Julian Klagge

Normative Kohärenz des deutschen Lauterkeitsrechts

Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Horst Eidenmüller, LL.M. (Cambridge),
München; Professor Dr. Dr. Stefan Grundmann, LL.M.
(Berkeley), Berlin; Professor Dr. Susanne Kalss,
LL.M. (Florenz), Wien; Professor Dr. Wolfgang Kerber,
Marburg; Professor Dr. Karl Riesenhuber, M.C.J.
(Austin/Texas), Bochum; Professor Dr. Heike
Schweitzer, LL.M. (Yale), Berlin; Professor Dr.
Hans-Peter Schwintowski, Berlin; Professor Dr.
Reinhard Singer, Berlin; Professor Dr. Christine
Windbichler, LL.M. (Berkeley), Berlin

EIW Band 59

Julian Klagge

Normative Kohärenz des deutschen Lauterkeitsrechts

Analyse zur Umsetzung der Dogmatik der
UGP-Richtlinie in das deutsche UWG

DE GRUYTER

Dr. *Julian Klagge*, Berlin

ISBN 978-3-11-052217-4

e-ISBN (PDF) 978-3-11-052436-9

e-ISBN (EPUB) 978-3-11-052364-5

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

A CIP catalog record for this book has been applied for at the Library of Congress.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2017 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston

Einbandabbildung: © Mike Kemp/Getty Images

Druck und Bindung: CPI books GmbH, Leck

☺ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende August 2016 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst Frau Prof. Dr. Eva Inés Obergfell für ihre jederzeit konstruktive und herzliche Betreuung meines Promotionsvorhabens sowie die spannende Zeit an ihrem Lehrstuhl. Herrn Prof. Dr. Karl-Heinz Fezer danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Antonia Füller, Tobias Heinemann und Thomas Hohendorf danke ich für ihre wertvollen Korrekturen und Anmerkungen. Ohne sie und meinen Mitdoktoranden Tomás Vio Michaelis wäre die Promotionszeit nur halb so schön gewesen.

Nicht genug kann ich meiner Freundin Hannah Andres danken. Sie hat nicht nur unermüdlich meine Texte korrigiert, sondern mich vor allem durch die Höhen und Tiefen in der Entstehungsphase dieser Arbeit begleitet.

Den Herausgebern der „Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht“ danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe. Dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft danke ich für die Unterstützung dieser Arbeit mit einem Promotionsstipendium.

Schließlich danke ich von Herzen meinen Eltern für all ihre Unterstützung und Liebe auf meinem bisherigen Lebensweg. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsübersicht

Vorwort — V

Abkürzungsverzeichnis — XXI

Einleitung — 1

- A. Einführung in die Thematik — 1
- B. Gegenstand der Untersuchung — 4
- C. Gang der Untersuchung — 6

1. Kapitel: Dogmatik der UGP-RL — 8

- A. Rechtspolitischer Hintergrund der UGP-RL — 8
 - I. Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union — 8
 - II. Folgemaßnahmen zum Grünbuch über Verbraucherschutz — 11
 - III. Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und erweiterte Folgenabschätzung — 12
 - IV. Scheitern des Vorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt — 16
 - V. Zusammenfassung — 20
- B. Schutzzweckkonzeption der UGP-RL — 22
 - I. Methodische Bedeutung von Schutzzwecken — 22
 - II. Zwecke der UGP-RL — 23
- C. Anwendungsbereich der UGP-RL — 53
 - I. Geschäftspraktiken — 54
 - II. b2c-Verhältnis — 67
 - III. Beschränkung auf Verbraucherschutz — 74
 - IV. Abgrenzungen und Ausnahmen vom Anwendungsbereich — 80
 - V. Zusammenfassung — 89
- D. Systematik der UGP-RL — 90
 - I. Begriff und Bedeutung der Systematik in der Rechtswissenschaft — 91
 - II. Normatives Verhältnis zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 6–9 — 97
 - III. Anwendungsverhältnis zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 6–9 — 166
 - IV. Verhältnis zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 5 i.V.m. der Black List — 170
- E. Zusammenfassung des 1. Kapitels — 178

2. Kapitel: Richtliniendogmatik und Umsetzungsverpflichtung — 181

- A. Grundlegende Vorgaben des Primärrechts –
Art. 288 Abs. 3 AEUV — **182**
 - I. Verbindlichkeit des Ziels — **182**
 - II. Wahlfreiheit in Form und Mittel — **184**
- B. Besonderheiten vollharmonisierender Richtlinien — **186**
 - I. Grundsätzliche Fragen zur Vollharmonisierung — **186**
 - II. Umsetzungsspielräume bei vollharmonisierenden
Richtlinien — **191**
- C. Konsequenzen für die Umsetzung der Richtliniendogmatik — **194**
 - I. Umsetzung der Richtliniensystematik — **194**
 - II. Umsetzung des Richtlinienzwecks — **204**
- D. Zusammenfassung des 2. Kapitels — **209**

**3. Kapitel: Kritische Analyse des UWG 2008 und des UWG 2015 hinsichtlich
der Umsetzung der dogmatischen Vorgaben der UGP-RL — 211**

- A. Schutzzweckkonzeption des UWG 2008/2015 — **212**
 - I. Geschützte Interessen — **212**
 - II. Dogmatische Divergenz zur UGP-RL — **217**
 - III. Zusammenfassung — **221**
- B. Anwendungsbereich des UWG — **222**
 - I. Anwendungsbereichsbestimmung im UWG 2008 — **222**
 - II. Beibehaltung der Anwendungsbereichsbestimmung im UWG
2015 — **226**
- C. Systematik des UWG — **229**
 - I. Materiell-rechtliches Verhältnis zwischen Generalklausel und
Konkretisierungstatbeständen im UWG 2008 — **229**
 - II. Anwendungsverhältnis zwischen Generalklausel und
Konkretisierungstatbeständen im UWG 2008 — **247**
 - III. Systematik des UWG 2015 — **254**
- D. Reflexion der dogmatischen Divergenzen in der Rechtsprechung zum
UWG 2008 — **261**
 - I. Richtlinienwidrigkeit des § 4 Nr. 6 — **262**
 - II. Sonstige Rechtsprechung zur Systematik des UWG 2008 — **266**
- E. Zusammenfassung des 3. Kapitels — **268**

**4. Kapitel: Entwicklung eines richtlinienkonformen und kohärenten
UWG — 270**

- A. Änderung der Schutzzweckbestimmung — **270**
 - I. Zu beachtende Vorgaben — **270**

- II. Lösungsvorschlag — 271
- B. Änderung der Anwendungsbereichsbestimmung — 297
 - I. Zu beachtende Vorgaben — 297
 - II. Lösungsvorschlag — 297
- C. Änderung der Gesetzssystematik — 300
 - I. Zu beachtende Vorgaben — 300
 - II. Lösungsvorschlag — 300
- D. Zusammenfassung des 4. Kapitels und Novellierungsvorschlag — 318

Schlussbetrachtung — 332

Literaturverzeichnis — 338

Sachregister — 355

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis — XXI

Einleitung — 1

- A. Einführung in die Thematik — 1
- B. Gegenstand der Untersuchung — 4
- C. Gang der Untersuchung — 6

1. Kapitel: Dogmatik der UGP-RL — 8

- A. Rechtspolitischer Hintergrund der UGP-RL — 8
 - I. Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union — 8
 - 1. Rechtspolitische Zielsetzungen — 9
 - 2. Kritik von deutscher Seite — 10
 - II. Folgemaßnahmen zum Grünbuch über Verbraucherschutz — 11
 - III. Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und erweiterte Folgenabschätzung — 12
 - 1. Rechtspolitische Kontinuität — 12
 - 2. Explizite Abweisung der Kritik am begrenzten Harmonisierungsumfang — 13
 - 3. Rechtspolitischen Zielrichtungen der UGP-RL — 15
 - IV. Scheitern des Vorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt — 16
 - 1. Rechtspolitische Zielsetzungen — 17
 - 2. Maßgeblichkeit der Kompetenzstreitigkeiten zwischen GD Binnenmarkt und GD SANCO? — 19
 - V. Zusammenfassung — 20
- B. Schutzzweckkonzeption der UGP-RL — 22
 - I. Methodische Bedeutung von Schutzzwecken — 22
 - II. Zwecke der UGP-RL — 23
 - 1. Schutz wirtschaftlicher Verbraucherinteressen vor unlauteren Geschäftspraktiken — 23
 - a) Wirtschaftstheoretische Grundlagen — 24
 - aa) Konsumentensouveränität — 24
 - bb) Funktion des Konsumenten im Wettbewerb — 25
 - cc) Wahlfreiheit – formale Konsumfreiheit — 28
 - dd) Entscheidungsautonomie – materielle Konsumfreiheit — 29

- ee) Grenzen der Konsumentensouveränität und daraus resultierende Erkenntnisse — **31**
 - b) Rechtliche Ausprägung in der UGP-RL — **32**
 - aa) Schutz der Entscheidungsgrundlage — **33**
 - bb) Schutz des Entscheidungsprozesses — **33**
 - c) Beitrag zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus — **34**
 - 2. „Reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes“ — **37**
 - a) Kernelemente des Binnenmarktes — **37**
 - aa) Freiverkehr — **37**
 - bb) Unverfälschter Wettbewerb — **38**
 - b) Bezugspunkte zur UGP-RL — **38**
 - aa) Marktintegration als zweiter Hauptzweck der UGP-RL — **39**
 - bb) Unverfälschter Wettbewerb als konzeptionell primärer Schutzzweck der UGP-RL? — **40**
 - (1) Rückschluss aus der Binnenmarktkompetenz gem. Art. 114 AEUV — **41**
 - (2) Inkonsequenz angesichts bestehender Richtlinien im wirtschaftlichen Verbraucherschutzrecht — **43**
 - (3) Rechtspolitische Intention des Richtliniengebers — **44**
 - (4) Bestimmungen der UGP-RL — **45**
 - cc) Fazit — **46**
 - c) Verhältnis zwischen Binnenmarktförderung und Verbraucherschutz in der UGP-RL — **47**
 - d) Konsequenzen für die Anwendung und Auslegung der UGP-RL — **48**
 - 3. Schutz von Mitbewerberinteressen — **50**
 - a) Gleichlaufendes Interesse am Schutz vor der Anwendung unlauterer Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern — **50**
 - b) Gleichlaufendes Interesse am binnenmarktweiten Marktzugang — **52**
 - 4. Zusammenfassung — **52**
- C. Anwendungsbereich der UGP-RL — **53**
 - I. Geschäftspraktiken — **54**
 - 1. Einbezogene Verhaltensweisen — **55**
 - 2. Unmittelbarkeitszusammenhang — **56**
 - 3. Vor, während und nach Abschluss eines Handelsgeschäfts — **62**
 - II. b2c-Verhältnis — **67**
 - 1. Gewerbetreibender gem. Art. 2 lit. b — **67**

- 2. Verbraucher gem. Art. 2 lit. a — **70**
- 3. „Gegenüber einem Verbraucher“ — **71**
- III. Beschränkung auf Verbraucherschutz — **74**
 - 1. Ausklammerung von Geschäftspraktiken, die sich auf ein Geschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen — **75**
 - 2. Schutzzweckschranke für die Anwendbarkeit auf nationale Regelungen — **76**
- IV. Abgrenzungen und Ausnahmen vom Anwendungsbereich — **80**
 - 1. Nichtwirtschaftliche Interessen — **80**
 - 2. Vertragsrecht — **84**
 - 3. Besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken — **86**
 - 4. Sonstige Ausnahmen und Abgrenzungen — **88**
- V. Zusammenfassung — **89**
- D. Systematik der UGP-RL — **90**
 - I. Begriff und Bedeutung der Systematik in der Rechtswissenschaft — **91**
 - 1. System und Recht — **91**
 - 2. Äußeres und inneres System des Rechts — **91**
 - 3. System und Auslegung — **93**
 - 4. System von Generalklauseln und Konkretisierungsstatbeständen — **94**
 - II. Normatives Verhältnis zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 6–9 — **97**
 - 1. Normstruktur des Art. 5 — **97**
 - 2. Begründung der Kommission zum Richtlinienvorschlag — **99**
 - 3. Rechtsprechung des EuGH — **102**
 - 4. Abgleich der normativen Konvergenz zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 6–9 — **106**
 - a) Normativer Kerngehalt des generellen Tatbestands nach Art. 5 Abs. 2 — **106**
 - aa) Verletzung beruflicher Sorgfaltspflichten, Art. 5 Abs. 2 lit. a — **107**
 - (1) „Unternehmerische“ Sorgfalt — **107**
 - (2) Schutzzweckorientiertes Verständnis der „Fachkenntnisse und Sorgfalt“ — **107**
 - (3) Berücksichtigung branchenverschiedener Verhaltensmaßstäbe — **112**
 - (4) Begrenzung auf ein zweckwahrendes Maß sowie Berücksichtigung binnenmarktfunktionaler Gegeninteressen — **112**

- bb) Wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens, Art. 5 Abs. 2 lit. b — **116**
- (1) Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung der Fähigkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen — **117**
- (2) Eignung zur Veranlassung zu einer andernfalls nicht getroffenen geschäftlichen Entscheidung — **120**
- cc) Normative Untrennbarkeit beider Unlauterkeitselemente — **122**
- dd) Zur Kritik an der Generalklausel — **126**
- ee) Zusammenfassung — **129**
- b) Irreführung als Abbild der Generalklausel — **130**
- aa) Art. 6 Abs. 1 — **130**
- (1) Verhaltenselement — **130**
- (2) Erfolgselement — **134**
- bb) Art. 6 Abs. 2 — **134**
- (1) lit. a: Begründen einer Verwechslungsgefahr — **135**
- (2) lit. b: Nichteinhaltung von Verhaltenskodizes bei ausdrücklichem Hinweis — **136**
- c) Vorenthalten von wesentlichen Informationen als Abbild der Generalklausel — **137**
- aa) Dogmatische Abgrenzung zur Irreführung — **137**
- bb) Vorenthalten von Informationen nach Art. 7 Abs. 1–3 — **140**
- (1) Verhaltenselement — **141**
- (2) Erfolgselement — **144**
- cc) Informationsgebote bei einer Aufforderung zum Kauf — **145**
- dd) Informationsgebote des sekundären Unionsrechts — **147**
- d) Aggressivität als Abbild der Generalklausel — **148**
- aa) Belästigung — **149**
- bb) Nötigung — **151**
- cc) Unzulässige Beeinflussung — **152**
- dd) Erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit und Veranlassung zu anderweitiger geschäftlicher Entscheidung — **155**
- e) Zusammenfassung — **157**
- 5. Durchschnittsverbrauchermodell als Beurteilungsmaßstab — **159**
- a) Dogmatischer Hintergrund — **160**
- b) Verbraucherleitbild und Schutz der Entscheidungsgrundlage — **161**

- c) Verbraucherleitbild und Schutz des Entscheidungsprozesses — **163**
 - d) Besonders schutzbedürftige Verbrauchergruppen, Art. 5 Abs. 3 S. 1 — **164**
 - III. Anwendungsverhältnis zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 6–9 — **166**
 - 1. Anwendungsspezialität — **166**
 - 2. Unterscheidung zur normativen Konvergenz — **168**
 - 3. Zusammenfassung — **169**
 - IV. Verhältnis zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 5 i.V.m. der Black List — **170**
 - 1. Grundlagen — **170**
 - 2. Systematik der Black List im Regelungsgefüge der UGP-RL — **171**
 - a) Normative Verknüpfung mit Art. 5 Abs. 2 — **171**
 - b) Kategorisierung in Irreführung und Aggressivität — **173**
 - c) Kritik: Durchbrechung des einheitlichen Unlauterkeitsmaßstabs im Einzelfall — **176**
 - 3. Anwendungsverhältnis — **177**
 - 4. Zusammenfassung — **178**
- E. Zusammenfassung des 1. Kapitels — **178**

2. Kapitel: Richtliniendogmatik und Umsetzungsverpflichtung — 181

- A. Grundlegende Vorgaben des Primärrechts – Art. 288 Abs. 3 AEUV — **182**
 - I. Verbindlichkeit des Ziels — **182**
 - II. Wahlfreiheit in Form und Mittel — **184**
- B. Besonderheiten vollharmonisierender Richtlinien — **186**
 - I. Grundsätzliche Fragen zur Vollharmonisierung — **186**
 - 1. Ausgangspunkt: Unterscheidung zwischen Anwendungsbereich und Regelungsinhalt — **186**
 - 2. Charakteristika der Vollharmonisierung — **188**
 - a) Harmonisierungsintensität — **188**
 - b) Kohärenzproblematik der Vollharmonisierung — **190**
 - II. Umsetzungsspielräume bei vollharmonisierenden Richtlinien — **191**
 - 1. Begriff der überschießenden Umsetzung — **191**
 - 2. Möglichkeiten überschießender Umsetzung — **191**
 - a) Erweiterung des Anwendungsbereichs — **191**
 - b) Regelungsinhaltliche Modifizierungen — **192**
 - c) Koordinierung von Unionsrecht im nationalen Recht — **193**
 - 3. Zwischenergebnis — **194**
- C. Konsequenzen für die Umsetzung der Richtliniendogmatik — **194**
 - I. Umsetzung der Richtliniensystematik — **194**

1. Umsetzung des inneren Systems — **195**
 2. Umsetzung des äußeren Systems — **197**
 - a) Grundgedanken — **197**
 - b) Konsequenzen im Kontext der UGP-RL — **200**
 3. Terminologische Freiheiten? — **201**
 - II. Umsetzung des Richtlinienzwecks — **204**
 1. Richtlinienzweck, Transparenz und Bestimmtheit des Umsetzungsrechts — **204**
 2. Umsetzung des Richtlinienzwecks allein mittels richtlinienkonformer Auslegung? — **206**
 - D. Zusammenfassung des 2. Kapitels — **209**
- 3. Kapitel: Kritische Analyse des UWG 2008 und des UWG 2015 hinsichtlich der Umsetzung der dogmatischen Vorgaben der UGP-RL — 211**
- A. Schutzzweckkonzeption des UWG 2008/2015 — **212**
 - I. Geschützte Interessen — **212**
 1. Mitbewerberinteressen — **212**
 2. Verbraucherinteressen — **214**
 3. Interessen sonstiger Marktteilnehmer — **215**
 4. Interesse der Allgemeinheit — **216**
 - II. Dogmatische Divergenz zur UGP-RL — **217**
 - III. Zusammenfassung — **221**
 - B. Anwendungsbereich des UWG — **222**
 - I. Anwendungsbereichsbestimmung im UWG 2008 — **222**
 - II. Beibehaltung der Anwendungsbereichsbestimmung im UWG 2015 — **226**
 - C. Systematik des UWG — **229**
 - I. Materiell-rechtliches Verhältnis zwischen Generalklausel und Konkretisierungstatbeständen im UWG 2008 — **229**
 1. Meinungsbild im Schrifttum — **229**
 - a) Exklusivität des § 3 Abs. 2 S. 1 im vollharmonisierten b2c-Verhältnis — **229**
 - b) Parallelität von § 3 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 — **230**
 - c) Subsidiarität von § 3 Abs. 2 S. 1 gegenüber Abs. 1 — **232**
 - d) Redundanz des § 3 Abs. 2 S. 1 — **233**
 2. Systematisches Konzept des UWG — **234**
 - a) Regelungsentention des Gesetzgebers — **234**
 - b) Normstruktur des § 3 — **236**
 - aa) Abs. 1 — **236**
 - bb) Abs. 2 — **237**

- cc) Abs. 3 — **238**
- dd) Fazit — **238**
- c) Materiell-rechtliches Verhältnis zu den §§ 4–6: normative Rückbindung an § 3 Abs. 1 — **239**
- d) Tatbestandsimmanente Relevanzklauseln? — **240**
- e) Dogmatische Divergenz zur UGP-RL — **243**
- f) Grundsätzliche Kritik an der Unlauterkeitsterminologie des UWG 2008 — **246**
- g) Zusammenfassung — **247**
- II. Anwendungsverhältnis zwischen Generalklausel und Konkretisierungstatbeständen im UWG 2008 — **247**
 - 1. Abgrenzungen — **248**
 - 2. Zuordnung als Auffangtatbestand — **248**
 - 3. Anwendungsverhältnis zu § 4 Nr. 11 — **250**
 - 4. Zusammenfassung — **253**
- III. Systematik des UWG 2015 — **254**
 - 1. Normstruktur des § 3 UWG 2015 — **254**
 - 2. Eigenständige Regelung des Rechtsbruchs in § 3a UWG 2015 — **256**
 - 3. Neufassung des § 4 UWG 2015 — **256**
 - 4. Normative Bezugspunkte der §§ 4–6 UWG 2015? — **259**
- D. Reflexion der dogmatischen Divergenzen in der Rechtsprechung zum UWG 2008 — **261**
 - I. Richtlinienwidrigkeit des § 4 Nr. 6 — **262**
 - 1. Analyse der Vorlagefrage des BGH im Fall *Millionen-Chance* — **262**
 - 2. Analyse der Vorabentscheidung des EuGH im Fall *Plus Warenhandels-gesellschaft* — **264**
 - 3. Analyse der Entscheidung des BGH im Fall *Millionen-Chance II* — **264**
 - II. Sonstige Rechtsprechung zur Systematik des UWG 2008 — **266**
- E. Zusammenfassung des 3. Kapitels — **268**

4. Kapitel: Entwicklung eines richtlinienkonformen und kohärenten UWG — 270

- A. Änderung der Schutzzweckbestimmung — **270**
 - I. Zu beachtende Vorgaben — **270**
 - II. Lösungsvorschlag — **271**

1. Ausdifferenzierung der Schutzzweckbestimmung — 272
 - a) Unionsrechtliche Ebene — 272
 - aa) Teleologische Ausdifferenzierung im lauterkeitsrechtlichen Sekundärrecht — 272
 - bb) Art. 6 Rom II-VO als Ausdruck eines materiell-integrativen Schutzmodells? — 273
 - b) Dogmatische Überlegungen — 276
 2. Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb als eigenständiger Schutzzweck? — 281
 - a) Argumente für eine eigenständige Bedeutung des Allgemeininteresses — 282
 - b) Gegenargumente — 283
 - aa) Materiell-rechtliche Bedeutung des Allgemeininteresses — 283
 - bb) Unionsrechtliche Zweckkonzeption und institutionelles Allgemeininteresse — 286
 - cc) Dogmatische Überlegungen — 290
 3. Zusammenfassung — 296
- B. Änderung der Anwendungsbereichsbestimmung — 297
- I. Zu beachtende Vorgaben — 297
 - II. Lösungsvorschlag — 297
- C. Änderung der Gesetzssystematik — 300
- I. Zu beachtende Vorgaben — 300
 - II. Lösungsvorschlag — 300
 1. Modulare Einteilung der jeweils spezifisch schutzzweckbezogenen Vorschriften — 300
 2. Implementierung und Veranschaulichung der inneren Wertungszusammenhänge — 303
 - a) Wertungstransparenz im äußeren Gesetzssystem — 303
 - b) Etablierung neuer Generalklauseln — 305
 3. Schutzzweckbezogene Aufteilung der vergleichenden Werbung — 308
 - a) Zuordnung zu den jeweiligen Regelungsmodulen — 308
 - b) Verhältnis zu den jeweils spezifischen Generalklauseln — 310
 - aa) Koordinierung im verbraucherschutzbezogenen Regelungsmodul — 311
 - bb) Koordinierung im mitbewerberschutzbezogenen Regelungsmodul — 314
 4. Eigenständige Regelung des Rechtsbruchs — 316

D. Zusammenfassung des 4. Kapitels und Novellierungsvorschlag — 318

Schlussbetrachtung — 332

Literaturverzeichnis — 338

Sachregister — 355

Abkürzungsverzeichnis

Dienstleistungs-RL:	Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt
E-Commerce-RL:	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“)
ErwGr:	Erwägungsgrund
GD SANCO:	Generaldirektion Gesundheit und Verbraucher (Direction générale de la santé et des consommateurs)
Irreführungs-RL 1997:	Richtlinie 97/57/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung
Irreführungs-RL:	Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung
Kosmetik-RL:	Richtlinie 76/768/EWG des Rates vom 27. Juli 1976 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über kosmetische Mittel
Marken-RL:	Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken
Pauschalreisen-RL:	Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen
UGP-RL:	Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnemarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken)
UWG 2004:	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 03. Juli 2004, BGBl. I, S. 1414
UWG 2008:	Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008, BGBl. I, S. 2949
UWG 2015:	Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 02. Dezember 2015, BGBl. I, S. 2158
Verbraucherrechte-RL:	Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates

- Verbrauchsgüterkauf-RL: Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekte des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter
- VO Verkaufsförderung: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt vom 02.10.2001, KOM (2001) 546 endg.; geänderter Vorschlag vom 25.10.2002, KOM (2002) 585 endg.

Alle sonstigen Abkürzungen sind die üblich verwendeten nach *Kirchner, Hildebert*: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl., Berlin 2015.

Einleitung

A. Einführung in die Thematik

Kaum ein Thema hat den lauterkeitsrechtlichen Diskurs der vergangenen Jahre so sehr beschäftigt wie die Umsetzung der UGP-RL in das deutsche Lauterkeitsrecht. Die UGP-RL wurde am 11.05.2005 verabschiedet und trat einen Tag später in Kraft. Ihr Gegenstand ist die Vollharmonisierung unlauterer Geschäftspraktiken im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern („b2c-Verhältnis“)¹. Sie betraf damit einen gewichtigen Teilbereich des Lauterkeitsrechts, da sie das Verhältnis zwischen Unternehmern („b2b-Verhältnis“) von ihrer Anwendung ausklammerte. Im Zuge der UGP-RL wurde dementsprechend der Zweck der Irreführungs-RL in deren Art. 1 allein auf den Schutz der Interessen der Gewerbetreibenden beschränkt.

Der deutsche Gesetzgeber stand nun vor dem Dilemma, erst ein Jahr zuvor nach knapp 100 Jahren weitestgehend unveränderter Gesetzeslage das UWG am 03.07.2004 grundlegend reformiert zu haben. Vergebens war die Erwartung, mit dem UWG 2004 Signalwirkung auf unionsrechtlicher Ebene zu entfalten². Der Richtliniengeber wählte – nicht zuletzt aus harmonisierungspolitischen Gründen – bewusst einen europäisch autonomen Weg ohne Prävalenz für ein bestimmtes nationales Lauterkeitsrechtsmodell³. Gem. ErwGr 13 S. 1 UGP-RL⁴ verfolgte er insbesondere das ambitionierte Ziel, die im Lauterkeitsrecht der Mitgliedstaaten existierenden unterschiedlichen Generalklauseln und Rechtsgrundsätze zu ersetzen.

Obwohl die UGP-RL fristgerecht bis zum 12.06.2007 hätte umgesetzt werden müssen, erfolgte die Umsetzung erst mit dem 1. Gesetz zur Änderung des UWG vom

1 Dass die UGP-RL zu einer Vollharmonisierung führt, ist mittlerweile unbestritten. Dazu nur EuGH GRUR 2009, 599 Tz. 52 – *VTB-VAB/Total Belgium*; GRUR 2010, 244 Tz. 41 – *Plus Warenhandels-gesellschaft*; GRUR 2013, 1157 Tz. 47 – *CHS/Team4 Travel*; GRUR 2013, 1159 Tz. 34 – *BKK/Wettbewerbszentrale*; GRUR 2015, 600 Tz. 32 – *Ungarische Verbraucherschutzbehörde/UPC*. Ausführlich noch etwa *Ohly WRP* 2006, 1401, 1409 – 1412; *Stuyck/Terryn/van Dyck CML Rev.* 2006, 107, 115 – 117. Zum Konzept der Vollharmonisierung S. 186 – 190.

2 *Keßler/Micklitz BB* 2003, 2073, 2078; *dies. VuR* 2009, 88, 89; dazu auch die gesetzgeberische Fehleinschätzung in RegE UWG 2004 BT-Drs. 15/1487, S. 12: „Wegen dieser Unwägbarkeiten kann der Ausgang der Brüsseler Vorhaben vor einer Reform des deutschen UWG nicht abgewartet werden.“ Dies zu Recht als anmaßend kritisierend *Fezer/Büscher/Obergfell/Fezer*, § 1 Rn. 7.

3 *Weatherill/Bernitz/Bernitz*, S. 33, 34; *Ohly WRP* 2008, 177, 181; dazu auch *Micklitz FS Fezer*, S. 835, 846.

4 Alle nachfolgenden Erwägungsgründe sind solche der UGP-RL, sofern nicht anders gekennzeichnet.

22.12.2008. Angesichts der Notwendigkeit, bereits kurze Zeit nach der umfassenden Reform von 2004 das UWG erneut zu novellieren, entschied sich der Gesetzgeber dafür, so wenige Eingriffe wie möglich vorzunehmen. Das Wort der „schlanken“ Umsetzung machte die Runde⁵. Zur Rechtfertigung berief sich der Gesetzgeber auf Art. 288 Abs. 3 AEUV, wonach der Inhalt einer Richtlinie verpflichtend umzusetzen ist, den Mitgliedstaaten jedoch Form und Mittel der Umsetzung freistehen⁶. Eine tiefergehende Auseinandersetzung, worin der Inhalt der UGP-RL – von tatbestandlichen Abweichungen vom UWG 2004 abgesehen – überhaupt bestehe und wie umfassend er in das mitgliedstaatliche Lauterkeitsrecht hineinreiche, fand nicht in ausreichendem Maße statt⁷. Vielmehr beharrte der Gesetzgeber auf dem Standpunkt, mit dem UWG 2004 der UGP-RL inhaltlich bereits in weiten Teilen vorgegriffen zu haben⁸. In der Folgezeit wurden die Probleme der schlanken Umsetzung der UGP-RL im UWG 2008 deutlich. Der Rechtsanwender war mit der permanenten Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung belastet, da das UWG im Anwendungsbereich der UGP-RL aus sich heraus, d. h. ohne gleichzeitige Zuhilfenahme der UGP-RL selbst, kaum angewendet werden konnte⁹. Den krönenden Höhepunkt der widerwilligen Umsetzung bildete die Richtlinienwidrigkeit des § 4 Nr. 6 UWG 2008¹⁰.

Im Jahr 2009 gewann der fachliche Diskurs an Fahrt, als *Fezer* seine These vom unionsrechtlich bedingten Dualismus des Lauterkeitsrechts postulierte¹¹. Die These vom Dualismus besagt im Kern, dass die UGP-RL zu einer materiellen Zweiteilung des Lauterkeitsrechts in ein verbraucherschutzbezogenes und ein mitbewerberschutzbezogenes Lauterkeitsrecht geführt habe¹². Im ersteren sollten die geschützten Verbraucherinteressen die alleinige Auslegungsdirektive bilden, im letzteren die geschützten Mitbewerberinteressen¹³. Mit dieser Ansicht stellte sich *Fezer* in klaren Kontrast zum tradierten, sog. integrierten Konzept der

⁵ *Alexander* GRUR Int. 2010, 1025, 1033; *Köhler* GRUR 2012, 1073; *Timm-Wagner* GRUR 2013, 245, 246.

⁶ RegE UWG 2008 BT-Drs. 16/10145, S. 11.

⁷ Für einen progressiven Umgang mit der UGP-RL und ihrer Umsetzung in das UWG jedoch *Fezer* WRP 2006, 781; eine stärkere Ausrichtung des UWG an den Entwicklungstendenzen auf europäischer Ebene hin zu einem originären Verbraucherschutz im Lauterkeitsrecht bereits fordernd *ders.* WRP 2001, 989, 998.

⁸ RegE UWG 2008 BT-Drs. 16/10145, S. 10.

⁹ Dies auch bemängelnd *Köhler* WRP 2012, 251, 252.

¹⁰ Dazu unten S. 262–266. Alle nachfolgenden Paragraphen sind solche des UWG 2008, sofern nicht anders gekennzeichnet.

¹¹ *Fezer* WRP 2009, 1163.

¹² *Fezer* WRP 2009, 1163, 1165 f.

¹³ *Fezer* WRP 2009, 1163, 1166.

„Schutzzwecktrias“ im deutschen Lauterkeitsrecht, wonach sämtliche geschützten Interessen gleichrangig als Auslegungsdirektive zu berücksichtigen und dementsprechend lauterkeitsrechtliche Regelungen für alle Marktteilnehmer möglichst einheitlich zu gestalten seien¹⁴. Die Diskussion um die These vom Dualismus wurde in der Folge geradezu konfrontativ geführt¹⁵. Nur vereinzelt fand die These Gefolgschaft in der Literatur¹⁶.

Die Rechtslage im UWG 2008 wurde schließlich im Dezember 2011 von der Kommission wegen unzureichender Umsetzung der UGP-RL gerügt¹⁷. Als Reaktion auf ein von der Kommission eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren sah sich der deutsche Gesetzgeber nunmehr gezwungen, erneut Änderungen am UWG vorzunehmen¹⁸. Ergebnis ist das jüngst verabschiedete 2. Gesetz zur Änderung des UWG vom 02.12.2015, das am 10.12.2015 in Kraft getreten ist. Tiefgreifende Änderungen inhaltlicher Art sind mit dem UWG 2015 jedoch nach wie vor nicht bezweckt. Dem Gesetzgeber geht es lediglich um Klarstellungen in Wortlaut und Systematik¹⁹. Am Grundsatz, ein für alle Marktteilnehmer einheitliches Lauterkeitsrecht zu schaffen, wurde nicht gerüttelt²⁰. Die entscheidende Frage, ob mit den lauterkeitsrechtlichen Entwicklungen auf europäischer Ebene in Form der UGP-RL nicht doch tiefgreifende dogmatische Änderungen der deutschen Lauterkeitsrechtsordnung verbunden sind, steht vor dem Hintergrund der unveränderten Haltung des Gesetzgebers noch immer im Raum. Zwar wird der Disput um eine Abkehr vom integrierten Ansatz des UWG in den letzten Jahren weniger scharf geführt, er ist aber bislang nicht beigelegt. Die vorliegende Untersuchung greift die damit zusammenhängenden Fragen auf und ist bestrebt, den Diskurs weiter voran zu treiben.

14 RegE UWG 2008 BT-Drs. 16/10145, S. 11. Ausführlich zum integrierten Schutzkonzept S. 217–221.

15 So insbesondere der Disput zwischen *Fezer* WRP 2009, 1163; *Scherer* WRP 2010, 586; wiederum *Fezer* WRP 2010, 677; *Köhler* WRP 2010, 1293.

16 Ausdrücklich etwa *Schorck*, S. 110–113.

17 Dazu *Harte/Henning/Podszun*, § 3 Rn. 38–42.

18 Beschlussempfehlung Ausschuss Recht und Verbraucherschutz zum UWG 2015 BT-Drs. 18/6571, S. 13.

19 RegE UWG 2015 BR-Drs. 26/15, S. 1; Beschlussempfehlung Ausschuss Recht und Verbraucherschutz zum UWG 2015 BT-Drs. 18/6571, S. 1. – Scharfe Kritik an der Gesetzgebungsgeschichte zum UWG übt *Götting/Nordemann/Götting*³, Einl. Rn. 11: „Mit der fehlenden Kontinuität und Konsistenz hat sich der Gesetzgeber ein Armutszeugnis ausgestellt.“

20 RegE UWG 2015 BR-Drs. 26/15, S. 1; Beschlussempfehlung Ausschuss Recht und Verbraucherschutz zum UWG 2015 BT-Drs. 18/6571, S. 1.

B. Gegenstand der Untersuchung

Angesichts der grundlegenden Umsetzungsschwierigkeiten in Bezug auf die UGP-RL und der konfrontativ geführten Diskussion um ein dualistisches oder einheitlich-integratives Lauterkeitsrecht nimmt die vorliegende Untersuchung einen umfassenderen Blick auf UGP-RL und UWG ein. Nicht spezifische Umsetzungsdefizite einzelner Richtlinienvorschriften sind hierbei von Interesse, sondern die Frage, ob und auf welche Art und Weise die UGP-RL in ihrer dogmatischen Gesamtheit tiefgreifende Änderungen in der deutschen Lauterkeitsrechtsordnung nach sich zieht. Allein in diesem Zusammenhang kommen die Einzelatbestände der UGP-RL zum Tragen. Die Notwendigkeit einer präzisen Analyse zur Umsetzung der Richtliniendogmatik ist umso dringlicher, als es sich bei der UGP-RL um ein in ihrer Anwendung weitreichendes Regelwerk handelt, welches auf einer unionsrechtlich autonomen Teleologie basiert und mit einer Generalklausel in Art. 5 Abs. 2 UGP-RL,²¹ speziellen Tatbeständen zu irreführenden und aggressiven Geschäftspraktiken sowie einer Liste mit Per-se-Verboten (sog. „Black List“) eine für europäische Richtlinien ungewöhnlich komplexe Regelungssystematik aufweist. Die hier in Blick genommene Umsetzung der vollharmonisierenden UGP-RL muss sich der Herausforderung stellen, inhaltlich den Richtlinienvorgaben ausnahmslos gerecht zu werden, gleichzeitig aber auf nationaler Ebene ein normativ widerspruchsfreies Lauterkeitsrecht zu begründen bzw. aufrechtzuerhalten. Genau hierin liegt das Ziel der vorliegenden Untersuchung: die Erarbeitung einer normativ-kohärenten Umsetzung der Dogmatik der UGP-RL in das deutsche UWG.

Zum einen steht damit die normative *Kohärenz* des UWG infolge der Umsetzung der UGP-RL im Fokus der Untersuchung. Kohärenz, vom lateinischen Wort „cohaerere“ („mit etwas zusammenhängen/verbunden sein“), bezeichnet für sich genommen bestimmte Zusammenhänge. Unter dem Aspekt der *normativen*, d. h. wertungsbezogenen Kohärenz²² wird im Folgenden die widerspruchsfreie Sinnlichkeit und Folgerichtigkeit der in rechtlichen Regelungen zum Ausdruck kommenden Wertungen verstanden²³. Der Kohärenzbegriff betrifft im rechtswissenschaftlichen Kontext widerspruchsfreie Wertungskohärenz²⁴. Diese bildet das

21 Alle nachfolgenden Artikel sind solche der UGP-RL, sofern nicht anders gekennzeichnet.

22 Zum Charakter einer Norm als präskriptives Werturteil *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 111, 113 f.; *Rüthers*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 16.

23 Dazu *Röhl/Röhl*, S. 443; *Mittwoch*, S. 150 f.

24 Dazu *Gebauer*, in: *Gsell/Herresthal*, S. 163 f., unter Hinweis auf disziplinär unterschiedliche Bedeutungen des Kohärenzbegriffs.

Ideal eines inneren rechtlichen Wertungssystems, welches begrifflich und sachlich-inhaltlich im Kontext der Systematik der UGP-RL eingehend beleuchtet wird²⁵.

Zum anderen bildet die Frage nach der *Dogmatik* der UGP-RL und der unionsrechtlichen Verpflichtung zu ihrer Umsetzung ins nationale Recht den Schwerpunkt der Untersuchung. Der häufig als bekannt vorausgesetzte Begriff der Dogmatik wurzelt sprachlich im griechischen Wort „Dogma“ und wird im Allgemeinen als „festgelegte Meinung“ oder „verbindlicher Lehrsatz“ verstanden²⁶. In der Geschichte der Wissenschaften, insbesondere der Philosophie und der Theologie, hatte das Dogma die Bedeutung einer gegen jeden Zweifel gesicherten Grundüberzeugung²⁷. Übertragen auf die Ebene des Rechts lässt sich Dogmatik als die Erläuterung der für das geltende Recht maßgeblichen Begründungen und Lösungsmuster begreifen und umfasst alle rechtlichen Lehrsätze, Grundregeln und Prinzipien²⁸. Dementsprechend wird der Untersuchung ein spezifisches Verständnis rechtlicher Dogmatik zugrunde gelegt²⁹. Rechtsdogmatik soll das geltende Recht mit rationaler Überzeugungskraft erklären³⁰. Sie bildet ein System von Sätzen, mit denen das geltende Recht begrifflich-systematisch durchdrungen und auf abstraktere Institute zurückgeführt werden kann, um so seine Anwendung zu steuern³¹. Auf diese Weise rationalisiert und strukturiert Dogmatik die Rechtsanwendung³². Mit ihren aktuell anerkannten Lösungsmustern fungiert sie als Stabilisator für die Rechtsanwendung und trägt zur Vorhersehbarkeit und Reproduzierbarkeit juristischer Entscheidungen und damit zur Rechtssicherheit bei³³. Gleichzeitig wird der Rechtsanwender mit Hilfe dogmatischer Lösungsmuster entlastet³⁴. Nicht zuletzt bietet dogmatische Differenziertheit die Basis für eine rational-kritische Auseinandersetzung mit aktuell anerkannten rechtlichen

25 Zum inneren System im Recht S. 92f.

26 Röhl/Röhl, S. 164; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 310; *Rüthers*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 9.

27 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 310; *Rüthers*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 9.

28 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 311; *Rüthers*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 10.

29 Zu diesem spezifischen Dogmatikverständnis *Volkmann* JZ 2005, 261, 262, unter Abgrenzung zu einem allgemeinen juristischen Dogmatikbegriff, der als Synonym für die Rechtswissenschaft als Ganzes verwendet wird.

30 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 311. Zur Möglichkeit der Veränderung von Dogmatiken *Rüthers*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 13; *Volkmann* JZ 2005, 261, 262f.

31 *Volkmann* JZ 2005, 261, 262, unter Hinweis auf einen bis dato fehlenden konsentierten Begriff juristischer Dogmatik; *Jansen*, Rechtsdogmatik, Rn. 2.

32 Röhl/Röhl, S. 644; *Volkmann* JZ 2005, 261, 262; *Jansen*, Rechtsdogmatik, Rn. 3.

33 *Alexy*, S. 326 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 322; *Rüthers*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 28.

34 *Alexy*, S. 329; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 323; *Rüthers*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 28; *Volkmann* JZ 2005, 261, 262.

Begründungs- und Lösungsmustern und leistet somit einen Beitrag zu deren Fortentwicklung³⁵. Dabei können Dogmatiken allgemeiner oder bereichsspezifischer Art sein³⁶. Letzteres ist bei der hier zu thematisierenden Dogmatik der UGP-RL der Fall. Die vorgenommene Untersuchung zu den dogmatischen Grundlagen der UGP-RL verfolgt damit angesichts des hier zugrunde gelegten Verständnisses rechtlicher Dogmatik das Ziel, die innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie geltenden teleologischen und systematischen Grundregeln offenzulegen und deren generelle Vorgaben für die Anwendung der UGP-RL in Form mitgliedstaatlichen Umsetzungsrechts und dessen Ausgestaltung festzulegen.

C. Gang der Untersuchung

Im 1. Kapitel gilt es, die dogmatischen Grundlagen der UGP-RL als Ausgangs-, Dreh- und Angelpunkt dieser Untersuchung zu erarbeiten. Dies umfasst eine eingehende Analyse von Teleologie, Anwendungsbereich und äußerer Darstellungs- wie innerer Wertungssystematik, um aus den dabei gewonnenen Erkenntnissen als Gesamtbild das dogmatische Konstrukt der UGP-RL zu bestimmen und für alle weiteren Untersuchungsschritte fruchtbar zu machen. Insbesondere die normative Rolle des Art. 5 Abs. 2 und sein systematisches Verhältnis zu Art. 6–9 sowie der Black List und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Anwendungsverhältnis der Unlauterkeitsvorschriften untereinander stehen im Fokus der dogmatischen Analyse.

Auf Basis dieser dogmatischen Grundlagen der UGP-RL stellt sich die, einem Vergleich mit der deutschen Umsetzungsrechtslage des UWG 2008 und des UWG 2015 notwendigerweise vorgelagerte Frage, ob und wie diese Vorgaben der UGP-RL vom nationalen Normgeber zwingend umzusetzen sind. Demgemäß greift das 2. Kapitel die Problematik zur Umsetzung vollharmonisierender Richtlinien im Privatrecht auf und lotet die dem nationalen Normgeber im primärrechtlichen Rahmen des Art. 288 Abs. 3 AEUV verbleibenden Handlungsoptionen aus. Unter diesen Prämissen wird der Untersuchungsthematik entsprechend besonderes Augenmerk auf die Reichweite der Umsetzungsverpflichtungen des nationalen Normgebers in Bezug auf Telos, Anwendungsbereichsbestimmung bzw. -abgrenzung sowie äußerer und innerer Systematik einer vollharmonisierenden Richtlinie

³⁵ Alexy, S. 328 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rn. 326 f.; *Rüthers*, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, S. 29 f.

³⁶ *Volkman* JZ 2005, 261, 262, der als Beispiel bereichsspezifischer Dogmatik die Grundrechtsdogmatik aufführt.

gelegt. Dabei spielen auch die Grenzen einer richtlinienkonformen Auslegung als Ausgleich legislativer Umsetzungsdefizite eine Rolle.

Auf den gewonnenen Erkenntnissen zur Dogmatik der UGP-RL und der Verpflichtung des mitgliedstaatlichen Normgebers zur Umsetzung derselben aufbauend, werden im 3. Kapitel das der Richtlinienumsetzung dienende UWG 2008 sowie das jüngst geänderte UWG 2015 einer kritischen Betrachtung unterzogen, um etwaige Divergenzen zu den dogmatischen Vorgaben der UGP-RL aufzudecken. Von besonderem Interesse ist die dogmatische Ausgestaltung der Schutzzwecktrias in § 1, die einheitliche Anwendungsbereichsbestimmung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und das wertungsmäßige Zusammenspiel zwischen den Generalklauseln in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 sowie den speziellen Tatbeständen des UWG. Eine präzise Offenlegung der dogmatischen Abweichungen des UWG von 2008 und 2015 von der UGP-RL hat seinen vornehmlichen Zweck darin, die diesbezüglichen Schwachstellen der bisherigen Rechtslage kenntlich zu machen und für eine weitere künftige legislative Revision des UWG berücksichtigen zu können.

Der Erarbeitung einer sowohl primärrechts- als auch konkret richtlinienkonformen gesetzlichen und dabei normativ widerspruchsfreien Umsetzung der UGP-RL in das UWG dient das 4. Kapitel. Ausgehend von den zuvor analysierten dogmatischen Divergenzen zwischen UGP-RL und UWG geht es darum, die teleologischen, anwendungsbereichsspezifischen und regelungssystematischen Vorgaben der UGP-RL in gebotenem Umfang bereits auf gesetzlicher Ebene zu implementieren, ohne jedoch Inkohärenzen zu den vom Anwendungsbereich der UGP-RL nicht umfassten Unlauterkeitstatbeständen zu provozieren. Ziel wird es sein, eine unionsrechtskonforme und gleichzeitig wertungskonsistente Grundlage für ein neues UWG zu schaffen. Gebotene Änderungen von Schutzzweckklausel, Anwendungsbereichsbestimmung sowie eine widerspruchsfreie Systematisierung des UWG werden umfassend erläutert. Die daraus resultierenden Lösungsvorschläge kulminieren in einem konkret ausformulierten Vorschlag für ein neues, umfassend reformiertes UWG.

1. Kapitel: Dogmatik der UGP-RL

A. Rechtspolitischer Hintergrund der UGP-RL

Bevor in die konkrete Untersuchung zu Zweck, Anwendungsbereich und System der UGP-RL eingestiegen wird, soll zunächst das Augenmerk auf ihre Entstehungsgeschichte und ihre rechtspolitischen Hintergründe gerichtet werden. Diesbezüglich werden die maßgeblichen rechtspolitischen Ansätze zum Erlass der UGP-RL herausgearbeitet und auf ihre Kontinuität im Entstehungsprozess hin überprüft. Dies geschieht insbesondere in Anbetracht der vielen kritischen Stimmen, welche die Genese der UGP-RL über die Jahre hinweg begleitet haben und bis dato nicht verstummt sind. Hierbei ist es hilfreich, einen kurzen Blick auf das 2006 gescheiterte Parallelvorhaben zur UGP-RL, die VO Verkaufsförderung und ihre rechtspolitischen Konvergenzen zur UGP-RL zu werfen. Aus den Untersuchungen ergeben sich schließlich erste Anhaltspunkte für ein Verständnis der harmonisierungspolitischen Bedeutung der UGP-RL im Gefüge des europäischen Lauterkeitsrechts.

I. Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union

Gesetzesinitiativer Ausgangspunkt der UGP-RL bildete das Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union,³⁷ das unter Federführung der GD SANCO erarbeitet und von der Kommission am 2. Oktober 2001 vorgelegt wurde. Im Zentrum der angestoßenen Konsultation stand zur Debatte, ob etwaige Reformbemühungen auf der Grundlage eines spezifischen³⁸ oder eines kombinierten³⁹ Ansatzes verfolgt werden sollten. Mit dem Erlass einer umfassenden Rahmenrichtlinie und einer Generalklausel als deren Kernelement favorisierte die Kommission bereits zum damaligen Zeitpunkt einen kombinierten Ansatz⁴⁰.

37 KOM (2001) 531 endg., im Folgenden auch „Grünbuch Verbraucherschutz“.

38 Gemeint war damit ein Ansatz basierend auf einer Vielzahl spezifischer Richtlinien, jeweils auf einzelne Regelungsaspekte bezogen, vgl. KOM (2001) 531 endg., S. 13.

39 Der kombinierte Ansatz beinhaltete eine umfassende Rahmenrichtlinie als „Sicherheitsnetz“, welche bestehende, sektorspezifische Richtlinien nicht in Frage stellen sollte, KOM (2001) 531 endg., S. 14.

40 So bezweifelte die Kommission Effizienz und Effektivität des spezifischen Ansatzes, befürchtete aber gleichzeitig die Konsensfindung beim kombinierten Ansatz, KOM (2001) 531 endg., S. 13f.; dazu auch MüKo-UWG/Micklitz¹, EG E Rn. 11.

1. Rechtspolitische Zielsetzungen

Das Grünbuch Verbraucherschutz durchzieht das sowohl verbraucherschutz- als auch binnenmarktintegrationspolitische Ziel, den Binnenmarkt dem Verbraucher zunutze zu machen. Die marktintegrative Dimension des Waren- und Dienstleistungsverkehrs solle zum Profit der Verbraucher fruchtbar gemacht werden, indem diese mittels grenzübergreifender Transaktionen die für sie günstigsten und innovativsten Produkte zur Auswahl haben sollten, um damit bestmögliche Kaufentscheidungen zu treffen und einen verstärkten Wettbewerbsdruck zu erzeugen⁴¹. Als wesentliches Hindernis zur Verwirklichung dieser Zielsetzung identifizierte die Kommission die Vielzahl disparater Regelungen im lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutz der Mitgliedstaaten⁴². In vielen Mitgliedstaaten gelte zwar ein allgemeines und mitunter durch spezifische Vorschriften abgestütztes Rechtsprinzip. Gerade dieser Zustand laufe jedoch der Verwirklichung des Binnenmarktes aus Perspektive der Verbraucher zuwider⁴³. Seine potenziellen Möglichkeiten habe der Binnenmarkt für den Verbraucher weder realisiert noch folge er den werbetechnischen Entwicklungen im Rahmen von b2c-Transaktionen⁴⁴. Grenzübergreifende Geschäfte im b2c-Bereich vollzögen sich nur in den wenigsten Fällen. Grund hierfür sei ein Mangel an Klarheit und Rechtssicherheit für Verbraucher, der sich als wesentlicher Hemmfaktor für ihr Vertrauen in grenzüberschreitende Transaktionen auswirke,⁴⁵ obwohl ein funktionierender Binnenmarkt für Verbraucher Zugang zu einem größeren Angebot und günstigeren Preisen eröffne⁴⁶.

Neben der Öffnung des Binnenmarktes für die Verbraucher sollte sich dieser Prozess gleichsam für die im Binnenmarkt (noch) nicht grenzübergreifend tätigen Unternehmen vollziehen. Als weitere Zielsetzung der Kommission sollte die Schaffung eines einheitlichen Regelungsrahmens die Wirtschaft und insbesondere kleine und mittlere Unternehmen dazu ermutigen, im grenzüberschreitenden Handel aktiv zu werden⁴⁷. Durch die divergierenden nationalen Rechtsvorschriften über Geschäftspraktiken im b2c-Verhältnis sah die Kommission die transnationalen Handelsmöglichkeiten im Binnenmarkt beeinträchtigt⁴⁸. De facto werde

41 KOM (2001) 531 endg., S. 3.

42 KOM (2001) 531 endg., S. 4.

43 KOM (2001) 531 endg., S. 7 f.

44 Dazu auch der Befund bei Weatherill/Bernitz/Abbamonte, S. 11, 12: „There was strong evidence that the Internal Market was more a reality for business-to-business-transactions. By contrast, a European business-to-consumer market was far from achieved.“

45 KOM (2001) 531 endg., S. 11.

46 KOM (2001) 531 endg., S. 11.

47 KOM (2001) 531 endg., S. 3.

48 KOM (2001) 531 endg., S. 3.

Unternehmen dadurch die Option versperrt, EU-ausländische Märkte auf ebenso einfache Weise wie heimische Märkte zu erschließen⁴⁹. Ein gemeinsamer Rechtsrahmen für Geschäftspraktiken im b2c-Verkehr solle zu einer Reduktion der hiermit verbundenen, unverhältnismäßig hohen Belastungen der Wirtschaft führen⁵⁰.

Innerhalb des Grünbuchs Verbraucherschutz lassen sich damit zwei wesentliche Zielrichtungen identifizieren: Das Grünbuch ist gekennzeichnet durch eine verbraucherschutzorientierte sowie eine binnenmarktintegrationspolitische Komponente, wobei letztere sowohl aus der Verbraucher- als auch Unternehmerperspektive heraus zu verstehen ist. Hinsichtlich der verbraucherschützenden Komponente steht der Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher im Fokus, namentlich der Schutz vor durch unlautere Geschäftspraktiken bedingten ungünstigen Kaufentscheidungen. Binnenmarktintegrationspolitisch bildet auf der einen Seite die Verwirklichung des Binnenmarktes für Verbraucher das Kernanliegen des Grünbuchs. Diese sollten aus dem Binnenmarkt einen konkreten wirtschaftlichen Nutzen ziehen, welcher in wirtschaftlich vorteilhaften Entscheidungen zum Ausdruck kommt. Auf der anderen Seite dieses binnenmarktpolitischen Konzepts steht der Abbau von Handelshemmnissen aus Sicht der Unternehmer mittels der Entschärfung divergierender Rechtsvorschriften im grenzüberschreitenden Marketing und somit die Erschließung neuer Abnehmerkreise im gesamten Wirtschafts- und Rechtsraum des Binnenmarktes. Der Fokus richtet sich damit auf das unternehmerische Interesse am freien Marktzugang innerhalb des Binnenmarkts. Anderweitige lauterkeitsrechtlich relevante Mitbewerberinteressen finden im Grünbuch Verbraucherschutz hingegen keine Berücksichtigung.

2. Kritik von deutscher Seite

Genau diese Ausklammerung lauterkeitsrechtlicher Mitbewerberinteressen unter gleichzeitiger Zentrierung des Regelungskonzepts auf die Verbraucherperspektive führte auf deutscher Seite zu erheblicher Kritik am Grünbuch Verbraucherschutz⁵¹. Beispielfhaft stehen hierfür die Stellungnahmen der GRUR,⁵² des MPI⁵³

⁴⁹ KOM (2001) 531 endg., S. 11; dazu auch Weatherill/Bernitz/*Abbamonte*, S. 11, 12.

⁵⁰ KOM (2001) 531 endg., S. 11.

⁵¹ Kritisch zu diesem Aspekt des Grünbuchs Verbraucherschutz u. a. *Göhre* WRP 2002, 36, 47; *Wiebe* WRP 2002, 283, 292; *Micklitz/Keßler* GRUR Int. 2002, 885, 895; *Henning-Bodewig* GRUR Int. 2002, 389, 396; *dies.* FS Tilmann S. 149, 157 f.

⁵² *Kunz-Halstein/Loschelder* GRUR 2002, 408.

⁵³ *Henning-Bodewig/Schricker* GRUR Int. 2002, 319.

sowie der Bundesregierung⁵⁴. Hiernach sei es unverzichtbar, an einem umfassenden lauterkeitsrechtlichen Ansatz festzuhalten, dessen „Schutzzwecktrias“ im Sinne einer gleichzeitigen Berücksichtigung von Verbraucher-, Wettbewerber- und Allgemeininteressen unter keinen Umständen aufgegeben werden dürfe⁵⁵. In den Anwendungsbereich der anstehenden Richtlinie müsse jedenfalls auch der b2b-Bereich im Sinne einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts in allen Handelsstufen einbezogen werden⁵⁶. Mit dem Festhalten an der Schutzzwecktrias dürfe der Grundsatz des „fair play“ im Wirtschaftsleben nicht in einen für Wettbewerber und einen für Verbraucher geltenden Standard aufgespalten werden. Beides seien lediglich Facetten ein- und desselben Sachverhalts, gekennzeichnet durch die mittelbare Betroffenheit des einen bei unmittelbarer Betroffenheit eines anderen Interesses⁵⁷. Der reine b2c-Ansatz des Grünbuchs reiße einheitliche Sachverhalte künstlich auseinander und führe zu einer Aufspaltung und weiteren Fragmentierung des Lauterkeitsrechts⁵⁸. Anzustreben sei daher eine umfassende Regelung des Lauterkeitsrechts im übergreifenden Sinne⁵⁹.

II. Folgemaßnahmen zum Grünbuch über Verbraucherschutz

Eine Auswertung der insgesamt 169 Reaktionen auf das Grünbuch Verbraucherschutz erfolgte in der Mitteilung der Kommission vom 11.06.2012⁶⁰. Hierin zeichnete sich eine deutliche Mehrheit der eingegangenen Stellungnahmen für eine Rahmenrichtlinie und folglich dem bereits zuvor favorisierten kombinierten Ansatz ab⁶¹. Außerdem wurden schon zu diesem Zeitpunkt die Grundzüge der späteren Richtlinie – Kombination einer Generalklausel bestehend aus zwei Kernelementen inklusive einer „Verbraucher-Benachteiligungsprüfung“ sowie

54 Stellungnahme der Bundesregierung zum Grünbuch der Europäischen Kommission zum Verbraucherschutz v. 28.01.2002, BMJ III B 5/BMVEL 213.

55 Stellungnahme BReg, BMJ III B 5/BMVEL 213, S. 5; *Kunz-Hallstein/Loschelder* GRUR 2002, 408; *Henning-Bodewig/Schricker* GRUR Int. 2002, 319, 320.

56 *Kunz-Hallstein/Loschelder* GRUR 2002, 408, 410; *Henning-Bodewig/Schricker* GRUR Int. 2002, 319, 320.

57 *Henning-Bodewig/Schricker* GRUR Int. 2002, 319, 320; ähnlich Stellungnahme BReg, BMJ III B 5/BMVEL 213, S. 5.

58 *Henning-Bodewig/Schricker* GRUR Int. 2002, 319, 320.

59 *Henning-Bodewig/Schricker* GRUR Int. 2002, 319, 320.

60 KOM (2002) 289 endg.

61 KOM (2002) 289 endg., S. 1.

speziellen Bestimmungen – erkennbar⁶². Konzeptionell blieb die Kommission ihren im Grünbuch Verbraucherschutz festgelegten verbraucher-spezifischen und binnenmarkt-integrationspolitischen Ansätzen treu. Neben der Stärkung des Vertrauens der Verbraucher in grenzübergreifende Kaufabschlüsse und den damit verbundenen Vorteilen bildete die Förderung grenzübergreifender unternehmerischer Vertriebsmöglichkeiten die schwerpunktmäßige Zielsetzung⁶³. Ein hohes Maß an Verbraucherschutz sowie das Funktionieren des Binnenmarktes im Sinne eines schrankenlosen Marktzugangs sowohl auf Nachfrager- als auch auf Anbieterseite dominierten weiterhin die von der Kommission verfolgte Strategie⁶⁴. Auf die von deutscher Seite geäußerte Kritik zugunsten einer umfassenden Harmonisierung unlauterer Geschäftspraktiken unter Beibehaltung der Schutzzwecktrias ging die Kommission hingegen kaum ein⁶⁵. Mangels vergleichbarer Forderungen anderer Mitgliedstaaten zur Ausdehnung der geplanten Richtlinie auf b2b-Verhältnisse sah sie keinen Grund, ihre ursprüngliche Position zu überdenken, nur Geschäfte im b2c-Verhältnis abzudecken⁶⁶.

III. Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und erweiterte Folgenabschätzung

Am 18.06.2003 legte die Kommission ihren Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken⁶⁷ vor. Zur weitergehenden Erläuterung veröffentlichte sie zeitgleich eine erweiterte Folgenabschätzung zum Richtlinien-vorschlag⁶⁸.

1. Rechtspolitische Kontinuität

Die Kommission griff ihre bisherigen Überlegungen abermals auf: Ziel der Richtlinie sei die Förderung des Verbrauchervertrauens in grenzüberschreitende Transaktionen sowie die Reduzierung von Hemmnissen für Unternehmer bei

⁶² KOM (2002) 289 endg., S. 10, 20. Das damals noch auf S. 24 vorgesehene Herkunftslandprinzip fand hingegen keinen Einzug in die UGP-RL; dazu auch MüKo-UWG/Micklitz¹, EG E Rn. 17.

⁶³ KOM (2002) 289 endg., S. 3.

⁶⁴ KOM (2002) 289 endg., S. 10, 19.

⁶⁵ KOM (2002) 289 endg., S. 5.

⁶⁶ KOM (2002) 289 endg., S. 11.

⁶⁷ KOM (2003) 356 endg.

⁶⁸ SEK (2003) 724.

grenzüberschreitenden Verkaufsaktivitäten⁶⁹. Konzeptionell rückte sie den mit erweiterten Rechten ausgestatteten Verbraucher in den Mittelpunkt eines wettbewerbsorientierten Binnenmarktes,⁷⁰ dessen Verbraucherdimension es zu verwirklichen gelte⁷¹. Darüber hinaus ging die Kommission in ihrem Vorschlag neben den bekannten binnenmarktintegrationspolitischen und verbraucherschützenden Aspekten auch auf etwaige, durch unlautere Geschäftspraktiken verursachten Marktstörungen ein. So führe die Beeinflussung der Verbraucherentscheidung auch zu Wettbewerbsverzerrungen, da unlauter handelnde Gewerbetreibende denjenigen Unternehmen, die sich an Regeln halten, Marktanteile entzögen⁷². Sowohl Hindernisse für den Binnenmarkt (i.S.d. Beeinträchtigung grenzüberschreitender Transaktionen) als auch Wettbewerbsverzerrungen seien auf unlautere Geschäftspraktiken zurückzuführen⁷³. Erstmals bezog die Kommission Interessen der Unternehmer in ihrer wettbewerblichen Stellung als Konkurrenten sowie den institutionellen Wettbewerbsschutz in ihre Erwägungen mit ein. Damit näherte sie sich der von deutscher Seite vorgetragenen Kritik zwar an. Gleichwohl wurde diese punktuell getroffene Feststellung im weiteren Verlauf des Richtlinienvorschlags nicht neben die maßgeblichen Kernziele des Richtlinienvorschlags gestellt. Im Ergebnis blieben die Kernziele weiterhin allein auf den Schutz der Verbraucher vor unlauterer Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit sowie auf binnenmarktweites, grenzüberschreitendes Marketing seriöser Unternehmen beschränkt⁷⁴.

2. Explizite Abweisung der Kritik am begrenzten Harmonisierungsumfang

In der gesamten Diskussion um die verbraucherspezifische Ausrichtung der UGP-RL, wie sie sich bereits in ihrer Entstehungsgeschichte abzeichnete, findet die erweiterte Folgenabschätzung zum Richtlinienvorschlag kaum Beachtung. Dabei liefert sie wesentliche Anhaltspunkte zum Verständnis für die von der Kommission verfolgte Politik, insbesondere der Begrenzung der lauterkeitsrechtlichen Harmonisierungsmaßnahme auf das b2c-Verhältnis.

Neben einer nochmaligen Erläuterung der rechtspolitischen Zielsetzungen sowie einer Gegenüberstellung der Auswirkungen möglicher Regelungsalternativen setzte sich die Kommission bei der Begründung der gewählten Strategie

⁶⁹ SEK (2003) 724, S. 11.

⁷⁰ KOM (2003) 356 endg., Rn. 4.

⁷¹ SEK (2003) 724, S. 4.

⁷² KOM (2003) 356 endg., Rn. 16.

⁷³ KOM (2003) 356 endg., Rn. 25.

⁷⁴ SEK (2003) 724, S. 11.

gesondert mit der von deutscher Seite geäußerten Kritik an der Beschränkung auf die lauterkeitsrechtliche Verbraucherperspektive auseinander⁷⁵. Sie wies die Kritik ausdrücklich zurück und begründete, weshalb diese „noch ehrgeizigeren Varianten“⁷⁶ verworfen wurden. Zum einen lehnte es die Kommission ausdrücklich ab, Unternehmer in ihrer Rolle als Käufer in den Anwendungsbereich einzubeziehen⁷⁷. Als Begründung führte die Kommission an, der (EG-)Vertrag nenne nur den Verbraucherschutz, nicht hingegen den Schutz der Unternehmen⁷⁸. Sie ergänzte diesen Einwand mit dem Argument, Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen seien „naturgemäß ausgewogener als solche mit Verbrauchern“, so dass Unternehmen daher generell weniger schutzbedürftig seien⁷⁹. Außerdem sei es noch nicht möglich, die schutzbedürftigeren Fälle sehr kleiner Unternehmen zufriedenstellend zu definieren⁸⁰. Zum anderen erteilte die Kommission denjenigen Forderungen eine klare Absage, die für eine Regulierung jeglichen „unlauteren Wettbewerbs“ nach dem Beispiel einiger Mitgliedstaaten plädiert hatten. Nach Ansicht der Kommission hätten damit Geschäftspraktiken einbezogen werden müssen, die für Verbraucher keine Nachteile mit sich brächten, wobei sie beispielhaft Fälle der sklavischen Nachahmung oder der Herabwürdigung von Konkurrenten bezeichnete⁸¹. Hierzu wird ausgeführt: „Nach eingehender Prüfung dieser Vorschriften zeigt sich, dass diese keine wesentlichen Binnenmarkthemmnisse verursachen, die eine Harmonisierung erforderlich machen und statistisch nicht von Bedeutung sind.“⁸² Schließlich dürfe die Einbeziehung von Unternehmen nicht die eindeutige Ausrichtung des Richtlinienvorschlages auf den Verbraucherschutz verwässern und verdunkeln⁸³.

Im Kern hegte die Kommission damit harmonisierungspolitische Bedenken gegenüber einer allumfassenden Vereinheitlichung des Lauterkeitsrechts in der Form, wie es traditionell in zahlreichen Mitgliedstaaten existierte. Hierfür sah sie keine empirischen Anhaltspunkte, die auf Binnenmarkthemmnisse, verursacht durch divergierende Lauterkeitstatbestände im b2b-Verhältnis, hinwiesen. Eine

75 SEK (2003) 724, S. 34 f. Diese Ausführungen der Kommission werden häufig übersehen. So beklagen etwa *Glöckner/Henning-Bodewig* WRP 2005, 1311, 1315 f., dass die hierzu geäußerte Kritik – angeblich – von der Kommission nicht thematisiert worden sei.

76 So die Bezeichnung der Kommission, SEK (2003) 724, S. 34.

77 SEK (2003) 724, S. 34.

78 SEK (2003) 724, S. 34.

79 SEK (2003) 724, S. 34.

80 SEK (2003) 724, S. 34.

81 SEK (2003) 724, S. 34.

82 SEK (2003) 724, S. 34 f.

83 SEK (2003) 724, S. 35.

allumfassende Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechts auf europäischer Ebene schien ihr hiernach schlichtweg nicht erforderlich⁸⁴.

3. Rechtspolitischen Zielrichtungen der UGP-RL

Bis zum endgültigen Erlass der UGP-RL hat der sowohl binnenmarktintegrative als auch verbraucherschutzorientierte Ansatz der Kommission an seiner Kontinuität nicht eingebüßt. In den einleitenden Erwägungsgründen der UGP-RL selbst wird erneut die Divergenz der gemeinschaftsweit geltenden nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken betont und als Resultat erhebliche Verzerrungen des Wettbewerbs für Unternehmen aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten und Hemmnisse für ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Binnenmarktes diagnostiziert⁸⁵. Unternehmen sähen sich von der Ausübung der Freiheiten des Binnenmarktes abgehalten, das Vertrauen der Verbraucher in selbigen würde untergraben⁸⁶.

Gleichsam verfestigt sich in der UGP-RL die von der Kommission letztlich präferierte Harmonisierungspolitik zu unlauteren Geschäftspraktiken. Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Dienstleistungs- und Warenverkehr oder die Niederlassungsfreiheit seien durch einheitliche Regelungen auf Gemeinschaftsebene, die ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten, nur in dem Maße zu beseitigen, wie es für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes *notwendig* sei⁸⁷. Im Einklang mit dem *Subsidiaritätsprinzip* ginge die Richtlinie nicht über das für die Beseitigung der Handelshemmnisse und Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Verbraucherschutzes *erforderliche Maß* hinaus⁸⁸. Seine Konturen erhält dieser Erwägungsgrund v. a. in der Zusammenschau mit den kommissionsinternen Überlegungen gegen eine allumfassende Harmonisierung, wie sie in der erweiterten Folgenabschätzung zum Richtlinienvorschlag zutage traten. Absicht der Kommission ist es demnach, Umfang und Reichweite der lauterkeitsrechtlichen Harmonisierung in ein äquivalentes Verhältnis zu den nach ihrer Einschätzung bestehenden regulatorischen Notwendigkeiten der Binnenmarktintegration zu stellen, wobei sie konzeptionell die Rolle der Verbraucher im

⁸⁴ Darauf auch abstellend Hilty/Henning-Bodewig/Beater, S. 207, 209, 212; Hilty/Henning-Bodewig/Peukert, S. 27, 33; Rechtsangleichung nur im Rahmen der Ziele der Gemeinschaft, nicht um ihrer selbst willen.

⁸⁵ ErwGr 3.

⁸⁶ ErwGr 4.

⁸⁷ ErwGr 5.

⁸⁸ ErwGr 23.

Binnenmarkt in den Vordergrund rückt⁸⁹. Dieser Umstand findet in der kritischen Auseinandersetzung mit der UGP-RL, wie sie sich in Deutschland in überwiegender Maße auszeichnet, selten Beachtung⁹⁰.

IV. Scheitern des Vorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt

Zur genaueren harmonisierungspolitischen Einordnung der UGP-RL ist es hilfreich, die gescheiterte Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt⁹¹ näher zu beleuchten, die als Harmonisierungsprojekt parallel zur UGP-RL verfolgt wurde. Ein erster Vorschlag zur VO Verkaufsförderung wurde von der Kommission zeitgleich mit dem Grünbuch Verbraucherschutz am 02.10.2001 veröffentlicht. Unter Federführung der GD Binnenmarkt zielte die VO Verkaufsförderung punktuell auf eine Harmonisierung der Regelungen bezüglich verkaufsfördernder Maßnahmen ab. Kennzeichnend für die Harmonisierungsbemühungen der GD Binnenmarkt war eine liberalisierende Grundausrichtung für Verkaufsförderaktionen,⁹² flankiert mit wenigen gezielten Verboten und Beschränkungen der unternehmerischen Kommunikation hinsichtlich Transparenz und Informationspflichten⁹³. Zudem sollte die VO Verkaufsförderung mit dem Herkunftslandprinzip unterfüttert werden⁹⁴. Im Gegensatz zur UGP-RL ist der Gesetzgebungsprozess zur VO Verkaufsförderung zu keinem erfolgreichen Abschluss gelangt. Der Vorschlag wurde von der Kommission in ihrer Mitteilung vom 27.09.2005 zurückgezogen⁹⁵.

89 In diese Richtung geht auch Götting/Meyer/Vormbrock/Weiler, § 25 Rn. 119, der die binnenmarktbezogene Funktion der UGP-RL besonders hervorhebt; ebenso Weatherill/Bernitz/Bernitz, S. 33, 35: „In addition, by using a new systematic approach, the Commission was able to adapt its model to the particular need of removing barriers to cross-border advertising and marketing, thus furthering European Integration.“

90 Darauf eingehend hingegen Hilty/Henning-Bodewig/Beater, S. 207, 209, 212; Hilty/Henning-Bodewig/Peukert, S. 27, 33.

91 Ursprünglicher Vorschlag: KOM (2001) 546 endg.; geänderter Vorschlag: KOM (2002) 585 endg.

92 Hierzu zählte die Kommission gem. Art. 2 lit. b VO Verkaufsförderung das Anbieten von Rabatten, unentgeltlichen Zuwendungen, Zugaben oder die Möglichkeit zur Teilnahme an einem Preisausschreiben oder einem Gewinnspiel, KOM (2001) 546 endg., S. 36 bzw. KOM (2002) 585 endg., S. 10.

93 Dazu der Anhang der vorgeschlagenen VO Verkaufsförderung: KOM (2001) 546 endg., S. 40 – 42 bzw. KOM (2002) 585 endg., S. 15 – 17.

94 Henning-Bodewig FS Tilmann, S. 149, 156.

95 KOM (2005) 462 endg., S. 10.

Zu Fragen bleibt allerdings, in welchem Verhältnis die rechtspolitischen Zielsetzungen der ursprünglich geplanten VO Verkaufsförderung zu denen der UGP-RL stehen und welche Schlussfolgerungen angesichts der tatsächlichen Entwicklung im Lauterkeitsrecht auf unionsrechtlicher Ebene zu ziehen sind. Konkret geht es um die Frage, weshalb sich die UGP-RL in ihrer endgültigen Gestalt hat durchsetzen können, während die VO Verkaufsförderung gescheitert ist.

1. Rechtspolitische Zielsetzungen

Ausgangspunkt der Überlegungen zu einer Harmonisierung der Verkaufsförderung bildete die Annahme, verkaufsfördernde Maßnahmen seien eine Grundvoraussetzung für die Entwicklung grenzübergreifenden Handels mit Waren und Dienstleistungen im Binnenmarkt⁹⁶. Grenzüberschreitende Verkaufsförderung komme sehr selten vor, da große Unterschiede zwischen den einschlägigen nationalen Vorschriften und eine damit verbundene Rechtsunsicherheit beständen⁹⁷. Der Verordnungsvorschlag diene zur Beseitigung der ermittelten Hemmnisse im Binnenmarkt und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes, des Jugendschutzes und der öffentlichen Gesundheit⁹⁸. Davon ausgehend argumentierte die Kommission in einer Weise, die sich nahezu exakt im Grünbuch Verbraucherschutz wiederfindet: Ohne kommerzielle Kommunikation über nationale Grenzen hinweg könnten Unternehmen die Vorteile des Binnenmarktes nicht nutzen⁹⁹. Die gleichsam daraus resultierenden beschränkten Einkaufsmöglichkeiten der Verbraucher auf die Angebote nationaler Marktakteure verhindern, dass diese vom Angebot und Wettbewerb im Binnenmarkt profitierten¹⁰⁰. Zurückzuführen sei dies wiederum auf unterschiedliche Regulierungen verkaufsfördernder Maßnahmen in den Mitgliedstaaten besonders im Hinblick auf Verbraucherschutz und den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb. Diese schränkten die Nutzung und Bekanntmachung verkaufsfördernder Maßnahmen über die binnenmarktlichen Grenzen hinweg ein¹⁰¹.

Als erstes explizites Ziel der VO Verkaufsförderung postulierte die Kommission das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes¹⁰². Dies wurde in der Erläuterung zu Art. 1 VO Verkaufsförderung im ersten Vorschlag näher darge-

96 KOM (2001) 546 endg., S. 3.

97 KOM (2001) 546 endg., S. 3.

98 KOM (2001) 546 endg., S. 3f.

99 KOM (2001) 546 endg., S. 5, 32.

100 KOM (2001) 546 endg., S. 5, 32.

101 KOM (2001) 546 endg., S. 5, 7f., 32.

102 KOM (2002) 585 endg., S. 2.