

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

Alexander Peukert\*

Erschienen in: Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig,  
Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, 2009, 27-59

## I. 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“ gesprochen<sup>1</sup>. Ein gemeineuropäischer Nukleus des Lauterkeitsrechts findet sich bereits in Art. 10bis der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ), die von allen Mitgliedstaaten ratifiziert wurde<sup>2</sup>. 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 wäre<sup>3</sup>. Ende 1986 sprach die Verbraucherkreditrichtlinie bereits von „auf unlauteren Wettbewerb anwendbaren Regeln und Grundsätze[n]“<sup>4</sup>. Konkretisiert wurden diese noch recht vagen Konturen seither in einer Vielzahl von Sekundärrechtsakten. Neben einer ganzen Reihe von Regelungen, die auf

---

\* Univ.-Prof. Dr. iur., Goethe-Universität Frankfurt/Main, Exzellenzcluster Normative Orders, a.peukert@jur.uni-frankfurt.de.

<sup>1</sup> In der deutschsprachigen Literatur dazu umfassend *Glöckner*, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006.

<sup>2</sup> Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ) vom 20. März 1883, zuletzt revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967, BGBl. 1970 II S. 391; siehe *Fikentscher*, in: v. Caemmerer u.a., Probleme des europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein, 1966, 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, 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, 465 ff., abrufbar unter [http://ec.europa.eu/consumers/rights/studies\\_reports\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/studies_reports_en.htm).

<sup>3</sup> *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.

<sup>4</sup> So Art. 3 RL 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit v. 22.12.1986, ABl. L 42/48; siehe ferner Art. 1 RL 84/450 über irreführende Werbung (Fn. 6), nunmehr Art. 1 RL 2006/114 (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. L 40/1; ErwGrd. 13 RL 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 157/45; Art. 5 VO Nr. 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. L 31/1 (lautere Handelsgepflogenheiten).

bestimmte Vertriebsmethoden bzw. Waren und Dienstleistungen bezogen sind<sup>5</sup>, enthielten die ursprünglich aus 1984 bzw. 1997 stammenden Richtlinien über irreführende und vergleichende Werbung allgemeine Vorschriften über Marktkommunikation<sup>6</sup>. Seit 2005 kennt das Gemeinschaftsrecht sogar eine Generalklausel zur Bestimmung unzulässigen Wettbewerbsverhaltens<sup>7</sup>. Art. 5 Abs. 1 RL 2005/29 lautet: „Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten“<sup>8</sup>. Hierbei handelt es sich um eine Vollharmonisierung, die keine abweichenden Maßstäbe in den Mitgliedstaaten mehr zulässt<sup>9</sup>. Schließlich enthält die Rom-II-VO über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht aus dem Jahr 2007 eine spezielle Kollisionsnorm für „unlauteren Wettbewerb“<sup>10</sup>. Auch das europäische IPR geht mithin von der Existenz dieses Sonderdeliktsrechts aus.

Geht es also nur um billige Effekthascherei, wenn man einen Abgesang auf ein Rechtsgebiet anstimmt, das auch 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 war<sup>11</sup>. Demnach habe die Richtlinie 2005/29 trotz einer voll harmonisierenden 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 habe<sup>12</sup>.

Primär beklagt wird die Aufspaltung der Vorschriften über irreführende Werbung bzw. Geschäftspraktiken in einen Unternehmer- und einen Verbraucherzweig. Die Richtlinie 2005/29 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*

---

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

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

<sup>7</sup> Zum Lauterkeits- als Marktverhaltensrecht *Glöckner* (Fn. 1), 7; *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885, 886 (Marktverhaltensordnung).

<sup>8</sup> 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 Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (RL über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. L 149/22.

<sup>9</sup> Siehe Art. 1 und ErwGrde. 6, 8, 11-13, 15 RL 2005/29; EuGH verb. Rs. C-261/07 und C-299/07, *VTB-VAB/Total* Rn. 52; BGH I ZR 4/06 GRUR 2008, 807 Rn. 17; *Sosnitza*, WRP 2006, 1 ff.; *de Vrey*, *Towards a European Unfair Competition Law*, 2006, 58 f.; Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb v. 23.4.2008, BR-Drucks. 345/08, 13. Ebenso die Vorschriften zur vergleichenden Werbung; siehe Art. 8 Abs. 1 2. UA RL 2006/114.

<sup>10</sup> Siehe Art. 6 VO Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. L 199/40; dazu näher unten III 3.

<sup>11</sup> Kritisch *Handig*, *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU*, 2006, 99; *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885, 895; *Henning-Bodewig/Schricker*, GRUR Int. 2002, 319, 320 (erheblicher Rückschritt); *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2003, 926 f.; *dies.*, GRUR Int. 2005, 629; *Glöckner* (Fn. 1), 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* (Fn. 9), 62 f.; *Ohly*, WRP 2008, 177, 181.

<sup>12</sup> Siehe einerseits ErwGrd. 12 RL 2005/29; 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* (Fn. 9), 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“).

*Verbraucher* zusammenhängen<sup>13</sup>. Verhindert werden soll die unmittelbare Schädigung der wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten bei geschäftlichen Entscheidungen<sup>14</sup>. 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 ausgeklammerten B2B-Bereich<sup>15</sup>.

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<sup>16</sup> 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 können<sup>17</sup>. Zugleich bringt der Verbraucherschutzfokus der Richtlinie 2005/29 weitere Erschwernisse für den grenzüberschreitenden Marktzutritt mit sich, da Geschäftspraktiken in verschiedener Hinsicht strengeren Vorgaben als zuvor unterworfen werden. Auf diese problematischen *sachlichen* Änderungen wird zurückzukommen sein<sup>18</sup>.

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 suchen<sup>19</sup>. 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 können<sup>20</sup>. Deshalb sind Mitbewerber zur Verfolgung von Verstößen gegen beide Richtlinien berechtigt<sup>21</sup>. 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 kann<sup>22</sup>.

---

<sup>13</sup> Siehe Art. 3 Abs. 1, 2 lit. d RL 2005/29; RegE UWG 2008 (Fn. 9), 13 (nicht erfasst seien Geschäftspraktiken, welche die Interessen der Verbraucher erst über den Umweg einer Beeinträchtigung der Interessen anderer Unternehmen berühren); *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1320; *Köhler*, WRP 2007, 1393, 1396; großzügiger *Gamerith*, WRP 2005, 391, 419 f.; *Micklitz*, in: Heermann/Hirsch, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1, 2006, EG E Rn. 65 f. (könne sich der Verbraucher legitimerweise angesprochen fühlen, sei der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet)

<sup>14</sup> Siehe ErwGrd. 6, 7 RL 2005/29. Zu früheren Fassungen der Erwägungsgründe *Gamerith*, WRP 2005, 391, 412 f.

<sup>15</sup> Siehe Art. 14 Nr. 1 RL 2005/29.

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

<sup>17</sup> Kritisch dazu auch *Drexl*, in diesem Band.

<sup>18</sup> Siehe unten II 2 b, III 1.

<sup>19</sup> Siehe Art. 3 Abs. 3, 4 RL 2005/29; *Micklitz*, in: MünchKomm UWG (Fn. 13), EG E Rn. 63; zu Abgrenzungsproblemen bei vergleichender Werbung *Gamerith*, WRP 2005, 391, 428 f.

<sup>20</sup> ErwGrd. 6 RL 2005/29.

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

<sup>22</sup> Im Bereich der vergleichenden Werbung kommen die Irreführungsmaßstäbe gem. Art. 4 lit. a RL 2006/114 alternativ zum Tragen, werden also nicht für identisch gehalten; *Gamerith*, WRP 2005, 391, 429.

Insbesondere verlangt die Irreführungs-Richtlinie stets eine umfassende Berücksichtigung aller Bestandteile der Werbung<sup>23</sup>, während die Geschäftspraktiken-Richtlinie eine „schwarze Liste“ von 23 Verhaltensweisen umfasst, die unter allen Umständen als unlauter gebrandmarkt werden<sup>24</sup>. Die Lösung des Abgrenzungsproblems ist offen<sup>25</sup>. Vertreten wird sowohl eine konkurrierende Anwendung beider Richtlinien<sup>26</sup> als auch ein weitgehender Vorrang der Geschäftspraktiken-Richtlinie<sup>27</sup>, 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 II). 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 III).

## II. Ursachen der Fragmentierung des europäischen Lauterkeitsrechts

### 1. 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 diskutiert<sup>28</sup>. Wertungsdiskrepanzen und systematische Unstimmigkeiten, zuletzt die Aufspaltung des europäischen Rechts gegen unlauteren Wettbewerb in einen Mitbewerber- und einen Verbraucherzweig, werden auf die grundlegende Verschiedenheit mitgliedstaatlicher Konzepte in diesem Bereich zurückgeführt<sup>29</sup>. 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 habe<sup>30</sup>.

---

<sup>23</sup> Siehe Art. 3 RL 2006/114.

<sup>24</sup> *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2005, 629, 632.

<sup>25</sup> Offengelassen von OGH 4 Ob 225/07b, MR 2008, 114, 119 - *Stadtrundfahrten* mit Anm. *Heidinger*.

<sup>26</sup> *Gamerith*, WRP 2005, 391, 427 f.

<sup>27</sup> *Micklitz*, in: MünchKomm UWG (Fn. 13), EG E Rn. 66.

<sup>28</sup> Siehe *Ulmer*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band I, Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung, 1965, 47 ff.; *Beier*, GRUR Int. 1984, 61 ff.; *Schricker*, in: Bernstein u.a., Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, 1981, 537 ff.; *ders.*, GRUR Int. 1990, 771 ff.; *Henning-Bodewig/Schricker*, GRUR Int. 2002, 319; *Beater*, ZEuP 2003, 11, 14 ff.; *Bultmann u.a.* (Fn. 2), Volume 3, 1 ff.; *de Vrey* (Fn. 9), 4, 79 ff.; ferner die Länderberichte in *Henning-Bodewig* (Fn. 5), 69 ff.; *Hilty/Henning-Bodewig* (Fn. 5), 139 ff.

<sup>29</sup> *Schricker*, FS Zweigert (Fn. 28), 537, 538; *Beier*, GRUR Int. 1984, 61, 69; *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2002, 389, 390 ff.; *Glöckner* (Fn. 1), 20; *Leistner*, ZEuP 2009, 56, 59 f.; *Hoeren*, WRP 2009, 789, 790.

<sup>30</sup> *Handig* (Fn. 11), 92 f.; *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885, 886 ff.; *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2002, 389, 395 f.; *Apostolopoulos*, WRP 2004, 841, 855; *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1314; *de Vrey* (Fn. 9), 59 f.; *Micklitz*, in: MünchKomm UWG (Fn. 13), EG E Rn. 2 f.; *Ohly*, WRP 2008, 177, 180.

Beide Erklärungsansätze greifen jedoch zu kurz. Der Verweis auf die Organisationsstruktur der Kommission reflektiert lediglich die vorgelagerten Kompetenzen und damit die Ziele der Gemeinschaft<sup>31</sup>. Abgesehen davon, dass EG-Richtlinien von der Kommission nicht erlassen, sondern nur vorgeschlagen werden, hatten bereits bei der Ausarbeitung der ersten Irreführungsrichtlinie 1984/450 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 verantwortlich<sup>32</sup>. 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/EWG<sup>33</sup> 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 Werbung<sup>34</sup>.

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“ scheitert<sup>35</sup>, und stattdessen mit der Richtlinie 2005/29 ein auf Verbraucher und deren Interessen zugeschnittener Rechtsakt in Kraft tritt, während die Allgemeininteressen an der Verhinderung irreführender Werbung und ihrer unlauteren Auswirkungen aus der Irreführungs-Richtlinie *gestrichen* werden<sup>36</sup>, 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 Regelungsbestandes<sup>37</sup>.

Indes verkennt die Analyse des Gemeinschaftsrechts aus der Warte der nationalen Rechtsordnungen<sup>38</sup>, 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 Lissabon<sup>39</sup> stellen nicht bloße

---

<sup>31</sup> Zu diesem Zusammenhang noch unten 2 a.

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

<sup>33</sup> Oben Fn 6.

<sup>34</sup> ErwGrd. 6 RL 84/450 (Fn. 6); EuGH Rs. 315/92 *Verband sozialer Wettbewerb/Clinique Laboratories* Slg. 94, 317 Rn. 9; umfassend auch das Verständnis des Zwecks der Richtlinie bei EuGH Rs. 373/90 *X* Slg. 92, I-131 Rn. 9; *Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, 64 f. (Allgemeininteressen seien nur in Bezug auf einen funktionsfähigen Wettbewerb im Binnenmarkt geschützt).

<sup>35</sup> 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*, GRUR Int. 2002, 885, 892; *Glöckner* (Fn. 1), 61 ff.

<sup>36</sup> Siehe Art. 14 Nr. 1 RL 2005/29.

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

<sup>38</sup> Oder ökonomischer Modelle; so aber *Leistner*, ZEuP 2009, 56, 86 ff.

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

Programmsätze dar, sondern sind „zwingend geltende“, also justiziable Maßstäbe – einerseits für die Kompetenzabgrenzung, andererseits für die Auslegung und Fortbildung des Primär- und Sekundärrechts<sup>40</sup>. 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 darf<sup>41</sup>.

## 2. Maßgeblichkeit des Primärrechts in seinem Wandel

Demnach bestätigt sich *Steindorffs* Satz, wonach „jede systematische Kritik eines Rechtsgebiets vom primären Gemeinschaftsrecht ausgehen [muss].“<sup>42</sup> 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 nachvollzieht<sup>43</sup>. Dies bestätigt eine vergleichende Betrachtung des EG-Vertrags und des sekundären Lauterkeitsrechts in ihrem jeweiligen Wandel:

### a) Diversifizierung der Ziele des Primärrechts

#### aa) Die Bedeutung des Wettbewerbsprinzips

Die ursprüngliche Wirtschaftsverfassung der EWG war zweifellos von ordoliberalen Gedanken geprägt<sup>44</sup>. In den Worten *Walter Hallsteins*: „Das Grundgesetz der Europäischen

---

<sup>40</sup> EuGH Rs. 6/72 *Europemballage u. Continental Can/Kommission* Slg. 1973, 215 Rn. 22 f., 25; EuGH Rs. 167/73 *Kommission/Französische Republik* Slg. 1974, 359 Rn. 17/23; EuGH Rs. 85/76 *Hoffmann-La Roch/Kommission* Slg. 1979, 461 Rn. 125 (Auslegung der Art. 81 f. EG „im Lichte“ der einschlägigen Zielbestimmungen); EuGH Rs. 246/80 *Broekmeulen/Huisarts* Slg. 81, 2311 Rn. 20; EuGH Rs. 202/88 *Französische Republik/Kommission* Slg. 91, I-1223 Rn. 41 (jeweils Grundfreiheiten); EuGH Rs. 315/92 *Verband sozialer Wettbewerb/Clinique Laboratoires* Slg. 94, 317 Rn. 12 (Sekundärrecht); *H.P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 558 ff. Allgemein zur Funktion von Zielbestimmungen im EG- und EU-Recht *Reimer*, EuR 2003, 992 ff.

<sup>41</sup> Dazu auch unten III 3.

<sup>42</sup> *Steindorff*, WRP 1993, 139. Siehe ferner *Micklitz*, in: MünchKomm UWG (Fn. 13), EG E Rn. 35, 115 (Referenzsystem der Lauterkeit sei die Wirtschaftsverfassung der EG); *Beater*, ZEuP 2003, 11; zum Verbrauchervertragsrecht auch *Drexl*, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 747, 800 f.

<sup>43</sup> Dazu mit Fokus auf das Primärrecht auch *Peukert*, ZHR 2009.

<sup>44</sup> *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., 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; *Drexl*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 747, 767 f.

Wirtschaftsgemeinschaft ist klar marktwirtschaftlich. Den unverfälschten Wettbewerb im ungeteilten Gemeinschaftsraum ins Spiel zu setzen, das ist ihr Leitmotiv<sup>45</sup>.

Dieser Ausgangspunkt bestätigt sich bei einer Gesamtschau des EG-Vertrags bis heute<sup>46</sup>. Die Präambel Nr. 4 verweist darauf, dass für den erstrebten wirtschaftlichen 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)<sup>47</sup>. 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 soll<sup>48</sup>. Die Art. 81 ff. EG sichern die Aufrechterhaltung dieses auf Leistung beruhenden, wirksamen Wettbewerbs und damit die gleiche wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer<sup>49</sup>. 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 werden<sup>50</sup>. Eine solch geordnete Marktöffnung wird vom Gerichtshof immer wieder als „grundlegendes“ und

---

<sup>45</sup> *Hallstein*, Wirtschaftliche Integration als Faktor politischer Einigung, FS Müller-Armack, 1961, 273, 275, zitiert nach *Ophüls*, ZHR 124 (1966), 136, 148 mit Fn. 15.

<sup>46</sup> EuGH Rs. 32/65 *Italienische Republik/Rat und Kommission*, Slg. 1966, 459, 483; EuGH Rs. 453/99 *Courage/Crehan* Slg. 01, I-6297 Rn. 20; EuGH Rs. 479/04 *Laserdisken* Slg. 06, I-8089 Rn. 47; *Drexler*, 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, 28; zum Zusammenhang von Zielen und Aufgabennormen *H.P. Ipsen* (Fn. 40), 556; *Reimer*, *EuR* 2003, 992, 997.

<sup>47</sup> Siehe zu Art. 3 lit. g EG EuGH Rs. 6/72 *Europemballage u. Continental Can/Kommission* Slg. 1973, 215 Rn. 26; EuGH Rs. 26/76 *Metro/Kommission* Slg. 1977, 1875 Rn. 20 (Art. 3 lit. g setze das Vorhandensein eines „wirksamen Wettbewerbs (workable competition)“ voraus); EuGH Rs. 202/88 *Französische Republik/Kommission* Slg. 91 I-1223 Rn. 41 („Wettbewerbsaspekt“), Rn. 51 (es gehe um die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer; es dürfe bestimmten Marktteilnehmern nicht gestattet sein, die Bedingungen für den Wettbewerb festzusetzen).

<sup>48</sup> 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).

<sup>49</sup> EuGH verb. Rs. 56 und 58/64 *Consten/Grundig* Slg. 1966, 321, 392 (Marktabstimmung durch absolute Gebietsbeschränkung als Wettbewerbsverfälschung); EuGH Rs. 32/65 *Italienische Republik/Rat und Kommission* Slg. 1966, 459, 486; EuGH Rs. 6/72 *Europemballage u. Continental Can/Kommission* Slg. 1973, 215 Rn. 25; EuGH Rs. 85/76 *Hoffmann-La Roch/Kommission* Slg. 1979, 461 Rn. 90 (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 Rs. 193/83 *Windsurfing/Kommission* Slg. 86, 611 Rn. 68 ff. (falsche Angabe gewerblicher Schutzrechte als nicht leistungsgerechte Verschaffung eines Wettbewerbsvorteils).

<sup>50</sup> EuGH Rs. 32/65 *Italienische Republik/Rat und Kommission* Slg. 1966, 459, 483; EuGH verb. Rs. 56 und 58/64 *Consten/Grundig* Slg. 1966, 321, 388; EuGH Rs. 78/70 *Deutsche Grammophon* Slg. 1971, 487 Rn. 8 (Art. 3 lit. f EWG und Grundfreiheiten); EuGH Rs. 6/72 *Europemballage u. Continental Can/Kommission* Slg. 1973, 215 Rn. 23 f.; EuGH Rs. 85/76 *Hoffmann-La Roch/Kommission* Slg. 1979, 461 Rn. 132; EuGH Rs. 136/79 *National Panasonic/Kommission* Slg. 80, 2033 Rn. 20; EuGH Rs. 229/83 *Leclerc/SARL* Slg. 85, 1 Rn. 8 f.; EuGH Rs. 231/83 *Cullet* Slg. 85, 305 Rn. 11; EuGH Rs. 202/88 *Französische Republik/Kommission* Slg. 91, I-1223 Rn. 41; *Ophüls*, ZHR 124 (1962), 136, 147; anders *Reich*, in: Reich/Micklitz, *Europäisches Verbraucherrecht*, 4. Aufl. 2003, 14 (produktivistische, anbieterorientierte Ausrichtung des EWGV).

„wesentliches“ Ziel der EG bzw. als „fundamentaler“, „allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ bezeichnet<sup>51</sup>.

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 können<sup>52</sup>. Den Mitgliedstaaten verbieten sie jede Regelung, die den innergemeinschaftlichen Fluss von Waren, Dienstleistungen, Kapital und nicht zuletzt Personen unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell behindert<sup>53</sup>.

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*<sup>54</sup>. Die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH kann ebenfalls im Sinne des Schutzes eines intensiven, unverfälschten Wettbewerbs gelesen werden<sup>55</sup>: 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 des grenzüberschreitenden Marktzutritts unter dem Gesichtspunkt der Lauterkeit des Handelsverkehrs hingegen nicht<sup>56</sup>.

#### bb) 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 Integration<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> EuGH verb. Rs. 56 und 58/64 *Consten/Grundig* Slg. 1966, 321, 388; EuGH Rs. 78/70 *Deutsche Grammophon* Slg. 1971, 487 Rn. 12; EuGH Rs. 6/72 *Europemballage u. Continental Can/Kommission* Slg. 1973, 215 Rn. 24 (so wesentlich, dass sonst zahlreiche Vertragsvorschriften gegenstandslos wären); EuGH Rs. 229/83 *Leclerc/SARL* Slg. 85, 1 Rn. 8; EuGH Rs. 231/83 *Cullet* Slg. 85, 305 Rn. 10; EuGH Rs. 240/83 *Procureur de la République/ADBHU* Slg. 85, 531 Rn. 9; EuGH Rs. 182/84 *Miro* Slg. 85, 3731 Rn. 25; *H.P. Ipsen* (Fn. 40), 90 (Regeln über Marktterrtichtung und Marktordnung als der Kern der Integrationsverträge); *Streinz* (Fn. 44), Art. 3 EGV Rn. 22 ff.; *Hatje*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 683, 723 ff.

<sup>52</sup> EuGH Rs. 170/78 *Kommission/Großbritannien* Slg. 1980, 417 Rn. 6; EuGH Rs. 420/01 *Kommission/Italien* Slg. 03, I-6445 Rn. 24; EuGH Rs. 95/01 *Greenham und Abel* Slg. 04, I-1352, Rn. 31; EuGH Rs. 441/04 *A-Punkt/Schmidt* Slg. 06, I-2095 Rn. 12; EuGH Rs. 141/07 *Kommission/Deutschland* EuZW 2008, 601, Rn. 27; *H.P. Ipsen* (Fn. 40), 566 f.; *Dethloff*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, 2001, 140 ff.

<sup>53</sup> EuGH Rs. 8/74 *Dassonville* Slg. 1974, 837 Rn. 5; seither etwa EuGH Rs. 16/83 *Prantl* Slg. 84, 1299 Rn. 20; EuGH Rs. 231/83 *Cullet* Slg. 85, 305 Rn. 23; EuGH Rs. 126/91 *Schutzverband/Yves Rocher* Slg. 93, I-2361 Rn. 9; EuGH Rs. 254/98 *TK-Heimdienst Sass* Slg. 00, I-151 Rn. 22; EuGH Rs. 71/02 *Karner/Troostwijk* Slg. 04, I-3052 Rn. 19 f.; EuGH Rs. 244/06 *Dynamic Medien/Avides Media* EuZW 2008, 177 Rn. 26.

<sup>54</sup> Oben Fn. 52, 53; *Müller-Graff*, in: Börner, Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag, Band 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.

<sup>55</sup> *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, 1996, 169 ff.; näher *Peukert*, ZHR 2009 m.w.N.

<sup>56</sup> EuGH Rs. 368/95 *Familiapress/Bauer* Slg. 97, I-3689 Rn. 13 ff.; EuGH Rs. 254/98 *TK-Heimdienst Sass* Slg. 00, I-151 Rn. 33, 35 (allenfalls Hygieneerwägungen relevant); EuGH Rs. 120/95 *Decker* Slg. 98, I-1831 Rn. 39; *Müller-Graff*, FS 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, 276 m.w.N. (Mittelstandsschutz kein Rechtfertigungsgrund für Einschränkungen der Grundfreiheiten); *Glöckner* (Fn. 1), 502 f.; *ders.*, GRUR 2008, 960, 964.

<sup>57</sup> EuGH Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079 Rn. 50.



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 gegolten<sup>58</sup>.

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 Umweltschutz<sup>59</sup>, auf die durch den Vertrag von Maastricht 1992 mit Primärrechtsstatus geadelten Ziele des Gesundheits-<sup>60</sup> und Verbraucherschutzes<sup>61</sup> 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 offenbar gesonderte Maßnahmen für erforderlich gehalten, die nicht durchweg im Einklang mit wettbewerbsfunktionalen Ansätzen stehen müssen<sup>62</sup>. 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 werden<sup>63</sup>.

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 können<sup>64</sup>. Im Kontext der negativen Integration über die Grundfreiheiten können ebenfalls nicht alle „zwingenden

---

<sup>58</sup> Siehe Art. 36 EG; EuGH Rs. 249/85 *Albako/Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung* Slg. 87, 2345 Rn. 16; EuGH Rs. 280/93 *Deutschland/Rat* Slg. 93, I-3668 Rn. 58 ff.; *Schwarze* (Fn. 46), 146 ff.

<sup>59</sup> Siehe die Art. 2, 3 lit. 1, 6, 174 Abs. 2, 175 f. EG; *Schwarze* (Fn. 46), 308 ff.; *Basedow*, FS Everling I (Fn. 44), 49, 51.

<sup>60</sup> Art. 3 lit. p, 152 EG.

<sup>61</sup> Art. 3 lit. t, 153 EG. Zum Maastricht-Vertrag siehe *Möschel*, in: Karl Bruchhausen u.a., Festschrift für Rudolf Nirk, 1992, 707 ff.; *Immenga*, EuZW 1994, 14 ff.; *Basedow*, FS Everling I (Fn. 44), 49, 54 ff. Zum Verbraucherschutz *Reich*, in: Reich/Micklitz (Fn. 50), 14 ff.; *Schwarze* (Fn. 46), 315 ff.; *Glöckner* (Fn. 1), 160 ff.; *Lettl* (Fn. 34), 10 ff.; *Unberath/Johnston*, CML Rev. 2007, 1237, 1239 ff.

<sup>62</sup> Zu potentiellen Zielkonflikten insbesondere zwischen Verbraucher- und Wettbewerbsschutz *Mestmäcker*, FS Willgerodt (Fn. 44), 263, 284; *Weinand*, Europarecht und Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, 1998, 179 ff.; *Gamerith*, WRP 2005, 391, 404 f.; *Wadlow*, 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, 508 f.; *Tamm*, EuZW 2007, 756, 760; *Lippert*, DVBl. 2008, 492, 494.

<sup>63</sup> EuGH Rs. 280/93 *Deutschland/Rat* Slg. 93, I-3668 Rn. 59 („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*, EuZW 1994, 14, 17; *Mestmäcker*, FS Willgerodt (Fn. 44), 263, 274; *Rittner*, WuW 2007, 967; *Lippert*, DVBl. 2008, 492, 499; tendenziell a.A. auch nach Maastricht *Basedow*, FS Everling I (Fn. 44), 49, 58 ff. (Primat marktwirtschaftlich-wettbewerbskonformer Maßnahmen).

<sup>64</sup> Siehe EuGH Rs. 240/83 *Procureur de la République/ADBHU* Slg. 85, 531 Rn. 12; ferner EuGH Rs. 6/72 *Europemballage u. Continental Can/Kommission* Slg. 1973, 215 Rn. 24; EuGH Rs. 26/76 *Metro/Kommission* Slg. 1977, 1875 Rn. 21; EuGH Rs. 67/96 *Albany/Stichting Bedrijfspensioenfonds* Slg. 99 I-5751 Rn. 52 ff. (Tarifverträge zwischen Sozialpartnern fallen im Interesse sozialpolitischer Ziele nicht unter Art. 81 EG).

Erfordernisse“ der Marktöffnung wettbewerbsfunktional erklärt werden<sup>65</sup>. 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 konnte<sup>66</sup>.

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 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 dar<sup>67</sup>. 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 gebracht<sup>68</sup>. 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 waren<sup>69</sup>. Ziel ist es, dem Verbraucher zu einer von Täuschung und Zwang freien Auswahlentscheidung zu verhelfen<sup>70</sup>. 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 Ziel<sup>71</sup>. In diesem Zusammenhang stehen drei vom EuGH entwickelte Konzepte, die unter dem Topos des Verbraucherschutzes einen intensiven Wettbewerb im Binnenmarkt fördern sollen: der

---

<sup>65</sup> Übersicht zu den einzelnen „Erfordernissen“ bei *Ahlfeld* (Fn. 56), 84 ff. Zum Umweltschutz als Rechtfertigungsgrund EuGH Rs. 379/98 *PreussenElektra/Schleswig* Slg. 2001, I-2099 Rn. 68 ff. (Förderung erneuerbarer Energien); zum Arbeitnehmerschutz EuGH Rs. 438/05 *International Transport Workers' Federation/Viking Line* Slg. 07, I-10779 Rn. 77 m.w.N.; EuGH Rs. 341/05 *Laval/Svenska Byggnadsarbetareförbundet* Rn. 103 sowie 75 (Sozialdumping als unlauterer Wettbewerb im Binnenmarkt).

<sup>66</sup> EuGH verb. Rs. 60 und 61/84 *Cinéthèque u. a./Fédération Nationale des Cinémas Français* Slg. 1985, III-2618 Rn. 23.

<sup>67</sup> *Glöckner* (Fn. 1), 148; *Handig* (Fn. 11) 17; *Lenz*, ZEuP 1994, 624, 640; *Ahlfeld* (Fn. 56), 101 (aber a.a.O., 104: weitgehende inhaltliche Überschneidung); offen *Lettl* (Fn. 34), 148 (keine klaren Konturen der Abgrenzung); a.A. *Dethloff* (Fn. 52), 191 f. (weitgehende Kongruenz); *Bornkamm*, GRUR 1993, 748, 749; nicht differenzierend auch *Joliet*, GRUR Int. 1994, 1, 11; ferner *Weinand* (Fn. 62), 168 f.

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

<sup>69</sup> Oben Fn. 68.

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

<sup>71</sup> 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, 20, unter Berufung auf *Smith*, Wohlstand der Nationen, 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), 177; *Bultmann u.a.* (Fn. 2), Volume 1, 18 (mit Verweis auf das wettbewerbspolitische Konzept der „workable competition“); *Rehberg*, in: *Zetsche 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., 3; für die Wettbewerbsregeln *Drexel*, in: v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., erscheint 2009, IV 1 a.

informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher<sup>72</sup>, das Informationsmodell, das diesem mündigen Konsumenten eine selbstbestimmte Auswahlentscheidung ermöglichen soll<sup>73</sup>, und das Herkunftsland- oder Binnenmarktprinzip, wonach Waren, die im Ursprungsland rechtmäßig in Verkehr gebracht wurden, im Einfuhrstaat nicht erneut einer vollständigen Kontrolle unterworfen werden dürfen<sup>74</sup>.

*Andererseits* wird die Verbraucherwohlfahrt nicht durchweg als integraler Aspekt einer auf unverfälschten Wettbewerb ausgerichteten Konzeption verstanden<sup>75</sup>. 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 erklärte<sup>76</sup>. 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 auszeichnet<sup>77</sup>. Da diese Ziele nicht durchweg komplementär sind, gewinnt der politische Willensakt an Bedeutung<sup>78</sup>. Konsequenter billigt 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 ist<sup>79</sup>. Zu Recht wird daher die Wirtschaftsverfassung der EG/EU zumindest seit Maastricht als „gemischt“ beschrieben<sup>80</sup>.

---

<sup>72</sup> EuGH Rs. 16/83 *Prantl* Slg. 84, 1299 Rn. 27 f.; EuGH Rs. 112/99 *Toshiba/Katun* Slg. 01, I-7945 Rn. 52; *Radeideh*, Fair Trading in EC Law, 2005, 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., 184 ff.); a.A. EG-Kommission, Grünbuch (Fn. 12), 19.

<sup>73</sup> Siehe Zweites Verbraucherschutzprogramm (Fn. 68), ABl. 1981 C 133/1 Rn. 40 ff.; EuGH Rs. 362/88 *GB-Inno-BM/Confederation du Commerce Luxembourgeois* Slg. 90, I-667 Rn. 13; EuGH Rs. 30/99 *Kommission/Irland* Slg. 01, I-4619 Rn. 32; EuGH Rs. 14/00 *Kommission/Italien* Slg. 03, I-513 Rn. 79; EuGH Rs. 24/00 *Kommission/Frankreich* Slg. 04, 1277 Rn. 74 f.; *Lenz*, ZEuP 1994, 624, 641; *Keßler/Micklitz* (Fn. 71), 24 ff. (Markttransparenz als wettbewerbstheoretisch gesichertes Erfordernis); *Radeideh* (Fn. 72), 43 ff.; *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1137 ff.; *Apostolopoulos*, WRP 2004, 841, 854; *Glöckner* (Fn. 1), 195 ff.

<sup>74</sup> EuGH Rs. 182/84 *Miro* Slg. 85, 3731 Rn. 25 ff.; *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885, 888 f.; *Gamerith*, WRP 2005, 391, 407 ff.; *Glöckner* (Fn. 1), 87.

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

<sup>76</sup> EuGH Rs. 382/87 *Buet und SARL/Ministère public* Slg. 89, 1235 Rn. 11 ff.; ferner EuGH Rs. 244/06 *Dynamic Medien/Avides Media* EuZW 2008, 177 Rn. 42 (Altersverifikation von Filmen durch die deutsche Freiwillige Selbstkontrolle zum Schutz von Minderjährigen).

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

<sup>78</sup> Allgemein zur Politisierung des Gemeinschaftsrechts *H.P. Ipsen* (Fn. 40), 556 f.; ferner *Immenga*, EuZW 1994, 14, 17; *Basedow*, FS Everling I (Fn. 44), 49, 54 f.; *Öhlinger*, in: Griller (Fn. 48), 269, 276; *Hatje*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 683, 744.

<sup>79</sup> EuGH Rs. 380/03 *Deutschland/Parlament und Rat* EuZW 2007, 46 Rn. 42 m.w.N., 145 f.; *Immenga*, EuZW 1994, 14, 17; *Hatje*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 683, 690 f. Zum Erfordernis, die individuellen Grundfreiheiten mit den Zielen der Sozialpolitik abzuwägen, EuGH Rs. 341/05 *Laval/Svenska Byggnadsarbetareförbundet* Rn. 105.

<sup>80</sup> *Hatje*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 683, 691 („gemischt“); *Immenga*, EuZW 1994, 14, 15 („zweideutig“); *Öhlinger*, in: Griller (Fn. 48), 269, 273 (wettbewerbsverfasste Marktwirtschaft mit sozialen Akzenten).

Nach *Unberath* und *Johnston* kann diese Entwicklung in eine Phase der negativen und der positiven Integration unterteilt werden<sup>81</sup>: 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“<sup>82</sup>, mit anderen Worten die Errichtung des Binnenmarkts die Grundlage „für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker“ war<sup>83</sup>. 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“ spricht<sup>84</sup>. 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 Verordnungen<sup>85</sup> 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 in die materialen Schutzpolitiken der Mitgliedstaaten gerissenen Lücken wurden durch europäische Maßnahmen ausgefüllt.

#### b) 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 Wettbewerbs<sup>86</sup>. *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 Wettbewerb<sup>87</sup>. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese einseitige Fundierung des Lauterkeitsrechts den status quo zutreffend beschreibt.

---

<sup>81</sup> *Unberath/Johnston*, CML Rev. 2007, 1237, 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* (Fn. 1), 486 (fast alle Maßnahmen der Positivharmonisierung hätten eine „schutzintensivierende Tendenz“); ferner *Basedow*, FS Everling I (Fn. 44), 49.

<sup>82</sup> *H.P. Ipsen* (Fn. 40), 196, 1055; *Ophüls*, ZHR 124 (1962), 136, 164; *Hatje*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 683, 689; *Drexler*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 747, 760; auf den Außenhandel angewendet von *Kilian* (Fn. 48), Rn. 46.

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

<sup>84</sup> Siehe *Kilian* (Fn. 48), Rn. 226.

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

<sup>86</sup> EuGH Rs. 136/79 *National Panasonic/Kommission* Slg. 80, 2033 Rn. 20; *Streinz* (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* (Fn. 28), 56 f.; ferner *Glöckner* (Fn. 1), 16 f.; *Leistner* (Fn. 62), 341 f.; *ders.*, ZEuP 2009, 56, 59 f.; *Weinand* (Fn. 62), 128 f.; *Beater*, ZEuP 2003, 11, 34 f.; *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1314; *Müller-Graff*, FS Carstens (Fn. 54), 209, 219; *Lenz*, ZEuP 1994, 624; *Veelken*, EWS 1993, 377, 381; *Steindorff*, WRP 1993, 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*, in: MünchKomm UWG (Fn. 13), EG E Rn. 108, 115 (funktionsbezogenes Wettbewerbskonzept); anders unter Hinweis auf den Verbraucherschutzgedanken *Koos*, Europäischer Lauterkeitsmaßstab und globale Integration, 1996, 77 f. (der gemeinschaftsrechtliche Lauterkeitsmaßstab sei ausgehend vom höchsten mitgliedstaatlichen Schutzniveau unter Beachtung der Grundfreiheiten zu ermitteln).

<sup>87</sup> *Glöckner* (Fn. 1), 509, 512; zum deutschen UWG *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 340 ff. m.w.N.

## aa) 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 erreichen<sup>88</sup>. Spezifisch auf Verbraucherschutz ausgerichtete Maßnahmen dürfen hingegen gem. Art. 153 Abs. 4, 5 EG strengere Schutzregelungen der Mitgliedstaaten nicht ausschließen<sup>89</sup>. Diese Art der Mindestharmonisierung ist vielen Rechtsakten im Verbrauchervertragsrecht eigen, obwohl auch jene auf der Basis der Binnenmarktkompetenz und nicht gem. Art. 153 Abs. 3 lit. b EG als Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung mitgliedstaatlicher Verbraucherschutzpolitik ergingen<sup>90</sup>. 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 sowie 2006/114 den klassischen Fällen unlauteren Wettbewerbs, nämlich Irreführungen und aggressiven Geschäftspraktiken. Anders als einige sektorale Regelungen verzichten sie auf konkrete inhaltliche Vorgaben für Werbung<sup>91</sup>. Die Verbote von Täuschungen und wettbewerbsfremdem Zwang sollen die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer wahren, ineffiziente Auswahlentscheidungen verhindern und somit einen unverfälschten Wettbewerb sicherstellen<sup>92</sup>. 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 hingegen nicht mehr zulässig<sup>93</sup>. Ferner wird vergleichende Werbung im Unterschied zum früheren deutschen Recht grundsätzlich akzeptiert, weil sie einen transparenten und intensiven Wettbewerb mit markteigenen Instrumenten fördert<sup>94</sup>. Unter

---

<sup>88</sup> Oben Fn. 9.

<sup>89</sup> EuGH Rs. 441/04 *A-Punkt/Schmidt* Slg. 06, I-2095 Rn. 11 ff.; EuGH Rs. 500/06 *Dermaestética/To Me Group* EuZW 2008, 505 Rn. 31.

<sup>90</sup> 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. 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. L 171/12; *Conrad*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2002, passim und 320 (Grauzone zwischen Binnenmarktoptimierung und Verbraucherschutz als Ziel in der Sache); *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885, 887. Zum Zusammenhang zwischen europäischem Verbrauchervertrags- und Lauterkeitsrecht *Leistner* (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 Verbraucherschutzniveaus.“); kritisch dazu *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279 ff.

<sup>91</sup> Siehe unten Fn. 118, 119.

<sup>92</sup> Siehe ErwGrd. 2 RL 84/450 (Fn. 6); ErwGrd. 7, 9 RL 97/55 (Fn. 6); Art. 2 lit. e, 5 Abs. 4, 8 und ErwGrd. 14 S. 1, 16 RL 2005/29 (Schutz der Freiheit der Verbraucher, eine informierte und deshalb effektive Wahl zu treffen); ErwGrd. 3 RL 2006/114 (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.

<sup>93</sup> EuGH verb. Rs. 261/07 und 299/07 *VTB-VAB/Total* Rn. 62.

<sup>94</sup> Zu den Funktionen vergleichender Werbung bereits EuGH Rs. 126/91 *Schutzverband/Yves Rocher* Slg. 93, I-2361 Rn. 22; nach Inkrafttreten der Richtlinie dann EuGH Rs. 112/99 *Toshiba/Katun* Slg. 01, I-7945 Rn. 36; EuGH Rs. 44/01 *Pippig/Hartlauer* Slg. 03, I-3095 Rn. 40 f.; EuGH Rs. 356/04 *Lidl/Colryt* Slg. 06, I-8525 Rn.

Betonung dieser Funktion versteht der EuGH den Begriff der vergleichenden Werbung in sehr weitem Sinne; die zu beachtenden Anforderungen werden in dem für vergleichende Werbung „günstigsten Sinn“ ausgelegt<sup>95</sup>. Dabei wird dem verständigen Durchschnittsverbraucher einiges zugetraut<sup>96</sup>.

Bis Ende 2007 fand sich dieses institutionell-wettbewerbsfunktionale Verständnis noch prominent im Eingangartikel der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung<sup>97</sup>. 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 Werbung<sup>98</sup>.

## bb) 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) und einen Mitbewerberzweig (RL 2006/114 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 wird<sup>99</sup>:

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken soll nach ihrem Eingangartikel 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*<sup>100</sup>. Damit wendet sich der europäische Gesetzgeber explizit von einem Lauterkeitsrecht ab, das im Interesse *aller* Marktbeteiligten bzw. der Allgemeinheit die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs stabilisiert<sup>101</sup>.

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

---

22; EuGH Rs. 59/05 *Siemens/VIPA* EuZW 2006, 190 Rn. 23; EuGH Rs. 381/05 *De Landtsheer* EuZW 2007, 379 Rn. 34.

<sup>95</sup> Siehe ErwGrd. 8 RL 2006/114; EuGH Rs. 126/91 *Schutzverband/Yves Rocher* Slg. 93, I-2361 Rn. 22; EuGH Rs. 112/99 *Toshiba/Katun* Slg. 01, I-7945 Rn. 37; EuGH Rs. 44/01 *Pippig/Hartlauer* Slg. 03, I-3095 Rn. 42; EuGH Rs. 356/04 *Lidl/Colryt* Slg. 06, I-8525 Rn. 22; EuGH Rs. 381/05 *De Landtsheer* EuZW 2007, 379 Rn. 16, 34 ff.

<sup>96</sup> Siehe EuGH Rs. 356/04 *Lidl/Colryt* Slg. 06, I-8525 Rn. 22 ff. (pauschale Preisvergleiche mit dem gesamten Sortiment eines anderen Lebensmittelhändlers grundsätzlich zulässig).

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

<sup>98</sup> ErwGrd. 6 RL 84/450 (Fn. 6); EuGH Rs. 315/92 *Verband sozialer Wettbewerb/Clinique Laboratories* Slg. 94, 317 Rn. 9; umfassend auch das Verständnis des Zwecks der Richtlinie bei EuGH Rs. 373/90 *X* Slg. 92, I-131 Rn. 9; *Lettl* (Fn. 34), 64 f. (Allgemeininteressen seien nur in Bezug auf einen funktionsfähigen Wettbewerb im Binnenmarkt geschützt).

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

<sup>100</sup> Siehe Art. 14 Nr. 1 RL 2005/29.

<sup>101</sup> *Gamerith*, WRP 2005, 391, 427; a.A. ohne Rücksicht hierauf *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295, 297; *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1324 f. (weder Verbraucher noch Mitbewerber dürften auf der Grundlage des Lauterkeitsrechts mehr verlangen als der Schutz des funktionsfähigen Wettbewerbs gebiete).

seit jeher<sup>102</sup>, und auch aus der Geschäftspraktiken-Richtlinie ist der Grundsatz im Laufe der Beratungen gestrichen worden<sup>103</sup>.

Ferner relativiert die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken das Konzept des verständigen Durchschnittsverbrauchers. Gem. Art. 5 Abs. 3 RL 2005/29 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 Grundfreiheiten<sup>104</sup>.

Auch für zulässige vergleichende Werbung werden die Anforderungen verschärft. Als markteigenes Informationsinstrument wurde vergleichende Werbung vom Gemeinschaftsrecht bisher sehr wohlwollend beurteilt<sup>105</sup>. Nunmehr müssen gem. Art. 4 lit. a RL 2006/114 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 verdeutlicht, dass insoweit sachliche Unterschiede bestehen<sup>106</sup>. Der Werbende muss aber auf jeden Fall die strengsten Vorgaben einhalten, da es weder zu einem Verstoß gegen die Richtlinie 2006/114 noch gegen die Richtlinie 2005/29 kommen darf. Somit unterliegen jedenfalls solche Vergleiche einer strengeren Beurteilung, die sich an eine schutzbedürftige Konsumentengruppe wenden. Zudem erlegt Art. 7 RL 2005/29 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 werden<sup>107</sup>.

Der verbraucherschützende Fokus der Richtlinie 2005/29 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

---

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

<sup>103</sup> Zu Art. 4 RL 2005/29, wonach die Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr nicht aus Gründen einschränken dürfen, die mit dem durch diese Richtlinie angeglichenen Bereich zusammenhängen, *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295, 299 ff. m.w.N.; *Leistner*, ZEuP 2009, 56, 66 ff. (deklaratorische Festschreibung der Vollharmonisierung).

<sup>104</sup> So im Ergebnis auch OGH 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* (Fn. 72), 279; *Schumacher*, in: Hilty/Henning-Bodewig (Fn. 5), 127, 134; a.A. *Glöckner/Henning-Bodewig*, WRP 2005, 1311, 1330 (keine Rückkehr des leichtgläubigen Verbrauchers); *Koch* (Fn. 92), 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), 43 (der Schutz der erwähnten Gruppen sei der Richtlinie ein besonderes Anliegen); zustimmend *Rehberg*, in: *Zetzsche* (Fn. 71), 49, 67 f.; *Leistner*, ZEuP 2009, 56, 76 f.

<sup>105</sup> Oben Fn. 94-96.

<sup>106</sup> *Gamerith*, WRP 2005, 391, 429.

<sup>107</sup> In diesem Sinne *Micklitz*, in: *MünchKomm UWG* (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*, ZEuP 2009, 56, 74 ff., der die Regelung zwar als „hochproblematisch“ einschätzt, diese und andere verbraucherschützende Vorschriften aber gleichwohl im Sinne einer Verfeinerung ökonomischer Modelle guthießt; dazu noch unten III 2.

qualifizierenden Geschäftspraktiken<sup>108</sup>. Darunter finden sich Verbote, die primär dem Gesundheitsschutz dienen<sup>109</sup> und die ohne Rücksicht auf eine etwaige Irreführung Handlungen untersagen, um den Verbraucher ex ante vor unüberlegten Verhaltensweisen zu bewahren<sup>110</sup>.

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 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 wird<sup>111</sup>. Beispiele aus anderen Bereichen bestärken insoweit die Vermutung, dass sich der EuGH in kritischen Fällen auf die relativ klare Vorgabe eines *hohen* Verbraucherschutzniveaus kaprizieren wird<sup>112</sup>. So fallen Entscheidungen im Verbrauchervertragsrecht selbst dann häufig zugunsten des Konsumenten aus, wenn der einschlägige Rechtsakt nicht ausdrücklich auf ein entsprechend hohes Schutzniveau Bezug nimmt<sup>113</sup>. Vergleichbare Beobachtungen lassen sich im europäischen Anti-Diskriminierungsrecht anstellen<sup>114</sup>. Dort gelangt der EuGH zur Entscheidung, eine „unmittelbare Diskriminierung“ im Sinne der Richtlinie 2000/43<sup>115</sup> 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“<sup>116</sup>.

---

<sup>108</sup> Siehe Art. 5 Abs. 5 RL 2005/29 EG; anders Art. 3 RL 2006/114 (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, *VTB-VAB/Total* Rn. 56.

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

<sup>110</sup> RL 2005/29 Anhang I Nr. 14 (Verbot, Schneeball- und Pyramidensysteme zur Verkaufsförderung zu betreiben); RegE UWG 2008 (Fn. 9), 65 (unerfahrene oder leichtfertige Verbraucher könnten nicht erkennen, dass die Chancen, neue Kunden zu werben, wegen des progressiven Charakters des Systems sinken); *Gamerith*, WRP 2005, 391, 426.

<sup>111</sup> OGH 40b225/07b, MR 2008, 114, 120 - *Stadtrundfahrten*; *Micklitz*, in: MünchKomm UWG (Fn. 13), EG E Rn. 106 (es sei auf das „wettbewerbstheoretische Modell des europäischen Lauterkeitsrechts“ zu rekurrieren). Allgemein zur teleologischen Auslegung EuGH Rs. 14/00 *Kommission/Italien* Slg. 03, I-513 Rn. 48 m.w.N. Kritisch zur Unklarheit der Generalklausel *Dröge*, Lauterkeitsrechtliche Generalklauseln im Vergleich, 2007, 67; *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2005, 629, 631; *Micklitz*, in: MünchKomm UWG (Fn. 13), EG E Rn. 128, 134; *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295, 298; *Gamerith*, WRP 2005, 391, 416 ff.; *Köhler*, NJW 2008, 3032, 3035.

<sup>112</sup> Hierfür wohl *Micklitz*, in: MünchKomm UWG (Fn. 13), EG E Rn. 45 (Prävalenz der Verbraucherinteressen); wohl auch *Dröge* (Fn. 111), 82 (es komme „nur auf die Auffassung des Verbrauchers, mithin der Allgemeinheit“ an); kritisch *Unberath/Johnston*, CML Rev. 2007, 1237, 1280 f. („consumer protection is not the only value prevailing in the EC“); ferner *Reich*, in: Reich/Micklitz (Fn. 50), 21 f. m.w.N.

<sup>113</sup> Siehe zur RL 90/314/EWG über Pauschalreisen, ABl. L 158/90 EuGH Rs. 178/94 u.a. *Dillenkofer u.a./Bundesrepublik Deutschland* Slg. 1996 I-4845 Rn. 30 ff.; ferner EuGH Rs. 168/00 *Leitner/TUI* Slg. 02, I-2631 Rn. 22; EuGH Rs. 400/00 *Club Tour/Garrido* Slg. 02, I-4051 Rn. 13; weitere Nachweise bei *Unberath/Johnston*, CML Rev. 2007, 1237, 1274 ff., 1281 („great majority of cases ... appears to be most consumer-friendly“).

<sup>114</sup> 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 Rs. 144/04 *Mangold/Helm* Slg. 05, I-10013 Rn. 75.

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

<sup>116</sup> EuGH Rs. 54/07 *Centrum voor gelijkheid/Feryn* NJW 2008, 2767 Rn. 23.



Im Übrigen wird das europäische Lauterkeitsrecht jedenfalls dann mit einem „Primat des Wettbewerbsschutzes“ 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 Tragen<sup>117</sup>. 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 Tabakwerberichtlinie<sup>118</sup> und die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste<sup>119</sup> 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 sind<sup>120</sup>.

Einen regelrechten Paradigmenwechsel vollzieht die sog. Health-Claim-Verordnung 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 bieten<sup>121</sup>. Zu diesem Zweck wird nicht etwa das bisher gültige, allgemeine Irreführungsverbot<sup>122</sup> 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 entsprechen<sup>123</sup>. Die Einführung eines Zulassungsverfahrens mit Positivlisten stellt das Verteilungsprinzip einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung auf den Kopf, wonach erlaubt ist, was keinem Verbot unterliegt<sup>124</sup>. Nunmehr sind die betreffenden Aussagen nur noch nach gesonderter Gestattung zulässig. Während derartige nationale Marktregulierungen unter dem Damoklesschwert der

---

<sup>117</sup> Oben Fn. 60 und im Rahmen der Grundfreiheiten EuGH Rs. 143/06 *Ludwigs-Apotheke/Juers Pharma* GRUR 2008, 264 Rn. 27; EuGH Rs. 141/07 *Kommission/Deutschland* EuZW 2008, 601 Rn. 46 (der Schutz von Gesundheit und Leben nehmen in Art. 30 EG den ersten Rang ein).

<sup>118</sup> Art. 3-5, ErwGrd. 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. L 152/16; hierzu EuGH Rs. 380/03 *Deutschland/Parlament und Rat* EuZW 2007, 46 Rn. 36 ff.

<sup>119</sup> Siehe Art. 3 lit. e, ErwGrd. 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. 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.“).

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

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

<sup>122</sup> 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, ABIEG 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.

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

<sup>124</sup> Hierzu *Peukert* (Fn. 87), 77 ff. m.w.N.; *Beater*, ZEuP 2003, 11, 30 f.

Grundfreiheiten standen<sup>125</sup>, setzt die Gemeinschaft bei der positiven 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“)<sup>126</sup>. 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“<sup>127</sup>.

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 Sprengkraft<sup>128</sup>.

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 Primärrecht<sup>129</sup>. Die Veränderungen an den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundlagen sind demnach die tiefere Ursache für die beklagte Fragmentierung des europäischen Lauterkeitsrechts<sup>130</sup>. Der Wandel vom binnenmarkt- und wettbewerbsorientierten 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

---

<sup>125</sup> Insbesondere mussten die erforderlichen Verfahren den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren, leicht zugänglich sein und innerhalb eines angemessenen Zeitraums abgeschlossen werden; siehe Art. 15 ff. VO 1924/2006 sowie EuGH Rs. 24/00 *Kommission/Frankreich* Slg. 04, 1277 Rn. 21 ff. m.w.N.; EuGH Rs. 319/05 *Kommission/Deutschland* EuZW 2008, 56 Rn. 79 ff.; für Unverhältnismäßigkeit der Verordnung vor diesem Hintergrund v. *Danwitz*, GRUR 2005, 896, 897; kritisch auch *Schwarze* (Fn. 46), 382 f.

<sup>126</sup> *Meisterernst*, WRP 2008, 755.

<sup>127</sup> Siehe Art. 3 Abs. 2 lit. c, ErwGrd. 18 VO 1924/2006.

<sup>128</sup> Siehe ErwGrd. 7 RL 2005/29; dazu *Micklitz*, in: MünchKomm UWG (Fn. 13), EG E Rn. 110 ff., mit Beispielen (das europäische Lauterkeitsrecht gerate prospektiv in unruhiges Fahrwasser); *Sosnitza*, WRP 2006, 1, 7 (je nach Auslegung handele es sich um einen „Sprengsatz oder auch nur um einen Sturm im Wasserglas“); *Glöckner* (Fn. 1), 74; *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295, 298 f. (die erreichte Vollharmonisierung werde aufs Spiel gesetzt); allgemein zum Zusammenhang zwischen Politisierung und Kompetenzerweiterung *Mestmäcker*, Die Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union, 1993, 21.

<sup>129</sup> In diesem Sinne zur Bedeutung des Verbraucherschutzes im europäischen Lauterkeitsrecht *Bultmann u.a.* (Fn. 2), Volume 1, 17; *Unberath/Johnston*, CML Rev. 2007, 1237, 1283; EG-Kommission, Verbraucherschutzpolitik 2007-2013 (Fn. 71), 6.

<sup>130</sup> Ebenso zum Verbrauchervertragsrecht *Unberath/Johnston*, CML Rev. 2007, 1237, 1283 f.; ferner *Reich*, in: *Reich/Micklitz* (Fn. 50), 36 ff.; allgemein *Ruffert*, Die Wirtschaftsverfassung im Vertrag über eine Verfassung für Europa, 2004, 9 ff. m.w.N.; *Streinz* (Fn. 44), Art. 3 EGV Rn. 24; *Lenz*, Die immanenten Grenzen des Gemeinschaftsrechts, 1993, 3 ff. (abgestufte Integration durch die Beseitigung von Hindernissen, die Angleichung von Rechtsvorschriften und die Einführung gemeinsamer Politiken); a.A. *Leistner*, ZEuP 2009, 56, 72 mit Fn. 88 und 86 ff. (Verfeinerung des Modells unverzerrten Wettbewerbs).

reagierte<sup>131</sup>. 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 durchrang<sup>132</sup>, während sich das europäische Lauterkeitsrecht hiervon bereits wieder entfernte.

### III. 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).

#### 1. 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. bestimmt<sup>133</sup>. 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 studieren, und sich dann zu fragen, ob und wie die Umsetzung richtlinienkonform ausgelegt werden kann<sup>134</sup>. 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 Werbung<sup>135</sup> 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 dient<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> Siehe Peukert, (Fn. 87), 353 ff. m.w.N.

<sup>132</sup> Dazu Peukert (Fn. 87), 342 ff. m.w.N.

<sup>133</sup> Zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten oben I.

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

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

<sup>136</sup> Siehe dazu nur etwa Peukert (Fn. 87), 349 ff. m.w.N.

An der Idee einer umfassenden und einheitlichen Konzeption des Lauterkeitsrechts wollen sowohl der deutsche als auch der österreichische Gesetzgeber festhalten<sup>137</sup>: Beide Gesetze gegen unlauteren Wettbewerb erfassen sämtliches Marktverhalten im B2C- und B2B-Bereich. Das deutsche UWG gilt für alle „geschäftlichen Handlungen“<sup>138</sup>, das österreichische UWG ebenso umfassend für „sonstige unlautere Handlungen“ jenseits der Geschäftspraktik im Sinne der Richtlinie 2005/29<sup>139</sup>. Auf den ersten Blick wird dieser denkbar weite Anwendungsbereich unter dem Topos der Unlauterkeit einer allgemeinen Generalklausel unterstellt, und zwar dem § 3 Abs. 1 dUWG<sup>140</sup> 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“<sup>141</sup> bzw. „grundsätzlich“<sup>142</sup> 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 abgesehen von einer terminologische Anpassung auf „geschäftliche Handlungen“<sup>143</sup> 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 von § 1 dUWG „mit umfasst“ sei<sup>144</sup>, während die Richtlinie für den Mitbewerberschutz und den Schutz der Interessen der Allgemeinheit am unverfälschten Wettbewerb „keine Vorgaben“ enthalte<sup>145</sup>. In diesem Sinne halten auch der österreichische Gesetzgeber<sup>146</sup> 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 sei<sup>147</sup>.

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 unterschieden<sup>148</sup>:

Die Offenlegung dieser Aufspaltung in § 1 Abs. 1 öUWG bedeutet nach der Entwurfsbegründung eben doch eine „grundlegende Umgestaltung“<sup>149</sup>. In diesem Sinne hat

---

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

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

<sup>139</sup> § 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, 3.

<sup>140</sup> „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), 15 f., 44; *Dröge* (Fn. 111), 138 (die deutsche Generalklausel müsse nicht angepasst werden); für das britische Recht *Wadlow*, in: *Weatherill/Bernitz* (Fn. 62), 175, 189.

<sup>141</sup> Siehe Erläuterungen zur öUWG-Novelle (Fn. 139), 2 („nur unerhebliche Änderungen“).

<sup>142</sup> OGH 4 Ob 225/07b, MR 2008, 114, 119 - *Stadtrundfahrten* mit Anm. *Heidinger* (eine möglichst parallele Auslegung des Lauterkeitsmaßstabs sei zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen erforderlich).

<sup>143</sup> RegE UWG 2008 (Fn. 9), 38 f.

<sup>144</sup> So auch *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 27. Auflage 2009, § 1 Rn. 5.

<sup>145</sup> RegE UWG 2008 (Fn. 9), 16 f.

<sup>146</sup> Erläuterungen zur öUWG-Novelle (Fn. 139), 4.

<sup>147</sup> OGH 4 Ob 225/07b, MR 2008, 114, 119 - *Stadtrundfahrten*.

<sup>148</sup> Siehe *Köhler*, GRUR 2008, 841 ff.; *ders.*, NJW 2008, 3032 ff.; *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1018 (Mittelweg); *Hoeren*, WRP 2009, 789, 794 (stark separierte Teilbereiche des Lauterkeitsrechts); hiervor warnend bereits *Beater*, ZEuP 2003, 11, 40 f.; zum polnischen Recht in diesem Sinne *Nestoruk*, Diskussionsbericht, in diesem Band.

<sup>149</sup> Erläuterungen zur öUWG-Novelle (Fn. 139), 6; *Koppensteiner*, in: *Augenhofer* (Fn. 92), 85, 94 (die unterschiedlichen Kriterien der beiden Ziffern des § 1 I öUWG ließen sich „letzten Endes nicht harmonisieren“).

auch der OGH bereits entschieden, dass bei Ziffer 1 die Mitbewerber-, bei Ziffer 2 die Verbraucherinteressen im Vordergrund stehen<sup>150</sup>. Die scheinbar umfassende Generalklausel des § 3 Abs. 1 dUWG wird in Absatz zwei ebenfalls um eine „Verbrauchergeneralklausel“ ergänzt, die Art. 5 Richtlinie 2005/29 umsetzt und daher allein maßgeblich ist, soweit der vollharmonisierende Anwendungsbereich der Richtlinie reicht<sup>151</sup>. 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 handele<sup>152</sup>. Vor diesem Hintergrund erscheint § 3 Abs. 1 dUWG als fast „leere Hülle“, die jedenfalls vollständig nach Maßgabe der Richtlinie auszulegen wäre, soweit sie hierfür überhaupt einschlägig sein soll<sup>153</sup>. Zugleich ist der übergreifende Gedanke, dass das Lauterkeitsrecht Beeinträchtigungen „des Wettbewerbs“ zum Nachteil der aller Marktteilnehmer verhindern soll, wegen angeblicher Unklarheit aus der Generalklausel gestrichen worden<sup>154</sup>.

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 sich<sup>155</sup>. 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 in spezielle Verbotsnormen um. Diese vollharmonisierenden Regelungen dürfen keiner übergeordneten, auf unverfälschten Wettbewerb unter Einbeziehung der Interessen aller Marktteilnehmer ausgerichteten Teleologie unterworfen werden<sup>156</sup>. 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 käme<sup>157</sup>. 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 beeinträchtigt<sup>158</sup>. 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) und vorbehaltlich sonstiger gemeinschaftsrechtlicher Regelungen sind die Mitgliedstaaten jedoch grundsätzlich frei, die Grenze zwischen zulässigen und unlauteren

---

<sup>150</sup> OGH 4 Ob 225/07b, MR 2008, 114, 119 – *Stadtrundfahrten*.

<sup>151</sup> RegE UWG 2008 (Fn. 9), 42; *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1018; *Schöttle*, GRUR 2009, 546, 548 (es seien aber keine „wesentlichen Änderungen“ zu erwarten).

<sup>152</sup> RegE UWG 2008 (Fn. 9), 42 f.

<sup>153</sup> *Schöttle*, GRUR 2009, 546, 551.

<sup>154</sup> RegE UWG 2008 (Fn. 9), 41 f.; *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1018. Zur Streichung der Interessen der Allgemeinheit aus der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung oben Fn 36.

<sup>155</sup> RegE UWG 2008 (Fn. 9), 40, 44.

<sup>156</sup> Siehe dazu § 1 S. 2 dUWG und *Peukert* (Fn. 87), 362 ff.

<sup>157</sup> Siehe ErwGrd. 6 S. 3 und 8 RL 2005/29.

<sup>158</sup> ErwGrd. 8 S. 2 RL 2005/29.

geschäftlichen Handlungen zu ziehen. Dies betrifft etwa Tatbestände wie den Vorsprung durch Rechtsbruch<sup>159</sup>, ein Zugabeverbot im Interesse der Medienvielfalt<sup>160</sup>, gezielte Behinderungen gem. § 4 Nr. 10 dUWG und andere Verhaltensweisen eines Unternehmens gegenüber einem Mitbewerber<sup>161</sup>. Dass insoweit abweichende, insbesondere die bisherigen wettbewerbsfunktionalen Ansätze gültig sein sollen, liegt in Anbetracht der expliziten Aufspaltung der Generalklauseln der §§ 3 dUWG, 1 öUWG an sich nahe<sup>162</sup>.

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 ausgesprochen<sup>163</sup>. 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 hätte<sup>164</sup>. 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 Unternehmen<sup>165</sup>. Die gegenteilige Aussage des § 3 Abs. 3 dUWG wird vom deutschen Gesetzgeber als Ausnahme vom Grundsatz eines einheitlichen Lauterkeitsmaßstabs bezeichnet<sup>166</sup>. 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 haben<sup>167</sup>.

Und selbst wenn die Mitgliedstaaten an einem einheitlichen Begriff der Lauterkeit festhalten, indem sie die vergleichsweise strengen Maßstäbe der Richtlinie 2005/29 auf den nur mindestharmonisierten B2B-Bereich<sup>168</sup> übertragen, verstärken sie die in der Sache problematischen Auswirkungen der neuen, verbraucherschutzorientierten Konzeption des europäischen Lauterkeitsrechts. Da jenes nicht auf einer funktionalen Gesamtbetrachtung beruht, drohen Entscheidungen, die dynamischen, unverfälschten Wettbewerb nicht dauerhaft stabilisieren, sondern beeinträchtigen<sup>169</sup>. 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

---

<sup>159</sup> OGH 4 Ob 225/07b, MR 2008, 114, 119 - *Stadtrundfahrten*.

<sup>160</sup> Dazu *Boesche*, WRP 2009, 661, 671.

<sup>161</sup> RegE UWG 2008 (Fn. 9), 39; Erläuterungen zur öUWG-Novelle (Fn. 139), 3; *Hoeren*, WRP 2009, 789, 791.

<sup>162</sup> Erläuterungen zur öUWG-Novelle (Fn. 139), 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 *Sosnitza*, WRP 2008, 1014, 1018.

<sup>163</sup> OGH 4 Ob 225/07b, MR 2008, 114, 119 - *Stadtrundfahrten* mit Anm. *Heidinger* (Rechtsbruch im B2B-Verhältnis); zum deutschen Recht *Boesche*, WRP 2009, 661, 671.

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

<sup>165</sup> 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.

<sup>166</sup> RegE UWG 2008 (Fn. 9), 42 f.

<sup>167</sup> Siehe *Hoeren*, WRP 2009, 789, 791 f.; für sonstige Marktteilnehmer auch *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm* (Fn. 144), § 3 Rn. 29.

<sup>168</sup> Dazu oben Fn. 16, 17.

<sup>169</sup> *Schricker*, FS Zweigert (Fn. 28), 537, 551 f.; *Drexler*, in: v. Bogdandy (Fn. 42), 747, 798; *Beater*, ZEuP 2003, 11, 48 f.; *Boesche*, WRP 2009, 661, 671; siehe auch *Glöckner* (Fn. 1), 500 (Wettbewerbsschutz 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.

ihrer langfristigen Gefahren für den Wettbewerb und seine Innovationsimpulse als akzeptabel eingeschätzt würden<sup>170</sup>. Realistischer ist die Tendenz, dass Geschäftspraktiken verboten werden, die zu einer Belebung des Wettbewerbs beitragen, aber an den verschärften Vorgaben für geschäftliche Kommunikation scheitern<sup>171</sup>. Derartige Einschränkungen machen es grenzüberschreitend agierenden Unternehmen prinzipiell schwerer, etablierte inländische Kundenbeziehungen aufzubrechen<sup>172</sup>. Damit verstärkt das Sekundärrecht jene Marktzutrittschürden, die von den Grundfreiheiten einst überwunden wurden.

## 2. 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 werden<sup>173</sup>. Bereits die deutsche UWG-Novelle 2004 war nicht auf eine bloße Kodifikation der Rechtsprechungsfallgruppen zu § 1 dUWG 1909 beschränkt<sup>174</sup>, sondern bezweckte daneben eine abweichende, in der Tendenz liberalere Haltung gegenüber „Wettbewerbshandlungen“<sup>175</sup>. Hinzu kommt nunmehr der vollharmonisierte Bereich der Richtlinie 2005/29<sup>176</sup>, 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 problematisieren<sup>177</sup>. 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

---

<sup>170</sup> Siehe *Müller-Graff*, FS Carstens (Fn. 54), 209, 215; *Wadlow*, in: Weatherill/Bernitz (Fn. 62), 175, 180.

<sup>171</sup> Siehe *Schwarze* (Fn. 46), 383 („Wettbewerb durch Einschränkung oder Abschaffung des Wettbewerbs“); *Beater*, ZEuP 2003, 11, 49; *Köhler*, in: Augenhöfer (Fn. 92), 101, 116 (Anforderungen für Unternehmen würden verschärft).

<sup>172</sup> Siehe *Brömmelmeyer*, GRUR 2007, 295, 297; *Wadlow*, in: Weatherill/Bernitz (Fn. 62), 175, 189.

<sup>173</sup> So aber für das deutsche Recht *Köhler*, WRP 2009, 109, 110 (die früheren Entscheidungen böten einen „unverzichtbaren Erfahrungsschatz“); wie hier in Bezug auf das österreichische UWG *Koppensteiner*, in: Augenhöfer (Fn. 92), 85, 95.

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

<sup>175</sup> 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* (Fn. 87), 376 ff.

<sup>176</sup> So auch *Köhler*, WRP 2009, 109, 110.

<sup>177</sup> Kritisch zum Mangel an wettbewerbstheoretischer Auseinandersetzung bei der Harmonisierung des europäischen Lauterkeitsrechts auch *Beier*, GRUR Int. 1984, 61, 66; *Keßler/Micklitz* (Fn. 71), 15.

den geschützten Allgemeininteressen zu verstehen sei<sup>178</sup>. *Micklitz* begründet ihre Streichung aus dem Zweckartikel der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung damit, dass es Schwierigkeiten mache, ein allgemeines europäisches Interesse zu definieren<sup>179</sup>. 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 Verblissen dieses Gedankens selbst in Kernbereichen des Wirtschaftsrechts nicht.

In Anbetracht derartiger Defizite ist der in jüngster Zeit vermehrte Ruf nach wettbewerbstheoretischer Absicherung des Lauterkeitsrechts durchaus zu begrüßen<sup>180</sup>. Freilich bleiben dabei die allgemeinen Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts zu beachten, wonach ökonomische Modelle niemals eine normative Wertung determinieren können<sup>181</sup>. Auch wird man die dargestellten teleologischen und sachlichen Veränderungen nicht pauschal als „Verfeinerung“ ökonomischer Modelle erklären und normativ gutheißen können<sup>182</sup>. 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.

### 3. 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 eindrucklich, 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 bieten<sup>183</sup>. 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

---

<sup>178</sup> Siehe etwa *Lettl* (Fn. 34), 15 (es bleibe offen, welchen Inhalt die Allgemeininteressen haben); *Micklitz*, in: MünchKomm UWG (Fn. 13), EG E Rn. 8 („wie auch immer“ definierte Öffentlichkeit); *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885, 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* (Fn. 87), 353 ff. m.w.N.

<sup>179</sup> *Micklitz*, in: MünchKomm UWG (Fn. 13), EG E Rn. 44.

<sup>180</sup> Siehe insbesondere *Thouvenin*, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, 2007, 89 ff., 421 ff.; *Podszun*, WRP 2009, 509 ff.; *Leistner*, ZEuP 2009, 56, 88 ff.; *ders.*, ZGE 2009, 3 ff.

<sup>181</sup> Dazu allgemein *Peukert* (Fn. 87), 117 ff.

<sup>182</sup> Anders *Leistner*, ZEuP 2009, 56,

<sup>183</sup> Oben III 1.



aus. Im europäischen Kollisionsrecht wird nämlich das allgemeine Recht gegen unlautere Handlungen von „außervertraglichen Schuldverhältnissen aus unlauterem Wettbewerbsverhalten“ unterschieden<sup>184</sup>. Auf letztgenannten Bereich ist gem. Art. 6 Abs. 1 Rom-II-VO<sup>185</sup> 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“<sup>186</sup> 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 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

---

<sup>184</sup> Siehe hierzu den Hinweis von *Sack*, Diskussionsbericht, in diesem Band.

<sup>185</sup> Oben Fn. 10.

<sup>186</sup> Siehe ErwGrd. 21 S. 1 Rom-II-VO (Fn. 10).

zur Verwirklichung der im Primärrecht niedergelegten Ziele<sup>187</sup>. Eine im beschriebenen Sinne erschöpfende europäische Generalklausel zum Lauterkeitsrecht – gewissermaßen ein Art. 5 Abs. 1 RL 2005/29 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 müssen<sup>188</sup>. 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.

---

<sup>187</sup> „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.

<sup>188</sup> 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.“).