

Sarah Zinndorf*

Die Absage des EuGH an das deutsche Koppelungsverbot aus §4 Nr.6 UWG im Spannungsdreieck zwischen Wettbewerbsschutz, Verbraucherschutz und binnenmarktlicher Integration

Zugleich Urteilsbesprechung von EuGH Rs. C-304/08 („Plus Warenhandelsgesellschaft“)

Abstract

Der *EuGH* hat in seinem Urteil vom 14.1.2010 eine der wichtigsten gewinnspielrechtlichen Entscheidungen der letzten Jahre getroffen. Eine Regelung wie das deutsche Koppelungsverbot gemäß § 4 Nr. 6 UWG verstößt nach Ansicht des *EuGH* gegen EU-Recht.

In der vom *BGH* vorgelegten Rs. C-304/08 – Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V./Plus Warenhandelsgesellschaft mbH hat der *Gerichtshof* entschieden, dass es nicht stets eine unlautere Geschäftspraxis darstellt, seinen Kunden nach einer bestimmten Zahl von Einkäufen die Teilnahme an einer Lotterie anzubieten.

Derartige Bonusaktionen dürfen im nationalen Recht nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalles verboten werden.

Der folgende Beitrag stellt das Urteil vor und bewertet die Lösung des *EuGH*. Dabei widmet sich die Besprechung der Problematik einer Auslegung des deutschen Koppelungsverbots im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG). Insbesondere beschäftigt sich der Beitrag mit dem Spannungsdreieck zwischen Wettbewerbsschutz, Verbraucherschutz und binnenmarktlicher Integration.

* Die Verfasserin studiert im neunten Semester Rechtswissenschaften an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der nachfolgende Beitrag wurde als Studienarbeit im sechsten Semester im Schwerpunktbereich Wirtschafts- und Europarecht bei Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. *Peter-Christian Müller-Graff* verfasst und für die Veröffentlichung gekürzt und geringfügig überarbeitet.

I. Einleitung

1. Einführung

Im Gegensatz zum Kartellrecht hat das Lauterkeitsrecht keinen Eingang in das Europäische Primärrecht gefunden. Lediglich die Präambel des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthält das Bekenntnis, „einen redlichen Wettbewerb zu gewährleisten“. Der Gedanke des redlichen Wettbewerbs beinhaltet nicht nur die Freiheit von Beschränkung und Verfälschung, sondern auch die Ausschaltung unlauterer Praktiken.¹

Auf Grund der unzureichenden, punktuellen Regulierung von Einzelbereichen im Sekundärrecht wurde das europäische Lauterkeitsrecht in der Vergangenheit häufig zutreffend als „Flickenteppich“² bezeichnet. Die am 12.6.2005 in Kraft getretene Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken³ sollte vor diesem Hintergrund einen Meilenstein der lauterkeitsrechtlichen europäischen Integration bedeuten. Der Zweck der Richtlinie ist gemäß Art. 1 RL 2005/29/EG ein hohes Verbraucherschutz-niveau und ein funktionierender Binnenmarkt.

Demgegenüber birgt die lange Tradition des deutschen Lauterkeitsrechts die Gefahr, in die Richtlinie das hineinzuiinterpretieren, was der bisherigen, als bewährt empfundenen Rechtsprechung entspricht.⁴ Kurz: Es besteht die Gefahr einer „UWG-konformen Auslegung“ der Richtlinie. Während die Richtlinie grundsätzlich ein Verbot von der Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen abhängig macht, greifen einige der Verbotstatbestände des UWG unabhängig von einer solchen. Dies gilt insbesondere für eine der wichtigsten Maßnahmen der Verkaufsförderung („sales promotion“): das Koppelungsverbot von Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Waren oder Dienstleistungen gemäß § 4 Nr. 6 UWG.

Im vorliegenden Fall hat der *EuGH*, wie zu erwarten war, dem deutschen Koppelungsverbot aus § 4 Nr. 6 UWG zu Gunsten des harmonisierten Binnenmarktes eine Absage erteilt.⁵ Der *Gerichtshof* hat die Gelegenheit, die ihm der *BGH* geboten hat, zur Harmonisierung seiner Rechtsprechung bezüglich der Auslegung der UGP-Richtlinie genutzt. Dies ist schon allein hinsichtlich der „positiven Integration“ zu begrüßen, welche die Entwicklung eines weiterführenden Konzepts zum Lauter-

1 *Müller-Graff* Ordnungspolitische Divergenzen und wettbewerbliche Lauterkeit in der Verfassung des Gemeinsamen Marktes in FS für Carstens, 1984, S. 219 mit Bezug auf die Übersetzung anderer Nationen wie „la loyauté dans la concurrence“ und „fair competition“.

2 Vgl. *Beater* Unlauterer Wettbewerb 2002, § 5 Rn. 17; *Glöckner* Europäisches Lauterkeitsrecht 2006, S. 2.

3 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt. Im Folgenden Richtlinie 2005/29/EG oder UGP-Richtlinie genannt.

4 Vgl. *BGH* GRUR 1989, 434 ff.; GRUR 1959, 138 ff.

5 *EuGH* EWS 2010, 53 ff. = RIW 2010, 148 ff. (inzwischen zu finden unter Slg. 2010, I – 00 217).

keitsrecht ermöglicht. Insbesondere die Vorlagefragen nationaler Gerichte haben es dem *EuGH* ermöglicht, das Europarecht und seine Dogmatik weiterzuentwickeln und somit zum „Motor der europäischen Integration“ zu werden.⁶

2. Sachverhalt

Gegenstand des vorliegenden Urteils ist ein Vorlagebeschluss des *BGH* nach Art. 267 AEUV, der die Vereinbarkeit des deutschen Koppelungsverbot gemäß § 4 Nr. 6 UWG mit der UGP-Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken betrifft.⁷ Diesem lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, nimmt die Beklagte, das Einzelunternehmen Plus Warenhandels-gesellschaft mbH, wegen wettbewerbswidriger Bewerbung einer „Bonusaktion“ auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch. Die Beklagte warb unter dem Hinweis „Einkauf, Punkte sammeln, gratis Lotto spielen“ für die Teilnahme an der Bonusaktion „Ihre Millionenchance“. Kunden erhielten bei jedem Einkauf für 5 € Einkaufswert je einen Bonuspunkt. Ab 20 Bonuspunkten bestand die Möglichkeit, kostenlos an der Ziehung des deutschen Lottoblocks teilzunehmen. Die Klägerin sieht in der Bonusaktion der Beklagten eine wettbewerbswidrige Verknüpfung des Warenabsatzes mit einem Gewinnspiel. Das *LG Duisburg* hat dem zugestimmt und die Beklagte antragsgemäß verurteilt.⁸ Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das *OLG Düsseldorf* zurückgewiesen.⁹

Die Beklagte legte daraufhin Revision beim *BGH* ein. Dieser setzte das Verfahren aus und ersuchte den *Europäischen Gerichtshof* gemäß Art. 267 AEUV um Beantwortung der Frage, ob Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der eine Geschäftspraktik, bei der die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, grundsätzlich unzulässig ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt.¹⁰

6 *Pechstein* EU-/EG-Prozessrecht 3. Auflage (2007), Rn. 784; *Haltern* Europarecht Dogmatik im Kontext 2. Auflage (2007), Rn. 357, 367.

7 *BGH* GRUR 2008, 807 ff.

8 *LG Duisburg* WRP 2005, 764.

9 *OLG Düsseldorf* BeckRS 2007, 01 116.

10 *BGH* GRUR 2008, 807 ff.

II. Rechtssache C-304/08 im Lichte des Spannungsdreiecks zwischen Wettbewerbsschutz, binnenmarktrechtlicher Integration und Verbraucherschutz

Das Urteil der Rs. C-304/08 lässt sich in zwei eng miteinander verknüpfte Problem-
schwerpunkte gliedern. Die Vorlagefrage betrifft zum einen die Problematik einer
Vollharmonisierung des europäischen Lauterkeitsrechts auf der Grundlage der
Richtlinie 2005/29/EG und zum anderen die Voraussetzungen der Richtlinienkon-
formität. Das Urteil erfasst den Bereich der Wettbewerbshandlungen zwischen Un-
ternehmern und Verbrauchern im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr. Damit
thematisiert die Entscheidung den Spannungskonflikt zwischen Wettbewerbsschutz
und Verbraucherschutz im Rahmen binnenmarktrechtlicher Integration.

1. Die Richtlinie 2005/29/EG unter dem Blickwinkel der Vollharmonisierung

Der *Gerichtshof* knüpft in der vorliegenden Entscheidung an das Urteil in der Rs.
„VTB-VAB und Galatea“¹¹ an. Der *EuGH* nutzt die Gelegenheit seine Rechtspre-
chung zur UGP-Richtlinie zu harmonisieren. Er legt die Richtlinie ein weiteres Mal
im Lichte der Vollharmonisierung aus. Damit diese Auslegung rechtlich überzeugt,
müsste der Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29/EG eröffnet sein und ihr
Harmonisierungsgrad einer Vollharmonisierung entsprechen. Die Frage, welche
Harmonisierungsintensität die Richtlinie verfolgt, ergibt sich durch Auslegung unter
Berücksichtigung des Wortlauts, der Zielsetzung und der Regelungssystematik.¹²
Der *Gerichtshof* entnimmt Art. 4 RL 2005/29/EG eine vollständige Harmonisierung.
Daher sollen zufolge des *EuGH* sowohl liberalere als auch restriktivere nationale
Vorschriften ausgeschlossen sein.¹³ Dies entspricht dem zwölften Erwägungsgrund
der Richtlinie. Demzufolge sollen sowohl Verbraucher als auch Unternehmen durch
die Angleichung in die Lage versetzt werden, sich an einem einzigen Rechtsrahmen
zu orientieren. Der siebte Erwägungsgrund, welcher den Mitgliedstaaten einen ge-
wissen Spielraum in Bezug auf die guten Sitten gewährt, ist in Anlehnung an den
Grundsatz des „*effet utile*“ als modifizierte Bereichsausnahme einzuordnen.¹⁴

Im Ergebnis liegt dem Regelungskonzept der Richtlinie, wie der *Gerichtshof* richtig
feststellt, eine Vollharmonisierung zugrunde.

11 *EuGH* Rs. C-261/07 u. C-299/07 („VTB-VAB und Galatea“) Slg. 2009, I-1683.

12 *Reich/Micklitz* Europäisches Verbraucherrecht 4. Auflage (2003), S. 42; *Fezer* Plädoyer für
eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche
UWG WRP 2006, 781 (782).

13 *Glöckner/Henning-Bodewig* EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird
aus dem „neuen“ UWG? WRP 2005, 1311 (1320).

14 *Sosnitza* Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Voll- oder Teilharmonisierung?
WRP 2006, 1 (6).

2. Die Gewinnspielkoppelung im Rahmen der Richtlinie 2005/29/EG

a) Bisherige Rechtsprechung des EuGH

Der *Gerichtshof* hat sich bisher nur in der Rs. „VTB-VAB und Galatea“ zur Vereinbarkeit des Koppelungsverbots mit dem Sekundärrecht geäußert. Im Primärrecht hingegen versetzte der *Gerichtshof* dem Koppelungsverbot schon früher einige Risse. So entschied der *Gerichtshof* bereits 1982 in der Rs. „Oosthoek“,¹⁵ dass das generelle Kopplungsverbot eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Kontingentierung gemäß Art. 34 AEUV darstelle und somit den freien Warenverkehr behindern könne. In der Rs. „Familiapress“¹⁶ entschied der *Gerichtshof* 1997, dass die Koppelung von Gewinnspielen mit Waren keine bloße Verkaufsmodalität im Sinne der Keck-Rechtsprechung darstelle, sondern geeignet sei, die Warenverkehrsfreiheit zu beschränken. Auf dem primärrechtlichen Weg konnte nur eine „negative Angleichung“ erfolgen. Bereits erfolgtes Verhalten am Markt konnte durch die Grundfreiheiten im Falle eines Verstoßes nur rückwirkend gehandelt werden. Diese Angleichung ist aber ungeeignet, um ein weiterführendes Konzept zum Lauterkeitsrecht zu entwickeln.¹⁷ Im Sekundärrecht bietet sich dem *Gerichtshof* hingegen diese Möglichkeit. Durch Auslegung der UGP-Richtlinie kann eine „positive Harmonisierung“ im nationalen Lauterkeitsrecht bewirkt werden.¹⁸

b) Rechtliche Bewertung der Lösung des EuGH Rs. C-304/08

Sowohl Generalanwältin *Trstenjak* als auch die Erste Kammer des *EuGH* kommen bezüglich des generellen Verbots der Koppelung von Gewinnspielen mit Waren oder Dienstleistungen zu dem Ergebnis, dass darin ein Verstoß gegen die Richtlinie 2005/29/EG zu sehen sei.¹⁹ Zu Beginn ihrer Ausführungen bezieht sich der *Gerichtshof* auf die Reichweite der Generalklausel des Art. 5 RL 2005/29/EG, die unlautere Geschäftspraktiken verbietet und Kriterien der Unlauterkeit anführt. In diesem Zusammenhang stellt der *Gerichtshof* fest, dass ein generelles Verbot ohne Beurteilung des Einzelfalls nur nach Maßgabe der in Anhang I der RL befindlichen erschöpfenden Liste („black list“) zulässig sei. Anschließend stützen die Generalanwältin und der *Gerichtshof* ihr Ergebnis auf die notwendige Einzelfallüberprüfung und auf die unzureichende Ausnahme der naturgemäßen Verbindung gemäß § 4 Nr. 6 UWG. In Anlehnung an das Urteil in der Rs. „VTB-VAB und Galatea“ könne die im Voraus definierte Ausnahme nicht die notwendige konkrete Einzelfallprüfung ersetzen.²⁰

15 *EuGH* Rs. C-286/81 („Oosthoek“) Slg. 1982, I-4575.

16 *EuGH* Rs. C-386/95 („Familiapress“) Slg. 1997, I-3689.

17 *Leistner* Behavioural Economics und Lauterkeitsrecht. Versuch einer Annäherung ZGE 2009, 3 (41); *Lettl* Gemeinschaftsrecht und das neue UWG WRP 2004, 1079 (1084).

18 Vgl. *Müller-Graff* in v. der Groeben/Schwarze EUV/EGV 6. Aufl., vor Art. 28–30 Rn. 6.

19 *EuGH* („Plus Warenhandelsgesellschaft“), Rn. 55; *GA Trstenjak* („Plus Warenhandelsgesellschaft“), Rn. 114.

20 *EuGH* („VTB-VAB und Galatea“), Rn. 64, 65.

Im Rahmen einer rechtlichen Bewertung des Ergebnisses des *EuGH* ist zunächst zu prüfen, ob auch nach der UWG-Novelle 2008 noch ein generelles Verbot des § 4 Nr. 6 UWG anzunehmen ist. Anschließend erfolgt eine Untersuchung, ob eine richtlinienkonforme Auslegung im vorliegenden Fall tatsächlich ausgeschlossen ist.

aa) § 4 Nr. 6 UWG, ausnahmsloses Verbot auch nach 2008

Die Feststellung des *Gerichtshofs*, dass die gemäß § 4 Nr. 6 UWG immanente Einschränkung für den Fall der naturgemäßen Verbindung zu statisch ist, um ein generelles Verbot zu verneinen, überzeugt. Die Diskussion um eine richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 6 UWG bekam jedoch durch die Einführung der Regelung des § 3 Abs. 2 UWG im Zuge der UWG-Novelle 2008 neuen Antrieb. § 3 Abs. 2 S. 1 UWG ermöglicht eine Einzelfallprüfung bei geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern. Dabei wird auf die Kriterien der fachlichen Sorgfalt des Verkäufers und der spürbaren Beeinträchtigung des Verbrauchers abgestellt. Teilweise wird nun angenommen, dass bei der Anwendung des § 4 Nr. 6 UWG zu prüfen sei, ob im konkreten Einzelfall die Unlauterkeitskriterien der Generalklausel des § 3 Abs. 2 UWG vorliegen müssen.²¹

Diese Hintertür hat der *BGH* in seinem Beschluss vom 5.6.2007 in der Rs. „Millionen-Chance“ jedenfalls nicht ganz zugeschlagen.²² Wenn auch nicht mit dieser Zielrichtung, verweist der *BGH* auf die mögliche Rolle der Erheblichkeitsprüfung i. S. v. § 3 UWG a. F. Der *EuGH* geht auf eine mögliche Rückkopplung an § 3 UWG n. F. richtigerweise gar nicht ein.²³ Art. 267 AEUV geht von einer klaren Trennung der Aufgaben zwischen den staatlichen Gerichten und des *EuGH* aus.²⁴ Demnach beschränkt sich die Kompetenz des *EuGH* auf eine abstrakte Prüfung, losgelöst vom nationalen Recht.

Betrachtet man die Regierungserklärung zur Novelle von 2008, so ist festzustellen, dass die Einführung von § 3 Abs. 2 UWG der Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG diene.²⁵ Das Koppelungsverbot des § 4 Nr. 6 UWG sollte dadurch aber keine Einschränkung erfahren. Ein Verweis auf § 3 UWG wurde ja gerade im Zuge der Novelle entfernt. Der Gesetzgeber rechtfertigte die Beibehaltung des Koppelungsverbotens dadurch, dass die Koppelung von Waren- oder Dienstleistungsabsatz mit Preisausschreiben oder Gewinnspielen generell geeignet sei, den Erfordernissen der Unlauterkeit nach Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG zu genügen.²⁶ § 3 Abs. 2 UWG ist demnach ein Auffangtatbestand und kein Kriterium zur Tatbestandserfüllung des

21 *Sosnitza* in Piper/Ohly/Sosnitza UWG 5. Aufl., § 3 Rn. 80; *Köhler* Ist der Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vereinbar? GRUR 2009, 626 (629).

22 *BGH* GRUR 2008, 807 ff.

23 *EuGH* („Plus Warenhandels-gesellschaft“), Rn. 1 ff.

24 *EuGH* Rs. 6/64 („Costa/ENEL“) Slg. 1964, 1253 (1268 f.).

25 BT-Drucks. 16/10145, S. 42.

26 BT-Drucks. 16/10145, S. 33, zu Anhang Nr. 17; *Bruh*n in Henning/Harte-Bavendamm UWG 2. Aufl., § 4 Rn. 6.

Beispielkatalogs gemäß § 4 UWG.²⁷ Es bleibt somit auch nach der letzten Novelle bei einem ausnahmslosen Verbot durch § 4 Nr. 6 UWG.

bb) Vereinbarkeit des generellen Verbots mit der Richtlinie 2005/29EG

Ein entsprechendes Verbot gemäß § 4 Nr. 6 UWG fällt nicht unter die „black list“ – Anhang I RL 2005/29/EG. Diese ist abschließend und darf auf Grund der vollständigen Harmonisierung nicht erweitert werden.²⁸ Daher wäre § 4 Nr. 6 UWG nur dann richtlinienkonform, wenn die Koppelung der Teilnahme an einem Gewinnspiel mit dem Produktabsatz in jedem Fall nach Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29 unlauter wäre.²⁹ Der *Gerichtshof* hat die Auslegung der Generalklausel nicht explizit angesprochen, sondern nur formalistisch mit Anhang I und Art. 4 RL 2005/29/EG argumentiert. Indem er aber entschieden hat, dass ein generelles Koppelungsverbot ohne Einzelfallwürdigung gegen die Richtlinie verstößt, hat er der Sache nach letztlich doch Stellung bezogen: Ein generelles Verbot nach § 4 Nr. 6 UWG ist auch nicht nach der Generalklausel zu halten.

Die Generalklausel gemäß Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29 EG fordert eine wesentliche Beeinflussung der Verbraucher, während ein Verbot nach § 4 Nr. 6 UWG auch ohne die Beeinträchtigung der Verbraucherinteressen angenommen werden kann.

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob anhand des europäischen Verbraucherleitbildes eine richtlinienkonforme Auslegung nach Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG möglich ist.

Für eine Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG ist der Referenzmaßstab, den der *Gerichtshof* zur Ermittlung des Verbraucherleitbildes heranzieht, maßgebend. Das zunächst in Deutschland, Österreich und Skandinavien vorherrschende Leitbild eines eher flüchtigen, unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers musste angesichts der europarechtlichen Entwicklung überdacht werden.³⁰ In seinen Entscheidungen „Gut Springenheide“, „Sektellerei Kessler“ und „Lifting Creme“ betonte der *Gerichtshof* ausdrücklich, dass auf die Erwartungshaltung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abzustellen sei.³¹ In diesem Lichte ist auch der Durchschnittsverbraucher in Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG zu bewerten. Der *BGH* hat sich in seinen Entscheidungen zur gefühls-

27 So auch *Seichter* in juris Praxis Kommentar UWG 2. Aufl., § 3 Rn. 18; *Boesche* Über die Folgen der Vollharmonisierung und die vergebliche Rettung der Zugabeverbote WRP 2009, 661 (666); *Fischer* Koppelungsgeschäft im Europäischen und Deutschen Wettbewerb, Diss. Konstanz 2008, S. 185; *Steinbeck* Der Beispielkatalog des § 4 UWG – Bewährungsprobe bestanden GRUR 2008, 849 (853).

28 Dies folgt aus Art. 5 Abs. 5 der RL 2005/29/EG und dem 17. Erwägungsgrund der RL 2005/29/EG.

29 So auch *BGH* GRUR 2008, 807 ff.; GRUR 2005, 599 ff.

30 *Hucke* Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa, Habil. Hannover 2001, S. 302, 431; *Bakardjieva Engelbrekt* in Hilty/Henning-Bodewig Law against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe, 2007, S. 161 ff.

31 *EuGH* Rs. C-210/96 („Gut Springenheide“) Slg. 1998, I-4657; Rs. C-303/97 („Sektellerei“) Slg. 1999, I-513; Rs. C-220/98 („Lifting-Creme“) Slg. 2000, I-117.

betonten Werbung bereits einem liberaleren Verbraucherleitbild angenähert und den Anwendungsbereich von § 4 Nr. 6 UWG erheblich eingeschränkt.³² Dennoch bejahte der *BGH* in dem die Vorlagefrage betreffenden Fall „Millionen-Chance“ eine Verbraucherbeeinträchtigung alleine auf Grund der breit gestreuten Werbung, die einen Millionengewinn in den Mittelpunkt stellte.³³

Angesichts des gewandelten Leitbildes sind künftig aber strengere Anforderungen an die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zu stellen. Ein bestimmtes Angebot wahrzunehmen ist Ausdruck einer freien, informierten Kaufentscheidung. Das angekoppelte Gewinnspiel oder Preisausschreiben kann gerade auch Zugabecharakter haben.³⁴ Zugaben werden von der UGP-Richtlinie aber nicht generell verboten. Das Inaussichtstellen wie das Streben nach einem möglichen Vorteil ist in Form staatlicher Lotterien und durch die Existenz von Spielcasinos anerkannt.³⁵ Nicht nachzuvollziehen ist es daher, dies anders zu sehen, wenn mit dem „Preis“ für die Teilnahme an einem Gewinnspiel zugleich eine Sache oder Leistung erworben wird. Die Befürchtung, die aleatorischen Reize einer generellen Koppelung mit einem Gewinnspiel (genauer betrachtet nur eine Gewinnchance) löse beim Verbraucher so starke Emotionen aus,³⁶ dass von einer angemessenen Bewertung des eigentlichen Produkts nicht mehr ausgegangen werden kann, überzeugt hinsichtlich des gewandelten Bildes des verständigen Verbrauchers nicht.³⁷ Ein übertriebenes Anlocken oder ein „psychologischer Kaufzwang“ kann nicht anhand einer besonders feinfühlig Gruppe von Verbrauchern ermittelt werden. Es bedarf im Einzelfall stets einer sorgfältigen Abwägung aller Umstände, ob auf den verständigen durchschnittlichen Verbraucher ein psychologischer Kaufzwang ausgeübt wurde, welcher ihn zum Kauf veranlasste. Die mögliche Gefahr, dass sich der Verbraucher nicht mehr qualitativ mit dem Angebot auseinandersetzen könne, wird teilweise sogar als wettbewerbsimmanenter Reflex der besonderen Attraktivität eines Angebots gesehen.³⁸ Alleine durch die Koppelung von Warenabsatz und Gewinnspielen kann noch kein Verstoß gegen die berufliche Sorgfalt oder eine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG angenommen werden.³⁹ Das generelle Verbot – ohne die Möglichkeit einer Einzelfallbetrachtung – ist folglich nicht mit Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG zu vereinbaren.

32 *BGH* GRUR 2007, 981 ff.; GRUR 2005, 599 ff.; ähnlich auch *BGH* GRUR 2003, S. 626 ff.

33 *BGH* GRUR 2008, 807 ff.

34 *Fischer* Koppelungsgeschäfte im Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Diss. Konstanz 2008, S. 189; *Obly* Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb GRUR 2004, 889 (896).

35 *Boesche* (Fn. 27), S. 668.

36 *BGH* GRUR 2002, 979 ff.; *Hecker* in Fezer UWG 2. Aufl., § 4–§ 6 Rn. 24; *Köhler* (Fn. 21) S. 631.

37 So auch *Seichter* in juris Praxis Kommentar UWG 2. Aufl., § 4 Nr. 6 Rn. 8; *Leible* in Münch-Komm Lauterkeitsrecht I, § 4 Nr. 6 Rn. 21.

38 *Kügele* Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Koppelungsangeboten GRUR 2006, 110.

39 So auch *Sosnitza* Das Koordinationssystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland GRUR 2003, 739 (743); *Engels/Salomon* Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz: UWG-Reform 2003 WRP 2004, 32 (35).

cc) Ergebnis

Im generellen Verbot durch § 4 Nr. 6 UWG n. F. ist, wie der *Gerichtshof* richtig erkannte, ein Verstoß gegen die UGP-Richtlinie zu sehen.

3. Das Spannungsdreieck der Rs. C-304/08

Die Binnenmarktkompetenz gemäß Art. 114 AEUV bildet die Grundlage für das gemeinschaftliche Handeln in Form der UGP-Richtlinie. Dabei können Vertragsziele unmittelbar für das Kompetenzverhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten maßgeblich werden. Sie begründen über Art. 114, 115 AEUV eine dem Integrationsprozess eigene Befugnisabgrenzung, die nicht Sachbereichskatalogen, sondern Funktionserfordernissen folgt.⁴⁰ Der Verweis auf Art. 26 AEUV und die Bezugnahme auf die „Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes“ beleuchten das Vertragsziel der Marktintegration näher.⁴¹ Dieses Ziel soll innerhalb des Binnenmarktes (Art. 26 Abs. 2 AEUV) als gedankliche Fortentwicklung des gemeinsamen Marktes⁴² verwirklicht werden. Der Eigenheit des Kompetenzgefüges wird man nur gerecht, wenn man die Marktintegration in einen Spannungsbezug zu den übrigen betroffenen Zielen setzt.⁴³

a) Das trianguläre Spannungsverhältnis

Die Rechtsharmonisierung wird als Voraussetzung des Binnenmarktes verstanden und damit in den Zieldienst der privatautONOMEN Selbststeuerung gestellt.⁴⁴ Privatautonomie entfaltet sich aber durch wirtschaftliche Vorgänge über Rechts- und Hoheitsgrenzen hinaus.⁴⁵ Damit gerät die binnenmarktfinale Rechtsangleichung nach Art. 114 AEUV aber zugleich in das Spannungsfeld zwischen der binnenmarkterforderlichen Marktfreiheit, einem freien Wettbewerb und den substantiellen Regulierungsanliegen etwaiger Verbraucherschutzstandards. Betrachtet man den möglichen Widerstreit dieser drei Elementarprinzipien, so trifft man auf drei wechselseitige Spannungsfelder.

aa) Wettbewerbsschutz vs. Verbraucherschutz

Wettbewerbsschutz und Verbraucherschutz verfolgen verschiedene Ziele. Während die Wettbewerbspolitik nach den Prinzipien von Freiheit und Effizienz die Handlungsfreiheit verfolgt, zielt die Verbraucherpolitik im Lichte der Sozialgestaltung

40 Müller-Graff in Dausers Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts 26. Lief. (2009), A. I. Rn. 180.

41 Kabl in Callies/Ruffert EUV/EGV 3. Aufl., Art. 95 EG a. F. Rn. 4; Leible in Streinz EUV/EGV 6. Aufl., Art. 95 EG a. F. Rn. 30.

42 Müller-Graff (Fn. 40), A. I. Rn. 142.

43 Vgl. Müller-Graff (Fn. 40), A. I. Rn. 180, 182.

44 Müller-Graff Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes EuR 1989, 118.

45 Ebd.

auf eine angemessene Lebensqualität ab.⁴⁶ Insbesondere ist damit der Schutz der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher im Geschäftsverkehr gemeint.⁴⁷ Ein Wettbewerb ohne Einflussnahme auf den Verbraucher ist aber nicht denkbar. Daher stellt sich die Frage nach einer zulässigen Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher. Hinsichtlich des Lauterkeitsrechts verlangt der Wettbewerb weitgehende Freiheit.⁴⁸ Die freie Entfaltung des Wettbewerbs indiziert die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit aller Marktteilnehmer im Parallel- und Austauschverhältnis.⁴⁹ Gegenüber einem freien Wettbewerb mit möglichst wenig staatlichen Hemmnissen steht der Schutz des Verbrauchers. Der Verbraucher soll möglichst unabhängig darüber entscheiden, ob er sich mit dem jeweiligen Angebot näher befassen möchte und ob und zu welchen Bedingungen er mit einem Unternehmer einen Vertrag schließen will.⁵⁰ Der Verbraucher verfüge nämlich über weniger Erfahrungen im Geschäftsverkehr, sei über die Fülle an Angeboten oft nicht hinreichend informiert und handle daher bei Kaufentscheidungen im Einzelhandel häufig unüberlegt.⁵¹ Schützt der Staat aber einen Marktteilnehmer übermäßig, wie dies durch das deutsche Lauterkeitsrecht mittels des generellen Verbots der Gewinnspielkoppelung an den Warenabsatz geschieht, so beeinträchtigt dies die freie Entfaltung des Wettbewerbs. Generelle Verbote laufen im Ergebnis darauf hinaus, dass das Verbot zum Grundsatz erhoben und die unternehmerische Freiheit zur Ausnahme gemacht wird.⁵²

Mit der Entscheidung gegen ein generelles Verbot und für eine Einzelfallbetrachtung im Sinne der UGP-Richtlinie stellt der *Gerichtshof* klar, dass der deutsche Verbraucherschutz hier zu pauschal ist und damit zu weit gerät. Die Entscheidung muss als Lockerung wettbewerbsrechtlicher Beschränkung hin zu einem freien Wettbewerb und gegen zu starken Individualschutz verstanden werden.⁵³ Der Verbraucherschutz soll dadurch nicht ausgehebelt werden, sondern nur auf ein einheitliches Maß festgelegt werden, damit Rechtssicherheit in der Europäischen Union ermöglicht und die freie Entfaltung des Wettbewerbs nicht zu sehr gehindert wird.⁵⁴ Dem „Markt- und Wettbewerbsprinzip“ des ex. Art. 4 Abs. 1 EG, heute nach Art. 3 Abs. 3 EUV i. V. m. dem Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb als veritables Primärrecht, ist eine Grundsatzpräferenz zu entnehmen.⁵⁵ Diese bevorzugt marktgemäße Steuerung gegenüber privater Administra-

46 *Reich/Micklitz* (Fn. 12), S. 39; vgl. *Müller-Graff* Die Verdichtung des Binnenmarktes zwischen Handlungsfreiheit und Sozialgestaltung EuR 2002, 7 (19).

47 *Reich/Micklitz* (Fn. 12), S. 39.

48 *Köhler* in *Köhler/Bornkamm UWG* 27. Aufl., Einl. Rn. 1.26.

49 *Köhler* (Fn. 48), Einl. Rn. 1.16; *Ohly* in *Piper/Ohly/Sosnitza UWG* 5. Aufl., Einf. A Rn. 22.

50 *Beater* (Fn. 2), § 2 Rn. 80 ff.

51 *Ebd.*

52 *GA Trstenjak* („VTB-VAB und Galatea“), Rn. 70.

53 Vgl. *Brubn* (Fn. 26), § 4 Rn. 6.

54 Vgl. *EuGH* („Lifting-Creme“), Rn. 27, 28 sowie Erwägungsgrund 18 S. 2 UGP-Richtlinie: „Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechend ...“.

55 *Müller-Graff* (Fn. 40), A. I. Rn. 184.

tion und hoheitlicher Steuerung der Wirtschaftsabläufe.⁵⁶ Dementsprechend verpflichten auch Art. 120 S. 2 AEUV und Art. 3 Abs. 3 EUV die Mitgliedstaaten, ihre Wirtschaftspolitik am Grundsatz der offenen Marktwirtschaft und der Wettbewerbsfreiheit auszurichten.⁵⁷ Es darf nicht übersehen werden, dass die Marktkräfte durch das ihnen eigene Entdeckungs- und Anpassungspotential⁵⁸ mit normativer Vielfalt bis zu einem gewissen Grad selbst zurecht kommen können. Demnach sollten staatliche Maßnahmen auf liberale Wettbewerbsregeln zielen, die regelkonformes Verhalten der Marktakteure ermöglichen um Wettbewerbsfreiheit aufrecht zu erhalten.

Dieser Vorteil einer freien Marktwirtschaft ist auch auf die Nachfrageseite zu übertragen. Das der Beurteilung zu Grunde liegende europäische Verbraucherleitbild traut es dem Verbraucher gerade zu, unter zumutbarer Selbstverantwortung Präferenzentscheidungen zu treffen. Die Kritik, es werde die gebotene Rücksicht auf „unverständige Verbraucher“ vernachlässigt, vermag nicht zu überzeugen.⁵⁹ Darüber hinaus bestehende Schutzlücken sind im Hinblick auf die Informationsinteressen der durchschnittlichen Verbraucher nach Maßgabe des *EuGH* und die wirtschaftlichen Interessen der Anbieter in einem freien Wettbewerb hinzunehmen. Nach dem klassischen, wohlfahrtsorientierten Modell ergibt sich bereits aus der durch die Öffnung der Märkte bewirkten Steigerung der Vielfalt des Angebots und des Wettbewerbs zwischen den Anbietern ein Anwachsen des wirtschaftlichen Wohls und der Lebensqualität aller Bürger.⁶⁰

bb) Verbraucherschutz vs. binnenmarktliche Integration

Aus diesem Spannungsverhältnis ergeben sich gleich zwei Konfliktfelder. Zum einen stehen sich hier Verbraucherschutz und binnenmarktliche Integration gegenüber, zum anderen mitgliedstaatliche Souveränität und binnenmarktliche Integration. Bezüglich der Mitgliedstaaten ergibt sich der Spannungsrahmen innerhalb der Binnenmarktkompetenz gemäß Art. 114 AEUV daraus, dass die UGP-Richtlinie den Bereich des Verbraucherschutzes vollständig harmonisiert. Für diesen Bereich besitzt die Gemeinschaft aber keine ausschließliche Zuständigkeit. Dies könnte problematisch sein im Hinblick darauf, dass ein Unionsakt nur auf Art. 114 AEUV gestützt werden kann, wenn dieser Akt tatsächlich den Zweck verfolgt, das Funktionieren und die Errichtung des Binnenmarktes zu fördern. Wird hingegen primär das eigentliche Nebenziel verfolgt, beispielsweise der Verbraucherschutz, so liegt ein Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 5 Abs. 2 AEUV vor. Anders als im Fall der Tabakwerbe-Richtlinie 98/43/EG⁶¹ betreibt die Gemein-

⁵⁶ *Ebd.*

⁵⁷ *Obly* (Fn. 49), Einf. A Rn. 21.

⁵⁸ Vgl. *v. Hayek* Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren 1968, S. 14 ff.

⁵⁹ So aber *Piper* in Köhler/Bornkamm UWG 27. Aufl., § 3 Rn. 56.

⁶⁰ *Micklitz/Rott* in Dausers Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts 26. Lief. (2009), H. V. Rn. 3.

⁶¹ Dieser wurde aufgrund der betriebenen Gesundheitspolitik eine Absage erteilt, *EuGH* Rs. C-376/98 („Tabakwerbung“) Slg. 2000, I-8419.

schaft – gestützt auf die Binnenmarktkompetenz – hier keine Sachpolitik im Interesse der Sache (Verbraucherschutz).⁶²

Der *Gerichtshof* stellt mit seinem Urteil klar, dass die Mitgliedstaaten durch die Vollharmonisierung der UGP-Richtlinie keine Möglichkeit mehr haben, an einem höheren Verbraucherstandard festzuhalten. Durch den liberaleren einheitlichen Verbraucherstandard wird die wirtschaftliche Freiheit gerade gefördert und nicht beschränkt. Primäres Ziel ist also die Verwirklichung des Binnenmarktes.⁶³ Darin liegt der Hauptzweck der UGP-Richtlinie, auch wenn daneben gemäß Art. 114 Abs. 3 AEUV auf einen hohen Verbraucherschutz hingewirkt werden soll.⁶⁴

Weiterhin kollidiert der Schutz des Verbrauchers mit dem Ziel der binnenmarktlichen Integration. Gerade das Lauterkeitsrecht, das oft auf Begriffe wie „die guten Sitten“ oder „Treu und Glauben“ zurückgeführt wird, ist in verschiedenen Ländern unterschiedlich gewachsen. Herauszugreifen ist das Verbraucherleitbild in Italien. Nach dem liberaleren italienischen Maßstab sei eine von der Wahrheit abweichende Werbung „gang und gebe“, denn das grundsätzlich misstrauische und kritische Publikum sei daran gewöhnt die nötigen Abstriche zu machen.⁶⁵ Hingegen folgten Deutschland, Österreich und Skandinavien einem Verbrauchleitbild, das den Verbraucher schutzwürdiger darstellte.⁶⁶ Der Unterschiedlichkeit soll aber gerade im Sinne des Protokolls (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb entgegen gewirkt werden, um die Anzweiflung der Richtigkeit des Binnenmarktes und die damit einhergehenden Absenkung zur Beliebigkeit einzudämmen.⁶⁷

Aufgabe des Wettbewerbsrechts ist es, den Marktwettbewerb gerade als eine soziale Institution der Gesellschaft zu garantieren und nicht den Markt zu instrumentalisieren. Die UGP-Richtlinie stellt eine einheitliche Rahmenordnung für alle Mitgliedsstaaten dar. Nationale Traditionen, wie etwa ein pauschales Unwerturteil über die Koppelung von Gewinnspielen mit Waren oder Dienstleistungen, müssen dahinter zurückstehen.⁶⁸ Durch freien und lautereren Wettbewerb soll eine Optimierung der offenen Märkte erreicht werden.⁶⁹ Erst dann könne Konsumentensouve-

62 *Micklitz/Rott* (Fn. 60), H. V. Rn. 18; *Brömmelmeyer* Der Binnenmarkt als Leitstern über unlautere Geschäftspraktiken GRUR 2007, 295 (296 ff.).

63 *Wichard* in *Callies/Ruffert* EUV/EGV 3. Aufl., Art. 153 EG a. F., Rn. 14, 15; *Möstl* Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt – Kompetenzziele, grundfreiheitliche und grundrechtliche Schranken des Gemeinschaftsgesetzgebers EuR 2002, 317 (318).

64 *Wichard* (Fn. 63), Art. 153 EG a. F., Rn. 14, 15; *Silny* Die binnenmarktbezogene Rechtsangleichungskompetenz des Art. 95 EG a. F., Diss. Frankfurt/Main 2007, S. 111. *Kessler* UWG und Verbraucherschutz – Wege und Umwege zum Recht der Marktkommunikation WRP 2005, 264 ff.; *Möstl* (Fn. 63), S. 318.

65 Vgl. Urt. v. 17.4.1962 GRUR Ausland 1964, 515 mit kritischer Anmerkung von *Schricker*.

66 *Auteri* in *Hilty/Henning-Bodewig* Law against Unfair Competition: Towards a New Paradigm in Europe, 2007, S. 151 ff.; *Hucke* (Fn. 30), S. 329.

67 Vgl. für einen anderen Kontext *Müller-Graff* (Fn. 44), S. 118 ff.

68 *Köhler* Vom deutschen zum europäischen Lauterkeitsrecht – Folgen der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken für die Praxis NJW 2008, 3032 ff.; *Brömmelmeyer* (Fn. 62), S. 296.

69 *Hucke* (Fn. 30), S. 35; *Fezer* in *Fezer* UWG 2. Aufl., Einleitung E Rn. 45.

ränität und Markttransparenz geschaffen werden.⁷⁰ Mit dieser Angleichung wird auf deutscher Ebene das Verbraucherschutzniveau gesenkt. Jedoch kann ein einheitlicher Mindeststandard im Verbraucherschutz das Vertrauen der Verbraucher in grenzüberschreitende Verträge steigern.⁷¹ Bedauert man dabei die mangelnde Berücksichtigung nationaler Wertungsbesonderheiten, so ist auf die Generalklausel des Art. 5 Abs. 2 RL 2005/29/EG zu verweisen. Diese gesteht dem nationalen Gesetzgeber ausreichenden Ermessensspielraum zu in der Bewertung, ob im Einzelfall die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher beeinträchtigt wird. Der Anpassungsweg des nationalen Lauterkeitsrechts an die UGP-Richtlinie wird zwar langwierig sein. Die Mühen aber lohnen sich indessen, wenn am Ende des Weges ein einheitliches europäisches Lauterkeitsrecht steht.

cc) Binnenmarktliche Integration vs. Wettbewerbsschutz

Die binnenmarktliche Integration in Gestalt der UGP-Richtlinie bezieht sich ausschließlich auf den Verbraucherschutz. Diese Beschränkung auf den Verbraucherschutz kollidiert mit dem Schutz eines freien Wettbewerbs. Die marktbezogene Abwägung zwischen kurz- und längerfristigen Perspektiven kann in einem separierten Schutz für Verbraucher verloren gehen.⁷² Das Zusammenspiel mit den übrigen Marktteilnehmern wird vernachlässigt. Der Schutz des Mitbewerbers wirkt in einem funktionierenden Wettbewerb dem Verdrängungswettbewerb entgegen, schafft Konkurrenzangebote, intensiviert den Preiswettbewerb und nutzt letztlich auch dem Verbraucher.⁷³ Somit führt die binnenmarktliche Integration in Gestalt der UGP-Richtlinie – trotz eines liberaleren Verbraucherleitbildes und aufgrund ihrer Separierung des Verbrauchers – zu einer stärkeren Betonung der staatlichen Verbrauchersfürsorge. Die Richtlinie tritt integrationspolitisch im janusköpfigen Gewand auf: Sie will einerseits die Märkte öffnen und den Binnenmarkt fördern. Andererseits verfolgt sie das isoliert auftretende Schutzziel des Verbraucherschutzes.

Demgegenüber enthält die Systematik des UWG die Schutzzwecktrias eines Interessenbeziehungsgeflechts, welches aus den Interessen von unterschiedlichen Marktteilnehmern besteht.⁷⁴ Dieses „integrierte Modell eines gleichberechtigten Schutzes der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit“ bedeutet eine stärkere Berücksichtigung der langfristigen, selbst korrektiven Wirkungen der Marktkoordination.⁷⁵ Mit der ausschließlichen Vollharmonisierung des Verbraucherrechts ergeben

70 Fezer Plädoyer für eine offensive Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in das deutsche UWG WRP 2006, 781 (784); *Wägenbauer* EU-Kommission: Für eine neue verbraucherpolitische Strategie ZRP 2002, 326 ff.

71 *Micklitz/Rott* (Fn. 60), H. V. Rn. 17.

72 Vgl. *Müller-Graff* (Fn. 1), S. 215; *Schricker* Probleme der Europäischen Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in FS für Zweigert, 1981, S. 551 ff.

73 *Reich/Micklitz* (Fn. 12), S. 44; *Ullmann* Das Koordinationssystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland GRUR 2003, 817 (821); *Boesche* (Fn. 27), S. 671.

74 *Hausmann/Obergfell* in Fezer UWG 2. Aufl., Einl. I Rn. 31.

75 *Boesche* (Fn. 27), S. 670 ff.

sich Probleme der Rechtssicherheit und Klarheit für die Anwendung des UWG. Denn letztendlich fällt jede Geschäftspraxis, die geeignet ist, die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher tatsächlich zu beeinträchtigen, auch indirekt in den Bereich der Unternehmerinteressen.⁷⁶ Jedoch ist auch zu berücksichtigen, dass einigen Mitgliedstaaten eine derartige Aufspaltung nicht fremd ist. Ähnlich wie Frankreich separiert Italien den vorwiegend verwaltungsrechtlichen Verbraucherschutz im „Codice del Consumo“ vom zivilrechtlichen Konkurrentenschutz.⁷⁷ Mit den deutschen Anwendungsschwierigkeiten eines nur partiell harmonisierten Gesetzes kann daher nicht gegen die binnenmarktliche Integration argumentiert werden. Wohl aber damit, dass der wirtschaftliche Geschäftsverkehr als Gesamtheit mit allen wechselseitigen Auswirkungen betrachtet werden muss. Trotz eben dieser Schwäche ist eine binnenmarktliche Integration hier auch im Verhältnis zum Schutze eines freien Wettbewerbs zu befürworten. Denn unterschiedliche Lauterkeitsrechtsstandards tangieren und hemmen den freien Wettbewerb und damit den Binnenmarkt. Zu nennen wäre hier beispielsweise die Beeinträchtigung grenzüberschreitender Werbung durch erhöhte Transaktionskosten infolge einzelstaatlicher Unterschiede.⁷⁸ Eine funktionierende binnenmarktliche Integration begünstigt auch die grenzüberschreitenden Direktkontakte zwischen Anbieter und Verbraucher. Damit schlägt die UGP-Richtlinie, beziehungsweise das Urteil, als Ausdruck ihrer liberalen Ausgestaltung die Brücke zum primären Binnenmarktrecht. Das Binnenmarktziel der Rechtsangleichung gemäß Art. 114 AEUV beinhaltet letztlich auch die Sicherung des grenzüberschreitenden Marktzutritts im Sinne der Grundfreiheiten.⁷⁹

Mit den Entscheidungen gegen das allgemeine Koppelungsverbot⁸⁰ opfert der *Gerichtshof* einzelne, national gewachsene und bisher gut gehütete Schutzwälle der binnenmarktlichen Integration. Dies bedeutet einen nicht unbeachtlichen Antrieb für ein europäisches Lauterkeitsrecht, welches den freien Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes fördert. Ein solches Wirtschaftssystem verantworteter Freiheit bildet die Grundlage des Rechts der Europäischen Gemeinschaft.⁸¹

b) *Stellungnahme*

Im Kern geht es um die Gewichtung der Rollenverteilung von marktmäßiger Selbststeuerung und staatlicher Fürsorge für die wirtschaftlichen Handlungsabläufe. Die Frage bezüglich der Normierung der Lauterkeitsstandards ist also,

76 *Dohrn* Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, Diss. Köln 2008, S. 9; *Fezer* (Fn. 12), S. 784.

77 *Ohly* (Fn. 49), Einf. B Rn. 42.1; *Auteri* (Fn. 66), S. 151 ff.

78 *Schricker* (Fn. 72), S. 551 ff.; *Veelken* Kundenfang gegenüber dem Verbraucher WRP 2004, 1 (3).

79 Vgl. *Müller-Graff* (Fn. 44), S. 65, 72; *Möstl* Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt – Kompetenzziele, grundfreiheitliche und grundrechtliche Schranken des Gemeinschaftsgesetzgebers EuR 2002, 318 (322).

80 *EuGH* („VTB-VAB und Galatea“) und („Plus Warenhandelsgesellschaft“).

81 Vgl. *Fezer* (Fn. 69), Einleitung E Rn. 47; *Müller-Graff* (Fn. 44), S. 118.

inwieweit eine staatliche Vorkehrung notwendig ist. Kennzeichnung dafür ist der Selbstschutz der kritischen Aufmerksamkeit des Verbrauchers. Es sollte bedacht werden, dass ein nur auf gravierende Fälle beschränktes Lauterkeitsrecht erzieherische Dienste für Selbstverantwortung und Privatautonomie leisten kann. Bei der Koppelung von Gewinnspielen mit Warenabsatz muss ein Hinweis auf das jeweilige Gewinnspiel die Abweichung vom Normalprodukt anzeigen. Diese Art der Vermarktung mit klarstellendem Zusatz ist wertungsstimmig zur integrationspolitischen Grundsatzentscheidung der Gemeinschaftsverfassung, welche die privatautonome Selbststeuerung des Gesamtmarktes gegenüber allen unnötigen Hindernissen verteidigt.⁸² In diesem Sinne ermöglichen das Verbraucherleitbild des *Gerichtshofs* und die Lauterkeitserfordernisse anhand einer Einzelfallprüfung einen einheitlichen Standard im Verbraucherschutz und eine weitgehende Handlungsfreiheit aller Marktteilnehmer. Erst ein Binnenmarkt, der ohne nationale Wettbewerbshindernisse im Lauterkeitsrecht verwirklicht wird, kann nach dem Prinzip des komparativen Kostenvorteils einen positiven Wohlstandseffekt schaffen und damit dem Verbraucher zugutekommen.

Zu beachten ist jedoch die Gefahr einer unverhältnismäßigen Ausweitung der klassischen Gewinnspiele im Bereich des Einzelhandels nach dem Fall des generellen Verbots. Es wird dann Aufgabe der nationalen Gerichte sein, eine mögliche Reizüberflutung des Verbrauchers einzuschränken. Denn das Bertreiben einer wirksamen Marktkontrolle im Kampf gegen den unlauteren Wettbewerb wird man der Wirkung eines generellen Verbots nicht absprechen können.

Im Grundsatz bleibt es aber dabei, dass Lauterkeitsstandards nicht mit der Aufgabe strukturpolitischer Ergebnissteuerung belastet werden sollten. Es muss im jeweiligen Einzelfall darauf ankommen, ob Reaktion und Relevanz der Auswirkung der angesprochenen Kreise für ein Verbot ausreichend sind. Die Absage, die der *Gerichtshof* dem generellen, nationalen Koppelungsverbot zu Gunsten des harmonisierten Binnenmarktes erteilte, überzeugt. Leider beschränkt sich der Anwendungsbereich der Richtlinie auf das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher und trennt daher den Verbraucher von den übrigen Akteuren der Marktgegenseite. Die Teilung des Wettbewerbs durch die separate Betrachtung des Verbrauchers ist zwar wegen der zwangsweise einheitlichen Betrachtung des Wettbewerbs und den unterschiedlichen Auswirkungen auf das UWG bedauerlich. Aber hinsichtlich der Realpolitik der Kommission, die im Verbraucherschutz eine politisch leichtere Durchsetzbarkeit vermutete,⁸³ sind dies wohl „Kröten“, die wir heute noch „zu schlucken“ haben.

82 *EuGH* Rs. C-315/92 („Clinique“) Slg. 1994, I-317 Rn. 22; *EuGH* Rs. C-470/93 („Mars“) Slg. 1995, I-1923 Rn. 24; *Müller-Graff* (Fn. 1), S. 228.

83 *Dobrn* (Fn. 76), S. 8; *Veelken* (Fn. 78), S. 10.

III. Fazit

1. Zusammenfassung

Das Urteil des *Gerichtshofs* macht Mut. Der *Gerichtshof* beendet mit einer dogmatisch folgerichtigen Entscheidung vor allem die Streitigkeiten im deutschen Schrifttum. Ein generelles Verbot ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls ist außerhalb der sogenannten „black list“ der UGP-Richtlinie nicht mehr haltbar. Ein wenig enttäuscht das Urteil bezüglich seiner inhaltlichen Knappheit. Auf Dauer wird der *Gerichtshof* nicht umhin kommen, der Generalklausel des Art. 5 RL 2005/29/EG argumentativ wenigstens ein bisschen schärfere Konturen zu verleihen. Nur wenn der *Gerichtshof* auf eine einheitliche Auslegung der Richtlinie hinwirkt, kann ein hoher Harmonisierungsgrad und Rechtssicherheit im Bereich des Lauterkeitsrechts gewährleistet werden.

2. Ausblick

Dem *EuGH* folgend ist das generelle Verbot des § 4 Nr. 6 UWG als europarechtswidrig anzusehen und muss daher richtlinienkonform reduziert werden,⁸⁴ was im Ergebnis auf eine tatbestandliche Berücksichtigung des § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG hinausläuft. Nicht vergessen werden darf aber, dass im Zentrum der Umsetzungspflicht die Herstellung von Publizität, Klarheit und Bestimmtheit stehen.⁸⁵ Daher ist eine legislative Neuregelung wünschenswert. Die Tendenz hin zur richterlichen Rechtsfortbildung durch die nun verstärkte Einzelfallbetrachtung der nationalen Gerichte muss als Antrieb zur Liberalisierung des Lauterkeitsrechts verstanden werden.⁸⁶

Auf lange Sicht gesehen hat sich die lauterkeitsrechtliche Rechtspolitik wohl im Primärrecht zu entfalten. Nur auf diesem Weg lässt sich eine vollständige „Durchdringung“ der nationalen Partialmärkte vollenden. Denn mit der Rechtsangleichung nach Art. 114 AEUV lassen sich keine Regelungen durchsetzen, die mit den Art. 34 ff. AEUV unvereinbar sind.⁸⁷ Die Entscheidung des *Gerichtshofs* in der Rs. C-304/08 ist ein Schritt in die richtige Richtung. Die Entwicklung gemeinsamer Vorstellungen über wettbewerbliche Lauterkeitsregeln kann ein wichtiges Stück gemeinsamen Rechtsbewusstseins bilden. Dies wiederum ist ein unverzichtbares Fundament der Rechtsgemeinschaft innerhalb der Europäischen Union. Die dadurch verstärkte Akzeptanz des Gemeinschaftsrechts kann wiederum weitere Integrationsschritte positiv beeinflussen.

84 So auch *Köhler* Die Unlauterkeitstatbestände des § 4 UWG und ihre Auslegung im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken GRUR 2008, 841 (845).

85 Bereits *EuGH* Rs. C-96/95 („Kommission/Deutschland“) Slg. 1997, I-1653.

86 Vgl. *Kessler/Micklitz* Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die Reform des UWG 2003, S. 40; *Glöckner* Richtlinien-vorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln WRP 2004, 936 (943).

87 Vgl. *Müller-Graff* (Fn. 44), S. 151.