EwIR* 2007, 49; *Bechtold*, *WRP* 2006, 1162.

tellrechtlichen Tatbestands stützt⁴⁰. Bei eigenständigen lauterkeitsrechtlichen Tatbeständen solle dieser Vorrang jedoch nicht gelten⁴¹.

Die Reichweite der Sperrwirkung des Kartellrechts ist auch bei Auswertung dieser Entscheidung noch immer unklar. Der BGH hat nur vordergründig die Meinung gestärkt, die dem Kartellrecht eine Sperrwirkung zuschreibt. Die Sperrwirkung wird nämlich lediglich für den Fall von § 4 Nr. 11 UWG bestätigt, also eine Norm, bei der das Unterlaufen der spezialgesetzlichen Sanktionsmechanismen auf der Hand liegt. In Fällen, die eigene lauterkeitsrechtliche Tatbestände beinhalten, akzeptiert der Gerichtshof aber das Nebeneinander von Lauterkeitsrecht und Kartellrecht und erwähnt dafür ausdrücklich die Fälle des Boykotts und der unbilligen Behinderung. So ist aus dieser Entscheidung im Sinne der Meinung von *Köhler* wohl zu lesen, dass es besonderer Umstände bedarf, um das UWG neben dem GWB anwenden zu können. Wenig nachvollziehbar ist freilich, wo gerade bei Boykott und unbilliger Behinderung (zwei im GWB ausdrücklich genannten Fällen) das lauterkeitsrechtliche „Plus“ zu sehen sein soll.

Bemerkenswert ist ein anderer Aspekt der Entscheidung: Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hatte in der Entscheidung *Probeabonnement* eine kartellrechtlich ungewöhnliche Konstellation zu entscheiden: Die ins Feld geführten kartellrechtlichen Normen, gegen die verstoßen worden sein sollte, enthielten eigentlich anti-kompetitive Inhalte. § 30 GWB erlaubt systemwidrig die Preisbindung der zweiten Hand für Zeitungen und Zeitschriften, die Wettbewerbsregeln (§§ 24 ff. GWB) enthalten Branchenabsprachen über einzelne Aspekte, die gleichfalls eigentlich eben nicht besonders wettbewerbsförderlich sind. Die Kläger wollten also mit Hilfe des Kartellrechts Wettbewerbsvorstöße unterbinden. Dies hat der BGH nicht zugelassen. In der Substanz hat das Gericht damit den Wettbewerb gefördert, indem er den lauterkeitsrechtlichen Anspruch verneint hat. Darin kann eine Tendenz gesehen werden, auf den materiellen Gehalt des Verhaltens abzustellen statt formelhaft zu würdigen. In diesem Fall wurde dem Schutzzweck Wettbewerb dadurch gedient. Möglicherweise ist *Probeabonnement* ein Indiz für eine auch beim BGH im Vordringen begriffene wettbewerbsfunktionale Auslegung des Lauterkeitsrechts⁴². Jedenfalls aber macht diese Entscheidung – wie die gesamte Diskussion – deutlich, dass die Überschneidungen zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht so groß sind, dass eine Zusammenfassung der Rechtsmaterien inhaltlich gerechtfertigt ist. Bei durchdachter Ausgestaltung würden sich die Kontroversen um diese Abgrenzung erledigen und die Gerichte könnten sich auf die Frage konzentrieren, welche Marktfolgen und Wettbewerbswirkungen ein Verhalten zeitigt.

In der iPhone-Entscheidung wurde das Konkurrenzverhältnis zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht nicht thematisiert. Alle Normen werden nebeneinander angewendet, und im einstweiligen Verfahren kam es folglich auch zu einer, soweit

⁴⁰ Erster Leitsatz *BGH*, a.a.O. (Fn. 39).

⁴¹ Vgl. *Alexander*, a.a.O. (Fn. 33), 245 f.

⁴² Vgl. *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 14), S. 467 mit dem Beispiel Telefonmarketing; *Alexander*, a.a.O. (Fn. 33), *Köhler*, a.a.O. (Fn. 32).

ersichtlich, Bejahung des lauterkeitsrechtlichen, aber Verneinung des kartellrechtlichen Anspruchs. Dies ist insofern überraschend, als die Kopplung von Produkten ebenso wie die Beschränkung der Produktwechsellmöglichkeiten der Verbraucher klassische Themen des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots sind. Hier wurde Lauterkeitsrecht als „kleines Kartellrecht“ angewendet.

3. Europäische Aspekte

Die Diskussion erhält unter europäischen Vorzeichen noch eine weitere Dimension: In Art. 3 Abs. 3 VO (EG) 1/2003 und § 22 Abs. 4 S. 2 GWB ist eine Konkurrenzregel vorgesehen, die das europäische Kartellrecht absichert. Demnach dürfen die Mitgliedsstaaten nicht von den Vorgaben des europäischen Rechts abweichen – es sei denn, dass die einzelstaatlichen Regelungen „überwiegend ein von den Artikeln 81 und 82 des Vertrages abweichendes Ziel verfolgen.“

Sollte sich die Auffassung durchsetzen, Lauterkeitsrecht verfolge im Wesentlichen die Förderung des Wettbewerbs als Ziel, würde das europäische Kartellrecht also automatisch eine Vorrangstellung verlangen.

Der deutsche Gesetzgeber hat bei Verabschiedung von § 22 GWB festgestellt, das UWG verfolge abweichende Ziele⁴³. Diese Auffassung ist freilich, wie dargelegt, weder unumstritten noch besonders gut begründet. Die Auslegung muss sich im Übrigen nach europäischem Recht richten. Dabei ist zu beachten, dass im europäischen Kartellrecht angelegt ist, dass es sich um die abschließende Regelung der Wettbewerbspolitik handelt. Wer über das Kartellrecht hinaus ein rechtliches Instrument schaffen will, um den Wettbewerb speziell zu fördern, müsste begründen, welche Probleme mit Kartellrecht nicht lösbar sind. Kartellrecht enthält nämlich ein Bekenntnis zu einer bestimmten Marktordnung. In dieser Marktordnung ist auch die Rolle des Staates angelegt – er hält sich mit weitergehenden Eingriffen zurück und sichert allein die Privatautonomie der Unternehmen ab. Zuzugeben ist, dass der Erlass der Richtlinien zum Lauterkeitsrecht ein Anhaltspunkt dafür ist, dass zumindest die Kommission die Regelungen des Kartellrechts nicht als abschließend betrachtet.

II. Systematisches Argument

Die Abstimmung zwischen beiden Rechtsgebieten wird notwendig, wenn man das Ziel verfolgt, ein möglichst kohärentes System des Wettbewerbsschutzes zu schaffen⁴⁴. Kohärenz und Systematik sind kein Selbstzweck und kein Fetisch der Wissenschaftler, sondern Ausdruck eines besonderen Anspruchs an die Gesetzgebung. Sie garantieren Rechtssicherheit, Transparenz und Verständlichkeit, sie setzen ein Bedenken der Regelungsbreite und –tiefe voraus und somit auch (im Wirtschaftsrecht) ein Bekenntnis zu einer voraus möglichst freien Rahmenordnung. In kohärenten Regelungssystemen ist auch die Einflussnahme zugunsten einzelner Interes-

⁴³ Regierungsbegründung zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucksache 15/3640, S. 47; ebenso *Bechtold*, GWB, § 22 Rn. 19.

⁴⁴ *Henning-Bodewig* definierte dies im Eröffnungsbeitrag der Tagung als wesentliches Ziel.

sengruppen weniger einfach möglich. Die Systembildung garantiert insofern gute Gesetzgebung⁴⁵.

Hinzu tritt das Argument der systematischen Auslegung: Eine solche kann nur dann sinnvoll erfolgen, wenn die einzelne Rechtsnorm im Kontext eines Systems steht, das als Referenzrahmen gesetzgeberische Ziele, Rechtsstaatlichkeit und Sinnhaftigkeit vorgibt. Hier ist gerade das Lauterkeitsrecht ein Beispiel für Defizite, die entstehen, wenn einzelne Normen nicht in einen systematischen Kontext eingebettet sind: Sowohl die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken als auch die Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung sind Flickenteppiche, deren Einweben ins nationale Recht Schwierigkeiten bereitet⁴⁶. *Henning-Bodewig* fasst – auch bei Würdigung der positiven Aspekte dieser Richtlinien – zusammen, dass „die große Chance einer Vereinheitlichung und Vereinfachung des europäischen Rechtsrahmens“ verpasst worden sei⁴⁷. Die Regelungen der beiden Richtlinien sind teilweise außerordentlich detailliert, ein Gesamtkonzept ist aber nicht einmal für diese beiden Richtlinien geschaffen worden, geschweige denn im Zusammenspiel mit anderen Normen. Hierdurch kann es zu Inkonsistenzen kommen und auch zu praktisch problematischen Auslegungsbemühungen der Gerichte. Die Richtlinien leiden im Übrigen darunter, dass ihnen – so leider im Stil mancher europäischer Normen – eine Fülle verschiedener Regelungszwecke und -ansätze in der Präambel und in den eröffnenden Normen zugeschrieben werden. Ein systematisches Vorgehen ist in solcher Gesetzgebungstechnik kaum zu erkennen, für den Rechtsanwender ergeben sich Schwierigkeiten.

Die Schaffung eines europäischen Lauterkeitsrechts würde die Chance bieten, ein neues, kohärentes System des Wettbewerbsrechts zu bilden.

III. Notwendigkeit einer europäischen Regelung

Ob eine einheitliche europäische Regelung überhaupt erforderlich ist, kann dahin gestellt bleiben – diese Frage hat die Europäische Kommission im Prinzip durch ihren Regelungsanspruch entschieden. Der eingangs erwähnte *iPhone*-Rechtsstreit ist insoweit ein interessanter Ansatzpunkt, als er die Folgen einer international unterschiedlichen Behandlung verdeutlicht: Das in Deutschland gewählte Vertriebsmodell hat Apple weltweit durchzusetzen versucht. Nicht überall ist dies geglückt: In Frankreich müssen iPhones aufgrund einer kartellrechtlichen Entscheidung ohne SIM-Lock angeboten werden⁴⁸. In Belgien ist dies wegen gesetzlicher Regelungen der Fall⁴⁹. In den USA gibt es eine erste Sammelklage gegen Apple wegen der tech-

⁴⁵ Vgl. Kaufmann/*Hassemer*/Neumann, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004, S. 251 ff.; *Griegoleit*, in: Jestaedt/Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 51 ff.; *Karpen*, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, 2006, S. 91 ff.

⁴⁶ Vgl. zum europäischen Sekundärrecht insgesamt Hilty/*Henning-Bodewig*, Law Against Unfair Competition, S. 111 ff.

⁴⁷ *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2005, 629 (634); vgl. auch *Köhler*, GRUR 2005, 793 ff.; *ders.*, WRP 2008, 414 ff.; *Keßler/Micklitz*, Beilage zu BB 1/2005.

⁴⁸ Vgl. Cour d'Appel de Paris, Urt. v. 04.02.2009, Az. 2008/23828.

⁴⁹ Auskunft Prof. *Stuyck* (Leuven) bei dieser Tagung.

nischen Schutzmechanismen, das Repräsentantenhaus hat eine Anhörung durchgeführt⁵⁰. „Free the iPhone“ war der Slogan einer US-amerikanischen Internet-NGO, die in dieser Hinsicht besonders aktiv war. Vom Hü und Hott des Landgerichts Hamburg in dieser Frage wurde weltweit Notiz genommen. „Befreit“ wurde das iPhone nicht, aber immerhin hat das Urteil die Verstrickungen zwischen Lauterkeits- und Kartellrecht exemplarisch vorgeführt.

C. Wettbewerb als materielles Ordnungsprinzip

Die Neuausrichtung bliebe unvollständig ohne Bekenntnis zu einem materiellen Gehalt des damit neu entstehenden Rechts. Hier wird die Auffassung vertreten, dass sich der Wettbewerbsbezug in einem allgemeinen Wettbewerbsrecht stärker spiegeln muss als im bisherigen Lauterkeitsrecht und dass wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse besser zu berücksichtigen sind.⁵¹

I. Wettbewerb als Ordnungsprinzip

Hier wird die Auffassung vertreten, dass die Privatautonomie und ihre Verwirklichung im Wirtschaftsleben durch eine wettbewerblich strukturierte Marktwirtschaft der Leitstern jeder wirtschaftsrechtlichen Gesetzgebung sein müssen. Dies gilt in besonderem Maße für ein Wettbewerbsrecht.

Jede in den Wirtschaftsprozess eingreifende Maßnahme des Gesetzgebers enthält ein Bekenntnis zu einer bestimmten wirtschaftlichen Grundordnung. Das Kartellrecht enthält das Bekenntnis, dass die marktwirtschaftliche Ordnung die beste ist und eine Koordination der privaten Marktteilnehmer im System des Wettbewerbs die geeignete Form ist, um Angebot und Nachfrage zusammenzuführen und den Preis zu ermitteln. Dies bedeutet: grundsätzlich wird in die Privatautonomie der am Wirtschaftsprozess beteiligten Akteure vertraut. Daraus folgt, dass den Staat eine Beweislast trifft, wenn er in dieses Gefüge regulierend eingreifen will. Wer Regeln in diesem Bereich setzen will, muss nachweisen, dass es Verhaltensweisen oder Erscheinungen gibt, die diese Ordnung in Frage stellen, dass es also zu Unvollkommenheiten kommt, die nicht durch das Marktverhalten selbst behoben werden können. Wettbewerbsförderung als primärer Schutzzweck lässt sich nicht anderen Schutzzwecken gleich- oder unterordnen. Das Bekenntnis zum Wettbewerb ist entweder umfassend oder entwertet. Dies bedeutet, dass andere Schutzzwecke zwar subsidiär herangezogen werden können, aber keine gleichrangige Wirkung zum Ziel der Wettbewerbsförderung beanspruchen können. Konsequenz wäre der Maßstab im Einzelfall dann ein rein wettbewerblicher – auch in solchen Fallgruppen, die nach gängiger Einteilung nicht primär dem Allgemeininteresse am Wettbewerb zuzuordnen sind. Die in der Praxis meist vorherrschende Interessen- und Gü-

⁵⁰ Hearing „Wireless Innovation and Consumer Protection“, Subcommittee on Telecommunication and Internet in the Committee on Energy & Commerce, 11.7.2007, vgl. http://energycommerce.house.gov/index.php?option=com_content&task=view&id=250&Itemid=106.

⁵¹ Grundlegend *Schünemann*, in: Großkommentar UWG, Einl.; *Baudenbacher*, a.a.O. (Fn. 23); *Podszun*, a.a.O. (Fn. 6) m.w.N.

terabwägung der Beteiligten könnte so nicht mehr vorgenommen werden. Eingriffe des Staates müssen demnach allein gegen diejenigen Verhaltensweisen gerichtet werden, die den sich natürlich entfaltenden Wettbewerb gefährden. Ein europäisches Lauterkeitsrecht sollte diesen Grundgedanken akzeptieren, da es andernfalls die Grundlage der wirtschaftlichen Ordnung unterläuft. Wenn es ein europäisches Lauterkeitsrecht gibt, dann sollte es nicht nur, dann muss es sogar der Wettbewerbsförderung verpflichtet sein. Das ist derzeit schon im europäischen Recht angelegt (und verwirklicht⁵²), nicht zuletzt aufgrund der Festlegung der Gemeinschaft auf ein marktwirtschaftliches, wettbewerbliches System⁵³. Wettbewerbsförderung wird traditionell verstanden als Schutz des wettbewerblichen Prozesses („Wettbewerb als Institution“), in dem allen Unternehmen die Möglichkeit eröffnet wird, mit Preis und Leistung möglichst hohe Gewinne zu erzielen. Die rechtlichen Instrumente zum Schutz des Wettbewerbs sollen Fälle von Marktversagen oder -unvollkommenheiten korrigieren, soweit dadurch Wettbewerb nicht mehr möglich ist⁵⁴.

Damit ist sehr knapp ein Kriterium umrissen, das Auskunft geben kann über die nötigen Normen. Die Abschaffung des RabattG belegt, dass aus einer Gesamtwohlfahrts-Perspektive oder zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit nicht jede Norm überhaupt erforderlich ist. Der Bestand des Lauterkeitsrechts ist daher zu überdenken. Als Tendenz dürfte sich bei strikter Wettbewerbsorientierung heraus stellen, dass einige Normen entweder anderen Rechtsgebieten zuzuordnen oder überflüssig sind.

In der bisherigen deutschen UWG-Praxis wird das Ziel, den Wettbewerb zu fördern, zwar gelegentlich beschworen. Die inhaltliche Ausfüllung bleibt jedoch häufig formelhaft und unbefriedigend, etwa wenn das Bundesverfassungsgericht den „Leistungswettbewerb“ betont⁵⁵. Das iPhone-Urteil ist hier ein treffendes Beispiel: Das Gericht stützt sich pro forma auf eine „umfassende Güter- und Interessenabwägung“ zur Entscheidung der lauterkeitsrechtlichen Frage und wiederholt die häufig als Leerformel benutzte Wendung, es gehe um „Wettbewerbshandlungen, die unter Missachtung des Leistungswettbewerbs die Marktfreiheit und die Entschließungsfreiheit der Verbraucher unsachlich beeinflussen und/oder die redliche Betätigung der Mitbewerber leistungswidrig beeinträchtigen.“⁵⁶ Eine Ausfüllung dieser Begrifflichkeiten, die an die Rechtsprechung des BVerfG angelehnt ist⁵⁷, ist nicht zu erkennen. In der weiteren Argumentation wird auf diese Formel auch kein Bezug genommen. Die Beeinflussung der Entschließungsfreiheit der Verbrau-

⁵² Vgl. *Micklitz*, a.a.O. (Fn. 9), EG D Rn. 7.

⁵³ Vgl. *Peukert* (in diesem Band); *Sosnitza*, in: Münchner Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2006, Grundl. Rn. 22.

⁵⁴ Vgl. *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 14), S. 469 f.

⁵⁵ Vgl. *BVerfG GRUR* 2008, 81 (82) – *Pharmakartell*; *Sosnitza*, a.a.O. (Fn. 53), Grundl. Rn. 15 ff. ist gegenüber dem „schillernden“ Begriff vom Leistungswettbewerb sehr skeptisch. Vgl. auch *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, § 1 Rn. 39 m.w.N.

⁵⁶ Seite 15 des Urteils-Umdrucks.

⁵⁷ Zitiert werden *BVerfG GRUR* 1972, 358 – *Grabsteinwerbung* sowie *BVerfG GRUR* 2001, 1058 – *Therapeutische Äquivalenz*.

cher sowie die Beeinträchtigung der Betätigung der Mitbewerber wären dabei sehr wohl Themen dieses Sachverhalts gewesen, vom Leistungswettbewerb ganz zu schweigen. Im Rahmen der Güter- und Interessenabwägung wird die wettbewerbliche Kernfrage des Falles – Wechselmöglichkeit des Kunden als Voraussetzung für Wettbewerb – nicht gesondert erörtert. Die Wettbewerbsförderung erschöpft sich in diesem Urteil im Floskelhaften.

II. Der „more economic approach“ im Lauterkeitsrecht

Was aber ist dann Wettbewerbsförderung? Oder anders gewendet: Wie soll in einem zukünftigen europäischen Wettbewerbsrecht der materielle Kerngedanke der Wettbewerbsförderung ausgefüllt werden?

Viele Erörterungen dieser Thematik stoppen bei der Darstellung der in den 1970er Jahren aktuellen Wettbewerbskonzeptionen. Inzwischen hat die Wettbewerbsökonomik aber weitere intensive Beiträge geleistet, die es sowohl im Kartellrecht als auch im Lauterkeitsrecht noch besser zu rezipieren gilt, insbesondere solche, die unter dem Stichwort „more economic approach“ bekannt wurden⁵⁸. Der wesentliche Impuls der aktuellen Wettbewerbsökonomik geht von der „Post-Chicago-School“, einer wirtschaftswissenschaftlichen Forschungsrichtung, aus⁵⁹. Die Denker dieser Schule haben den wirtschaftspolitischen Laissez-faire-Ansatz der Chicago-School überwunden und differenzierte Beurteilungsmodelle gefunden. Auf ihre Ideen geht der „more economic approach“ zurück, der das europäische Kartellrecht seit 2002 deutlich verändert hat.

Was aber genau ist dieser „ökonomischere Ansatz“? Die Antwort fällt schwer⁶⁰. Eine umfassende Definition steht aus. Das liegt aber wohl in diesem Ansatz selbst begründet. Es geht dabei nämlich in erster Linie um ein neues methodisches Vorgehen. Erst im zweiten Schritt wird daraus ein normatives Programm. Die Methodik ist gekennzeichnet durch Auswirkungsanalyse und Einzelfallbetrachtung. Als normative Programme werden Effizienz, Verbraucher- oder Gesamtwohlfahrt diskutiert.

1. Auswirkungsanalyse

Die Vertreter eines more economic approach analysieren verstärkt die Auswirkungen, die Marktfolgen eines bestimmten Verhaltens (sog. „effects-based approach“). Bislang stand die Wettbewerbsstruktur im Fokus der Wettbewerbskonzeption; diese

⁵⁸ Vgl. hierzu und im Folgenden *Podszun*, a.a.O. (Fn. 6) m.w.N.

⁵⁹ Vgl. *Sullivan*, Antitrust L. J. 63 (2) [1995], 669 ff.

⁶⁰ Vgl. zum more economic approach *Schwalbe/Zimmer*, Ökonomie und Kartellrecht, 2006; *Kerber/Schwalbe*, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1: EuWettbR, 2007, Einl. Rn. 987 und passim; *Bechtold*, GWB, Einf. Rn. 64 ff.; *Budzinski*, Marburg Papers on Economics, Nr. 13/2007; *Schmidtchen*, WuW 2006, 6 ff.; *Immenga/Mestmäcker*, WettbR EG/Teil 1, Einl. C Rn. 28 ff.; *Drexel/Idot/Monéger*, Economic Theory and Competition Law, 2009; *Drexel/Kerber/Podszun*, Economic Approaches to Competition Law: Foundations and Limitations, i.E. siehe auch die vom more economic approach geprägten Lehrbücher von *Motta*, Competition Policy, 2004; *G. Monti*, EC Competition Law, 2007.

Struktur sollte offen gehalten werden. Die theoretische Grundlage für das „Struktur-Verhaltens-Ergebnis-Paradigma“ ist jedoch wissenschaftlich in Zweifel gezogen worden und wurde durch einen stärker spieltheoretischen Ansatz abgelöst. Damit wird am Verhalten der Marktteilnehmer angesetzt⁶¹.

Wettbewerbsförderung meint daher nicht mehr, auf Basis bestimmter Annahmen den Prozess der wettbewerblichen Entscheidung unbeschränkt zu halten und institutionell zu schützen, sondern von den Marktfolgen auszugehen und daraus Rückschlüsse zu ziehen auf die Frage, welches Verhalten den Wettbewerb fördert und welches ihn beschränkt.

Für das Lauterkeitsrecht hieße dies, die Marktfolgen stärker zu berücksichtigen, statt eine bestimmte Struktur als besonders schützenswert vorauszusetzen⁶².

Die Kritik an dem effects-based approach richtet sich vor allem gegen die damit verbundene „Anmaßung von Wissen“ (*Hayek*) bezüglich der Marktfolgen und die Abkehr vom Grundprinzip der freien Koordinierung durch den Markt, da nicht mehr die Marktteilnehmer, sondern ein Aufsichtsorgan entscheidet, welches Verhalten und welche Ergebnisse wünschenswert sind⁶³.

2. Einzelfallbetrachtung

Die Auswirkungsanalyse führt zugleich zu einer Einzelfallbetrachtung. Die das Kartellrecht lange Zeit prägenden per-se-Verbote sind in jüngster Zeit aufgeweicht worden. Immer stärker werden Ausnahmen und Unterausnahmen anerkannt. Dies ist aufgrund der auch im Kartellrecht weit gefassten Tatbestände rechtlich möglich. Auf besondere Branchenbedingungen oder unternehmensspezifische Aspekte wird stärker Rücksicht genommen als bisher.

Für das Lauterkeitsrecht hieße eine Adaption dieses Trends eine Abkehr von „schwarzen Listen“ und eine Öffnung der Fallgruppen: Gewissheiten, welches Verhalten unlauter ist oder nicht, gäbe es so nicht mehr. Die Reform des UWG ist in diesem Punkt (Anhang zu § 3 Abs. 3) der ökonomischen Sicht völlig entgegen gesetzt⁶⁴.

Ein starker Kritikpunkt an diesem Trend ist folglich auch die mangelnde Rechtssicherheit⁶⁵.

3. Normative Kriterien

Die Festlegung des normativen Programms eines allgemeinen Wettbewerbsrechts bleibt Aufgabe der Politik, die in Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben über Sinn und Zweck der Gesetze zu entscheiden hat. Im Wesentlichen geht es um

⁶¹ Vgl. *Kerber/Schwalbe*, a.a.O. (Fn. 60), Einl. Rn. 1041.

⁶² Vgl. *Koppensteiner*, a.a.O. (Fn. 30), 475 f.

⁶³ So etwa *Zäch/Künzler*, EuZ 2009, 30 ff.; vgl. *Conde/Mackenrodt/Podszun*, WuW 2008, 1079 (1080); zur Kritik am „more economic approach“ siehe auch *I. Schmidt*, ECLR 2007, 408; *ders.* in: FS Rainer Bechtold, 2006, S. 409 ff.

⁶⁴ Kritisch auch *Scherer*, NJW 2009, 324 (325).

⁶⁵ *Bechtold*, GWB, Einf. Rn. 69 f.; *I. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 63), 409; *Nothdurft* in: FS Hirsch, 2008, S. 285 ff.

die Frage, wann materiell der Wettbewerb geschädigt wird: „Ist dieses Unternehmensverhalten wettbewerbskonform oder nicht?“⁶⁶

Diese Frage verlangt eine Definition des Begriffs Wettbewerbskonformität. Die Wirtschaftswissenschaften haben auch hierzu neuere Beiträge geleistet, indem sie die Antwort auf diese Frage rein ökonomisch bestimmt haben. Darin liegt allerdings bereits eine normative Entscheidung⁶⁷. Lange Zeit wurde im Kartellrecht ein Bündel von Kriterien definiert, von der Freiheitssicherung bis zur Wohlstandssteigerung. Kernelement war die Bezugnahme auf die Wettbewerbsfreiheit. Zunehmend etabliert sich dagegen ein wirtschaftswissenschaftlich quantifizierbares Kriterium aus dem Konzept der Wohlfahrtsökonomik⁶⁸, nämlich in Form der Effizienz⁶⁹ oder, noch weitgehender, der geringeren Verbraucherpreise. Als wohlfahrtsökonomische Konzepte stehen sich das Konzept der allgemeinen Wohlfahrt (general welfare approach) und das der Verbraucherwohlfahrt (consumer welfare approach) gegenüber⁷⁰. Ein Verstoß gegen Kartellrecht besteht nach den Vertretern des more economic approach dann, wenn zusätzlich zu den Tatbestandsmerkmalen ein Schaden für die allgemeine Wohlfahrt bzw. die Verbraucherwohlfahrt eintritt. Damit wird das Kartellrecht in den Dienst einer effizienten Organisation der Märkte gestellt, der Kartellrechtsverstoß wird (zumindest scheinbar) „berechenbar“. Die möglichst wohlfahrtssteigernde, weil effiziente Ressourcenallokation ist das Kriterium, an dem sich ein Kartellrechtsverstoß entscheidet. Effizienzen werden dabei in der Regel als in einem linearen Verhältnis zum Verbrauchervorteil stehend angesehen. Die Europäische Kommission hat sich diesen Ansatz in den Leitlinien zur Fusionskontrolle zu eigen gemacht⁷¹.

Auch im Lauterkeitsrecht hat es eine Entwicklung hin zu wirtschaftswissenschaftlich fundierten Kriterien gegeben. So wurden Anstands- oder Sittlichkeitsüberlegungen kontinuierlich zurückgedrängt⁷². Anders als im Lauterkeitsrecht hat im Kartellrecht der Mitbewerberschutz⁷³ keinen Platz mehr, es findet vielmehr eine strikte Fokussierung auf Effizienzen statt. Übertragen auf das Lauterkeitsrecht wäre auch hier zu fragen, wie Ressourcen möglichst effizient eingesetzt werden können und welche Vorteile der Verbraucher durch ein bestimmtes Verhalten hat⁷⁴. Wichtiger noch als eine solche konkrete Festlegung auf ein materielles Kriterium wäre freilich die grundsätzliche Orientierung hin auf einen klar definierten wirtschaftlich-wettbewerbslichen Maßstab. Die Schaffung eines europäischen Wettbewerbsrechts böte die Chance, die Axiome einer *positiven* Wettbewerbsdefinition zu

⁶⁶ Schulz, Wettbewerbspolitik, 2003, S. 14.

⁶⁷ Vgl. Drexl/Idot/Monéger, a.a.O. (Fn. 60); Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2008.

⁶⁸ Vgl. G. Monti, a.a.O. (Fn. 60), S. 44 ff., 51 f.

⁶⁹ Vgl. Schulz, a.a.O. (Fn. 66); Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005.

⁷⁰ Vgl. Werden, in: Drexl/Kerber/Podszun, Economic Approaches to Competition Law: Foundations and Limitations, i.E.

⁷¹ Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Dokument 2004/C 31/03, ABl. EG C 31/5.

⁷² Vgl. Peifer, in diesem Band.

⁷³ Vgl. Beater, in diesem Band.

⁷⁴ Vgl. Drexl, in diesem Band.

setzen, die derzeit nur schemenhaft erkennbar sind, etwa wenn gesagt wird, es sei ein Kernelement des Wettbewerbs, dass Unternehmen ihre Entscheidungen selbstständig treffen⁷⁵. Hier würde es darum gehen, aus typischen kartell- und lauterkeitsrechtlichen Konstellationen die wettbewerbliche Essenz zu filtern.

Der iPhone-Fall wirft ein Schlaglicht auf die traditionelle Anwendung des Lauterkeitsrechts in Deutschland: Erwägungen zu den Auswirkungen oder Marktfolgen sind nicht erkennbar. So findet weder eine Auseinandersetzung mit der grundsätzlichen Koppelungsproblematik statt, noch wird im Sinne einer Sekundärmarkt-Betrachtung die Rolle der (hohen) Marktanteile von T-Mobile erwogen oder auch nur die Funktion von Parallelimporten als Wettbewerbsimpuls gesehen. Diese Ignoranz gegenüber den Auswirkungen betrifft sowohl den Einzelfall als auch die Marktwirkung bzw. Präcedenzwirkung der Entscheidung für dieses neuartige Vertriebsmodell im Mobilfunkbereich. Die Entscheidung untersucht die Maßnahme, nicht aber ihre Wirkung. Es fehlt eine Erörterung des Mobilfunkmarktes.

Das Gericht löst sich auch nicht grundsätzlich vom per-se-Verbot. Die Entscheidung ist vielmehr in Erwägung eines per-se-Verbots gestützt und wird an einer streng formalistischen Auslegung des Begriffs der „gesetzlichen Vorschrift“ aus § 4 Nr. 11 UWG fest gemacht. Dies ist umso überraschender, als das Gericht § 4 Nr. 11 UWG ohnehin ablehnt und die Entscheidung auf den weit gefassten § 3 UWG stützt, in dessen Rahmen eine dezidierte Einzelfallbetrachtung problemlos möglich wäre.

Ein materielles Kriterium der Lauterkeit ist nicht aus der Entscheidung herauszulesen. Zwar wird formelhaft die Missachtung des Leistungswettbewerbs angeführt, diese wird aber nicht ausgefüllt. Die angekündigte umfassende Güter- und Interessenabwägung, die durchaus Raum für wohlfahrtsökonomische Erwägungen ließe, wird tatsächlich auf die telekommunikationsrechtliche Frage reduziert, welche Qualität die Lizenzvorgabe der Bundesnetzagentur hat.

Ein ökonomischer Ansatz ist in dieser Entscheidung also nicht zu sehen⁷⁶.

III. Der Wettbewerbs-Konnex lauterkeitsrechtlicher Fallgruppen

Zuweilen wird die Auffassung erkennbar, spezielle Wettbewerbsförderung sei nur in einzelnen lauterkeitsrechtlichen Konstellationen relevant. Nach dieser Sicht gibt es Fallgruppen mit Wettbewerbs-Konnex und solche ohne. Das ist aber aus zwei Gründen zweifelhaft⁷⁷. Erstens ist bereits unklar, welche Fallgruppen einen Kartellrechtsbezug aufweisen sollen. Zweitens verkennt diese Auffassung, dass jedes Marktverhalten eine Wettbewerbskomponente hat.

Im Reader zu der Tagung, auf die dieser Band zurückgeht, werden als relevante Fallgruppen mit besonderem Bezug zur Wettbewerbsförderung genannt: Verkauf unter Einstandspreis, Ausnutzung von Nachfragemacht⁷⁸, Schutz selektiver Ver-

⁷⁵ *EuGH*, Urt. v. 16.12.1975, verb. Rs. 40-48/173 u.a., Rn. 173 f. – *Suiker Unie*.

⁷⁶ Zu den Ansätzen im neuen UWG vgl. *Podszun*, a.a.O. (Fn. 6).

⁷⁷ Vgl. *Ohly*, WRP 2008, 177 (182) m.w.N.

⁷⁸ Vgl. *Köhler*, WRP 2006, 139.

triebssysteme, Zulässigkeit von Parallelimporten⁷⁹, Marktstörung, Verkaufsfördermaßnahmen⁸⁰. Es scheint auch vertretbar, andere Fallgruppen als besonders wettbewerbsnah anzusehen, etwa diejenigen, in denen der Konkurrentenschutz im Vordergrund steht, etwa bei der Behinderung⁸¹. Immerhin drängt sich in diesen Fällen die Parallele zu Art. 82 EG geradezu auf. Denkbar wäre freilich auch, die Nähe der verbraucherschützenden Fallgruppen Irreführung und Druckausübung zur Wettbewerbsförderung zu betonen. Immerhin kann Wettbewerb nur dann funktionieren, wenn der Verbraucher in der Lage ist, eine freie, informierte Entscheidung zu treffen. Bei den auf die Interessen der Allgemeinheit zielenden Fallgruppen, v.a. Rechtsbruch⁸² und allgemeine Marktbehinderung⁸³, kann der Bezug zur Wettbewerbsförderung je nach Fall offensichtlich sein. Gleichwohl ist gerade in diesen Fallgruppen eine Einbeziehung der kartellrechtlichen Ergebnisse besonders strittig⁸⁴. Kurzum: Es scheint willkürlich, eine Trennlinie zwischen Fallgruppen mit Wettbewerbs-Konnex und solchen ohne zu ziehen – es sei denn, man zöge als Abgrenzungskriterium die Marktbeherrschung heran: Einen Bezug zur Wettbewerbsförderung wiesen dann alle Fälle auf, in denen das Verhalten nur deshalb nicht nach Art. 82 EG verboten ist, da es an Marktbeherrschung fehlt. Würde man so weit gehen, würde dies allerdings das Kriterium der Marktbeherrschung entsprechend entwerten und das Lauterkeitsrecht endgültig zu einem „Kartellrecht der kleinen Münze“ machen.

Der zweite, in diesem Zusammenhang wichtige Aspekt ist die Erkenntnis, dass jede Marktregulierung (zu der auch das Lauterkeitsrecht zählt) einen Wettbewerbs-Konnex hat⁸⁵. Methodisch ist das aus der ökonomischen Analyse des Rechts bekannt: Rechtliche Regelungen können erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen haben, das Bewusstsein dafür ist sowohl beim Gesetzgeber als auch bei Rechtsanwendern zu schärfen. Für die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs gilt dies analog: Jedes rechtliche Eingreifen durch den Gesetzgeber oder die Gerichte hat wirtschaftliche, aber auch spezifisch wettbewerbliche Auswirkungen, die Berücksichtigung finden sollten.

Ein Beispiel, bei dem nicht auf den ersten Blick der Wettbewerbs-Konnex erkennbar ist, ist das Verbot der irreführenden Flugpreiswerbung. Hier hat die EU-Kommission mit einer Verordnung gegengesteuert und die Verpflichtung zum Ausweisen des Gesamtpreises einschließlich aller weiteren Kosten und Steuern statuiert⁸⁶. Die Lauterkeit der Werbung wird damit grundsätzlich gestärkt, wenn

⁷⁹ Vgl. *Hoffmann*, WRP 2004, 994 (1002).

⁸⁰ Vgl. *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 14), S. 469 mit Bezug auf Korrektur von Marktunvollkommenheiten.

⁸¹ Vgl. *Köhler*, a.a.O. (Fn. 11), 649.

⁸² *Ohly*, a.a.O. (Fn. 77), 183.

⁸³ *Köhler*, a.a.O. (Fn. 11), 649 ff.; *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 14), S. 469 ff.

⁸⁴ Vgl. *BGH*, a.a.O. (Fn. 39); *Götting*, Wettbewerbsrecht, 2005, S. 303, *Omsels*, WRP 2004, 136 (139).

⁸⁵ Vgl. auch *Glöckner* mit den Beispielen Irreführung und unangemessene Beeinflussung, die einen starken wettbewerblichen Impuls haben, *Glöckner*, a.a.O. (Fn. 14), S. 468.

⁸⁶ Art. 23 VO (EG) 1008/08.

davon auszugehen ist, dass der Verbraucher vor allem am letztlich zu bezahlenden Gesamtpreis interessiert ist. Die neue Norm ist aber nicht wettbewerbsneutral. Offensive Werbung ist für neu in den Markt eintretende Anbieter nämlich häufig die einzige Möglichkeit, überhaupt Marktanteile zu erobern. Die Marktanteile im slot-abhängigen Luftverkehrsmarkt sind durch die Slot-Vergabe zementiert, die Marktzutrittschranken sind außerordentlich hoch, zumal Fliegen auch Vertrauenssache ist. Eine solche Marktsituation ist nur mit aggressivem Preiswettbewerb aufzubrechen – oder zumindest der Illusion solchen Preiswettbewerbs. Die offensive Werbung von Billigfluganbietern hat nachhaltig wirkende Marktzutritte erst ermöglicht. Dass die Verbraucher dabei mitunter gar nicht günstiger geflogen sind, ist volkswirtschaftlich irrelevant; dass insgesamt durch die Belebung des Wettbewerbs im Flugmarkt aber volkswirtschaftliche Effizienzen generiert wurden und die Verbraucher profitiert haben, dürfte kaum zu bestreiten sein.

D. Institutionelle Aspekte

Eine Neuausrichtung des europäischen Wettbewerbsrechts müsste auch institutionelle Aspekte betrachten. Dabei geht es um die Verfahren und Institutionen zur Durchsetzung des Rechts. Diese Verfahren und Institutionen müssen nicht zwingend in jedem EU-Mitgliedsstaat einheitlich ausgestaltet werden. Im Kartellrecht allerdings haben sich die Europäische Kommission und der EuGH inzwischen entschieden, den Mitgliedsstaaten sehr weitgehende Vorgaben zur Durchsetzung des Rechts zu machen, um eine effektive Umsetzung zu gewährleisten: Die Kommission hat Vorschriften zur Einrichtung nationaler Kartellbehörden durchgesetzt (vgl. Art. 5, 35 VO (EG) 1/2003) und kann diese de facto kontrollieren (Art. 11 ff. VO (EG) 1/2003, insbesondere Art. 11 Abs. 6). Die Kommission verfolgt zudem das Projekt, die private Kartellrechtsdurchsetzung in Form von Schadensersatzklagen zu stärken⁸⁷. Der EuGH hat in seinen Urteilen *Courage*⁸⁸ und *Manfredi*⁸⁹ deutlich gemacht, dass die Durchsetzung privater Ansprüche zwar Sache des nationalen Rechts ist, dieses muss aber die Effektivität des Kartellrechts gewährleisten⁹⁰.

Vor dem Hintergrund dieser Erfahrungen wird bei Schaffung eines europäischen Lauterkeits- oder gar Wettbewerbsrechts eine europäische Verfahrens- und Institutionsordnung erforderlich werden.

I. Institutionelle Unterschiede in Kartell- und Lauterkeitsrecht

Eine Bestandsaufnahme ergibt beträchtliche Unterschiede zwischen den kartellrechtlichen Verfahren und Institutionen und den lauterkeitsrechtlichen: Das europäische Kartellrecht wird von der behördlichen Durchsetzung dominiert, während

⁸⁷ Vgl. das Grünbuch (2005) und das Weißbuch (2008), siehe <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>. Dazu vgl. *Drexel* u.a., IIC 2008, 799 ff. und IIC 2006, 700.

⁸⁸ *EuGH*, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99 – *Courage*.

⁸⁹ *EuGH*, Urt. v. 13.07.2006, Rs. C-295/04 – *Manfredi*.

⁹⁰ Ebenso im Lauterkeitsrecht, vgl. *Möllers*, in: FS Joseph Straus, 2009, S. 413 (416 f.).

das Lauterkeitsrecht in mehreren europäischen Staaten, darunter Deutschland, überwiegend privat vor Gericht durchgesetzt werden muss⁹¹. Während die behördlichen Ermittlungen und Entscheidungen zum Teil mehrere Jahre in Anspruch nehmen, werden lauterkeitsrechtliche Entscheidungen in kurzer Frist häufig im einstweiligen Rechtsschutz getroffen. An dieser Tendenz ändert auch die Diskussion um das „private enforcement“ im Kartellrecht nichts, da es dabei selten um die originäre Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche geht, sondern um Schadensersatzansprüche als follow-up-Klagen zu behördlichen Entscheidungen (vgl. § 33 Abs. 4 GWB).

Während eine Behörde (insbesondere eine solche wie die Generaldirektion Wettbewerb) in den von ihr aufgegriffenen Kartellrechtsfällen entsprechende Prioritäten setzen kann und über lange Zeiträume mit dem erforderlichen Personalaufwand ermitteln und bewerten kann, muss ein mit einem UWG-Fall befasster Richter meist in kurzer Frist (einstweiliges Verfahren) und ohne zusätzliche Mitarbeiter oder gesonderte ökonomische Expertise entscheiden⁹². Eine solche institutionelle Ausgestaltung macht eine umfassende Markt Betrachtung, Auswirkungsanalyse oder Einzelfallentscheidung schwierig. Stattdessen wird auf per-se-Verbote zurückgegriffen. Der Richter ist zudem an die Anträge der Parteien gebunden, er kann keine eigenen Marktregelungen treffen. Schon die Ermittlungen gestalten sich im Lauterkeitsrecht deutlich schwieriger: Die Kartellbehörden können von den Parteien Auskünfte in viel weiter gehendem Maße erzwingen, einschließlich der Möglichkeit zu Nachprüfungen in den jeweiligen Unternehmen. Zudem sind an Kartellverfahren regelmäßig große Unternehmen beteiligt, sowohl als Betroffene ebenso wie als Beigeladene. Auch die Öffentlichkeit nimmt in wichtigen Verfahren großen Anteil. Diese Beteiligung führt zu einer größeren Informationsdichte. Im Lauterkeitsrecht können hingegen auch kleinere Unternehmen häufiger betroffen sein, die keine umfassende Branchenexpertise beisteuern. Eine Beleuchtung des Falls von vielen verschiedenen Seiten findet in den zivilrechtlichen Verfahren meist nicht statt. Daher ist auch vor diesem Hintergrund die Informationsbeschaffung schwieriger und damit auch die Möglichkeit, Auswirkungen umfassend einschätzen zu können.

Ein Zivilgericht kann, zumal im einstweiligen Verfahren, also nicht die komplexen wettbewerblichen Erwägungen anstellen, die eine fachlich geschulte Behörde, die über sämtliche Daten verfügen kann, in langjährigen Verfahren anstellt⁹³.

Der iPhone-Fall hat diese institutionellen Bedingungen im deutschen Recht dargestellt: Hier musste eine ohnehin durch einstweilige Verfahren stark beanspruchte Kammer binnen kürzester Frist zwei Entscheidungen in dieser Sache treffen. Der telekommunikationsrechtliche Hintergrund und die Marktsituation im Mobilfunkbereich wurden in der Entscheidung nicht vertieft, vermutlich mangels entsprechenden Parteivortrags resp. mangels eigener Ermittlungen. Auch die Bindung an die Parteianträge liefert hier ein Beispiel für die ungenügenden Sanktionsmöglich-

⁹¹ *Henning-Bodewig*, a.a.O. (Fn. 3), S. 10 f.; vgl. *Möllers*, a.a.O. (Fn. 90).

⁹² Vgl. *Ohly*, a.a.O. (Fn. 77), 179 m.w.N.

⁹³ Vgl. schon *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht, 1977; *Eidenmüller*, a.a.O. (Fn. 69), S. 397 ff.

keiten im Zivilprozess: Nach Erlass der einstweiligen Verfügung im ersten Schritte verkaufte T-Mobile das iPhone kurzzeitig zu einem extrem hohen Preis ohne SIM-Lock. So war der Verfügung formal Genüge getan. Eine echte wettbewerbliche Lösung hätte eventuell anders ausgesehen.

Ein weiterer institutioneller Unterschied, der Vergleiche zwischen Kartell- und Lauterkeitsrecht relativiert, liegt in den europäischen Vorgaben des Kartellrechts. Die wesentlichen Charakteristika des durchsetzungsstarken kartellrechtlichen Systems liegen in einer klaren primärrechtlichen Vorgabe, in einer starken institutionellen Kompetenz und in einer europaweiten Harmonisierung.

Die primärrechtlichen Vorgaben in Art. 81, 82 EG sind seit Abschluss der Verträge fester Bestandteil des Rechts. Sie folgten der Einsicht, dass der Abbau staatlicher Handelsschranken in der Europäischen Gemeinschaft nicht durch den Aufbau privater Wettbewerbsbeschränkungen konterkariert werden sollte. Das Kartellrecht fügte sich hier stimmig ins Gesamtsystem ein.

Institutionell hat das Kartellrecht mit dem Wettbewerbskommissar und seiner Generaldirektion eine starke Verankerung. Dabei ist die politische und legislative Bedeutung der Generaldirektion für die Wettbewerbsförderung in Europa möglicherweise als ebenso wichtig einzuschätzen wie die Anwendung des Kartellrechts im Einzelfall (die zusätzlich von den nationalen Behörden übernommen wird).

Seit 2004 sind zudem die nationalen Kartellrechtsordnungen weitgehend mit dem europäischen Recht harmonisiert. Dies wurde auch dadurch erleichtert, dass abgesehen von Deutschland kaum ein Mitgliedsstaat eine besonders ausgeprägte kartellrechtliche Ordnung hatte.

Im Lauterkeitsrecht fehlen sowohl eine eindeutige primärrechtliche Vorgabe⁹⁴, als auch eine institutionelle Bündelung in einer Generaldirektion, die eine starke und eindeutig zielorientierte Kompetenz hat. Es ringen vielmehr – ausgestattet mit unterschiedlichen Kompetenztiteln – die Generaldirektion Binnenmarkt und die Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz um die Vorherrschaft. Zudem ist das Lauterkeitsrecht, als ein Rechtsgebiet mit zum Teil langen Traditionen, national zersplittert⁹⁵.

II. Behördliche Neuausrichtung

Bei einer Neubestimmung des Wettbewerbsrechts stellt sich die Frage, inwiefern eine behördliche Infrastruktur in den Mitgliedsstaaten und auf europäischer Ebene zu schaffen ist.

Für das Kartellrecht hat sich als entscheidender Motor die Zentralisierung der Kompetenz erwiesen. Die Generaldirektion Wettbewerb der Kommission bietet das institutionelle Rückgrat zur primärrechtlichen Verankerung des Wettbewerbsschutz-

⁹⁴ Peukert, ZHR 173 (2009), 536; vgl. Glöckner, in: Hilty/Henning-Bodewig, Law Against Unfair Competition, S. 77 ff.; Henning-Bodewig, a.a.O. (Fn. 3), S. 25 ff.

⁹⁵ Vgl. Henning-Bodewig, a.a.O. (Fn. 3), passim; Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. 2006, Einl. B 31; Glöckner, a.a.O. (Fn. 14).

zes. Ohne einen solchen Lordsiegelbewahrer der Wettbewerbsförderung an zentraler Position würde die Europäisierung kaum gelingen.

Das derzeitige Regime, das Lauterkeitsrecht zwischen zwei Generaldirektionen aufzuteilen, hat sich als wenig fruchtbar erwiesen und wird insbesondere dem Ziel der Wettbewerbsförderung in keiner Weise gerecht, da die lauterkeitsrechtlichen Regeln mit weiteren Zwecken befrachtet werden und eine Zersplitterung – wie durch die beiden Richtlinien – entsteht.

Für ein europäisches Lauterkeitsrecht mit wettbewerblicher Ausrichtung wäre daher die Übertragung der entsprechenden Konsequenzen auf DG COMP zu fordern⁹⁶. Dies scheint, wegen der anstehenden Verkleinerung der KOM, auch nicht völlig aussichtslos.

Zugleich sollten die nationalen Kartellbehörden, die in jedem Mitgliedsstaat vorhanden sind, auch eine Generalzuständigkeit für das Lauterkeitsrecht erhalten – dabei muss nicht zwingend eine Vollzugskompetenz verliehen werden. Es würde schon genügen, dass die Behörden zentrale Ansprechpartner und Träger des Wettbewerbsgedankens wären, wenn das übrige Durchsetzungsregime in einem Mitgliedsstaat gut funktioniert⁹⁷.

III. Zivilprozessuale Neuausrichtung

Bei einer Überprüfung der zivilprozessualen Möglichkeiten sind zwei Aspekte zu beachten: zum einen sollte der große prozessuale Makel des Kartellrechts, nämlich die überlange Verfahrensdauer, abgebaut werden. Hier könnte das Kartellrecht vom Lauterkeitsrecht profitieren. Zum anderen müsste in lauterkeitsrechtlichen Verfahren stärker als bislang ökonomischen Erwägungen Rechnung getragen werden⁹⁸.

Hierzu bieten sich drei Reform-Möglichkeiten an: Erstens müsste bei den zuständigen Richtern ein „capacity building“ erfolgen. Dazu wären die Richter ökonomisch zu schulen. Plastisch ausgedrückt: Ein Richter im UWG-Verfahren müsste neben dem UWG-Kommentar von *Hefermehl/Köhler/Bornkamm* ebenso selbstverständlich wettbewerbsökonomische Lehrbücher zur Verfügung haben⁹⁹. Die Nachhaltigkeit einer solchen ökonomischen Fortbildung (die freilich auch in kartellrechtlichen Kammern und Senaten positiv wirken würde) wäre nur gegeben, wenn die Richter entsprechend ihrer Eignungen eingesetzt würden und nicht, geradezu willkürlich, von einem Mietrechts- in einen Strafrechtssenat und von dort in einen Wettbewerbssenat versetzt würden.

Zweitens könnte der ökonomische Sachverstand verstärkt extern rekrutiert werden. Dies würde eine weitere Öffnung der Gerichte für Ökonomen bedeuten. Dabei wäre ein Modell des hauptamtlichen Beisitzers einem solchen des ehrenamtlichen vorzuziehen.

⁹⁶ Dafür auch *Mäsch*, EuR 2005, 625 (641).

⁹⁷ Vgl. *Möllers*, a.a.O. (Fn. 90), 429.

⁹⁸ Beachte aber *Nothdurft*, in: FS Günther Hirsch, S. 285 ff.; *Gerber*, in: Drexl/Idot/Monéger, Economic Theory and Competition Law, S. 20 ff.

⁹⁹ *Schulz*, a.a.O. (Fn. 66); *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 3. Aufl. 2008.

Drittens wäre die Zentralisierung von Verfahren in *branchenspezifischen* Kammern anzudenken. Ebenso wichtig wie allgemeines ökonomisches Verständnis ist nämlich ein guter Marktüberblick. Zu erwägen wäre dann etwa, alle Sachverhalte (nicht nur die wettbewerbsrechtlichen) aus dem Bereich der Telekommunikationswirtschaft oder des Einzelhandels usw. einer Kammer zuzuweisen. Dies entspräche der Ordnung des Bundeskartellamts, das die eingehenden Fälle nicht nach Eingang oder nach Rechtsfragen sortiert, sondern nach der jeweils betroffenen Branche. Denkbar wäre darüber hinaus, eine Behörde wie das Bundeskartellamt auch damit zu betrauen, lauterkeitsrechtliche Musterverfahren von allgemeiner Bedeutung durchzuführen – unabhängig von einem konkreten Fall, sondern zur Untersuchung bestimmter Geschäftspraktiken (vgl. das Instrument der Sektoruntersuchung, § 32 e GWB).

Auch die ökonomischen Ansprüche müssten allerdings der institutionellen Situation angepasst werden, und das heißt: sie müssten reduziert oder zumindest handhabbar gemacht werden. Eine umfangreiche Analyse inklusive der Benutzung ökonometrischer Modelle ist in einem Eilverfahren unrealistisch. Wünschenswert wäre in erster Linie eine Klarstellung des europäischen wie des deutschen Gesetzgebers, dass die untersuchten Maßnahmen und Entscheidungen daraufhin geprüft werden müssen, ob sie den Wettbewerb beschränken oder nicht. Von den Gerichten ist zu verlangen, dass sie die Auswirkungen der beanstandeten Maßnahme und die Auswirkungen ihrer Entscheidung im Hinblick auf den betroffenen Markt in der Entscheidung zumindest bedenken und das heißt auch: erörtern. Hilfreich wäre dafür ein „ökonomischer Leitfaden“, aus dem einfache, für den Einzelfall reduzierte Kriterien ersichtlich sind, die ein Richter abprüfen kann. Als Vorbild eines solchen Leitfadens könnten etwa die „Guidelines for Policymakers“ des britischen Office of Fair Trading heran gezogen werden¹⁰⁰. *Schmidchen* hat Leitfragen für die kartellrechtliche Fallbearbeitung formuliert¹⁰¹, die etwas ausführlicher gestaltet für das Lauterkeitsrecht adaptiert werden könnten. Selbstverständlich könnte ein solcher Leitfaden keine komplexen ökonomischen Erwägungen ersetzen. Es würde aber überhaupt das Bewusstsein für den mit der Entscheidung verbundenen wettbewerblichen Eingriff geschärft.

Schließlich wäre zu fordern, dass in lauterkeitsrechtlichen Verfahren häufiger die wirtschaftlichen Erkenntnisse in ähnlich gelagerten Kartellrechtsfällen verwertet würden. So können beispielsweise Rabattfragen, Kampfpreise oder Diskriminierungen Gegenstand des Kartellrechts ebenso wie des Lauterkeitsrechts sein. Hier wäre ein materieller Gleichlauf anzustreben.

¹⁰⁰ Office of Fair Trading, Completing competition assessments in Impact Assessments, August 2007, OFT876, abrufbar unter http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oftr876.pdf.

¹⁰¹ *Schmidchen*, a.a.O. (Fn. 60), 14.

E. Zusammenfassung

In diesem Beitrag wurde die Auffassung vertreten, dass ein europäisches Lauterkeitsrecht stärker wettbewerbsfunktional ausgerichtet sein sollte als es bislang in den europäischen Richtlinien und in den nationalen Gesetzen der Fall ist. Dazu bietet sich, so wird vorliegend etwas gewagt gefordert, de lege ferenda die Schaffung eines europäischen Wettbewerbsrechts an, das Lauterkeits- und Kartellrecht miteinander verbindet und einheitlich konzipiert. Dies ergibt inhaltlich Sinn, da Wettbewerb das übergeordnete Ordnungsprinzip der europäischen Marktwirtschaft ist. Auch systematisch wäre dies begrüßenswert. Ob es einer einheitlichen europäischen Regelung bedarf, kann dahin gestellt bleiben, da die Kommission bereits in dieser Hinsicht eine Festlegung getroffen hat.

Ein allgemeines europäisches Wettbewerbsrecht müsste am Wettbewerbsprinzip ausgerichtet sein und dürfte andere Schutzzwecke nur in untergeordneter Weise berücksichtigen. Hier wird vertreten, dass eine solche wettbewerbsfunktionale Auslegung schon derzeit geboten ist. Faktisch würde dies freilich das Lauterkeitsrecht zu einem „Kartellrecht der kleinen Münze“ machen. Auf jeden Fall ist eine bessere ökonomische Fundierung des Lauterkeitsrechts anzustreben – ganz im Sinne des „more economic approach“, der im Kartellrecht vertreten wird. Dafür spricht nicht zuletzt der – meist unterschätzte – Wettbewerbs-Konnex der UWG-Fallgruppen.

Eine Neuausrichtung des europäischen Wettbewerbsrechts könnte auch institutionelle Konsequenzen zeitigen. Begrüßenswert wäre die Schaffung einer einheitlichen Kompetenz bei der Generaldirektion Wettbewerb. Die Zivilverfahren sollten stärker auf die Wettbewerbsförderung hin ausgerichtet werden. Der hier als Beispielsfall herangezogene iPhone-Rechtsstreit vermittelt Kenntnis davon, wie schwierig unter den aktuellen institutionellen Bedingungen eine ökonomisch fundierte Rechtsprechung ist, die zudem die derzeitigen Probleme von UWG und Kartellrecht hinreichend erfasst. Unter dem Regime eines zukünftigen europäischen Wettbewerbsrechts würde ein solcher Fall vielleicht gar nicht anders, trotzdem aber besser entschieden.

Diskussion

Frauke Henning-Bodewig

Herzlichen Dank, *Rupprecht Podszun* für diese hervorragende Aufbereitung der Materie. Nachdem Herr *Podszun* ein überzeugter Kartellrechtler ist und einige Jahre beim Bundeskartellamt gearbeitet hat, habe ich ein bisschen auf den Satz gewartet, dass das Lauterkeitsrecht doch eigentlich überflüssig, zumindest nur ein geduldeter Annex der Königsdisziplin Kartellrecht sei – so kommt mir nämlich mitunter (sehr überspitzt natürlich) die Haltung mancher Kartellrechtler zum UWG vor. Gott sei Dank waren die Ausführungen dann jedoch weitaus differenzierter und lauterkeits-

rechtsfreundlicher. Danach ist die gängige Auffassung, das Kartellrecht diene dazu, dass es Wettbewerb gibt und das Lauterkeitsrecht, dass dieser Wettbewerb dann fair abläuft, wohl doch zu simpel. Es ist offenbar alles weitaus komplizierter – wie kompliziert, darüber wollen wir jetzt diskutieren.

Axel Beater

Herr *Podszun*, in einem Punkt scheint mir Ihr anregendes Referat falsch oder zumindest unvollständig zu sein, nämlich bezüglich der Frage der Sperrwirkung des Kartellrechts und der damit zusammenhängende Frage, wie sich die beiden Rechtsgebiete zueinander verhalten. Sie haben auf die Schutzzwecke und u.a. die Sicherung des freien Wettbewerbs abgestellt. Damit ist die Frage, wie sich die Gebiete voneinander abgrenzen, jedoch unvollständig formuliert. Das zentrale Kriterium der Abgrenzung liegt m.E. in der Art der Wettbewerbsverstöße. Im Wettbewerbsrecht geht es typischerweise um konfrontatives Verhalten, also um Deliktsrecht. Der eine schädigt den anderen und der Geschädigte wehrt sich dagegen. Hier passt die Steuerung über zivilrechtliche Klagemöglichkeiten, auch wenn sie in bestimmten Bereichen versagen mag. Beim Kartellrecht ist es anders: hier wird der Wettbewerb nicht beeinträchtigt dadurch, dass der eine den anderen schädigt, sondern dadurch, dass zwei gemeinsame Sache machen. Wir sind also nicht im Deliktsrecht, sondern beim Vertragsrecht. Und gegen solche Wettbewerbsbeschränkungen ist die Klage des Geschädigten ein ganz und gar untaugliches Mittel. Die Geschädigten eines Kartells sind vielleicht Konkurrenten oder aber Verbraucher, aber die erfahren vom Kartell erst einmal gar nichts. Von daher finde ich es zwingend, dass bei uns – wie in vielen anderen Ländern – das Kartellrecht über eine Behörde durchgesetzt wird und zwar auch bei Fusionskontrollen und bei der marktbeherrschenden Stellung. Über letzteres ließe sich eventuell noch streiten, aber auch da hat eine Behörde noch ihren Sinn, wenn es darum geht, die Marktanteile zu ermitteln, etc. Im Zivilprozess mag dies zwar theoretisch auch klärbar sein, ist aber für die Parteien problematisch. Die entscheidende Zäsur ist also die sanktionsrechtliche Schiene, bei der beide Gebiete typischerweise ganz unterschiedliche Bedürfnisse haben. Und von daher erscheint mir auch die „Probeabonnement“-Entscheidung einleuchtend. Umstritten war ja u.a., ob die Preisbindung missbräuchlich ausgeübt wurde und hierüber hat die Kartellbehörde zu entscheiden. Diese Behördenbefugnis, die auch einen Ermessungsspielraum beinhaltet, wird gestört, wenn man mit einer zivilrechtlichen UWG-Klage dazwischenfunkt. Umgekehrt sind andere Praktiken, die auch in der „Probeabonnement“-Entscheidung eine Rolle gespielt haben, nämlich Boykott, Behinderung, nun wieder konfrontative Praktiken, gegen die sich der Boykottierte selbst wehren kann und wird. Hierfür ist das Zivilrecht geeignet, so dass ich auch kein Problem mit einer parallelen Anwendung des UWG habe. Als letzten Punkt möchte ich darauf hinweisen, dass es im Kartellrecht keine Generalklausel des Wettbewerbs gibt – dieses ist im Prinzip in seinen Tatbeständen abschließend; neue Sachverhalte, wie z.B. abgestimmtes Verhalten, kann das Kartellrecht daher nicht erfassen.

Jules Stuyck

Ich kann nur aus meiner Praxis im Kartellrecht und Lauterkeitsrecht in Brüssel bestätigen, dass die Abgrenzungsfrage äußerst wichtig ist. Im belgischen Recht gibt es gleichfalls viele Verbindungen zwischen den beiden Rechtsgebieten. Meine Frage bezieht sich auf Ihre Aussage über das Lauterkeitsrecht als „kleine Münze“ und die von Herrn *Podszun* angesprochenen Schwellen, z.B. die „de minimis“-Regel. Wenn etwas nach nationalem Recht de minimis ist, kann es dann sein, dass es, obgleich wettbewerbsbeschränkend, vom Kartellrecht freigestellt wird, aber gleichwohl nach Lauterkeitsrecht verboten wird? Dieses Ergebnis würde mich verwundern; in Belgien hat die Cour de Cassation dieses Ergebnis in einem neueren Urteil ausdrücklich nicht zugelassen.

Rupprecht Podszun

Ein solches Ergebnis wäre in der Tat unhaltbar. Man muss sich fragen, welche Restaufgabe dem Lauterkeitsrecht zuzuweisen ist, wenn die Wettbewerbsförderung im Wesentlichen Sache des Kartellrecht ist. Nur das, was man dann noch für regelungsbedürftig hält, sollte man über das Lauterkeitsrecht angehen.

Wolfgang B. Schünemann

In vielen Punkten stimme ich mit den Ausführungen von Herrn *Podszun* überein. Wenn man die von Ihnen angesprochenen Fragen europäisch einzuordnen versucht, gelangt man de lege lata zu Art. 81 EG. Im Primärrecht gibt es also eigentlich nur Kartellrecht. Gleichwohl gibt es das Sekundärrecht, das wir als Lauterkeitsrecht qualifizieren. Läuft das darauf hinaus, de lege lata, dass das Lauterkeitsrecht auf europäischer Ebene doch eine Art spezielles Kartellrecht ist oder abgeleitet wird aus dem Kartellrecht?

Rupprecht Podszun

Die beiden einschlägigen Richtlinien nennen jeweils im Erwägungsgrund 3 als erstes den funktionierenden Wettbewerb, d.h. sie dienen der Sicherung des funktionierenden Wettbewerbs. Das ist insofern konsequent, als sie auf Artikel 95 EG gestützt sind. Mitunter wird herausgestellt, dass Art. 95 EG eine Kompetenzgrundlage für Gesundheitsschutz und Verbraucherschutz enthalte – im Wesentlichen geht es jedoch um den Binnenmarkt und somit auch die Wettbewerbsidee. Insofern hege ich eine gewisse Sympathie dafür, dass man die Richtlinie zum Kartellrecht zählt, auch wenn dies etwas zu weitgehend erscheinen mag.

Hans W. Micklitz

Auch insofern verdient der „more economic approach“ Aufmerksamkeit. Wie Herr *Schünemann* bereits gestern gesagt sagte, verlangt eine Folgenanalyse von den Ökonomen vielleicht etwas Unmögliches; kein Geringerer als *Mestmäcker* hat alle Versuche einer Ökonomisierung des Wirtschaftsrechts oder überhaupt des Rechts kritisiert. Auch über die politischen Folgewirkungen sollte man sich im Klaren sein; bei einer Ökonomisierung wird die Eingriffsschwelle angehoben;

im Grunde genommen ist das, was die EG-Kommission im Kopf hat, Industriepolitik.

Josef Drexl

Ich glaube, das Europarecht steht vor einem Riesenproblem. Beim „iPhone“-Fall denkt man ja nicht nur an Art. 81 EG, sondern auch an Art. 82 EG. Herrn *Beater* möchte ich insofern widersprechen, als wir es in beiden Rechtsgebieten mit einseitigen Verhaltensweisen zu tun haben – und natürlich hat das Kartellrecht auch eine Generalklausel, denn Art. 82 EG spricht vom „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“. Auch die Anhänger des „more economic approach“ wissen letztlich nicht, wie man den Missbrauch im Sinne des Art. 82 EG erfassen soll. Im Gegenteil entsteht der Eindruck eines Scheiterns der Kommission, wenn man sich betrachtet, wie die Dinge in den USA gesehen werden. Dort verlangt man bei einseitigen Wettbewerbsverstößen regelmäßig den Nachweis des Verbraucherschadens als Gradmesser dafür, dass der Wettbewerb geschädigt ist und nicht nur die individuellen Interessen des Wettbewerbers. In Europa ist dies nicht unbedingt anerkannt; viele – auch die Kommission – scheinen das Herbeiführen einer marktausschließenden Wirkung (foreclosure) genügen lassen zu wollen. So argumentieren in Europa viele ökonomisch, aber am Schluss kommt man doch zu unterschiedlichen Maßstäben der Beurteilung.

Ich frage mich weiter, was die „kleine Münze“ sein soll. Die Kommission behauptet mit der Richtlinie exakt den richtigen Weg zu kennen und trifft deshalb eine abschließende Regelung. Es bleibt wenig Spielraum für die einzelnen Mitgliedstaaten, ihren eigenen Weg zu finden und es gibt damit auch keinen Wettbewerb der Rechtsordnungen mehr.

Zur „marktbeherrschenden Stellung“. Wenn es keine marktbeherrschende Stellung gibt, und auch ansonsten keine Wettbewerbsverzerrungen, etwa aufgrund irreführender Werbung, dann erscheint jedes sonstige einseitige Verhalten im Markt wettbewerbskonform. Einem Anbieter, der in einer solchen Situation versucht, alles aus den Verbrauchern herauszuholen und trotzdem keine Kunden verliert, kann dann nichts vorgeworfen werden. Offensichtlich scheint der Kunde im Vergleich zu Konkurrenzprodukten einen ausreichend großen Vorteil zu ziehen. Die Frage, die dann noch im Raume steht, ist die, ob wir dann überhaupt noch ein UWG brauchen? Ich glaube, wir brauchen es. Aber das sind wirkliche Grundsatzfragen.

Jochen Glöckner

Zu dem von Herrn *Podszun* angesprochenen „fine tuning“: Dieser Begriff stammt wohl aus dem Gesetzgebungsverfahren zum schweizerischen Kartellgesetz von 1995; damals wurde ausgeführt, dass auf ein solches „fine tuning“ verzichtet werden solle. Bezug genommen wurde damit auf die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG vom 23. November 1994 (BGBl. 1995 I 468, 513 (143.3))). Meines Erachtens kommt das „competitive impact assessment“ dem aber am nächsten, weil man sich mit dem Kartellrecht ja relativ schwer tut, an die zu Recht herausgegriffenen Fälle heranzukommen. Ließen

sie sich mit den Instrumenten des Lauterkeitsrechts, die ja jedenfalls nach dem deutschen Gesetzestitel immer noch einen Wettbewerbsbezug haben, nicht besser lösen? Hier gibt es mit der es mit der Wettbewerbsrelevanz und der Erheblichkeitsschwelle Instrumente, den „competitive impact“ zu berücksichtigen.

Ausdrücklich zustimmen möchte ich Herrn *Podszuns* Ausführungen zur Wettbewerbszentrierung des Kartellrechts. Das Problem ist jedoch in der Tat, dass wir im Wettbewerbsrecht zunehmend sozialpolitischen, gesellschaftskritischen Wertungen ausgesetzt sind. Im deutschen Kartellrecht war früher in weitem Umfang, und ist heute noch bei der Zusammenschlusskontrolle die Ministererlaubnis das vorgesehene Instrument zur Berücksichtigung solcher außerwettbewerblichen Allgemeininteressen. Im Europarecht gibt es das nicht, doch auch hier begegnen uns an allen möglichen Ecken und Kanten Gemeinwohlintereessen, vgl nur den „Wouters“-Fall, in dem es um ein Werbeverbot ging, das von einer als privater Verband strukturierten Anwaltskammer erlassen worden war (EuGH Slg. 2002 I 1577, Rn. 97 – *Wouters*). In jüngster Zeit wird diskutiert, ob man vielleicht bei der Fusionskontrolle doch ein bisschen zurückstecken sollte, wenn es um Bankenrettung und dergleichen geht.

Weiter geht es darum, die richtigen Verfahren zu finden, um die verschiedenen Ziele zusammen zu bringen. Ich bin nicht der Meinung, dass jegliche nichtwettbewerbsgestützte Einflussnahme des Staates die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung hervorruft; es gibt wettbewerbsneutrale Eingriffe des Staates im Hinblick auf Gemeinwohlintereessen. Richtig ist, dass Eingriffe des Staates möglichst wettbewerbsneutral sein sollten – doch wenn beispielsweise der Waffenhandel grundsätzlich verboten wird, dann ist das zwar ein Eingriff in den Wettbewerb, der diesen aber gleichwohl nicht verzerrt.

Matthias Leistner

Auch mir erscheint das „impact assessment“ von grundlegender Bedeutung zu sein. Eine Berücksichtigung kann sowohl im deutschen Recht als auch im europäischen Recht erfolgen. Ob man das allerdings wirklich will, ist eine andere Frage. Ein kleines Problem besteht ohnedies bei der irreführenden vergleichenden Werbung im Verhältnis zum Nichtverbraucher, denn insofern fehlt die Erheblichkeitsschwelle im europäischen Richtlinienrecht, aber auch die wird man wohl auf der Grundlage des Schutzes eines Systems unverzerrten Wettbewerbs und des Verhältnismäßigkeitsprinzips als allgemeinem Grundsatz des Gemeinschaftsrechts in die Interpretation des deutschen und europäischen Lauterkeitsrechts hineinlesen können. Nur: Wie würde das „impact assessments“ im Lauterkeitsrecht konkret aussehen? Ein Anwendungsbefehl an den Wettbewerbsrichter? Ein Gestaltungsgebot an den Gesetzgeber? Anders ausgedrückt: Soll der Wettbewerbsrichter über die Berücksichtigung der Wettbewerbsfreiheit hinaus tatsächlich eine konkrete Marktanalyse betreiben? Sollen wir dem Richter zumindest gestatten, einschlägige Fallgruppen zu bilden oder soll er tatsächlich konkrete Märkte analysieren? Und wären diese drei Fragen für das deutsche und für das europäische Recht übereinstimmend zu beantworten oder gäbe es da Unterschiede?

Rupprecht Podszun

Zunächst zu der von Herrn *Leistner*, aber auch von Herrn *Beater* angesprochenen Frage: Was können Gerichte überhaupt leisten? Aus gutem Grund befürwortet niemand, der „law and economics“ in Deutschland betreibt, eine ökonomische Analyse durch die Gerichte. Es handelt sich also in erster Linie um ein an den Gesetzgeber gerichtetes Gestaltungsgebot. Erlässt der Gesetzgeber jedoch eine Generalklausel, hilft das nicht weiter. Beim Zusammentreffen von „competitive impact“ und Generalklauseln müssen die Gerichte tätig werden. Ich darf noch einmal auf die Homepage des OFT verweisen, auf der man deutlich sehen kann, wo z.B. in Großbritannien gerade regulatorische Fehler unterlaufen. Das führt zu der von Herrn *Beater* angesprochenen Sanktionsebene als entscheidendem Abgrenzungsmerkmal zwischen den beiden Rechtsgebieten. Man muss sich entscheiden – wollen wir die Verbandsklage oder einstweilige Verfügungen oder wollen wir sie nicht. Im „iPhone“-Fall hat das LG Hamburg in der einstweiligen Verfügung angeordnet, dass Mobilfunkvertrag und iPhone getrennt voneinander angeboten werden müssen – als Reaktion wurde das iPhone dann einfach für einen Monat für 999 Euro angeboten, was wohl kaum eine verbraucherfreundliche Alternative ist. Das Kartellamt hätte hier weitergehende Befugnisse gehabt, aber im zivilrechtlichen Verfahren lassen sich Sanktionsprobleme schwer lösen.

Die Fragen von Herrn *Micklitz* und von Herrn *Glöckner* gehen in ähnliche Richtungen. Welche Interessen sind außerhalb der Wettbewerbsförderung zu berücksichtigen – Industriepolitik, versteckte Industriepolitik, „more economic approach“ – und wie begegnet man sozialpolitischen Forderungen? Im Kartellrecht sollte man schon im Sinne des kartellrechtlichen Verständnisses verfahren, nämlich rein wettbewerblich orientiert. Dann muss es, worauf Herr *Glöckner* zu Recht hinwies, aber auch ein Verfahren geben, das die daraus entstandenen Folgen abzumildern geeignet ist. Die Erfahrungen in Deutschland zeigen, dass der direkte Weg über das Kartellrecht eher problematisch ist, da es zu viele institutionelle Verwerfungen – Stichwort: Ministererlaubnis – gibt, die nicht so recht passen. Vielleicht sollte man den Mut haben zu sagen, dass man aus bestimmten politischen Gründen ein bestimmtes Ergebnis will und deshalb bewusst eingreift.

Mehr oder weniger Leistungsschutz durch Europäisches Lauterkeitsrecht?

Ansgar Ohly

A. Ausgangspunkte

Die Frage nach dem richtigen Ausmaß des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes erscheint bisweilen fast als Glaubensfrage. Die Forderungen nach möglichst lückenlosem Imitationsschutz zugunsten Kreativer und Innovativer einerseits und nach Wettbewerbsfreiheit außerhalb des Immaterialgüterrechts andererseits stehen sich oft unvermittelt gegenüber. Beide Forderungen werden von ihren jeweiligen Befürwortern gelegentlich geradezu als Axiome betrachtet, die keiner weiteren Begründung bedürfen. Jede der beiden Positionen bedarf aber der Rechtfertigung. Dabei bestehen zwei grundsätzliche Ziele. Die erste Zielsetzung ist systematischer Natur: Es gilt, das Verhältnis des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes zum Recht des geistigen Eigentums zu bestimmen. Das zweite Anliegen ist ein rechtspolitisches: Es muss eine Balance zwischen Leistungsschutz und Nachahmungsfreiheit gefunden werden, die einerseits einen hinreichenden Anreiz zu technischer und gestalterischer Innovation bietet, die aber andererseits unberechtigte Wettbewerbsbeschränkungen vermeidet.

Schon der Begriff des Leistungsschutzes ist schillernd. Gelegentlich wird er auf das gesamte Recht des geistigen Eigentums bezogen. Im urheberrechtlichen Kontext bezeichnet er oft die verwandten Schutzrechte, die auch als „Leistungsschutzrechte“ bezeichnet werden.¹ Im Lauterkeitsrecht ist meist der Nachahmungsschutz gemeint, den das deutsche UWG vorwiegend in § 4 Nr. 9 regelt. Auch wenn es in den folgenden Überlegungen um den lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz geht, soll der Begriff doch zunächst umfassend definiert werden. Demnach besteht Leistungsschutz, wenn eine Rechtsordnung einer Person, die ein unkörperliches Gut hervorgebracht hat, das subjektive Recht einräumt, gegen die Übernahme dieser Leistung durch andere vorzugehen. Innerhalb dieser weiten Definition lassen sich mehrere Abgrenzungen vornehmen. In der deutschen lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung wurde schon unter § 1 a.F. UWG regelmäßig nach dem *Gegenstand* des Schutzes unterschieden: Während die Übernahme technischer Lehren grundsätzlich zulässig ist, neigt die Rechtsprechung bei der Kopie der äußeren Produktgestaltung

¹ Die Urteile, in denen der BGH vor Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes von 1965 auf der Grundlage des § 1 a.F. UWG Leistungen von ausübenden Künstlern und Veranstaltern geschützt hat, werden gemeinhin als „Leistungsschutzurteile“ bezeichnet, s. *BGH GRUR* 1960, 614 – *Figaros Hochzeit*; *BGH GRUR* 1960, 619 – *Künstlerlizenz Schallplatten*; *BGH GRUR* 1960, 630 – *Orchester Graunke*; *BGH GRUR* 1962, 470 – *AKI*; *BGH GRUR* 1963, 575 – *Vortragsabend*; näher hierzu *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, S. 249 ff.

wesentlich schneller zur Annahme der Unlauterkeit.² Im Recht des geistigen Eigentums stellt sich regelmäßig die Frage nach dem *Schutzberechtigten*: Während das deutsche Urheberrecht strikt am Schöpferprinzip festhält (§ 7 UrhG), stehen Leistungsschutzrechte oft dem Investor zu, diesem Ansatz folgen auch ausländische Urheberrechtssysteme. Im Lauterkeitsrecht wird im Zusammenhang mit dem lauterteitsrechtlichen Schutz von Sportveranstaltungen kontrovers darüber diskutiert, wer als Veranstalter eines Fußballspiels gegen dessen Aufnahme und Bereitstellung im Internet vorgehen kann.³ Unterschieden werden kann auch nach der Nähe der Übernahme. Viele Rechtsordnungen beurteilen die „sklavische Nachahmung“,⁴ die „unmittelbare Leistungsübernahme“⁵ oder die „Übernahme eines Arbeitsergebnisses mit technischen Mitteln“⁶ strenger als die bloß nachschaffende Übernahme oder derivative Weiterentwicklung.

Besonders wichtig für die folgenden Überlegungen ist die Differenzierung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Leistungsschutz. Unmittelbarer Leistungsschutz betrifft die Übernahme der Leistung als solcher, mittelbarer Leistungsschutz knüpft an zusätzliche Unlauterkeitsmerkmale, etwa das Hervorrufen einer Verwechslungsgefahr oder den Vertrauensbruch, an. Allerdings kann beides ineinander übergehen.⁷ Außerdem können Gerichte, wie noch näher zu zeigen sein wird, versucht sein, die Gewährung unmittelbaren Leistungsschutzes hinter angeblich vorliegenden Unlauterkeitsmerkmalen zu verstecken.

Entsprechend der Systematik des Gemeinschaftsrechts und der Mehrzahl der europäischen nationalen Rechtsordnungen werde ich im Folgenden zwischen dem Schutz gegen Verwechslungsgefahr (B.), dem Schutz des guten Rufs gegen Ausbeutung und Schädigung (C.) und dem Schutz der Leistung als solcher (unmittelbarer Leistungsschutz) (D.) differenzieren.

B. Hervorrufen von Verwechslungsgefahr

Weitgehender Konsens besteht darüber, dass das Hervorrufen von Verwechslungsgefahr im Grundsatz unlauter ist. Werden Abnehmer über die betriebliche Herkunft eines nachgeahmten Produkts getäuscht, so gebührt nicht nur den getäuschten Verbrauchern, sondern auch dem betroffenen Originalhersteller Schutz.

² Vgl. den Überblick über die ältere Rechtsprechung bei *Nerreter*, GRUR 1957, 408 ff., 525 ff.; s. zum aktuellen Rechtsstand *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, 27. Aufl., 2009, § 4 Rn. 9, 27 f.; *Piper/Ohly/Sosnitza*, 5. Aufl., 2009, § 4 Rn. 9/5, 9/40 f.

³ *OLG Stuttgart* MMR 2009, 395 (396) – *hartplatzhelden.de*, dazu krit. *Maume*, MMR 2009, 398 f.; *Ohly*, *Causa Sport* 2009, 148 ff.

⁴ Vgl. im italienischen Recht Art. 2598 I Codice civile; zum niederländischen Recht *Quaedvlieg*, GRUR Int. 1997, 971 ff.

⁵ Dieser Begriff spielt im deutschen und österreichischen UWG im Rahmen des Wechselwirkungsprinzips eine zentrale Rolle, vgl. BGHZ 28, 387 (392 f.) – *Nelkenstecklinge*; BGH GRUR 1999, 923 (927) – *Tele-Info-CD*; ÖOGH GRUR Int. 2007, 167 (170); *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 9.35; *Piper/Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 9/48.

⁶ Vgl. Art. 5 lit. c des schweizerischen UWG.

⁷ Begriff nach *Sack*, WRP 2005, 531 (537).

Dieser Grundsatz lässt sich im internationalen Recht aus Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 1 PVÜ herleiten, der das Hervorrufen von Verwechslungsgefahr als Beispielsfall des unlauteren Wettbewerbs aufführt. Das Gemeinschaftsrecht verbietet zwar außerhalb des Markenrechts das Hervorrufen von Verwechslungsgefahr nicht allgemein, immerhin aber speziell für die vergleichende Werbung (Art. 4 lit. h Werbe-Richtlinie). Neben den Konkurrentenschutz vor Verwechslungsgefahr tritt im Gemeinschaftsrecht der Verbraucherschutz vor Irreführung über die betriebliche Herkunft, der, wie die Richtlinie ausdrücklich anerkennt, mittelbar auch Mitbewerber schützt.⁸ Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zu effektivem Verbraucherschutz gegen die verwechslungsfähige Produktvermarktung; Ziff. 13 der „schwarzen Liste“ erklärt die Werbung für nachgeahmte Produkte unter absichtlicher Herkunftstäuschung für unlauter.

Alle mir bekannten europäischen Rechtsordnungen sehen zugunsten des Herstellers von Originalprodukten Ansprüche gegen den Vertrieb verwechslungsfähiger Nachahmungen vor. In vielen Ländern enthält das Lauterkeitsrecht ein Art. 10^{bis} Abs. 3 Nr. 1 PVÜ entsprechendes allgemeines Verbot des Hervorrufens von Verwechslungsgefahr, sei es in Form einer gesetzlichen Vorschrift (Art. 2598 Abs. 1 des italienischen Codice civile; Art. 6 des spanischen Ley 3/1991 de Competencia Desleal; Art. 3 lit. d des schweizerischen UWG), sei es in Form einer Fallgruppe des Richterrechts, etwa der als Unterfall der „concurrency déloyale“ unter Art. 1382 Code civil im französischen Recht anerkannten Fallgruppe der „confusion“.⁹ Auch wenn die Parallele zwischen dem schutzfreudigen französischen und dem schutzskeptischen englischen Recht zunächst verblüffen mag, entspricht dem im *common law* der *tort of passing off* mit seinen drei Voraussetzungen der Wertschätzung (goodwill), der Irreführung (misrepresentation) und des Schadens (damage).¹⁰ Einige Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb enthalten besondere Tatbestände gegen das Angebot täuschender Nachahmungen. Beispiele sind § 4 Nr. 9 lit. a des deutschen UWG; Art. 11 Abs. 2 des spanischen Ley de Competencia Desleal und § 14 des schwedischen Marknadsföringslag in der Fassung von 2008.

Dieser europaweite und wohl auch internationale Konsens lässt sich auf ökonomische Erwägungen stützen. Zwei Gesichtspunkte sprechen für effektiven Verwechslungsschutz. Erstens fördert er die Markttransparenz bzw. reduziert die Suchkosten der Abnehmer.¹¹ Zweitens besteht für Unternehmer nur dann ein Anreiz zur Investition in Produktqualität und -image, wenn der „Kommunikationskanal“ zwi-

⁸ Erwägungsgrund 8 UGP-Richtlinie, vgl. auch *Leistner*, ZEuP 2009, 56 (58 ff.).

⁹ Vgl. *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2. Aufl., 2009, Einl. E Rn. 166; *Schmidt-Szalewski*, GRUR Int. 1997, 1 ff.

¹⁰ Die bekannteste Formulierung dieser „classical trinity“ von Voraussetzungen findet sich im Votum Lord Olivers im *Jif-Fall*, *Reckitt & Colman v. Borden* [1990] RPC 340 (406) (HL), dazu *Wadlow*, *The Law of Passing Off*, 3. Aufl., 2004, Rn. 1-14; *Vitoria*, Mitt. 2006, 247 ff.; *Mountstephens/Ohly*, in: *Schricker/Bastian/Knaak* (Hrsg.), *Gemeinschaftsmarke und Recht der Mitgliedstaaten*, 2006, Vereinigtes Königreich, Rn. 3 ff.

¹¹ *Landes/Posner*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003, S. 166 ff.; *Griffiths*, in: *Bently/Davis/Ginsburg* (Hrsg.), *Trade Marks and Brands*, 2008, S. 241 (245 ff.).

schen Anbieter und Abnehmer von Störungen freigehalten wird.¹² Allerdings gilt diese Annahme nicht absolut. Gegenläufige ökonomische Erwägungen können im Einzelfall für eine Lockerung des Verwechslungsschutzes sprechen. Gilt es etwa, die Freiheit technischer Lehren zu gewährleisten oder Monopole aufzubrechen, so können auch Einbußen an Markttransparenz hinzunehmen sein.¹³

Obwohl der lauterkeitsrechtliche Verwechslungsschutz demnach grundsätzlich gerechtfertigt ist, bestehen drei Probleme.

Erstens bedarf das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Konkurrentenschutz durch Marken- und Lauterkeitsrecht einerseits und dem Verbraucherschutz andererseits der Klärung. Im deutschen Recht galt bisher der Vorrang des Markenrechts,¹⁴ der den lauterkeitsrechtlichen Irreführungsschutz gegen Herkunftstäuschungen weitgehend verdrängt hat.¹⁵ Im Verhältnis zum UWG-Nachahmungsschutz wurde der Vorrang des Markenrechts hingegen zu keinem Zeitpunkt konsequent durchgehalten.¹⁶ Mittlerweile ist die „Vorrangthese“ nicht nur in der Rechtswissenschaft unter Beschuss geraten,¹⁷ sie ist in voller Radikalität auch nicht mehr mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.¹⁸ Die oben erwähnten Bestimmungen der UGP-Richtlinie zwingen zu effektivem Verbraucherschutz gegen Verwechslungsgefahr. Die bisherige restriktive Auslegung des § 5 UWG im Fall der Herkunftstäuschung ist damit nicht in Einklang zu bringen. Die Folgen aus dieser Entwicklung sind aber noch nicht völlig geklärt. Vor allem kann der Verbraucherschutz vor Herkunftstäuschungen mit dem Dispositionsinteresse des Markeninhabers in Konflikt geraten, der möglicherweise Lizenzen einräumen und Abgrenzungsvereinbarungen treffen möchte, selbst wenn dadurch Verbraucher irreführt werden. Ein möglicher Ausweg liegt in einer konsequenten Handhabung des Verbraucherleitbildes – der Verbraucher weiß oft, dass Lizenzen erteilt werden – und im Erfordernis der Interessenabwägung, das unter § 5 UWG dann anerkannt ist, wenn der Werbende über einen schutzbedürftigen wettbewerblichen Besitzstand verfügt, der bei strikt wahrheitsgemäßer Werbung oder Kennzeichnung beeinträchtigt würde.¹⁹ Hier sind aber noch viele Fragen offen. Auch die Auswirkungen der Richtlinie auf den Schutz

¹² *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588 ff.

¹³ Vgl. Art. 11 Abs. 2 des spanischen Ley 3/1991 de Competencia Desleal, das zwar eine Nachahmung für unlauter erklärt, wenn sie eine Assoziation oder Rufausbeutung mit sich bringt, die Nachahmung aber zulässt, wenn sie unvermeidlich ist.

¹⁴ Vgl. BGHZ 138, 349 = GRUR 1999, 161 (162) – *MAC Dog*; BGHZ 149, 191 = GRUR 2002, 622 (623) – *shell.de*; BGH GRUR 2006, 329, Rn. 36 – *Gewinnfahrzeug mit Fremdemblem*; *Bornkamm*, GRUR 2005, 97 (98); *Büscher*, GRUR 2009, 230 (231); *Ingerl*, WRP 2004, 809 (810); *Steinbeck*, in: Ahrens/Bornkamm/Kunz-Hallstein (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, 2006, S. 409 ff.

¹⁵ Vgl. hierzu *Bornkamm*, a.a.O. (Fn. 14) und in: Ohly/Klippel (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2008, S. 181 (188 ff.).

¹⁶ Vgl. *Bornkamm*, a.a.O. (Fn. 14); *Ohly*, GRUR 2007, 731 (737 f.).

¹⁷ Kritisch etwa *Fezer*, WRP 2008, 1 (4 ff.); *Glöckner*, in: Ohly/Klippel (Fn. 15), S. 145 (152 ff.); *Köhler*, GRUR 2007, 548 (549 ff.); *Sack*, WRP 2004, 1405 (1414).

¹⁸ *Büscher*, a.a.O. (Fn. 14), 236; *Köhler*, GRUR 2008, 841 (846).

¹⁹ *Glöckner*, in: Ohly/Klippel (Fn. 15), S. 145 (167 ff.).

vor verwechslungsfähigem Produktvertrieb sind umstritten. Für Rechtsordnungen, die wie das deutsche Recht nicht zwischen Unternehmer- und Verbraucherschutz trennen, stellt sich die Frage, ob der Schutz gegen verwechslungsfähige Produktnachahmungen und der Verbraucherschutz gegen Verwechslungen (Umsetzung des Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-Richtlinie) zusammengeführt werden sollten. Konkret wird im deutschen Recht eine verbraucherschutzrechtliche Ausrichtung des bisher als rein konkurrentenschützend verstandenen § 4 Nr. 9 lit. a UWG vorgeschlagen.²⁰ Da es aber nur beim Unternehmerschutz um mittelbaren Leistungsschutz geht, handelt es sich um unterschiedliche Anliegen, die gedanklich zu trennen sind und auch rechtssystematisch besser auseinander gehalten werden sollten. So kann der Leistungsschutz an eine bestimmte Gestaltungshöhe (z.B. wettbewerbliche Eigenart im deutschen Recht, Goodwill im englischen Recht) geknüpft werden und immaterialgüterrechtsähnliche Rechtsfolgen auslösen. Für den Verbraucherschutz dagegen kann es auf eine wie auch immer geartete Leistungshöhe nicht ankommen, andererseits besteht bei konsequent verbraucherschutzrechtlichem Verständnis keine Rechtfertigung für die unter § 4 Nr. 9 lit. a UWG anerkannte²¹ Schadensberechnung nach immaterialgüterrechtlichen Grundsätzen (dreifache Schadensberechnung).²²

Zweitens bereitet in den Ländern, deren Markenrecht auch nicht eingetragene Zeichen schützt, das Verhältnis zwischen dem Schutz nicht eingetragener dreidimensionaler Marken und dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz Schwierigkeiten. Hier stellt sich die Frage, ob die Schutzwelle für Benutzungsmarken auch für das Lauterkeitsrecht gelten sollte. Das ist nicht zwingend: Unterhalb des vergleichsweise unflexiblen Markenschutzes ist – gleichsam als „kleine Münze des Kennzeichenrechts“ – lauterkeitsrechtlicher Verwechslungsschutz unter geringeren Voraussetzungen, aber mit engerem und flexiblerem Schutzbereich denkbar.²³ Jedenfalls darf aber der lauterkeitsrechtliche Verwechslungsschutz den Wertungen des Markenrechts nicht zuwiderlaufen. Wenn das Markenrecht bestimmte Gruppen von Kennzeichen zugunsten der Allgemeinheit vom Schutz ausnimmt, darf das Lauterkeitsrecht keinen ergänzenden Konkurrentenschutz gewähren. Das gilt insbesondere für den Schutzausschlussgrund der technischen Bedingtheit (Art. 3 Abs. 1 lit. e Marken-Richtlinie). Dass Verbraucher gleichwohl gegen Verwechslungen zu schützen sind, steht auf einem anderen Blatt.

Drittens besteht die Gefahr, dass unter dem Deckmantel des Verwechslungsschutzes verkappter unmittelbarer Leistungsschutz gewährt wird. Richter, denen die Rechtsordnung den Schutz der Leistung als solcher außerhalb des Immaterialgüterrechts versagt, neigen bisweilen dazu, bei identischer Leistungsübernahme eine Verwechslungsgefahr zu vermuten. Im deutschen Recht hat der BGH diese

²⁰ Köhler, a.a.O. (Fn. 17); Münker, in: Festschrift Ullmann (Fn. 14), S. 781 (786 ff.); anders aber mittlerweile die Begründung des Regierungsentwurfs zum UWG 2008, BT-Drucks 16/10145, S. 17 und Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 9.86; a.A. auch Piper/Ohly/Sosnizza, § 4 Rn. 9/4.

²¹ BGH GRUR 2007, 431, Rn. 21 – Steckverbindergehäuse.

²² Köhler, a.a.O. (Fn. 17).

²³ Dafür Bornkamm, a.a.O. (Fn. 14), 102.

Vermutung recht offenherzig in mehreren Urteilen aufgestellt.²⁴ So kommt es zu Argumentationsketten wie im Fall „Jeans I“.²⁵ Hier war die von G-Star hergestellte Jeans „Elwood“, die auch schon den EuGH beschäftigt hat,²⁶ in fast identischer Form nachgeahmt worden. Offenbar bestand weder geschmacksmusterrechtlicher noch markenrechtlicher Schutz,²⁷ jedenfalls enthält das Urteil hierzu keine Anhaltspunkte. Der BGH nahm eine vermeidbare Herkunftstäuschung an, die gem. § 4 Nr. 9 lit. a UWG die Unlauterkeit des Angebots nachgeahmter Produkte begründet. Dabei begründete der BGH die wettbewerbliche Eigenart, die als ungeschriebenes Merkmal Voraussetzung des Schutzes gem. §§ 4 Nr. 9; 3 UWG ist, mit der originellen Gestaltung der Jeans und vermutete aufgrund der fast identischen Übernahme die Herkunftstäuschung. Ein Vorrang des Geschmacksmusterrechts bestehe trotz der Befristung des nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters auf drei Jahre nicht, da das Geschmacksmusterrecht nicht gegen Herkunftstäuschungen schütze. Die Problematik dieser Argumentation liegt auf der Hand. Der BGH prüft die Täuschung der Verbraucher nicht im konkreten Fall anhand des gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherleitbildes, sondern leitet sie aus den Kriterien der Eigenart und der Nachahmung ab, die der Sache nach geschmacksmusterrechtlicher Natur sind. So wird unter der falschen Flagge des Verwechslungsschutzes eine Produktgestaltung gegen Nachahmung geschützt, obwohl das einschlägige Schutzrecht abgelaufen ist. Um derartige Rechtsgutsvertauschungen zu verhindern, sollte Schutz gegen das Angebot nachgeahmter Produkte unter dem Gesichtspunkt der Verwechslungsgefahr nur geboten werden, wenn der angemessenen aufmerksamen und informierten Durchschnittsverbraucher über die Herkunft des Produkts getäuscht wird. Diese Herkunftstäuschung kann grundsätzlich durch eine geeignete Herkunftskennzeichnung ausgeräumt werden. Letzteres erkennt zwar auch die deutsche Rechtsprechung dem Grundsatz nach an,²⁸ lässt aber dennoch zu oft eine Etikettierung bei identischen Nachahmungen äußerer Gestaltungen nicht ausreichen. So erscheint im Jeans-Fall eine Irreführungsgefahr schon deswegen zweifelhaft, weil Käuferinnen und Käufer modischer Jeans ausgesprochen markenbewusste Personen sind, die sich Etiketten genau ansehen, bevor sie sich zum Kauf entschließen.

Versucht man, aus der grundsätzlichen Einigkeit über die Berechtigung des Verwechslungsschutzes, dem Funktionalitäts- und Monopoleinwand und der Maßgeblichkeit des gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherleitbildes einen Vorschlag für eine gemeinschaftsrechtliche Norm abzuleiten, so könnte dabei folgende Vorschrift herauskommen:

²⁴ BGH GRUR 1999, 751 (753) – *Güllepumpen*; BGH GRUR 2004, 941 (943) – *Metallbett*; BGH GRUR 2007, 984, Rn. 36 – *Gartenliege*; dagegen *Kur*, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont u.a. (Hrsg.), *Patents and Technological Progress in a Globalized World*, Liber Amicorum Joseph Straus, 2008, S. 521 (527).

²⁵ BGH GRUR 2006, 79.

²⁶ EuGH GRUR 2007, 970 – *Benetton/G-Star*.

²⁷ Dem markenrechtlichen Schutz steht nach dem Benetton/G-Star-Urteil des EuGH (Fn. 26) wohl § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG = Art. 3 Abs. 1 lit. e (iii) entgegen.

²⁸ BGH GRUR 2001, 443 (445 f.) – *Viennetta*; BGH GRUR 2005, 166 (170) – *Puppenausstattungen*; BGHZ 161, 204 = GRUR 2005, 349 (353) – *Klemmbausteine III*.

„(1) Unlauter handelt, wer nachgeahmte Produkte in einer Weise vermarktet, die aus Sicht eines angemessen gut unterrichteten und aufmerksamen Mitglieds der angesprochenen Verkehrskreise eine Verwechslungsgefahr mit den nachgeahmten Produkten begründet.

(2) Die Übernahme von Produktmerkmalen, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sind, gilt nicht als unlauter.

(3) Bei der Bestimmung der Verwechslungsgefahr ist zu berücksichtigen, ob und in welchem Maße die Herkunftsvorstellung das Ergebnis einer marktbeherrschenden Stellung ist.“

C. Schutz gegen Rufausbeutung und -schädigung

Weniger Einigkeit herrscht darüber, ob die Ausbeutung eines fremden guten Rufs ohne Verwechslungsgefahr und außerhalb des Markenrechts unlauter ist. Die PVÜ regelt diesen Fall nicht ausdrücklich. Zwar kann eine Rufausbeutung unter die Generalklausel des Art. 10^{bis} Abs. 1, 2 PVÜ subsumiert werden, zwingend ist das jedoch keineswegs. Art. 16 Abs. 3 TRIPS schreibt selbst für das Markenrecht nur den Schutz der bekannten Marke gegen *Schädigung* vor und differenziert damit ähnlich wie das US-Recht²⁹ zwischen dem Markenschutz vor Verwässerung und Rufbeeinträchtigung einerseits und der markenrechtlich nicht geregelten Rufausbeutung andererseits. Hingegen schützt das europäische Recht bekannte Marken auch gegen eine unlautere Ausnutzung der Wertschätzung. Zwar ist dieser Schutz nicht zwingend, sondern optional, doch wurde von der Option des Art. 5 Abs. 2 Marken-Richtlinie weitgehend, wenn nicht sogar allgemein Gebrauch gemacht. Außerhalb des Markenrechts verbietet Art. 4 lit. f Werbe-Richtlinie die unlautere Rufausbeutung im Bereich der vergleichenden Werbung.

Die europäischen Rechtsordnungen unterscheiden sich in diesem Punkt. Das eine Extrem bilden die *common law*-Länder Großbritannien und Irland, deren Gerichte verschiedentlich in grundsätzlicher Weise betont haben, dass der gute Ruf (*goodwill*) außerhalb des Bereichs der Herkunftstäuschung (*misrepresentation*) keinen Schutz gegen Ausbeutung (*misappropriation*) genießt.³⁰ Das andere Extrem bildet das französische Recht, in dem die Ausbeutung eines mit Mühen und Kosten aufgebauten guten Rufs unter dem Gesichtspunkt des parasitären Wettbewerbs als unlauter gilt.³¹ So wurde etwa das Unternehmen Raymond Weil, selbst ein weltweit bekannter Hersteller von Luxusuhren, wegen parasitären Wettbewerbs verurteilt, weil es eine viereckige Uhr angeboten hatte, die an das bekannte „Tank“-Modell von Cartier erinnerte.³² Zwischen diesen beiden Polen bewegen sich die

²⁹ Sec. 43 Trademark Act 1946 („Lanham Act“) in der Fassung des Trademark Dilution Revision Act 2006; krit. zur Rechtfertigung dieses Schutzes *Tushnet*, 86 *Texas L.Rev.*, 2008, 507 ff.

³⁰ Deutlich etwa Jacob LJ in *L'Oréal v. Bellure*, [2007] EWCA Civ 968, Rn. 137 ff.

³¹ Vgl. *Le Tourneau, Le Parasitisme*, 1998; *Lucas/Lucas, Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3. Aufl., 2006, Rn. 20; *Malaurie-Vignal, D.1996*, chron. p. 177.

³² *Cour d'appel de Paris*, 14.06.2006, Propr. Industr. 2006, comm. 81 – *Cartier/Raymond Weil*, m. Anm. *Gasnier*.

meisten anderen europäischen Rechtsordnungen. Das deutsche Recht verbietet das Angebot nachgeahmter Produkte, wenn die Wertschätzung des nachgeahmten Produkts in unangemessener Weise ausgenutzt oder beeinträchtigt wird (§ 4 Nr. 9 lit. b UWG). Sofern allerdings wegen deutlicher Unterschiede zwischen Original und Nachahmung oder eindeutiger Kennzeichnung die Gefahr eines Imagetransfers ausscheidet, verweigern die Gerichte den Schutz des § 4 Nr. 9 lit. b UWG.³³ Art. 11 Abs. 2 des spanischen Ley 3/1991 de Competencia Desleal erklärt die Rufausbeutung durch Produktnachahmung zwar für unlauter, nimmt davon aber Fälle aus, in denen die Nachahmung unvermeidbar ist. Auch im italienischen Recht wurden Produktnachahmungen im Fall der Rufausbeutung auch ohne Verwechslungsgefahr für unlauter erklärt.³⁴

Die Rechtfertigung des Schutzes gegen Rufausbeutung fällt schwer, auch wenn diese Frage in Europa – anders als in der US-Diskussion um die Rechtfertigung eines Markenschutzes gegen Verwässerung (*dilution*) – bisher nur ansatzweise erörtert wurde. Wer das „Pflügen mit fremdem Kalbe“³⁵ oder das „reaping without sowing“³⁶ für unlauter hält, stützt sich meist entweder auf eine nicht näher begründete Intuition oder betont einseitig die Interessen des Markeninhabers. Dieser rechtspolitische Erkenntnisstand ist mehr als unbefriedigend.³⁷ Utilitaristisch-ökonomische Rechtfertigungen haben hier erheblich weniger Überzeugungskraft als im Bereich des Verwechslungsschutzes. Das Anreizargument erscheint hier wenig stichhaltig,³⁸ weil sich der Aufbau eines guten Produktimages schon bei funktionierendem Verwechslungsschutz lohnt, weil auch in Rechtsordnungen ohne Ausbeutungsschutz Luxusartikel hergestellt werden und weil im Übrigen fraglich ist, ob ein gesellschaftliches Bedürfnis nach dem Aufbau von Produktimages besteht.³⁹ Zwar befinden sich einige Fälle des Imagetransfers im Grenzbereich zur Verwechslung, doch lässt sich der Verbraucherschutz gegen die fälschliche Übertragung von Qualitätsvorstellungen hinreichend über das Verbot der irreführenden Werbung realisieren. Auch deontologische Begründungsansätze erscheinen kaum überzeugend. Die Arbeitstheorie *John Lockes*, die allgemein und in ihrer Anwendung auf das geistige Eigentum ohnehin starker Kritik ausgesetzt ist,⁴⁰ hilft nicht weiter, weil die eigentliche Arbeitsleistung nicht in der Kreation der Marke, sondern in fortlaufender In-

³³ BGH GRUR 2007, 795, Rn. 44 – *Handtaschen*.

³⁴ *Tribunale di Milano v.* 27.07.2005, Giurisprudenzia annotata di diritto industriale 2005, B 13, und Urt. v. 10.7.2006, Giurisprudenzia annotata di diritto industriale 2006, M 81.

³⁵ *Lobe*, MuW XVI (1916-17), 129.

³⁶ So die klassische Formulierung des US Supreme Court in *INS v. AP*, 248 US 215, 239 (1918), s. auch *Callmann*, 55 Harv. L.Rev. 595 ff. (1942).

³⁷ Treffend *Lemley*, 108 Yale LJ 1687, 1705 (1999): „One can understand why trademark owners want these things, of course, but we must look to the public interest, not private interests, to decide whether trademark owners should get them.“

³⁸ Vgl. *Lemley*, a.a.O. (Fn. 37), S. 1706 ff.; *Griffiths*, in: Bently/Davis/Ginsburg (Fn. 11), 263 f.

³⁹ Hiergegen dezidiert *Assaf*, *Image in der Werbung*, 2007.

⁴⁰ *Locke* selbst hat seine Arbeitstheorie nicht auf das geistige Eigentum bezogen, s. *Oberndörfer*, *Die philosophische Grundlage des Urheberrechts*, 2005, S. 48 ff.; vgl. auch die grundlegende Kritik des *Locke'schen* Ansatzes bei *Stallberg*, *Urheberrecht und moralische Rechtfertigung*, 2006, S. 79 ff., 106 ff. und bei *Spence*, (1996) 112 LQR 472, 493 f.

vestition besteht.⁴¹ Ein Verständnis von Kennzeichenrechten als Autonomierechten, die gegen die Zuschreibung vom Inhaber ungewollter Sprechakte schützen,⁴² kann nicht begründen, warum außerhalb des Bereichs der Verwechslungsgefahr ein solches Recht anerkannt werden sollte.

Sofern aber diesen grundsätzlichen Bedenken zum Trotz ein Schutz gegen Rufausbeutung doch gewährt wird, darf nicht schon die Anlehnung an einen fremden Ruf als solche die Unlauterkeit begründen. So verbietet Art. 4 lit. f Richtlinie 2006/114/E (Werbe-Richtlinie) nicht etwa die Rufausnutzung als solche, sondern erklärt die vergleichende Werbung nur dann für unlauter, wenn sie den Ruf eines Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt. Auch § 4 Nr. 9 lit. b UWG verbietet im Fall der Produktnachahmung nur die unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung des nachgeahmten Produkts. Am Beispiel der vergleichenden Werbung wird deutlich, dass eine Rufanlehnung gerechtfertigt sein kann, wenn sie dazu dient, Verbraucher zu informieren.⁴³ Bedenklich erscheint es daher, wenn sowohl der EuGH als auch nationale Gerichte in einigen Entscheidungen nicht zwischen den beiden Kriterien der Ausnutzung und der Unlauterkeit trennen, sondern beides verquicken und damit oft schon die Rufausnutzung zur Begründung der Unlauterkeit ausreichen lassen.⁴⁴

Während die oben zur Irreführung vorgeschlagene Norm auf gemeineuropäische Akzeptanz stoßen müsste, stellt der folgende Regelungsvorschlag zwar eine nahe liegende Extrapolation aus Art. 5 Abs. 2 Marken-Richtlinie und Art. 4 lit. f Werbe-Richtlinie dar, er ist aber den oben genannten rechtspolitischen Bedenken ausgesetzt. Ich stelle ihn zur Diskussion, ohne ihn mir zueigen zu machen.

„Unlauter handelt, wer Produkte anbietet, die Nachahmungen fremder Leistungsergebnisse darstellen, und dadurch den Ruf der nachgeahmten Produkte in unlauterer Weise ausbeutet oder schädigt.“

D. Unmittelbarer Leistungsschutz

Die schwierigste Frage ist die nach der Berechtigung eines unmittelbaren lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes, also eines Schutzes der „Leistung als solcher“.⁴⁵ Da ein solcher Schutz sich gegen die Nachahmung selbst richtet, ist er immaterialgüterrechtlicher Natur: Dem Rechtsinhaber kommt unabhängig von der Frage eines besonderen Handlungsunrechts ein absolutes Recht gegen Nachahmer zu. Mit eigenständig lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten lässt sich dieser Schutz nicht begründen. Eine Nachahmung ist als solche nicht unlauter. Zum einen ist die Wettbewerbsfreiheit in einer Marktwirtschaft der Normalfall, Nachahmungsschutz die

⁴¹ Scott/Oliver/Ley-Pineda, in: Bently/Davis/Ginsburg (Fn. 11), S. 285 (297 ff).

⁴² So der Ansatz von Spence, a.a.O. (Fn. 40), S. 312 ff.

⁴³ Vgl. EuGH GRUR 2006, 345, Rn. 26 – Siemens/VIPA; Ohly, GRUR 2007, 3 (9).

⁴⁴ So etwa EuGH, Urt. v. 18.06.2009, Rs. C-487/07, Rn. 49, 78 – L'Oréal/Bellure.

⁴⁵ Vgl. dazu Sack, a.a.O. (Fn. 7); Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 313 ff. Wehrauch, Der unmittelbare Leistungsschutz im UWG, 2001; Wiebe, in: Festschrift Schricker, 2005, 773 ff.; demnächst Schröder, Der unmittelbare Leistungsschutz, im Erscheinen.

begründungsbedürftige Ausnahme.⁴⁶ Zum anderen folgt aus den zeitlichen, sachlichen und formalen Grenzen des geistigen Eigentums, dass jenseits dieser Grenzen die Imitation zulässig sein muss: Ist der Patentschutz nach 20 Jahren abgelaufen, so ist der nachstoßende Imitationswettbewerb systemimmanent. Insbesondere handelt es sich bei der Nachahmung nicht um eine unlautere Behinderung,⁴⁷ denn Wettbewerb ist zwar hinderlich, als solcher aber erlaubt. Zwar kann das Recht den Imitationswettbewerb einschränken, die Gründe hierfür, etwa die Förderung von Innovation oder Kreativität, lassen sich aber nicht aus dem Behinderungstatbestand gewinnen. Vielmehr gaukelt der Behinderungstatbestand ein vermeintliches Handlungsunrecht vor, das bei Lichte betrachtet lediglich darin besteht, dass dem Originalhersteller Konkurrenz gemacht wird.

Das Gemeinschaftsrecht regelt den unmittelbaren Leistungsschutz nicht. Im Gegenteil stoßen hier die Gegensätze zwischen kontinentaleuropäischen Systemen und dem *common law* unvermittelt aufeinander. Daher hat der europäische Gesetzgeber Teilbereiche, die nach traditioneller deutscher Auffassung in den Regelungsbereich des UWG-Leistungsschutzes fielen, immaterialgüterrechtlich geregelt. Beispiele sind der Schutz von Datenbanken, von nicht eingetragenen Geschmacksmustern und der erweiterte Schutz der bekannten Marke. Daneben verbietet allerdings Art. 4 lit. g Werbe-Richtlinie Werbevergleiche, in denen ein Produkt nicht als Imitation oder Nachahmung eines Produkts mit geschützter Marke oder Handelsnamen dargestellt wird. Die Berechtigung dieser Vorschrift ist im Fall einer ansonsten erlaubten Nachahmung zweifelhaft, einiges spricht dafür, dass sie in unzulässiger Weise die Meinungsfreiheit beschränkt (Art. 10 EMRK). Während der BGH die Fragwürdigkeit dieser Vorschrift erkannt hat und um eine enge Auslegung bemüht ist,⁴⁸ hat der EuGH soeben entschieden, dass verbotene Imitationswerbung auch vorliegen kann, wenn sich der Eindruck der Imitation nur aus dem Werbehinweis darauf ergibt, dass ein bestimmtes Produktmerkmal (z.B. der Duft eines Parfums) nachgeahmt wurde.⁴⁹ Diese bedenklich weite Imitation schränkt in systemwidriger Weise die Nachahmungsfreiheit ein, ohne die Wertungsgesichtspunkte für diese Einschränkung offen zu legen.

Nach den meisten europäischen Rechtsordnungen ist die Nachahmung nicht sondergesetzlich geschützter Produkte als solche selbst dann nicht unlauter, wenn sie in identischer Form mit technischen Mitteln („unmittelbare Leistungsübernahme“, „sklavische Nachahmung“) geschieht. Besonders deutlich erklärt Art. 11 Abs. 1 des spanischen Ley 3/1991 de Competencia Desleal: „Die Nachahmung von fremden Leistungen und fremden unternehmerischen Initiativen ist frei, es sei denn,

⁴⁶ Zur Berechtigung des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit Piper/*Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 9/2; Peukert (Fn. 45), S. 884 ff. und passim; Wiebe, in: Münchener Kommentar, § 4 Nr. 9 UWG Rn. 15 ff.; dagegen Fezer, WRP 2001, 989 (1007); Lubberger, in: Festschrift Ullmann (Fn. 14), S. 737 ff.

⁴⁷ Baumbach/*Hefermehl*, 22. Aufl., 2001, § 1 Rn. 208; Müller-Laube, ZHR 1992, 480 (491); Piper/*Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 9/14b; Harte/Henning/*Sambuc*, § 4 Nr. 9 Rn. 160.

⁴⁸ BGH GRUR 2008, 628, Rn. 26 – *Imitationswerbung*.

⁴⁹ So etwa *EuGH*, a.a.O. (Fn. 44), Rn. 75.

diese sind durch ein vom Gesetz anerkanntes Ausschließlichkeitsrecht geschützt.⁵⁰ Allerdings lässt sich verbreitet beobachten, dass die Gerichte – oft in systematisch schlecht zu vertretender Weise – Mittel und Wege finden, um als unlauter empfundene Leistungsübernahmen zu unterbinden. Erneut bilden die *common law*-Rechtsordnungen die eine Extremposition. Die nicht täuschende Produktnachahmung als solche ist außerhalb des Immaterialgüterrechts erlaubt, wie verschiedene Gerichte in grundsätzlicher Weise betont haben.⁵¹ Allerdings wurde dieser strenge *numerus clausus* jedenfalls in der Vergangenheit teilweise durch eine großzügige Handhabung des Urheberrechts kompensiert.⁵² Auch in den Niederlanden, deren Recht keine lauterkeitsrechtliche Generalklausel kennt, wird die Ausschlussfunktion der Immaterialgüterrechte betont. Allerdings kann ausnahmsweise ein Produkt, das auf einer Ebene mit den geschützten Immaterialgütern steht, auf der Grundlage der deliktsrechtlichen Generalklausel gegen Nachahmung geschützt werden.⁵³ Gerade bei den Instanzgerichten scheint dieser lauterkeitsrechtliche Schutz des Arbeitsergebnisses beliebt zu sein.⁵⁴ Die Gerichte in zahlreichen Ländern betonen zwar den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit, nutzen allerdings die Flexibilität der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel teilweise dazu, um unter der Flagge des „mittelbaren“ Nachahmungsschutzes letztlich doch „unmittelbaren“ Schutz zu bieten. Im deutschen Recht ist das Paradebeispiel der Saisonschutz für Modeneuheiten.⁵⁵ Doch auch das „Wechselwirkungsprinzip“, dem zufolge bei erheblicher wettbewerblicher Eigenart und enger Nachahmung an die besonderen Unlauterkeitsmerkmale keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen,⁵⁶ führt teilweise, wie oben dargestellt, praktisch zu einem reinen Leistungsschutz. Dem Wortlaut nach bietet das schweizerische Recht Schutz gegen die unmittelbare Übernahme eines marktreifen Arbeitsergebnisses mit technischen Mitteln (Art. 5 lit. c UWG CH). Diese Vorschrift, die ursprünglich ein Äquivalent zum EG-Datenbankenschutz bieten sollte, wird in der Praxis aber sehr zurückhaltend angewandt.⁵⁷ Auch hier stellt das französische Recht das andere Extrem dar, denn die Ausnutzung fremder Kosten und Mühen ist grundsätzlich als parasitärer Wettbewerb unlauter. Auch in Deutschland hielt das RG in seiner frühen Rechtsprechung in diesem Fall ein besonderes Unlauterkeitsmerkmal für gegeben,⁵⁸ gab diese Linie aber bald auf.⁵⁹

⁵⁰ Übersetzung aus GRUR Int. 1991, 551.

⁵¹ Repräsentativ für das englische Recht *Hodgkinson & Corby Ltd v Wards Mobility Services Ltd* [1994] 1 WLR 1564; *Court of Appeal, L'Oréal v. Bellure*, [2007] EWCA Civ 968, Rn. 137 ff.

⁵² Vgl. *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, 1995, S. 265 ff.; *Ohly*, a.a.O. (Fn. 1), S. 153 ff.

⁵³ *Hoge Raad*, GRUR Int. 1987, 792 – *Decca*; *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 1982, 667 ff.

⁵⁴ *Quaedvlieg*, GRUR Int. 1997, 971 ff.

⁵⁵ BGHZ 60, 168 = GRUR 73, 478 – *Modeneuheit*; BGH GRUR 84, 453 – *Hemdblusenkleid*; BGH GRUR 1998, 477 – *Trachtenjanker*.

⁵⁶ BGH GRUR 2007, 984, Rn. 14 – *Gartenliege*; BGH GRUR 2008, 793, Rn. 27 – *Rillenkoffer*; BGH GRUR 2008, 1115, Rn. 18 – *ICON*.

⁵⁷ Vgl. *Hilty*, in: Festschrift Ullmann (Fn. 14), S. 643 ff.

⁵⁸ RGZ 73, 294 (297) – *Schallplatten*; RGZ 115, 180 (183) – *Puppenjunge*.

⁵⁹ RG GRUR 1929, 483 – *Spielzeugsignalscheibe*; RGZ 135, 385 (394) – *Künstliche Blumen*; *Nerretter*, a.a.O. (Fn. 2), 411.

Aus ökonomischer Sicht gilt dasselbe Kalkül, das allgemein den Rechten des geistigen Eigentums zugrunde liegt, wenn auch mit Einschränkungen beim Kennzeichenschutz und bei den persönlichkeitsrechtlichen Elementen des Urheberrechts. Nachahmungsschutz führt zu Wohlfahrtsverlusten (statische Ineffizienz), kann Weiterentwicklungen behindern (dynamische Ineffizienz) und zu unerwünschtem strategischen Verhalten Anlass geben.⁶⁰ Wenn allerdings der Wettbewerb wegen der Gefahr sofortiger Nachahmung eine erwünschte Leistung nicht aus eigener Kraft hervorbringt, kann ein befristeter Leistungsschutz den dynamischen Wettbewerb fördern.⁶¹ Die ökonomische Analyse spricht also nicht per se gegen den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz. Ein jeweils aufgrund einer ökonomischen Einzelfallanalyse „maßgeschneiderter“ Leistungsschutz (gleichsam ein „more economic approach“ des Lauterkeitsrechts) kann Wohlfahrtsverluste auf das nötige Maß beschränken.⁶² Hingegen ist die aktuelle Landschaft des geistigen Eigentums durch vergleichsweise starre, häufig aber zu weitgehende Rechte geprägt.

Andererseits ist auch die Rechtssicherheit aus verfassungsrechtlichem wie aus ökonomischem Blickwinkel ein nicht zu vernachlässigender Wert. Sowohl der Originalhersteller als auch der Imitator benötigen Planungssicherheit, die durch einen ex ante unkalkulierbaren Leistungsschutz beeinträchtigt wird. Allerdings darf man sich von einem strengen theoretischen Ausschluss des unmittelbaren Nachahmungsschutzes keinen deutlichen Gewinn an Rechtssicherheit versprechen. Für sämtliche mir bekannten europäischen Rechtsordnungen gilt die realistisch-skeptische Beobachtung, dass Gerichte Mittel und Wege finden, um ihrer Ansicht nach schützenswerte Leistungen zu schützen. Starre Ausschlussregeln wie ein *numerus clausus* der Immaterialgüterrechte, oder eine Beschränkung auf „mittelbaren“ Leistungsschutz begünstigen unsystematische Kompensationshandlungen. So leiden Rechtssicherheit und Methodenehrlichkeit.

Letztlich läuft die Frage nach dem unmittelbaren Leistungsschutz auf eine institutionelle Frage hinaus: Ist nur der Gesetzgeber zur Schaffung von Immaterialgüterrechten berufen, oder können auch die Gerichte Interessen mit absoluter Wirkung schützen? Eine solche Entstehung von Immaterialgüterrechten von Fall zu Fall anhand konkret zu entscheidender Probleme hat im deutschen Recht Tradition, in dem § 1 a.F. UWG eine „Schrittmacherfunktion“ (*Eugen Ulmer*) zukam.⁶³ Einiges spricht dafür, dass eine offene Abwägung des Für und Wider beim Leistungsschutz der derzeit verbreiteten Praxis einer verkappten Schutzgewährung vorzuziehen wäre. Ein solcher Leistungsschutz wäre nur bei Subsidiarität gegenüber dem Immaterialgüterrecht vertretbar. Immer wenn der immaterialgüterrechtliche Gesetzgeber aufgrund einer Abwägung zwischen Leistungsschutz und Gemeinfreiheit bewusst Freiräume lässt, muss das Lauterkeitsrecht sie beachten. Besonders die Vorschriften

⁶⁰ *Lemley*, 83 *Texas Law Review*, 1031 ff.

⁶¹ v. *Weizsäcker*, *Kyklos*, 1981, 345 ff.; *Schmidchen*, in: Oberender (Hrsg.), *Wettbewerb und Geistiges Eigentum*, 2007, S. 9 (19).

⁶² *Glöckner*, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, 2006, S. 595.

⁶³ *Ulmer*, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Aufl., 1980, S. 40.

über die Schutzdauer von Rechten und über Schranken des Schutzes sichern die Gemeinfreiheit.

Allerdings bestehen gegen diesen Ansatz drei gewichtige Einwände. Erstens besteht auf Gemeinschaftsebene das Dilemma, dass der EuGH mangels einer ausreichenden Anzahl von Präjudizien und wegen der Abstraktheit der Vorlagefragen zu einer sachgerechten Interessenabwägung nicht in der Lage wäre, während auf der anderen Seite Leistungsschutz durch die nationalen Gerichte zu einer Rechtszersplitterung führen würde. Zweitens ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass Instanzgerichte, die freie Bahn für die Gewährung von Leistungsschutz erhielten, die Wertungen des Immaterialgüterrechts nicht hinreichend beachten und daher praktisch die Gemeinfreiheit übermäßig beschneiden würden. Drittens hat das Recht des geistigen Eigentums eine nie gekannte Ausdehnung erreicht. Nach Schutzlücken muss man mit der Lupe suchen, und einiges spricht dafür, dass die Wissenschaft ihre rechtspolitische Energie auf die Beschränkung übermäßigen Schutzes als auf die Einführung neuer Schutzmöglichkeiten verwenden sollte. Andererseits bietet eine leistungsschutzrechtliche Generalklausel die Möglichkeit, den derzeitigen immaterialgüterrechtlichen Schutz auf einen berechtigten Kernbereich zurückzuführen und das reduzierte Immaterialgüterrecht durch einen lauterkeitsrechtlichen Schutz geringerer Dauer und geringerer Intensität zu ergänzen.

Auch wenn ich eine gewisse Sympathie für eine leistungsschutzrechtliche Generalklausel nicht verhehle, bin ich mir bisher keineswegs sicher, ob nicht die Gegenargumente überwiegen. Ich möchte daher folgenden Normierungsvorschlag für eine gemeinschaftsrechtliche leistungsschutzrechtliche Generalklausel in einer künftigen B2B-Lauterkeitsrichtlinie schlicht zur Diskussion stellen.

„Die Übernahme fremder marktreifer Leistungsergebnisse kann für begrenzte Zeit untersagt werden. Bei der Gewährung derartigen Leistungsschutzes sind die Interessen des Schutzsuchenden, der Übernehmenden und der Allgemeinheit unter Achtung der Wertungen des Immaterialgüterrechts zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Dabei sind insbesondere zu berücksichtigen: (i) die Eigenart des Leistungsergebnisses, (ii) die Nähe der Leistungsübernahme, (iii) das Allgemeininteresse an der Erbringung des Leistungsergebnisses, (iv) die Wahrscheinlichkeit, dass der Wettbewerb bei fehlendem Schutz die Leistung nicht hervorbringen wird.“

E. Mehr oder weniger lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz?

Die Ausgangsfrage lässt sich nicht allgemein, sondern nur bezogen auf einzelne Rechtsordnungen beantworten. Auch besteht – abgesehen vom Sonderfall der Verwechslungsgefahr – die Alternative eher zwischen einer Zulassung oder einer kompletten Abschaffung des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes. Da das Recht des geistigen Eigentums innovative, kreative und ökonomische Leistungen inzwischen umfassend, möglicherweise sogar übermäßig schützt, fällt es rechtspolitisch schwer, für mehr Leistungsschutz zu plädieren. Löst man sich aber von tagespolitischen Erwägungen, so ist de lege ferenda ein Schutzsystem mit engen

Immaterialgüterrechten für bedeutende Innovationen oder Kreationen, kombiniert mit flexiblem und weniger weitreichendem lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz möglicherweise einem System breiter, starrer Immaterialgüterrechte vorzuziehen.

Diskussion

Annette Kur

Ich möchte mich bezüglich des Referats von *Ansgar Ohly* auf einen Punkt beschränken, nämlich die Normierung der Verwechslungsgefahr. Das ist m.E. ein typisches Beispiel dafür, wie man zu konsensfähigen Lösungen gelangt – die kritischen Fragen werden ausgespart. Die kritische Frage ist doch, wie sich die Verwechslungsgefahr zur Irreführungsgefahr verhält, d.h., wie sich etwa der Regelungsgehalt von § 5 UWG zu § 4 Nr. 9a UWG verhält. Das gelangt in der von *Ansgar Ohly* vorgeschlagenen Lösung nicht zum Ausdruck. Würde man den Versuch machen, dieses Verhältnis explizit zu regeln, so wäre die vorgeschlagene Norm wahrscheinlich durchaus kontrovers. Ein Beispiel: *Ansgar Ohly* sagte, dass man bei einer abweichenden Markierung vernünftigerweise nicht von einer Verwechslungsgefahr ausgehen könne. In der vorgeschlagenen Norm wird dies jedoch nicht erwähnt, sondern die Unlauterkeit wird nur für den Fall ausgeschlossen, dass die nachgeahmten Produktmerkmale technisch bedingt sind. Hier sind wir an einem kritischen Punkt, was das Verhältnis zu den Immaterialgüterrechten angeht – je nachdem, wie die Verwechslungsgefahr gefasst wird, bleibt daneben ein mehr oder weniger großer Raum für das UWG. Um wieder auf den Jeans-Fall zurückzukommen: Hier waren die Jeans mit der Marke „Benetton“ gekennzeichnet worden, was, wie *Ansgar Ohly* sagt, die Verwechslungsgefahr wohl ausgeschlossen haben dürfte. Außerdem spielte das Freihaltebedürfnis eine Rolle, allerdings nicht wegen der „technischen Bedingtheit“ der Jeans, sondern weil man der Auffassung sein konnte, dass der wesentliche Wert des Kleidungsstücks durch seine Form bedingt war. Nach einer Entscheidung des EuGH, der sich in einer anderen Konstellation zum gleichen Konflikt geäußert hat, ist damit der Markenschutz, unabhängig von der erworbenen Verkehrsgeltung und Kennzeichnungskraft, dauerhaft ausgeschlossen. Auch dabei handelt es sich um eine Wertentscheidung, die im „Aquis“, nämlich im Markenrecht, verankert ist. In welcher Weise findet denn diese in der vorgeschlagenen Norm Berücksichtigung? Zusammenfassend: Ja, es mag sich um eine konsensfähige Norm handeln, aber nur, weil sie die kritischen Fragen ausspart.

Ansgar Ohly

Einige Fragen sind in der Tat offen. Es wäre m.E. allerdings schon viel gewonnen, wenn man den Maßstab für die Verwechslungsgefahr und den Maßstab für die Irreführungsgefahr nicht als unterschiedlich ansehen, sondern aus der Perspektive des ausreichend informierten Durchschnittsverbrauchers bestimmen würde. Im

deutschen Recht neigt man zu sehr dazu, die vermeintliche Verwechslungsgefahr bei der Herkunftsgefahr zu typisieren und bei einer identischen Nachahmung in jedem Fall die Verwechslungsgefahr zu bejahen – die „Jeans“-Entscheidung (BGH GRUR 2006, 79) ist ein Beispiel dafür, ebenso die „Gartenliege“-Entscheidung (BGH GRUR 2007, 98) und etliche andere. Hier sollte man darauf abstellen, ob der Verbraucher wirklich der Form einen Herkunftshinweis entnimmt. Die „Jeans“-Entscheidung ist insofern unglücklich, als der BGH sich durch die Tatsachenfeststellung der Vorinstanzen gebunden sah. Meiner Meinung nach sind jedenfalls Jeanskäufer extrem markenbewusst, schauen sich genau das Label der Jeans an, und schließen eben nicht ohne weiteres von der Form der Jeans auf die Herkunft. Wenn man also ernst macht mit dem Maßstab des europäischen Irreführungsrechts, würden sich jedenfalls ein Teil der Probleme – wenn natürlich auch nicht sämtliche Probleme – lösen.

Rolf Sack

Ich stimme den Ausführungen von Herrn *Ohly* in allen Punkten zu und möchte mich deswegen auf ein paar ergänzende Hinweise beschränken. Wie schwer diese Problematik in den Griff zu bekommen ist, sieht man an dem wiederholten Wechsel der Rechtsprechung. Anfangs wurde ein ungemein großzügiger Schutz gewährt und fast jede Nachahmung verboten; ich verweise nur auf die „Schallplatten“-Entscheidung des RG von 1909. Später wurde die Rechtsprechung des Reichsgerichts dann restriktiver. Der BGH gewährte in der ersten Dekade von 1948-1958 grundsätzlich überhaupt keinen Schutz und machte nur zwei Ausnahmen: in der patentamtlosen Zeit wurden technische Nachahmungen mit dem UWG bekämpft, ebenso urheberrechtliche Nachahmungen durch die Aufnahme der „Kleinen Münze“ in das Urheberrecht. In der nächsten Phase der Rechtsprechung, ab ca. 1958 mit der BGH-Entscheidung „Nelkenstecklinge“, wurde die unmittelbare Leistungsübernahme mit Hilfe technischer Vervielfältigungsverfahren, da billig, verboten, die teurere nachschaffende Nachahmung hingegen erlaubt. 1968 brachte die „Reprint“-Entscheidung eine erneute Kehrtwende, d.h. es wurde beim unmittelbaren Leistungsschutz differenziert, u.a. mittels einer zeitlichen Beschränkung. Teilweise wurde kritisiert, dass es nicht angehe, etwas erst als sittenwidrig und nach 20 Jahren als nicht mehr sittenwidrig anzusehen. Andererseits muss es eine Schutzphase geben, und mit ihrem Ablauf entfällt der Schutz, und das kann sehr wohl mit dem Begriff der Sittenwidrigkeit geleistet werden. Diese Rechtsprechung von 1968 gilt eigentlich noch heute; auch wenn eine neuere Entscheidung des BGH (GRUR 2007, 795 Tz. 51 – Handtaschen) dies nicht mehr so deutlich erkennen lässt. An dem Wandel der Rechtsprechung zeigt sich, wie schwer das Problem zu lösen ist. Zweite Bemerkung: Aus dem UWG-Schutz gegen Nachahmung sind mehrfach IP-Rechte entstanden. Die §§ 73 ff. im UrhG, d.h. der Schutz ausübender Künstler, der Veranstalter und der Tonträgerhersteller, basieren auf der früheren UWG-Rechtsprechung; hinzugekommen ist der Schutz der bekannten Marke im Markenrecht. Und der aus meiner Sicht wohl früher häufigste Fall des ergänzenden Leistungsschutzes ist heute in der Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung geregelt, nämlich das Benutzungs-

geschmacksmuster. Ein dritter kleiner Hinweis: in § 4 Nr. 9 lit. a UWG wurde das Verbot der vermeidbaren Herkunftstäuschung aus dem Irreführungstatbestand vor der UWG-Novelle übernommen; hier gab es eine Fallgruppe: Irreführung und Interessenabwägung. Bestimmte Irreführungen sind danach unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, z.B. die nicht vermeidbare Irreführung.

Ansgar Ohly

Ganz einverstanden in allen drei Punkten.

Frauke Henning-Bodewig

Für unsere ausländischen Teilnehmer folgender Hinweis: Im deutschen Recht werden wichtige Gerichtsentscheidungen mit einem Stichwort, z.B. „Nelkenstecklinge“ umrissen und jeder Wettbewerbsrechtler weiß dann sofort, was gemeint ist. Der Klarheit wegen sollten wir jedoch auch bei diesen plakativen Fällen kurz erwähnen, worum es in der Sache ging. Im „Jeans“-Fall ging es z.B. um die Nachahmung bestickter Jeans in einer bestimmten Form.

Ansgar Ohly

Es ging um die Elwood-Jeans von G-Star, ein relativ bekanntes und wohl auch stilprägendes Jeansmodell, das schon von Schnitt und Muster her etwas Besonderes war. Ein anderes Unternehmen hatte diese Jeans mehr oder weniger identisch – ich glaube, eine Naht war anders – nachgeahmt. Die Kernfrage war, ob neben dem Geschmacksmusterrecht auch der UWG-Leistungsschutz eingreifen kann. Der BGH hat dies im Falle der als gegeben angesehenen vermeidbaren Herkunftstäuschung bejaht. Es gab eine kleine Besonderheit, die dem etwas Plausibilität verleiht. Viele Leute wussten, dass es diese Jeans gab; sie kannten aber noch nicht den Namen des Herstellers. Weil G-Star mittlerweile sehr bekannt ist, aber damals noch nicht so bekannt war, konnten Leute, die das Original wollten, evtl. wirklich die falsche Jeans kaufen – das war jedenfalls eine spezielle Komplikation.

Frauke Henning-Bodewig

Das größte Problem ist wohl die Abgrenzung zu den IP-Rechten – ein Problem, das nicht nur im deutschen Recht, sondern auch in anderen Rechtsordnungen besteht. Nachdem wir hier drei hochkarätige Wissenschaftler aus den Niederlanden bei uns haben, würden wir uns sehr freuen, kurz von der Lösung im holländischen Recht über das „Decca/Nautik“-Urteil zu hören. Es hat, wenn ich mich recht erinnere, einen anderen Ansatz als das deutsche Recht, indem es verlangt, dass die nachgeahmte Leistung „auf einer Linie mit den IP-Rechten“ liegen muss.

Jan Kabel

Of course, we are delighted to explain Dutch law in this field. The most famous and most important decision of the “Hoge Raad”, the Dutch Supreme Court, in the 50s of the last century was the “Hyster Krane”-decision (NJ 1954, 96). The Hoge Raad pointed out that Nachahmung/imitation of technique (the decision concerned a

crane) is allowed even if it might lead to confusion. This is a very important balance between the slavish imitation on the one hand and the freedom of imitation on the other hand and corresponds perfectly with the proposition of *Ansgar Ohly*. But later came the surprising Hoge Raad-decision “Decca ./ Holland Nautic” (a case of the Dutch Supreme Court of 27 June 1986, GRUR Int. 1987, 432) which held that taking advantage of another’s immaterial achievement can only be prohibited if it is on one line with the achievements that are protected by intellectual property law. In the Decca ./ Holland Nautic-case this protection was denied. Only in cases in which a sort of neighbouring rights were concerned, the Court of Arnhem gave protection to the achievement of Elvis Presley – this, however, must be seen before the background that a couple of months later a law on neighbouring rights was introduced. That is, in short, the state of the art of the relationship between IP-law and slavish imitation in the Netherlands.

Rogier de Vrey

The “Decca ./ Holland Nautic”-case concerned a navigation equipment. To help boats navigate along the coast, a couple of poles on the land and a navigation system, sending signals to these poles, were installed. Based on the return of the signals, the boats could determine their location. This system had cost its developer a lot of money, but was not protected by an intellectual property right. The question was, if there is a kind of protection against someone making use of this system by offering an apparatus which, if installed in the ship, could also catch these signals and thus determine the location. The production of such an apparatus was, of course, very cheap because no investment in those poles was necessary. The Hoge Raad basically held that such an achievement, which should normally be protected under IP-laws but in this case was not protected, could in certain circumstances enjoy protection under unfair competition law.

Martin Senftleben

Es gab noch einen Fall, in dem es im niederländischen Recht um Nachahmungsschutz ging und zwar im Zusammenhang mit Fußball. Konkret ging es darum, dass der niederländische Rundfunk für das Senden von Fußballübertragungen nicht zahlen wollte. Der Hoge Raad musste sich daher u.a. mit der Frage beschäftigen, ob die Leistung des Organisierens der Fußballwettkämpfe vergleichbar ist mit einer Leistung, für die geistige Eigentumsrechte gewährt werden. Selbst da hat der Hoge Raad jedoch gesagt, dass diese Leistungen nicht auf der gleichen Stufe stehen mit geistigen Eigentumsrechten. Die „eenlijns-prestetic“ wurde also restriktiv ausgelegt.

Frauke Henning-Bodewig

In der Tat. Wenn man im niederländischen Recht noch nicht einmal Fußballleistungen „auf eine Linie“ bringen kann mit geistigem Eigentum, dann gibt es wohl wenig, was dieses Kriterium erfüllt. Ganz herzlichen Dank für diesen rechtsvergleichenden Input!

Thomas Sambuc

Jeder mit Nachahmungsfällen befasste Anwalt weiß, dass es in Deutschland bei bestimmten Kammern nur unlautere Nachahmungen zu geben scheint; unabhängig davon, wie groß die Eigenart des Originals und wie groß die Übereinstimmung ist. Ich finde es bedenklich, dass diese restriktive Haltung in jüngster Zeit – z.B. in einem Beitrag in der Festschrift für *Ullmann* – eine publizistische Unterfütterung findet. Damit will ich nicht sagen, dass das Prinzip der grundsätzlichen Nachahmungsfreiheit nicht der Diskussion bedarf. Stellt man jedoch den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit als solchen in Abrede, so finde ich das falsch und unpraktikabel. Dem Referat von Herrn *Ohly* habe ich entnommen, dass die Neigung zum Verbot von Nachahmungen keine deutsche Besonderheit ist, sondern z.B. bei der „concurrency parasitaire“ in Frankreich zum Tragen kommt. Gleichwohl sehe ich die Tendenz, Nachahmungen außerhalb der Immaterialgüterrechte stets zu untersagen, mit Sorge – zumindest im Lauterkeitsrecht, wo die Gerichte mehr Spielraum haben, sollte man stärker kartellrechtliche Impulse berücksichtigen und anerkennen, dass es nicht nur Innovationswettbewerb, sondern auch Imitationswettbewerb gibt. Dies führt allerdings häufig zu Missverständnissen; z.B. behauptete nach einem in Stuttgart gehaltenen Vortrag von Herrn *Hilty* zum Verhältnis von Imitations- und Innovationswettbewerb ein Patentanwaltskollege, Herr *Hilty* habe sich für die Abschaffung des geistigen Eigentums ausgesprochen, was natürlich nicht der Fall war. Interessant fand ich weiter die Formulierung, die der Doktorand von Herrn *Ohly* gefunden hat. Unsystematische Kompensation – das Phänomen, dass die Gerichte, wenn sie etwas verbieten wollen, auch eine Begründung dafür finden, ist bekannt. Aber was für eine ökonomische Vorstellung steht dann dahinter? Meines Erachtens gibt es einige Gerichte in Deutschland, die von der ökonomischen Analyse dieser Frage nicht einmal etwas gehört haben, geschweige denn, dass sie hierzu eine Theorie hätten oder diese in nachvollziehbarer Weise anwenden würden. Vor diesem Hintergrund finde ich es bedenklich, dass sich die Vereinigung „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht“ (GRUR) mehr und mehr aus dem Kartellrecht zurückzieht. Diese Rechtsgebiete sollte man, wie es auf dieser Tagung geschehen ist, stärker zusammenführen. Wenn man also irgendwas untersagt, dann muss es auch einen guten Grund dafür geben.

Axel Beater

Bezüglich der ökonomischen Überlegungen im Zusammenhang mit der Rufausbeutung ist auch zu berücksichtigen, dass das Bestehen bekannter, berühmter Marken Marktzutrittshindernisse schafft für Newcomer. Es ist sehr schwer, eine unbekannte Marke gegen eine bekannte durchzusetzen, und eine unbekannte Marke zu einer bekannten, gar zu einer berühmten zu machen, kostet sehr viel Geld, das ein Newcomer möglicherweise nicht hat. Man könnte also überlegen, wobei ich mir der Ambivalenz des Arguments durchaus bewusst bin, dass Rufausbeutung typischerweise etablierte Unternehmen trifft und es sich um ein typisches Angriffsmittel von Newcomern, die sich durch bekannte Marken begründeten Zutrittshürden gegenübersehen, handelt. Meine zweite Anmerkung betrifft die Definitionen, insbeson-

dere der Verwechslungsgefahr und der Rufausbeutung. Bei beiden Tatbeständen sollte das Wort „vermeidbar“ hinzugefügt werden. In § 4 Nr. 9a UWG steht es ja bei der Verwechslung drin, in § 4 Nr. 9b hingegen nicht.

Ansgar Ohly

In „unangemessener Weise“ lautet die Formulierung, denke ich.

Axel Beater

Ich würde das Wort „vermeidbar“ vorziehen, da es eine Bastion dagegen ist, dass unmittelbarer Leistungsschutz als mittelbarer verkauft wird. Beispiel: Der „Tchibo-Rolex“-Fall, bei dem die Form der Rolex-Uhr identisch nachgemacht wurde. Darin liegt in gewisser Weise auch eine Rufausbeutung, die jedoch in meinen Augen unvermeidbar und damit zulässig ist, wenn man die Nachahmung als solche zulässt. Sonst ermöglicht man wieder Umgehungspraktiken. Es sollte bei der Definition der unlauteren Rufausbeutung auch nicht „in unlauterer Weise“ heißen. – Weiter eine Anmerkung zur Schutzfrist. Wenn man Ernst macht und offen die Leistung als solche schützt, dann ist man sich in der Wissenschaft über die Notwendigkeit einer Schutzfristbegrenzung einig. Das führt zu diffizilen Unterscheidungen, die ich jedoch für sachgerecht halte und für die es m.E. auch Maßstäbe gibt. Man muss sich jedoch die Maßstäbe und Fristen genau vor Augen halten, insbesondere bei der unmittelbaren Übernahme. Erfolgt diese in besonders kostensparender Art und Weise, ist ein Verbot für eine längere Zeit gerechtfertigt. Bei der nachschaffenden Übernahme, die den Nachahmer seinerseits mit Kosten belastet, wäre eine kürzere Frist angebracht. – Die von Herrn *Sambuc* festgestellte Tendenz, im Zweifel das Nachahmen zu verbieten, ist m.E. nicht neu. Auch wenn fast alle der etwa 180 Entscheidungen von Reichsgericht und BGH zum Nachahmungsschutz mit dem Statement anfangen, „Grundsatz ist die Nachahmungsfreiheit“, so folgt dann doch häufig: „und hier liegt eben eine Ausnahme vor“. Es handelt sich also um kein aktuelles Phänomen.

Thomas Sambuc

Neu in meinen Augen ist jedoch der Versuch, dies wissenschaftlich zu unterfüttern und damit schon den Grundsatz in Frage zu stellen.

Ansgar Ohly

Zu zwei Punkten möchte ich unmittelbar Stellung nehmen. Zunächst einmal stimme ich völlig mit der Ansicht von Herrn *Beater* überein, dass der Schutz gegen Rufausbeutung Marktzutrittsschranken schaffen kann. Ich gehe gleichfalls vom Grundsatz „in dubio pro libertate“ aus. Der von mir angesprochene Schutz ist also nicht der Ausgangspunkt. Zunächst einmal darf man nachahmen und ich suche nach rechtfertigenden Gründen, warum man nicht nachahmen darf. Diese rechtfertigenden Gründe sind bei der Rufausbeutung allerdings schlecht erkennbar. Nach der Richtlinie 2006/114/EG ist die vergleichende Werbung unzulässig, wenn sie den Ruf einer Marke etc. in unlauterer Weise ausnutzt. Diese Zweistufigkeit finde ich sinn-

voll, denn wenn man überhaupt Schutz vor Rufausbeutung bejaht, muss man differenzieren zwischen dem Imagetransfer als solchem und der Unlauterkeit dieses Imagetransfers. Die EuGH-Entscheidung „Siemens“ (Rs. C-59/05, GRUR 2006, 345), in der ein Konkurrent Bestellnummern übernommen und diese in seine eigenen Seriennummern integriert hatte, ist ein gutes Beispiel. Man kann ohne weiteres sagen, dass das eine Ausnutzung fremden Rufs ist. Ob ein Imagetransfer auch bei technischen Geräten stattfindet, ist eine andere Frage, aber selbst wenn man dies unterstellt, ist weiter zu fragen, ob die Übernahme zur Information der Abnehmer sinnvoll und angemessen ist. Der Umstand des Imagetransfers präjudiziert also noch nicht die Unlauterkeit.

Zu den unterschiedlichen Schutzfristen: Hier sind wir im Grenzgebiet zum Immaterialgüterrecht, weil im Immaterialgüterrecht intensiv über den Grundsatz „one size fits all“ nachgedacht wird. Wollen wir ein einheitliches Patent oder Urheberrecht für alles oder wollen wir den Schutz auf die konkreten Marktgegebenheiten zuschneiden? Etwa auf die Kosten einer Imitation oder die Qualität des Leistungsergebnisses. Ökonomen würden sogar dazu raten. Das Gegenargument ist die damit zusammenhängende Rechtsunsicherheit, denn jede Pauschalierung führt auch zu einer gewissen Rechtssicherheit. Wo da die richtige Abwägung stattfindet, weiß ich auch nicht, aber ich hege vorsichtige Sympathie dafür, das System des Immaterialgüterrechts ein bisschen zu öffnen.

Martin Senffleben

Ich stimme mit dem, was Herr *Sambuc* gesagt hat, überein und auch mit dem Vortrag von Herrn *Ohly*. Dies gilt insbesondere für die Idee, den Leistungsschutz zur Entlastung des Systems des geistigen Eigentums einzusetzen. Meiner Meinung nach wird zurzeit zu viel Schutz im geistigen Eigentum gewährt; jedenfalls besteht eine Tendenz der Ausdehnung des Markenschutzes auf immer neue Sachverhalte. Meine Frage wäre, ob man nicht im Bereich Verwechslungsgefahr/Irreführungsgefahr relativer, d.h. liberaler, denken sollte. Warum sollten die Konsumenten nicht die Zeche zahlen, und sich auch mehr Nachahmungswettbewerb, vielleicht auch irreführenden Nachahmungswettbewerb gefallen lassen? Bei einem Sachverhalt, wie er der „Lego“-Entscheidung zugrunde lag, ist der Konsument vielleicht drei, vier Monate verwirrt darüber, dass im Markt plötzlich völlig identische Lego-Produkte angeboten werden, aber dann weiß er das einzuordnen. Insofern müssen wir dem aufgeklärten europäischen Verbraucher einfach mehr zumuten.

Ansgar Ohly

Ich sehe das ähnlich. In meinen ökonomischen Überlegungen zur Verwechslungsgefahr habe ich betont, dass es gute Gründe für ein Verbot des Hervorrufens von Verwechslungsgefahr gibt, dass diese Gründe aber nicht absolut zu sehen sind. Die entgegenstehenden Aspekte sind das Freihalten von technischen Lehren und das Aufbrechen von Monopolstellungen. Bei der Frage, welche Anforderungen ich an die Vermeidung der Irreführungsgefahr stelle, ist die Flexibilität eigentlich bereits eingebaut. In diesem Punkt finde ich die „Klemmbausteine III“-Entscheidung des

Bundesgerichtshofs (GRUR 2005, 349) überzeugend – nach Auffassung des BGH reicht die Etikettierung auf der Packung aus, um die Herkunftstäuschung zu vermeiden. Dagegen wird dann wieder eingewendet, dass man also beim gefälschten Produkt nur auf der Packung darauf hinweisen müsse, dass es eine Fälschung ist. In dem Fall spielte jedoch auch eine Rolle, dass „Lego“ sehr lange Monopolist war und dass der Markt erst an Wettbewerb gewöhnt werden muss.

Jochen Glöckner

Herr *Ohly* hat das Thema an der Definition des Leistungsschutzes aufgehängt, und diesen Begriff pauschal benutzt für alle Immaterialgüterrechte. Ich halte es für sinnvoll, näher zu unterscheiden, was man eigentlich untersucht, da dies auch Auswirkungen auf die einzelnen Aspekte des Schutzes hat. Beim Schutz vor Verwechslungen entsteht etwa kein Problem der Abwägung unter dem Gesichtspunkt des Imitationswettbewerbs; es gibt kein Allgemeininteresse an der Imitation von Marken. Der positive Gesichtspunkt, dass einzelnen Unternehmen die Möglichkeit gegeben wird, Signalcodes zu etablieren, ist sozusagen auch negativ zu berücksichtigen und es gibt kein Allgemeininteresse daran, dass der Signalcode kopiert wird.

Bei der Ausbeutung wies Herr *Ohly* auf die Unklarheit der ökonomischen Interessenlage hin, doch auch hier gibt es meines Erachtens wieder gewisse Umstände, die diesen Aspekt auszeichnen. An die Ausführungen von Herrn Beater zur Marktoffenhaltung im Hinblick auf die blockierende Wirkung bekannter Marken anknüpfend, möchte ich allerdings zu Bedenken geben, dass ein Ruf nicht einfach allein dadurch entstanden sein muss, dass viel Geld in die Bewerbung einer Marke investiert wurde. Ein Ruf kann durchaus allein durch eine langjährige Bewährung eines Produktes und seine bekannt gewordene Qualität entstehen. Auch insofern besteht ein Allgemeininteresse daran, dass jedes Unternehmen seinen eigenen Ruf aufbaut und nicht einen fremden Ruf kopiert oder sich an diesen anhängt.

Beim eigentlichen Leistungsschutz stimme ich ansonsten mit der Analyse von Herrn *Ohly* völlig überein. Man ist hier zwar immer in Gefahr, Beifall von der falschen Seite zu bekommen: Setzt man sich für mehr lauterkeitsrechtlichen Schutz ein, so wird häufig überlesen, dass man eine korrespondierende Einschränkung der Immaterialgüterrechte befürwortet. In der Tat ist es so, dass etliche der angesprochenen kartellrechtlichen Probleme darauf zurückzuführen sind, dass es IP-Rechte gibt, die kaum nachvollziehbar sind. Alle kartellrechtlich kritischen Fälle der jüngeren Vergangenheit, vielleicht mit Ausnahme der Geschäftsgeheimnisse bei „Microsoft“, insb. aber „Magill“ und „IMS Health“, zeichneten sich im Grunde genommen durch einen überschießenden immaterialgüterrechtlichen Schutz aus.

Die institutionellen Probleme, die dazu geführt haben, dass der lauterkeitsrechtliche Schutz ins Immaterialgüterrecht verlagert wurde, sind nachvollziehbar. Als Konsequenz finden sich nunmehr im Immaterialgüterrecht in verschiedenen Bereichen lauterkeitsrechtliche Tatbestände; leider werden sie dort nicht völlig beherrscht. So schreibt etwa der EuGH in der „Gerolsteiner“-Entscheidung ganz am Ende und eher beiläufig zur Frage des markenmäßigen Gebrauchs und des eventuellen Verstoßes gegen die anständigen Gepflogenheiten, dass darüber von

den nationalen Gerichten zu entscheiden sei (EuGH v. 7.1.2004, Rs. C-100/02 – Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. ./ Putsch GmbH, Slg. 2004, I-691 Rn. 26). Das Problem ist, dass diese hiermit keine Erfahrungen haben; wenn die Erfahrungen gemacht wurden, wurden sie im Lauterkeitsrecht gemacht.

Ansgar Ohly

Zwei ganz kurze Anmerkungen. Die erste betrifft das subjektive Recht – hier muss man berücksichtigen, dass es relative und absolute Rechte gibt und jeder lauterkeitsrechtliche Anspruch auch ein subjektives Recht ist. Nur beim unmittelbaren Leistungsschutz spreche ich von absoluten Rechten, die möglicherweise – darüber wäre zu diskutieren – im UWG nichts zu suchen haben. Die zweite Anmerkung betrifft die Verwechslungsgefahr. Gewiss gibt es kein schutzwürdiges Interesse am Hervorrufen von Verwechslungsgefahr, aber je weiter man den Bereich der Verwechslung zieht, desto größer wird die Gefahr, dass damit Marktzutrittschancen derjenigen beschränkt werden, die z.B. – um es markenrechtlich aufzuhängen – attraktive Zeichen benutzen wollen; der Bestand an guten Zeichen ist begrenzt. Damit sind dann möglicherweise wettbewerbsbeschränkende Wirkungen verbunden.

Reto M. Hilty

Ich hätte eine Frage an Herrn *Ohly*, aber vielleicht auch eine generelle. Es wurden zwei interessante Raster gewissermaßen aufeinander gelegt, die wahrscheinlich nicht ohne weiteres deckungsgleich zuordnet werden können, nämlich auf der einen Seite mittelbar/unmittelbarer Leistungsschutz, auf der andern die vier Kategorien. Eine solche Zuordnung wurde nicht gemacht, und sie ist vielleicht auch nicht sinnvoll; mich interessiert dabei vor allem die mittlere Kategorie. Der aufgezeigte Rahmen hat relativ unkritisch angefangen mit mittelbarem Leistungsschutz, Hinzutreten von Unlauterkeitsmerkmalen und am Schluss hieß es, mittelbarer Leistungsschutz kann neben Leistungsschutzrechten existieren. Ich frage mich, ob man das tatsächlich weiterhin so kolportieren sollte, wie das üblicherweise gemacht wird. Gestern hast Du mit sehr abgewogener Stellungnahme ein Bekenntnis zum wettbewerbsfunktionalen Ansatz abgelegt; ich würde dem völlig zustimmen. Mit diesem Kriterium der Unlauterkeitsmerkmale hingegen haben wir ein riesiges Einfalltor für „philosophische“ Ansätze, wie das „Pflügen mit dem fremden Kalb“. Im Grunde ist das Unlauterkeitsmerkmal doch eine Leerfloskel, in die man hineingießen kann was man will. Ich denke, das müssten wir morgen auch noch einmal diskutieren, wenn wir das Verhältnis von mehr ökonomischen und von mehr ethisch-moralischen *Ansätzen* diskutieren wollen. Ich denke, wir müssen solche Einfallstore aufdecken, sie möglicherweise auch ausschließen.

Ansgar Ohly

Ich denke, dass wir an einem Unlauterkeitsmerkmal nicht vorbeikommen, allein schon deswegen, weil die Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken Irreführungsschutz gegen das Hervorrufen von Verwechslungsgefahr statuiert. Es gibt also

bestimmte Fälle, die eindeutig unlauter sind. Mir geht es darum, Unlauterkeitsmerkmale zu akzentuieren. Es ist ein Unterschied, ob ich eine Leistung nicht übernehmen kann oder ob ich sie zwar übernehmen kann, mich aber dabei in einer bestimmten Weise verhalten muss. Die Verwechslungsgefahr ist insofern ein genuin lauterkeitsrechtliches Kriterium, anders als die Leistungsübernahme, die man eventuell auch ins Immaterialgüterrecht transferieren könnte. Es gibt also einige Unlauterkeitsmerkmale, an denen wir nicht vorbeikommen. Wir müssen nur aufdecken, ob das Unlauterkeitsmerkmal nur vorgeschoben wird, um einen wirklichen Leistungsschutz zu verdecken.

Reto M. Hilty

Aber zum Beispiel „systematisches Nachahmen“ – ist das ein Unlauterkeitsmerkmal?

Ansgar Ohly

Die Unlauterkeitsmerkmale müssen grundsätzlich wettbewerbsfunktional sein, wie etwa das der Irreführung, und man muss sie im Einzelnen begründen können. Deswegen würde ich z.B. sagen, dass eine lautere Nachahmung nicht dadurch unlauter wird, dass sie systematisch geschieht. Ich bin auch nicht der teilweise in der Literatur vertretenen Auffassung, dass die Nachahmung, oder auch die Rufausbeutung, ein Fall der Behinderung und damit unlauter ist.

Igor B. Nestoruk

Im Anschluss an die Stellungnahmen der holländischen Kollegen möchte ich etwas aus der polnischen Perspektive hinzufügen. Das geltende polnische Gesetz von 1993 ist stark vom deutschen UWG von 1909 und vom Schweizer UWG beeinflusst, also strukturell dem Lauterkeitsrecht des deutschsprachigen Raums angenähert. Bezüglich des Leistungsschutzes ist die Lösung des polnischen Rechts jedoch eine andere. Es gibt zwar gleichfalls eine spezielle Vorschrift zum Nachahmungsschutz, die jedoch eher unter Zugrundelegung des angelsächsischen Ansatzes ausgelegt wird. Man betont also die grundsätzliche Nachahmungsfreiheit mit der einzigen normativ festgelegten Einschränkung der Verwechslungsgefahr. Von daher war auch in Polen der „Lego“-Fall relativ einfach gelöst. „Lego“ hatte zwar zunächst eine für das Unternehmen günstige positive Entscheidung erstritten; nachdem vor dem polnischen Obersten Gerichtshof jedoch festgestellt wurde, dass keine Verwechslungsgefahr vorlag, wurde die Nachahmung der Klemmbausteine zugelassen.

Ich begrüße weiter den Vorschlag von Herrn *Ohly*, in diesem Bereich eine gemeinschaftsrechtliche Regelung anzustreben. Er wäre aus polnischer Perspektive durchaus konsensfähig, wobei ich entgegen der Auffassung von Frau *Kur* die ausgeklammerten Fragen eher einer Analyse der einzelnen Spezialregelungen überlassen würde, z.B. die Abgrenzung zum Urheberrecht oder den gewerblichen Schutzrechten. In Polen besteht übrigens die Tendenz in der Praxis die weitgehende Nachahmungsfreiheit durch eine exzessive Auslegung des Urheberrechts zu umgehen.

Das führt im Ergebnis zu einer Entartung der urheberrechtlichen Schutzstandards, die sicher auch in anderen Ländern festzustellen ist.

Frauke Henning-Bodewig

Aus anderen Ländern Anregungen und Informationen zu erhalten, wie jetzt durch Herrn *Nestoruk*, ist für uns von ganz besonderem Interesse und, da es ja um die europäische Perspektive geht, besonders hilfreich für die weitere Diskussion. Diese Fäden werden wir in der Abschlussdiskussion aufnehmen und zusammen zu führen versuchen. Zuvor wird es jedoch um weitere wichtige Aspekte des Lauterkeitsrechts gehen, die das Bild vervollständigen. Ich darf damit die Vormittagssitzung schließen und die Diskussionsleitung an *Matthias Leistner* weitergeben.

Matthias Leistner

Das Thema des Nachmittags lautet: „Mehr oder weniger Konkurrentenschutz“ und danach „Mehr oder weniger Verbraucherschutz im europäischen Recht“. Mit dieser Schutzzweckfrage ist in gewisser Weise die Schicksalsfrage der künftigen Entwicklung des europäischen Lauterkeitsrechts angesprochen; dies wurde bereits an Herrn *Ohlys* Beitrag deutlich. Natürlich kann man etwa den Leistungsschutz auf die irreführenden Praktiken im engeren Sinn begrenzen; das wäre dann der verbraucher-schützende Leistungsschutz. Nimmt man jedoch den Schutz der Konkurrenten hinzu, wird die Fragestellung kontroverser. Ging die Irreführungsrichtlinie von 1984 noch von einer Schutzzwecktrias aus, so sehen manche nach der Lauterkeitsrichtlinie von 2005 eine gewisse Verengung auf die den Verbraucher schützenden Aspekte. Über die Schutzzwecke lässt sich sicher streiten; im Lichte des Primärrechts gelesen, ließe sich auch auf Grundlage der Richtlinie weiterhin das System des unverzerrten Wettbewerbs als institutionelles Schutzobjekt ansehen. Es könnte also der integrative Ansatz weiter verfolgt werden. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs umreißt die Lauterkeitsrichtlinie einen gewissen Minimalkonsens, indem sie sich auf die irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken beschränkt, während so umstrittene Fragen wie der Rechtsbruch oder die Einzelheiten des wettbewerblichen Leistungsschutzes, bei denen es mehr um den Konkurrentenschutz geht, außen vor bleiben. Eine solche Verengung des Anwendungsbereichs, eine Aufspaltung von Verbraucher- und Konkurrentenschutz, bringt natürlich gewisse Gefahren mit sich und enthält problematische Implikationen für das Binnenmarktziel der Richtlinie – der Verbraucherschutz droht sich – wie Herr *Peukert* in seinem Referat gestern angedeutet hat – aus einem rein wettbewerbskonformen Modell zu lösen. Hier werden Vorlagefragen der nationalen Gerichte Abhilfe schaffen müssen – noch ist unklar, welche Faktoren sich in Zukunft auswirken, etwa die Besetzung des EuGH mit immer mehr Richterandidaten aus neuen Mitgliedstaaten, die eine gewisse Umgewichtung mit sich bringen könnte oder der Lissaboner Vertrag, in dem das System des unverfälschten Wettbewerbs in ein Protokoll abgedrängt wurde. Antworten hierauf könnten im Bereich des Konkurrentenschutzes, die Stärkung dieses Aspekts auf der Ebene richterlicher Rechtsanwendung geben, im Bereich des Verbraucherschutzes die Sicherung eines wettbewerbskonformen oder

wettbewerbsorientierten Verbraucherschutzkonzepts auch auf der Ebene künftiger europäischer Gesetzgebungsinitiativen. In diese Richtung werden sicher auch die Überlegungen der Referenten gehen: Herr *Beater* von der Universität Greifswald, der Mitte der 90er Jahre ein Standardlehrbuch zum Lauterkeitsrecht geschrieben hat und damals den Konkurrentenschutz eher kritisch sah und bei dem wir gespannt sind, wie er dies auf europäischer Ebene einordnet. Mein akademischer Lehrer *Josef Drexl*, Direktor am Max-Planck-Institut in München, der seinerseits in seiner Habilitationsschrift mit der Selbstbestimmung des Verbrauchers ein wettbewerbskonformes Modell europäischen Verbraucherschutzes zu entwickeln versucht hat und sich insbesondere gegen jedwede Tendenz zur übermäßigen Bevormundung selbstbestimmter Verbraucher gewandt hat. Die nachfolgenden Themen sind also gleichsam Themen, die den beiden Referenten seit Jahrzehnten auf den Leib geschneidert sind.

Mehr oder weniger Konkurrentenschutz durch Europäisches Lauterkeitsrecht?

Axel Beater

A. Vorüberlegungen: Gegenstand und Interpretation des Themas

Das mir gestellte Thema ist Last und Lust zugleich. Es ist eine „Last“, weil es mir die Bezeichnung „Lauterkeitsrecht“ vorgibt, die ich für inhaltlich unzutreffend halte. Ich erlaube mir daher, im Weiteren vom Recht gegen den unlauteren Wettbewerb oder schlicht von „Wettbewerbsrecht“ zu sprechen. Das Thema ist andererseits eine „Lust“, weil es nur einen inhaltlichen Rahmen vorgibt und nach weiterer Ausfüllung verlangt. Ich komme dem gern nach.

I. „Konkurrentenschutz“

Der Konkurrentenschutz betrifft juristische Wertungen und Zwecksetzungen. Es geht um ein rechtliches Instrument und nicht um eine eindimensionale Größe. Man kann den Konkurrentenschutz deshalb nicht ohne Weiteres in ein „Mehr oder weniger“ einteilen.

Was „Konkurrentenschutz“ genau ist, lässt sich nur bedingt definieren und kann an dieser Stelle nicht umfassend behandelt werden.¹ Der Konkurrentenschutz umfasst als dogmatische Kategorie die juristischen Wertungen und Regeln, die sachgerecht sind, wenn das Verhalten eines Unternehmens gegenüber dem Konkurrenten auf seine wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit überprüft werden muss. Das Verhältnis von Konkurrenten zueinander hat aufgrund des Wettbewerbs eine spezielle Interessenlage zur Folge. Es verlangt nach Regeln, die auf solche „Interessen von Mitbewerbern“² zugeschnitten sind. Deshalb muss der Konkurrentenschutz auch vom Verbraucherschutz und den Schutzinteressen sonstiger Marktteilnehmer unterschieden werden. Diese beiden Schutzzwecke sind auf andere Interessenlagen zugeschnitten und stellen daher abweichende Anforderungen.

Wichtig ist hier vor allem die Feststellung, dass unlautere Konkurrenzmethoden und unlautere Geschäftsmethoden bzw. der Schutz von Mitbewerbern und der von sonstigen unternehmerischen Marktteilnehmern nicht in denselben Topf geworfen werden dürfen.³ Unter Konkurrenten sind unlautere Geschäftspraktiken nämlich

¹ Ich verspreche Abhilfe in der Neuauflage meines „Unlauteren Wettbewerbs“. Sie wird voraussichtlich 2010 erscheinen und die Schutzzwecke sowie den Konkurrentenschutz in den §§ 11, 19 ff. behandeln.

² § 3 Abs. 1 UWG.

³ „Unfair trade methods are not per se unfair methods of competition“, *Sutherland J.*, in: *FTC v. Raladam*, 283 U.S. (1931), 643 (649).

besonders verlockend und entsprechende Schädigungen besonders wahrscheinlich und gefährlich. Das Konkurrenzverhältnis ist gerade dadurch charakterisiert, dass jeder Käufer, Lieferant und Geschäftspartner, der dem Mitbewerber abspenstig gemacht wird, potenziell ein eigener Neukunde ist. Jede Beeinträchtigung des Konkurrenten, jedes Verunglimpfen des Mitbewerbers kann sich direkt zum eigenen Vorteil auswirken. Umgekehrt trifft die Schädigung durch den Mitbewerber das Unternehmen doppelt, wenn die selbst erlittene geschäftliche Einbuße mit einem direkten Zugewinn seitens des Konkurrenten verbunden ist. Das verschafft dem Unternehmen einen starken ökonomischen „Anreiz“ zur Schädigung seines Mitbewerbers. Ein solcher Schädigungsanreiz fehlt dagegen völlig, wenn das Unternehmen gegenüber „Nichtkonkurrenten“, also etwa gegenüber unternehmerischen Lieferanten oder Abnehmern tätig wird. Wer beispielsweise seinen unternehmerischen Abnehmer verunglimpft und „vergrault“, gewinnt dadurch keinen neuen Kunden, sondern verliert einen und schneidet sich tendenziell „ins eigene Fleisch“.

Die Zulässigkeit von Handlungen gegenüber Mitbewerbern beurteilt sich nach den im Einzelfall betroffenen Schutzinteressen des Konkurrenten und der Schwere ihrer Beeinträchtigung. Zugleich kommt es maßgeblich darauf an, welche geschäftlichen Risiken die Maßnahme für den Handelnden mit sich bringt und in welchem Maß sich der Mitbewerber seinerseits durch wettbewerbliche Maßnahmen wehren kann. Ein unzulässiges Behindern ist umso eher anzunehmen, je weniger sich der Handelnde durch sein Verhalten selbst geschäftlichen Risiken aussetzt und je stärker dem betroffenen Mitbewerber die Möglichkeit genommen wird, sich durch geschäftlichen Wettbewerb zu wehren. So erklärt sich, warum zum Beispiel eine klassische Preisunterbietung unproblematischerweise zulässig ist. Wenn der Unternehmer den Mitbewerber preislich unterbietet und damit attackiert, geht er erhebliche Risiken ein. Zugleich ist es dem Mitbewerber ohne Weiteres möglich, sich gegen einen solchen Angriff mit wettbewerblichen Mitteln zu wehren und sozusagen mit gleicher Münze „zurückzuzahlen“. Solche Konstellationen sind gerade die Ausprägung eines funktionierenden Wettbewerbs. Das Wettbewerbsrecht ist dagegen in höchstem Maße gefordert, wenn der Unternehmer Mittel wählt, die für ihn keine geschäftlichen Risiken bringen, den Mitbewerber aber gleichwohl empfindlich treffen können. Ebenso gibt es Angriffe, gegen die sich der attackierte Mitbewerber nicht durch wettbewerbliche Reaktionen wehren kann. Ein drastischer Anwendungsfall sind öffentliche Äußerungen, die die Kreditwürdigkeit des Mitbewerbers in Zweifel ziehen. Da Kreditgeber typischerweise prophylaktisch reagieren und sich im Zweifel auf die „sichere Seite“ begeben, können solche Äußerungen im Extremfall selbst die finanzielle Schiefelage herbeiführen, vor der sie öffentlich warnen. Der Äußernde geht in einem solchen Fall keine geschäftlichen Risiken ein und wird voraussichtlich neue Kunden gewinnen, die sich aus Gründen der Vorsicht vom Mitbewerber abwenden. Zugleich ist es dem Mitbewerber nicht möglich, sich gegenüber diesem öffentlichen Angriff durch geschäftliche Initiativen zu wehren. Insbesondere sind öffentliche Beteuerungen von Unternehmen, finanziell gesund zu sein, häufig kontraproduktiv. Derartige öffentliche Debatten schaden dem angegriffenen Unternehmen und verschaffen ihm keine Möglichkeit,

die Unrichtigkeit der gemachten Anschuldigungen zu beweisen. Das Wettbewerbsrecht misst solche Handlungen daher an besonders scharfen Maßstäben. Es verbietet Anschwärmungen bereits dann, wenn der Äußernde die Richtigkeit seiner Äußerungen nicht beweisen kann.⁴

II. „Europäisches Lauterkeitsrecht“

Ob es ein europäisches Recht gegen den unlauteren Wettbewerb gibt, ist eine Frage der Definition. Das Gemeinschaftsrecht kennt – anders als im Kartell- und im Markenrecht – keine genuin wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, die parallel oder alternativ zu den nationalen Regeln gelten und beispielsweise auf grenzüberschreitende Wettbewerbshandlungen oder auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten anwendbar sind. Das Gemeinschaftsrecht hat keine geschlossene Gesamtkonzeption für das Wettbewerbsrecht und auch nicht für den Bereich des Konkurrentenschutzes.

III. „Mehr oder weniger“

Die Wendung „Mehr oder weniger“ ist vieldeutig und wird dadurch der allgemeinen Problematik der Tagung in höchstem Maße gerecht. In Bezug auf den Konkurrentenschutz ist es in meinen Augen nicht sinnvoll, über zu schaffende Einzelnormen oder sogar über ein gemeinschaftsrechtliches Gegenstück zum allgemeinen Behinderungsverbot⁵ nachzudenken. Die Gemeinschaft verfügt für diesen Bereich nicht über die speziellen Angleichungs- und Rechtsetzungskompetenzen, die ihr für den Verbraucherschutz zustehen.⁶ Auch ist ein Bedürfnis nach Rechtsangleichung speziell für den Bereich des Konkurrentenschutzes in meinen Augen nicht erkennbar.⁷ Tatbestände wie das Anschwärzen, das Verunglimpfen oder der Geheimnisverrat sind auf europäischer Ebene bislang kaum relevant geworden. Sie werden von den nationalen Wettbewerbs- oder Deliktsrechten offenbar ausreichend erfasst und bekämpft.

Im Weiteren soll es primär um solche Regeln des Gemeinschaftsrechts gehen, die eine gewisse Breitenwirkung für den wettbewerbsrechtlichen Schutz von Konkurrenteninteressen entfaltet haben. Die Bestimmungen der einzelnen Richtlinien stehen dagegen im Hintergrund, weil sie sich tendenziell auf kasuistische Detailregeln beschränken und nicht sachgerecht auf allgemeine Aussagen hochgerechnet werden können.

⁴ § 4 Nr. 8 UWG.

⁵ § 4 Nr. 10 UWG.

⁶ Art. 153 EG.

⁷ Zurückhaltend auch *Hucke*, Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa, 2001, S. 407 ff.

IV. „Durch“

Die Formulierung des Themas meint Veränderungen des nationalen Wettbewerbsrechts „durch“ das Gemeinschaftsrecht und bezieht sich damit auf juristische Kausalitäten. Hier ist zu unterscheiden: In manchen Bereichen macht das Gemeinschaftsrecht rechtlich bindende Vorgaben dafür, in welchem Maße die nationalen Rechtsordnungen wettbewerbliche Interessen von Konkurrenten schützen können oder müssen. Das Gemeinschaftsrecht hat aber auch darüber hinaus Einfluss genommen und sich sozusagen mittelbar ausgewirkt. Dieser Beitrag wird auch solche Bereiche mit einbeziehen.

B. Denken in Konkurrenteninteressen

Der vielleicht wichtigste Beitrag des Gemeinschaftsrechts zum wettbewerbsrechtlichen Konkurrentenschutz ist gleichermaßen versteckt und verblüffend. Er liegt in der Etablierung des Verbraucherschutzes, also der juristischen „Komplementärkategorie“ zum Konkurrentenschutz. Das Gemeinschaftsrecht unterscheidet zwischen Verbraucherschutz und Konkurrentenschutz. Die Trennung drückt sich besonders prominent in den Richtlinien 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken und 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung aus, geht aber ursprünglich auf die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit zurück. Nach dem *Cassis de Dijon*-Erlaubnistatbestand können handelshemmende Maßnahmen unter anderem gerechtfertigt sein, wenn sich aus der Lauterkeit des Handelsverkehrs oder aus dem Verbraucherschutz entsprechende Gründe ergeben.⁸ Die Formulierungen von *Cassis de Dijon* begreifen die Lauterkeit des Handelsverkehrs und den Verbraucherschutz als unterschiedliche Kategorien. Die Lauterkeit des Handelsverkehrs lässt sich auf wettbewerbsrechtliche Vorschriften beziehen, die sich aus anderen als Verbraucherinteressen erklären, insbesondere also auf konkurrentenschützende Regeln. Der EuGH begreift den Verbraucherschutz als eigenständige Kategorie, die er etwaigen Konkurrenteninteressen entgegensetzt⁹ und für die er zahlreiche Regeln entwickelt hat. Insbesondere verfolgt das Gericht das Konzept eines Schutzes der Verbraucher durch Information.¹⁰

Die Etablierung des Verbraucherschutzzwecks hat die nationalen Rechtsordnungen dazu gezwungen, erstmalig präzise darüber nachzudenken, was sie unter Konkurrentenschutz überhaupt verstehen, welchen Inhalt der Konkurrentenschutz hat und welches Gewicht ihm gegenüber wettbewerblichen Verbraucherinteressen zukommt. Das deutsche Wettbewerbsrecht hatte den Verbraucherschutz bekanntlich bis in die jüngere Vergangenheit als eigenständigen Schutzzweck abgelehnt.¹¹ Im Rahmen des UWG arbeitete man allein mit Formeln wie dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ und beschränkte sich auf den Konkurrentenschutz als einzigen Schutzzweck. Einzelheiten dieses Schutzzwecks wurden nur

⁸ *EuGH Slg.* 1979, 649 ff., Rn. 8 – *Cassis de Dijon*.

⁹ *EuGH Slg.* 1985, 3721 ff., Rn. 24 ff. – *Miro*.

¹⁰ Z.B. *EuGH Slg.* 1995 I, 3599 ff., Rn. 34 – *Kommission/Deutschland*.

¹¹ *RG GRUR* 1911, 276 – *Firmenrecht*; *BGH GRUR* 1963, 36 (39) – *Fichtennadelextrakt*.

selten thematisiert¹² und blieben weitgehend im Dunkeln. Man griff auf Konkurrenteninteressen meist nur als eine Art Allheilmittel zurück, wenn man Begründungsformulierungen brauchte. Wer danach fragte, welche Schutzinteressen von Mitbewerbern wettbewerbsrechtlich relevant sind und welches Gewicht sie gegenüber anderen Interessen haben, bekam als Antwort den lapidaren Verweis auf die gängigen Fallgruppen, obwohl diese bereits in früherer Zeit und unabhängig von dem Schutzzweckdenken entstanden waren.¹³ Wer dagegen in unterschiedlichen wettbewerblichen Interessen und Schutzzwecken denkt, muss diese Interessen und Schutzzwecke definieren, bewerten und im Verhältnis zueinander gewichten. Ein solches Recht ist gezwungen, seine Wertungen offenzulegen und „Farbe zu bekennen“. Der schlichte Verweis auf Fallgruppen reicht dann nicht aus, weil Fallgruppen keine Wertungen ersetzen. Dasselbe gilt für den Rückgriff auf die „Anschauung des ehrbaren Kaufmannes im Handelsverkehr“.¹⁴ Er erklärt weder, warum diese Anschauungen ein sachgerechter Maßstab für die Beurteilung wettbewerblicher Fälle sein sollen, noch gibt er Auskunft darüber, welche Konkurrenteninteressen relevant sind, woraus sie sich rechtfertigen und welches Gewicht sie haben.

Ein Beispiel für die eben skizzierten Zusammenhänge ist die vergleichende Werbung. Das RG sah sie mit pauschalen Begründungen als wettbewerbswidrig an. Der Werbende maße sich durch den Werbevergleich ein „Richteramt in eigener Sache“ an, das ihm im Rahmen eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs nicht zustehe.¹⁵ Die Mitbewerber brauchten es sich „nicht gefallen zu lassen, in den fremden Anpreisungen als Mittel zur Erhöhung der eigenen Leistungsfähigkeit des Anpreisenden verwendet zu werden“.¹⁶ Diese Linie war schon nach den Vorgaben des damaligen UWG angreifbar, hat aber die weitere Rechtsprechung über mehr als ein halbes Jahrhundert lang geprägt. Die von ihr allenfalls in Ansätzen bemühten Konkurrenteninteressen wurden nicht näher begründet. Sie liefen weitgehend darauf hinaus, die Mitbewerber schlicht vor Wettbewerb zu schützen, was nicht sein darf.

Diese frühere Judikatur klammerte das Interesse der Verbraucher an Information komplett aus. Für den Verbraucher kann vergleichende Werbung unter Umständen die wichtigsten Kaufinformationen überhaupt liefern.¹⁷ Der Konsument muss sich doch in aller Regel zwischen konkurrierenden Angeboten entscheiden und ist gerade an vergleichenden Angaben interessiert. Die Richtlinie 97/55/EG über vergleichende Werbung bereitete dieser Linie zum früheren UWG ein Ende. Die Berücksichtigung von Informationsinteressen der Verbraucher lässt die Argumente

¹² *Becher*, Wettbewerbsrecht, 1. Aufl., 1928, Vorb. 8 vor § 1 UWG; *Baumbach*, Wettbewerbsrecht, 1929, S. 128 f.

¹³ *Beater*, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, 2000, S. 8 ff, 16 ff.

¹⁴ RGZ 48, 114 (125) – *Dampfschiffsgesellschaft*, zu § 826 BGB; ähnlich *RG MuW XXIII*, 91 (93) – *Verein der Baumwollspediteure*, „allgemein bestehende Sittenanschauungen“.

¹⁵ *RG GRUR* 1931, 1299 (1301) – *Hellegold*.

¹⁶ *RG*, a.a.O. (Fn. 15).

¹⁷ „... die Vorteile der verschiedenen vergleichbaren Erzeugnisse objektiv herauszustellen. Vergleichende Werbung kann ferner den Wettbewerb zwischen den Anbietern von Waren und Dienstleistungen im Interesse der Verbraucher fördern“, *Erw. 2 zu RL 97/55/EG über vergleichende Werbung*.

des RG in sich zusammenfallen und macht deutlich, auf welcher dünnen dogmatischen Basis im Wettbewerbsrecht früher gearbeitet wurde. Die Überlegungen vom „Richteramt in eigener Sache“ und von der Unzumutbarkeit der vergleichenden Werbung für die Mitbewerber wirken im Nachhinein wie Scheinformeln, die über bloße Behauptungen nicht hinausgekommen sind.

Indem der europäische Richtliniengeber vergleichende Werbung im Interesse der Verbraucher grundsätzlich erlaubt, zwingt er im gleichen Atemzug dazu, mögliche Konkurrenteninteressen, die im Einzelfall zur Unzulässigkeit der Werbung führen können, exakt zu definieren. Die Antwort der RL 97/55/EG darauf ist eindeutig. Sie hält vergleichende Werbung für unzulässig, wenn diese gegen legitime Zurechnungsinteressen des Mitbewerbers verstößt, also zu Verwechslungen führt, herabsetzend oder verunglimpfend ist oder den geschäftlichen Ruf des Konkurrenten in unlauterer Weise ausnutzt. An die Stelle der diffusen Kriterien des RG sind inhaltlich definierte juristische Kategorien getreten, die wettbewerblichen Schutzinteressen von Konkurrenten Rechnung tragen. Das ist ein Fortschritt, der in entscheidender Weise auf das Gemeinschaftsrecht zurückgeht.

C. Gemeinschaftsrechtliche Regeln zum Konkurrentenschutz

I. Grundsatz: Zurückhaltung des Gemeinschaftsrechts

Das Gemeinschaftsrecht ist von einem Denken in Verbraucherschutzinteressen dominiert.¹⁸ Die anderen wettbewerblichen Schutzrichtungen klammert es tendenziell aus. Konkurrenteninteressen werden meist nur als Annex zu den Verbraucherinteressen oder im Zusammenhang mit allgemeinen Ausführungen zum Wettbewerb und zum Binnenmarkt angesprochen. Konstellationen, die sowohl Verbraucher- als auch Konkurrenteninteressen betreffen, betrachten der europäische Normgeber und der EuGH bevorzugt durch die verbraucherschutzrechtliche Brille. Sie vermeiden es nach Möglichkeit, Konkurrenteninteressen zu formulieren und zu einer handhabbaren juristischen Abwägungsgröße zu entwickeln.

Die gemeinschaftsrechtliche Dominanz des Verbraucherschutzgedankens erklärt sich in der Sache daraus, dass Bedürfnisse nach einem europaweiten Einheitsrecht vor allem für den Bereich der wettbewerblichen Kollektivinteressen und damit typischerweise im Zusammenhang mit dem Verbraucherschutz bestehen. Weiterhin stehen der Gemeinschaft für den Verbraucherschutz spezielle Kompetenzen zu, die sie für den Bereich des übrigen Wettbewerbsrechts nicht in gleicher Form hat. Schließlich ist das Gemeinschaftsrecht als junges Recht auch nicht wie die nationalen Rechtsordnungen durch rechtshistorische Wurzeln geprägt, aufgrund deren sich das Wettbewerbsrecht zunächst als Konkurrentendeliktsrecht gebildet hat.¹⁹

¹⁸ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 8 Rn. 44; differenzierend *Micklitz*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2006, EG D Rn. 92, 94.

¹⁹ *Handler*, Iowa Law Review Vol. 21 (1936), 175 (179 ff).

Der EuGH verzichtet im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit weitgehend auf eigene Bewertungen zum Konkurrentenschutz. Das Gericht hat insbesondere davon abgesehen, eigene inhaltliche Maßstäbe zum Mitbewerberschutz zu entwickeln, wie es dies in Bezug auf den Verbraucherschutz getan hat. Außerdem sind die Richter vergleichsweise schnell bereit gewesen, entsprechende nationale Schutzregeln hinzunehmen.²⁰ Handelshemmnisse, die – einer möglichen wettbewerbsrechtlichen Einbettung zum Trotz – „industriepolitisch“ motiviert sind²¹ oder deutlich an solche Motive denken lassen, akzeptiert das Gericht aber in keinem Fall, weil sie die nationalen Märkte gegeneinander abschotten würden. Das Recht eines Mitgliedstaats darf nicht dazu dienen, zum Beispiel „die gegebenen Verbrauchsgewohnheiten zu zementieren, um einer mit deren Befriedigung befassten inländischen Industrie einen erworbenen Vorteil zu bewahren“.²²

II. Offenhalten von Märkten

Von der eben beschriebenen Zurückhaltung des Gemeinschaftsrechts gibt es eine zentrale Ausnahme. Sie betrifft das Interesse an der Offenhaltung von Märkten bzw. das Interesse eines jeden Unternehmens daran, nach eigener Entscheidung einen bestimmten Markt betreten zu können oder nicht. Im nationalen Wettbewerbsrecht ist dieses Interesse ein Eckpfeiler des Konkurrentenschutzes.²³ Es ist namentlich bei Behinderungspraktiken berührt, die auf das Stören der fremden Geschäftstätigkeit gerichtet sind und dem Mitbewerber reguläre wettbewerbliche Möglichkeiten abschneiden. Solche Handlungen bewirken, „dass der beeinträchtigte Mitbewerber seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann“.²⁴ Häufig werden dem Mitbewerber in solchen Fällen wichtige Informations- und Kommunikationsmöglichkeiten genommen, zum Beispiel durch Domain- und Markengrabbings²⁵ oder indem der „Kontakt nach außen“²⁶ gestört wird. Im Extremfall sperrt der Unternehmer den Konkurrenten vom Zugang zum Markt bzw. zum Kunden aus, indem er die Telefon- und Internetverbindungen des Mitbewerbers kappt und dessen Ladentür zumauert.

1. Warenverkehrsfreiheit

Das Gemeinschaftsrecht erfasst ein solches wettbewerbliches Interesse im Rahmen seiner Regelungen über den Schutz des Binnenmarktes. Es schützt das Interesse der ausländischen Mitbewerber an der Freiheit des Zugangs zu inländischen

²⁰ Z.B. *EuGH Slg.* 1982, 707 ff., Rn. 9, 11 – *Industrie Diensten Groep/Beele*.

²¹ *EuGH Slg.* 1988, 4285 ff. – *Strafverfahren gegen Zoni*, (Schutz des Anbaus von Hartweizen in den Gegenden des Mezzogiorno); *EuGH Slg.* 1987, 4789 ff. – *BNIC/Aubert*, zum Kartellrecht (Schutz einer französischen Weinbauregion).

²² *EuGH Slg.* 1980, 417 ff., Rn. 14 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*; *EuGH Slg.* 1987, 1227 ff. Rn. 32 – *Kommission/Deutschland*.

²³ *Beater*, a.a.O. (Fn. 18), § 19 Rn. 1 ff.

²⁴ *BGH GRUR* 2002, 902 (905) – *Vanity-Nummer*.

²⁵ *BGH GRUR* 2000, 1032 (1034) mwN. – *EQUI 2000*; *OGH wbl* 2002, 40 (42) – *Silberpfeil*.

²⁶ *BGHZ* 62, 361 (366).

Märkten.²⁷ Der Binnenmarkt soll ermöglichen, dass jeder Anbieter europaweit tätig werden kann und jeder Nachfrager Zugriff auf die nach Herkunftsstaaten unterschiedlichen Leistungen hat.²⁸ Das Funktionieren des Binnenmarkts wird entscheidend berührt, wenn eine Maßnahme geeignet ist, der Durchdringung der nationalen Märkte entgegenzuwirken und ausländische Unternehmen zu behindern. Das Gemeinschaftsrecht stellt zur Sicherung dieses Schutzinteresses strikte Verhältnismäßigkeitsanforderungen auf. Danach darf eine nationale Rechtsordnung Praktiken, die Missbrauchsgefahren mit sich bringen, nicht als solche verbieten, sondern muss sich auf das Bekämpfen des Missbrauchs beschränken.²⁹ Die so genannten abstrakten Gefährdungstatbestände des früheren deutschen Wettbewerbsrechts³⁰ sind letztlich aus solchen Gründen vom Gesetzgeber abgeschafft worden.

2. Rechtsbruch

Die vorgestellten gemeinschaftsrechtlichen Maßstäbe haben eine unmittelbare Bedeutung für den wettbewerbsrechtlichen Rechtsbruchtatbestand. Gemeinschaftsrechtliche Vorschriften zur Errichtung und Funktionssicherung des Binnenmarktes³¹ und die etwaigen nationalen Umsetzungsnormen schützen den Binnenmarkt vor Verfälschungen des Wettbewerbs.³² Sie wirken nationalen Standards entgegen, die miteinander konkurrierende Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich belasten.³³ Das Schaffen europaweit einheitlicher Anforderungen dient dazu, die Zutrittsmöglichkeit zu den ausländischen Absatzgebieten zu gewährleisten und dem Mitbewerber die Teilnahme am Wettbewerb zu ermöglichen. Die einschlägigen Vorschriften sichern damit ein wettbewerbles Konkurrenteninteresse und fallen unter § 4 Nr. 11 UWG.

Der EuGH hat im Zusammenhang mit der Rechtsbruchproblematik auch zu Fragen der wettbewerbsrechtlichen Sanktionierung Stellung genommen. Diese Rechtsprechung wirkt aus Sicht des deutschen Wettbewerbsrechts unspektakulär, weil das deutsche Recht seit jeher entsprechende zivilrechtliche Anspruchsmöglichkeiten kennt.³⁴ Für andere Rechtsordnungen ist dies zum Teil anders. Die Muñoz und Superior Fruiticola-Entscheidung betraf gemeinschaftsrechtliche Normen,³⁵ die

²⁷ Statt vieler *Leible*, in: Münchener Kommentar zum UWG (Fn. 18), EG A Rn. 68.

²⁸ *Steindorff*, ZHR 158 (1994), 149 (163) mwN.; ähnlich *Arndt*, ZIP 1994, 188 (190 f.); *T. Ackermann*, RIW 1994, 189 (193).

²⁹ Z.B. *EuGH Slg.* 1999 I, 431 ff., Rn. 33, 35 – *Unilever*; *EuGH Slg.* 2003 I, 1065 ff., Rn. 37 – *Sterbenz und Haug*; *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze, 6. Aufl. 2003, Art. 28 EG Rn. 231 ff.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, 3. Aufl. 2007, Art. 28 – 30 EG Rn. 93; *Heermann*, in: Münchener Kommentar zum UWG (Fn. 18), EG B Art. 28 EG Rn. 83 ff. jeweils m.w.N.

³⁰ §§ 6a ff., 7 UWG 1909. Zu § 6e UWG 1909 siehe *EuGH Slg.* 1993 I, 2361 ff. – *Yves Rocher*; BT-Drucks. 12/7345, S. 1, 8.

³¹ Art. 95 Abs. 1 S. 2 EG.

³² Art. 3 Abs. 1 lit. g EG.

³³ *EuGH Slg.* 1991 I, 2867 ff., Rn. 15 – *Kommission/Rat*.

³⁴ §§ 8 Abs. 1, 9 S. 1 UWG.

³⁵ Siehe insbesondere VO EG 2200/96 des Rates vom 28.10.1996 über die gemeinsame Marktorganisation für Obst und Gemüse, ABl. EG L 297/1.

bestimmte Erzeugnisse, die frisch an den Verbraucher abgegeben werden sollen, in Qualitätsklassen einstufen. Ein britischer Anbieter vertrieb in Großbritannien Trauben unter Bezeichnungen, die gegen die Vorgaben der gemeinschaftsrechtlichen Normen verstießen. Dagegen klagte ein Konkurrent, der ebenfalls Trauben anbaute und in Großbritannien vertrieb. Die Chancery Division des britischen High Court lehnte die zivilrechtliche Klage jedoch ab,³⁶ da die verletzten Vorschriften dem Kläger keinen zivilrechtlichen Anspruch verliehen. Der anschließend mit der Sache befasste Court of Appeal setzte das Verfahren aus und rief den EuGH an. Die europäischen Richter stellten insbesondere auf den Zweck der betreffenden gemeinschaftsrechtlichen Norm ab. Die Regelung diene dazu, „lauteren Handel und Markttransparenz sicherzustellen“ und Erzeugnisse von unzureichender Qualität vom Markt fernzuhalten.³⁷ Im Ergebnis nahm der EuGH an, dass der Verstoß gegen eine konkurrentenschützende Verordnung der Gemeinschaft direkte zivilrechtliche Klagemöglichkeiten eröffnet.³⁸

3. Mittelbar beeinflusster Bereich

Der juristisch bindende Einfluss des Gemeinschaftsrechts beschränkt sich auf Fälle, die entweder durch gemeinschaftsrechtliche Sekundärnormen geregelt sind oder die einen Auslandsbezug haben und unter die Warenverkehrs- oder die Dienstleistungsfreiheit fallen. Das Gemeinschaftsrecht hat aber eine Bedeutung erlangt, die darüber noch hinausgeht. Es hat ein Umdenken ausgelöst und den wettbewerbsrechtlichen Konkurrentenschutz auch auf diese Weise verändert. Wenn eine nationale Rechtsordnung nach einheitlichen juristischen Wertungen strebt, dann wird sie langfristig dazu tendieren, auch ihre sonstigen Regelungen auf die Inhalte und Maßstäbe des Gemeinschaftsrechts abzustimmen. Es ist keine kühne These, den Wandel im deutschen Wettbewerbsrecht maßgeblich auf das Gemeinschaftsrecht zurückführen. Der BGH hat seine Judikatur bekanntlich erheblich liberalisiert. Das Gericht beschränkte sich zunächst auf das Ändern solcher wettbewerbsrechtlicher Anforderungen, die verdächtig waren, den deutschen Markt abzuschotten bzw. auf eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinauszulaufen.³⁹ Später fand es immer stärker den Mut, in absehbaren Schritten zu maßvollen Absenkungen früherer Anforderungen an lauterer Wettbewerbsverhalten zu gelangen.⁴⁰

Wenn das Wettbewerbsrecht ein allgemeines Interesse an der Marktzugangsfreiheit akzeptiert und sichert, dann wendet es sich von dem Verbotsniveau des früheren deutschen Wettbewerbsrechts ab. Deutlich wird dies beispielsweise an der „20 Minuten Köln“-Entscheidung des BGH. Sie hat keinen direkten gemeinschaftsrechtlichen Bezug, basiert aber auf derselben Schutzzweckphilosophie. Im

³⁶ Antonio Muñoz y Cia SA v. Frumar Ltd, [1999] f.S.R. 872 ff.

³⁷ Erwägungsgrund 3 zu VO EG 2200/96.

³⁸ EuGH Slg. 2002 I, 7289 ff., Rn. 30 – *Muñoz und Superior Fruticola*; dazu *Beater*, in: Festschrift Schrickler, 2005, S. 629 ff.

³⁹ Z.B. BGH GRUR 1992, 525 ff. – *Professorenbezeichnung in der Arztwerbung II*.

⁴⁰ So der damalige Ratschlag des früheren Senatsmitglieds *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Unterlassung – Beseitigung – Schadensersatz, 1997, § 21 Rn. 21 ff.

Streitfall ging es um den kostenlosen Vertrieb einer Tageszeitung mit redaktionellem Schwerpunkt. Die frühere Judikatur⁴¹ hatte solche Praktiken als wettbewerbswidrig angesehen. Der BGH brach mit dieser Linie. Er beruft sich dafür maßgeblich auf die Überlegung, dass die Pressemärkte typischerweise durch extrem hohe Marktzutrittsschranken und vielfach durch Monopolstellungen gekennzeichnet seien. Neu hinzutretende Wettbewerber könnten auf solchen Märkten nur schwer Fuß fassen und ihnen bliebe dafür kaum eine andere Wahl als die der ausschließlich anzeigenfinanzierten Tageszeitung.⁴² Man würde die Dinge auf den Kopf stellen, wenn man diesen aufkeimenden Wettbewerb mit Hilfe des Wettbewerbsrechts verbieten und sich zur Rechtfertigung auf den Schutz des Wettbewerbs berufen würde.

III. Sonstiges, Richtlinien

Das Sekundärrecht kennt einzelne konkurrentenschützende Regelungen, insbesondere die Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung. Der europäische Normgeber hält sich aber im Übrigen – aus den bereits angeführten Gründen – stark mit der Schaffung von konkurrentenschützenden Vorschriften zurück. Er schafft zumeist keine allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Regeln, sondern lediglich Bestimmungen mit eng umrissenen Anwendungsbereichen. Dadurch vermeidet er, dass die Gerichte wettbewerbsrechtlich relevante Interessen als solche definieren müssen und auf diese Weise ein „allgemeines“ Wettbewerbsrecht entwickeln. Wenn sich Vorschriften nämlich auf spezielle Branchen oder Einzelkonstellationen beschränken, dann kann bereits der Normgeber in gewissem Umfang zwischen Verbraucher- und Konkurrenteninteressen gewichten und so eine weitere Abwägung bzw. Bestimmung von Konkurrenteninteressen entbehrlich machen. Es erscheint beispielsweise denkbar, dass sich das Gewicht unternehmerischer Geheimhaltungsinteressen für den Bereich von Humanarzneimitteln oder Tabakerzeugnissen sachgerecht in typisierten Regelungen festlegen lässt. Dagegen wäre eine abstrakte Gewichtung, die Informations- und Geheimhaltungsinteressen schlechthin für den gesamten Wettbewerb und ohne Blick auf die weiteren Umstände bewertet, nicht akzeptabel. Genauso wie das Informationsinteresse der Verbraucher nach Produktart, Produktgefahr und Marktverhältnissen unterschiedlich sein kann, lässt sich auch das Gewicht unternehmerischer Geheimhaltungsinteressen nicht als solches, sondern nur mit Blick auf die konkret betroffenen Umstände bestimmen.

Die bereits angesprochene Richtlinie 2006/114/EG betrifft einzelne Schutzinteressen des Konkurrenten im Hinblick auf die richtige Zurechnung im Geschäftsverkehr. Sie sichert im Zusammenhang mit vergleichender Werbung namentlich vor Herabsetzungen und Verunglimpfungen, vor der Ausbeutung oder Beeinträchtigung geschäftlicher Wertschätzung und vor Verwechslungen.⁴³ Die Regelung

⁴¹ BGH GRUR 1996, 778 (779 f.) – *Stumme Verkäufer*.

⁴² BGHZ 157, 55 (65) m.w.N. – *20 Minuten Köln*; dazu Köhler, LMK 2004, 163 f.; von Wallenberg, K&R 2004, 328 ff.; Lahusen, GRUR 2005, 221 ff.; Schulte-Nölke/Haxwell, EWIR 2004, 1053 f.

⁴³ Art. 4 lit. d, f, h RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung.

knüpft zum Teil an Normen des europäischen Markenrechts an.⁴⁴ Ihre Existenz erklärt sich nicht aus einem singulären Anflug gesetzgeberischer Regelungsfreude und sie darf schon gar nicht als Auftakt für weitere Regelungen zum Schutz von Mitbewerberinteressen missverstanden werden. Die Notwendigkeit dieser Bestimmungen ist eine schlichte Folge daraus, dass die EG den Verbrauchern ein Informationsinteresse an vergleichender Werbung zuerkennt und deshalb darüber Rechenschaft ablegen muss, in welchen Fällen die vergleichende Werbung gegen berechnigte Konkurrenteninteressen verstößt.

Die Richtlinie beschränkt sich – soweit es um die angesprochenen Mitbewerberinteressen geht – auf den speziellen Fall der vergleichenden Werbung. Man sollte ihre Regelungen daher nicht dogmatisch hochrechnen und zu allgemeinen Aussagen über den Konkurrentenschutz überformen. Es ist freilich nicht zu verkennen, dass der europäische Normgeber und der EuGH stark dazu neigen, bei der Schaffung und der Auslegung von neuem Recht auf bereits bestehende gemeinschaftsrechtliche Regeln und Wertungen auch dann zurückzugreifen, wenn diese „eigentlich“ nicht passen.⁴⁵ Für den Bereich der wettbewerblichen Mitbewerberinteressen ist diese Gefahr jedoch gering, weil die Gemeinschaft hier keine konkreten Angleichungsvorhaben verfolgt und auch in Zukunft nicht verfolgen dürfte.

D. Konkurrenten und sonstige unternehmerische Marktteilnehmer

Die Richtlinie 2006/114/EG bezweckt den Schutz von „Gewerbetreibenden“⁴⁶ und unterteilt diese einerseits in „Mitbewerber“⁴⁷ und andererseits in Unternehmen der Marktgegenseite, die Adressaten von geschäftlicher Werbung sind.⁴⁸

Diese Trennung ist wichtig, vom Gemeinschaftsrecht aber bislang nicht mit näheren Inhalten gefüllt worden. Insbesondere ist keine Judikatur des EuGH ersichtlich, die zu den Schutzinteressen der unternehmerischen Marktgegenseite Stellung nimmt. Dies wird voraussichtlich auch so bleiben. Zum einen werden Werbepraktiken, die sich an andere Unternehmen richten, ohnehin nur selten Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Zum anderen normiert die Richtlinie 2006/114/EG in Bezug auf die irreführende Werbung gegenüber Unternehmen lediglich Minimalstandards und setzt den sowieso schon geringen praktischen Bedarf auf diese Weise nochmals herab.

Der EuGH hat allerdings vor kurzem in der „De Landtsheer/CIVC“-Entscheidung zum Begriff des Mitbewerbers Stellung bezogen. Der Streitfall betrifft Fragen der Rufausbeutung. Ein Brauereiunternehmen hatte unter anderem eine Biersorte auf den Markt gebracht, die unter den Bezeichnungen „Malheur Brut Réserve“ und „Champagnerbier“ vertrieben wurde. Damit sollte auf die spezielle Herstellungs-

⁴⁴ Art. 4 Abs. 1 RL 89/104/EWG zur Markenrechtsangleichung.

⁴⁵ *Beater*, a.a.O. (Fn. 18), § 8 Rn. 33 f., 40 f.

⁴⁶ Art. 1, Art. 2 lit. d RL 2006/114/EG.

⁴⁷ Art. 2 lit. b, 4 lit. d, f, h RL 2006/114/EG.

⁴⁸ Art. 2 lit. b RL 2006/114/EG.

methode des Bieres hingewiesen werden, das nach der „Méthode champenoise“ erzeugt worden war. Diverse Champagnerhersteller sahen darin eine unzulässige vergleichende Werbung.

Nach dem Urteil des EuGH hängt das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Werbenden und dem in der Werbeaussage erkennbar gemachten Unternehmen davon ab, welche Waren oder Dienstleistungen die Unternehmen auf dem Markt anbieten.⁴⁹ Die Einstufung von Unternehmen als „Mitbewerber“ basiere auf der Substituierbarkeit der betreffenden Waren oder Dienstleistungen, die sie auf dem Markt anböten. Eine solche Substituierbarkeit könne zu einem gewissen Grad angenommen werden, wenn Waren in etwa gleichen Bedürfnissen dienen könnten. Sie setze voraus, dass zumindest zwischen einem Teil der von den betreffenden Unternehmen angebotenen Produktpaletten ein Wettbewerbsverhältnis bestehe.⁵⁰ Dabei sei nicht nur auf den augenblicklichen Zustand des Marktes abzustellen, sondern auch auf die Verbrauchergewohnheiten und ihre Entwicklungsmöglichkeiten, auf die besonderen Merkmale der beworbenen Ware und auf das Image, das der Werbende seiner Ware geben wolle.⁵¹ Es bleibt abzuwarten, was der EuGH im Einzelnen unter „Substituierbarkeit“ verstehen wird. Dieses Kriterium ist vom Gericht etwas relativiert worden, weil es insoweit eben auch auf die Verbrauchergewohnheiten und das verfolgte Image ankommen soll. In der Sache ist die Entscheidung vor allem von einem Streben nach flexiblen Anforderungen geprägt.

Die Entscheidung hat in meinen Augen aus mehreren Gründen keine allgemeine wettbewerbsrechtliche Bedeutung. Sie ist lediglich auf die vergleichende Werbung gemünzt, betrifft also nur eine spezielle Konstellation und Interessenlage. Mitbewerberinteressen können aber auch in Fällen relevant sein, die anders geartet sind als die vergleichende Werbung. Es ist zum Beispiel an Praktiken zu denken, die nicht zur Einschaltung von Verbrauchern führen und Geheimhaltungsinteressen berühren. Sie werfen andere wettbewerbliche Interessen und Schutzbedürfnisse auf als es Werbevergleiche tun.

Weiterhin erklärt sich die Entscheidung einzig aus dem systematischen Regelanliegen der Richtlinie 2006/114/EG. Der Mitbewerberbegriff hat hier die juristische Funktion, den Anwendungsbereich der Regeln über die vergleichende Werbung sachgerecht festzulegen. Es ist sinnvoll, Fälle bloßer Rufausbeutung aus diesem Anwendungsbereich herauszunehmen. Würde man Rufausbeutungen unter die RL 2006/114/EG fassen, so wären diese wohl immer unzulässig. Die RL bezweckt jedoch gar keine allgemeine Regelung von Rufausbeutungen, noch will sie Rufausbeutungen als solche für unzulässig erklären. Sie soll einzig und allein vergleichende Werbung regeln und damit Informationsinteressen von Verbrauchern Rechnung tragen, die es in bloßen Rufausbeutungsfällen gar nicht in vergleichbarer Weise gibt.

⁴⁹ *EuGH* GRUR 2007, 511, Rn. 27 ff. – *De Landtsheer/CIVC*; dazu *Dreyer*, GRUR 2008, 123 ff.; *Blankenburg*, WRP 2008, 186 ff.; *Sack*, WRP 2008, 1141 ff.

⁵⁰ *EuGH*, a.a.O. (Fn. 49), Rn. 33.

⁵¹ *EuGH*, a.a.O. (Fn. 49), Rn. 42.

Die Entscheidung definiert den Mitbewerberbegriff ferner allein im Zusammenhang mit dem Informationsinteresse der Verbraucher an vergleichenden Werbeaussagen. Der Mitbewerberbegriff muss aber auch durch die Funktion bestimmt werden, die Mitbewerber von sonstigen unternehmerischen Marktteilnehmern abzugrenzen. Dazu sagen das Gemeinschaftsrecht und die – sich zu Recht auf die vergleichende Werbung beschränkende – De Landtsheer/CIVC-Entscheidung nichts.

Man sollte daher gegenüber allen Versuchen, von den Aussagen der Entscheidung auf einen allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Mitbewerberbegriff zu schließen, skeptisch sein.

E. Konkurrenten und Verbraucher

Das Interesse an offenen Märkten und von Unternehmen, nach eigener Entscheidung einen Markt zu betreten oder nicht zu betreten, ist aus Sicht des Gemeinschaftsrechts das wohl stärkste wettbewerblich relevante Interesse. Der EuGH stellt es in aller Regel über sonstige wettbewerbliche Schutzinteressen, namentlich über wettbewerbliche Verbraucherinteressen.

Die Interessen ausländischer Mitbewerber und die Interessen von Verbrauchern weisen beispielsweise in unterschiedliche Richtungen, wenn Konsumenten eine Vorliebe für inländische Produkte haben. Solche Verbrauchergewohnheiten halten ausländische Anbieter vom inländischen Markt fern und wirken dadurch dem Binnenmarktgedanken entgegen. Das Gemeinschaftsrecht akzeptiert derartige Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit grundsätzlich nicht.⁵² Es mutet den Verbrauchern zu, ihre Gewohnheiten zu ändern,⁵³ soweit diese Gewohnheiten Einfuhr und Absatz der in anderen Mitgliedstaaten erzeugten Waren behindern und die gegenseitige wirtschaftliche Durchdringung im Rahmen der Gemeinschaft hemmen.⁵⁴ Die umgekehrte Philosophie,⁵⁵ den Verbraucher in seinen Gewohnheiten auch dann zu schützen, wenn diese Gewohnheiten zur Abschottung nationaler Märkte führen, hat im Gemeinschaftsrecht keinen Platz.

Ein besonders wichtiges Beispiel ist die Philosophie vom Schutz der Verbraucher durch Information. Wenn ausländische Produkte im Inland angeboten werden, dann können sie den inländischen Verbrauchern unbekannt sein und Verwechslungs-, Irreführungs- und sonstige Gefahren mit sich bringen. Würde man dem ausländischen Hersteller aufgeben, den inländischen Rechtsanforderungen und Konsumgewohnheiten zu entsprechen, so würde dies zwar die inländischen

⁵² Z.B. *EuGH* Slg. 2003 I 13145 ff., Rn. 52 – *Kommission/Spanien*.

⁵³ *Leisner*, *EuZW* 1991, 498 (501) mwN. Art. 153 Abs. 1 EG enthält mit Grund gerade keine Verpflichtung auf die Wahrung der „nationalen und regionalen Vielfalt“, wie dies bei Art. 151 Abs. 1 EG der Fall ist. Nach *EuGH* Slg. 1983, 601 ff., Rn. 20 – *Kommission/Italien*, kann sich aus dem Binnenmarktziel der Auftrag ergeben, Verfestigungen von Verbrauchergewohnheiten entgegenzuwirken.

⁵⁴ *EuGH* Slg. 1985, 1201 ff., Rn. 17 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*; *EuGH* Slg. 1981, 1625 ff., Rn. 11 – *Kommission/Irland*.

⁵⁵ *OLG Köln GRUR* 1989, 694 ff. – *Frischgeflügel*.

Verbraucher schützen, aber die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigen. Wenn man dagegen annimmt, dass der Verbraucher bereits durch die Etikettierung bzw. eine entsprechende Information ausreichend geschützt werden kann, dann bleibt es dem ausländischen Hersteller möglich, grenzüberschreitend dieselben Produkte anzubieten, ohne zwischen In- und Ausland trennen zu müssen. Die Philosophie des Verbraucherschutzes durch Information ist eine „binnenmarktkonforme“ Definition von Verbraucherinteressen. Sie vermeidet einen Wertungskonflikt mit dem Ziel der Offenhaltung von Märkten, indem sie bestimmte Verbraucherinteressen als weniger gewichtig einstuft.

Die Rechtsprechung des EuGH hat mögliche Defizite ihrer Verbraucherschutzphilosophie vereinzelt dadurch überspielt, dass sie auf – angebliche – Konkurrenzinteressen ausgewichen ist. Insbesondere hat die Alpine Investments-Entscheidung einen Schutz des Verbrauchers vor unaufgeforderter Telefonwerbung für Wertpapiere akzeptiert. Zur Begründung stellt sie jedoch nicht auf den Schutz des Verbrauchers vor „Überrumpelung“ ab, sondern auf Konkurrentenschutzüberlegungen. Die Aufrechterhaltung des guten Rufs des nationalen Finanzsektors und das ordnungsgemäße Funktionieren der Finanzmärkte seien ein legitimer Beschränkungsgrund, weil sie vom Vertrauen der Kapitalanleger abhängig seien.⁵⁶ Dieses Vertrauen erfordere und legitimiere auch Berufsregelungen, die die Sachkunde und Zuverlässigkeit der Finanzvermittler gewährleisteten. Das Ausweichen der Urteilsbegründung auf den Konkurrentenschutz dürfte damit zusammenhängen, dass sich der EuGH zuvor plakativ zu dem „verständigen Verbraucher“ bekannt hatte. Ein in sich konsequenter Umgang mit Schutzzwecküberlegungen liegt darin nicht.

F. Thesen

- I. Das Gemeinschaftsrecht führt – im Vergleich zur früheren „Philosophie“ im deutschen Wettbewerbsrecht – in der Regel zu einem niedrigeren Verbotsniveau. Es wäre gleichwohl verfehlt, den Einfluss des Gemeinschaftsrechts an einem „Mehr oder Weniger an Konkurrentenschutz“ zu messen. Konkurrentenschutz ist keine Größe, die an eindimensionalen Kriterien wie mehr oder weniger gemessen werden kann.
- II. Konkurrentenschutz betrifft als dogmatische Kategorie die Fragen, welche Interessen, die im Verhältnis eines Unternehmens zu seinen Mitbewerbern bestehen, wettbewerbsrechtlich relevant sind und welches Gewicht diese Interessen gegenüber anderen wettbewerblichen Interessen haben, zum Beispiel gegenüber den Interessen von Konsumenten. Die Fragen beantworten sich nach wettbewerbsfunktionalen Wertungen. Für den Bereich dieser Wertungen hat das Gemeinschaftsrecht wichtige Veränderungen und Entwicklungen herbeigeführt.
- III. Das Gemeinschaftsrecht trägt bereits dadurch maßgeblich zur inhaltlichen Konturierung des Mitbewerberschutzes bei, dass es Verbraucherinteressen defi-

⁵⁶ *EuGH Slg.* 1995 I 1141 ff., Rn. 42, 44 – *Alpine Investments*, zu Art. 49 EG. Dazu *Kort*, *JZ* 1996, 132 (138 f.); *Reich*, *EuZW* 1995, 407 ff.

niert und diese von den Mitbewerberinteressen unterscheidet. Es trennt damit zwischen den verschiedenen Schutzzwecken. Auf diese Weise wird das Wettbewerbsrecht gezwungen, über den genauen Inhalt von Mitbewerberinteressen nachzudenken und Rechenschaft darüber abzulegen. Ein solches Denken in wettbewerblichen Schutzzwecken ist vorteilhaft, weil es der Vielschichtigkeit des Wettbewerbs juristisch besser gerecht wird. Es legt die maßgeblichen juristischen Wertungen offen und liefert deshalb bessere Begründungen dafür, warum geschäftliche Handlungen erlaubt oder verboten sind.

- IV. Das Gemeinschaftsrecht hält sich mit Aussagen zu Inhalten von Konkurrenteninteressen grundsätzlich zurück, füllt den Konkurrentenschutz aber für wichtige Einzelbereiche mit eigenständigen Inhalten. Das zentrale wettbewerbliche Schutzinteresse ist das Interesse an der Offenhaltung des Marktzugangs. Seine Relevanz ergibt sich für das Gemeinschaftsrecht aus dem Binnenmarktziel, das den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital sichern und so dem Unternehmer den Zugang zu den betreffenden Märkten gewährleisten soll. Das Gemeinschaftsrecht enthält darüber hinaus einzelne Regeln, die den Konkurrenten im Zusammenhang mit vergleichender Werbung gegen unrichtige Zurechnungen schützen (Verwechslung, Herabsetzung, Rufausbeutung). Es ist nicht sachgerecht, von diesen Regeln auf allgemeine Aussagen zum Konkurrentenschutz zu schließen.
- V. Das Gemeinschaftsrecht trennt zwischen der Interessenlage, die gegenüber Mitbewerbern besteht, und der Interessenlage gegenüber Unternehmen, die keine Mitbewerber sind. Diese Trennung ist grundlegend. Sie ist aber vom Gemeinschaftsrecht bislang kaum mit Inhalt gefüllt worden und wird voraussichtlich auch in der Zukunft nicht mit Inhalt gefüllt werden. Die bisherigen Aussagen des EuGH zum Mitbewerberbegriff beschränken sich auf die Sonderkonstellation der vergleichenden Werbung. Auch sie sollten nicht zu allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Aussagen hochgerechnet werden.

Diskussion

Wolfgang B. Schünemann

Das häufig also Beispiel für den Konkurrentenschutz genannte „Zumauern der Tür“ betrifft einen so brutalen Behinderungsfall, dass es wohl kaum Diskussionen um die Unzulässigkeit gibt. In China gab es jedoch übrigens einen ähnlich gelagerten Fall: zwei konkurrierende Brauereien; die eine versuchte sich einen Wettbewerbsvorteil dadurch zu verschaffen, dass sie den gesamten Flaschenbestand der anderen zerschlagen ließ. Die Gerichte haben das nicht wettbewerbsrechtlich, sondern rein deliktsrechtlich beurteilt; wäre es nicht konkret um Flaschen gegangen, hätte man wohl den deliktsrechtlichen Anspruch verneint und gar keinen Rechtsschutz gewährt. Die Vorstellung vom Behinderungswettbewerb scheint daher auch

kulturkreisabhängig zu sein. Es bleibt immer die Frage, welche Interessen bei Konkurrentenstreitigkeiten aus der Sicht des Wettbewerbs wirklich schutzwürdig sind.

Axel Beater

Ich schrecke auch davor zurück, das, was in der Richtlinie steht, hochzurechnen. Als verlässliche Aussagen gibt es wohl nur dieses eine Grundinteresse. Im Verbraucherschutzbereich hat die Kommission, wie gestern besprochen, weitreichende Kompetenzen, Art. 153 EG etc.; im Konkurrentenschutzbereich hingegen jedenfalls nicht in vergleichbarer Form.

Ansgar Ohly

Zwei Bemerkungen bzw. Fragen: Erstens bin ich nicht so sicher, ob ich das Lob der Richtlinie über vergleichende Werbung teilen kann. Natürlich hat die Richtlinie eine Liberalisierung bewirkt und ist ein interessantes Beispiel für die Verknüpfung von Verbraucher- und Konkurrenteninteressen. Gleichzeitig hat die Richtlinie aber auch dazu geführt, dass einige Teile des Konkurrentenschutzes in das Gemeinschaftsrecht „hereingeschuggelt“ wurden, über die zuvor noch gar kein Konsens erzielt wurde, z.B. die Rufausbeutung, insbesondere jedoch die beiden unsäglichen Bestimmungen, die „Champagnerklausel“, und die „Imitationswerbung“. Hier wurde etwas geregelt, über das in Europa noch keine Einigung bestand, wodurch die Bestimmungen zur vergleichenden Werbung letztlich relativ restriktiv gefasst wurden, verglichen z.B. mit dem US-Recht, wo lediglich die irreführende vergleichende Werbung untersagt ist. Also ein Beispiel für eine Rechtsangleichung, wie sie gerade nicht geschehen sollte. Der zweite Punkt: Es gibt bei § 4 Nr. 10 UWG große Schwierigkeiten, die Behinderung in irgendeiner Form festzumachen. Das Zumauern des Geschäftslokals gehört sicherlich dazu; aber wo gibt es darüber hinaus überzeugende Kriterien? Ein aktuelles Beispiel sind die sog. Google Adwords, über deren Zulässigkeit soeben der BGH entschieden hat (BGH GRUR 2009, 500 – Beta layout). Ob der Umstand, dass durch sie eine bestimmte Werbung ausgelöst wird, eine Behinderung darstellt oder vielleicht gar eine Rufausbeutung nach § 4 Nr. 10 UWG ist schwer zu fassen. Mir fällt es z.B. schwer zu beurteilen, ob das Google Adwords-System eine Behinderung darstellt, auch wenn ich dies intuitiv verneinen würde. Gibt es vielleicht brauchbarere Kriterien auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene?

Axel Beater

Zur Richtlinie selbst habe ich nicht Stellung nehmen wollen. Zur Behinderung gibt es zwar keine Zauberformel, aber durchaus eine ganze Reihe verlässlicher Hilfskriterien. Wettbewerb birgt immer Chancen und Risiken, entfaltet Anreiz und Bremswirkungen. Sind meine Preise zu hoch, kauft keiner mehr bei mir; ich muss die Preise senken. Bei den Behinderungstatbeständen oder generell bei der Frage des Verhältnisses der Konkurrenten zueinander, können derartige Dinge eine große Rolle spielen. Etwa der Umstand, dass der „Angreifer“ Mittel einsetzt, die ihn selbst keinen geschäftlichen Risiken aussetzen. Wenn ich Preise des Konkurrenten unter-

biete, gehe ich das Risiko ein, dass ich nicht auf meine Kosten komme. Hier braucht man folglich nicht einzugreifen. Anders, wenn sich die Risikoverteilung ändert. Bei der Preisunterbietung kann der Konkurrent z.B. seinerseits die Preise senken oder das Produkt variieren. Aber gegen bestimmte Praktiken kann er sich nicht geschäftlich wehren. Ein Extrembeispiel, auch wenn es jetzt nicht unter § 4 Nr. 10 UWG fällt, ist m.E. die Anschwärzung. Die Behauptung, mein Konkurrent stehe vor der Insolvenz, bringt keine geschäftlichen Risiken für mich. Der Angegriffene kann sich aber dagegen geschäftlich nicht wehren. Nimmt er dazu Stellung, ist es falsch. Reagiert er öffentlich, dann wird die Sache vielleicht noch länger am Kochen gehalten. Hier muss also das Wettbewerbsrecht reagieren. Das Gemeinschaftsrecht liefert hierfür insofern Anhaltspunkte, als die Rechtsprechung des EuGH zum abgestimmten Verhalten i.S.d. Kartellrechts sehr deutlich darauf abstellt, ob wettbewerbssimmanente Risiken ausgeschaltet werden oder nicht (z.B. EuGH Slg. 1972, 823 ff., Rn. 34 – *Geigy/Kommission*). Dieses Kriterium ließe sich allgemein für das Verhältnis von Unternehmen zueinander im Wettbewerb fruchtbar machen.

Jochen Glöckner

Ein eindeutiges Konkurrenteninteresse, über das wir bereits gesprochen haben, ist das Interesse am Schutz vor Ausbeutung. Für Unternehmen stellt sich die große Frage, wie weit man – über die IP-Rechte hinaus – das Lauterkeitsrecht dazu einsetzen kann.

Im Behinderungsbereich teile ich die Einschätzung von Herrn *Ohly*. § 4 Nr. 10 UWG erfasst nur die gezielte Behinderung; womit nicht die Behinderung durch Wettbewerb gemeint ist, sondern etwas anderes. Von ganz eindeutigen Fällen der Absatzbehinderung abgesehen, bleibt problematisch, wie man eine unlautere Behinderung definiert. Hier könnte die Ökonomie helfen, die sich damit beschäftigt, wann Behinderungsmaßnahmen Marktzutrittschranken errichten und die Kosten in einer Weise erhöhen, die gesamtökonomisch ineffizient ist. Es gutes Beispiel liefert die Rechtsprechung zu Koppelungsangeboten. Die Wettbewerbsrechtler haben früher versucht, die Grenzen danach festzusetzen, wie hoch die Prämie oder der Wert des gekoppelten Produkts ist. Die jüngere Rechtsprechung stellt demgegenüber ganz zu Recht im Ergebnis nicht mehr auf die Zugkraft der zugegebenen oder gekoppelten Ware ab, weil ein hoher Wert aus der Perspektive der Verbraucher allenfalls das Geschäft verbessert. Insoweit hat sich, wie Herr *Beater* gerade zu Recht ausgeführt hat, die verbraucherrechtliche Perspektive durchgesetzt. Der spezifisch konkurrentenschützende Gedanke, dass die Auswirkungen umso stärker sind, je höher der Wert der zugegebenen Ware ist, kommt dagegen nicht mehr zum Tragen. Unter ökonomischen Gesichtspunkten ist das m.E. richtig, da durch die Zugabe der Wettbewerb nicht verfälscht wird und keine Kosten der Wettbewerber erhöht werden.

Die letzte Fallgruppe, die auch unter Konkurrentenschutzgesichtspunkten eine Rolle spielt, ist die des Vorsprungs durch Rechtsbruch. Gibt es einen Anspruch der Unternehmen, dass alle Konkurrenten innerhalb eines Rechtsgebiets gleiche Marktbedingungen vorfinden? Es wurde gerade völlig zu Recht auf die EuGH-

Rechtsprechung verwiesen, denn das viel beschworene „level playing field“ betrifft natürlich nicht allein die nationalen Märkte, sondern insgesamt die Wettbewerbssituation, in der sich der einzelne Konkurrent befindet.

Axel Beater

Zum letzten Punkt: Wenn ich Ihren Ansatz richtig verstanden habe, leiten Sie ihn tendenziell aus dem Gemeinschaftsrecht ab; es müsse Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen geben. Ich habe da Bedenken. Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene haben wir den Effekt der Inländerdiskriminierung. Man kann die einschlägige Rechtsprechung des EuGH nicht 1:1 in das deutsche Recht, in dem der Rechtsbruchtatbestand doch in einem anderen Funktionszusammenhang steht, übertragen. Es geht ja letztlich um die Frage, ob wir zusätzlich zu den Rechtsfolgen der verletzten Norm eine Sanktionierung über das UWG brauchen. Ich wäre dagegen; auch der Vorsprungsgedanke hilft nicht weiter, weil wir die Kausalitäten nicht klären können. Als die Rechtsprechung früher noch auf den Vorsprung abstellte, erweckte dies eher den Eindruck eines Scheinkriteriums. Das Postulat von der Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen würde ich in der Sache so nicht unterschreiben wollen. Es gibt diese schönen Fälle der „Mitwohnzentrale“ und der Monopolisierung bestimmter Domains (BGHZ 148, 1, 9 f. – *Mitwohnzentrale.de*). Weisen wir einem Einzigen etwas zu und monopolisieren nur eine Domain oder enthalten wir die Domain allen vor, um Gleichheit zu schaffen? Es kann durchaus sinnvoll sein, einem Einzigen etwas zuzuweisen, denn dann wird den Verbrauchern zumindest ein Vorteil gewährt. Wird allen die Benutzung verboten, dann gibt es z.B. diese einfache Möglichkeit, zu einer Mitwohnmöglichkeit zu kommen, nicht mehr. Wettbewerb kann ungleich sein, und wenn es Chancen gibt, die nur einem Wettbewerber zustehen, dann ist er gut beraten, sie zu nutzen, zum Vorteil aller. Um ein altbekanntes Beispiel zu bringen: Wenn die deutschen Ferienhotelanbieter mit den spanischen konkurrieren, dann haben sie einen großen Wettbewerbsnachteil, den man aber gleichwohl nicht ausgleichen muss. Wer hier mit allgemeinen Gleichheitsüberlegungen ansetzt, wird dem Wettbewerb nicht gerecht.

Jules Stuyck

Ich möchte Herrn *Ohly* in seiner Einschätzung der Richtlinie vergleichende Werbung mit samt ihrer „Parfüm“- und „Champagner“-Klauseln – beipflichten. Zur Frage, wieweit das europäische Recht im Bereich des Konkurrentenschutzes gehen kann, folgende Bemerkung: Wenn wir die Rechtsprechung zum freien Waren- und Dienstleistungsverkehr betrachten, insbesondere „Cassis de Dijon“, dann geht es immer um Verbraucherschutz, um „fairness in commercial actions“. Bei der Diskussion wurde schon die „Beele“-Entscheidung genannt; dann gibt es noch „Dansk Supermarket“ – also eigentlich nur wenige Entscheidungen, in denen der EuGH überhaupt auf den Verbraucherschutz und die fairness der commercial transactions abgestellt hat. Als autonomer Rechtsfertigungsgrund taugt das nicht. Man muss sich daher fragen, was eigentlich Anlass für eine Harmonisierung sein sollte. Die Harmonisierung bei der täuschenden Werbung ist aus der Sicht der Verbraucher erfolgt;

die der vergleichenden Werbung eigentlich auch; auch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken ist „B2C“. Es gibt aus europäischer Sicht kein Ziel, den Konkurrentenschutz zu harmonisieren; es gibt keine Grundlage dafür und es fragt sich, in wie weit der Schutz der Mitbewerber im Allgemeininteresse liegt.

Axel Beater

Ich stimme Ihnen voll und ganz zu. Ich habe gestern schon angedeutet, dass es europaweit ein Angleichungsinteresse für die Kollektivinteressen der Verbraucher gibt. Dagegen ist fraglich, ob wirklich ein Angleichungsbedürfnis für den Bereich der Unternehmerinteressen besteht, insbesondere der individuellen Unternehmerinteressen. Auf alle Fälle bleibt es in der Dringlichkeit hinter anderen Zielen zurück.

Annette Kur

Als Herr *Beater* die besonderen Merkmale der Behinderung formulierte, fiel mir der Fall „Markenbruch“ ein. Ein Unternehmer kauft Produkte seines Mitbewerbers auf, entfernt deren Marke und bringt seine eigene Marke an. Das ist eindeutig keine Markenverletzung, sondern wird in Deutschland traditionell als Behinderung eingestuft. Dieser Fall kommt der „zugemauerten Tür“ doch sehr nahe. – Eine zweite Bemerkung: Vielleicht lässt sich doch aus dem primären Gemeinschaftsrecht mehr ableiten. In der deutschen Übersetzung lautet die immanente Schranke des Art. 28 EG „zwingende Erfordernisse des lautereren Handelsverkehrs“. Störungen des freien Warenverkehrs sind also hinzunehmen, wenn sie zwingenden Erfordernissen eines lautereren Handelsverkehrs entsprechen. Da das Thema „Mehr oder weniger Konkurrentenschutz im Lauterkeitsrecht?“ lautet, frage ich mich, ob es nicht eine Obergrenze für den europäischen Konkurrentenschutz gibt, zumindest bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Meine Frage lautet daher, ob das eine Leerformel ist oder die Basis für die Erarbeitung von Kriterien liefern konnte, wie Konkurrentenschutz qua Lauterkeitsrecht aussehen könnte.

Axel Beater

Ich schreke generell davor zurück, aus einzelnen Urteilsformulierungen zu interpolieren. Das Fallmaterial in diesem Bereich ist extrem dünn, und man müsste aus einem abstrakt formulierten Maßstab auf dünner Fallbasis in die Zukunft schauen. Ich sehe auch die Gefahr, dass man dasjenige in diesen Maßstab hineininterpretiert, was der jeweilige Autor gerne dort sehen möchte. Es gibt beispielsweise eine Entscheidung des BGH von 1988 (*BGH GRUR 1988, 619 ff. – Lieferantenwechsel*), in der ein Baumarkt den Lieferanten von Sanitärprodukten wechselte und der neue Lieferant sich verpflichtete, die noch vorhandenen Produkte des bisherigen Lieferanten abzukaufen. Zu Recht hat der BGH darin nichts wettbewerbsrechtlich Verwerfliches gesehen, weil der alte Lieferant nicht mehr verlangen kann, als dass seine Waren verkauft werden. Er hat keinen Anspruch darauf, dass sie den Kunden zugänglich gemacht werden. Wenn ich meine Waren verkauft habe, dann kann ich darüber nicht weiter verfügen. Das halte ich für wettbewerbskonform, also nicht für eine Behinderung.

Karl-Nikolaus Peifer

Es scheint darauf hinaus zu laufen, dass es nur wenige selbständig schützenswerten Konkurrentenschutzinteressen gibt. Sie haben in Ihrer dritten These, Herr *Beater*, gleichwohl gelobt, dass das Gemeinschaftsrecht Konkurrenten- und Verbraucherinteressen unterscheidet. In der Diskussion wurde demgegenüber wiederholt darauf hingewiesen, dass man beides nicht trennen könne, weil eine Marktseite ohne die Marktgegenseite im Markt sinnlos wäre. Wenn ich die Kategorien von Herrn *Glöckner* noch einmal Revue passieren lasse, um herauszufinden, ob es einen originären Konkurrentenschutz ohne Verbraucherschutz gibt, dann bleiben Fälle übrig, bei denen in der Tat Konkurrentenschutz nicht gewährt wird, weil durch diese Art des Konkurrentenschutzes dem Verbraucher etwas vorenthalten würde. Wir haben gerade ein gutes Beispiel dafür gehört. Müsste man daher nicht vielleicht doch sagen, dass Konkurrenteninteressen selbstverständlich geschützt sind, allerdings nur und insoweit, als dem Verbraucher durch den Schutz dieser Interessen nichts vorenthalten wird? Mit Ausnahme der Ausbeutung, weil es da einen Bezug zum geistigen Eigentum gibt. Wie stehen Sie zu dieser scheinbar unmöglichen oder vielleicht doch möglichen Trennung?

Axel Beater

Es gibt Fälle im Gemeinschaftsrecht, in denen der EuGH das Interesse an der Offenhaltung von Märkten möglichen Verbraucherinteressen überordnet und dabei auf Konkurrentenschutzüberlegungen ausgewichen ist, nämlich den guten Ruf des nationalen Finanzsektors und das ordnungsgemäße Funktionieren der Finanzmärkte. Das ist m.E. falsch begründet und gehört zum Verbraucherschutz, aber diese Begründung stand dem EuGH wohl nicht zur Verfügung.

Wolfgang B. Schünemann

Ihre Stellungnahme, Herr *Peifer*, lief ein bisschen darauf hinaus, dass man jetzt die Schutzzwecke umdrehen müsse. Früher war der Verbraucherschutz ein Annex des Konkurrentenschutzes und jetzt scheint es so zu sein, dass der Konkurrentenschutz ein Annex des Verbraucherschutzes ist. Man sollte das Ganze jedoch als System sehen und herausfinden, was homogene Interessen sind oder Interessen, die nicht reflektorisch auf einander bezogen sind. – Genau diesen Punkt möchte ich, den Diskussionsbeitrag von Herrn *Peifer* aufgreifend, aufnehmen. Die von ihm genannten Formeln könnte man noch griffiger gestalten. Ist es richtig, dass alles, was dem Verbraucher nutzt, dem Mitbewerber nicht schaden kann? – Noch eine Bemerkung zum Beitrag von Frau Kur. Kann man aus Art. 28 EG mit seiner salvatorischen Klausel, es sei denn, zwingende Gründe des lauterer Handelns gebieten dies, wirklich etwas zum Schutz des Mitbewerbers ableiten? Ich glaube, da beißt sich die Katze wieder in den Schwanz, wenn wir hieraus etwas zum Mitbewerberschutz herauslesen wollen.

Annette Kur

Ich habe es genau umgekehrt gemeint. Meine Frage war, ob sich aus Art. 28 EG eine *Begrenzung* des Mitbewerberschutzes ergibt.

Mehr oder weniger Verbraucherschutz durch Europäisches Lauterkeitsrecht?

Josef Drexl

A. Einführung

Die gestellte Thematik berührt einen zentralen Aspekt der jüngsten Entwicklung des europäischen und deutschen Lauterkeitsrechts im Zusammenhang mit dem Erlass der Richtlinie 2005/48/EG über unlautere Geschäftspraktiken¹ und deren Umsetzung in Deutschland². Die Richtlinie regelt ausschließlich geschäftliche Praktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern (*business to consumer*, „B2C“) und rückt damit das Lauterkeitsrecht in die Nähe des Verbraucherschutzrechts im Allgemeinen sowie des europäischen Verbrauchervertragsrechts im Besonderen. Aus der Sicht des klassischen deutschen Lauterkeitsrechts, das seine historischen Wurzeln gerade im Konkurrentenschutz findet und grundsätzlich auch Praktiken erfasst, die an Nichtverbraucher gerichtet sind (insbesondere *business to business*, B2B), ist zudem offensichtlich, dass die Richtlinie nur eine lauterkeitsrechtliche Teilregelung trifft³.

Im Lichte dieses ersten Befundes lässt sich die zu untersuchende Fragestellung auf der Zeitschiene in zwei Richtungen verstehen. In die Vergangenheit geblickt, fordert die Thematik zur Evaluierung dieser jüngsten Rechtsentwicklung auf. Es geht um die Frage, ob die Richtlinie den Verbraucherschutz verstärkt oder – im umgekehrten Sinne – vielleicht sogar vermindert hat. Bedeutsamer erscheint es, den Blick in die Zukunft zu richten. Dabei geht es um zwei Dinge: Zum einen wird im Folgenden zu klären sein, welche Rolle dem Verbraucherschutz in einem kohärenten europäischen Lauterkeitsrecht in der Zukunft zukommen soll. Zum anderen ist aber auch der zukünftige Standort des Lauterkeitsrechts im Rahmen eines

¹ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. EG L 149/22.

² Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I/2008, Nr. 64 vom 29.12.2008, S. 2949 ff.); in Kraft ab 30.12.2008. Siehe dazu Hoeren, WRP 2009, 789; Köhler, WRP 2009, 109; Körber/Heinlein, WRP 2009, 780; Chr. Schmidt, GRUR 2009, 353; Schöttle, GRUR 2009, 546. Siehe auch im Vorfeld Fezer, WRP 2006, 781; Gamerith, WRP 2005, 391; Glöckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, 1311; Seichter, WRP 2005, 2087; Sosnitzer, WRP 2008, 1014; Steinbeck, WRP 2006, 632.

³ So auch Köhler, GRUR 2005, 793 (794), der die Richtlinie trotz der Verbraucherorientierung dem Lauterkeitsrecht zuordnet.

kohärenten europäischen Verbraucherschutzrechts zu bestimmen. Diesen zweiten Aspekt nicht zu vergessen, erscheint besonders wichtig, da die Kommission gegenwärtig die Herbeiführung größerer Kohärenz zum Ziel einer Neuregelung im europäischen Verbrauchervertragsrecht erhoben hat⁴.

In Bezug auf die erste Fragestellung, nämlich jene nach der Rolle des Verbraucherschutzes in einem kohärenten europäischen Lauterkeitsrecht, begründet schon ökonomisch betrachtet die normative Beschränkung der Richtlinie auf Praktiken gegenüber Verbrauchern Bedenken. Aus der Sicht der Ökonomik soll das Lauterkeitsrecht ja auf Situationen des Marktversagens reagieren. Fälle des Marktversagens sind aber keineswegs nur ein Problem der Verbraucher. Werbung kann grundsätzlich alle angesprochenen Verkehrskreise täuschen, damit natürlich auch gewerbliche Abnehmer schädigen und schließlich den Wettbewerb verzerren. Damit ist von Hause aus festzustellen, dass europäisches Lauterkeitsrecht lückenhaft bleiben muss, solange es nur den B2C-Bereich regelt. Zugegebenermaßen vermeidet das europäische Recht für die irreführende – und auch die vergleichende – Werbung die drohende Lücke. Die ursprüngliche Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung, die grundsätzlich auch auf die Werbung gegenüber Nichtverbrauchern Anwendung fand, wird in Form der neuen Richtlinie 2006/114/EG⁵ mit gewissen Änderungen im Zuge des Erlasses der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken beibehalten⁶. Gemäß dem neuen Art. 1 beschränkt sich der Anwendungsbereich dieser neuen Richtlinie nunmehr auf den Schutz von Gewerbetreibenden. Jenseits des Bereichs irreführender und vergleichender Werbung hält das europäische Lauterkeitsrecht jedoch keine Verbote bereit, um gewerbliche Abnehmer oder gar Wettbewerber zu schützen.

Im Folgenden werden zunächst die Grundsätze der europäischen Rechtsangleichung dargestellt (unten B.). Danach ist die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers zugunsten des besonderen Verbraucherfokus in der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (unten C.) sowie deren Umsetzung im deutschen Lauterkeitsrecht mit seinem umfassenderen Regelungsansatz (unten D.) zu diskutieren. In einem weiteren Abschnitt wird schließlich der Standort des europäischen Lauterkeitsrechts im Verhältnis zum europäischen Vertragsrecht im Allgemeinen sowie zum europäischen Verbrauchervertragsrecht im Besonderen bestimmt (unten E.), bevor Schlussfolgerungen gezogen werden können (unten F.).

⁴ Siehe Vorschlag vom 8. Oktober 2008 für eine Richtlinie des Europäischen Rates und der Kommission über Rechte der Verbraucher; KOM (2008) 614 endg.

⁵ Richtlinien 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl. EG L 376/21.

⁶ *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2005, 629 (630) spricht im Zusammenhang der Aufspaltung der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung von einer „Fragmentierung“ des Lauterkeitsrechts.

B. Grundsätze der europäischen Rechtsangleichung

Im System der Rechtsetzungskompetenzen des EG-Vertrages liegt der Erlass der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken an der Nahtstelle von Verbraucherpolitik und Binnenmarktpolitik. Nach Art. 153 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a EG sowie Art. 95 Abs. 3 EG hat der europäische Gesetzgeber im Rahmen der Rechtsangleichung zum Zwecke der Errichtung und Erhaltung des Binnenmarktes ein „hohes Verbraucherschutzniveau“ zu gewährleisten.

Jedoch begründet Art. 153 EG keine umfassende Rechtsetzungskompetenz im Verbraucherschutzbereich, sondern ermächtigt den Gemeinschaftsgesetzgeber lediglich zur Rechtsangleichung im Rahmen der Binnenmarktcompetenz. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), wofür vor allem das Urteil zur Tabakwerberichtlinie aus dem Jahre 2001 steht,⁷ ist eine Binnenmarktcompetenz nach Art. 14 Abs. 1, 95 Abs. 1 EG nur dann begründet, wenn entweder der Rechtsakt zum Abbau von Hemmnissen für den Binnenmarkt führt oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen abgebaut werden.

Die Prüfung dieser Anforderungen bringt notwendig das Kollisionsrecht in das Blickfeld. Denn ob nationales Recht der Mitgliedstaaten zu Hemmnissen für den Binnenmarkt führt, hängt entscheidend vom anwendbaren Recht ab⁸. Danach ist das Tätigwerden des europäischen Gesetzgebers sowohl im Lauterkeitsrecht als auch im Verbrauchervertragsrecht überzeugend. Für beide Bereiche ergibt sich mittlerweile das anwendbare Recht aus der Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Kollisionsnormen.

Für das Lauterkeitsrecht bestimmt Art. 6 Abs. 1 der Rom II-Verordnung⁹ die Anwendbarkeit des Rechts des Staates der wettbewerblichen Interessenkollision (sog. Marktortprinzip)¹⁰. Im Fall einer grenzüberschreitenden Vertriebshandlung (Werbung) ist danach grundsätzlich das Recht des Bestimmungslandes als Recht der angesprochenen Verkehrskreise maßgebend¹¹. Danach anwendbare nationale Verbote grenzüberschreitender Geschäftspraktiken im Staate des Marktortes fallen auch nach der *Keck*-Rechtsprechung des EuGH jedenfalls dann in den Verbotsbereich des Art. 28 EG, soweit sich solche Verbote *produktbezogen* auswirken¹². Dies gilt zum Beispiel für das Verbot irreführender Werbung, soweit es etwa auf eine irreführende Produktgestaltung, einschließlich der Etikettierung und Bezeichnung der

⁷ *EuGH Slg.* 2001 I 8599 – *Deutschland gegen Europäisches Parlament und Rat*.

⁸ Siehe hierzu schon *Drexel*, in: Grundmann/Stuyck (Hrsg.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002, S. 103 (112 ff.).

⁹ Verordnung (EG) 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht, *ABl. EG L* 199/40. Siehe dazu auch *Sack*, *WRP* 2008, 845.

¹⁰ So auch *Sack*, *WRP* 2008, 845 (846). Danach führt das Inkrafttreten der Rom II-VO zu keiner Änderung der kollisionsrechtlichen Rechtslage in Deutschland. Zum früheren deutschen Kollisionsrecht siehe *Drexel*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. Aufl. 2006, *IntUnlWettBR* Rn. 81 ff.

¹¹ Vgl. hierzu auch *Sack*, *WRP* 2008, 845 (850), der vom „Absatzland“ spricht.

¹² *EuGH Slg.* 1993 I 6097, Rn. 15 – *Keck und Mithouard*.

Ware zur Anwendung gebracht wird¹³. Wirkt sich das Verbot dagegen nur *vertriebsbezogen* aus, fällt das Verbot dennoch in den Anwendungsbereich von Art. 28 EG, sofern es den Marktzutritt für Produkte aus dem Ausland erschwert¹⁴. Soweit lauterkeitsrechtliche Richtlinien auch Anwendung auf national begrenzte Geschäftspraktiken finden, die nach der *Keck*-Rechtsprechung nicht von Art. 28 EG erfasst werden, lässt sich eine Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers nur im Lichte des Ziels der Beseitigung spürbarer Wettbewerbsbeschränkungen begründen. Die Regelungskompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers bezieht sich dabei nicht nur auf das „Ob“, sondern auch auf das „Wie“ der Regelung. Mit anderen Worten: Die Regelung muss das Funktionieren des Binnenmarktes verbessern. Dies kann einerseits durch eine Angleichung der materiellen Standards oder durch die Einführung eines sekundärrechtlichen Binnenmarktprinzips geschehen. Für den letzteren Regelungsansatz steht vor allem das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie¹⁵. Dieses Prinzip, das nach h.M. nicht kollisions-, sondern sachrechtlich zu verstehen ist¹⁶, überlagert dennoch die kollisionsrechtliche Anknüpfung. Danach darf das Recht des Abrufstaates, als Staat des Marktortes i.S. von Art. 6 Abs. 1 Rom II-Verordnung, die Geschäftspraktik nicht verbieten, sofern die Praktik im Mitgliedstaat der geschäftlichen Niederlassung des Unternehmers zulässig ist.

Im Bereich des Verbrauchervertragsrechts behält Art. 6 Abs. 2 Satz 2 i.V. mit Abs. 1 der Rom I-Verordnung¹⁷ die Lösung der Vorgängerregelung des Europäischen Vertragsrechtsübereinkommens¹⁸ im Grundsatz bei. Danach setzen sich die zwingenden Regeln des Verbrauchervertragsrechts des Aufenthaltsstaates des sog. „passiven“ Verbrauchers gegen eine Rechtswahl der Parteien durch. Mit anderen Worten kann, wenn der Verbraucher in seinem Aufenthaltsstaat vom Unternehmer angesprochen wird, wozu auch der Fall der Internetbestellung des Verbrauchers gehört¹⁹, der Unternehmer nicht durch Rechtswahl sein eigenes Recht gegen zwingende Regeln des Aufenthaltsstaates des Verbrauchers durchsetzen. Da schließlich die E-Commerce-Richtlinie für das Verbrauchervertragsrecht eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip vorsieht, hat dies zur wichtigen Konsequenz, dass ein Internetanbieter einen unionsweiten Vertrieb gegenüber Verbrauchern nur unter

¹³ Siehe die nachfolgenden Entscheidungen des *EuGH* Slg. 1994 I 317 – *Verband Sozialer Wettbewerb gegen Clinique Laboratories und Estée Lauder*; *EuGH* Slg. 1995 I 1923 – *Verband gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln gegen Mars*.

¹⁴ *EuGH*, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 16.

¹⁵ Siehe Art. 3 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG L 178/1.

¹⁶ Siehe dazu etwa *Drexl*, a.a.O. (Fn. 10), IntUnlWettbR Rdn. 34 ff., m.w.N.

¹⁷ Verordnung (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (Rom I), ABl. EG L 177/6. Das Inkrafttreten der Verordnung ist für den 17. Dezember 2009 vorgesehen.

¹⁸ Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 (konsolidierte Fassung), ABl. EG 1998 C 27/34.

¹⁹ Zur unklaren Rechtslage unter Geltung des EVÜ siehe *Cortese*, GRUR Int. 2005, 192 (201 ff.).

Berücksichtigung des zwingenden Verbrauchervertragsrechts in den jeweiligen Mitgliedstaaten aufbauen kann. Im Ergebnis führt dies zu einem faktischen Zwang, im Lichte der nationalen Rechtsordnungen konfigurierte Webseiten zu erstellen. Ein unionsweites Vertriebsmodell gegenüber Verbrauchern ist danach nicht möglich. Daran ändern auch die Richtlinien im Bereich des Verbrauchervertragsrechts nichts. Im Gegenteil führen diese sogar zu einer Verschärfung der Situation²⁰. Da diese Richtlinien die Mitgliedstaaten gerade zur Einführung zwingender Verbrauchervertragsregeln verpflichten, verkleinern sie den Bereich der Rechtswahlfreiheit. Zudem wird eine Angleichung der materiellen Standards keineswegs erreicht. Vielmehr basieren die Verbrauchervertragsrichtlinien der älteren Generation auf dem Grundsatz der Mindestangleichung und überlassen die Ausgestaltung der Rechtsfolgen sogar gänzlich dem nationalen Gesetzgeber. Damit gibt das europäische Verbrauchervertragsrecht gerade Anstoß zu erheblichen Abweichungen des Verbrauchervertragsrechts in den Mitgliedstaaten. Deshalb ist im Lichte der oben beschriebenen Grundsätze der Binnenmarktkompetenz selbst die Rechtmäßigkeit dieser Richtlinien fraglich. Das hat mittlerweile auch der europäische Gesetzgeber erkannt. Die beiden jüngsten Verbrauchervertragsrichtlinien, nämlich die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen²¹ und die jüngst überarbeitete Verbraucherkreditrichtlinie²² verfolgen inzwischen eine abschließende Angleichung. Der Übergang von der Mindestangleichung zur abschließenden Angleichung gehört überdies zu den zentralen Grundsätzen der neuen Politik der Kommission zur Überarbeitung des „Verbraucher-Acquis“²³.

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vermeidet eine entsprechende Gefährdung des Binnenmarktes gleich in doppelter Weise²⁴. Zum einen verfolgt sie, wie die neue Generation von Verbrauchervertragsrichtlinien, eine abschließende Angleichung. Außerdem enthält die Richtlinie in Art. 4 einen „Binnenmarktgrundsatz“²⁵. Danach ist, in Anlehnung an das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie, den Mitgliedstaaten untersagt, den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr aus Gründen einzuschränken, die mit dem durch die Richtlinie angeglichenen Bereich zusammenhängen. Angesichts der von der Richtlinie verfolgten abschließenden Angleichung erscheint die Notwendigkeit und Bedeutung des Art. 4 zunächst zweifelhaft²⁶. Von Bedeutung kann die Vorschrift

²⁰ So schon *Drexl*, a.a.O. (Fn. 8), S. 117 f.

²¹ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. EG L 271/16.

²² Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EG L 133/66.

²³ So ausdrücklich der Erwägungsgrund 2 und Art. 4 der vorgeschlagenen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, a.a.O. (Fn. 3).

²⁴ Siehe hierzu auch *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295.

²⁵ Hierzu ausführlich *Ohly*, WRP 2009, 1401; *Piekenbrock*, GRUR Int. 2005, 997.

²⁶ Vgl. *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295 (300 f.); *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2005, 629 (634); *Piekenbrock*, GRUR Int. 2005, 997 (999 f.)

aber bei der Anwendung von Generalklauseln der Richtlinie, also insbesondere von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie werden. Zwar haben die Gerichte der Mitgliedstaaten die nationalen Vorschriften – und damit auch die nationalen Generalklauseln – grundsätzlich richtlinienkonform auszulegen und können dazu dem EuGH Fragen zur Auslegung der Richtlinie im Verfahren nach Art. 234 EG vorlegen. Freilich lehnt es der EuGH in seiner Rechtsprechung ab, die Anwendung der sekundärrechtlichen Generalklausel auf den Einzelfall hin zu überprüfen²⁷. Vielmehr beschränkt sich der EuGH auf eine allgemeine Auslegung der Tatbestandselemente der einschlägigen Generalklausel²⁸. Dies bedeutet, dass in Bezug auf die Anwendung von Generalklauseln durchaus Spielraum für nationale Sonderwege besteht. So sollen in das Urteil über die Lauterkeit auch kulturelle Besonderheiten der einzelnen Mitgliedstaaten einfließen können²⁹. Das Binnenmarktprinzip des Art. 4 der Richtlinie schützt hier gegen Beschränkungen des Freiverkehrs. Nach Art. 4 müssen die Gerichte der Mitgliedstaaten also grundsätzlich auch die Rechtsprechung der Gerichte im Niederlassungsstaat des Unternehmers berücksichtigen, wenn sie eine grenzüberschreitende Geschäftspraktik nach der nationalen Generalklausel verbieten wollen, soweit dies erforderlich ist, um eine Beschränkung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs zu verhindern³⁰.

C. Der Verbraucherklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken

I. Grundkonzept der Richtlinie

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hebt in den Erwägungsgründen die Binnenmarkt-orientierung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in besonderer Weise hervor. Während im ersten Erwägungsgrund auf die Verpflichtung zur Gewährleistung eines „hohen“ Verbraucherschutzniveaus in Art. 153 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a EG hingewiesen wird, unterstreicht der Richtlinienggeber im zweiten Erwägungsgrund die Bedeutung, die der Gewährleistung des lautereren Geschäftsverkehrs für die Förderung der grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeit zukommt. Im dritten Erwägungsgrund schließt der Richtlinienggeber schließlich von deutlichen Unterschieden zwischen den nationalen Rechtsordnungen auf „erhebliche Verzerrungen des Wettbewerbs“ und „Hemmnisse für das ordnungsgemäße Funktionieren des

²⁷ Dies übersieht *Brömmelmeyer*, a.a.O. (Fn. 24); ebenso wie *Ohly*, a.a.O. (Fn. 25), der davon ausgeht, dass Art. 4 der Richtlinie nicht umgesetzt werden muss, wenn die Richtlinie im Übrigen umgesetzt wird.

²⁸ Siehe insbesondere *EuGH Slg.* 2004 I 3403, Rn. 22 – *Freiburger Kommunalbauten* (zur Auslegung der „Missbräuchlichkeit“ im Rahmen der Klauselkontrolle nach der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln).

²⁹ So *Sosnitza*, WRP 2006, 1 (4 f.), der deshalb sogar den Charakter der abschließenden Angleichung in Frage stellt; a.A. *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295 (298 f.).

³⁰ Deshalb ist es kritisch zu sehen, dass der deutsche Gesetzgeber Art. 4 der Richtlinie nicht umgesetzt hat; gegen *Ohly*, WRP 2009, 1401.

Binnenmarktes“, die wie dargestellt³¹, nach der Rechtsprechung des EuGH alternativ die Binnenmarktcompetenz begründen können.

Diese zunächst nur genannten Gründe erklärt der Richtliniengeber schließlich genauer im vierten Erwägungsgrund. Konkret heißt es dort:

„Diese Unterschiede [zwischen den nationalen Rechtsordnungen] führen zu Unsicherheiten darüber, welche nationalen Regeln für unlautere Geschäftspraktiken gelten, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schädigen, und schaffen viele Hemmnisse für Unternehmen wie Verbraucher. Diese verteuern für die Unternehmen die Ausübung der Freiheiten des Binnenmarkts, insbesondere wenn Unternehmen grenzüberschreitend Marketing-, Werbe- und Verkaufskampagnen betreiben wollen. Auch für Verbraucher schaffen solche Hemmnisse Unsicherheiten hinsichtlich ihrer Rechte und untergraben ihr Vertrauen in den Binnenmarkt.“

Diese Begründung ist nicht ganz frei von Zweifeln. Sie bezieht sich nicht zentral auf das anwendbare Recht an sich, sondern eher auf dessen konkrete Ausgestaltung. Das Argument ist, dass immer dann das grenzüberschreitende Handeln beeinträchtigt wird, wenn der Handelnde mit der Anwendbarkeit ausländischen, ihm nicht ohne weiteres zugänglichen Rechts zu rechnen hat. Für den Unternehmer überzeugt dieses Argument nur außerhalb des Internetvertriebs, für den die E-Commerce-Richtlinie die Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips verbürgt³². Beachtet der Unternehmer das Lauterkeitsrecht seines Niederlassungsstaates, kann er unionsweit handeln. Außerhalb des Internet verpflichtet dagegen das Marktortprinzip der Rom II-Verordnung den Unternehmer zur Beachtung der verschiedenen Rechtsordnungen in den Staaten der Verbraucher, was vor allem die Konzeption von unionsweiten Geschäftsmodellen erschwert³³. Vor allem zweifelhaft sind jedoch die Ausführungen zu den „Unsicherheiten“ der Verbraucher. Sie sind nur Adressaten von Vertriebshandlungen, insbesondere Werbung. Hier müsste schon argumentiert werden, dass Verbraucher durch die mögliche Anwendbarkeit unbekannter Regeln des ausländischen Lauterkeitsrechts, insbesondere Regeln über die Zulässigkeit von Werbeaussagen, von der konkreten Konsumententscheidung abgehalten werden. In ihrem Aufenthaltsstaat ist Verbrauchern jedoch außerhalb des Internet nach dem Marktortprinzip die Anwendung des nationalen Rechts auch gegenüber ausländischen Anbietern garantiert, so dass nicht einsichtig ist, weshalb insoweit die Angleichung der Richtlinie zu einer Förderung der grenzüberschreitenden Verkaufstätigkeit gerade gegenüber den Verbrauchern führen sollte. Nur für die Fälle des im Internet einkaufenden passiven Verbrauchers sowie des aktiven Verbrauchers, der sich auf eigene Initiative zum Einkauf in das Ausland begibt, liegen die Dinge anders.

Insgesamt bleibt festzustellen, dass die Bezugnahme auf den Verbraucher im vierten Erwägungsgrund wohl eher dem Bedürfnis geschuldet ist, die besondere

³¹ Oben B.

³² Dazu oben B.

³³ Dazu oben B.

Verbraucherorientierung der Richtlinie zu begründen. Eine Binnenmarktkompetenz stützen vielmehr die Erschwernisse, auf die Unternehmer beim Aufbau grenzüberschreitender Vermarktungskonzepte durch die Anwendbarkeit der unterschiedlichen nationalen Regelungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten unter Geltung des Marktortprinzips stoßen³⁴. Danach hätte im Lichte des Binnenmarktziels alles dafür gesprochen, den Anwendungsbereich der Richtlinie gerade nicht auf den B2C-Bereich zu beschränken, sondern vielmehr alle Geschäftspraktiken, einschließlich des B2B-Bereichs, zu erfassen.

II. Tragweite der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern

Im Lichte des sehr viel weiteren deutschen Lauterkeitsrechts regelt die Richtlinie mit den Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern lediglich einen von drei Aspekten des Lauterkeitsrechts. Ausgespart sind einerseits Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Nichtverbrauchern (insbes. B2B) sowie unlautere Verhaltensweisen, die sich gezielt gegen Wettbewerber richten, ohne unmittelbar die Interessen von Abnehmern zu berühren (wie das Ausspähen von Betriebsgeheimnissen oder die unlautere, nicht irreführende Leistungsübernahme). Auf diese Beschränkung wird ausdrücklich im sechsten Erwägungsgrund zur Richtlinie hingewiesen. Dort heißt es:

„Die vorliegende Richtlinie gleicht (...) die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken einschließlich der unlauteren Werbung an, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher unmittelbar und dadurch die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber mittelbar schädigen. (...) Sie erfasst und berührt nicht die nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken, die lediglich die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen; die Mitgliedstaaten können solche Praktiken (...) im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht weiterhin regeln.“

Der sechste Erwägungsgrund zeigt, dass der Richtliniengesetzgeber dem Wettbewerberschutz nicht gleichgültig gegenübersteht. Vielmehr wird sogar ein „mittelbarer“ Schutz der Wettbewerber anerkannt, soweit sich dieser aus dem unmittelbaren Schutz der Verbraucher ergibt. Schließlich wird klar gestellt, dass die Mitgliedstaaten die beiden anderen Bereiche – also Geschäftspraktiken gegenüber Nichtverbrauchern (zu eng als „Gewerbetreibende“ bezeichnet³⁵) sowie gezielte unlautere Handlungen gegenüber Mitbewerbern – weiterhin von den Mitgliedstaaten geregelt

³⁴ Diese „Unternehmerorientierung“ hebt auch *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295 (297) hervor.

³⁵ Zu denken ist etwa auch an staatliche Einrichtungen, die privatrechtlich handeln sowie privatrechtliche Vereinigungen, die nicht unternehmerisch handeln (z.B. der Idealverein des deutschen Rechts). In beiden Fällen fehlt es sowohl an einem Handeln als Verbraucher – da keine natürliche Person handelt – als auch an einem unternehmerischen (geschäftlichen) Handeln.

werden können. Im achten Erwägungsgrund wird schließlich der Kommission aufgetragen, sorgfältig zu prüfen, ob über den Regelungsbereich der Richtlinie hinaus gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen erforderlich erscheinen. Insoweit könnte sich in einer zweiten Stufe der Gesetzgebung die Richtlinie durchaus zu einer umfassenden lauterkeitsrechtlichen Regelung entwickeln.

Fraglich ist jedoch, ob sich nicht aus der bloßen Teilregelung auch Auswirkungen auf die Beurteilungsmaßstäbe ergeben können. Dafür spricht der Vergleich mit dem deutschen Recht. Im Lichte der Schutzzwecktrias des § 1 UWG verlangt das deutsche Recht eine Bestimmung der Unlauterkeit im Lichte der dort genannten umfassend aufgezählten Schutzzwecke. Dies lässt sich auf der Grundlage der Richtlinie nicht in gleicher Weise bewerkstelligen. So wäre wohl zu argumentieren, dass zwar die Richtlinie im B2C-Bereich die Interessen der Wettbewerber mittelbar schützt, dass aber die Wettbewerberinteressen für die Bestimmung der (Un-)Lauterkeit keine Rolle spielen dürfen. Ansonsten würde die Unterscheidung zwischen unmittelbarem Verbraucherschutz und mittelbarem Wettbewerberschutz keinen Sinn ergeben. Schließt man aber die Interessen der Mitbewerber von der Beurteilung aus, wird es wahrscheinlicher, dass die Interessen des Werbenden gegenüber jenen der Verbraucher überwiegen. So könnte die Ausklammerung des Wettbewerberschutzes gerade zu einer Schwächung des Verbraucherschutzes führen.

Ein ähnliches Problem entsteht durch die Aussparung des B2B-Bereichs. Marketing- und Werbepraktiken richten sich häufig untrennbar an Verbraucher und Nichtverbraucher. So kann ein Pkw, der vom Hersteller beworben wird, entweder privat oder geschäftlich genutzt werden, ohne dass darauf der Werbende Einfluss hat. Schließt man in solchen Fällen „doppeltrelevanter“ Geschäftspraktiken, die sich sowohl an Verbraucher als auch an Nichtverbraucher richten, die Interessen der letzteren von der Beurteilung aus, kann es erneut zu einer Bevorzugung der Interessen des werbenden Unternehmens gegenüber jenen der Verbraucher kommen. Was droht ist erneut eine Schwächung des Verbraucherschutzes. Sind dagegen die Auswirkungen auf Nichtverbraucher und Verbraucher unterschiedlich, etwa weil eine Werbung aus der Sicht des durchschnittlichen Nichtverbrauchers im Gegensatz zum durchschnittlichen Verbraucher eher nicht als irreführend zu betrachten ist, käme man infolge der Ausklammerung der Interessen der Nichtverbraucher eher zum Verbot.

III. Plausibilität des besonderen Schutzes der Verbraucher

Schon nach den vorausgegangenen Ausführungen ist die besondere Betonung des Schutzes der Verbraucher nicht plausibel. Hierfür lassen sich weitere Gründe anführen:

Zum einen zeigt sich, dass bei doppeltrelevanten Geschäftspraktiken, die gleichermaßen an Verbraucher und Nichtverbraucher als Kunden gerichtet sind, die Nichtverbraucher nicht weniger Schutz verdienen. Umgekehrt muss der werbende Unternehmer wissen, ob er bei Handlungen, bei denen er möglicherweise gar nicht zwischen Verbrauchern und Nichtverbrauchern unterscheiden kann, handeln darf

oder nicht. Die Unterscheidung zwischen Verbrauchern und Nichtverbrauchern im Lauterkeitsrecht ist damit höchst sachwidrig.

Zum zweiten führt die Unterscheidung von Verbrauchern und Nichtverbrauchern bei der Anwendung des Binnenmarktprinzips nach Art. 4 der Richtlinie zu unerträglichen Wertungswidersprüchen. Wie bereits gezeigt³⁶ dürfte dieses Prinzip vor allem bei der Anwendung der Generalklausel zum Tragen kommen. Unternehmen können darauf vertrauen, dass die Generalklausel im Rahmen der Vorgaben des EuGH, die allerdings nicht die Lösung von Einzelfällen betrifft,³⁷ nach dem Recht am Marktort nicht interventionistischer ausgelegt wird als in ihrem Heimatstaat. Dies gilt nach der Richtlinie aber nur bei Handlungen gegenüber Verbrauchern. Diesen wird also durchaus eine Beurteilung von Werbemaßnahmen in Abweichung von den Maßstäben des Rechts am Marktort und damit ihres Heimatrechts zugemutet, während bei Werbemaßnahmen gegenüber Unternehmen nach der Rom II-Verordnung uneingeschränkt das Recht des Marktortes und damit das Recht an der Niederlassung der angesprochenen Unternehmen zur Anwendung kommt. Diese Schlechterbehandlung der Verbraucher im Vergleich zu Unternehmen ist im Lichte des Verbraucherschutzziels der Richtlinie nicht zu legitimieren.³⁸

Am stärksten wiegt das dritte und hier an letzter Stelle vorzubringende Argument: Für Verbraucher kommt es im Lauterkeitsrecht auf die Kenntnis der geltenden Rechtsregeln vor allem an, soweit es um ihren individuellen Rechtsschutz geht. Art. 11 der Richtlinie überlässt aber gerade im Bereich der Rechtsdurchsetzung den Mitgliedstaaten breitesten Regelungsspielraum. Weder müssen sich die Mitgliedstaaten zwischen privater Rechtsdurchsetzung und einem verwaltungsrechtlichen Vollzug entscheiden noch garantiert die Richtlinie den Verbrauchern subjektive Rechte³⁹. Damit werden ausgerechnet jene Fragen nicht einheitlich geregelt, an denen das größte Interesse der Verbraucher besteht.

IV. Abschließende Angleichung im Besonderen

Von besonderer Bedeutung für die Evaluierung der Beschränkung der Richtlinie auf den B2C-Bereich ist schließlich das Prinzip der abschließenden Angleichung.

³⁶ Oben B.

³⁷ Siehe oben Fn. 21.

³⁸ Erheblich weiter ging der ursprüngliche Vorschlag für Art. 4 der Richtlinie. Danach hätten sich Unternehmen bei grenzüberschreitenden Handlungen lediglich an das Recht des Niederlassungsstaates halten müssen, was auch bei gleichen Maßstäben der Zulässigkeit von Geschäftspraktiken die Anwendung der Sanktionen am Marktort ausgeschlossen hätte. Den Verbrauchern die Rechte am Marktort zu nehmen, während angesprochene Nichtverbraucher keine entsprechende Integrationslast tragen müssten, da ja Art. 4 des Vorschlags auf sie keine Anwendung gefunden hätte, erscheint wertungsmäßig besonders verfehlt. Siehe dazu ausführlich *Drexl*, a.a.O. (Fn. 10), *IntUnlWettbR* Rdn. 69 ff.

³⁹ Für die Frage, ob überhaupt eine privatrechtliche Rechtsdurchsetzung – mit möglicherweise privatrechtlichen Ansprüchen der Verbraucher – in Betracht kommt, entscheidet erneut das kollisionsrechtliche Marktortprinzip (Art. 6 Abs. 1 Rom II-Verordnung). Hieran ändert auch das Binnenmarktprinzip nach Art. 4 der Richtlinie nichts.

Dass die Richtlinie eine abschließende Angleichung bewirken soll, ist zwar nicht ausdrücklich bestimmt, ergibt sich aber dennoch eindeutig aus Wort und Zweck der Richtlinie. Zum einen bestimmt Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie, dass die Mitgliedstaaten für einen Zeitraum von 6 Jahren ab dem 12. Juni 2007 noch strengere Regeln beibehalten können, soweit dies zum Schutz der Verbraucher „unbedingt erforderlich“ ist. Im Grundsatz dürfen die Mitgliedstaaten also nicht über das Schutzniveau der Richtlinie hinausgehen. Dies entspricht zum anderen der Zwecksetzung der Richtlinie, einen „einheitlichen Rechtsrahmen“ zur Verfügung zu stellen, um so der Fragmentierung des Lauterkeitsrechts zu begegnen. Da die Richtlinie aber nur gegenüber Verbrauchern gilt, bedeutet dies, dass die Mitgliedstaaten sehr wohl solche strengeren Regeln auf Geschäftspraktiken gegenüber Unternehmen (B2B) weiterhin anwenden dürfen. Schutz von Unternehmern als Adressaten ist also – jedenfalls im Rahmen der Grundfreiheiten – unbeschränkt möglich, während der Schutz von Verbrauchern einer strengen gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle unterworfen und damit gedeckelt wird. Erneut zeigt sich, dass der Ausschluss des B2B-Bereichs vom Anwendungsbereich der Richtlinie zu nicht tragbaren Wertungswidersprüchen führt.

Diesen Widersprüchen hilft das Gemeinschaftsrecht auch nicht an anderen Stellen ab. Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass die früher geltende Richtlinie über irreführende Werbung aus dem Jahre 1984⁴⁰, mit ihrem umfassenden Anwendungsbereich unter Einschluss des B2B-Bereichs, noch als Mindestschutzrichtlinie konzipiert war. Abschließend angeglichen wurde dagegen die Erweiterung dieser Richtlinie um die Regelung der vergleichenden Werbung im Jahre 1997⁴¹. Ziel der Angleichung im Bereich der vergleichenden Werbung war gerade eine Liberalisierung der als zu streng befundenen Maßstäbe in einigen Mitgliedstaaten. Mit dem Erlass der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, die nun den B2C-Bereich aus der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung in geradezu willkürlicher Weise extrahiert hat, hätte die Gelegenheit bestanden, nun auch für den sehr wichtigen Bereich der irreführende Werbung gegenüber Nichtverbrauchern und vor allem Unternehmern zur abschließenden Angleichung überzugehen. Diese Gelegenheit hat der europäische Gesetzgeber nicht genutzt. In der Neufassung durch die Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung⁴² bleibt es bei der Mindestangleichung. So heißt es in den Erwägungsgründen ausdrücklich, dass für die irreführende Werbung nur objektive „Mindestkriterien“ aufgestellt werden sollen⁴³. Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2006/114/EG bestimmt schließlich, dass die Mitgliedstaaten Bestimmungen aufrechterhal-

⁴⁰ Richtlinie 84/450/EWG vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG L 250/17.

⁴¹ Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. EG L 290/18.

⁴² Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl. EG L 376/21.

⁴³ Erwägungsgrund 7.

ten oder erlassen können, die bei irreführender Werbung einen weiter reichenden Schutz der Gewerbetreibenden und Mitbewerber vorsehen.

In der Gesamtsicht der Regelung des Lauterkeitsrechts durch das europäische Sekundärrecht führt also die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern (B2C) im Zusammenspiel mit dem Grundsatz der abschließenden Angleichung zu denkbar inkonsistenten Ergebnissen. Abgesehen vom Bereich der vergleichenden Werbung können die Mitgliedstaaten Unternehmer stärker schützen als Verbraucher. Ein überzeugender Grund lässt sich hierfür nicht finden. Der Binnenmarkt erfordert einen einheitlichen Rechtsrahmen für alle grenzüberschreitenden Geschäftspraktiken. Zwar führt die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zu einer gewissen Kontrolle der Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Schutz der Unternehmen. Die Grundfreiheiten kommen aber nur auf grenzüberschreitende Fälle zur Anwendung, während die Richtlinien auch den rein internen Fall erfassen.

D. Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland

Angesichts der Beschränkung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken auf den B2C-Bereich stand der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung vor besonderen Herausforderungen. Die Aufgabe war gerade nicht, den umfassenden Regelungsansatz des im Jahre 2004 novellierten deutschen UWG zugunsten einer einseitigen Ausrichtung des Lauterkeitsrechts auf den B2C-Bereich aufzugeben, sondern vielmehr die notwendig gewordenen Änderungen möglichst harmonisch in das geltende Regelungskonzept einzupassen⁴⁴. Nachdem die Umsetzungsfrist bereits zum 12. Juni 2007 abgelaufen war, kam die Umsetzung durch das Gesetz vom 22. Dezember 2008, das dann wenige Tage später am 30. Dezember 2008 in Kraft trat, mit großer Verspätung. Ob es gelungen ist, den angesprochenen Inkonsistenzen und inneren Widersprüchen der europäischen Regelung abzuhelfen, ist Gegenstand der folgenden Erörterung.

I. Kernpunkte der deutschen Umsetzung

Die deutsche Umsetzung ist durch die folgenden zentralen Punkte charakterisiert.

- a) Das deutsche UWG behält die Schutzzwecktrias in § 1 UWG bei.
- b) Der Begriff der „Wettbewerbshandlung“⁴⁵ wird durch jenen der „geschäftlichen Handlung“ ersetzt. Dadurch wird es ermöglicht, den Anwendungsbereich des UWG, wie von der Richtlinie gefordert,⁴⁶ auf die Stadien des Vertragsschlusses sowie Vertragsdurchführung zu erstrecken. Dabei kommt es zu einer sog.

⁴⁴ In diesem Sinne schon im Vorfeld der Umsetzung *Lutz*, GRUR 2006, 908 (909).

⁴⁵ Siehe zur richtlinienkonformen Auslegung dieses Begriffs zwischen Ablauf der Umsetzungsfrist und Umsetzung: *Köhler*, WRP 2007, 1393.

⁴⁶ Siehe Art. 2 lit. d und 3 Abs. 1 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.

„überschießenden Umsetzung“⁴⁷, indem der Gesetzgeber das erweiterte Konzept der geschäftlichen Handlung nicht nur, wie von der Richtlinie gefordert, für den B2C-Bereich übernimmt, sondern in konsequenter Weise auch für den B2B-Bereich.

- c) Die Generalklausel des § 3 UWG wird insbesondere durch einen zweiten Absatz ergänzt, der die Generalklausel des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie für geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern nun in das deutsche Recht übernimmt⁴⁸.
- d) In verschiedenen Vorschriften, die geändert werden müssen, wird ebenfalls „überschießend“ umgesetzt, indem das europäische Regelungsmodell auch auf den B2B-Bereich zur Anwendung gebracht wird. Dies gilt insbesondere für die Kriterien der irreführenden Werbung in § 5 UWG, die umfassende Geltung beanspruchen. Einen Mittelweg geht der deutsche Gesetzgeber dagegen bei der Regelung der Irreführung durch Unterlassen und der Übernahme des Katalogs irreführender Geschäftspraktiken im Anhang zur Richtlinie⁴⁹. Die neue Bestimmung zur Irreführung durch Unterlassen in § 5a Abs. 1 UWG wird einerseits nicht auf das Verhältnis zu Verbrauchern beschränkt⁵⁰. Andererseits gelten die weiteren Absätze des § 5a UWG nur zum Schutze der Verbraucher. Dies mag man im Hinblick auf die Pflicht zur Verschaffung spezifischer Verbraucherinformationen nach § 5a Abs. 3 UWG noch nachvollziehen können. Weshalb aber Unlauterkeit nach Abs. 2 nur dann vorliegen soll, wenn die Entscheidungsfähigkeit – nur – von „Verbrauchern“ dadurch beeinflusst wird, indem ihnen eine wesentliche Information vorenthalten wird, ist weniger einsichtig. Bei der Übernahme des Klauselkatalogs durch § 3 Abs. 3 UWG geht der Gesetzgeber ebenfalls selektiv vor. Immer dort wo es möglich erscheint, wird der Anwendungsbereich über den bloßen B2C-Bereich erweitert, so dass nach deutschem Recht überwiegend auch der Nichtverbraucher als Abnehmer geschützt wird⁵¹.

Für die Beurteilung der Frage, ob die Umsetzung gerade im Lichte des Verbraucherkonzepts der Richtlinie gelungen ist, ist vor allem die Neuregelung der Generalklausel und des Irreführungsverbots von Bedeutung und besonderem Interesse.

⁴⁷ Siehe zur überschießenden Umsetzung allgemein und insbesondere zur Frage, ob im Bereich der überschießenden Umsetzung auch Vorlagefragen an den EuGH gerichtet werden können, *Drexler*, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 67.

⁴⁸ Dazu *Schöttle*, GRUR 2009, 546 (546).

⁴⁹ Siehe hierzu vor allem *Körber/Heinlein*, WRP 2009, 780.

⁵⁰ Siehe hierzu Art. 7 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.

⁵¹ Eine Beschränkung auf Verbraucher besteht auch im deutschen Recht in Bezug auf die unrichtige Werbung mit Glücksspielen (Nr. 17), unwahre Angaben in Bezug auf Marktbedingungen und Bezugsquellen, um den Verbraucher dazu zu bewegen, weniger günstige Bedingungen anzunehmen (Nr. 18), das Erwecken des Eindrucks, der Verbraucher könne die Räumlichkeiten nicht ohne vorherigen Vertragsabschluss verlassen (Nr. 25), beim Verlangen unnötiger Unterlagen, um den Verbraucher von der Durchsetzung von Ansprüchen aus einem Versicherungsverhältnis abzuhalten (Nr. 27) sowie beim Hinweis, der Arbeitsplatz oder der Lebensunterhalt sei bei Nichtabnahme der Ware oder der Dienstleistung gefährdet (Nr. 30).

II. Anwendung der Generalklausel

Im Bereich der Generalklausel verpflichtet § 3 Abs. 1 UWG infolge der Beibehaltung der Schutzzwecktrias weiterhin zu einer umfassenden Interessenabwägung, die gerade nicht die Interessen der Wettbewerber und der Abnehmer, die keine Verbraucher sind, ausblendet. Dies bedeutet im Grundsatz, dass nach den Vorstellungen des nationalen Gesetzgebers nach der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG weiterhin verboten bleibt, was auch früher verboten war. In Bezug auf geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern bewirkt § 5 Abs. 2 UWG dem Wortlaut nach lediglich eine Erweiterung des Verbots des Abs. 1, was dadurch zum Ausdruck kommt, dass eine geschäftliche Handlung „jedenfalls dann unzulässig“ sein soll, wenn die Bedingungen des § 5 Abs. 2 UWG erfüllt sind⁵².

Diese Neuregelung wirft dennoch Probleme auf: Zum einen droht eine Richtlinienwidrigkeit, wenn man bei einer geschäftlichen Handlung gegenüber Verbrauchern über § 3 Abs. 1 UWG zum Schutze des Mitbewerbers die Unzulässigkeit begründen möchte, obwohl eine solche nach § 3 Abs. 2 UWG nicht gegeben wäre. Ob eine solche Anwendung richtlinienkonform ist, lässt sich bezweifeln. In der Begründung der Richtlinie wird zwar ausdrücklich anerkannt, dass es auch „andere“ Geschäftspraktiken gibt, die zwar nicht den Verbraucher schädigen, sich jedoch nachteilig für die Mitbewerber und gewerbliche Kunden auswirken können.⁵³ Ob „andere“ Geschäftspraktiken aber auch solche sein können, die Unternehmen an Verbraucher richten, erscheint zweifelhaft. An derselben Stelle führt die Begründung nämlich aus, dass die Richtlinie eben nur unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken „im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern“ schützt. Letzte Klarheit ist auch nicht durch die Auslegung der Regelung des Anwendungsbereichs der Richtlinie zu erreichen. Nach Art. 3 Abs. 1 soll die Richtlinie für „unlautere“ Geschäftspraktiken „im Sinne des Artikels 5“ zwischen Unternehmen und Verbrauchern gelten. Diese Bestimmung lässt sich so lesen, dass der Anwendungsbereich nicht nur durch das B2C-Verhältnis, sondern auch durch das Verbot selbst begrenzt ist. Was danach nicht durch die Richtlinie verboten wäre, würde außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen. Entsprechend könnten die Mitgliedstaaten also solches, nicht erfasstes Verhalten weiterhin verbieten. Freilich spricht ein überzeugendes Argument gegen diese Auslegung. Sie widerspricht nämlich dem Ziel, eine abschließende Angleichung des B2C-Bereichs und damit einen einheitlichen Rechtsrahmen für diesen Bereich zu schaffen. Die engere Auslegung würde dagegen deutsche Gerichte dazu verpflichten, im Wege der richtlinienkonformen Auslegung § 5 Abs. 2 UWG als abschließende Regelung zu verstehen. Wenn eine geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern also nach § 5 Abs. 2 UWG nicht verboten ist, kann sie auch nicht nach § 5 Abs. 1 UWG verboten werden⁵⁴. Weil im Rahmen von § 5 Abs. 2 UWG aber die Interessen von Wettbewerbern keine Rolle

⁵² Ähnlich *Schöttle*, GRUR 2009, 546 (550) im Hinblick auf den Wortlaut.

⁵³ Erwägungsgrund 8 der Richtlinie.

⁵⁴ So auch *Chr. Schmidt*, GRUR 2009, 353 (355); *Schöttle*, GRUR 2009, 546 (550).

spielen, wäre die Bestimmung der Lauterkeit im Wege einer umfassenden Interessenabwägung im Lichte der Schutzzwecktrias nicht mehr möglich.

Außerdem ist auch die umgekehrte Situation durchaus problematisch, nämlich wenn eine geschäftliche Handlung nach § 3 Abs. 1 UWG als zulässig zu beurteilen wäre, aber dennoch das Verbot des § 3 Abs. 2 UWG greifen würde. Zu einem solchen Fall kann es kommen, wenn sich eine geschäftliche Handlung an Verkehrskreise richtet, die Verbraucher und Nichtverbraucher umfassen und die Interessen dieser beiden Gruppen nicht gleich gelagert sind. Da die Interessen der Nichtverbraucher nach der Richtlinie und nach § 3 Abs. 2 UWG keine Rolle spielen, wäre die Handlung zu verbieten. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Wortlaut des deutschen Gesetzes, denn § 3 Abs. 2 UWG nimmt durchaus in Kauf, dass man danach zum Verbot kommt, obwohl die Entscheidung nach § 3 Abs. 1 UWG anders ausfallen könnte. Das Problem liegt im Wertungswiderspruch. Die europäische Regelung blendet involvierte Interessen aus, die an sich zu berücksichtigen wären. In den relevanten Fällen überträgt sich also der wertungsmäßig verfehlte Ansatz des europäischen Rechts auf die deutsche Regelung.

Probleme können sich schließlich auch im Rahmen der Anwendung des Beispielskatalogs des § 4 UWG ergeben, der trotz geringer Änderungen ebenfalls richtlinienkonform anzuwenden ist⁵⁵. Die Generalklausel des § 3 UWG bildet den Beurteilungsmaßstab für die Auslegung der Fälle des § 4 UWG. Dies bedeutet, dass der Maßstab des § 3 Abs. 2 UWG zu berücksichtigen ist, soweit im konkreten Fall § 4 UWG auf eine geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern angewendet werden soll⁵⁶. Allein dies führt zu einem richtlinienkonformen Ergebnis. Gleichzeitig werden aber andere Interessen, jene von gewerblichen Abnehmern und Wettbewerbern ausgeschlossen, so dass es auch hier zu einer Verengung der Interessenabwägung kommen kann.

III. Anwendung des Irreführungstatbestands

Auch beim Irreführungstatbestandes nach § 5 UWG können Anwendungsprobleme auftreten, die vorrangig in der überschießenden Umsetzung begründet liegen.

Auch nach neuem Recht ist für die Bestimmung der Irreführung die Ermittlung der Verkehrsauffassung wesentlich. Das Kriterium der Verkehrsauffassung wird zwar nicht in § 5 UWG angesprochen, sehr wohl aber in § 5a Abs. 1 UWG bei der Irreführung durch Unterlassen. Das Irreführungsverbot schützt die angesprochenen Verkehrskreise gegen sachfremde Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit⁵⁷. Daher ist die Irreführung notwendig danach zu bestimmen, wie die Werbung nach der Verkehrsauffassung der angesprochenen Kreise zu verstehen ist.

⁵⁵ Siehe hierzu *Köhler*, GRUR 2008, 841 (aus der Zeit vor der Umsetzung).

⁵⁶ So im Ergebnis auch *Schöttle*, GRUR 2009, 546 (549). Für § 4 Abs. 1 UWG bleibt also ein eigenständiger Anwendungsbereich nur, soweit es sich nicht um geschäftliche Handlungen handelt, die an Verbraucher gerichtet sind.

⁵⁷ Siehe hierzu auch *Scherer*, WRP 2008, 708.

Der Maßstab für die Verkehrsauffassung findet sich für Verbraucher nicht in § 5 UWG, sondern in § 3 Abs. 2 UWG, wo in richtlinienkonformer Weise auf das europäische Verbraucherleitbild des durchschnittlichen Verbrauchers abgestellt wird⁵⁸. Dieses Modell lässt sich für § 5 UWG im Rahmen der überschießenden Umsetzung auf das Leitbild eines durchschnittlichen Vertreters der angesprochenen Verkehrskreise erweitern.

Problematisch wird es hier, wenn eine geschäftliche Handlung zu beurteilen ist, die sich sowohl an Verbraucher als auch Nichtverbraucher richtet. Hier kann es sein, dass die Nichtverbraucher die betreffende Aussage überwiegend richtig verstehen, die Verbraucher aber überwiegend falsch. In richtlinienkonformer Auslegung könnte die Handlung also nach § 5 UWG zu verbieten sein, während die nach deutschem Recht zu fordernde umfassende Interessenabwägung anders ausfällt.

E. Lauterkeitsrecht und Europäisches (Verbraucher-) Vertragsrecht

Wenden wir uns der zweiten zentralen Thematik dieses Beitrags zu, nämlich der Bestimmung des Standortes des Lauterkeitsrechts im Verhältnis zum europäischen Verbrauchervertragsrecht und – noch allgemeiner – zum europäischen Vertragsrecht insgesamt.

I. Die Bedeutung des Verhältnisses

Lauterkeitsrecht und Vertragsrecht wurden in der deutschen privatrechtlichen Dogmatik traditionell scharf auseinander gehalten.⁵⁹ Das Lauterkeitsrecht wurde danach auf das Vertriebsstadium beschränkt, bevor es zu einer vertragsrechtlich relevanten Handlung kommt. Die „vorvertragliche Haftung“ setzt zumindest ein Eintreten der Parteien in das Stadium der Vertragsanbahnung voraus.

Eine solche kategorische Trennung lässt sich unter Geltung des europäischen Rechts nicht mehr aufrechterhalten. Das europäische Lauterkeitsrecht greift genauso in das Vertragsrecht hinüber, wie das europäische Vertragsrecht inzwischen mit seinen Regeln an Handeln weit vor dem Eintritt in die Vertragsanbahnung anknüpft. So stellt sich für die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken die Frage, ob diese nicht auch eine Regelung des Vertragsrechts enthält, wenn sie in ihrem Anwendungsbereich Geschäftspraktiken nicht nur „vor“, sondern auch „während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenes Handelsgeschäfts“ erfasst (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie). Genauso wirkt europäisches Lauterkeitsrecht auf das Stadium des Vertragsschlusses ein, wenn die E-Commerce-Richtlinie⁶⁰

⁵⁸ Siehe dazu Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie. Die Richtlinie erwähnt den Durchschnittsverbraucher anders als die deutsche Umsetzung auch im Rahmen der Irreführung, nämlich in Art. 6 Abs. 2. Zur Annäherung der deutschen Praxis an das europäische Verbraucherleitbild siehe *Omsels*, GRUR 2005, 548.

⁵⁹ Siehe jedoch inzwischen *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, 2007.

⁶⁰ Siehe oben Fn. 15.

Pflichten des Internet-Anbieters in Bezug auf die Gestaltung des Verfahrens zum Online-Vertragsschluss statuiert, ohne dass hiervon die Wirksamkeit des Vertragsschlusses abhängig gemacht wird. Umgekehrt knüpft das europäische Vertragsrecht an lauterkeitsrechtliche Tatbestände an, wenn in der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf⁶¹ die Werbeaussagen des Herstellers herangezogen werden, um die Vertragsmäßigkeit der verkauften Sache als Grundlage für die Gewährleistungshaftung des Verkäufers zu bestimmen.

Kurz: Europäisches Lauterkeitsrecht regelt zunehmend Verbraucherverträge; europäisches Verbrauchervertragsrecht regelt zunehmend auch das Marktverhalten vor Vertragsschluss. Wenn so die Grenzen von Lauterkeitsrecht und Vertragsrecht verschwimmen, steigt das Bedürfnis nach einer einheitlichen Konzeption.

Im Folgenden soll daher ein näherer Blick auf die aktuelle Entwicklung bei der Überarbeitung des europäischen Verbraucher-Acquis geworfen werden, um daraus Folgerungen für das europäische Lauterkeitsrecht zu ziehen.

II. Überarbeitung des europäischen Verbraucher-Acquis

Die gegenwärtig laufenden Bemühungen zur Überarbeitung des europäischen Verbraucher-Acquis sind auf das Engste verbunden mit der Diskussion um ein umfassenderes europäisches Vertragsrechts. Die bisher abgelaufenen Entwicklungsstadien sollen daher im Folgenden nachgezeichnet werden.⁶²

Nachdem das Europäische Parlament bereits in zwei Entschlüssen in den Jahren 1989⁶³ und 1994⁶⁴ zur Vorbereitung eines europäischen Zivilgesetzbuches aufgerufen hatte, ging der wesentliche politische Impuls für die gegenwärtige Entwicklung von den Beschlüssen des Europäischen Rates von Tampere vom Dezember 2000 aus. Darin wurde eine Studie über die Frage für erforderlich gehalten, ob zur Beseitigung von Hindernissen für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes die materiellen zivilrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten angeglichen werden müssen⁶⁵.

Im Juli 2001 leitete die Kommission mit der Mitteilung über das europäische Vertragsrecht⁶⁶ einen Konsultationsprozess über die vom Europäischen Rat gestellte Frage ein. Dabei zog die Kommission vier denkbare Handlungsoptionen in Betracht: An erster Stelle (Option 1) wurde vorgeschlagen, auf jedes Handeln zu verzichten, sofern der Markt die festgestellten Probleme lösen kann. An zwei-

⁶¹ Art. 2 Abs. 2 lit. d Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG L 171/12.

⁶² Siehe hierzu auch *Drexl*, in: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, 2009 (im Erscheinen).

⁶³ Entschließung A2-157/89 vom 26. Juni 1989, ABl. EG C 377/323.

⁶⁴ Entschließung A3-0329/94 vom 25. September 1994, ABl. EG C 205/518.

⁶⁵ ABl. EG 2000 C 377/323.

⁶⁶ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 11. Juli 2001 zum europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 endg. Siehe dazu *Staudenmayer*, EuZW 2001, 485.

ter Stelle (Option 2) nennt die Mitteilung die Förderung und Ausarbeitung unverbindlicher gemeinsamer Vertragsrechtsgrundsätze, auf die bei Abfassung von Verträgen, bei Entscheidungen durch Gerichte und Schiedsgerichte sowie bei der Schaffung nationaler Gesetze zurückgegriffen werden könnte. Unmittelbar sekundäres Gemeinschaftsrecht betreffen die beiden restlichen Optionen, die auch hier besonders interessieren, nämlich die Überarbeitung und Verbesserung des *acquis communautaire* mit dem Ziel der Vereinheitlichung und Anpassung (Option 3) sowie der Erlass ganz neuer in sich konsistenter Rechtsnormen zum Vertragsrecht (Option 4).

Die Veröffentlichung der Mitteilung führte zu einer intensiven wissenschaftlichen Debatte⁶⁷. Die Frage nach Problemen für den Binnenmarkt richtete notwendig den Fokus auf das Verbrauchervertragsrecht. Dieses war zwar im Lichte des Binnenmarktziels bereits weitgehend angeglichen worden, verfehlte aber dennoch aus wesentlich zwei Gründen das selbstgesteckte Ziel. Zum einen verfolgten die schon 2001 bestehenden verbraucherschutzrechtlichen Richtlinien nur eine Mindestharmonisierung, die den Mitgliedstaaten erlaubt, über den geforderten Schutz hinauszugehen⁶⁸. Dies führt dazu, dass zwar halbzwingendes Verbraucherschutzrecht in den Mitgliedstaaten entstanden ist, diese nationalen Vorschriften aber weiterhin beträchtlich voneinander abweichen. Zum anderen verbürgte das Kollisionsrecht auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 2 des Europäischen Vertragsrechtsübereinkommens (EVÜ) die Anwendung des zwingenden Rechts im Aufenthaltsstaat des sog. „passiven“ Verbrauchers, der in seinem Aufenthaltsstaat angesprochen wird und von diesem Staat aus handelt⁶⁹.

Nicht zuletzt dieser Befund erklärt, weshalb mit der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen⁷⁰ erstmalig für das Verbraucherschutzrecht auf die Mindestharmonisierung zugunsten einer abschließenden Angleichung verzichtet wurde. Gleiches gilt für die kürzlich erfolgte Überarbeitung der Verbraucherkreditrichtlinie⁷¹, die u.a. damit begründet wurde, dass strengerer als von der Verbraucherkredit-Richtlinie 87/102/EG vorgeschriebener Schutz in vielen Mitgliedstaaten⁷² zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Mitgliedstaaten geführt habe⁷³.

⁶⁷ Siehe beispielsweise die Beiträge in dem Tagungsband Grundmann/Stuyck (Hrsg.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002.

⁶⁸ Ausführlicher hierzu *Drexl*, a.a.O. (Fn. 8), S. 105 ff.

⁶⁹ Hieran hat sich bis heute nichts geändert. Siehe oben B.

⁷⁰ Oben Fn. 21.

⁷¹ Oben Fn. 22.

⁷² So schrieb die Richtlinie 87/102/EG im Gegensatz zum deutschen Recht noch kein Widerrufsrecht vor.

⁷³ Siehe 3. und 4. Erwägungsgrund zur Richtlinie. Zur abschließenden Angleichung siehe den 9. Erwägungsgrund. Ob die neue Richtlinie zu einer Zunahme grenzüberschreitender Verbraucherkredite führen wird, ist angesichts anderer Marktzutritts Hindernisse zweifelhaft; dazu *M.M. Siems*, *EuZW* 2008, 454 (457).

Dagegen trägt, wie bereits dargestellt⁷⁴, die „Vergemeinschaftung“ des EVÜ durch die Rom I-Verordnung⁷⁵ nicht zur Lösung der kollisionsrechtlichen Probleme für den Binnenmarkt bei. Nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-Verordnung bleibt grundsätzlich das Recht des Aufenthaltsstaates des Verbrauchers anwendbar, wenn der Unternehmer seine Tätigkeit in diesem Staate ausübt oder seine Tätigkeit auf diesen Staat ausrichtet. Nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung kann durch Rechtswahl dem Verbraucher nicht der zwingend von der nach Art. 6 Abs. 1 anwendbaren Rechtsordnung des Aufenthaltsstaates gewährte Schutz entzogen werden. Zur Lösung der kollisionsrechtlichen Problematik ließe sich an die Abfassung eines europäischen Zivilrechtsbuches denken, das gerade verbraucherschutzrechtliche Bestimmungen entsprechend dem europäischen Richtlinienstandard enthalten würde und für dessen Anwendung sich die Parteien durch Rechtswahl entscheiden könnten (sog. optionales Instrument)⁷⁶.

Nach Durchführung des Konsultationsprozesses definierte die Kommission im Jahre 2003 ihr weiteres Vorgehen durch die Mitteilung eines Aktionsplanes⁷⁷. Dieser gab den Startschuss für die Ausarbeitung eines „Gemeinsamen Referenzrahmens“ (Common Frame of Reference) in enger Zusammenarbeit mit der Wissenschaft. Ziel sollte es sein, durch die Definition allgemeiner zivilrechtlicher Konzeptionen und Rechtsbegriffe, wie „Vertrag“ oder „Schaden“, ein Grundgerüst für das europäische Vertragsrecht zu schaffen, auf das im Rahmen der sektorspezifischen Regelung zurückgegriffen und damit die Kohärenz des europäischen Vertragsrechts insgesamt erhöht werden könnte. Gleichzeitig legte sich die Kommission in Bezug auf die „vierte Option“ auf die Fortführung der Überlegungen für ein optionales Instrument fest.

Diese Überlegungen wurden in einer Mitteilung aus dem Jahre 2004 weiter konkretisiert.⁷⁸ Die Arbeiten sollten in drei Teilprojekten fortgeführt werden: (1.) der Ausarbeitung des Gemeinsamen Referenzrahmens, (2.) der Schaffung gemeinschaftlicher AGB durch die Marktbeteiligten sowie (3.) der Schaffung eines optionalen Instruments. Im Hinblick auf den Gemeinsamen Referenzrahmen zeigt sich deutlich der Einfluss der Binnemarktorientierung. Ziel sei die generelle Überprüfung des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstandes im Vertragsrecht durch die Definition abstrakter Rechtsbegriffe, die Beseitigung von Unstimmigkeiten sowie die Überprüfung von Mindestharmonisierungsklauseln in bestehenden Richtlinien. Dabei nimmt das Verbrauchervertragsrecht eine zentrale Stellung ein. Große Beachtung verdient schließlich die der Mitteilung angefügte „Struktur“ des

⁷⁴ Oben B.

⁷⁵ Oben Fn. 17.

⁷⁶ So schon angedeutet bei *Drexl*, a.a.O. (Fn. 8), S. 121.

⁷⁷ Mitteilung der Kommission vom 12. Februar 2003 an das Europäische Parlament und den Rat: Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht. Ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endg.; siehe dazu *Staudenmayer*, EuZW 2003, 165.

⁷⁸ Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2004 an das Europäische Parlament und den Rat vom 11.10.2004 – Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstandes – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endg.

Gemeinsamen Referenzrahmens, die sich wie das Inhaltsverzeichnis eines Zivilgesetzbuches liest. In Bezug auf das optionale Instrument kündigte die Kommission an, auch das Verbrauchervertragsrecht mit ins Auge fassen zu wollen. Als Regelungsinstrument komme eine Verordnung in Betracht.

Im Dezember 2004 nahm ein von der Kommission eingerichtetes Forschungsnetzwerk zum Gemeinsamen Referenzrahmen (CFR-Net), mit Mitgliedern verschiedenster Berufsgruppen aus den Mitgliedstaaten, seine Arbeit auf. In ihrem Fortschrittsbericht aus dem Jahre 2005⁷⁹ verknüpft die Kommission schließlich den Prozess zum europäischen Vertragsrecht mit der 2004 angestoßenen Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Bereich des Verbrauchervertragsrechts. Die Überlegungen zum optionalen Instrument wurden im Sinne einer „26. Rechtsordnung“ (bei damals 25 Mitgliedstaaten) fortgeführt. Dagegen ist das AGB-Projekt mittlerweile als gescheitert anzusehen, nachdem die Unternehmen wenig Interesse daran entwickelt haben.

In Bezug auf die Überprüfung des sog. Verbraucher-Acquis legte die Kommission – unter der Federführung der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz (SANCO) – im Februar 2007 ein Grünbuch vor⁸⁰. Diskutiert wird darin vor allem, ob lediglich die bisherigen Richtlinien überarbeitet (sog. vertikaler Ansatz) oder neue Rahmeninstrumente zur Regelung gemeinsamer Merkmale geschaffen werden sollen (sog. horizontaler Ansatz). Nachgedacht wird ebenso über den Übergang zum Modell der abschließenden Angleichung⁸¹. Angefügt wird eine Liste von Fragen, die auf einen Ausbau des Schutzes in Bezug auf einzelne, bereits bestehende Richtlinien, insbesondere die Klausel-Richtlinie und die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie hinauslaufen könnten. Der Konsultationsprozess ergab vor allem eine Präferenz der interessierten Kreise für einen horizontalen Ansatz⁸². Dagegen waren die Auffassungen in Bezug auf den Übergang zur abschließenden Angleichung gespalten⁸³.

Die Arbeiten des CFR-Netzes konzentrierten sich gleichzeitig auf jene Teile, die für das Verbrauchervertragsrecht Relevanz haben⁸⁴. Thematisch besteht hier eine beachtliche Parallelität mit den Themen des Grünbuchs zum Verbraucher-Acquis. In verschiedenen Workshops wurden freilich auch weitere Themen des

⁷⁹ Bericht der Kommission vom 23. September 2005 – Erster jährlicher Fortschrittsbericht zum europäischen Vertragsrecht und zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes, KOM (2005) 456 endg.

⁸⁰ Grünbuch der Kommission vom 8. Februar 2007 – Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz, KOM (2006) 744 final. Siehe auch die Stellungnahme der Verbraucherschutzkommissarin *Kuneva*, ERCL 2007, 239 (unter Berücksichtigung des Prozesses für einen Gemeinsamen Referenzrahmen).

⁸¹ Kritisch hierzu etwa *Rutgers/Sefton-Green*, ERPL 16 (2008), 427 (433 f.), die bezweifeln, dass die Rechtsunterschiede zu tatsächlichen Marktzutrittsbarrieren führen.

⁸² Eine ausführliche Analyse der Reaktionen findet sich auch bei *Loos*, <http://ssrn.com/abstract=1123850> (zuletzt abgerufen am 8. Juli 2009).

⁸³ *Ibid.*, S. 4 f.

⁸⁴ Siehe Bericht der Kommission vom 25. September 2007 – Zweiter Fortschrittsbericht zum Gemeinsamen Referenzrahmen, KOM (2007) 447 endg.

Vertragsrechts aufgegriffen⁸⁵. In ihrem Zweiten Fortschrittsbericht zum Verbrauchervertragsrecht vom Juli 2007 bringt die Kommission ihre Absicht zum Ausdruck, die Erkenntnisse des CFR-Net bei der Überprüfung des Verbraucher-Acquis zu berücksichtigen⁸⁶. Den Gemeinsamen Referenzrahmen möchte die Kommission gleichsam als „Werkzeugkasten“ (Toolbox) oder Handbuch für die Gesetzgebung verwenden. Eine breite Harmonisierung des Vertragsrechts oder gar die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches werde nicht verfolgt⁸⁷. Vom optionalen Instrument ist keine Sprache mehr⁸⁸.

Freilich kündigte die Kommission an, auch den erwarteten „akademischen“ Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR) berücksichtigen zu wollen⁸⁹. Dieser „akademische“ DCFR⁹⁰ ist nun tatsächlich im Januar 2008 veröffentlicht worden. Der DCFR verknüpft Arbeiten zweier zunächst unabhängig arbeitender Wissenschaftlergruppen, nämlich der *Study Group on a European Civil Code* sowie der *European Research Group on Existing European Private Law* (sog. Acquis Group)⁹¹. Die Study Group behandelt in acht Teilgruppen und einem rechtsvergleichenden Ansatz das gesamte Vertragsrecht und berücksichtigt die Principles of European Contract Law (PECL) der Lando-Gruppe⁹². In den Text des DCFR wurde schließlich das von der Acquis Group erarbeitete Regelwerk⁹³ eingefügt⁹⁴. Dieses setzt sich methodisch von den PECL ab. Während letztere sich nicht für den gemeinschaftlichen Besitzstand interessieren und rein rechtsvergleichend ausgearbeitet wurden, bauen die Grundregeln der Acquis Group gerade auf den Gemeinschaftsregeln auf⁹⁵. Die Leistung des DCFR besteht also vor allem in der Zusammenführung des *acquis commun* mit dem *acquis communautaire*⁹⁶. Entsprechend findet sich im DCFR auch das europäische Verbrauchervertragsrecht wieder. Der DCFR liest sich wie der Entwurf eines kohärenten Vertragsgesetzbuches. Schon deshalb kommt ihm für die künftige Ausarbeitung eines „politischen“ CFR größte Beachtung zu.

⁸⁵ *Ibid.*, S. 7 ff.

⁸⁶ *Ibid.*, S. 6.

⁸⁷ *Ibid.*, S. 7.

⁸⁸ Der wenig ehrgeizige Bericht bestätigt Befürchtungen von *Beale*, ERCL 15 (2007), 257, wonach eine Aufgabe des Projekts durch die Kommission drohe.

⁸⁹ Zweiter Fortschrittsberichte, a.a.O. (Fn.84), S. 6.

⁹⁰ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, 2008. Siehe auch von Bar, An Introduction to the Academic Common Frame of Reference, http://www.era.int/web/en_resources/5_1095_6261_file_en.8992.pdf (zuletzt abgerufen am 8.7.2009).

⁹¹ Siehe <http://www.acquis-group.org>.

⁹² *Lando/Beagle* (Hrsg.) Principles of European Contract Law, Parts I & II, 2000; *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann* (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part III, 2003.

⁹³ In der englischen Originalfassung abrufbar über <http://www.acquis-group.org>. Für eine Analyse siehe *Jansen/Zimmermann*, MLR 71 (2008), 505.

⁹⁴ Eine deutsche Übersetzung erschien in ZEuP 2007, 896.

⁹⁵ So *R. Schulze*, ZEuP 2007, 731.

⁹⁶ So *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529 (533).

In einer Entschließung vom 3. September 2008⁹⁷ nahm das Europäische Parlament den akademischen DCFR nicht nur zur Kenntnis, sondern forderte die Kommission für das angekündigte Weißbuch auf, alle denkbaren Handlungsformen für den Gemeinsamen Referenzrahmen, von einem unverbindlichen Instrument bis hin zu einem optionalen Instrument, in Betracht zu ziehen, den Gemeinsamen Referenzrahmen thematisch möglichst weit anzulegen und zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine Themen auszuschließen. Bei der Abfassung des Gemeinsamen Referenzrahmens sei zu gewährleisten, dass sich dieser später zu einem optionalen Instrument entwickeln kann. Das Parlament erkennt im akademischen DCFR offensichtlich die Chance, ihre Idee einer umfassenden Regelung des Vertragsrechts gegen die spätestens seit dem Zweiten Fortschrittsbericht im Raume stehende Beschränkung auf eine Reform des Verbrauchervertragsrechts durchzusetzen.

Den bisherigen Schlusspunkt in dieser Entwicklung bildet die Veröffentlichung des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher vom 8. Oktober 2008⁹⁸. Dieser Vorschlag strebt u.a. eine Konsolidierung der bisherigen verbrauchervertraglichen Richtlinien⁹⁹ an. Hier ist nicht der Ort, um die Vorschläge der Kommission umfassend zu analysieren. Im Verhältnis zum Lauterkeitsrecht ist vor allem der Hinweis entscheidend, dass mit ihrem Vorschlag die Kommission nun endgültig den Mindestschutzansatz aufgeben möchte, der im Laufe der Debatte um ein europäisches Vertragsrecht immer mehr als Hindernis für die Errichtung des Binnenmarktes hervorgetreten ist, und schlägt stattdessen eine abschließende Angleichung vor.

III. Umdenken im Europäischen Verbrauchervertragsrecht

Wie die Entwicklung zeigt, kommt in der Überarbeitung des Verbraucher-Acquis und vor allem im nun vorliegenden Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher ein grundsätzliches Umdenken im Europäischen Verbrauchervertragsrecht zum Ausdruck. Hierfür steht einmal der Übergang zur abschließenden Angleichung sowie die Integration des Verbrauchervertragsrechts in ein kohärentes europäisches Vertragsrecht.

1. Der Übergang zur abschließenden Angleichung

Nachdem sich in der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen und bei der Überarbeitung der Verbraucherkreditrichtlinie bereits der Übergang

⁹⁷ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. September 2008 zum Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht, B6-0374/2008, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0397&language=DE&ring=B6-2008-0374> (zuletzt abgerufen am 8.7.2009).

⁹⁸ Oben Fn. 3.

⁹⁹ Umfasst sind die Richtlinie 85/577/EWG über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, die Richtlinie 97/7/EG über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz sowie die Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter. Nicht eingeschlossen ist die Verbraucherkreditrichtlinie.

von der Mindestangleichung zur abschließenden Angleichung abgezeichnet hatte, würde mit der Verwirklichung einer abschließenden Angleichung in der Richtlinie über Rechte der Verbraucher ein grundsätzlicher konzeptioneller Wandel vollzogen. Artikel 4 der vorgeschlagenen Richtlinie spricht eine deutliche Sprache:

„Die Mitgliedstaaten dürfen keine von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufrechterhalten oder einführen; dies gilt auch für strengere oder weniger strenge Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus.“

Die von der Kommission angeführten Argumente sind schlagkräftig: Die Mindestangleichung führe eher zur Rechtszerplitterung, als den Binnenmarkt herzustellen. Das Kollisionsrecht trage auch nach Erlass der Rom I-Verordnung nichts zur Lösung des Problems bei. Vor allem Unternehmen zögerten, an Verbraucher in anderen Staaten zu verkaufen. Dagegen erwartet sich die Kommission gerade von der abschließenden Angleichung erhebliche Anreize für Unternehmen, grenzüberschreitend Waren und Dienstleistungen anzubieten, wovon nicht zuletzt die Verbraucher selbst profitieren würden.

Dies bedeutet nicht, dass nicht auch die abschließende Angleichung ihren Preis haben wird. Zum einen hat die abschließende Angleichung zur Voraussetzung, dass das erreichte Verbraucherschutzniveau tatsächlich ausreichend ist. Zum anderen beseitigt die abschließende Angleichung den Wettbewerb der Rechtsordnungen. Der Rechtsvergleich als Quelle der Inspiration zur Lösung neu auftretender Verbraucherschutzprobleme dürfte damit weitgehend entfallen. Bei der heutigen Zusammensetzung der EU lassen sich Staaten mit vergleichbarem Verbraucherschutzniveau weder in Europa noch auf anderen Kontinenten ohne Weiteres finden.

2. Integration des Verbrauchervertragsrechts in ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht

Für die Integration des Verbrauchervertragsrechts in das europäische Vertragsrecht insgesamt stehen vor allem jene geschilderten Projekte, die erheblich über die gegenwärtigen Initiativen für konkrete Gesetzgebung hinausgreifen.

Zu nennen ist hier an erster Stelle der Draft Common Frame of Reference (DCFR), der das Verbrauchervertragsrecht in einen größeren Kontext integriert. Hier scheint etwa interessant, dass der DCFR die europäische Klauselkontrolle, die nach der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln auf Verbraucherverträge beschränkt ist, nicht unähnlich dem deutschen Recht auf alle Verträge ausdehnen würde¹⁰⁰. Der DCFR zeigt, dass mit einem globaleren Regelungsansatz, der nicht auf den Schutz der Verbraucher fokussiert bleibt, letztlich bessere Lösungen zu erzielen sind. Zu Ähnlichem ist die Richtlinie über Rechte der Verbraucher nicht in der Lage, denn sie wird in ihrer Anwendung auf Verbraucherverträge beschränkt bleiben.

¹⁰⁰ Der DIAC geht hier sogar weiter als das deutsche Recht, soweit auch Individualverträge zwischen Unternehmen der Klauselkontrolle unterworfen werden sollen. Tendenziell kritisch hierzu *Drexler*, a.a.O. (Fn. 62).

Der DCFR beantwortet nicht die Frage, wie dessen Vorschriften zu geltendem Recht werden könnten. In Betracht käme der Erlass in Form eines „optionalen Instruments“, das als zusätzlich wählbare Option den Parteien in Europa für grenzüberschreitendes Handeln zur Verfügung gestellt werden könnte. Dieses optionale Instrument hätte den Vorteil, dass es anders als die abschließende Angleichung den Wettbewerb der Rechtsordnungen nicht aushebeln würde. Vielmehr würde das optionale Instrument über die Rechtswahlfreiheit und damit das Internationale Privatrecht den Wettbewerb der Rechtsordnungen sogar noch besonders anregen; die Mitgliedstaaten könnten in ihrem nationalen Recht weiterhin strengere Vorschriften vorsehen und dennoch stünde den Unternehmen ein Mittel zur Verfügung, um einheitliche Vertriebsstrategien unionsweit nach einer einheitlichen Vertragsrechtsordnung bei gleichzeitig angemessenem Verbraucherschutz zu gestalten.

IV. Folgerungen für das europäische Lauterkeitsrecht

Aus der Analyse der Entwicklung des europäischen Verbrauchervertragsrechts lassen sich Folgerungen für die Frage nach der abschließenden Angleichung im Lauterkeitsrecht sowie für die Schaffung eines „einheitlichen“ Lauterkeitsrechts ziehen.

1. Folgerungen für die abschließende Angleichung

Zunächst lässt sich feststellen, dass das europäische Lauterkeitsrecht mit dem Erlass der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken mit der abschließenden Angleichung dem europäischen Verbrauchervertragsrecht vorausgeeilt ist. Eine gewichtige Ausnahme besteht hier jedoch beim Verbot der irreführenden Werbung im Verhältnis zu Nichtverbrauchern.

Freilich bleibt das europäische Lauterkeitsrecht mit einem gewichtigen Manko behaftet. Geschäftspraktiken werden nur im Verhältnis zu Verbrauchern geregelt, obwohl ein und dieselbe geschäftliche Handlung auch an Nichtverbraucher gerichtet sein kann. Damit läuft das europäische Lauterkeitsrecht Gefahr, nicht alle involvierten Interessen zu berücksichtigen. Die abschließende Angleichung wird somit sogar zum Hindernis für das Erreichen angemessener Lösungen.

2. Forderung nach einem „einheitlichen“ Lauterkeitsrecht

Die selbstverständliche Konsequenz aus der hier vorgenommenen Untersuchung besteht in der Forderung nach der Schaffung eines „einheitlichen“ europäischen Lauterkeitsrechts. Die Frage ist, wie ein solches aussehen und vor allem implementiert werden könnte.

Wurde für das europäische Vertragsrecht vor allem das optionale Instrument in Betracht gezogen, erscheint ein solches für das Lauterkeitsrecht nicht adäquat. Das optionale Instrument ist eng verbunden mit dem kollisionsrechtlichen Prinzip der Rechtswahlfreiheit, das im Vertragsrecht gilt, aber nicht in den Fällen der außervertraglichen (gesetzlichen) Haftung, zu denen auch das Lauterkeitsrecht gehört.

Ebenso wenig in Betracht kommt ein unmittelbar anwendbares lauterkeitsrechtliches Instrument, das nach dem Vorbild gemeinschaftsweiter Immaterialgüterrechte (Gemeinschaftsmarke, Gemeinschaftsmusterrecht, Gemeinschaftssor-

tenrecht) neben das nationale Lauterkeitsrecht treten würde. Ein solches System würde stets die Prüfung geschäftlichen Handelns nach zwei Rechtsmaßstäben, dem nationalen und dem europäischen, erforderlich machen und die Rechtszersplitterung nur noch verschärfen.

Eine angemessene Lösung lässt sich daher nur entweder in der abschließenden Angleichung des gesamten Lauterkeitsrechts – und nicht nur eines Teilbereichs wie heute – oder durch die Schaffung eines Gemeinschaftslauterkeitsrechts, das an die Stelle der nationalen Rechte tritt, erreichen. In beiden Fällen bestünde der Preis in der Aufgabe des Wettbewerbs der Rechtsordnungen.

F. Schlussfolgerungen

Die hier vorgenommene Analyse führt zu einer Kritik der Beschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie über unlautere Geschäftsmethoden auf den B2C-Bereich. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat hier nicht einfach nur eine bloße Teilregelung getroffen. Weil er sich auf den bloßen Schutz der Interessen der Verbraucher beschränkt und dabei nicht hinreichend zur Kenntnis nimmt, dass ein und dieselben Geschäftspraktiken neben Verbraucherinteressen auch die Interessen anderer Abnehmer (insbesondere von Unternehmen) und schließlich von Mitbewerbern beeinträchtigen kann, läuft das europäische Lauterkeitsrecht in der heutigen Form Gefahr, falsche Abwägungsergebnisse und damit Wertungswidersprüche hervorzubringen.

Mit der Richtlinie über unlautere Geschäftsmethoden rückt das europäische Lauterkeitsrecht näher an das europäische Verbrauchervertragsrecht heran. Auch unabhängig vom Verbraucherschutzgedanken sind das Lauterkeitsrecht und das Vertragsrecht enger zusammengewachsen, nämlich in dem Maße wie Vertragsrecht verstärkt an vorvertragliches Verhalten anknüpft und das Lauterkeitsrecht auch Verhalten bei und nach Vertragsschluss als zu regelndes Verhalten entdeckt.

Dieses Zusammenwachsen der beiden Rechtsgebiete fordert zum Nachdenken über eine gemeinsame Grundkonzeption für eine zukünftige Regelung auf. Hierzu gehören das Prinzip der abschließenden Angleichung sowie die Idee eines optionalen Instruments. Da in wichtigen Bereichen, wie insbesondere im Internet, das Herkunftslandprinzip gilt, erscheint im Lauterkeitsrecht ein Abweichen vom Grundsatz der Mindestangleichung weniger geboten als im Bereich des Verbrauchervertragsrechts. Im Lauterkeitsrecht besteht anders als im Vertragsrecht nicht die Option auf Einführung einer von den Parteien wählbaren europäischen Rechtsordnung zusätzlich zu den nationalen Lauterkeitsrechten. Das Lauterkeitsrecht begründet eine außervertragliche (gesetzliche) Haftung, für die kollisionsrechtlich das Marktortprinzip und nicht das Prinzip der Rechtswahlfreiheit gilt. Trotz dieser Unterschiede spricht das konzeptionelle Zusammenwachsen von Lauterkeitsrecht und Vertragsrecht für ein weiteres Nachdenken über einen einheitlichen Regelungsansatz.

Die Analyse des Lauterkeitsrechts und des Verbrauchervertragsrechts zeigt ein Weiteres: Die Entwicklung hin zur abschließenden Angleichung im Lauterkeitsrecht und Verbrauchervertragsrecht sowie die dargelegte Notwendigkeit im Lau-

terkeitsrecht, alle involvierten Interessen zu berücksichtigen, belegen, dass anders als in Art. 95 Abs. 3 und Art. 153 EG formuliert, nicht von einem „hohen“, sondern von einem „angemessenen“ Verbraucherschutzniveau ausgegangen werden sollte.

Diskussion*

Jochen Glöckner

Durch die Verwendung des Begriffs „jedenfalls“ in § 3 Abs. 2 UWG wird zwar zutreffend klargestellt, dass die Erfüllung der in § 3 Abs. 2 UWG niedergelegten Voraussetzungen, welche ein Kondensat der in den Art. 5 Abs. 2, 3 UGP-Richtlinie formulierten Umschreibungen darstellen, selbständig die Unzulässigkeit begründet.

Die Formulierung „jedenfalls“ legt aber sprachlich zugleich nahe, dass geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern auch dann nach § 3 Abs. 1 unzulässig sein können, wenn die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 nicht erfüllt sind, was zugleich indiziert, dass der Maßstab des § 3 Abs. 1 ein möglicherweise strengerer, jedenfalls aber anderer als der des § 3 Abs. 2 ist.

Geht man davon aus, dass durch die Formulierung „geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern“ in § 3 Abs. 2 UWG der gesamte gegenständliche Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie erfasst und durch die Formulierung des § 3 Abs. 2 UWG die gesamte Definition der Unlauterkeit gem. Art. 5 Abs. 2 UGP-Richtlinie abgebildet werden sollte, so ist demgegenüber wegen der mit der Richtlinie angestrebten Totalharmonisierung die Annahme einer weitergehenden Unzulässigkeit gem. § 3 Abs. 1 UWG nicht zu vereinbaren. Denn innerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie enthält deren Generalklausel den einzigen, gemeinschaftsweit geltenden Maßstab. Der materielle Inhalt des Art. 5 Abs. 2 UGP-Richtlinie „sperrt“ daher für von der Richtlinie erfasste Geschäftspraktiken den Rückgriff auf andere Maßstäbe.

Als Lösungsmöglichkeit bleibt daher für das deutsche Recht, entweder im Wege richtlinienkonformer Auslegung bei der Anwendung der Generalklausel auf geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern den Begriff „jedenfalls“ zu ignorieren und diese ausschließlich an § 3 Abs. 2 zu messen oder aber der Gesamtregelung zu entnehmen, dass der Standard des § 3 Abs. 2 für geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern demjenigen des § 3 Abs. 1 UWG entspricht. Erstere Interpretation hat den Vorteil, die vom Gesetzgeber sprachlich nahegelegte Unterscheidung ernst zu nehmen. Letztere Interpretation gestattet demgegenüber, eine formale und inhaltliche Spaltung der Lauterkeitsmaßstäbe für geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern und sonstige geschäftliche Handlungen zu verhindern. Da die richtlinienkonforme Auslegung von § 3 Abs. 2 ohnehin die auf die Generalklausel in § 3 Abs. 1 gestützte Sanktionierung einer nach der erstge-

* Wegen technischer Schwierigkeiten bei der Bandaufnahme nicht ganz wörtliche Wiedergabe.

nannten Norm zulässigen geschäftlichen Handlung verbietet, ist die zweite Alternative richtlinienkonformer Auslegung aus meiner Sicht vorzuzugswürdig. Für sie spricht zudem der Hinweis des Gesetzgebers, dass mit der Neuregelung keine wesentlichen Änderungen einhergingen.

Frauke Henning-Bodewig

Der Schlussfolgerung von *Josef Drexl*, dass die Beschränkung der Richtlinie 2005/29/EG auf sog. „B2C“-Geschäfte zu falschen Abwägungsprozessen und damit letztlich zu inkonsistenten Lösungen führen kann, stimme ich von Herzen zu. Die Richtlinie stellt zweifellos in vielen Punkten einen Fortschritt gegenüber den bisherigen, in ihren Anwendungsbereichen sehr beschränkten Regelungswerken dar. Die dezidierte Ausklammerung der Interessen anderer Marktteilnehmer als die der Endverbraucher aus dem Abwägungsprozess ist jedoch gerade bei den irreführenden Geschäftspraktiken verfehlt und letztlich gesamtwirtschaftlich nicht zu rechtfertigen.

Besonders interessant fand ich weiter die Ausführungen zu den Bemühungen, das Verbraucherrecht durch eine Rahmenrichtlinie von Wertungswidersprüchen, Überlappungen und inkonsistenten Lösungen zu befreien. Diese Rahmenrichtlinie beschränkt sich jedoch auf die Angleichung von lediglich vier der zahlreichen Richtlinien, die sich mit Verbraucherschutz befassen. Bezeichnenderweise gehört die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken nicht dazu. Ihre Ausklammerung wird lediglich in einer Fußnote erwähnt, nicht jedoch näher begründet. Meiner Meinung nach zeigt dies deutlich, dass selbst nach Auffassung der Kommission der „B2C“-Ansatz der Richtlinie 2005/29/EG zu kurz greift; dass die von der Richtlinie behandelten Fallgestaltungen in Wahrheit in erheblichem Umfang auch die Interessen anderer Marktteilnehmer (als die der Endverbraucher) tangieren und dass deshalb die „Einvernahme“ dieser Richtlinie als Verbraucherschutzrichtlinie in der Tat nicht richtig wäre. Die von der Richtlinie erfassten Sachverhalte gehören eben nicht ausschließlich in das Verbraucherschutzrecht, sondern in das Recht der Marktteilnehmer allgemein. Sie sind damit Teil eines Marktverhaltensrechts, bei dem der Verbraucherschutz, der in der Richtlinie künstlich herausgegriffen wurde, nur ein Element von mehreren ist, wenn auch zweifellos ein sehr wichtiges. Im skandinavischen, jedoch auch im belgischen Recht, spricht man deshalb treffend auch von „Marktvertriebsrecht“ oder „Handelspraktikenrecht; dazu gehören selbstverständlich verbraucherschützende Aspekte, jedoch genauso Aspekte des Schutzes anderer Marktteilnehmer und des Wettbewerbs als solchen.

Dies führt mich zu der Abgrenzung zwischen diesem Marktvertriebsrecht – hier kurz „Lauterkeitsrecht“ bezeichnet – und dem, was ich einmal als „allgemeines Verbraucherschutzrecht“ bezeichnen möchte. Wie *Josef Drexl* zutreffend ausgeführt hat, ist die strenge Trennung in Vertriebsmaßnahmen bis Vertragsschluss (Lauterkeitsrecht) und Handlungen nach Vertragsschluss (allgemeines Vertragsrecht) spätestens seit der Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken nicht mehr aufrechterhaltbar. Zweifellos gibt es einen sich überschneidenden Bereich, der die strenge Zäsur des Vertragsschlusses obsolet macht. Dies ändert jedoch nichts

daran, dass Lauterkeitsrecht und allgemeines Verbraucherschutzrecht den Schwerpunkt anders setzen. Wie auch die Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken mit ihrer Konzentration auf irreführende und aggressive Geschäftspraktiken zeigt, liegt der Fokus des Lauterkeitsrechts auf der Strecke vor Vertragsschluss, der des „allgemeinen Vertragsrechts“ hingegen auf der Strecke nach Vertragsschluss. Auch unter Geltung des (bis zur Reform von 2008 im deutschen UWG verwendeten) Begriffs der „Wettbewerbshandlung“ bestand im deutschen Recht übrigens Einigkeit darüber, dass bestimmte Handlungen nach Vertragsschluss den Begriff der Wettbewerbshandlung erfüllen konnten. Diese Sachverhalte werden wohl auch weiterhin den Hauptanwendungsfall des erweiterten Begriffs der Geschäftspraktiken ausmachen. Dies gilt selbst für Nr. 27 der sog. „black list“ der UGP-Richtlinie, wonach das nicht gerechtfertigte Verlangen immer neuer Unterlagen durch Versicherungsunternehmen per se unlauteren Wettbewerb darstellt. Denn dass dieser Sachverhalt Aufnahme in die Liste der per se-Verbote fand, verdankt er wohl vor allem dem Umstand, dass es sich eben um keinen Einzelfall, sondern um ein taktisches Verhalten bestimmter Versicherungsunternehmen im Markt handelt.

Wolfgang B. Schünemann

Ich habe eigentlich keine Frage und schon gar keine kritische Frage zu dem sehr substantiellen Referat von Herrn *Drexl*. Stattdessen möchte ich einen Aspekt aufgreifen, den Sie in Ihrem Referat mehrfach haben anklingen lassen, nämlich das Verhältnis des Vertragsrechts zum Lauterkeitsrecht. Denn wie Sie bin auch ich der Auffassung, dass es da Zusammenhänge gibt, die bisher noch viel zu wenig ausgelotet wurden. Das von Ihnen zum Schluss Ihrer Ausführungen angemahnte Nachdenken über eine (ich glaube mich richtig zu erinnern) „gemeinsame Grundkonzeption“ beider Rechtsgebiete fasziniert mich seit Längerem, ohne dass ich schon wüsste, wohin da die Reise gehen sollte. Da bin ich gespannt auf eine Dissertation, die gerade an meinem Lehrstuhl „läuft“. Mich interessieren dabei weniger eventuell gemeinsame Wertungsgrundlagen als vielmehr funktionale, Sie können auch sagen: tatbestandliche, vielleicht auch nur: rechtsfolgenbezogene Zusammenhänge. Solche Schnittstellen kennen wir ja zur Genüge zum Thema „Folgeverträge“, freilich auch weitestgehend darauf beschränkt. Vielleicht verhalten sich Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht hier ja wie kommunizierende Röhren: Je mehr vertragrechtlich generierten Verbraucherschutz wir haben, desto weniger ist wettbewerbsrechtlich relevante Unlauterkeit anzunehmen. Aber das ist ein zugegebenermaßen völlig unausgereifter Gedanke. Ihre Ausführungen haben ihn mir aber gerade jetzt wieder aufgedrängt.

Josef Drexl

Ich teile die Ansicht von Herrn Glöckner, wonach eine richtlinienkonforme Auslegung rechtstechnisch am besten dadurch zu erreichen ist, indem man § 3 Abs. 2 UWG so versteht, dass der darin enthaltene Maßstab für den B2C-Bereich dem Maßstab des § 3 Abs. 1 UWG entspricht. Allerdings führt dies nach meinem Verständnis nur zu einem formalen Gleichklang der Beurteilungsmaßstäbe. Verdeckt

wird, dass im Rahmen von § 3 Abs. 2 UWG nur ein Teil der nach § 3 Abs. 1 UWG zu berücksichtigenden Interessen berücksichtigt werden können. Kurz: Gemeinschaftsrechtlich führt an der vorgeschlagenen Auslegung kein Weg vorbei. Die UGP-Richtlinie regelt eben das B2C-Verhältnis abschließend. Der Wertungswiderspruch, den die beiden Absätze von § 3 Abs. 1 und 2 UWG offen legen, belegt aber dauerhaft, wie rechtspolitisch verfehlt die europarechtliche Teilregelung des Lauterkeitsrechts durch die UGP-Richtlinie ist.

Herr Schünemann bringt mit den „kommunizierenden Röhren“ einen wichtigen Gedanken. In der Tat lässt sich beispielsweise die Regelung des Haustürgeschäfts durch das europäische Verbrauchervertragsrecht als vertragsrechtliche Antwort auf eine lauterkeitsrechtliche Problemlage bei der Gestaltung eines bestimmten Vertriebsmodells verstehen. Die Einräumung eines Widerrufsrechts gibt eine angemessene Antwort auf die Gefährdung der Verbraucherinteressen und ermöglicht, das Urteil der Unlauterkeit zu vermeiden. Das Beispiel zeigt, je mehr das europäische Verbrauchervertragsrecht regelt, umso weniger bleibt für das Lauterkeitsrecht zu tun. Sieht man das Verbrauchervertragsrecht und das Lauterkeitsrecht dergestalt in einem funktionalen Zusammenhang, erscheint die jetzt angestrebte abschließende Angleichung des Verbrauchervertragsrechts aber keineswegs als so abschließend wie versprochen. Durchaus denkbar ist nämlich, dass besondere Umstände zur Unlauterkeit von Vertriebsformen im Einzelfall, nämlich auf der Grundlage der Generalklausel der UGP-Richtlinie, führen, obwohl diese Vertriebsformen im Grundsatz vom europäischen Vertragsrecht als zulässig eingeordnet werden (Haustürgeschäfte, Fernabsatz, Internet-Vertrieb).

IV. Zukunftsperspektiven

Zusammenfassung der bisherigen Ansätze

Reto M. Hilty

Im Laufe der letzten 1½ Tage haben wir die Erwartungshaltung ziemlich hoch geschraubt, nämlich immer dann, wenn es schwierig oder die Zeit zu knapp wurde, und auf die „Generaldiskussion“ am Samstag verwiesen. Ich hoffe, dass wir uns selbst nicht enttäuschen werden; wir werden uns jedenfalls gemeinsam bemühen. Ihre Erwartungshaltung ist hoffentlich auch nicht zu groß in Bezug auf die angekündigte Zusammenfassung. Es wäre vermessen zu glauben, man könne den Reichtum der Referate, den wir erfahren haben, und die aus unserer Sicht auf einem extrem hohen Niveau angesiedelte Diskussion in wenigen Minuten zusammenfassen; das – glaube ich – wäre gar nicht möglich. Es war daher vielleicht ganz gut, wenn wir mit einer etwas anderen Sichtweise den Verlauf der Diskussion zunächst noch einmal haben Revue passieren lassen und uns von *Jochen Glöckner* einen Einblick in die Entwicklungslinien des Lauterkeitsrechts vermitteln lassen. Seine Überlegungen hierzu können wir gesondert diskutieren; danach wird jedoch ausreichend Zeit für einen alle bisher angesprochenen Aspekte einbeziehenden Gesamtblick bleiben; denn es ist ja die Idee dieser Tagung, gewisse Perspektiven zu entwickeln.

Mein Eindruck war, dass wir die Diskussion auf zwei Ebenen führten, einer oberen, abstrakteren und einer etwas konkreteren unteren Ebene. Auf der *oberen Ebene* ist – für meine Wahrnehmung – erstaunlich oft und immer wieder der Begriff des Gesamtkonzepts oder Gesamtwettbewerbskonzepts gefallen. Ganz plakativ und konkret hat *Alexander Peukert* das erwähnt. Er hat von Konzepten im Plural gesprochen und hat auf Fragen hin geantwortet, die Konzepte seien offenzulegen, im Sinne von „wir müssen wissen wovon wir eigentlich reden“. In der Diskussion ist das mehrfach aufgenommen worden. Es wurde auch die Frage gestellt, ob es überhaupt ein Konzept gäbe. *Nikolaus Peifer* beispielsweise hat dem – das wurde auch immer wieder aufgenommen – entgegengesetzt, es sei kein Konzept, sondern Paternalismus, was wir auf europäischer Ebene erlebten. *Wolfgang Schünemann* hat uns ein recht konkretes und verblüffend einfaches Konzept vorgelegt. Sein Konzept ist der frei funktionierende Wettbewerb, als Grundlage gewissermaßen von allen. Ich glaube, am weitesten gefasst hat es dann *Rupprecht Podszun* mit seiner 6. These, in der er ein neues Gesamtkonzept des Wettbewerbsrechts unter Einbezug des Kartellrechts gefordert hat, was im Grunde bedeutet, dass das Kartellrecht nicht sozusagen die Übergröße und das Lauterkeitsrecht noch so ein bisschen Gehilfe ist, sondern dass es ein Gesamtkonzept gibt, in welches das Kartellrecht eingefügt werden kann. Dem wurde auf der anderen Seite dann auch wieder entgegengesetzt, ob es überhaupt möglich sein, ein Konzept zu haben, das kohärent und konsistent sei. Vor allem *Hans Micklitz* hat die Frage gestellt, ob denn das Lauterkeitsrecht überhaupt konsistent, kohärent sein müsse. Ausgangspunkt der

Diskussion war, insofern die Bewertung von *Frauke Henning-Bodewig* schon in der Einleitung, dass die Kommission ihrerseits Kohärenz und Systematik nicht als Zielsetzung habe. Dies ist in mehreren Äußerungen immer wieder aufgenommen worden, denn irgendwo scheint uns dies zu stören; wir hätten wahrscheinlich nicht das Gefühl, es bestünde Handlungsbedarf, wenn wir nicht den Eindruck hätten, dass das, was wir haben, zu wenig konsistent und zu wenig kohärent sei. Allerdings haben wir von Herrn *Beater* auch gehört, vielleicht sei das System nicht konsistent und nicht kohärent, weil wir auf der Stufe der EU keine Probleme hätten. Man kann sich auch die Frage stellen, ob ein Gesamtkonzept, das angemahnt wurde – oder die Frage, ob das heutige System kohärent sei – an sich überhaupt konsistent wäre. Ein Konzept ist ja nicht dadurch gekennzeichnet, dass es komplett ist. Ein Konzept bedeutet nicht unbedingt eine Anreicherung; eine Verdichtung bedeutet nicht einmal zwingend eine Ordnung. Ein Konzept kann durchaus auch ein Weniger sein. Sie erinnern sich, dass unsere Themen der Referate immer wieder ansetzen mit „Mehr oder weniger...?“, es stellt sich also immer die Frage, wie viel wir von etwas wollen. Ein Konzept kann sogar ganz bewusst unvollständig sein. Ich glaube, ein Konzept bedeutet nur, dass man weiß, was man will – und dass man vielleicht auch weiß, was man nicht will. Und dass man weiß, was man tut. Oder anders gesagt, ein Konzept heißt ja nur, man lasse sich nicht von Zufälligkeiten leiten, sondern man mache das, was man macht, bewusst.

Ich denke auch, über das Konzept an sich haben wir – über diese einfache Formel von *Wolfgang Schönemann* hinaus – durchaus, jedenfalls implizit, recht viel diskutiert, und ich glaube, dass wir diesen Punkt auch in der Generaldiskussion noch einmal aufnehmen sollten. Ganz am Anfang – und vielleicht auch am zentralsten – stand im Zusammenhang mit der Diskussion über die Ökonomisierung die Frage, ob letztlich durch einen „more economic approach“ das Lauterkeitsrecht und das Kartellrecht angenähert werden könnten. Ich glaube, am weitesten ging da die Vorstellung von *Rupprecht Podszun*, gleichzeitig mit der Frage konfrontiert, wollen wir diese Ökonomisierung, ist sie überhaupt möglich, oder ist dieser „more economic approach“, um mit den Worten von *Hans Micklitz* zu sprechen, nur eigentlich Industriepolitik der Kommission – wozu man in Klammern anfügen muss, dass das vielleicht nicht ganz gerecht wäre, weil der „more economic approach“ ja nicht von der Kommission erfunden und entwickelt worden ist, sondern ein weiteres Mal, wie meistens im Kartellrecht, aus den USA importiert wurde. Aber es stellt sich in der Tat natürlich die Frage, ob der „more economic approach“ nur ein Feigenblatt ist für mehr Handlungsfreiheit. Stellt sich also die Frage, ob man diese Annäherung an das Kartellrecht will, ob man diese Ökonomisierung will oder ob es eher andere – ich möchte fast sagen Gegen- – Konzepte sind, die dann vielleicht mehr in einer Wertigkeit liegen. *Alexander Peukert* hat uns vor Augen geführt – und ich glaube, zu Recht vor Augen geführt –, dass die Ziele der EU immer stärker definiert, immer mehr aufgebaut werden, insbesondere der hohe Standard von Verbraucherschutz, Gesundheitsschutz usw. All diese Wertigkeiten, diese Vordefinitionen, sind vielleicht nicht vollständig, stehen aber in einem gewissen Widerspruch zu dem Ökonomisierungsansatz, und sie münden

irgendwo vielleicht auch in die Schnittstelle zu der Diskussion, die wir betreffend die Ethik hatten.

Mit Bezug auf die Ethik haben wir durchaus auch noch Diskussionsbedarf. Denn ich bin mir nicht ganz sicher, ob wir diese Diskussion wirklich ausreichend breit geführt haben; die Ethik ist doch sehr stark im Bereich des Werberechts debattiert worden. Die Ethik durchzieht aber, wie Sie alle wissen, auch unzähligen weitere Entscheidungen in anderen Kontexten, insbesondere das ganze Lauterkeitsrecht. Denken Sie nur im französischen Recht an den Begriff des Parasitismus, des „parasitären“, der ja rein wertend ist, eine reine Anleihe an der Ethik, der Irreführung; sie können sagen, eine solche ist einfach eine Sauerei, ist unethisch und deswegen wollen wir sie nicht. Oder aber Sie können ökonomisch funktional sagen, Irreführung wollen wir deshalb nicht, weil dann die Kräfte falsch geleitet werden und irgendwo am Ende ein Marktversagen eintritt. Was wir in diesem Zusammenhang sicher mitnehmen müssen, waren die eindrucklichen Reduzierungen der Pariser Verbandsübereinkunft durch *Martin Pflüger*, der uns klar gemacht hat, dass ihr Einfluss so groß gar nicht sein kann, dass jedenfalls keine zwingenden Vorgaben da sind. Und ich habe da auch den Satz von *Rolf Sack* aufgeschrieben, Ethik sei kein Widerspruch zur Ökonomie, sondern sei die Regel zum richtigen Handeln. Und letztlich die Bemerkung von *Wolfgang Schünemann*, Freiheit könne nicht amoralisch sein. Das sind alles Diskussionspunkte, die wir vielleicht nochmal aufgreifen können.

Jedenfalls haben wir es auf dieser oberen Diskussionsebene wahrscheinlich mit einer Art von Antipoden zu tun. Auf der einen Seite steht diese Ökonomisierungsdebatte, steht der Wille, jenem ökonomischen Ansatz, der das Kartellrecht und das Lauterkeitsrecht stärker prägen könnte, zum Durchbruch zu verhelfen – es geht mithin um den Versuch zur Objektivierung, soweit wir überhaupt Vorhersagen machen können. Und auf der andern Seite haben wir den Ansatz, subjektive, vielleicht auch demokratisch legitimierte Wertentscheidungen in den Vordergrund zu stellen, Entscheidungen so zu treffen, dass wir sie, wie *Karl-Nikolaus Peifer* dies genannt hat, wahrscheinlich vor allem der Ordnungsethik entnehmen können; diese Wertungen werden sich letztlich im Umfeld der Grundrechtscharta bewegen. Ich glaube, diese zwei Positionen sollten einer der großen Diskussionspunkte sein, auf den wir noch einmal zu sprechen kommen. Fast möchte ich sagen: wer, wenn nicht wir, die wir hier so versammelt sind, kann an einem solchen Gesamtkonzept arbeiten. Die Kommission wird es wahrscheinlich nicht tun.

Die andere, die *untere Ebene* der Diskussion sodann drehte sich um das Mehr bzw. des Weniger, ein Ansatz, der einige Referenten etwas verwirrt hat. Aber es ist wahrscheinlich durchaus eine berechtigte Frage, welche Elemente wir in einem Lauterkeitsrecht wollen und wie weit wir dabei gehen wollen. Diskutiert haben wir dies – nicht nur, aber vor allem – mit Blick auf zwei Rechtssubjekte, nämlich die Konkurrenten und die Verbraucher. Wir haben von *Axel Beater* eine sehr große Zurückhaltung vernommen, Konkurrentenschutz zu haben oder gar auszubauen, und ich habe gegen diese Ansicht auch nicht wesentliche Opposition in der Diskussion verspürt. Von *Josef Drexler* haben wir ebenfalls eine eher zurückhaltende Stel-

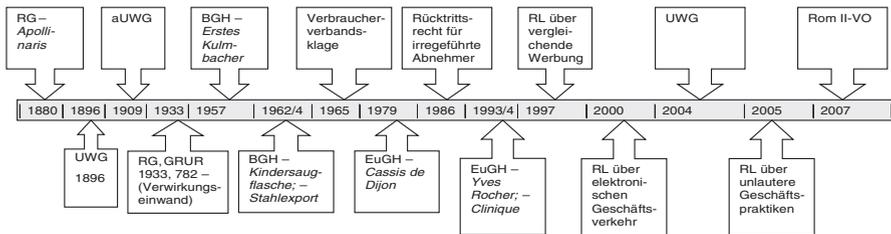
lungnahme bekommen: nicht nur Verbraucherschutz sei gefordert, sondern richtiger Verbraucherschutz mit Blick auf die Tatsache, dass Verbraucher nicht einfach nur der private Endverbraucher sei, sondern auch ein kommerzieller Abnehmer betroffen sein könne, weswegen man nicht einfach beim höchsten Standard einsetzen dürfe. Auch da haben wir kaum Widerspruch vernommen; zum Teil wurde das Ausgeführte kommentiert, und es wurde auf einen gewissen Wandel Bezug genommen, der von der Pariser Verbandsübereinkunft ausging, welche – wie uns *Martin Pflüger* gezeigt hat – noch sehr stark auf den Konkurrentenschutz fokussiert. Diesen Wandel hat uns auch Herr Schünemann näher gebracht.

Allgemeiner gesprochen frage ich mich, ob diese Zurückhaltung mit Bezug auf einen Ausbau des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb zugunsten einzelner Rechtssubjekte uns nicht vor Augen führt, dass es im Grunde eben gar nicht darum geht, wer geschützt werden soll, weil wir nämlich wissen, dass ein funktionierender Wettbewerb – quasi ein „optimaler“ Wettbewerb – ohnehin allen Beteiligten dient, insbesondere auch der Allgemeinheit. Damit wird die Frage nach dem zu schützenden Rechtssubjekt eigentlich obsolet. Die Frage ist nur, was funktionierender Wettbewerb denn eigentlich heißt, und wie er erreicht wird? Dies zu fragen, ist viel einfacher als es zu beantworten. Wohl kann man sagen, Wettbewerbsrecht sei Marktverhaltensrecht, wie *Frauke Henning-Bodewig* dies in ihrem Einleitungsreferat hinsichtlich der Frage, was Lauterkeitsrecht ausmacht, als ersten Punkt gesagt hat. Diesen Ansatz haben viele wieder aufgenommen, und dafür hätte ich auch Sympathien. Gleichzeitig habe ich aber auch viel Verständnis für den Einwand von *Alexander Peukert*, damit werde überhaupt nichts aussagt, dies sei eine normative Aussage, mit der die Diskussion erst beginne. Diesbezüglich wiederum haben wir von *Ansgar Ohly* mit seinen vier Feldern sehr konkrete und gute Vorschläge bekommen. Auch auf diese Vorschläge sollten wir in der Diskussion wieder zurückkommen, wobei wir uns bewusst sein müssen, dass wir uns damit dann schon auf einer sehr konkreten Ebene befinden. Jedenfalls dürfen wir in der Diskussion solcher Fragen die Oberebene, das Gesamtkonzept, nicht aus den Augen verlieren – zunächst jedoch sind wir jetzt auf die „Entwicklungslinien“ – so wie sie *Jochen Glöckner* sie sieht – gespannt.

Entwicklungslinien des Lauterkeitsrechts

Jochen Glöckner

Entwicklungslinien beginnen in der Vergangenheit und erstrecken sich über die Gegenwart in die Zukunft hinein. In gegenständlicher Hinsicht umfassen die Entwicklungslinien des Lauterkeitsrechts sämtliche Aspekte, die von den Veranstaltern der Tagung identifiziert und als Themen in den letzten Tagen behandelt wurden. Vor dem Hintergrund der so umschriebenen Stofffülle sollen nunmehr allein diejenigen Aspekte herausgegriffen werden, die besonders wichtig erscheinen. Auch diesbezüglich soll der Fokus stärker auf die Möglichkeiten künftiger Entwicklung als auf die minutiöse Zusammenfassung der Vergangenheit gelegt werden.



Auf einem Zeitstrahl sind relativ willkürlich, wengleich nicht ganz willkürlich, einige Momentaufnahmen der letzten fast 130 Jahre Lauterkeitsrechtsgeschichte von der Reichsgerichtsentscheidung *Apollinarisbrunnen*¹ bis hin zum Erlass des geltenden UWG abgebildet. Etliche dieser Elemente werden im Verlauf der folgenden Darstellung der Entwicklungslinien auftauchen. Im Folgenden soll regelmäßig bei den Ursprüngen der Entwicklung begonnen werden. Darauf wird eine knappe Darstellung des aktuellen Zustands folgen. Abschließend soll eine Prognose der künftigen Entwicklung gewagt werden. Als Bezugspunkte der Darstellung wurden die Strukturen des Lauterkeitsrechts (A.), sein Zweck (B.), das Verhältnis von Lauterkeitsrecht und Immaterialgüterrecht (C.), der territoriale Bezug des Lauterkeitsrechts (D.) und die inhaltliche Geschlossenheit bzw. der Einfluss exogener Gesichtspunkte (E.) gewählt. Abschließend soll versucht werden, Möglichkeiten einer europa- und wettbewerbsrechtskompatiblen Entwicklung des Lauterkeitsrechts aufzuzeigen (F.).

A. Strukturen

Das Lauterkeitsrecht war ursprünglich deliktsrechtlich konzipiert und resultierte als Sonderrechtsgebiet aus den besonderen Beschränkungen des deutschen gemeinen Deliktsrechts.

¹ RGZ 3, 67.

„Die aquilische Klage, auch die analoge, beschränkte sich in Rom ausschließlich auf Zerstörung oder Entwertung der Körper. Vermögensbeschädigungen anderer Art verpflichteten den Schädiger daher außerkontraktlich nur in Fällen des Dolus. Anders war es nach der älteren gemeinrechtlichen Lehre und Praxis. ... Dies warf aber die gemeinrechtliche Theorie unseres Jahrhunderts über Bord, theils weil sie sich ausschließlich auf den Boden der römischen Quellen stellte, theils weil sie eine so allgemeine außerkontraktliche Schadensklage als zu vag und für den Verkehr bedenklich ansah.“²

Deshalb wurde das Lauterkeitsrecht auch ganz einheitlich als Sonderdeliktsrecht im Rahmen der allgemeinen deliktsrechtlichen Dogmatik verstanden. Die deliktsrechtliche Konzeption wurde allerdings schon sehr früh auf die Probe gestellt. Vor allem der Einsatz der Irreführungs-„Gefahr“ geht deutlich über dasjenige hinaus, was der deliktsrechtlichen Dogmatik aus der Behandlung negatorischer Ansprüche wegen drohender Verletzungen absoluter Rechte oder Rechtsgüter bekannt war:

„Frau von Sch. und der Polizeisergeant R.“ wurden von der Reklame angelockt und suchten „das Geschäft des Angeklagten als Kauflustige auf“³

Damit begründete das Reichsgericht im Jahr 1910 im strafrechtlichen Kontext das Vorliegen des Anscheins eines besonders günstigen Angebots. Im Ergebnis behandelten die Gerichte den Fall des drohenden Wettbewerbsverstoßes damit zunächst ähnlich der drohenden Gefahr der Verwirklichung eines Erfolges i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB, indem sie den Einzelakt der Irreführung zum Anknüpfungspunkt der Haftung machten. In der Folge setzte sich indes die zutreffende Erkenntnis durch, dass die maßgebliche Begründung einer Irreführungsgefahr von konkreten Irreführungen unabhängig ist. Die Irreführungstatbestände mutierten zugleich zu echten Gefährdungstatbeständen. In der deliktsrechtlichen Dogmatik verschob sich damit die Perspektive von der Verhinderung eines Erfolgseintritts auf die Schutzgesetzverletzung. Nun ist die analoge Anwendung der negatorischen Ansprüche auf Verletzung von Schutzgesetzen im Grundsatz anerkannt⁴, doch ebenso die Notwendigkeit der schutzzweckbezogenen Interpretation, um den vorgelagerten Schutz nicht zu überspannen⁵. Erst in jüngerer Zeit wurde die Reichweite der Störerhaftung in Frage gestellt⁶.

Insbesondere fügt sich aber der Schutz von Allgemeininteressen als solcher nicht ohne weiteres in die deliktsrechtliche Dogmatik ein: Im Hinblick auf den Schutz von Allgemeininteressen sind verschiedene Rechtsinstitute, z.B. die Verwirkung, nicht ohne weiteres anwendbar, wie bereits recht früh erkannt wurde (vgl. dazu noch u. II.)⁷. Auch das allgemeine Deliktskollisionsrecht will auf das Lauterkeitsrecht nicht recht passen (vgl. dazu noch u. IV.)⁸.

² *Dernburg*, Pandekten, Bd. II, 1886, § 135.

³ RGSt 44, 143 (144).

⁴ *Medicus*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, § 1004 Rn. 9.

⁵ Vgl. etwa *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 4), § 823 Rn. 356.

⁶ BGHZ 173, 188 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

⁷ RG GRUR 1933, 782 (786).

⁸ Vgl. insoweit BGHZ 35, 329 – *Kindersaugflaschen*; BGHZ 40, 391 – *Stahlexport*.

In der jüngeren Zeit ist das Lauterkeitsrecht in seiner deliktsrechtlichen Konzeption grundlegend in Frage gestellt und mit dem Alternativkonzept des Rechts der Marktkommunikation konfrontiert worden. In der Tat prägt die Regulierung der Marktkommunikation die Rechtsentwicklung in ganz unterschiedlichen Bereichen: Marktkommunikation ist von großer Relevanz im Verbraucherprivatrecht, wo wir mit Informationspflichten und der Pflicht zu transparenter Ausgestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu arbeiten haben, im Lauterkeitsrecht, wo es zu einem erheblichen Teil um die Kontrolle kommerzieller Kommunikationen geht, und nicht zuletzt im Markenrecht, wo die kommunikative Wirkung der Marke als Signalcode betroffen ist. All diese Rechtsgebiete werden im Hinblick auf ihren die Marktkommunikation regulierenden Gehalt verbunden durch die Anwendbarkeit der Informationsökonomik, und es ist deshalb von großem hermeneutischem Wert, diese verschiedenen Rechtsgebiete unter genau diesem Gesichtspunkt zusammenzufügen.

Dennoch habe ich meinen Frieden mit dem Lauterkeitsrecht gemacht, so wie es ist, denn das Recht der Marktkommunikation genießt als strukturelle Einheit keine allgemeine Anerkennung. Es gibt soweit ersichtlich nirgendwo übergreifende Regelungen des Marktkommunikationsrechts, weder auf nationaler, noch auf europäischer Ebene. Auch der Regelungsauftrag des europäischen Gesetzgebers in der UGP-Richtlinie (vgl. EGr. 8 Satz 4) bezieht sich nicht etwa auf eine Erweiterung der Marktkommunikationsregeln, sondern auf die unlauteren Geschäftspraktiken im Verhältnis von Unternehmern untereinander.

Man sollte allerdings ehrlich genug sein, um zuzugeben, dass das Lauterkeitsrecht in dieser deliktsrechtlichen Konzeption allein aus legistisch-technischen Gründen fortbestehen kann. Insbesondere die negatorischen Ansprüche führen zu einer weitgehend analogen Ausgestaltung des Rechtsschutzes wie wir ihn im deutschen Verwaltungsrecht aus dem allgemeinen Polizeirecht kennen: Wir finden Abwehransprüche, die kein Verschulden voraussetzen, vgl. § 8 Abs. 1 UWG. Das Verhalten von Hilfspersonen wird ohne die Fesseln des allgemeinen Deliktsrechts, vgl. §§ 31, 831 BGB, zugerechnet, § 8 Abs. 2 UWG. Schließlich gewährleistet die weite Störerhaftung – in jüngerer Diktion und Begründung: die Haftung für wettbewerbliche Gefährdungen⁹ – effektiven Rechtsschutz. Eine weite Aktivlegitimation sowie Verbandsklagen, vgl. § 8 Abs. 3 UWG, gestatten den wirksamen Schutz betroffener Allgemeininteressen.

Materielle Folgen dürfen aus der technischen Qualifikation als Deliktsrecht aber nicht gezogen werden: Daraus folgen die Sonderanknüpfung im Kollisionsrecht gem. Art. 6 Rom II-VO und der Grundsatz, dass der Schutz von Allgemeininteressen stets zu berücksichtigen ist.

B. Schutzzweck

Der oder die Schutzzwecke sind eines der Dauerthemen innerhalb der lauterkeitsrechtlichen Diskussion. Das Lauterkeitsrecht war ursprünglich auf den Konkurrenz-

⁹ BGHZ 173, 188 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

tenschutz konzentriert. Die Begründung aus dem Regierungsentwurf des ursprünglichen UWG von 1896 führte noch aus:

„Der Schutz des konsumierenden Publikums gegen Übervorteilungen ist nicht der unmittelbare Zweck eines gegen den unlauteren Wettbewerb gerichteten Gesetzes, wengleich Maßregeln ... mittelbar auch dem Interesse (der) Abnehmer entgegenkommen werden.“¹⁰

Das ist praktisch wörtlich, aber unter entgegengesetzten Vorzeichen, die Formulierung, die heute in der Begründungserwägung 8 Satz 1, 2 UGP-Richtlinie Verwendung findet. Die Perspektive hat sich also um 180° verschoben: Der Schutz von Allgemeininteressen ist dabei frühzeitig anerkannt worden, was etwa den Einwand der Verwirkung weitgehend ausschließt¹¹.

Der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs, anderer Allgemeininteressen, aber auch der Schutz der Marktgegenseite, wurden einbezogen und insoweit traten die Verbraucher in den Vordergrund. Auf dem Zeitstrahl ist diesbezüglich ein Ereignis hervorgehoben: die Entscheidung *Erstes Kulmbacher* des BGH, in welcher die prozessuale Erforderlichkeit der „Einholung einer Auskunft eines anerkannten Meinungsumfrageinstitutes“¹² Eingang in die deutsche Rechtswirklichkeit fand. Die Verbraucherverbandsklage wurde 1965 in § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG 1909 aufgenommen. Von 1986 bis 2004 gab es ein Rücktrittsrecht irreführender Abnehmer. Seit 2004 sind die Verbraucher ausdrücklich als Schutzadressaten in der Zweckklausel zum UWG aufgeführt. Seit vielen Jahrzehnten ist diese Mehrdimensionalität des Lauterkeitsrechts anerkannt. Seit 2004 ist der Schutz von Allgemeininteressen auf den Wettbewerbsschutz reduziert, wengleich etwas umstritten ist, wie man § 1 Satz 2 UWG zu lesen hat. Im Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie wird das Lauterkeitsrecht durch den verbindlichen Schutzzweck der Richtlinie mit dem primären Verbraucherschutz und dem „nur“ mittelbaren Schutz der Mitbewerber dominiert.

C. Lauterkeitsrecht und Immaterialgüterrecht

Ursprünglich war das Lauterkeitsrecht auf die Arrondierung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes ausgerichtet. Bereits die häufig kritisierte Reichsgerichtsentscheidung *Apollinarisbrunnen* aus dem Jahr 1880 ist vor dem Hintergrund der Schaffung des reichsweit geltenden Markenschutzgesetzes im Jahr 1874 einzuord-

¹⁰ Begründung zum Regierungsentwurf v. 3.12.1895, abgedr. bei *Lobe*, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. III, 1909, S. 41 ff., 51 f.

¹¹ *RG GRUR* 1933, 782 (786): das Rechtsinstitut der Verwirkung muss in Fällen ausscheiden, wo Interessen der Allgemeinheit auf dem Spiel stehen, weil durch das Verhalten des Verletzers nach wie vor das Publikum getäuscht wird. Vgl. bereits *RGZ* 120, 47 (49) – *Großhändlerverband*, „... die Unterlassungsklage, die an sich nur den Konkurrenten schützen soll, [soll] in Wahrheit doch – wie das ganze Wettbewerbsgesetz – den Auswüchsen des Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse entgegenreten“.

¹² *BGH GRUR* 1957, 285 (287) – *Erstes Kulmbacher*.

nen, und die Verankerung von Art. 10^{bis} PVÜ zeigt den immaterialgüterrechtlichen Kontext ebenfalls sehr deutlich.

In der Frühzeit des Lauterkeitsrechts bestand an den verschiedensten Stellen des Immaterialgüterrechts dringender Bedarf an einer solchen Arrondierung: So wurde auf der Grundlage des Lauterkeitsrechts markenrechtlich nicht schutzfähigen Zeichen, bekannten Marken und Unternehmenskennzeichen, verwandten Schutzrechten oder geografischen Herkunftsangaben adäquater Schutz gewährt.

Durch die stetige Ausdehnung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes wurde das Lauterkeitsrecht indes seiner Funktion beraubt: Heute ist in § 2 MarkenG der weite Markenbegriff niedergelegt. Geschäftliche Bezeichnungen werden gem. §§ 1 Nr. 2, 5, 15 MarkenG ebenso markenrechtlich geschützt wie geographische Angaben gem. §§ 1 Nr. 3, 126 ff. MarkenG. Bekannte Zeichen erhalten markenrechtlichen Schutz vor Beeinträchtigung, Ausbeutung und Verwässerung. Die verwandten Schutzrechte finden sich im Urheberrechtsgesetz, wo auch Datenbanken Schutz erfahren. Selbst ein nicht registriertes Geschmacksmuster genießt seit 2001 auf der Grundlage der Gemeinschaftsgeschmacksmuster-VO¹³ immaterialgüterrechtlichen Schutz.

Durch die Entwicklung und Anwendung der Vorrangthese in der Rechtsprechung¹⁴ wurde das Lauterkeitsrecht im kennzeichenrechtlichen Umfeld weitgehend aus der Rechtsanwendung entfernt. Deshalb ist das Lauterkeitsrecht insoweit in Gefahr, im Bereich des Schutzes von Immaterialgüterrechten marginalisiert zu werden. Anerkannt lauterkeitsrechtliche Tatbestände sind ins Immaterialgüterrecht ausgelagert worden, vgl. etwa Art. 9 Abs. 1 lit. c, 12 lit. c GMV, und eine typisch lauterkeitsrechtliche Bewertung, eine Abwägungsentscheidung auf der Grundlage generalklauselartiger Umschreibungen („in unlauterer Weise“), findet dort statt. Die Vorteile dafür sind genannt worden: Es vereinfacht die europäische Rechtsharmonisierung, wenn diese Lauterkeitstatbestände im Kontext der jeweiligen Immaterialgüterrechte mitgeregelt werden. U.U. ist eine solche Kontextregelung geradezu notwendig, um einen „runden“ Schutz der jeweiligen Immaterialgüterrechte anbieten zu können. Die Nachteile liegen jedoch auf der Hand: Die homogene Entwicklung des Lauterkeitsrechts wird empfindlich gestört. Überdies besteht die Gefahr „immaterialgüterrechtlicher Infektion“ des an sich lauterkeitsrechtlichen Schutzes. Aus der lauterkeitsrechtlichen, interessenorientierten Abwägung entsteht der schneidige Schutz absoluter Rechte, der in der Dreistufenprüfung des Deliktsrechts stattfindet.

D. Der territoriale Bezug

Lauterkeitsrecht war ursprünglich national gedacht. *Nußbaum* führte in seinem einflussreichen Lehrbuch zum Internationalen Privatrecht aus, dass

¹³ VO (EG) 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. EG L 3/1.

¹⁴ BGHZ 138, 349 (351) – *Mac Dog*; BGHZ 139, 138 (139 f.) – *Warsteiner II*.

„alle im Inlande niedergelassenen Gewerbetreibenden untereinander ihren gesamten Wettbewerb auch für das Ausland nach den inländischen Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb einrichten [müssen]... Letzteres erscheint gewissermaßen als eine Auflage, welche an die Ausübung des inländischen Gewerbebetriebs geknüpft wird.“¹⁵

Den deutschen Unternehmen wurde damit aufgegeben, ihr Heimatrecht mit ins Ausland zu nehmen, wenn sie dort wirtschaftlich tätig wurden. Das Lauterkeitsrecht wurde allerdings schnell internationalisiert: Es entstand die deliktsrechtliche Sonderanknüpfung an den Ort der wettbewerblichen Interessenkollision: *Kindersaugflaschen*¹⁶ und *Stahlexport*¹⁷ sind die Entscheidungen, die für das deutsche Kollisionsrecht in den Jahren 1962/64 die Weichen stellten.

Später wurde das Lauterkeitsrecht im wesentlichen durch die Rechtsprechung des EuGH europäisiert: Während die Positivharmonisierung durch den Europäischen Gesetzgeber zunächst wenig Bedeutung erlangte, haben die Entscheidungen *Dassonville*¹⁸, *Cassis*¹⁹, später *Yves Rocher*²⁰ und andere, zu einer weitgehenden europarechtlichen Überlagerung des Lauterkeitsrechts geführt.

Heute ist das Lauterkeitsrecht in weiten Bereichen vollumfänglich europarechtlich determiniert. Das gilt für die vergleichende Werbung bereits seit 1997²¹ und die unlauteren Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern seit 2005²².

Werden die verbleibenden Bereiche noch europarechtlich geregelt? Dem in Erwägungsgrund 8 Satz 4 UGP-Richtlinie enthaltenen Auftrag kommt die Kommission nur sehr zurückhaltend nach. Zumindest in der Generaldirektion Binnenmarkt ist keine seismische Aktivität feststellbar. Die Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz ist etwas aktiver: Insbesondere liegt der bereits mehrfach angesprochene Vorschlag für eine Richtlinie über Verbraucherrechte²³ vor. Im Bereich B2B wurde die Mitteilung der Kommission über eine europäische Strategie für ge-

¹⁵ *Nußbaum*, Deutsches Internationales Privatrecht, 1932, S. 340.

¹⁶ BGHZ 35, 329 – *Kindersaugflaschen*.

¹⁷ BGHZ 40, 391 – *Stahlexport*.

¹⁸ *EuGH Slg.* 1974, 837 – *Dassonville*.

¹⁹ *EuGH Slg.* 1979, 649 – *Cassis-de-Dijon*.

²⁰ *EuGH Slg.* 1993 I 2361 – *Yves Rocher*.

²¹ RL 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der RL 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. EG L 290/18; heute RL 2006/114/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (kodifizierte Fassung), ABl. EG L 367/21.

²² RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der RL 84/450/EWG des Rates, der RL 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der VO (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. L 149/22 (im folgenden: UGP-Richtlinie).

²³ Vorschlag der Europäischen Kommission v. 8.10.2008 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM (2008) 614 endg.

werbliche Schutzrechte²⁴ aus diesem Jahr verabschiedet, welche der Europäische Rat dankbar aufgenommen hat, um ein Observatory für European Counterfeiting and Piracy²⁵ einzurichten. Diese Aktivitäten gelten aber den *nuts and bolts* der Immaterialgüterrechtsdurchsetzung und haben wenig mit der weiteren Harmonisierung des Lauterkeitsrechts zu tun.

Maßgebend wird sicher der in der näheren Zukunft erhobene Befund darüber sein, wie essentiell die gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung auch des Bereichs B2B im Hinblick auf eine geschlossene Entwicklung des Gesamtrechtsgebiets sein wird. Das beim EuGH anhängige Vorabentscheidungsverfahren zur Behandlung von akzessorischen Werbegewinnspielen²⁶ sowie dessen erste Entscheidung zu einem mitgliedstaatlichen Koppelungsverbot²⁷ haben bereits deutlich gemacht, dass bei naturalistischer Betrachtung der „Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern“ weite Bereiche klassisch mitbewerberbezogener Fallreihen durch die UGP-Richtlinie stillschweigend mitgeregelt wurden.

Eine weitere große Lücke ist auf der Durchsetzungsebene verblieben: Nachdem man sich bereits in der Irreführungsrichtlinie nicht auf ein harmonisiertes Durchsetzungsmodell verständigen konnte, hat auch die UGP-Richtlinie, wiewohl sie bei den Verhaltensnormen sorgsam darauf bedacht ist, Regelungsspielräume auszuschließen (vgl. Erwägungsgrund 13 Satz 2: „Das durch diese Richtlinie eingeführte einzige, gemeinsame generelle Verbot ...“), dieses Feld weitgehend unbestellt gelassen. Innerhalb der Enforcement-Richtlinie²⁸ steht das Lauterkeitsrecht ein wenig im Niemandsland: Es wird den Mitgliedstaaten überlassen, ob sie es zu den gewerblichen Schutzrechten zählen wollen oder nicht. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist dynamisch ausgestaltet. Es gibt also nach wie vor keine Harmonisierung im Hinblick auf die Durchsetzung, wenn man von der Erleichterung grenzüberschreitender Klagen durch die Unterlassungsklagen-Richtlinie²⁹ und die

²⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss „Eine europäische Strategie für gewerbliche Schutzrechte“ v. 16.7.2008, KOM (2008) 465 endg.

²⁵ Council Resolution on a comprehensive European anticounterfeiting and anti-piracy plan v. 26.9.2008, EGr. 15 < http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/intm/103037.pdf> (site zul. besucht am 5.7.2009).

²⁶ Anhängig als Rs. C-304/08 – *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. ./.* Plus *Warenhandels-gesellschaft mbH.*

²⁷ *EuGH*, Urt. v. 23.4.2009, verb. Rs. C-261/07 und C-299/07, Rn. 49, 50 – *VTB-VAB NV ./.* *Total Belgium NV.*

²⁸ RL 2004/48/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EG L 157/1, berichtigt durch ABl. EG L 195/16 und ABl. EG L 204/27.

²⁹ RL 98/27/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. EG L 166/51, geändert durch RL 1999/44/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG L 171/12, RL 2000/31/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“),

Durchsetzungsverordnung³⁰ absieht. Es stellt sich freilich die Frage, ob Harmonisierungsbestrebungen in Anbetracht der erforderlichen tiefen Eingriffe in die nationalen Durchsetzungssysteme Aussicht auf Erfolg haben.

E. Inhaltliche Geschlossenheit

Das Lauterkeitsrecht war ursprünglich durch seine sonderdeliktsrechtliche Konzeption und mit seinem auf den Schutz der Mitbewerber beschränkten Zweck inhaltlich geschlossen, was in der seinerzeit gängigen Umschreibung der Generalklausel zum Ausdruck kommt, maßgeblich für das Unlauterkeitsurteil seien die Geschäftsgrundsätze eines ehrbaren Kaufmanns³¹. Das erleichterte natürlich die Anwendung.

In methodischer Hinsicht wurde das Lauterkeitsrecht vor allem durch die Erweiterung der Schutzzwecke insbesondere gegenüber psychologischen, soziologischen und ökonomischen Erkenntnissen geöffnet. Doch auch inhaltlich ist es zu weitreichenden Veränderungen gekommen:

Als Beispiel ist die im Verlauf der Veranstaltung bereits angesprochene Entscheidung *Busengrapscher* zu nennen, in welcher der BGH die Formulierung vom Verstoß gegen „Anschauungen der großen Mehrheit des Publikums und der Wettbewerbsteilnehmer“³² verwendete, um das Lauterkeitsrecht im Hinblick auf geschlechtsbezogene Diskriminierungen einzusetzen. Allgemein wird der *ambit* des Lauterkeitsrechts durch die Anerkennung der grundrechtlichen Wertungen, wie sie etwa in den Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen seit *Benetton*³³ zum Ausdruck gebracht worden sind, ganz erheblich erweitert.

Daneben wird das Lauterkeitsrecht durch die Entwicklung schutzzweckverwandter Sondergebiete des Verwaltungsrechts, etwa das Lebens- und Heilmittelrecht, auch das Medienrecht, heute durch ursprünglich außerlauterkeitsrechtliche Gesichtspunkte beeinflusst, indem es in die Wertungen all dieser Sonderrechtsgebiete eingebunden wird. Es denkt nicht mehr unbedingt lauterkeitsrechtlich autonom, sondern muss stets die systemimmanente Teleologie dieser Sonderrechtsgebiete nachvollziehen.

ABl. EG L 178/1, RL 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der RL 90/619/EWG des Rates und der RL 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. EG L 271/16.

³⁰ VO (EG) 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden (»Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz«), ABl. EG L 364/1.

³¹ So die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Verhandlungen des Reichstages, Bd. 252, XII. LP, I. Sess. 1907/09, Anl. zu den Sten. Berichten Nr. 1109, S. 9. Ähnlich das Abstellen auf die „Anschauungen der ehrbaren Kaufmannschaft“, BGHZ 10, 228 (232) – *Sicherungsverträge*, oder das „Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden“, BGHZ 15, 356 (364) – *Progressive Kundenwerbung*.

³² BGH GRUR 1995, 592 (594) – *Busengrapscher*.

³³ BVerfG GRUR 2001, 170 – *Benetton-Werbung*; GRUR 2001, 1058 – *Therapeutische Äquivalenz*; NJW 2003, 277 – *JUVE Handbuch II*.

Deshalb ist das Lauterkeitsrecht zum einen in Gefahr, an verschiedenen Stellen zu einem gesetzgebungstechnischen Austragungsort zur Abwägung von Grundrechtspositionen reduziert zu werden. Zum anderen ist das Lauterkeitsrecht in Gefahr, zu einem Annexatbestand zu Sondergesetzen zu degenerieren. Besonders deutlich ist das bei Streitigkeiten um Werbeangaben für Lebens- oder Heilmittel oder beim Einsatz qualifizierender Tätigkeitsbeschreibungen feststellbar. Hier müssen regelmäßig zwei Brücken, zum einen die Vorsprungserlangung durch Rechtsbruch, zum anderen die jeweiligen Irreführungstatbestände, verwendet werden, um die Rechtsgebiete zu verbinden.

F. Zukunft des Lauterkeitsrechts?

Wo liegt also die Zukunft des Lauterkeitsrechts³⁴? Die deliktsrechtliche Konzeption des Lauterkeitsrechts wird kritisiert. Seine Inhalte sind europäisiert. Im Hinblick auf seine Schutzrichtung wird es durch das Verbraucherrecht vereinnahmt, während es im immaterialgüterrechtlichen Kontext ausgehöhlt wird. In der Anwendung stehen vor allem die lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln zwischen Grundrechten und Sondergesetzen wie zwischen Scylla und Charybdis.

Dennoch sollte nicht der Eindruck erweckt werden, diese Entwicklung sei ganz schrecklich und man müsse sich nach der „guten alten Zeit“ zurücksehnen. Es gibt keinen Weg zurück und das ist auch richtig so. Die Entwicklung ist im Grundsatz positiv, denn wir haben dazugelernt. Insbesondere die europäische (Wieder-)Entdeckung des Lauterkeitsrechts, die ja nicht so alt ist – der politische Impetus hat erst kurz vor dem Jahrtausendwechsel eingesetzt – indiziert im Gegenteil die Zukunftsfähigkeit des Lauterkeitsrechts als Rechtsgebiet.

I. Konzentration auf den Wettbewerbsschutz

Erforderlich ist aber eine Konzentration im Lauterkeitsrecht. Ihr dienen Veranstaltungen wie diese. Die von Frau *Henning-Bodewig* zu Beginn der Veranstaltung geforderte Kohärenz und Bruchfreiheit des Lauterkeitsrechts lässt sich nur durch seine weiter reichende Konzentration bewirken.

Freilich standen und stehen Kohärenz und Bruchfreiheit – vor allem der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen – nicht an oberster Stelle der politischen Prioritäten der Europäischen Gemeinschaft. Doch wurde immerhin das Weißbuch „Europäisches Regieren“³⁵ verabschiedet, und der mehrfach angesprochene Vorschlag für eine Richtlinie über Verbraucherrechte führt in seinen Begründungserwägungen ausdrücklich an, dass die geltenden Rechtsvorschriften durch Beseitigung von Unstimmigkeiten und Regelungslücken vereinfacht und aktualisiert werden sollten (Erwägungsgrund 2 des Vorschlags). Wir sind also nicht die Einzigen auf der Suche nach Kohärenz und Bruchfreiheit, und es ist nicht allein ein

³⁴ Nicht ganz umsonst stellt *Bornkamm* die pessimistische Frage, ob das UWG noch zu retten sei. Die erste Seite, BB 2009, M1.

³⁵ Weißbuch „Europäisches Regieren“ der Europäischen Kommission v. 25.7.2001, KOM (2001) 428 endg.

typisch deutsches Streben nach Regelungsästhetik, das insoweit zum Ausdruck kommt.

Wenn aber Kohärenz und Bruchfreiheit sichergestellt werden sollen, muss man sich zunächst Klarheit über die Zwecke und den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts verschaffen. Die Grundsatzfrage lautet: Was wollen wir eigentlich schützen? Vielleicht stellt sich gar die vorgelagerte Frage, ob man das Lauterkeitsrecht überhaupt als Rechtskategorie zum Schutz des Wettbewerbs ohne weiteres mit europarechtlicher Legitimation aufstellen kann. Diese Frage wird in ihrer grundsätzlichen Bedeutung nicht ausreichend diskutiert. Aus europarechtlicher Perspektive ist nachvollziehbar, dass das nicht geschieht, weil das europäische Recht es nicht muss: Das Europarecht kann sich auf den Standpunkt stellen, nur dort zu regulieren, wo es notwendig ist, und sich nicht darum zu kümmern, ob der angestrebte Zweck durch vertragsrechtliche, deliktsrechtliche, verwaltungs- oder wettbewerbsrechtliche Instrumente erreicht wird.

Ich bin allerdings der Meinung, dass man tatsächlich mit dem Instrument eines wettbewerbsschützenden Lauterkeitsrechts arbeiten kann, weil an prominenter Stelle, nämlich in Art. 3 Abs. 1 lit. g EG, wenigstens ein Anknüpfungspunkt in der Europäischen Primärrechtsordnung besteht. Hier wird festgelegt, dass ein System zum Schutz des Wettbewerbs zu den Gemeinschaftszielen zählt, auch wenn dieser Aspekt durch die Verschiebung in ein Protokoll im Zuge des Integrationsprozesses³⁶ nicht unbedingt gefördert würde. Auch im nationalen Recht erfolgte in den Entscheidungen *Tier- und Artenschutz*³⁷ sowie *Benetton* eine sehr deutliche Äußerung des Bundesverfassungsgerichts zur Legitimität des lauterkeitsrechtlichen Wettbewerbsschutzes³⁸.

1. Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz

Damit ist die Frage des Zusammenspiels mit den weiteren, oben bereits genannten Schutzzwecken gestellt. Wie halten wir es zunächst mit dem Verbraucherschutz? Der Verbraucherschutz ist als Leitmotiv der Gesetzgebung schlicht unangreifbar. Politisch ist das einfach zu erklären: Jeder ist (auch) Verbraucher. Auch staatsphilosophisch lässt es sich erklären, weil nach unserem Verständnis der Staat für die Menschen da ist und nicht umgekehrt. Der Staat gewährt keine Rechte, sondern er hat sich an die am Anfang des Grundgesetzes stehenden Grundrechte zu halten. Schließlich lässt sich der Verbraucherschutz europarechtlich verankern: Gemäß Art. 2 EG ist das Ziel der Gemeinschaft „die Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität“ der Unionsbürger.

³⁶ Der EU-Vertrag in der Fassung des Lissabonner Vertrages würde in Art. 3 die Verpflichtung auf das Binnenmarktziel beschränken, Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Europäische Union, ABl. 2008 C 115/13. Lediglich in Protokoll (Nr. 27) würde klargestellt, dass der Binnenmarkt, wie er in Artikel 3 des Vertrags über die Europäische Union beschrieben wird, ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt, ABl. 2008 C 115/309.

³⁷ BVerfG GRUR 2002, 455 – *Tier- und Artenschutz*.

³⁸ BVerfG GRUR 2003, 442 (443) – *Benetton-Werbung II*.

Dennoch ist zu differenzieren: Auf der einen Seite steht der Schutz der Verbraucher durch allgemeine Wohlfahrtsmehrung. Das ist eine kaum zu hinterfragende Staatsaufgabe; es müssten ganz eigenwillige Konfliktlagen auftreten, bei denen man die Gesamtwohlfahrtsmehrung anderen (lauterkeitsrechtlich relevanten) Zielen gegenüberzustellen hätte. Bloßer Wettbewerbsschutz durch Lauterkeitsrecht dient der Wohlfahrtsmehrung in diesem Sinne. Aus diesem Grund fügt er sich nicht allein zwanglos in das Europäische System des Wettbewerbsschutzes ein, sondern bedarf im Regelfall auch keiner politischen Rechtfertigung

Auf der anderen Seite steht der besondere Verbraucherschutz als politische Entscheidung unter dem Aspekt verteiler Gerechtigkeit. Insoweit profitieren Verbraucher nicht nur, weil der Kuchen insgesamt größer wird, sondern weil sie ein größeres Stück vom Kuchen bekommen. Wo es um verteilende Gerechtigkeit geht, muss sehr viel deutlicher begründet werden, warum dem Einen gegeben und dem Anderen genommen wird.

Als Beispiel kann der Schutz der Verbrauchergesundheit durch die sog. Health-Claims-Verordnung³⁹ genannt werden. Hier wird immer wieder ein vermeintlicher Bruch zwischen Ziel und Methode der Health-Claims-Verordnung (Verbot der Werbung mit wahren Tatsachen; Verbotsprinzip) und dem Erkenntnisstand zum Wettbewerbsschutz (Schutz nur bei konkreten Irreführungsgefahren; „*in dubio pro libertate*“) beanstandet. Wettbewerbsschutz dient nach modernem Verständnis der allgemeinen Wohlfahrtsmehrung, das ist unproblematisch (vgl. o.). Wenn jedoch die Verbrauchergesundheit betroffen ist, kommt indes ein besonderes Ziel des Verbraucherschutzes hinzu. Über die Sinnhaftigkeit des so bewirkten besonderen Verbraucherschutzes, der Verbrauchern gibt und Unternehmern nimmt, mag politisch gestritten werden. Ist ein solcher Schutz aber einmal anerkannt, so sollten aus den vom allgemeinen Wettbewerbsschutz abweichenden Ergebnissen keine negativen Schlüsse auf die Richtigkeit des besonderen Verbraucherschutzes gezogen werden.

Die im Lauterkeitsrecht vorrangig zu beantwortende Frage lautet also weder, ob Verbraucher geschützt werden, noch, ob mehr oder weniger Verbraucherschutz zu gewähren ist, sondern welcher Verbraucherschutz gewährt wird. Erforderlich ist damit eine systematische Abgrenzung zum verwaltungsrechtlichen, zum kartellrechtlichen und zum allgemein-privatrechtlichen Verbraucherschutz, wiederum nicht aus Gründen der systematischen Ästhetik, sondern weil den Schutzformen jeweils unterschiedliche Sonderzwecke zugrunde liegen:

a) Abgrenzung zum verwaltungsrechtlichen Verbraucherschutz

Verwaltungsrechtlicher Verbraucherschutz: Beim verwaltungsrechtlichen Verbraucherschutz stehen regelmäßig besondere Verbraucherinteressen, die über den allgemeinen Schutz wirtschaftlicher Verbraucherinteressen hinausgehen, auf dem Spiel, wie etwa der Gesundheitsschutz. Das macht jeweils eine Koordination der Verbotsnormen erforderlich. Wie bereits angedeutet sollte nicht unbedingt davon

³⁹ VO (EG) 1924/2006 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, ABl. 2007 L 12/3.

ausgegangen werden, dass das feststellbare Abweichen der Health-Claims-Verordnung von dem im allgemeinen Werberecht etablierten Standard systemwidrig und deshalb falsch ist. Zuzugeben ist freilich, dass im Hinblick auf die Höhe des Schutzniveaus ein anderer Standard zugrundegelegt und auch eine andere Methode verwendet wird, doch ist auch die Rechtfertigung eine andere. Im Umgang mit dem Recht muss man sich natürlich über die Konsequenzen dieses Auseinanderfallens im Klaren sein: Es wäre ebenso falsch, den allgemeinen Standard des wettbewerbsvermittelten Verbraucherschutzes durch das Lauterkeitsrecht durch den Standard der Health-Claims-Verordnung zu infizieren, wie die Health-Claims-Verordnung zu verdammen, weil sie vom allgemeinen Standard abweicht. Die Unterschiedlichkeit von Schutzzwecken und Regelungsinstrumenten löst einen Koordinierungsbedarf aus. Dasselbe gilt für die Sanktionen: Entweder muss das Verwaltungsrecht Entscheidungen über die wettbewerbsrechtlichen Folgen treffen und entsprechende Sanktionen bereithalten, oder das Wettbewerbsrecht muss dies tun („Vorsprung durch Rechtsbruch“). Insoweit bedarf es lauterkeitsrechtlicher Entscheidungen darüber, wie mit – vom allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Standard abweichenden – Normen und ihrer Verletzung auf der wettbewerbsrechtlichen Ebene umzugehen ist.

b) Abgrenzung vom kartellrechtlichen Verbraucherschutz

Verbraucherschutz findet auch im Kartellrecht statt. Wir erleben dort gegenwärtig ebenfalls eine spektakuläre Verlagerung der Schutzzwecke: Klassischerweise ging es im Kartellrecht um den Schutz des Wettbewerbs und seiner Strukturen als Institution⁴⁰. Seit einigen Jahren wendet man sich indes sehr deutlich dem Verbraucherschutz zu. Aus dieser Perspektive dient der wirksame Wettbewerb nur noch als Mittel zum Zweck. Man sagt sich im Grundsatz: Schlussendlich sind die Verbraucher zu schützen, aber es kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass funktionierender Wettbewerb der beste Weg dorthin ist.

Die Konvergenz der Rechtsgebiete Kartellrecht und Lauterkeitsrecht wird auch bei den gegenständlichen Anwendungsbereichen deutlich. In Ergänzung der Diskussion im Verlauf der Veranstaltung soll lediglich der (inzwischen vom Bundesgerichtshof in letzter Instanz entschiedene) Fall *Lodge Card*⁴¹ vorgestellt werden, der die Annäherung des Kartellrechts an das Lauterkeitsrecht – ganz unabhängig von der beschriebenen Verlagerung der Schutzzwecke – verdeutlicht: Die Klägerin, eine irische Bank, betrieb ein Kreditkartenunternehmen und bot unter der Bezeichnung *Lodge Card*, eine Reisestellenkarte mit Vorzugssteuerabzugsmöglichkeit an. Das bietet für die Unternehmen als Kunden den Vorteil, dass sie den Umsatzsteueranteil für mit der Karte bezahlte Waren und Leistungen gar nicht bezahlen müssen, sondern unmittelbar abziehen können. Die Umsatzsteuer wird nicht in Rechnung gestellt, und die Unternehmen bekommen über die Kreditkarte eine pauschale Abrechnung, was nicht zuletzt die betriebliche und steuerliche Rechnungslegung erheblich

⁴⁰ Vgl. symptomatisch der Versuch einer Abgrenzung in Begründung Regierungsentwurf UWG 2004, BT-Drs. 15/1487, S. 17.

⁴¹ *BGH* v. 3.3.2009, KZR 82/07 (Entscheidungsgründe liegen noch nicht vor); *OLG Düsseldorf* GRUR-RR 2008, 183.

erleichtert. Der Vorsteuerausweis setzt aber voraus, dass jedes Unternehmen, das eine Rechnung stellt, den Umsatzsteueranteil gesondert ausweist und sich damit einverstanden erklärt, dass der Vorsteuerabzug vorgenommen wird. Die Lufthansa hat ein Tochterunternehmen, das ebenfalls eine Kreditkarte, und zwar auch eine Kreditkarte mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit, anbietet. Sie weigerte sich jedoch, gegenüber deren Wettbewerberin das Einverständnis zum Vorsteuerabzug zu erteilen.

Das OLG Düsseldorf nahm an, dass jedes Unternehmen, das umsatzsteuerpflichtige Leistungen an Kunden einer Reisestellenkarte mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit erbringe, in Bezug auf die von ihm ausgeführten Leistungen eine Alleinstellung habe. Es entstehen hier also Mikromärkte. Danach hat jeder Dienstleister eine marktbeherrschende Stellung im Hinblick auf die Einverständniserklärung bezüglich der von ihm selbst erbrachten Leistungen. Ausgehend von dieser Definition des Mikromarktes konnte man leicht die beherrschende Stellung und daran anknüpfend den Missbrauch begründen. Nach seiner Pressemitteilung hat der Bundesgerichtshof ebenfalls einen Markt für die Gestattung des Umsatzsteuerausweises auf Reisestellenkarten erkannt, auf dem die Lufthansa marktbeherrschend sei. Immerhin scheint der Bundesgerichtshof aber nicht jede erbrachte Leistung im Hinblick auf die darauf bezogene Gestattung des Vorsteuerabzugs zum relevanten Markt zu erklären, denn er begründete die marktbeherrschende Stellung der Lufthansa mit ihrem hohen Marktanteil bei innerdeutschen Flügen

Auf allgemeinerer Ebene wurde die Problematik der kartellrechtlichen Strukturkontrolle durch Formaltatbestände erkannt. Im Kartellrecht legt man zunehmend einen sog. *effects based approach* zugrunde⁴²: Von zunehmender Bedeutung ist insofern das Marktverhalten. Die vermeintlichen Widersprüche zwischen dem Schutz von Wettbewerbsstruktur und Verbrauchern lösen sich im Kartellrecht als Problem des zugrundegelegten Zeitrahmens und der anzustellenden Prognosen auf. Kurzfristig werden Verbraucherinteressen vergleichsweise häufig unabhängig von einer bestimmten Marktstruktur sein. Kurzfristig, insbesondere solange noch ein Restwettbewerb besteht, werden insbesondere Konzentrationen häufig preissenkende Wirkung haben. Die Frage stellt sich aber, unter welchen Voraussetzungen auch Nachteile für die Verbraucher, die aus längerfristig u.U. eintretenden Strukturveränderungen resultieren, zu berücksichtigen sind.

Das Lauterkeitsrecht kann Wettbewerbsschutz gegen Verfälschungen durch Behinderungspraktiken vor allem dort leisten, wo der vergleichsweise grobe kartellrechtliche Schutz versagt. Während das Kartellrecht allgemein vor monopolbedingten Wohlfahrtsverlusten schützt, kann das Lauterkeitsrecht bereits gegen Wohlfahrtsverluste eingesetzt werden, die aus *rent-seeking behavior*⁴³ entstehen.

⁴² Vgl. nur für einseitiges Wettbewerbsverhalten die Mitteilung der Kommission v. 9.2.2009, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, KOM (2009) 864 endg., Erwägungsgrund 4.

⁴³ So lässt sich insbesondere der „steckengebliebene“ Preiskampf in Vernichtungsabsicht deuten, bei dem zwar ein Wettbewerber auf der Strecke bleibt, der angestrebte Verlustausgleich aber misslingt.

Ökonomisch unerwünschtes rent-seeking behavior ist vor allem bei Behinderungssachverhalten, bei Tatbeständen, bei denen strategische Eintrittsschranken erhöht werden, feststellbar. Der geschilderte Fall *Lodge Card* böte sich ebenfalls wahrscheinlich besser einer Prüfung unter § 4 Nr. 10 UWG als – unter erheblicher Anspannung des Marktbeherrschungserfordernisses unter §§ 19, 20 GWB.

c) Abgrenzung vom privatrechtlichen Verbraucherschutz

Die Abgrenzung des lauterkeitsrechtlichen vom allgemeinen privatrechtlichen Verbraucherschutz ist wohl die schwierigste⁴⁴. Allgemein-privatrechtlicher Verbraucherschutz sorgt in erster Linie für Einzelfallgerechtigkeit durch die Gewährleistung materialer Vertragsfreiheit als Voraussetzung funktionierender Wettbewerbs. Eingesetzt werden insbesondere Informationspflichten⁴⁵, Widerrufsrechte⁴⁶ oder die Bürgenrechtsprechung, wie wir sie im deutschen Recht kennen⁴⁷. Daneben setzt privatrechtlicher Verbraucherschutz Verhaltensanreize über Haftung, beispielsweise durch die Gewährung von Mängelansprüchen⁴⁸ oder die Produkthaftung⁴⁹. Privatrechtlicher Verbraucherschutz minimiert schließlich die Transaktionskosten durch Standardisierung, exemplarisch bei der AGB-Kontrolle.

Auch dieser privatrechtliche Verbraucherschutz reicht über das allgemeine Ziel des Privatrechts, jedem das Seine zu gewähren, hinaus, indem Wettbewerb aktiv gefördert wird: So wird das materielle Transparenzgebot gängigerweise damit gerechtfertigt, dass es die Konditionen für den Verbraucher vergleichbar mache⁵⁰. Die innerhalb der AGB-Kontrolle etablierte kundenfeindliche Auslegung im Rahmen der Inhaltskontrolle⁵¹, das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion⁵², das Transparenzgebot⁵³ und das Abstellen auf den Durchschnittsadressaten⁵⁴ sowie die Verbandsklage gem. §§ 1, 3 UKlaG sind Instrumente, mithilfe derer bereits im allgemeinen Privatrecht gezielt der Wettbewerbsschutz verfolgt wird. Die durch seine präventive Wirkung vermittelte allgemeine Lenkungsfunction des Haftungsrechts reicht zwar ebenfalls weit über den Individualschutz hinaus, betrifft aber insoweit nicht den Wettbewerb.

Bereits aus der privatrechtlichen Perspektive ist also eine gewisse Vermengung der Schutzzwecke, einerseits Einzelrechtsverhältnis und Gerechtigkeit, andererseits Schutz des Wettbewerbs, erkennbar. Konkretere Beispiele für eine Vermen-

⁴⁴ Vgl. dazu ausf. *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, 2007.

⁴⁵ Z.B. §§ 312c, 312e Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 482, 651k Abs. 3 und 5, 651l Abs. 3, 675a BGB.

⁴⁶ Z.B. §§ 312, 312b, 312d, 485, 495, 505 BGB.

⁴⁷ Grundlegend BVerfGE 89, 214.

⁴⁸ Z.B. §§ 437, 536a, 600, 634, 651e BGB.

⁴⁹ § 1 ProdHaftG.

⁵⁰ *Roloff*, in: Erman, BGB, 12. Aufl., 2008, § 307 Rn. 20 m.w.N.

⁵¹ Zu § 305c Abs. 2 BGB vgl. *BGH NJW* 2008, 2495 Rn. 20, für den Verbandsprozess; *BGH NJW* 2008, 2172; *Roloff*, in: Erman (Fn. 49), § 305c BGB Rn. 28, für den Individualprozess.

⁵² Vgl. bereits *BGHZ* 86, 284, Rn. 37; *BGH NJW* 2004, 2965, Rn. 23; *NJW* 2007, 674, Rn. 21.

⁵³ Zu § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vgl. nur *BGH WRP* 2007, 984 (985) – *Öffnungszeiten von Ladengeschäften in Einkaufszentren*.

⁵⁴ Vgl. nur *BGH WRP* 2007, 984 (985) – *Öffnungszeiten von Ladengeschäften in Einkaufszentren*.

gung von Lauterkeits- und privatem Verbraucherrecht liefert der Vorschlag für eine Richtlinie über Verbraucherrechte: Zum Beispiel sollen die lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten nach Art. 7 Abs. 4 UGP-Richtlinie durch Art. 5 des Vorschlags für eine Richtlinie über Vertragsrechte „re-kontraktualisiert“ werden, ohne dass der Vorschlag allerdings eine Aufhebung der Regelungen in der UGP-Richtlinie vorsähe.

Demgegenüber war das Verbot der Lieferung unbestellter Waren ursprünglich in den Fernabsatz-Richtlinien loziert. Es wurde mit der UGP-Richtlinie in das Lauterkeitsrecht verlagert. Die jeweiligen Art. 9 der Fernabsatzrichtlinien wurden diesbezüglich neugefasst, vgl. Art. 15 UGP-Richtlinie. Der Ausschluss von Vergütungsansprüchen bleibt gem. Art. 45 des Vorschlags für eine Richtlinie über Verbraucherrechte als vertragliche Sanktion erhalten.

Bemerkenswerterweise wird im Kontext des im selben Richtlinienvorschlag enthaltenen Verzichts der Definition von Fernabsatzgeschäften auf das Erfordernis der Einrichtung eines Systems zum Fernabsatz der Hinweis gegeben, dass die damit verbunden Erweiterung Gewerbetreibende vor unlauterem Wettbewerb schützen solle (Erwägungsgrund 13 des Vorschlags). Durch diesen Hinweis wird zum einen deutlich gemacht, dass das so häufig angemahnte *level playing field* nicht allein ein Problem der Rechtsverschiedenheit zwischen unterschiedlichen Regelungsstandards der Mitgliedstaaten ist, sondern vom Europäischen Gesetzgeber selbst nunmehr auch dann als Problem wahrgenommen wird, wenn innerhalb eines Mitgliedstaates im Wettbewerb stehende Wettbewerbsteilnehmer in unterschiedlicher Weise an Regelungen gebunden werden. Zum anderen ist bemerkenswert, dass hierfür die Beschreibung „unlauterer Wettbewerb“ verwendet wird.

2. Wettbewerbs- und Unternehmensschutz

Als weiterer konkurrierender Schutzzweck ist der Schutz der Mitbewerber ins Verhältnis zum Wettbewerbsschutz zu setzen. Im Kartellrecht ist heute weitgehend anerkannt: *Competition law protects competition, not competitors*. Im Lauterkeitsrecht muss dieselbe Wertung nachvollzogen werden. Wiederum können aber durch die Wahl des geeigneten Zeitrahmens die Mitbewerberinteressen mit den Verbraucherinteressen im Wettbewerbsschutz in Deckung gebracht werden.

Ein Sonderproblem entsteht allein im Umfeld des Mitbewerberschutzes durch Immaterialgüterrechte. An dieser Stelle hat das Kartellrecht indes mit denselben Abgrenzungsschwierigkeiten zu kämpfen wie das Lauterkeitsrecht⁵⁵. Der erste Schritt der Problembewältigung wird eine wettbewerbskonforme Begrenzung der Reichweite der Immaterialgüterrechte sein. Es soll an dieser Stelle nur angedeutet werden, dass ein großer Teil der Probleme, welche dem Kartellrecht aus Immaterialgüterrechten erwachsen, aus einer wettbewerbsfeindlichen Expansion der Immaterialgüterrechte entstanden ist. Sind einmal die immaterialgüterrechtlichen

⁵⁵ *EuGH Slg.* 1988, 6211 – *Volvo ./. Veng*, zum Geschmacksmuster; *EuGH Slg.* 1995 I 743 – *Magill*, zum Urheberrecht; *EuGH Slg.* 2004 I 5039 – *IMS Health*, zum Schutz von Datenbanken; *EuGH*, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, R 2 – *Microsoft*, zu Betriebsgeheimnissen.

„Hausaufgaben“ gemacht, so wird man in einem weiteren Schritt die verbleibenden Einzelfragen zu beantworten haben:

Der immaterialgüterrechtliche Sonderrechtsschutz beruht teils auf wettbewerblichen Aspekten (z.B. Zuordnungsschutz⁵⁶, Anspornung zur Innovation), teils werden originäre subjektive Rechte begründet. Deren Verhältnis ist jedenfalls im Einzelnen zu kompliziert, um in einfachen Formeln, zu denen insbesondere die Umwegthese, die Vorrangtheorie o.ä. zu zählen sind, dargestellt zu werden. So einfach geht es nicht.

3. Sonstige Schutzziele

Schließlich bleibt das Verhältnis des Wettbewerbsschutzes zu anderen Zielen zu klären. Innerwettbewerbliche Sonderziele sind vollständig vom lauterkeitsrechtlichen Wettbewerbsschutz auszuschließen: Mittelstandsschutz, industriepolitische Ziele und dergleichen gehören nicht in den Wettbewerbsschutz. Schwieriger ist die Frage der Berücksichtigung außerwettbewerblicher Sonderziele zu beantworten:

Nach geltendem Verfassungsrecht besteht eine Verpflichtung zu verfassungskonformer Auslegung. Um die Grundrechte der Normadressaten des Lauterkeitsrechts, namentlich die Rechte auf freie Meinungsäußerung, Kunstfreiheit, Eigentum oder Berufsfreiheit, führt also kein Weg herum. Das gilt sowohl auf nationaler Ebene aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁷, als auch auf europäischer Ebene, wie die *Karner*-Entscheidung des EuGH⁵⁸ anerkennt.

Schwieriger wird es bei dem Schutz der Grundrechte nicht der Normadressaten, sondern Dritter. In Betracht kommen der Schutz vor Diskriminierung⁵⁹, der Schutz der Menschenwürde⁶⁰ etc. Insoweit kommen die Grundrechte nicht als Abwehrrechte der von staatlichen Maßnahmen – nämlich den lauterkeitsrechtlichen Sanktionen – beeinträchtigten Grundrechtssubjekte, sondern allein im Rahmen der von der Verfassung aufgestellten objektiven Wertordnung ins Spiel. Soweit danach staatliche Schutzpflichten begründet werden, erscheint es indes sinnvoller, diese

⁵⁶ Vgl. die ständig verwendete Formel des EuGH, wonach die „Hauptfunktion der Marke nach ständiger Rechtsprechung darin besteht, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der durch die Marke gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden. Damit die Marke ihre Aufgabe als wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs, das der EG-Vertrag errichten will, erfüllen kann, muss sie nämlich die Gewähr bieten, dass alle Waren oder Dienstleistungen, die sie kennzeichnet, unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt oder erbracht worden sind, das für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann (vgl. insbesondere Urteile vom 23. Mai 1978, *Hoffmann-La Roche*, 102/77, Slg. 1978, 1139, Rn. 7, vom 18. Juni 2002, *Philips*, C-299/99, Slg. 2002, I-5475, Rn. 30, sowie vom 17. März 2005, *Gillette Company und Gillette Group Finland*, C-228/03, Slg. 2005, I-2337, Rn. 26)“, *EuGH*, Urt. v. 23.4.2009, Rs. C-59/08, Rn. 21 – *Copad SA ./ Christian Dior couture SA u.a.*, noch nicht in Slg.

⁵⁷ BVerfGE 7, 198 (208) – *Lüth*.

⁵⁸ *EuGH* Slg. 2004 I 3025 – *Karner*.

⁵⁹ Vgl. bereits *BGH* GRUR 1995, 592 – *Busengrapscher*.

⁶⁰ Vgl. *BGH* GRUR 2003, 442 – *Benetton-Werbung*.

durch Sondergesetze zu erfüllen. So ging es etwa im *Omega-Fall*⁶¹ um einen Vergnügungsbetrieb, bei dem im Spiel auf Menschen geschossen wurde. Das deutsche Gericht erkannte in dem Betrieb im gewerberechtlchen Kontext einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung im Hinblick auf einen mit dem simulierten Töten verbundenen Verstoß gegen die Menschenwürde, weshalb die Genehmigung versagt wurde. Man mag sich natürlich fragen, ob das Gewerberecht mit seiner Generalklausel strukturell besser zur Entscheidung geeignet ist als das Lauterkeitsrecht. Jedoch erscheint es für die Anwendung des Lauterkeitsrechts immerhin einfacher, wenn man sich bei der Prüfung auf die Wettbewerbsfolgen konzentriert und dem Gewerberecht die Entscheidung über die öffentliche Ordnung überlassen könnte. Ziele wie der Umwelt- oder Jugendschutz u.ä. sollten zweckmäßigerweise in Sondergesetzen, z.B. Mediengesetzen, geregelt werden.

II. Welche Wettbewerbsverfälschung?

Lässt sich auf diese Weise begründen, dass ein auf den Wettbewerbsschutz konzentriertes Lauterkeitsrecht mit dem Europarecht kompatibel ist, den Schutz von Verbrauchern und Mitbewerbern unter seinem Dach vereinbaren kann und überdies bei einer Beschränkung auf allgemeine Wohlfahrtsförderung durch Wettbewerb nicht durch politische Einflussnahme beeinträchtigt wird, bleibt abschließend die materielle Frage zu beantworten: Welcher Wettbewerb ist zu schützen?

Dabei handelt es sich um die eigentlich entscheidende Frage. Hier sind zum einen die jüngeren Entwicklungen in der Ökonomie zu berücksichtigen. Wir haben uns zunächst mit dem Wettbewerbsleitbild und seinen Entwicklungen zu beschäftigen, doch kann das Wettbewerbsleitbild nicht mehr als das Credo, eine über dem Wettbewerbsschutz stehende Vision sein.

Konkrete Ausprägungen und abzuleitende Folgen sind damit noch nicht vorgegeben. An dieser Stelle hat die New Industrial Economics, die jüngere Wettbewerbstheorie, zum einen die Interaktivität und Interdependenz im Wettbewerb entdeckt. Die Spieltheorie ist nichts Neues. Für ihre Entwicklung wurden die ersten Nobelpreise an *Johann von Neumann* und *Oskar Morgenstern* bereits für ihr Werk über „The Theory of Games and Economic Behavior“ aus dem Jahr 1944 vergeben. Die Fruchtbarkeit der spieltheoretischen Methode für den Wettbewerbsschutz wurde erst später entdeckt. Damit einhergegangen ist eine Neuentdeckung der Empirik. Ökonomen haben zugleich den Verbraucher neu entdeckt, sie haben festgestellt, dass Verbraucher nicht immer nur nach klassischen ökonomischen Vorstellungen vorgehen. Als Juristen, die wir gerade erst den *homo oeconomicus* in seiner Funktion anerkannt haben, müssen wir uns nunmehr bremsen und überprüfen, in welchen Fällen besser nicht mit dem Rationalitätsaxiom gearbeitet werden sollte. Die Neuro-Ökonomik und die Verhaltensökonomik setzen an dieser Stelle an und versuchen herauszufinden, wann und aus welchen Gründen Menschen doch altruistisch, wo sie doch nicht rational handeln. Das wird den Wettbewerbsschutz und das Lauterkeitsrecht sicher nicht wieder um hundert Jahre zurückwerfen. Aber es

⁶¹ EuGH Slg. 2004 I 9609 – *Omega*.

erscheint durchaus sinnvoll, sich mit den Grenzen der Rationalität auseinanderzusetzen⁶². Nur als Beispiel seien die schon Ende der 1980er-Jahre gemachten Experimente genannt, mit denen sich belegen lässt, dass wir unsere Entscheidungen regelmäßig stabilisieren, indem wir die Güter, die wir haben, höher bewerten als die Güter, die wir nicht haben (sog. *endowment effect*; *status quo bias*): Einer beliebigen Probandengruppe wird etwa mitgeteilt, sie nähme an einer Kaffeeahrt teil. Zum Abschluss bekommen alle Teilnehmer eines von zwei Geschenken: entweder eine Pralinendose oder eine Kaffeetasse. Die Probanden entscheiden sich dann relativ willkürlich für das eine oder das andere. Wenn den Probanden anschließend mitgeteilt wird, sie könnten, wenn ihnen die Kaffeetasse nicht gefällt, die Pralinen haben – oder umgekehrt –, wird nur ein erheblich unter der statistischen Verteilung liegender Anteil diese Gelegenheit des Tauschs nutzen⁶³.

Die Erkenntnisse in der Ökonomie (oder auch Psychologie) müssen im Hinblick auf die Ausfüllung der abstrakten Unlauterkeitstatbestände rechtlich abgebildet werden⁶⁴. Darin liegt eine große Herausforderung, wenn ein Gleichgewicht zwischen den rechtlichen Anforderungen einerseits, der empirischen Plausibilität und der praktischen Anwendbarkeit, die am Ende stets stehen soll, geschaffen werden soll. Mit konkretisierenden Tatbeständen oder auch per se-Verboten kann auf einer ersten normativen Ebene operiert werden, soweit sich die wettbewerbsdysfunktionale Wirkung von bestimmten Formen von Wettbewerbsverhalten gleichsam apriorisch erstellen lässt. Das ist beim Irreführungsverbot einfach: Durch eine Irreführung werden die Entscheidungsgrundlagen beeinträchtigt, und durch die so fehlgeleitete Entscheidung am Markt wird zugleich die ökonomisch optimale Allokation der Ressourcen behindert. Wenn die Irreführung in wettbewerbslich relevanter Weise geschieht, kann durch diese relativ logische Kette begründet werden, weshalb eine wettbewerbsrelevante Irreführung im Rechtssinn ein Wettbewerbsverstoß sein muss. Schwieriger wird es erst auf der nächsten Ebene: Wie ist etwa der Begriff der Irreführung im Rechtssinn auszufüllen? Wann ist die Irreführung wettbewerbsrelevant?

An dieser Stelle würde ich, das ist mein persönliches Anliegen, eine offenere Methodendiskussion zu den Grundlagen der kurz- und längerfristigen Antizipation von Wahrnehmung und Verhalten im wirtschaftlichen Wettbewerb anregen. Es wurde eingangs der Veranstaltung schon darauf hingewiesen, dass stärker auf den *competitive impact*, auf die Wettbewerbswirkungen abgestellt werden muss.

⁶² Dies geschieht auch auf rechtspolitischer Ebene, vgl. die Veranstaltung der Europäischen Kommission vom 28.11.2008, How Can Behavioural Economics Improve Policies Affecting Consumers?, http://ec.europa.eu/consumers/dyna/conference/index_en.htm (site zul. besucht am 7.7.2009).

⁶³ Ein ähnliches Experiment liegt bereits *Thaler*, Toward a Positive Theory of Consumer Choice, [1980] *Journal of Economic Behavior and Organization* 1 zugrunde. Vgl. insb. *Kahneman/Knetsch/Thaler*, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, [1991] *Journal of Economic Perspectives* 193.

⁶⁴ Vgl. dazu inzwischen *Leistner*, Behavioural Economics und Lauterkeitsrecht. Versuch einer Annäherung, ZGE 2009, 3.

In der Tat ist davon auszugehen, dass das Auswirkungsprinzip in Wirklichkeit das zentrale Prinzip des gesamten Wettbewerbsrechts darstellt⁶⁵.

Auch bei der Begründung der lauterkeitsrechtlichen Verhaltensnormen geht es um die Auswirkungen des jeweils erfassten Marktverhaltens. Diese Auswirkungen sind zu erstellen, und die Rechtsordnung muss Methoden finden, diese Auswirkungen festzustellen, ohne in jedem einzelnen Lauterkeitsrechtsstreit vor dem Landgericht ein Sachverständigengutachten in Auftrag zu geben, das einer drei Monate währende Erfassung von Verkehrsdaten oder dergleichen verlangt, erheblich mehr kostet, als der Streitwert des Verfahrens beträgt, und am Ende die Richterinnen und Richter zutiefst unbefriedigt lässt. Seit jeher operieren die Gerichte an dieser Stelle mit Erfahrungssätzen. An dieser Stelle sollte indes eine professionalisierte Überprüfung der den lauterkeitsrechtlichen Verhaltensnormen zugrundeliegenden Annahmen, die wir typischerweise als richterliche Erfahrungssätze kennen und schätzen – oder zumindest in Gebrauch haben –, auf ihre tatsächliche Tragfähigkeit hin angeregt werden. Erst wenn wir wissen, wie z.B. Blickfangwerbung in unterschiedlichen Situationen wahrgenommen wird, haben wir die Möglichkeit, zum einen die wettbewerbslenkende Wirkung entsprechender geschäftlicher Handlungen zu beurteilen und zum anderen im Rahmen der stets erforderlichen Abwägung die betroffenen Interessen zu gewichten. Ohne profunde Untersuchungen wird die Lauterkeitsrechtsordnung, die sich weiterhin auf ihren *common sense* verlässt, mit der Stange im Nebel stochern, manch wettbewerbschädliches Wettbewerbsverhalten verpassen und manch wettbewerbskonform agierendem Unternehmer ein Auge ausstechen.

Diskussion

Hans-Jürgen Ahrens

Zunächst eine Bemerkung zum Vorschlag von Herrn *Glöckner*, sich um eine professionellere Ermittlung der Lebenswirklichkeit zu bemühen. Das entspricht nicht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und auch nicht der Definition des Verbraucherbegriffs in der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Der BGH hat diese Rechtsprechung zur Feststellung der Verkehrsauffassung mittels eigener Sachkunde des Richters, die ja gerade eine Abkehr von der Lebenswirklichkeit, nämlich der Erfassung des tatsächlichen Verkehrsverständnisses darstellt, übernommen. Dabei wird auch mit Erfahrungssätzen, die sich in ihrer Verfeinerung der Lebenswirklichkeit annähern können, gearbeitet. Auch bei der Ermittlung des Verkehrsverständnisses im Markenrecht ist im summarischen Eintragungsverfahren keine detaillierte Tatsachenerhebung möglich, vielmehr geht es um das tatsächliche Verständnis in der Gemengenlage mit rechtlichen Begriffen. Die Möglichkeiten

⁶⁵ *Koos*, WRP 2006, 499 (506); *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006, S. 621; *Glöckner*, in: Henning-Bodewig/Harte-Bavendamm, UWG, 2. Aufl., 2009, Einl C Rn. 112.

sind jedoch relativ begrenzt. Das erforderliche prozessuale Instrumentarium steht nicht zur Verfügung; es wurde auch vom EuGH ganz bewusst abgekappt. Wenn der EuGH in der „6-Korn-Eier“-Entscheidung die demoskopische Erhebung durch den nationalen Richter „im Zweifel“ zugelassen hat, so bringt diese Formulierung zum Ausdruck, dass man diese eigentlich nicht gutheißt – was wiederum dem englischen Ansatz, der wohl Einfluss gehabt hat, entspricht.

Annette Kur

Eine Bemerkung zur Feststellung von Herrn *Glöckner*, man müsse die Methoden verfeinern. Das Recht züchtet sich teilweise ein bestimmtes Verbraucherverständnis heran, indem Tendenzen in der Rechtsprechung vorgegeben werden. Zum Beispiel neigten die Gerichte dazu, die Nachahmung zu verbieten. Der BGH hat in der Entscheidung „Gartenliege“ erstaunlicherweise formuliert, dass „...wenn die Verbraucher ganz ähnliche Produkte sehen, sie davon ausgehen, dass es sich um denselben Hersteller handelt“. Meiner Meinung nach sind sich die Verbraucher jedoch durchaus bewusst, dass ähnliche Produkte von unterschiedlichen Herstellern stammen können. Die Richter legen den Verbrauchern mit solchen Aussagen die Beantwortung einer Frage in den Mund, die im Grunde sie selbst beantworten müssten, nämlich die Frage: „Ist es tatsächlich so, dass ähnliche Produkte immer vom gleichen Hersteller kommen müssen?“. Die Richter oder generell die Rechtsanwender sollten sich ihrer Verantwortung bewusst sein, dass ihre Entscheidungen teilweise wiederum die Realität und damit auch wieder die Auffassung der Verbraucher prägen.

Matthias Leistner

Im Zusammenhang mit den Ausführungen von Frau *Kur* möchte ich auf die Methodenverfeinerung durch die neuen „behavioral economics“ hinweisen. Kann sie etwas zur Eingriffsschwelle aussagen? Inzwischen gibt es allerdings auch Kritik an der „Glücksforschung“, deren Kernproblem eine gewisse zeitliche Inkonsistenz der Präferenzordnung der Verbraucher ist. Es bleibt die Frage, welche dieser Präferenzen, die im Laufe der Zeit aufgrund Fehleinschätzung einem Wandel unterliegen, sich am Ende durchsetzen. Wenn etwa beim „Tasse-/Decke“-Beispiel die Verbraucher erst die Tasse wählen, dann die Decke doch bevorzugen, ihre Wahl aber nicht revidieren: Solange sie mit ihrer Tasse glücklich sind, fragt sich, ob das Lauterkeitsrecht eingreifen soll. Das ist eine Wertungsfrage, wobei die Wertung letztlich nur aus dem Recht selbst kommen kann. Massive Fehlentwicklungen des Richterrechts lassen sich korrigieren, indem man ihre ökonomische Nichtbegründbarkeit i.S. ihrer Inkonsistenz aufzeigt. Eine derartige Korrekturfunktion innerhalb des Wertesystems, das letztlich nur das Richterrecht selbst zuerst schaffen kann, und insbesondere die Konkretisierung der Entwicklung durch die Forensik ist nicht zu unterschätzen. Auch die „Spieltheorie“ ist bei der Überlegung, was der Gesetzgeber regeln muss und welche Freiheit dem Richter offenstehen muss, heranziehbar. Ganz entscheidende Bedeutung hat weiter, wie das Durchsetzungssystem gestaltet sein muss, damit der Richter auf Grund gleichwertig repräsentierter Interessen entscheiden kann, ohne dass dies durch die Gestaltung des Durchsetzungssystems verzerrt

wird, weil es beispielsweise mehr Konkurrentenklagen oder Klagen gewerblicher Verbände gibt als Klagen von Verbraucherverbänden. Stimmt das Durchsetzungssystem in diesem Sinne, lassen sich auch Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe besser durch das Richterrecht als durch Überlegungen einiger „Happyness-Forscher“ am grünen Tisch konkretisieren.

Jochen Glöckner

Es lässt sich zunächst zusammenfügen, was Herr *Leistner* zum Schluss sagte, mit dem, was Herr *Ahrens* am Anfang sagte: Mir geht es in keiner Weise darum, die Rechtsbegriffe des Lauterkeitsrechts unmittelbar der Beweiserhebung zugänglich zu machen. Sie bleiben Rechtsbegriffe, und gerade das Lauterkeitsrecht zeichnet sich durch die Notwendigkeit des Abwägens widerstreitender Interessen innerhalb solcher Rechtsbegriffe aus. Die Irreführung bzw. die relevante Irreführungsgefahr stehen paradigmatisch für solche Rechtsbegriffe, die eine Abwägung erfordern. Dabei kann aber die Empirie hilfreich sein, indem sie Abwägungsmaterial zur Verfügung stellt. Natürlich kann es auch sein, dass der Verbraucher zwar irgendeine Angabe falsch versteht, aber gleichwohl ein stärkeres Interesse daran besteht, sie weiter zu verwenden, wenn die Angabe objektiv wahr ist oder einen erheblichen Teil der Verbraucher relevant informiert. Das sind demgegenüber Wertungsentscheidungen, die selbstverständlich getroffen werden müssen und von niemand anderem als vom Richter getroffen werden können.

Was insbesondere den Einwand von Herrn *Ahrens* betrifft, so sollte man zwei Ebenen trennen: Die von Herrn *Ahrens* als erste angesprochene Ebene betrifft den klassischen Einsatz der Umfrageforschung. Sie zielt auf die Beantwortung ganz konkreter Fragen, z.B. wie der Verbraucher eine konkrete Aussage versteht. Natürlich ist der EuGH von dieser in Deutschland, aber auch in anderen Mitgliedstaaten, praktizierten Umfrageforschung nicht begeistert, aber in allen seinen Entscheidungen, auch in der „6-Korn“-Entscheidung, wird diese Möglichkeiten ausdrücklich offen gelassen. In der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken findet sich ebenfalls ein Verweis auf das Verbraucherleitbild des EuGH, wozu auch diese Entscheidung zählt. Ein Verstoß gegen das Europarecht liegt also keineswegs vor. Nach diesem besteht einerseits der Möglichkeit, ohne Umfrageforschung zu entscheiden, andererseits jedoch auch die Möglichkeit, die Empirie dort einzusetzen, wo sie sinnvoll erscheint. Wir haben in Deutschland im Augenblick auf der Grundlage der BGH-Entscheidung „Elternbriefe“ ein sehr ausgewogenes Verhältnis zwischen der Möglichkeit, einerseits ohne Umfrageforschung auszukommen, andererseits diese auf Feldern, wo es sinnvoll erscheint, einzusetzen.

Von dieser Ebene der Beweiserhebung über beispielsweise das konkrete Verkehrsverständnis einer bestimmten Werbeangabe ist jedoch die Entwicklung abstrakter Zusammenhänge durch das Richterrecht zu unterscheiden. Das von Frau *Kur* genannte Beispiel: „...die Verbraucher meinen, dass ähnliche Produkte vom selben Hersteller stammen“ hat nichts damit zu tun, wie der Verbraucher reagiert, wenn er eine bestimmte Gartenliege sieht und was er dabei bezüglich ihrer betrieblichen Herkunft denkt. Vielmehr geht es um die abstrakte Frage, in welchem

Zusammenhang die Ähnlichkeit der Produkte mit einer Annahme der Verbraucher über ihre betriebliche Herkunft steht. Das gehört in die Kategorie richterlicher Erfahrungssätze. Solche Annahmen können durch ständige Wiederholung letztendlich zur Subnorm werden, und zwar ausschließlich richterrechtlich gestützt und ohne demokratische Absicherung, ohne Einfluss des Gesetzgebers.

An dieser Stelle bedarf es aus meiner Sicht einer Professionalisierung, bevor aus bloßen Elementen einer in sich stimmigen und plausiblen Entscheidungsbeurteilung im Einzelfall verselbstständigte Leitsätze entstehen, nach denen künftige Sachverhalte entschieden werden. Vorhandene Kompetenz zur Ermittlung oder Überprüfung von Erfahrungssätzen, die sich typischerweise auf die Wahrnehmung beziehen oder auf das wirtschaftliche Verhalten, das wahrscheinlich eher ökonomisch oder soziologisch geprägt ist, sollte ausgenutzt werden. Ggf. wären Institutionen zu ihrer Bündelung zu schaffen. Bei wettbewerbsrelevanten Zusammenhängen bieten sich vor allem die Wettbewerbsbehörden zum Aufbau solcher Kompetenzen.

Ich hätte Sätze wie den oben genannten einfach gern hinterfragt. Durch professionalisierte Institutionen kann man auf experimentelle Methoden oder umfragegestützte Formen der Ermittlung von Ursache-Wirkungszusammenhängen zurückgreifen. Dabei kann man u.U. auch die Fehler korrigieren, die durch andere Effekte, wie den der zeitlichen Inkonsistenz entstehen. Man kann sich auch die von Herrn *Leistner* angesprochene Frage stellen, ob etwa die Existenz von Endowment-Effekten die lauterkeitsrechtliche Behandlung bestimmter Marketingformen zu beeinflussen hat. Man hätte dann wenigstens die Möglichkeit einer offenen Methodendiskussion

Der dritte Gesichtspunkt wurde bereits im Verlauf der Tagung im Zusammenhang der „LEGO“-Entscheidungen angesprochen: Hier geht es um die Verwechslungsgefahr, die aus verfestigten Annahmen resultiert: Muss man gestatten, den Verbraucher zu erziehen, eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse – nämlich dass nicht mehr alle Klemmbausteine von LEGO sind – zu berücksichtigen? Natürlich schafft jede rechtliche Struktur ein bestimmtes Verbraucherverhalten: Darf Margarine nur in kegelstumpfförmigen Behältern verkauft werden, so wird der Verbraucher bei einer kegelstumpfförmigen Verpackung für Butter in die Irre geführt, weil das regulatorische Umfeld zuvor eine bestimmte Verbrauchererwartung geschaffen hat. Wie die Rechtsordnung wiederum damit umgehen sollte – da bin auch ich etwas unschlüssig

Annette Kur

Diesen Fall sehe ich anders.

Jochen Glöckner

Die Frage ist doch, ob man in einer derartigen Situation das Verbraucherverständnis aktiv konterkarieren und einen Lernprozess einleiten muss, oder ob man die bestehende Verbrauchererwartung uneingeschränkt zu schützen hat. Ich würde wohl den Zugang wählen, im Rahmen der über die Irreführungsgefahr bestimmenden Abwä-

gung das Allgemeininteresse am Imitationswettbewerb in einer späten Phase des Produktlebenszyklus zu berücksichtigen, und so die Anforderungen an die Irreführungsgefahr erhöhen.

Annette Kur

Die Gerichte unterstellen jedoch ohne empirische Absicherung eine bestimmte Verkehrsauffassung, verfestigen sie dadurch und nach einigen Jahren ist die Verkehrsauffassung wahrscheinlich dann tatsächlich so. Diesen sich verselbständigenden Mechanismus finde ich problematisch.

Eike Ullmann

Über die empirische Erfassung, mit der ich einverstanden bin, sollte man nicht die Wertung vergessen. Der Richter muss auch wertend eingreifen können. Die „LEGO“-Entscheidungen, aber auch die Entscheidung „Duales System“ sind hierfür ein gutes Beispiel. Das „Duale System“ war unter dem Gesichtspunkt der Irreführung der Verbraucher angegriffen worden, weil – entgegen der Verbrauchervorstellung – nicht jede mit einem grünen Punkt versehene Verpackung vom Recyclingsystem erfasst wird. Da muss man eingreifen, denn andernfalls instrumentalisiert das Verbraucherschutzrecht den Schutz des Mitbewerbers. Ich möchte in diesem Zusammenhang auf das Kartellrecht zurückkommen und die Fragen wiederholen: „Wo steht unser Wettbewerbsrecht? Wie ist es eingebunden? Was wollen wir mit dem Wettbewerbsrecht?“

Jan Kabel

During these discussions a saying came to my mind. *Auf deutsch ist das: „Das Beste ist des Guten Feind“*. And the best is of course the German approach: complete integration of all the rules, *gleiche Marktverhältnisse usw. für alle Marktteilnehmer* etc. I would like to argue there is also another, a more modest approach. For instance, recital 8 of the Directive on Unfair Commercial Practices states: „Die Kommission sollte sorgfältig prüfen, ob auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs über den Regelungsbereich dieser Richtlinie hinausgehende gemeinschaftliche Maßnahmen erforderlich sind, und sollte gegebenenfalls einen Gesetzgebungsvorschlag zur Erfassung dieser anderen Aspekte des unlauteren Wettbewerbs vorlegen.“ What are these other aspects? A lot of these aspects are already known. We have a framework for comparative advertising and all its variations. We do know what confusion is, we do know what misleading advertising is. Some problems remain. For example, the problem of taking unfair advantage and especially the problem of taking unfair advantage by, *„Vorsprung durch Rechtsbruch“*. I would argue to pay even more attention to these very concrete problems.

Karl-Nikolaus Peifer

Herr *Glöckner* hat in seinem Vortrag darauf hingewiesen, dass es sinnvoll ist, einige Normen in Sonderbereichen zu belassen und sie nicht in das Wettbewerbsrecht einzu beziehen, z.B. das Medienrecht, gewerberechtliche Anforderungen, etwa der Schutz

von Menschenwürde bei gewerblichen Veranstaltungen. Gelangen bei Zugrundelegung des jetzigen Konzepts diese Fälle über § 4 Nr. 11 UWG nicht doch wieder ins Wettbewerbsrecht und welche Zukunft hat diese Fallgruppe generell? Handelt es sich möglicherweise bei einer verfeinerten „more economical“ Analyse des Wettbewerbsrechts um eine aus dem Wettbewerbsrecht auszulagernde Fallgruppe? In der Pause wurde eine spannende Diskussion darüber geführt, dass im belgischen und im französischen Recht die Individualschutzzwecklehre im Deliktsrecht nicht der deutschen entspreche und man jeden Verstoß auch als Verstoß gegen Marktverhaltensregeln ansehe. Was das betrifft, ist hier die Position von Herrn Glöckner zu § 4 Nr. 11 UWG nicht ganz klar geworden. Herr Glöckner hat einprägsam dargestellt, dass jedenfalls die ökonomische Analyse dessen, was Wettbewerb leisten kann, sich in den letzten 60 bis 70 Jahren stark verändert hat, vom modellhaften zum empirischen Denken – in der empirischen Analyse Rückgriff nicht nur auf ein Rationalitätsmodell, sondern auch auf psychologische Denkmodelle, vor allem jedoch auch auf neurobiologische Denkmodelle, die ja auch davon ausgehen, dass Verbraucher in der Regel dazulernen. Vielleicht haben wir es also mit einem Verbraucher zu tun, der in Deutschland in den letzten 30 Jahren ganz andere Verhaltensweise gelernt hat, als sie jetzt erforderlich wären, um in dieser neuen deregulierten Wettbewerbswelt mit Rabatten etc. angemessen reagieren zu können. Deswegen meine Frage: „gibt es in der Ökonomie etwas, worauf das Wettbewerbsrecht aufbauen könnte oder sollte man insofern vorsichtig sein?“

Matthias Leistner

Ich teile die Meinung von Herrn *Glöckner*, dass der Schutz der Menschenwürde in all ihren grundrechtsdogmatischen Aspekten nicht ins Lauterkeitsrecht gehört. Es gibt jedoch durchaus einen Bezug auf der europäischen Ebene. Wenn über die Grundrechtecharta, die nach dem Vertrag von Lissabon sogar unmittelbar anwendbar wäre, tatsächlich Grundrechtsabwägungen ins europäische Recht gelangen, dann droht uns einerseits die Rechtsprechung des BVerfG, andererseits die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 EG und 49 EG und die „Cassis“-Rechtfertigung, sowie parallel dazu die Rechtsprechung des EGMR. Dass die beiden europäischen Gerichte sich aufeinander abstimmen, ist jedenfalls seitens des EuGH nicht zu erwarten. Man hätte also letztlich in Deutschland zwei Rechtsprechungslinien, die nicht zwingend übereinstimmen müssen. Allein dies spricht dafür, die Einflussosphäre des Verfassungsrechts möglichst eng zu ziehen.

Ansgar Ohly

An den Diskussionsbeitrag von Herrn *Peifer* anschließend möchte ich noch einmal auf die Frage des „Rechtsbruchs“ eingehen. Herr Peifer hat zu Recht gesagt, dass außerwettbewerbliche Interessen nicht unbedingt ins UWG gehören. Dass der 1. Zivilsenat in Deutschland die oberste Instanz in Fragen des Jugendschutzes geworden ist, ist nicht unproblematisch und wird in anderen europäischen Ländern, von Belgien einmal abgesehen, wohl auch anders gesehen. Kommen diese Interessen nun auf irgendeine Art und Weise wieder zurück ins Lauterkeitsrecht und was

sind die Kriterien für ihre Einbeziehung? Ein sehr weit reichendes Kriterium wäre der Vorsprungsgedanke. Immer dann, wenn sich jemand durch Rechtsbruch einen unlauteren Vorsprung gegenüber der Konkurrenz verschafft, würde es sich um eine lauterkeitsrechtliche Frage unter dem Gesichtspunkt des Konkurrentenschutzes handeln. Will man das nicht, fragt sich, ob die Einbeziehung unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes möglich wäre. Jugendliche sind besonders schutzbedürftig in Bezug auf pornografische Websites, deshalb könnte bei der Jugendschutzkonkretisierung des § 4 Nr. 1 UWG der Gedanke der aggressiven Werbung eine Rolle spielen. Die Abgrenzung ist jedoch schwer und das Lauterkeitsrecht darf nicht zum allgemeinen Hilfspolizist werden.

Frauke Henning-Bodewig

Die Diskussion zeigt, dass es immer wieder um die Kernfrage geht, was eigentlich das Lauterkeitsrecht ausmacht – solange man diese Frage nicht befriedigend beantwortet, wird sich auch nicht befriedigend klären lassen, ob und welche außerwettbewerbliche Sachverhalte über den Rechtsbruchtatbestand einbezogen werden sollten. Insofern ist vieles ungeklärt. Ich habe mich in meinem Eingangsreferat bemüht, mehrere Kriterien zu entwickeln, anhand derer sich beurteilen ließe, was das Lauterkeitsrecht nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge ausmacht – der Umstand, dass das Lauterkeitsrecht „Marktverhaltensrecht“ ist, war dabei nur eines von mehreren Eingrenzungskriterien: Es ist Marktverhaltensrecht, das durch ein bestimmtes „Feintuning“ – d.h. mittels zusätzlicher Kriterien – eingegrenzt und präzisiert wird, z.B. durch den Wertungsmaßstab der Lauterkeit, die involvierten Interessen etc. und natürlich auch durch die Schutzzwecke und Schutzmechanismen benachbarter Rechtsgebiete. Das Aufstellen dieser Kriterien wird jedoch durch die auf europäischer Ebene mangelnde Abgrenzung zu anderen Regelungswerken erschwert, insbesondere dadurch, dass den unterschiedlichen europäischen Akten offenbar unausgesprochen unterschiedliche Wettbewerbskonzeptionen zugrunde liegen.

Abschließend noch eine Bemerkung zu der auch von *Jochen Glöckner* angesprochenen rein funktionalen Betrachtungsweise des Lauterkeitsrechts. Es ist schon erstaunlich: Andere Bereiche des Wirtschaftsrechts bemühen sich zurzeit, gewisse Aspekte der Wirtschaftsethik in ihr Rechtsgebiet zu integrieren, während das Lauterkeitsrecht sich bemüht, seine historisch gegebene – siehe Art. 10^{bis} PVÜ – (auch) ethische Verankerung möglichst vollständig zu eliminieren. Insofern besteht m.E. dringender Diskussionsbedarf. Es ist zu hinterfragen, was Wirtschaftsethik wirklich ist und welche Rolle die Wirtschaftsethik gerade im Lauterkeitsrecht spielt. Herr *Schünemann* sagte, dass das, was der Freiheit im Wettbewerb entspreche, nicht unlauter sein könne. Das ist jedoch zu wenig. Zumindest wird man sagen müssen, dass die Grundprinzipien der Verfassung auch im Wirtschaftsbereich die Grundzüge der Wirtschaftsethik widerspiegeln und deshalb bei der Interpretation des Lauterkeitsbegriffs berücksichtigt werden müssen. Meine zur Diskussion gestellte Frage lautet daher: Wie lässt sich „Wirtschaftsethik“ definieren und sollte das Lauterkeitsrecht nicht die Tür für die Einbeziehungen der Wirtschaftsethik, so man sie irgendwie definieren kann, offen lassen?

Jochen Glöckner

Ich darf noch einmal kurz auf das Thema Vorsprung im Wettbewerb zurückkommen: Gerade wenn man die Interessen trennt und Sonderinteressen in gebührender Weise z.B. verwaltungsrechtlich regelt, muss Klarheit über die Schnittstellen zum Lauterkeitsrecht bestehen. Das Verhältnis der Tatbestände zueinander muss offengelegt werden. In der Praxis wird es jedoch häufig verdeckt; so entstehen z.B. verwaltungsrechtliche Irreführungstatbestände, wobei die Grenzen verschwimmen, und man sich fragt, wofür es die Sondertatbestände eigentlich gibt. Die Sonderrechtsnormen unterliegen durchaus ihrer eigenen Teleologie, indem sie spezifische Gesichtspunkte berücksichtigen. Bei der Health-Claims-Verordnung besteht zweifellos ein gewisses Spannungsverhältnis zur vom EuGH entwickelten Maßgeblichkeit des Durchschnittsverbraucher und auch das Regel-Ausnahme-Verhältnis von zulässiger Werbeaussage und Verbot wird umgekehrt. Andererseits gibt es kein für die Freiheit streitendes Interesse an Marktintegration, da die Verordnung den Bereich totalharmonisiert. Zudem geht es um den Schutz der Gesundheit. Ein Hinweis auf diese besondere Situation wäre gewiss angebracht, doch ist es nicht unbedingt Aufgabe des Gesetzgebers, derartige dogmatische Fragen klar zu stellen. Bei der Flugpreis-VO besteht das Problem der unterschiedlichen Regelungsinstrumente: Natürlich wäre es naheliegend gewesen, die Schwarze Liste der Richtlinie 2005/29/EG einfach um einen Punkt zu erweitern, doch auch mit der Verordnung kann man leben.

Die grundsätzliche Frage betrifft die Sanktionenseite: Wo ist die Grenze zu ziehen, damit das Lauterkeitsrecht nicht zum Hilfspolizisten der Sonderrechtsgebiete wird? Auf der einen Seite ist die eigene Teleologie der Sondergesetze zu berücksichtigen – dies folgt aus § 4 Nr. 11 UWG. Hat das verletzte Gesetz zumindest sekundär wettbewerbsschützende Funktion, so liegt es nahe, dass es sich auch um einen lauterkeitsrechtlichen Tatbestand handelt, unabhängig davon, ob ein Vorsprung entstanden ist und wie die Folgen aussehen. An der Funktionalität der verletzten Norm hat der BGH in den ersten Entscheidungen nach der Änderung der Rechtsprechung sehr sorgfältig gearbeitet und nach der sekundär wettbewerbsschützenden Funktion im konkreten Fall gesucht. Das ist in den letzten Jahren aber verwischt worden. Die neueren Entscheidungen fragen im Grunde nur noch pauschal nach bestimmten Interessen von Marktteilnehmern, z.B. Jugendschutz, Verbraucherinteressen und dergleichen und bejahen auf dieser Grundlage etwas mechanisch die Schutzfunktion.

M.E. wird dadurch einem gewissen Bedürfnis Rechnung getragen, das aber besser in einer selbständigen wettbewerblichen Funktionalität – nämlich der des wettbewerbsverzerrenden ungerechtfertigten Vorsprungs – aufgehoben wäre. Dieses Vorsprungserfordernis ist indes sehr ernst zu nehmen. Wenn man früher im Grunde jeglichen Vorsprung im Wettbewerb schlicht vermutete, ging das sicher zu weit. Wenn die Erlangung eines ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprungs ein eigenständiger lauterkeitsrechtlicher Tatbestand sein soll, dann bedarf es bereits auf der Tatbestandseite der Unlauterkeit mehr als nur der Überwindung der stets erforderlichen Spürbarkeitsgrenze, sondern dann muss ein substantieller Wettbewerbsvorteil begründet werden.

Das finde ich auch im Ergebnis angemessen. Und damit hätten wir zugleich ein Instrument, mit dem man im europäischen Umfeld operieren kann, weil es auch anderswo bestehenden Tendenzen entspricht: In diesem Sinne hatte sich gestern schon *Jan Kabel* ausgesprochen. Auch das österreichische Lauterkeitsrecht stellt den widerrechtlichen Vorsprung ins Zentrum der Betrachtung (vgl. etwa öOGH v. 11.3.2008, 4Ob225/07b – Halteverbot, zum geltenden UWG). Ich halte das Prinzip der *par condicio* für unmittelbar einleuchtend und es liegt auch anderen Regelungen des Gemeinschaftsrechts, so der einheitlichen Regelung des Kartellrechts und der Beihilfenkontrolle zugrunde.

Ich würde weder annehmen wollen, dass, weil wir rechtlich einen Gemeinsamen Markt innerhalb der EU haben, die Wettbewerbsbedingungen stets gleich wären, noch würde ich kompetitive Vorteile durch eine quasi-positivistische Herstellung gleicher Bedingungen zunichte machen wollen. Wo aber rechtlich gleiche Bedingungen bestehen, sollten sie auch durchgesetzt werden können, und wenn dies nicht in hinreichender Weise auf verwaltungsrechtlichem oder sonstigem Wege geschieht, und spürbare Auswirkungen auf den Wettbewerb durch einen tatsächlich wettbewerbsverzerrenden Vorsprung hat, dann könnte das UWG eingreifen. M.E. würde sich das auch als taugliche Regel für ein europäisches Modell des Lauterkeitsrechts außerhalb des Geschäftsverkehrs B2C und des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie eignen.

Generaldiskussion

Josef Drexl

Die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen ist der Hauptgrund für die Rechtsangleichung. Mir geht es vor allem um die Beziehung des Kartellrechts zum Lauterkeitsrecht. Dies möchte ich anhand von drei Stichworten erläutern. Zunächst anzusprechen ist der Verbraucherschutz im Kartellrecht, der gleichzusetzen ist mit Verteilungsgerechtigkeit. Auf den Verbraucherschaden rekurriert man in der ökonomischen Wettbewerbstheorie, um das Konzept der allokativen Effizienz besser fassen zu können. Der Verbraucher fungiert hier als Vehikel, um ein ökonomisches Konzept, die Annäherung an Effizienz, zu erreichen. Das zweite Stichwort lässt sich mit „Competition law protects competition, not competitors“ umreißen. Dieser Satz hat einen wahren Kern, ist aber gleichwohl verfehlt. Beim Wettbewerbsschutz gibt es immer auch eine individuell schützende Dimension; der Wettbewerb ist also nicht nur für die Verbraucher da, sondern auch für Wettbewerber; diese werden genauso geschützt. Das dritte Stichwort ist das Wichtigste: Der „more economic approach“. Er lässt sich dadurch charakterisieren, dass man auf die wirtschaftlichen Auswirkungen schaut. Auswirkungen brauchen allerdings einen Bezugspunkt, d.h. es ist zu fragen: „Auswirkungen worauf?“ Die Antwort fällt in der gegenwärtigen kartellrechtlichen Diskussion unterschiedlich aus. Man kann auf die Verbraucher abstellen, also darauf, wie sich eine Maßnahme auf die Interessen der Verbraucher auswirkt; insofern ist auch die Brücke zum Verbrauchervertragsrecht zu schlagen. Man kann jedoch auch, wie es auch noch in der jüngsten Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte anklingt, auf die Auswirkungen auf die „Wettbewerbsstruktur“ abstellen; besser formuliert auf die Wettbewerbsprozesse. Die Relevanz dieser unterschiedlichen Anknüpfungspunkte zeigt sich im Kartellrecht im Bereich der Behinderungspraktiken gemäß Art. 82 EG. Zum Wettbewerb gehört auch, dass ein Wettbewerber u.U. aus dem Markt ausscheidet; auch das ist wettbewerbskonform und stellt keinen Widerspruch zur Wettbewerbsfreiheit oder zur Offenheit der Märkte dar. Die Schwierigkeit liegt darin, im Bereich von Art. 82 EG das wettbewerbskonforme vom nicht wettbewerbskonformen Wettbewerbsverhalten zu unterscheiden – das Ergebnis ist in beiden Fällen dasselbe, nämlich, dass der Wettbewerber u.U. vom Markt ausscheidet. Vor dieser großen Herausforderung steht das Kartellrecht. Die Ökonomen haben hier einen plausiblen Maßstab: Sie beziehen den Wettbewerb auf die Verbraucher. M.E. sind – etwas weiter gefasst – die Auswirkungen auf die „Nachfrager“ der Maßstab dafür, ob Verhalten im Rahmen vom Art. 82 EG wettbewerbskonform ist oder nicht. Die Wettbewerbsökonomik verlässt sich diesbezüglich nur auf kurzfristige Prognosen. Wie sich bestimmtes Verhalten langfristig auf die Interessen der Wettbewerber auswirkt, lässt sich kaum zuverlässig vorhersagen. Kurzfristig aber ist es wahrscheinlich, dass so manches Verhalten zu einer Absenkung der Preise führt, während langfristig die Wettbewerbsintensität vermindert wird. Vielleicht sagt aus diesem Grunde vielen Unternehmen die-

ser Ansatz der Chicago-School, der auf die kurzfristigen Auswirkungen auf Verbraucherinteressen abstellt, besonders zu. Der Konflikt lässt sich sehr plastisch an den Papieren der EG-Kommission und auch an der Rechtsprechung der Gerichte darstellen. Die „Economic Advisory Group for Competition Policy“ hat im Vorfeld des Diskussionspapier zu Art. 82 EG genau diese Diskussion angestoßen und begründet, weshalb tatsächlich die Auswirkungen auf den Endverbraucher – besser Abnehmer – geprüft werden müssen. Die Kommission hat dagegen in ihrem Diskussionspapier jede Debatte hierüber vermieden und den Konflikt zwischen den verschiedenen Auffassungen der Ökonomen nicht offen angesprochen. Sieht man jedoch genau hin, lässt sich erkennen, dass die Kommission nicht bereit ist, dem Vorschlag zu folgen. Sie stellt darauf ab, ob Marktzutrittsbarrieren erhöht und Ausschließungswirkungen im Markt erzeugt werden. Ob mit dieser Art von „more economic approach“ Wettbewerberschutz betrieben wird, sei dahingestellt, ebenso, ob diese Auffassung Bestand haben wird. Das Gericht erster Instanz („Microsoft“) und auch der EuGH („British Airways“) stehen nach wie vor auf dem Standpunkt, dass man die Wettbewerbsprozesse zu schützen habe und damit den Verbraucher „mittelbar“ schütze. Der Verbraucher hat also eine wichtige Rolle, aber es gilt die Verbraucherentscheidungen zu sichern, nicht den Preis und auch nicht die Qualität. Insofern finde ich die Richtlinie überzeugend, denn sie setzt bei den Entscheidungsprozessen an.

Hans-Jürgen Ahrens

Ich möchte noch einmal auf den „Meuchelmordvorwurf“ zurückkommen. Mein Eindruck der Mehrheitsmeinung dieser Tagung ist, dass man das UWG faktisch abschaffen könne – in diese Richtung geht jedenfalls die wiederholt geäußerte These, man müsse das UWG kartellrechtlich interpretieren. Demgegenüber möchte ich daran festhalten, dass es sich um zwei Teilrechtsordnungen mit jeweils eigenständigen Zielsetzungen handelt. Das Konkurrenzproblem darf natürlich nicht so gelöst werden, dass man mit Hilfe von Verhaltensnormenbildungen im UWG die vom Kartellrecht geschützten Ordnungsprinzipien unterläuft. Aus der etwa von Herrn Schünemann in den Raum gestellten „Sicherung der Handlungsfreiheit“ lassen sich Erkenntnisse für die Tatbestände im UWG nicht gewinnen. Was passiert, wenn man das UWG auf die kartellrechtliche Schiene setzt, zeigt die Diskussion um die Legalausnahme nach Art. 81 Abs. 3 EG – hier haben die Kartellrechtler von Anfang an und zu Recht gewarnt, dass man die Gerichte überfordere. Sofern in diesem Bereich überhaupt Verfahren vor die Gerichte kommen – die Anwälte sind kaum mehr im Stande, den Sachverhalt so aufzubereiten, dass sie unter Beachtung der Darlegungslast entsprechende Tatsachen vorbringen können -, zeigt sich, dass die Zivilgerichte mit den Abwägungsvorgängen nicht zurechtkommen. Ein weiteres Beispiel ist im Kartellrecht die sogenannte „Vorfeldthese“, mit der in den 70er Jahren schon mal die Konkurrenz von UWG und Kartellrecht behandelt wurde. Meiner Auffassung nach sollte man bezüglich des Verhältnisses der beiden Teilrechtsordnungen zueinander akzeptieren, dass es im UWG ausformulierte Tatbestände, die auch von den Gerichten handhabbar sind, geben muss; im Übrigen ist der Anwen-

dungsbereich dieser Einzeltatbestände genau zu bestimmen. Ein Beispiel für letzteres sind die Äußerungsdelikte. Bei Äußerungen im Wettbewerb wird allgemein vertreten, dass ein schärferes Haftungsregime als nach allgemeinem Deliktsrecht angebracht sei. Bei negativen Äußerungen von Wettbewerbern über Wettbewerber ist eine schärfere Haftung sicher legitim, denn die dadurch bewirkten Verzerrungen, die später schwer aufklärbar sind, lassen sich besser mit einer „Gefährdungshaftung“ in den Griff bekommen – möglicherweise erklärt das die zurückhaltende Einstellung gegenüber der vergleichenden Werbung.

Was den Rechtsbruchtatbestand betrifft, so hat § 4 Nr. 11 UWG auch damit zu tun, dass ein Normenvollzugsdefizit zu bewältigen ist – würde man hier darauf bauen, dass die Verwaltungsgerichte für Abhilfe sorgen, so käme es u.U. zu Verzerrungen am Markt, weil einige die fragliche Norm beachten und andere nicht. Der politische Kampf um die Ausformulierung des § 4 Nr. 11 UWG, der bei der UWG-Reform bis in die Phase des Bundesrates erfolgte, hat deutlich gezeigt, dass z.B. Rechtsverstöße gegen das Gemeinderecht auf den kleinen lokalen Märkten für private Unternehmer außerordentlich spürbar sind. Man benötigt also einen Tatbestand wie den des § 4 Nr. 11 UWG. Wenn man fortfährt, das UWG zu „liquidieren“, dann verlagern sich die Probleme lediglich in das allgemeine Deliktsrecht, etwa unter dem Stichwort des Schutzes des Gewerbebetriebs. Ob das vorzugswürdig ist, wage ich zu bezweifeln.

Jochen Glöckner

Was die kartellrechtliche Diskussion betrifft, so habe ich nicht gemeint, dass der Schutz des Wettbewerbs, der nach ökonomischer Betrachtung die Gesamtwohlfahrt steigert, bereits eine Entscheidung über die Verteilungsgerechtigkeit beinhaltet. Gerade letztere ist in der Tat problematisch. Fragen der Verteilungsgerechtigkeit stellen sich erst, wenn innerhalb des Kartellrechts ein Verbraucherschutz betrieben wird, der über diejenigen Vorteile hinausgeht, die Verbrauchern aus wirksamem Wettbewerb entstehen.

Zum Schlagwort „competition law protects competition“ ist klarzustellen, um die Eingangsdiskussion aufzunehmen, dass die untrennbare Verknüpfung von Parallel- und Austauschprozessen im Wettbewerb durch sie verkürzt wird. Doch immerhin heißt es in der ersten Satzhälfte glücklicherweise nicht „competition law protects consumers“, sondern „competition law protects competition“. Weder Verbraucher noch Mitbewerber werden also unmittelbar genannt.

Josef Drexl

Nicht vergessen werden darf allerdings, dass dieser Satz dann häufig durch einen weiteren ergänzt wird, nämlich: „und deshalb kommt es auf den Verbraucher an“!

Jochen Glöckner

Lassen Sie mich auf die von Ihnen als zweite gestellte Frage nach den Auswirkungen zurückkommen: In der Tat muss man zwischen wettbewerbschädlichen und wettbewerbskonformen Behinderungen unterscheiden. Auf europäischer Ebene

wird dies am Gesichtspunkt der „anticompetitive foreclosure“, der Ausschließungswirkung festgemacht. Dabei handelt es sich um einen im Lauterkeitsrecht bekannten Aspekt: das Abschneiden vom Markt, das künstliche Erhöhen der Marktzutrittschranken. Im Lauterkeitsrecht ist man hier bereits weiter als im Kartellrecht, das sich erst mühsam vom Strukturschutz löst und beginnt, zum Verhaltensschutz überzugehen.

Zum „Meuchelmordvorwurf“ von Herrn *Ahrens* wäre zu sagen, dass wohl eher ein Vorwurf, ich wolle das Kartellrecht und das Immaterialgüterrecht „meucheln“ und in einem Lauterkeitsrecht als „Mutter des Wettbewerbsschutzes“ aufgehen lassen, im Raum stände. Gerade das Lauterkeitsrecht zeichnet sich dadurch aus, dass man interessenorientiert wertet und abwägt. Es geht also keinesfalls darum, sämtliche lauterkeitsrechtlichen Sondertatbestände auf die Müllhalde der Geschichte zu werfen. Im Gegenteil gibt es zahlreiche UWG-Tatbestände, bei denen sich der Weg eines funktionalen Zugangs ohne weiteres nachvollziehen lässt, etwa beim Irreführungsschutz oder bei § 4 Nr. 1 UWG. Sind hier die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, dann wird auch der Wettbewerb als Prozess und im Ergebnis beeinträchtigt.

Es spielen jedoch auch noch weitere allgemeine Wertungen, die insbesondere *Frauke Henning-Bodewig* erwähnt hat, eine Rolle: Mit der „corporate social responsibility“ hat man freilich ein Problem. Meiner Ansicht nach würde das Lauterkeitsrecht nicht zugrunde gehen, wenn man dieses Problem nicht mit Hilfe des Lauterkeitsrechts löste.

Zum von Herrn *Ahrens* angeführten Negativbeispiel des Art. 81 Abs. 3 EG wäre anzumerken, dass es demnächst einen Folgenbericht geben wird. Er soll die Auswirkungen der unmittelbaren Anwendung der Norm durch die Gerichte auf der Grundlage der VO Nr. 1/2003 in der Praxis klären und prüfen, wie die Gerichte damit zurechtkommen*. Die „Vorfeldthese“ hat sich als UWG-rechtliches Problem nur deshalb totgelaufen, weil alle „Vorfeld-Tatbestände“ nun im Kartellrecht geregelt sind, etwa die relative Marktmacht in § 20 Abs. 2, 3 GWB, der Verkauf unter Einstandspreis in § 20 Abs. 4 Satz 2 GWB, etc. Ob die fraglos bestehenden Probleme nun im Kartellrecht selbst oder im Lauterkeitsrecht gelöst werden, spielt keine große Rolle.

Demgegenüber ist die verfahrensrechtliche Absicherung von überragender Bedeutung, da andernfalls ein solches unstrukturiertes Recht ein wertloses Recht wird. Es sind daher konkretisierende Leitlinien zu erarbeiten. Auf welcher Ebene das geschieht, inwieweit der Gesetzgeber eingreifen sollte, ob man ein vereinfachtes Gesetzgebungsverfahren einführt oder ob man professionelle Institutionen mit der Entwicklung von Leitlinien betraut wie dies beispielsweise die Europäische Kommission im Kartellrecht mit den Leitlinien für Behinderungsmisbrauch versucht**, spielt keine Rolle, solange es nur entsprechend effiziente Instrumente gibt.

* Der Bericht ist inzwischen erschienen als Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat v. 29.4.2009 – Bericht über das Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates, KOM (2009) 206 endg.

** Inzwischen ist die Mitteilung der Kommission vom 9.2.2009, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinde-

Wolfgang B. Schönemann

Ich möchte zunächst Stellung zum Vorwurf von Frau Henning-Bodewig nehmen, eine rein wettbewerbsfunktionale Ausrichtung des Lauterkeitsrechts laufe auf eine Eliminierung ethischer Aspekte hinaus. Das ist aus meiner Sicht nicht richtig. Handlungsethik und Funktionsethik sind kein Gegensatz. Man kann dies am Beispiel des „Mensch ärgere Dich nicht“-Spiels verdeutlichen. Hat ein Spieler drei Steine im Ziel und wirft gleichwohl einen Stein des Mitspielers, der noch gar keinen Stein im Ziel hat, kurz vor dessen Ziel heraus, dann ist das eine amoralische Geschichte. Andererseits ist das Spiel als solches zweifellos moralisch und ethisch zu rechtfertigen. Alle Spieler haben die gleichen Anzahl Steine, die gleichen Würfel und die gleichen Würfelmöglichkeiten. Verhält man sich innerhalb dieses Spieles regelgerecht, dann können die Einzelakte nicht einer erneuten Bewertung unterzogen werden, da sie nichts anderes sind als das Derivat der Regeln. Im Rahmen einer ökonomischen Ordnung und einem darauf zentrierten Lauterkeitsrecht, das auf eine ethisch fundierte Regelsystematik Bezug nimmt, dürfen deshalb die Einzelakte nicht mehr einer erneuten aktions- und handlungsorientierten ethischen Überprüfung unterzogen werden. Lässt sich das Regelsystem moralisch rechtfertigen – was auf die wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft wohl zutrifft –, dann können die Einzelakte nicht unmoralisch sein.

Ich verstehe dabei die Ordnungsethik anders als etwa Herr Peifer. Die Ethik, die das wettbewerbsgesteuerte marktwirtschaftliche System in sich trägt, vermag auch die regelorientierten Einzelakte zu legitimieren. Ein wettbewerbsfunktionszentriertes Lauterkeitsrecht ist daher eine „amoralische“ oder eine „unethische“ Veranstaltung. Es werden nichts weiter als die Institutionswerte einer wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft transferiert und auf der Einzelaktionsebene umgesetzt. Konsequenterweise ist deshalb für eine „remoralisierende Betrachtungsweise“ der Einzelakte im Lauterkeitsrecht kein Platz.

Frauke Henning-Bodewig

Die Ausführungen von *Wolfgang Schönemann* gehen m.E. von einer falschen Grundannahme aus. Selbst in der früheren Rechtsprechung zum UWG hat es keine „Moralhysterie“ gegeben. Es wurde zwar häufig die Terminologie „Guten Sitten“ oder „Treu und Glauben“ verwendet, wobei übersehen wird, dass diese – offenbar als Reizwort verstandenen Begriffe – im BGB seit 100 Jahren ohne Probleme Verwendung finden. Der Begriff der „guten Sitten“ wurde, was genauso übersehen wird, im UWG von Anfang an auch funktional ausgefüllt. So war es durchaus nicht die allgemeine „Moralvorstellung“, sondern immer die Geschäftsethik, an der eine Wettbewerbshandlung gemessen wurde. Wenn gleichwohl hierfür als Kürzel auf die „guten Sitten“ Bezug genommen wird, so liegt das bei älteren Urteilen in der Sprache der Zeit begründet. „Gute Sitten“ ist die Terminologie des 19. Jahrhunderts; in einem modernen Gesetz würde dieser Begriff wohl kaum mehr Verwendung finden,

rungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, KOM (2009) 864 endg., erschienen. Vom ursprünglich bekundeten Ziel, Leitlinien für die Anwendung zu entwerfen, hat man sich jedoch gelöst, und nunmehr Leitlinien betreffend die Durchsetzungsprioritäten geschaffen.

ohne dass sich in der Sache selbst etwas änderte. Entscheidend sind die rechtlichen Überlegungen, nicht bestimmte aus der Zeit stammenden Formulierungen. Es ist daher m.E. falsch zu behaupten, die frühere Rechtsprechung sei „moralisierend“ gewesen. Folglich geht es heute auch nicht um „Ent- oder Remoralisierung“, sondern um etwas ganz anderes. Das „Mensch ärgere Dich nicht“-Spiel bezieht seine „Ethik“ draus, dass alle Spieler gleichen Spielanweisungen unterliegen. Auf das Recht übertragen, bedeutet das, dass der Gesetzgeber bezüglich der Grundregeln eine klare Aussage treffen muss. In dem Moment, in dem er jedoch Generalklauseln schafft, die bewusst und notwendigerweise Wertungen zulassen, ist die Situation eine andere. Hier geht es, wie bereits *Jochen Glöckner* betont hat, immer auch um Wertungsentscheidungen. Deshalb muss die Frage diskutiert werden, ob bei diesen Wertungsentscheidungen die Wirtschaftsethik, die sich außerhalb rechtlicher Regeln herausgebildet hat, zu berücksichtigen ist. Auf europäischer Ebene ist diese Fragestellung schon deshalb nicht abwegig, weil das europäische Recht, sofern keine klaren Vorgaben aus dem primären Gemeinschaftsrecht bestehen, nur das widerspiegeln sollte, was dem Konsens seiner Mitgliedstaaten entspricht. In einigen Mitgliedstaaten – etwa Schweden – wird jedoch trotz der UGP-Richtlinie die „soziale Verantwortung des Marketings“ betont und auch das sekundäre europäische Gemeinschaftsrecht enthält in der Fernsehrichtlinie ethisch fundierte Verbote. In Anknüpfung an das Referat von *Karl-Nikolaus Peifer* möchte ich folgendes Beispiel bilden: Wenn 80 % aller Unternehmer auf ihrer Website als Ausdruck der „corporate social responsibility“ Kinderarbeit ächten, dann ist dies Ausdruck einer doch offenbar überwiegenden Wirtschaftsethik. Meine Frage lautet: Ist dies bei der Auslegung der Generalklausel zu berücksichtigen? Ich vermute, dass dieser Aspekt bei der rein funktionalen Betrachtungsweise außen vor bleiben würde. Ich bin mir nicht ganz sicher, ob das richtig ist. Auf jeden Fall sollte man diese Frage offen, d.h. ohne Reizworte wie „Remoralisierung“ diskutieren.

Wolfgang B. Schünemann

In der wirtschaftsethischen Diskussion gibt es die Tendenz, eine Sozialethik nicht mehr als bloße Kompilation individualethischer Prinzipien anzusehen. Wenn ein Unternehmen das als Handlungsverpflichtung für sich nimmt, ist das in Ordnung. Hieraus jedoch auf die institutionelle Ethik zu schließen, halte ich für verfehlt. Die Sozialethik – und die Wirtschaftsethik ist nichts anderes als eine Sozialethik – hat lange gebraucht zu begreifen, dass es sich um etwas anderes als eine auf einer höheren Stufe angesiedelten Individualethik handelt. Was individuell nicht richtig sein mag, z.B. beim Spiel jemanden kurz vor dem Ziel herauszuwerfen, ist auf der Ebene der institutionsökonomischen Ethik völlig in Ordnung, weil es regelgerecht ist. Eine wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft hat also für sich eine ethische Legitimation. Sie gründet sich nicht nur auf Effizienz und optimale Faktorallokation, sondern auf Freiheitsethik, Verantwortungsethik. Es besteht folglich keine Möglichkeit mehr, alte individualethische Überlegungen auf der Einzelaktionsebene anzustellen.

Frauke Henning-Bodewig

Das ist meiner Meinung nach keine Verantwortungsethik. Verantwortungsethik spiegelt sich in der „corporate social responsibility“ wieder, die z.B. darin bestehen könnte, dass Unternehmer Kinderarbeit bei der ausländischen Produktion, auch wenn sie in dem betreffenden Staat legal sein sollte, missbilligen.

Jochen Glöckner

Dem ist beizupflichten. Herr *Schünemann* hat bei dem Beispiel des Würfelspiels betont, dass die Spielregeln vorgegeben seien – hier werden aber gerade die „Spielregeln“ des Lauterkeitsrechts diskutiert.

Annette Kur

Wenn man heutzutage noch mit solcher Überzeugung das Lied singt, dass der freie Wettbewerb definitiv und notwendigerweise zu den allerbesten Ergebnissen führt, so macht man es sich zu einfach. Wie Herr *Glöckner* gerade sagte, besteht die Gefahr bei einfachen, plakativen Beispielen, dass man aneinander vorbeidiskutiert. Man darf das ethische Element in dem von Frau Henning-Bodewig erläuterten Sinne jedenfalls nicht aus den Augen verlieren.

Karl-Nikolaus Peifer

Ich möchte einmal klar auf die Unterscheidung von Ordnungsethik und Handlungsethik eingehen. Ordnungsethik befasst sich mit den Regeln, denen alle unterliegen. Das ist in erster Linie die Rechtsordnung, in die natürlich auch ethische Regeln transformiert und etwa zu Rechtsregeln umgeformt werden. An diese Regeln müssen sich alle Wettbewerber halten. Das spielt eine Rolle, wenn lauterkeitsrechtliche Normen etwa nach der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes auszulegen sind; hier muss jeder Richter diese Wertordnung in seinen individuellen Entscheidungen umsetzen. Handlungsethik bezeichnet dagegen die Regeln, die sich die Wettbewerber unabhängig von bestimmten Rechtspflichten selbst aufstellen. Wenn der Gesetzgeber vorschreibt, dass beim „Mensch ärgere Dich nicht“-Spiel jeder vier Figuren und einen Würfel bekommt und in einer bestimmten Reihenfolge zu würfeln hat, dann wäre das eine ordnungsethische Regel. Wenn die Teilnehmer es aber als „good behavior“ ansehen, jemanden in bestimmten Situationen nicht herauszuwerfen, dann ist das Handlungsethik. Unternehmen können z.B. unabhängig von einer rechtlichen Verpflichtung keine Waren anbieten, die durch den Einsatz von Kinderarbeit hergestellt wurden. Das wäre Handlungsethik, „socially responsible behavior“. Fraglich ist, ob man daraus auch Folgerungen für die Generalklausel ziehen kann. Das Europäische Recht hindert nicht daran, so dass man in Schweden auch weiterhin die soziale Verantwortung betonen kann. In Deutschland und in anderen Staaten hat man jedoch den Weg zu einem wettbewerbsfunktionalen Wettbewerbsverständnis beschritten. Allerdings haben die Unternehmen mittlerweile selbst entdeckt, dass Handlungsethik ein Wirtschaftsfaktor sein kann. Sie ökonomisieren ihre Handlungsethik und bringen sie dann selbst wieder in das Wettbewerbsrecht hinein. Wenn Unternehmen auf ihrer Homepage sagen „Wir halten es für sozial unverant-

wortlich, mittels Kinderarbeit hergestellten Produkte zu verwenden“, und sie tun es doch, dann führen sie in die Irre. Das Wettbewerbsrecht muss dann entscheiden, ob diese Unternehmen über einen markterheblichen Umstand irreführen, der für Marktentscheidungen der Verbraucher relevant ist. Das ist letztlich die Konstellation, die auch der BGH-Entscheidung „Krombacher“ zugrunde lag.

Frauke Henning-Bodewig

Das wäre ein Fall der Irreführung, der sich mit dem vorhandenen Irreführungsinstrumentarium gut lösen lässt. Er trifft jedoch gerade nicht den Kern dessen, was mit dem Stichwort „ethisches Verhalten“ gemeint ist. Das eigentliche Problem ist doch die Frage, ob einem Wettbewerber, der das nicht auf seiner Homepage stehen hat, vorgeworfen werden kann, dass 99 % seiner Mitbewerber Kinderarbeit missbilligen und dies auch nach außen kundtun. Ist sein Verhalten dann unlauter?

Karl-Nikolaus Peifer

Meines Erachtens nicht.

Rupprecht Podszun

Eine richterliche Entscheidung erhebt auch einen staatlichen Regelungsanspruch; der Richter setzt z.B. das Grundgesetz um. Darüber hinaus vorrechtliche Anschauungen zu importieren, halte ich für gefährlich. Im deutschen Grundgesetz ist die freiheitliche Ordnung, wie sie Herr Schönemann skizziert hat, verankert, insbesondere in Art. 2 GG. Diesem staatlichen Regelungsanspruch muss der Richter genügen. Möglicherweise würde eine europäische Grundrechtscharta eine Verschiebung in eine andere Richtung bewirken – vielleicht bedeuten die neuen Grundrechte oder das erweiterte Verständnis des EuGH davon eine Abkehr von einem strikten freiheitlichen Modell. Das ist jedenfalls naheliegender, als die Antwort in der „corporate social responsibility“ zu sehen.

Der zweite Aspekt, auf den ich eingehen möchte, hängt mit dem „more economic approach“ zusammen. Es wird häufig verkannt, dass dieser keine Normen vorgibt. Im Übrigen kann man Effizienz eher als Methodik begreifen, weniger als Ziel. Die Wirtschaftswissenschaftler arbeiten deskriptiv und nicht normativ, was in der Diskussion weitaus stärker berücksichtigt werden muss.

Hans W. Micklitz

Bezüglich der vordringlichen Frage, wie ein Gesamtkonzept aussehen könnte, möchte ich mich auf die Konkretisierung einiger Schlagworte beschränken. *Konstitutionalisierung*: Das Problem ist, dass auf EG-Ebene verschiedene Gerichte agieren werden, mit Sicherheit der EuGH und der EGMR, deren Entscheidungen im Lauterkeitsrecht, im Kartellrecht und im Immaterialgüterrecht immer mehr Bedeutung haben. *Ökonomisierung*: Vom Kartellrecht ausgehend handelt es sich um eine Diskussion, die auch das Lauterkeitsrecht erreicht. Wenn die Ökonomen den Juristen vorgeben, was Effizienz ist, dann stellt sich die Frage, was für den Richter als Wertung überhaupt noch übrig bleibt. *Entjustitialisierung*: Die Europäische Kom-

mission bevorzugt offenkundig die Behördenlösung und beschneidet damit die Kontrollbefugnisse der Gerichte. Dafür gibt es jedenfalls viele Anzeichen, z.B. bei der VO(EG) 2006/2004. Dies wird auch in Deutschland zu Verschiebungen führen. Ansätze in diese Richtung bestehen schon. *Kollektivierung des Rechtsschutzes*: Sie zeigt sich in der Diskussion um „antitrust injuries“, die in das Lauterkeitsrecht hineinragen, wenn es um die Abschöpfung von Gewinnen geht. Es wird am 26.11.2008 ein Grünbuch der Kommission über Gruppenklagen im Verbraucherrecht veröffentlicht werden und einen Bericht über die RL 98/27/EG über Unterlassungsklagen. Der Entwurf der EG-Kommission sah ursprünglich neben der Unterlassungsklage einen Folgenbeseitigungsanspruch vor; man kann sich sehr gut vorstellen, dass die Entwicklung in diese Richtung geht. *Liberalisierung*: Das Verhältnis von Liberalisierung und dem neuen Modell der aggressiven Werbung ist noch offen – wird die Eingriffsschwelle gesenkt, bedeutet das mehr Platz für Formen aggressiver Werbung, einschließlich verkaufsfördernden Maßnahmen. *Ausdifferenzierung des Lauterkeitsrechts*: Auf der einen Seite gibt es ein Europäisches Immaterialgüterrecht, das Teile des Lauterkeitsrechts erfasst. Schließlich das Deliktsrecht, über das sich vieles, was aus dem europäischen Modell herausfällt, zur Not lösen ließe.

Jules Stuyck

Ich möchte doch noch einmal das „Ethik-Thema“ aufgreifen. Man könnte provozierend behaupten, dass man im Lauterkeitsrecht lediglich Generalklauseln bräuchte, große oder kleine Generalklauseln. Ganz am Anfang gab es Art. 10^{bis} PVÜ, der die Verwechslungsgefahr, Anschwärtzung und Irreführung abgedeckt; auch hier spielt der funktionale Wettbewerbsbegriff und der Wettbewerbsprozess eine Rolle. Hinzugekommen ist ein Verbot aggressiver Geschäftspraktiken durch die Richtlinie 2005/29/EG; dieses knüpft an die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher an. Der Rest ist Transparenzregelung. Das alles ist marktkonform, hat aber nicht viel mit Ethik zu tun. Die Frage lautet also: „Was brauchen wir mehr?“ Ein Problem ist der unlautere Wettbewerb durch Rechtsbruch, die Beachtung der Grundrechte, das Diskriminierungsverbot etc. Wenn dies alles ins Lauterkeitsrecht kommt, wird es m.E. problematisch.

Was das Beispiel „Flugpreise“-VO betrifft, so ist das wie ein Tatbestand der „schwarze Liste“ der Richtlinie 2005/29/EG – auch wenn ich generalisierende Verbote ablehne, gibt es doch Sachverhalte, die man sonst nicht lösen kann. Das zeigt auch der Telekommunikationssektor, in den man immer wieder regelnd eingreift. Im Grundsatz ist jedoch eine neue Verordnung gegenüber einem weitere Verbot in der „black list“ der Vorzug zu geben.

Beim Thema „social responsibility“ muss derjenige, der etwas auf seine Homepage setzt, sich auch daran halten, sonst ist es irreführend. Frau *Henning-Bodewig* hat völlig Recht, dass in Skandinavien dieser Bereich auch ohne Irreführung in die Generalklauseln Eingang findet, während dies in den meisten anderen Mitgliedstaaten nicht in dieser Form gehandhabt wird. Rechtseinheit durch Rechtsvielfalt, das gilt auch in diesem Bereich.

Igor B. Nestoruk

Auch ich würde gerne kurz – aus der polnischen Perspektive – zu der wirtschaftsethischen Diskussion Stellung nehmen. Im letzten Jahr habe ich eine Seminararbeit zum Thema „Das Frauenbild in der Werbewirtschaft“ betreut. Dazu gibt es eine Entschließung 1557 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarats „Das Bild der Frau in der Werbung“, in der auch auf die grundrechtliche Konzeption verwiesen wird und ethische Werte betont werden. Insofern stellt sich schon die spannende Frage der Auswirkungen auf das nationale Recht und das Gemeinschaftsrecht.

Weiter möchte ich auf die immer enger werdende Verflechtung des Kartellrechts und des Verbraucherrechts im polnischen Recht hinweisen. Der Verbraucherschutz hat erst Ende der 90er Jahre in das polnische Kartellrecht Eingang gefunden, dann jedoch grundlegend – z.B. heißt das damalige „Antimonopolgesetz“ nun „Gesetz zum Schutze des Wettbewerbs und des Verbrauchers“. Es enthält ein eigenes Kapitel zum „Schutz gegen Verletzungen der Gesamtinteressen der Verbraucher“, das von der Wettbewerbsbehörde durchgesetzt wird; die Sanktionsmechanismen sind die der Kartellverbote und des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, d.h. es werden Bußgelder verhängt. Die „Gesamtinteressen“ sind im Gesetz negativ definiert und bilden nicht die Summe der Einzelinteressen der Verbraucher; hierzu gibt es eine mehr als zehnjährige Entscheidungspraxis der Wettbewerbsbehörde. Begründet wurde diese Ende der 90er Jahre erfolgte Reform mit der Annäherung des polnischen Rechts an die Vorgaben des EG-Rechts.

Ein weiterer erwähnenswerter Aspekt ist die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG in ihrem B2C-Ansatz in das polnische Recht. Sie ist in einem Sondergesetz zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken 2008 erfolgt, welches zwischen das polnische UWG und das Kartellgesetz getreten ist. Dieses Gesetz hat den Normzweck des polnischen UWG geändert, aus dem die Worte „insbesondere Verbraucherinteressen“ gestrichen wurden; d.h. die 1993 ins polnische Lauterkeitsrecht eingeführte Schutzzwecktrias musste aufgegeben werden. Wie sich das auf die Anwendung der einzelnen gesetzlich geregelten UWG-Verbote auswirke, ist noch abzuwarten.

Bernd Nauen

Ich möchte noch auf einen Punkt eingehen, der die von Frau *Henning-Bodewig* aufgeworfene Frage der Berücksichtigung ethischer Aspekte im Rahmen von Generalklauseln betrifft. Es gibt auch eine Ethik der Nachfrageseite und Herr *Peifer* hat bereits darauf hingewiesen, dass diese Ethik mit der Anbieterseite zusammenhängt. Das ist ein guter Anhaltspunkt dafür, warum man von einer Verrechtlichung Abstand nehmen sollte. Denn es ist eine Seinsfrage, die erst dann zur Sollensfrage wird, wenn der Irreführungstatbestand eingreift oder Selbstbindungen eingetreten.

Am Beispiel von Health Claims-VO lässt sich m.E. am besten die Frage beantworten, ob bestimmte Sondergebiete aus dem UWG ausgelagert werden sollten. Ich habe Zweifel, dass man diese Bereiche wirklich als außerhalb des Lauterkeitsrechts liegend ansehen kann – im deutschen Recht kommen sie jedenfalls über § 4

Nr. 11 UWG wieder ins UWG hinein. Bei § 4 Nr. 11 UWG geht es um Marktverhaltensregeln, die zwar rechtstechnisch positivistisch an das Marktverhalten der Unternehmer anknüpfen, sich jedoch auf den Verbraucher beziehen; derartige Regeln nehmen ständig zu und finden damit in das Lauterkeitsrecht Eingang. Insofern darf man sich nicht wundern, dass die Regelungskonzepte nicht mehr zueinander passen. Die Health-Claims-Verordnung findet ihre wahre Rechtfertigung nicht im Irreführungsschutz, sondern ist eine „lifestyle-regulation“, die die Nachfrageseite mittels des Wettbewerbsinstruments Werbung in einer bestimmten Weise beeinflussen soll, um allgemeinpoltische Ziele, wie Gesundheitsschutz, Bekämpfung der Fettleibigkeit etc. in den Griff zu bekommen.

Annette Kur

Noch einmal zur Ethik: Ich stehe grundsätzlich, wie offenbar auch die Mehrheit hier, einer Berücksichtigung von Ethik in der generalklauselmäßigen Betrachtung eher ablehnend gegenüber. Allerdings führt das freie Spiel der Kräfte nicht immer zu dem besten Ergebnis, so dass man eine gewisse soziale Verantwortung in gewissen Bereichen braucht und fördern sollte. Im Zweifel müssen diese Aspekte dann auf andere Weise verrechtlicht werden, z.B. durch ein Verbot, durch Kinderarbeit hergestellte Produkte anzubieten. Es gibt dann eine Vielzahl von Regelungen, die über den Umweg von § 4 Nr. 11 UWG oder in anderer Art und Weise in das Wettbewerbsrecht hineinspielen. Man wird das Problem im Lauterkeitsrecht also nicht los, so dass sich in der Tat die Frage stellt, ob man nicht bestimmte Verhaltensregeln bereits im Vorfeld anerkennen sollte.

Zu den Punkten Kohärenz und Konsistenz: Kohärenz ist kein Selbstzweck, soweit es nur darum geht, an welcher Stelle etwas geregelt ist. Dies gilt vor allem für die Europäische Ebene, was auch damit zusammenhängt, dass die Sanktionen und Durchsetzungssysteme europaweit unterschiedlich sind. Konsistenz ist eine andere Geschichte. Hier geht es darum, dass die Regelungen in sich nicht widersprüchlich sind. Das kann man in der Tat erwarten. Konsistenz ist auch mein Petition im Hinblick auf das Verhältnis Immaterialgüterrecht/Wettbewerbsrecht. Die ganze Diskussion um die Vorrangthese des Markenrechts ist m.E. unsinnig. Es geht nur darum, ob das Recht in sich konsistent und nicht widersprüchlich ist. Dann kann beides gut nebeneinander bestehen. Das führt zu der generellen Frage, wo die Konsistenz zu suchen ist, was also den Beobachtungsradius bildet. Und dabei gelangt man wieder zu der Frage, was eigentlich Wettbewerbsrecht ist. Was ist der gemeinsame Nenner?

Ansgar Ohly

Mir ist im Laufe der Tagung immer klarer geworden, dass im Lauterkeitsrecht der Konkurrentenschutz zerrieben zu werden droht. Dieser Gesichtspunkt ist in fast allen Referaten und Diskussionsbeiträgen aufgetaucht. Wir haben auf der einen Seite eine Auslagerung des Leistungsschutzes ins Immaterialgüterrecht – ob das eine gute oder schlechte Entwicklung ist, bleibe dahingestellt. Die Realität ist jedenfalls so und die Verlagerung kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Auf der

anderen Seite ist die Zunahme des Verbraucherschutzes zu verzeichnen. Wenn man dem einen oder anderen Statement hier Glauben schenkt, gibt es einen Konkurrentenschutz unabhängig vom Verbraucherschutz überhaupt nicht mehr. Es bereitet offenbar Schwierigkeiten, die Interessen von Konkurrenten, die nicht gleich laufen mit Interessen der Verbraucher, zu identifizieren. Das bedeutete jedoch, dass einige klassische Tatbestände des Lauterkeitsrechts sich schlecht unterbringen lassen, z.B. die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung, das Verleiten zum Vertragsbruch oder der Boykottaufruf. Ich bin nicht der Meinung, dass dieser Konkurrentenschutz aus dem Lauterkeitsrecht verdrängt werden sollte oder dass keine rationale Basis mehr dafür besteht. Andererseits ist es, wie diese Tagung deutlich gezeigt hat, extrem schwierig, diese rationale Basis zu fassen.

Anhang

Tagungsprogramm

Donnerstag, 13. November 2008

Begrüßung

(Reto M. Hilty)

Einführung in die Thematik

(Frauke Henning-Bodewig)

I. Die Rahmenbedingungen des Europäischen Lauterkeitsrechts

(Leitung: Josef Drexl)

1. Was gehört zum Lauterkeitsrecht?
(Frauke Henning-Bodewig)
2. Die Ziele des Primärrechts und ihre Bedeutung für das Europäische Lauterkeitsrecht
(Alexander Peukert)
3. Reichweite internationalrechtlicher Vorgaben
(Martin Pflüger)
4. Beitrag der Ökonomie zum Lauterkeitsrecht
(Wolfgang B. Schünemann)

Freitag, 14. November 2008

II. Themenbereiche des Lauterkeitsrechts

(Leitung: Frauke Henning-Bodewig, Matthias Leistner)

1. Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise
(Karl-Nikolaus Peifer)
2. Spezielle Wettbewerbsförderung durch Europäisches Lauterkeitsrecht
(Rupprecht Podszun)
3. Mehr oder weniger Leistungsschutz durch Europäisches Lauterkeitsrecht?
(Ansgar Ohly)
4. Mehr oder weniger Konkurrentenschutz durch Europäisches Lauterkeitsrecht?
(Axel Beater)
5. Mehr oder weniger Verbraucherschutz durch Europäisches Lauterkeitsrecht?
(Josef Drexl)

Samstag, 15. November 2008

III. Zukunftsperspektiven

(Leitung: Reto M. Hilty)

Zusammenfassung der bisherigen Ansätze

(Reto M. Hilty)

Entwicklungslinien des Lauterkeitsrechts

(Jochen Glöckner)

Generaldiskussion: Zukunftsperspektiven