



## HERAUSRAGENDE MASTERARBEITEN AM DISC

FACHBEREICH ➤ Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität des Saarlandes

STUDIENGANG ➤ Wirtschaftsrecht (LL.M.)

MASTERARBEIT ➤

Vollharmonisierung durch die RL 2005/29/EG und deutsches Lauterkeitsrecht

AUTOR ➤

Dr.-Ing. Florian Gruschwitz



DISTANCE AND INDEPENDENT  
STUDIES CENTER 



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	II
1. Teil – Einleitung.....	1
A. Einführung .....	1
B. Problemstellung und Zielsetzung .....	1
2. Teil – Hauptteil .....	3
A. Privatrecht der Europäischen Union.....	3
I. Einführung in das Gemeinschaftsrecht.....	3
II. Handlungs-/Kompetenzgrundlagen für die Rechtsetzung im Privatrecht.....	4
III. Handlungsinstrumente des sekundären Gemeinschaftsrechts.....	6
B. Harmonisierungsbestrebungen im Europäischen Privatrecht.....	9
I. Harmonisierungsansätze durch Richtlinienrecht.....	10
II. Allgemeine Bewertung der Konzepte Mindest- und Vollharmonisierung.....	14
C. Deutsches Lauterkeitsrecht in originärer Form .....	24
D. Richtlinie gegen Unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG .....	26
I. Rechtshistorischer Hintergrund .....	26
II. Entstehung der UGP-Richtlinie.....	27
E. Umsetzung der UGP-RL 2005/29/EG im deutschen UWG.....	28
I. Anforderungen an Umsetzung und Auslegung .....	29
II. Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe – Zuordnung der Konkretisierungskompetenz .....	33
III. Schutzzweck und Integriertes Modell des UWG .....	38
IV. Begriff der Unzumutbaren Belästigung des §7 UWG .....	46
V. Evolution – Umsetzungsschritte bis zum UWG von 2015.....	47
VI. Bewertung der Auswirkungen auf den Verbraucherschutz in Deutschland .....	49
VII. Stellungnahme und Zwischenfazit zur Umsetzung der UGP- Richtlinie .....	50
3. Teil - Schlussteil .....	51
A. Zusammenfassung und Fazit.....	51
B. Stellungnahme und Ausblick.....	52
Literaturverzeichnis .....	55

## Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft?
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art./Artt.	Artikel
Begr.	Begründung
BGBI.	Deutsches Bundesgesetzblatt
Bull.	Bulletin
bzw.	beziehungsweise
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
endg.	endgültig
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	(fort)folgende
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (int.: Internationaler Teil)
i.d.S.	in diesem Sinne
i.S.e.	im Sinne einer/s
i.V.m.	in Verbindung mit
KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaften
lit.	litera
m.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
o.g.	oben genannt(e,s)
RegE	Regierungsentwurf
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte(r)
s.o.	siehe oben
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
UGP-Richtlinie	Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG
Urt.	Urteil
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil

# 1. Teil – Einleitung

## A. Einführung

Eines der tragenden Elemente der Europäischen Union ist zweifelsohne die Erwartung, dass sich durch einen ausgeprägten und gut funktionierenden europäischen Binnenmarkt ökonomische Vorteile für alle Beteiligten ergeben. Zur Erreichung dieses und anderer Ziele werden den europäischen Gemeinschaftsorganen entsprechende Kompetenzen zugestanden. Ein grundsätzliches Paradigma ist in diesem Zusammenhang die Annahme, dass einheitliches Recht bei der Erreichung von vorhergenanntem Ziel helfen kann. Es darf daher vermutet werden, dass die Rechtsvereinheitlichungsdichte, welche sich im europäischen Privatrecht beobachten lässt, vorhergenannte Wurzeln hat. Für die Harmonisierung des Rechts in der Gemeinschaft stehen der Europäischen Union dabei – in Bezug auf das individuelle Rechtssystem der Mitgliedsstaaten – mehr oder weniger einschneidende Instrumente zur Verfügung.

Im Bereich speziell des Lauterkeitsrechts gab es schon seit sehr frühen Tagen der Europäischen Gemeinschaft die Erkenntnis bzw. Annahme, dass eine Rechtsvereinheitlichung wichtig und zielführend wäre. Jedoch gab es dann erst ab Mitte der 1980er Jahre sichtbare, obgleich noch eher zaghafte, Maßnahmen und Entwicklungen zur Rechtsvereinheitlichung durch Richtlinien der Europäischen Kommission im Lauterkeitsrecht. Noch mehr Fahrt hat die Thematik jedoch in deutlicherer Form erst kurz nach der Jahrtausendwende aufgenommen. Nach einer Befragung der „interessierten Kreise“ im Rahmen eines Grünbuches wurde ein akuter Rechtsharmonisierungsbedarf im Lauterkeitsrecht erkannt. Wenige Jahre später kam schließlich die entsprechende „UGP-Richtlinie“<sup>1</sup>. Diese Richtlinie zielt auf eine umfassendere Rechtsvereinheitlichung der Regulierung von unlauteren Geschäftspraktiken ab. Neben dem Ziel, den europäischen Binnenmarkt zu stimulieren, formuliert die Richtlinie als weiteres Ziel ein hohes Verbraucherschutzniveau. Dabei bezieht sich die Regulierungsvorgabe der Richtlinie ausschließlich auf Rechtsfälle für das Verhältnis Unternehmen-Verbraucher<sup>2</sup>.

## B. Problemstellung und Zielsetzung

Der Mitgliedsstaat ist zur Umsetzung der Richtlinien der Europäischen Kommission verpflichtet<sup>3</sup>. Um insbesondere einen hohen Grad an Rechtsvereinheitlichung erreichen zu können, wurde die UGP-Richtlinie seitens der

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (..), ABl. L149/22

<sup>2</sup> sog. B2C – Business to Customer Bereich

<sup>3</sup> Im Sinne der „Uniontreuepflicht“ aus Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 288 Abs. 3 AEUV

Kommission als vollharmonisierend ausgeführt. Dies bedeutet, dass der mitgliedstaatliche Gesetzgeber die Richtlinieninhalte in sein nationales Rechtssystem dergestalt umsetzen muss, dass sich weder eine schwächere noch eine strengere Regulierung ergibt, als in der Richtlinie vorgesehen. Die nationalen Gerichte sind ebenso zur sog. richtlinienkonformen Auslegung für Fragestellungen, welche in den entsprechend regulierten Rechtsbereich fallen, angehalten. Während die Kodifizierung von Richtlinien ins nationale Recht schon allgemein meist nicht trivial ist, verschärft sich die Herausforderung bei der besonderen Form der vollharmonisierenden Richtlinien. Insbesondere wird dem Gesetzgeber die Möglichkeit versagt, durch ein Abweichen „nach oben“ eine verbesserte Einpassung in sein Rechtssystem vornehmen zu können. Es verbleibt dem Gesetzgeber daher sehr wenig oder sogar gar kein maßgeblicher Spielraum.

Im Rahmen dieser Arbeit sollen die konkreten zentralen Schwierigkeiten und Fragestellungen, welche sich im Rahmen der UGP-Richtlinie und ihrer Umsetzung ergaben, betrachtet und bewertet werden. Dazu zählen unter anderem die Tatsache, dass eine Einfügung des auf den Verbraucherschutz ausgerichteten Regulierungskonzeptes der UGP-Richtlinie in das „Integrierte Modell“<sup>4</sup> des deutschen Lauterkeitsrechts stattfinden musste. Ferner fußt die UGP-Richtlinie auf einer Generalklausel, deren Konkretisierung im Lichte der Richtlinien-konformität weitere Fragen aufwirft. Nicht zuletzt muss auch die Frage gestellt werden, wie es um das resultierende Verbraucherschutzniveau bestellt ist. Während in Ländern wie Deutschland bereits ein vergleichsweise hohes Verbraucherschutzniveau im Lauterkeitsrecht erreicht worden war, führt die „Deckelung“ durch die Vollharmonisierungspflicht hier möglicherweise zu einem Rückschritt; auch diese Fragestellung ist Bestandteil der Diskussion.

Vor der konkreten, am Referenzobjekt der UGP-Richtlinie geführten Diskussion, soll zunächst noch eine allgemeine Betrachtung der Harmonisierungsbestrebungen im Privatrecht vorgenommen werden. Dabei wird auch die „mildere“ Form der mindestharmonisierenden Richtlinien diskutiert. Einleitend wird noch eine hierauf gerichtete kurze Einführung in den europarechtlichen Kontext gegeben.

Als Vorgehenskonzept dieser Arbeit ist also eine gewisse Aufteilung in zwei Hauptteile vorgenommen worden: 1.) Diskussion der Harmonisierung im Privatrecht allgemein und 2.) Betrachtung der Umsetzung der UGP-Richtlinie im

---

<sup>4</sup> sog. Schutzzwecktrias – Schutz für Verbraucher, Mitbewerber und der Allgemeinheit gleichermaßen

deutschen Lauterkeitsrecht. Da eine durchgehend scharfe Trennung (im Sinne eines „allgemeinen“ und „speziellen“ Teils) nicht zielführend erschien, werden anhand des Referenzobjektes auch Fragestellungen, welche vollharmonisierende Richtlinien im Allgemeinen betreffen, erörtert.

## **2. Teil – Hauptteil**

### **A. Privatrecht der Europäischen Union**

Es erscheint angebracht, zu Beginn einen kurzen allgemeinen Überblick über die Rechtsordnung im Privatrecht der Europäischen Union im Kontext darzustellen und insbesondere die Grundlagen der Regelungskompetenz für die EU zu beleuchten. Für die spätere Diskussion spielt insbesondere das sekundärrechtliche Regelungswerkzeug der Richtlinie eine übergeordnete Rolle und soll daher in allgemeiner Form dargelegt werden.

#### **I. Einführung in das Gemeinschaftsrecht**

Für das legislative Handeln benötigen die europäischen Organe die entsprechenden Kompetenzen. Die Grundlage des Europäischen Rechts bilden dabei die entsprechenden, zwischen den Mitgliedsstaaten geschlossenen, Verträge<sup>5</sup>. Ein wesentlicher Grundstein des Europäischen Rechts wurde dabei durch den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag - auch Römische Verträge genannt) vom 25. März 1957 gelegt. Im Jahre 1992 wurde in Maastricht durch den Europäischen Rat ein weiteres zentrales Vertragswerk unterzeichnet: der Vertrag über die Europäische Union (EUV). Infolge des Vertrages von Maastricht fand auch eine wesentliche Änderung des EWG-Vertrages wie auch eine Umbenennung in EG-Vertrag statt. Der Vertrag von Amsterdam in 1997 brachte weitere wesentliche Änderungen und eine Neunummerierung der vorhergenannten Verträge mit sich. Diese Vertragswerke stellten damit bis zum Jahre 2009 die Hauptverträge für das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaft dar.

Mit dem Vertrag von Lissabon<sup>6</sup> mit Wirkung ab dem 1. Dezember 2009 wiederum wurde im Wesentlichen die bis heute gültige Rechtsbasis geschaffen. Hierbei wurde der EG-Vertrag in Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union umbenannt. Ferner wurde auch der EU-Vertrag reformiert. Beide Verträge bilden heute die Grundlage für das Primärrecht der Europäischen Union<sup>7</sup>.

Das Primärrecht ist in allen Mitgliedsstaaten gültig, ohne dass es eines Umsetzungsaktes bedürfte. Gemäß Art. 267 AEUV<sup>8</sup> steht es einzig dem EuGH

---

<sup>5</sup> Bron, S.54ff.

<sup>6</sup> Veröffentlicht durch ABl. 2007 /C 306/01

<sup>7</sup> Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, S.4, Rn. 8

<sup>8</sup> Analog Art. 234 EGV

zu, das primäre Gemeinschaftsrecht auszulegen; der EuGH muss damit implizit die Rolle eines „Verfassungsgerichtes“ einnehmen<sup>9</sup>. Gegenüber dem Recht der Mitgliedsstaaten ist das Europäische Primärrecht vorrangig anzuwenden. Mit dem Urteil „Solange II“<sup>10</sup> hat das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahre 1986 die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Rechtssituation anerkannt.

## **II. Handlungs-/Kompetenzgrundlagen für die Rechtsetzung im Privatrecht**

Wie im vorhergehenden Abschnitt gezeigt wurde, ergeben sich für die weitere Betrachtung im Rahmen dieser Arbeit zwei relevante Zeiträume, die jedoch nur eine marginal unterschiedliche Rechtslage haben. Zunächst kann hier die Zeit vor dem Vertrag von Lissabon (mit Wirkung ab Ende 2009) genannt werden, wobei die Zeitpunkte der Veröffentlichung der UGP-Richtlinie (11. Mai 2005) und die Frist für dessen Umsetzung (12. Juni 2007) in diesen Zeitraum fallen. Des Weiteren ist die Zeit ab Wirkung des Vertrages von Lissabon (1. Dezember 2009) zu betrachten – konkret geht es dabei um die Bewertung im Lichte der heutigen Rechtslage.

Die Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft / Europäischen Union werden durch die vorher genannten Verträge definiert. Die Rechtsprechung des EuGH nimmt dabei eine konkretisierende und erweiternde Funktion ein<sup>11</sup>. Die Zuständigkeiten der EU, Bereiche und Abgrenzungen sowie Einzelheiten der Ausübung derselben, sind im AEUV geregelt<sup>12</sup>. Hierbei kann zwischen ausschließlichen<sup>13</sup> und geteilten<sup>14</sup> Zuständigkeiten sowie einer „Rahmenkompetenz“<sup>15</sup> unterschieden werden. Hierbei sei insbesondere erwähnt, dass eine ausschließliche Zuständigkeit im Bereich der „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“ der EU zugeordnet wird<sup>16</sup>. Die Mitgliedsstaaten haben im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der EU keinerlei eigene Handlungskompetenz mehr.

Gemäß den genannten Befugnissen hat die EU also keine allgemeine Kompetenz zur Harmonisierung der Gesetze für ihre Mitgliedsstaaten; vielmehr kann die EU grundsätzlich nur nach dem „Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung“ tätig werden<sup>17</sup>. Demnach darf die EU nur im Rahmen der ihr zugewiesenen Zuständigkeiten tätig werden, welche für die Erreichung der in den

---

<sup>9</sup> Folz in: Fastenrath/Nowak, S.73ff

<sup>10</sup> Solange II, BVerfG v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339)

<sup>11</sup> Zischka, S. 28

<sup>12</sup> Art. 1 Abs. 1 AEUV

<sup>13</sup> Art. 3 AEUV

<sup>14</sup> Art. 4 AEUV

<sup>15</sup> Artt. 2 Abs. 5, 6 AEUV, vgl. auch Bron, S.54

<sup>16</sup> Art. 3 Abs. 1 lit.c AEUV

<sup>17</sup> Mit genannter Begrifflichkeit: Art. 5 Abs. 1 EUV, in diesem Sinne aber auch Art. 5 EGV



Verträgen definierten Ziele notwendig sind<sup>18</sup>. Insbesondere gilt es zu erwähnen, dass sich für die Kommission eine primärrechtlich verankerte Querschnittskompetenz<sup>19</sup> zur Errichtung und Funktionieren eines Europäischen Binnenmarkts ergibt. Darüber hinaus existiert noch eine Verbraucherschutzkompetenz, welche im Vertragswerk sowohl spezifisch hervorgehoben<sup>20</sup>, als auch in Verbindung mit den vorhergenannten Binnenmarktklauseln vorgebracht wird<sup>21</sup>.

Es sei jedoch auch darauf hingewiesen, dass durch die Rechtsprechung des EuGHs der EU im Sinne der sog. „implied powers Lehre“ auch Kompetenzen durchaus auch darüber hinaus zugestanden werden<sup>22</sup>. Dies kann der Fall sein, wenn für die Erreichung von Zielen im Rahmen der Befugnisse weitere, darüber hinausgehende, Kompetenzen benötigt werden. Entsprechend muss die Kommission in derartigen Fällen eine interpretatorische Basis bei diesen Kompetenznormen finden und benennen können<sup>23</sup>. Bei der Auslegung der Normen wiederum ist das „effet utile Prinzip“<sup>24</sup> anzuwenden; dies ist auch der durch den EuGH üblicherweise angewandte Auslegungsansatz<sup>25</sup>. Demnach ist bei verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten der Vertragskompetenzen diejenige Alternative vorzuziehen, die für die Erreichung der im Vertrag allgemein definierten Ziele oder Vertragszwecke am geeignetsten erscheint<sup>26</sup>.

Bei den Maßnahmen sind schließlich noch das Subsidiaritätsprinzip sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren<sup>27</sup>. Dem Subsidiaritätsprinzip folgend sollten in Bereichen welche nicht ihrer ausschließlichen Zuständigkeit unterliegen nur dann zentrale Regelungsansätze seitens der EU verfolgt werden, wenn das gewünschte Ergebnis nicht durch Regelung auf nationaler Ebene zufriedenstellend erreicht werden kann<sup>28</sup>. Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip folgt der Grundsatz, dass Maßnahmen nicht über das für die Erreichung der Ziele notwendige Maß hinausgehen<sup>29</sup>.

---

<sup>18</sup> Art. 5 Abs. 2 EUV, vgl. auch: Kraußner, S. 7f.

<sup>19</sup> Artt. 114, 115 AEUV, Zieldefinition in Art. 26 AEUV. Analog Artt. 95, 94, 14 EGV

<sup>20</sup> Art. 169 AEUV (Art. 153 EGV)

<sup>21</sup> Art. 114 Abs. 3 AEUV (Art. 95 EGV)

<sup>22</sup> Grundsätzlich bereits: Urt. GH v. 29.11.1956 – Rs. C-8/55 („Féd. Char. de Belgique“)

<sup>23</sup> Basedow, S 33 m.w.N.

<sup>24</sup> In etwa: Prinzip der tatsächlichen Wirksamkeit. Siehe z.B. Lerche, S.13f

<sup>25</sup> Systematisch der Methode der Teleologischen Auslegung zuzuordnen. Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, S.52, Rn.110]

<sup>26</sup> Bron, S.168 m.w.N.

<sup>27</sup> Art.5 Abs.1 EUV

<sup>28</sup> Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, S.11, Rn. 18

<sup>29</sup> Art. 5 Abs.4 EUV, siehe auch: Knemeyer, S.450f.

### III. Handlungsinstrumente des sekundären Gemeinschaftsrechts

Der Europäischen Kommission stehen zur Erreichung ihrer rechtlichen Harmonisierungsziele im Rahmen ihrer Kompetenzen verschiedene konkrete Werkzeuge sekundärrechtlicher Natur zur Verfügung. Zu diesen Rechtsakten zählen insbesondere die Verordnung und die Richtlinie<sup>30</sup>.

#### Verordnungen:

Das Handlungsinstrument der Verordnung ergibt sich aus Art. 288 Abs.2 AEUV<sup>31</sup>. Demnach haben Verordnungen allgemeine Geltung; sie sind in allen ihren Teilen verbindlich und gelten unmittelbar in der gesamten EU, also konkret unmittelbar in allen Mitgliedsstaaten. Das heißt dass es für ihre Rechtswirkung keines nationalstaatlichen Umsetzungsschrittes bedarf und sich diese unmittelbar entfaltet<sup>32</sup>. Der Begriff der allgemeinen Geltung meint dabei, dass Verordnungen generelle abstrakte Rechtssachverhalte für eine unbestimmte Zahl an Fällen allgemein regeln; aus diesem Grunde wird Verordnungen eine Rechtsatzqualität zugeschrieben<sup>33</sup>. Die Verbindlichkeit ist in diesem Zusammenhang derart zu beschreiben, dass sich für die Mitgliedsstaaten kein Gestaltungsspielraum mehr ergibt, sofern dieser nicht explizit durch die Verordnung zugestanden wird<sup>34</sup>. Die Rechte und Pflichten, welche sich aus der Verordnung ergeben, gelten dabei nicht nur für die Mitgliedsstaaten, sondern für jeden unmittelbar, der von ihrem Regelungsinhalt erfasst wird<sup>35</sup>. Die Kompetenz zur Änderung von Verordnung steht dabei ausschließlich den Gemeinschaftsorganen zu<sup>36</sup>. Die nationalstaatlichen Gerichte haben bei ihren einschlägigen Entscheidungen die Verordnung zu berücksichtigen und nationales Recht im Regelungsbereich, sofern es der der Verordnung widerspricht, außer Betracht zu lassen<sup>37</sup>. Als großer Nachteil der Verordnung und auch als größter Kritikpunkt ist zu sehen, dass bei ihrer Verwendung nationalstaatliche Souveränität beträchtlich eingeschränkt wird. Es sollte daher Verantwortung der Kommission sein, den Einsatz von Verordnungen auf die Fälle zu beschränken, in denen eine harmonisierte nationale Gesetzgebung überterritoriale Ziele nicht zu erreichen vermag oder in Fällen in denen gar von einer einzelstaatlichen Abschottungswirkung durch die nationalstaatliche Rechtsetzung gesprochen werden kann<sup>38</sup>.

---

<sup>30</sup> Daneben - im Kontext dieser Arbeit jedoch nicht relevant - wären vollständigshalber u.a. noch *Entscheidungen* sowie *Empfehlungen* und *Stellungnahmen* zu erwähnen.

<sup>31</sup> Entsprechend Art. 249 Abs. 2 EGV

<sup>32</sup> Westermann, S.26

<sup>33</sup> Streinz, Rn. 378

<sup>34</sup> Westermann, S. 26

<sup>35</sup> Bleckmann, Rn.380

<sup>36</sup> Sonntag, S. 42

<sup>37</sup> Streinz, Europarecht, Rn. 380

<sup>38</sup> Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner in: van der Groeben/Schwarze, Art. 95, Rn. 40

## **Richtlinien:**

Gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV<sup>39</sup> sind Richtlinien für jeden Mitgliedsstaat lediglich in Bezug auf das zu erreichende Ziel verbindlich; der Mitgliedsstaat darf jedoch die Form und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles grundsätzlich frei wählen. Im Gegensatz zum vorhergenannten Instrument der Verordnung, ist das Ziel bei Richtlinien nicht generell-abstrakt; vielmehr wird ein konkretes Ergebnis benannt, welches erreicht werden soll<sup>40</sup>. Die Mitgliedsstaaten werden durch Richtlinien dazu aufgefordert, ihre Rechtsordnungen derart zu gestalten, dass den in der Richtlinie beschriebenen Sachverhalten und Tatbeständen eine ebenso dort definierte Rechtsfolge zugewiesen wird<sup>41</sup>. Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber hat bei Richtlinien die Freiheit, über die Art und Weise der Erreichung dieser Rechtsfolge-Relation frei zu entscheiden (sog. „Freie Wahl der Form und Mittel“); damit ergibt sich für ihn insbesondere die Möglichkeit, eine systematisch geeignete Eingliederung in seine vorhandene Rechtsordnung vornehmen zu können<sup>42</sup>.

Bei der Umsetzung von Richtlinien wird allgemein von einem zweistufigen Rechtsetzungsverfahren gesprochen: nachdem eine Richtlinie im ersten Schritt durch die EU-Kommission erlassen wurde, folgt als zweite Schritt die Umsetzung in das jeweilige nationale Recht der Mitgliedsstaaten<sup>43</sup>- hierbei wird den Mitgliedsstaaten üblicherweise die zeitliche Frist zur Umsetzung durch die Richtlinie konkret benannt. Eine weitere Zweistufigkeit kann ferner auch in Bezug auf Regelungsgehalt einer Richtlinie gesehen werden: dergestalt, dass es Aufgabe der Mitgliedsstaaten ist, eine entsprechende Rechtsetzung vorzunehmen, welche schließlich im zweiten Schritt seine Bürger diesbezüglich bindet<sup>44</sup>.

Hintergrund und Motivation für das vorhergenannte zweistufige Rechtsetzungsverfahren ist es, den Mitgliedsstaaten einen maximal möglichen Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung des Richtlinienvorgaben in die individuellen nationalstaatlichen Rechtsordnungen verbleiben zu lassen und damit den höchstmöglichen Schutz der Souveränität der Mitgliedsstaaten zu erzielen<sup>45</sup>. Zusammengefasst darf also gesagt werden, dass durch Richtlinien eine reine Sachverhalt-Rechtsfolge-Relation vorgegeben wird, welche für die nationalstaatliche Rechtsordnung zu kodifizieren ist – eine Intervention in die

---

<sup>39</sup> Entsprechend Art. 249 Abs. 3 EGV

<sup>40</sup> Franzen, S.245

<sup>41</sup> Heiderhoff, Gemeinschaftsprivatrecht, S.35

<sup>42</sup> Sonntag, S.43

<sup>43</sup> Bieber / Epiney / Haag, S.195f.

<sup>44</sup> Franzen, S.347

<sup>45</sup> Bieber / Epiney / Haag, S.195f.

Rechtsdogmatik und Systematik des nationalen Rechts findet hingegen formal nicht im direkten Sinne statt<sup>46</sup>.

Aufgrund der beschriebenen Vorteile hat sich die Richtlinie schließlich auch als wesentliche Maßnahmenform zur Harmonisierung des Verbraucherrechts etabliert<sup>47</sup>. Die Richtlinie stellt sich dabei grundsätzlich als ein sehr individuell anpassbares und flexibles Harmonisierungsinstrument dar, durch welches den Mitgliedsstaaten ein hoher Grad an Gestaltungsfreiheit zugestehen kann. Die Mitgliedsstaaten können im Rahmen ihres Gestaltungsspielraumes die Integrität ihrer bestehenden Rechtsordnung erhalten und es ist ihnen somit zumindest grundsätzlich möglich, etwaige innere Widersprüche zu vermeiden<sup>48</sup>. Gleichzeitig erlaubt es die spezifische und detaillierte Zielbenennung einer Richtlinie auch, konkrete Harmonisierungsziele zu erreichen<sup>49</sup>.

Es sei jedoch auch erwähnt, dass sich für die Gemeinschaftsorgane nicht selten ein Zielkonflikt zwischen dem Erreichen eines erwünschten Harmonisierungszieles (Ergebnis) und gleichzeitig der Rücksichtnahme auf mitgliedsstaatliche Belange ergibt<sup>50</sup>, wenn die Frage erörtert wird, wie groß der eingeräumte verbleibende Gestaltungsspielraum ausgelegt werden soll. Der Gestaltungsspielraum für die Mitgliedsstaaten ergibt sich dabei konkret aus dem Gegenstandsbereich einer Richtlinie und dem von ihr vorgegebenen Harmonisierungsgrad für den genannten Gegenstandsbereich<sup>51</sup>.

### **Erlass von Richtlinien:**

Für Richtlinien mit Maßnahmen, welche auf Basis der Querschnittskompetenz „Binnenmarkt“<sup>52</sup> oder „Verbraucherschutz“<sup>53</sup> erlassen werden, ist sog. ‚Ordentliche Gesetzgebungsverfahren‘ nach Art. 294 AEUV<sup>54</sup> einzuleiten. Dieses stellt neben den ‚Besonderen Gesetzgebungsverfahren‘ das aufwändigste Verfahren dar<sup>55</sup>; es erstreckt sich ab dem Einreichen eines Vorschlages durch die Kommission (diese hat ein Initiativrecht<sup>56</sup>) über bis zu drei Lesungen jeweils des Europäischen Rats und des Europäischen Parlaments. Der Rat und das

---

<sup>46</sup> Sonntag, S.44

<sup>47</sup> Oppermann, §18, Rn. 35

<sup>48</sup> Streinz, Rn. 433

<sup>49</sup> Rittner, S.852

<sup>50</sup> etwa Rechtstraditionen, kulturelle Aspekte oder rechtspolitische Anschauungen, siehe u.a. Sonntag, S.45

<sup>51</sup> ebenda, S. 45f. - s. hierzu auch Abschnitt B

<sup>52</sup> Artt. 114, 115 AEUV, Zieldefinition in Art. 26 AEUV („Verwirklichung des Binnenmarktes und Gewährleistung seines Funktionierens“. Analog Artt. 95, 94, 14 EGV – vgl. auch vorheriger Abschnitt

<sup>53</sup> Art. 169 AEUV (Art. 153 EGV) – vgl. auch vorheriger Abschnitt

<sup>54</sup> Analog Art. 251 EGV – vormals *Verfahren der Mitentscheidung* genannt

<sup>55</sup> Achenbach, S.9ff.

<sup>56</sup> Gem. Art. 294 Abs. 2 AEUV – entspr. Art. 251 Abs. 2 EGV

Parlament stehen dabei gleichberechtigt in Ihrer Rolle als Gesetzgeber nebeneinander – Voraussetzung für den Erlass der Richtlinie ist, dass eine Einigung zwischen diese beiden Gemeinschaftsorgane erzielt werden kann.

## **B. Harmonisierungsbestrebungen im Europäischen Privatrecht**

Es lässt sich ohne Zweifel feststellen, dass die Regelungsdichte seitens der EU im Europäischen Privatrecht steigt – viele diesbezügliche Initiativen befinden sich zudem in der Anbahnung<sup>57</sup>. Es lässt sich aus dieser Entwicklung und Bestrebung das Paradigma herauslesen, dass nur eine möglichst weitgehend vereinheitlichtes und entsprechend „europarechtlich gefärbte Privatrecht“ in den Mitgliedsstaaten zu einem funktionierenden und machtvollen Binnenmarkt führen kann<sup>58</sup>. In Bezug auf das, in dieser Arbeit im Vordergrund stehende, Wettbewerbs- bzw. Lauterkeitsrecht lassen sich die Wurzeln der genannten Entwicklung bereits in die 1960er zeitlich verorten<sup>59</sup> - nun nimmt auch an dieser Stelle das „europäische Projekt der Privatrechtsvereinheitlichung“ deutlich an Fahrt auf.

Dass die Mitgliedsstaaten auf der anderen Seite einem erheblichen Entzug ihrer staatlichen Souveränität und verstärkten Einwirkung des Unionsrechts nicht uneingeschränkt positiv gegenüberstehen, bedarf wohl keiner weiteren Erläuterung. In diesem Abschnitt sollen die beiden wichtigsten Harmonisierungsinstrumente diskutiert werden. Durch die Wahl des Harmonisierungsinstrumentes kann die Kommission nicht unerheblich entweder mehr auf ein Ziel der Rechtsvereinheitlichung oder mehr auf die Rücksichtnahme bzw. Beibehaltung von mitgliedsstaatlicher Souveränität wirken.

Daneben sei an dieser Stelle auch erwähnt, dass die europäischen Organe keine alleinstehende Kompetenz zur Rechtsvereinheitlichung (als „Selbstzweck“) haben. Mit Blick auf die materielle Harmonisierungskompetenz der europäischen Kommission sei dabei mit Hinblick auf den vorher genannten Art. 114 AEUV<sup>60</sup> i.V.m. Art. 26 EGV auf die sog. „Tabakwerbeverbots-Entscheidung“ des EuGH hingewiesen. Demnach ist es als Rechtsgrundlage für eine EU/EWG-weite Rechtsharmonisierung nicht ausreichend, allein auf die Unterschiede der einzelnen nationalen Rechtsnormen zu verweisen; vielmehr muss durch diese Rechtsungleichheit u.a. ein Hemmnis für das Funktionieren des Binnenmarktes

---

<sup>57</sup> Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, S.283, S.302ff liefert hierzu einen guten und aktuellen Überblick.

<sup>58</sup> In diesem Sinne u.a. KOM (2002) 289 endg

<sup>59</sup> Siehe hierzu auch 2. Teil - Abschnitt D.II dieser Arbeit

<sup>60</sup> Entsprechend: Art. Art. 95 EGV i.V.m. Art. 14 EGV

herrühren und dieses sich auch durch die Richtlinie mit ausreichender Wahrscheinlichkeit beheben lassen<sup>61</sup>.

In diesem Abschnitt wird die Privatrechtsharmonisierung durch Richtlinienrecht besprochen. Dediziert werden die beiden Konzepte Mindestharmonisierung und Vollharmonisierung betrachtet. Dabei wird im Kontext eine Bewertung gegeben, wobei diese in diesem Abschnitt primär im Sinne einer allgemeinen Betrachtung bezogen auf das Privatrecht eher generell vorgenommen wird. Das Gesamtbild für das Ergebnis dieser Arbeit ergibt sich schließlich durch Einbeziehung der Betrachtungen in Bezug auf das Referenzobjekt UGP-Richtlinie.

### **I. Harmonisierungsansätze durch Richtlinienrecht**

Wie bereits im vorhergehenden Kapitel dargelegt, ist die Richtlinie ein durch die EU-Kommission sehr häufig verwendetes Mittel zur Erreichung von Rechtsangleichung innerhalb der Union. Für die Mitgliedsstaaten kann sich aus der Ausgestaltung der Richtlinie ein mehr oder weniger großer Gestaltungs- bzw. Umsetzungsspielraum ergeben<sup>62</sup>. Um diesen Spielraum ermitteln zu können, müssen die Mitgliedsstaaten aber zunächst einmal den tatsächlichen Inhalt der Richtlinie erschließen<sup>63</sup>. Hierfür bedarf es der korrekten Auslegung der Richtlinie. Dafür stehen die grundsätzlichen allgemein anerkannten Auslegungsmethoden<sup>64</sup> zur Auswahl.

Am naheliegendsten dürfte dabei auf den ersten Blick die **Auslegung nach dem Wortlaut**<sup>65</sup> sein – dies entspricht auch allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen<sup>66</sup>. Als Problem ergibt sich hierbei, dass Richtlinien in alle Europäischen Amtssprachen übersetzt werden müssen, wobei auch keine Sprache dabei Referenzcharakter hat; dementsprechend wird eine wortgetreue Auslegung erschwert oder genauer gesagt häufig unmöglich (es besteht die akute Gefahr, dass die Auslegung bei unterschiedlichen Sprachversionen zu unterschiedlichen Ergebnissen führt). Als weiterer Auslegungsansatz kommt die **Systematische Auslegung** infrage. Hierbei wird der Blick auf andere ähnlich geartete bzw. ausgerichtete Richtlinienbestimmungen gerichtet. Dabei wird die Annahme getroffen, dass es möglich sein muss, diese Normen widerspruchsfrei und mit denselben gemeinschaftsrechtlichen Vertragszielen in einen systematischen

---

<sup>61</sup> Es wird daneben u.a. noch auf eine „Spürbare Wettbewerbsverzerrung“ oder „Hemmnisse für die Grundfreiheiten abgestellt“. Siehe u.a. Bron, S.71ff. m.w.N, Roth in: Gsell/Herresthal S.31ff.

<sup>62</sup> Jäger, S.31ff.

<sup>63</sup> Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, S.43 Rn.84

<sup>64</sup> Savigny, S.19ff.

<sup>65</sup> Auch: Grammatische Auslegung.

<sup>66</sup> Oppermann, §8 Rn.20

Bezug bringen lassen. Dies gestaltet sich auch nicht selten als sehr schwierig, insbesondere wenn entsprechende Referenzen fehlen oder die Ergebnisse dennoch zweideutiger Natur sind<sup>67</sup>. Schließlich ist auch eine **Teleologische Auslegung** einer Richtlinie möglich. Dabei wird auf die objektiven Ziele abgestellt, welche der Richtlinienersteller offensichtlich hat und welche er mit Hilfe der konkreten Richtlinie erreichen will. In einem zweiten Schritt findet noch ein Abgleich mit der primärrechtlichen Grundlage statt. Diese Auslegungsmethode wird häufig erfolgreich angewandt, führt dann aber zu Schwierigkeiten, wenn sich die genannten objektiven Ziele nicht ausreichend genau bestimmen lassen<sup>68</sup>. Bei der **Historischen Auslegung** wird der Blick auf den ursprünglichen Willen des Richtlinienerstellers gerichtet auch in Bezug auf die Entstehungsgeschichte. Dies ergibt sich selten aus dem Richtlinienentwurf, jedoch lassen die aufgeführten Erwägungsgründe der Richtlinie teilweise entsprechende Schlussfolgerungen zu<sup>69</sup>. In allen Fällen muss als letzter notwendiger Schritt die Absicherung vorgenommen, dass die Auslegung primärrechtskonform ist. Dies ist darin begründet, dass das Gemeinschaftsrecht vorrangig zu berücksichtigen ist<sup>70</sup>.

Anhand der Auslegung lassen sich nun der Gegenstandsbereich sowie der Grad der Harmonisierung der Richtlinie ermitteln. Dies stellt sich gewissermaßen als eine Art dreidimensionales Modell dar. Dabei muss zunächst der Gegenstandsbereich definiert werden, also der zu regelnde Bereich, auf den die Richtlinie Anwendung finden soll (im Modell: die ersten beiden Dimensionen). Anders gesagt wird unter dem **Gegenstandsbereich** die durch den Rechtsakt zu regelnde Materie verstanden, also den konkreten Ausschnitt aus dem gesamten Regelungskomplex, der geregelt werden soll. Eine weitere Untergliederung kann in die Dimensionen persönlicher Anwendungsbereich<sup>71</sup> und sachlicher Anwendungsbereich<sup>72</sup> vorgenommen werden<sup>73</sup>.

Ist der Gegenstandsbereich nun bekannt, lässt sich aus dem Auslegungsergebnis auch der **Grad der Harmonisierung** bestimmen – im vorhergenannten Modell stellt dies die dritte Dimension dar. Hierbei geht es um die Harmonisierungsintensität mit welcher im Rahmen des Gegenstandsbereiches eine Regelung vorgenommen werden soll. Aus dem Grad der Harmonisierung ergibt sich unmittelbar auch der Gestaltungsspielraum, den der mitgliedstaatliche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie hat.

---

<sup>67</sup> Sonntag, S.51

<sup>68</sup> ebenda, S.52.

<sup>69</sup> ebenda

<sup>70</sup> Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, S.16, Rn.30

<sup>71</sup> Z.B.: wer sind die Normadressaten, welche Personen sollen geschützt werden?

<sup>72</sup> Welches ist der sachliche Anknüpfungsbereich der Norm? Konkrete Tatbestände

<sup>73</sup> Westermann, S.77ff.

Es sei jedoch an dieser Stelle auch erwähnt, dass hinsichtlich der Bestimmung des Grades der Harmonisierungsmaßnahme neben dem Auslegungsergebnis auch weitere Faktoren zu berücksichtigen sind: dies sind die zugehörige Ermächtigungsgrundlage, das Gesamterscheinungsbild sowie das System der Richtlinie<sup>74</sup>.

Hinsichtlich ihres Harmonisierungsgrades lässt sich entsprechend zwischen zwei Hauptstufen der Harmonisierung unterscheiden:

Mit **Vollharmonisierung**<sup>75</sup> wird die intensivste Form der Rechtsangleichung durch Richtlinien bezeichnet<sup>76</sup>. Vollharmonisierende Richtlinien belassen insgesamt den geringsten Gestaltungsspielraum beim nationalstaatlichen Gesetzgeber. Es wird ein Regelungsmindeststandard, gleichzeitig aber auch an dieser Stelle hierfür eine Obergrenze gesetzt, über die der Mitgliedsstaat regelungsseitig auch „nach oben“ nicht mehr abweichen darf. Dies bedeutet, dass eine Regelung innerhalb des Gegenstandsbereiches der Richtlinie, welche strenger als deren Vorgabe ist, nicht zulässig ist<sup>77</sup>. Ein entsprechender Spielraum kann sich jedoch auch bei vollharmonisierenden Richtlinien ergeben – wenn dieser in Form von Optionsklauseln im Richtlinien text explizit beschrieben wird. Strenggenommen sind aber selbst solche Klauseln als vollharmonisierend einzuordnen, da auch sie kein Abweichen vom in der Richtlinie festgelegten Regelungsniveau zulassen<sup>78</sup>. Zuletzt seien noch die sog. Schutzklauseln erwähnt – durch sie ergibt sich die zeitliche Frist, die den Nationalstaaten für die Umsetzung der Richtlinie zugestanden wird; während dieses Zeitraumes sind entsprechend Abweichungen von der Richtlinie noch möglich<sup>79</sup>.

Die zweite Stufe hinsichtlich des Harmonisierungsgrades (mit abnehmender Harmonisierungsintensität), stellt das Konzept der **Teilharmonisierung**<sup>80</sup> dar. Bei dieser Harmonisierungsform existieren wiederum zwei Unterformen: Optionelle Harmonisierung und Mindestharmonisierung. Bei der **Optionellen Harmonisierung** werden durch eine Richtlinie Standards für den grenzüberschreitenden Warenverkehr definiert; abweichende Regelungen rein Inlands-sachverhalte betreffend sind weiterhin möglich. Bei diesem Spielraum gilt es jedoch zu beachten, dass für genannte abweichende Regelungen für Inlands-sachverhalte kein Niveau zulässig ist, welches niedriger als das des Gemein-

---

<sup>74</sup> Sonntag, S.55

<sup>75</sup> Auch als ‚vollständige Harmonisierung‘ oder ‚Totalharmonisierung‘ benannt

<sup>76</sup> Oppermann, §18 Rn.37

<sup>77</sup> Mittwoch, S.30

<sup>78</sup> Sonntag, S.56

<sup>79</sup> Mittwoch, S.36

<sup>80</sup> Auch unvollständige oder partielle Harmonisierung genannt



schaftsakt ist. Es muss erwähnt werden, dass diese Harmonisierungsform schon seit längerem an Bedeutung verloren hat<sup>81</sup>.

Die **Mindestharmonisierung** zuletzt, stellt die vergleichsweise schwächste Harmonisierungsform dar. Durch eine mindestharmonisierende Richtlinie wird den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern auch für Regelungen, die nicht ausschließlich Inlandssachverhalte betreffen, lediglich ein Mindestniveau für deren Regelungen vorgegeben. Dies bedeutet konkret, dass Nationalstaaten einen theoretisch unbegrenzten Handlungsspielraum haben, Regelungen zu erlassen, welche über das Regelungsniveau der Richtlinie hinausgehen; konkret ist es seine einzige Pflicht, den in der Richtlinie genannten Mindeststandard in allen Fällen einzuhalten<sup>82</sup>.

In den Fällen, in denen im Rahmen einer Mindestharmonisierung eine strengere Regelung als der in der Richtlinie vorgesehene umgesetzt wird, wird allgemein von einer **Überschießenden Umsetzung** gesprochen<sup>83</sup>. Zur Klärung, ob eine derartige Überschießende Umsetzung und welcher Art vorliegt, muss die Umsetzung hinsichtlich des Gegenstandsbereiches und Harmonisierungsgrades für den Regelungsinhalt betrachtet werden<sup>84</sup>. So ist es zum einen möglich, innerhalb des Gegenstandsbereiches weiterreichende Vorschriften zugunsten des Verbraucherschutzes zu definieren (Harmonisierungsgrad) oder aber über den Gegenstandsbereich beispielsweise den Kreis der durch die umgesetzte Rechtsnorm geschützten Personen über den in der Richtlinie genannten hinaus auszuweiten (Gegenstandsbereich)<sup>85</sup>.

Die vorhergenannte Überschießende Umsetzung lässt sich also für die beiden genannten Fälle unterscheiden. Von einer **Modifizierende Umsetzung** wird gesprochen, wenn eine Abweichung von der Richtlinienvorgabe innerhalb der Gegenstands- bzw. Anwendungsbereiches vorgenommen wird; dies ist „nach oben“ bei einer mindestharmonisierenden Richtlinie grundsätzlich möglich, bedarf bei einer vollharmonisierenden Richtlinie aber beispielsweise einer einschlägigen Mindest- oder Optionsklausel<sup>86</sup>. Setzt der nationale Gesetzgeber eine Richtlinie um und weicht dabei von den Vorgaben der Richtlinie außerhalb deren Anwendungs- bzw. Gegenstandsbereiches ab, so wird von einer **Erweiternden Umsetzung** gesprochen<sup>87</sup>. Da auch eine vollharmonisierende Richtlinie außer-

---

<sup>81</sup> Jäger, S.37

<sup>82</sup> Wagner, S.53ff.

<sup>83</sup> Jäger, S.27ff.

<sup>84</sup> Sonntag, S.69

<sup>85</sup> Heiderhoff, Gemeinschaftsprivatrecht, S.38f.

<sup>86</sup> Riesenhuber, S.148

<sup>87</sup> Sonntag, S.72

halb ihres Gegenstandsbereiches keine bindende Wirkung für den Gesetzgeber hat, ist dieses Vorgehen hier grundsätzlich zulässig und an sich unproblematisch. Hieraus ergibt sich für den nationalen Gesetzgeber teilweise ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum – insbesondere ermöglicht ihm dies teilweise auch, die Richtlinienvorgaben behutsam in seine bestehende Rechtsstruktur zu integrieren und eine gewisse Kohärenz herzustellen.

In Bezug auf das Modell der Tatbestands-Rechtsfolge-Relation, welche durch eine Richtlinie beschrieben wird, bietet sich auch folgende greifbare Beschreibung an: werden Abweichungen hinsichtlich der Tatbestandsseite vorgenommen, liegt eine Erweiternde Umsetzung vor, bei Abweichungen hinsichtlich der Rechtsfolgeseite, wurde eine Modifizierende Umsetzung vorgenommen<sup>88</sup>. Ein ähnlich geartetes Modell stellt dabei auf eine Sachverhalts-Rechtsfolge-Relation ab und bezieht sich dabei auf eine Menge an Lebenssachverhalten, die durch die Richtlinie geregelt werden (analog des Gegenstandsbereiches)<sup>89</sup>.

## **II. Allgemeine Bewertung der Konzepte Mindest- und Vollharmonisierung**

Für die europaweite (EG/EU) Rechtsangleichung über Richtlinienrecht wurden und werden die beiden vorhergenannten Konzepte Mindest- oder Vollharmonisierung angewendet. Über die Historie hinweg und für spezifische Rechtsbereiche lassen sich dabei jeweils Tendenzen zur Verwendung der einen oder der anderen Form ablesen<sup>90</sup>. In diesem Abschnitt sollen zunächst diese beiden Konzepte betrachtet und bewertet werden, um dann auf die erwähnten Trends und ihre Begründung einzugehen.

### **1. Konzept Mindestharmonisierung**

Historisch gesehen lässt sich feststellen, dass die privatrechtliche Europäische Rechtsangleichung im Zeitraum von 1985 bis zur Jahrtausendwende durch mindestharmonisierende Richtlinien geprägt war<sup>91</sup>. Dies wurde durch ein entsprechendes Weißbuch der Europäischen Kommission<sup>92</sup> im Jahre 1985 angekündigt und Ende desselben Jahres wurde mit der ersten mindestharmonisierenden Richtlinie für den Verbraucherschutz (85/577/EWG)<sup>93</sup> auch ein faktischer Auftakt für die „Ära der Mindestharmonisierung“ im Privatrecht

---

<sup>88</sup> Jäger, S.74

<sup>89</sup> Riehm, S.1037ff.

<sup>90</sup> Mayer kann dabei drei „Harmonisierungsetappen“ identifizieren – S. 43ff

<sup>91</sup> Im Lauterkeitsrecht wurde mit der RL 97/55EG „Vergleichende Werbung“ bereits im Jahre 1997 eine Trendwende erkennbar.

<sup>92</sup> Weißbuch „Vollendung des Binnenmarktes“ – KOM (85) 310 endg. v. 14.6.1985

<sup>93</sup> ABI. EG Nr. L372 v. 31.12.1985, S.31

gegeben. Bis zum Jahre 1999 sollte noch fünf weitere mindestharmonisierende Verbraucherschutzrichtlinien folgen<sup>94</sup>.

Erkennungszeichen der mindestharmonisierenden Richtlinien ist typischerweise die Nennung der Mindestvorschrift in der Richtlinie. Beispielsweise war im Art. 8 der vorgenannten Verbraucherschutzrichtlinie dies wie folgt formuliert:

*„Die vorliegende Richtlinie hindert die Mitgliedsstaaten nicht, noch günstigere Verbraucherschutzbestimmungen auf dem Gebiet dieser Richtlinie zu erlassen oder beizubehalten“*

In ähnlicher Weise sind die Mindestvorschriften in den anderen genannten Richtlinien formuliert. Merkmal ist also das explizite Zugeständnis von Gestaltungsspielraum für den nationalstaatlichen Gesetzgeber, strengere als in der Richtlinie vorgesehene Regelungen in seine Rechtsordnung zu übernehmen bzw. beizubehalten.

In Folge soll nun noch die Rechtmäßigkeit des Mindestharmonisierungskonzeptes sowie dessen Vor- und Nachteile erörtert werden.

#### **a) Vereinbarkeit mit europäischem Primärrecht**

Ogleich der Europäische Rat im Jahre 1992 selbst die Empfehlung zur Verwendung des Mindestharmonisierungskonzeptes gegeben hat<sup>95</sup>, erscheint es dennoch angebracht, die Vereinbarkeit mit dem europäischen Primärrecht formhalber zu prüfen. Die Frage kommt insbesondere deswegen auf, weil es auf den ersten Blick fraglich sein könnte, inwieweit eine Rechtsvereinheitlichung - die sich „nur“ auf ein Mindestniveau beschränkt - im Widerspruch zu den im Primärrecht verankerten Kompetenzgrundlagen stehen könnte<sup>96</sup>. Dabei geht es nicht um die Frage, ob eine konkrete Harmonisierungsbestrebung an sich mit dem Europarecht vereinbar ist (dies wird bei dieser Diskussion als gegeben vorausgesetzt), sondern ob das Konzept der Mindestharmonisierung mit den Kompetenzgrundlagen im Widerspruch stehen könnte.

#### **aa) Vereinbarkeit mit Art. 114 AEUV (95 EGV) ?**

Diese Vertragsnorm wird üblicherweise als Kompetenzgrundlage für Maßnahmen mit dem Ziel der Erreichung eines funktionierenden Binnenmarktes (i.V.m. Art. 26 AEUV) herangezogen<sup>97</sup>. Wird die dabei zunächst Art. 114 Abs. 1 S.2 AEUV betrachtet, ergibt sich zunächst einmal kein unmittelbarer Widerspruch zum genannten Mindestharmonisierungskonzept, da eine Regelungsintensität hier gar nicht thematisiert wird.

---

<sup>94</sup> Sonntag, S.163ff.

<sup>95</sup> Bull. der EG12-1992

<sup>96</sup> Sonntag, S.169

<sup>97</sup> Sonntag, S.61 m.w.N.

Zu prüfen wäre schließlich noch ein möglicher Verstoß gegen Art. 114 Abs. 3 AEUV<sup>98</sup>: Aus diesem Absatz ergibt sich die Zielrichtung eines hohen Schutzniveaus u.a. für den Verbraucherschutz. Daraus kann grundsätzlich die Maßgabe abgelesen werden, dass ein bestehendes Verbraucherschutzniveau einer nationalen Rechtsordnung nicht abgesenkt werden darf<sup>99</sup>. Ein Verstoß könnte sich also ergeben, würde das Mindestharmonisierungskonzept dieser Zielrichtung grundsätzlich widersprechen. Dies ist aber ja gerade nicht der Fall, vielmehr wird ja gerade durch eine Mindestharmonisierung den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit gegeben, ein etabliertes, möglicherweise höheres Verbraucherschutzniveau auch nach Richtlinienumsetzung beizubehalten<sup>100</sup>.

#### **bb) Vereinbarkeit mit Art. 169 AEUV (153 EGV)?**

Gemäß dieser Norm sind die Förderung der Interessen von Verbrauchern und die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus die legitime Kompetenzgrundlage für den Erlass entsprechend gerichteter Maßnahmen durch die Unionsorgane. Auch hierbei lässt sich aus dem Normtext kein Anhaltspunkt hinsichtlich des Harmonisierungsgrades von hierauf basierenden Maßnahmen ableiten. Ein Widerspruch zum Mindestharmonisierung ist demnach zunächst nicht ersichtlich.

Kritisch zu prüfen ist jedoch noch Art. 169 Abs. 4 AEUV<sup>101</sup> aus dem sich die Möglichkeit für die Mitgliedsstaaten ergibt, strengere Schutzmaßnahmen als die durch die Maßnahmen der Union vorgegebenen umzusetzen oder beizubehalten. Dies könnte auf dem ersten Blick dafür sprechen, dass Maßnahmen im Rahmen dieser Kompetenzgrundlage als vollharmonisierend anzunehmen seien. Bei genauerer Betrachtung jedoch zerstreut sich diese Annahme; schließlich lässt sich genannte Annahme nicht auf weitere konkretere Anhaltspunkte stützen. Vielmehr dürfte die Argumentation zulässig sein, dass gerade dieser Absatz erst recht darauf hinweist, dass der europäische Gesetzgeber die Möglichkeit überschießenden Umsetzung selbst für vollharmonisierende Richtlinie unter bestimmten Umständen eröffnen möchte, und dementsprechend gerade deshalb auch eine mindestharmonisierenden Richtlinie auf Basis dieser Norm generell als legitimes Mittel ansehen muss<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Analog Art. 95 Abs. 3 EGV

<sup>99</sup> Sonntag, S.170 m.w.N.

<sup>100</sup> Ebenda, S.169

<sup>101</sup> Entspricht Art. 153 Abs. 5 EGV

<sup>102</sup> Sonntag, S.173

## **b) Eignung des Mindestharmonisierungskonzeptes für Rechtsangleichung im Privatrecht**

Als genereller und zentraler Vorteil des Konzeptes der Mindestharmonisierung darf gesehen werden, dass der nationalstaatliche Gesetzgeber bei der Umsetzung mehr Möglichkeiten (i.S.e. Gestaltungsspielraums) hat, nationale Eigenheiten zu berücksichtigen. Es dürfte ihm somit besser gelingen, eine behutsame Einpassung in sein bestehendes Rechtssystem vorzunehmen<sup>103</sup>. Für den europäischen Gesetzgeber wiederum ergibt sich dann der Vorteil, dass er faktisch eine Art „Best Practice“ ablesen kann, der sich als Ergebnis dieses innereuropäischen Wettbewerbs der Rechtssysteme ergibt und für zukünftige Maßnahme diese Erkenntnisse berücksichtigen kann<sup>104</sup>. Durch das Definieren eines Mindeststandards wird schließlich auch in dieser „Wettbewerbs-situation“ verhindert, dass das sich ein ungebührlich geringer Rechtsstandard<sup>105</sup> durchsetzen kann<sup>106</sup>.

Die Freiheit, die mindestharmonisierende Richtlinie den Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Umsetzung derselben bietet, kann jedoch durchaus auch von einer kritischen Seite gesehen werden<sup>107</sup>. So wird allgemein konstatiert, dass von dieser Möglichkeit zur Abweichung Richtlinienvorgaben im Allgemeinen häufig Gebrauch gemacht worden ist<sup>108</sup>. Resultierend ist es im Europäischen Raum in diesem Bezug zu einer gewissen Rechtszersplitterung gekommen – der resultierenden Rechtslandschaft sei gar ein „Pointilismus“ nachzusagen<sup>109</sup>. Daraus ergäbe sich wiederum eine Verunsicherung für den Verbraucher, will er Waren aus anderen Europäischen Mitgliedsstaaten bestellen: er kennt (ohne sich mit der Thematik sehr eingehend zu befassen) üblicherweise das Verbraucherschutzniveau (also die rechtliche Situation) des entsprechend anderen Landes nicht. Die Annahme schließlich, dass Verbraucher in Summe davon abgehalten werden könnten, beispielsweise Waren auf dem „Europäischen Binnenmarkt“ zu erwerben, erscheint alles andere als abwegig. Ein ähnliches Problem, ergibt sich aber auch für Unternehmen; diese müssen sich, wollen Sie Güter in anderen Mitgliedsstaaten anbieten, zunächst eine Klärung in Bezug auf das dort geltende Recht grundsätzlich jedem infrage kommenden Landes vornehmen; dies kann mit einem nicht unerheblichen Aufwand verbunden sein. Als Ergebnis ergibt sich das Risiko, dass eine Errichtung und

---

<sup>103</sup> Mayer, S.47

<sup>104</sup> Tamm, S.756ff.

<sup>105</sup> sog. „Race to the bottom“

<sup>106</sup> Wagner, S.161ff.

<sup>107</sup> Sonntag, S.174

<sup>108</sup> u.a. Limmer in: Stürner, S.181 m.w.N.

<sup>109</sup> Siehe z.B. Glöckner, S.225

das Funktionieren eines freien europäischen Binnenmarktes dadurch behindert werden<sup>110</sup>. In der Konsequenz ist es also mehr als fraglich, ob die mindestharmonisierende Richtlinie das geeignete Mittel für genannte Zielsetzung ist.

## 2. Konzept Vollharmonisierung

Die in Bezug auf die Mindestharmonisierung genannten Kritikpunkte<sup>111</sup> haben offensichtlich zu einem Umschwenken der Europäischen Rechtsorgane bei der Harmonisierungsintensität von privatrechtlichen Angleichungsmaßnahmen geführt<sup>112</sup>. Mit Hilfe von vollharmonisierenden Richtlinien sollen nun Inkohärenzen und Unklarheiten im europaweiten Rechtsgefüge beseitigt werden<sup>113</sup>. Es kann dabei durchaus von einem Paradigmenwechsel gesprochen werden, der sich zeitlich in etwa dem Jahrtausendwechsel zuordnen lässt. Entsprechend kann die erste vollharmonisierende Verbraucherschutzrichtlinie im Jahre 2002 benannt werden<sup>114</sup>.

Wie in Abschnitt B.I in diesem Teil dieser Arbeit bereits dargelegt, findet die Bestimmung der Regelungsintensität einer Richtlinie mittels Auslegung dieser statt. Es lassen sich typische Merkmale von vollharmonisierenden Richtlinien identifizieren: zum einen fehlen diesen Richtlinien Mindestklauseln<sup>115</sup>, ferner wird beispielsweise in den Erwägungsgründen explizit angewiesen, keine anderen als die in der Richtlinie genannten Regelungen umzusetzen oder beizubehalten. Ein weiteres nicht untypisches Merkmal von vollharmonisierenden Richtlinien sind Optionsklauseln; auf Basis dieser wird es den Nationalstaaten üblicherweise gestattet, bis zu einer Frist noch abweichende Regelungen in ihrer Rechtsordnung beizubehalten – oftmals, um einen angemessenen Zeitraum für die Umsetzung der Richtlinie zu gewähren<sup>116</sup>.

Wie auch für mindestharmonisierende Richtlinien<sup>117</sup>, soll nun für vollharmonisierende Richtlinien die Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem europäischen Primärrecht und der Eignung dieses Konzeptes für eine angestrebte Rechtsangleichung im europäischen Privatrecht im Allgemeinen diskutiert werden<sup>118</sup>.

---

<sup>110</sup> u.a. Sonntag, S.174

<sup>111</sup> Siehe vorangegangener Abschnitt

<sup>112</sup> KOM (2002) 289 endg. (v.11.6.2002), KOM (2006) 744 endg. v. 8.2.2007. Bestätigend u.a. Mayer S.49, 89

<sup>113</sup> Sonntag, S.177

<sup>114</sup> ebenda, S.178

<sup>115</sup> Merkmal von mindestharmonisierenden Richtlinien – vgl. vorangegangener Abschnitt.

<sup>116</sup> Sonntag, S.43f.

<sup>117</sup> Siehe vorangegangener Abschnitt

<sup>118</sup> Spezifisch zum Referenzobjekt UGP-Richtlinie: siehe Abschnitt 2.E.

### **a) Vereinbarkeit mit europäischem Primärrecht**

Eine Vereinbarkeit mit den Artt. 114 und 169 AEUV kann ohne vertiefte Prüfung als gegeben angenommen werden<sup>119</sup>. Beide Kompetenzgrundlagen zielen auf ein hohes Maß an Rechtsangleichung ab – dies dürfte durch das Konzept der Vollharmonisierung zweifellos gegeben sein<sup>120</sup>. Genauer zu betrachten sind hingegen die Fragestellung der Vereinbarkeit mit der Ermächtigungsgrundlage des Art. 5 EUV (insbesondere auch mit den dort genannten Kompetenzschränken) sowie nicht zuletzt auch die Vereinbarkeit mit dem Richtlinienrecht. An dieser Stelle sei jedoch auch noch auf die Vorgabe eines „hohen Verbraucherschutzniveaus“ nach Art. 114 Abs. 3 AEUV hingewiesen.

#### **aa) Vereinbarkeit mit Art. 5 EUV<sup>121</sup>**

Wie bereits dargelegt<sup>122</sup> wird die Europäische Union gemäß Art. 5 EUV nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung tätig und hat dabei die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit zu achten.

Die Klärung, ob das Konzept der Vollharmonisierung im grundsätzlichen Widerspruch mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nach Artt. 5 Abs. 1, 2 EUV<sup>123</sup> stehen könnte, gestaltet sich vergleichsweise einfach: das genannte Prinzip regelt eben nur, dass die Union in einem speziellen Sachverhalt tätig werden kann, und eben nicht in welcher Form<sup>124</sup>. Demnach lässt sich allein hinsichtlich der Regelungsintensität, die durch das Konzept der Vollharmonisierung gegeben ist, kein grundsätzlicher Widerspruch erkennen und eine Vereinbarkeit darf zumindest von dieser Warte aus als gegeben angenommen werden<sup>125</sup>. Ähnlich verhält es sich in Bezug auf das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV<sup>126</sup>). Hier geht es um die „Ob-Frage“ des Tätigwerdens der Union und auch in diesem Falle nicht um die Art und Weise („Wie-Frage“). Entsprechend ergibt sich auch hierbei kein erkennbarer Widerspruch mit der Festlegung der Regelungsintensität auf das Niveau der Vollharmonisierung<sup>127</sup>.

Anders verhält es sich jedoch in Bezug auf die das Prinzip der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 EUV; demnach dürfen Maßnahmen der Union nicht über das zur Erreichung der angestrebten Ziele hinausgehende Maß hinausgehen. Es handelt sich im Zusammenhang also gewissermaßen und die um die vorher

---

<sup>119</sup> Grundlage bzw. Voraussetzung dabei: Artt. 114 bzw. 169 AEUV als Kompetenzgrundlage für die Maßnahme an sich legitim.

<sup>120</sup> Sonntag, S.179

<sup>121</sup> Entsprechend: Art. 5 EGV

<sup>122</sup> Abschnitt 2. B.II.

<sup>123</sup> Entsprechend Art. 5 Abs. 1 EGV

<sup>124</sup> Mayer, S:86f.

<sup>125</sup> Sonntag, S.180

<sup>126</sup> Entsprechend Art. 5 Abs. 2 EGV

<sup>127</sup> Sonntag, S.181

genannte „Wie-Frage“<sup>128</sup>. Da eines der Hauptkritikpunkte des Konzeptes der Vollharmonisierung die vergleichsweise große Intensität ist, mit der in die mitgliedstaatliche Souveränität eingegriffen wird, ist dieser Aspekt als durchaus nicht unproblematisch anzusehen. Für die Erfüllung der Anforderung der Verhältnismäßigkeit muss seitens der Union ein legitimes Ziel angestrebt werden und die dafür angewandten Maßnahmen zur Zielerreichung geeignet und verhältnismäßig sein<sup>129</sup>. Grundsätzlich drängt sich natürlich in diesem Zusammenhang auf, dass als Alternative – sofern diese möglich ist - wohl der Mindestharmonisierungsansatz (als anerkanntermaßen weniger einschneidende Maßnahme<sup>130</sup>) gegenüber der Vollharmonisierung der Vorzug gegeben werden sollte; im Sinne der Erforderlichkeit schließlich sich der Vollharmonisierungskonzept aber auch nicht per se aus<sup>131</sup>. Dabei sei insbesondere auch noch der Hinweis gegeben, dass an den Tatbestand der Unverhältnismäßigkeit sehr hohe Anforderungen zu stellen sind<sup>132</sup>.

Daraus wird bereits klar, dass die Beantwortung der Frage der Verhältnismäßigkeit des Vollharmonisierungskonzeptes wohl nicht allgemeingültig geklärt werden kann, sondern nur spezifisch für den Fall einer konkreten vollharmonisierenden Richtlinie.

Als Zwischenfazit darf an dieser Stelle festgestellt werden, dass ein allgemeiner und grundsätzlicher Widerspruch des Vollharmonisierungskonzeptes mit dem europäischen Primärrecht an dieser Stelle nicht ersichtlich ist, jedoch hinsichtlich des Kriteriums der Verhältnismäßigkeit jeweils eine spezifische Einzelfallprüfung geboten sein könnte. Gleichzeitig wird hier aber, wegen der genannten hohen Anforderungen, welche an den Tatbestand der Unverhältnismäßigkeit gestellt werden, in den allermeisten Fällen kein akutes Problem erwartet. Offen ist jedoch noch die Prüfung (im folgenden Abschnitt) hinsichtlich des – ja formal auch dem Primärrecht zuzuordnenden – Richtlinienrechts.

#### **bb) Vereinbarkeit Vollharmonisierung mit Wesen und Recht der Richtlinie**

Zur Frage, ob es zulässig ist, das Konzept der Vollharmonisierung über das Werkzeug der Richtlinie darzustellen, existiert offensichtlich durchaus Diskussionsbedarf<sup>133</sup>. Anknüpfungs- und Hauptkritikpunkt hierfür ist insbesondere die hohe Regelungsintensität, die eine vollharmonisierende Richtlinie mit sich bringt. Aus diesem Grunde gibt es sogar Stimmen, die hier gar die Natur einer

---

<sup>128</sup> Mayer, S.89

<sup>129</sup> Reichelt, S.52

<sup>130</sup> KOM (2002), 443. in diesem Sinne auch Tamm S.756ff. m.w.N.

<sup>131</sup> Roth in: Gsell/Herresthal, S.25ff.

<sup>132</sup> Sonntag, S.181ff. m.w.N.

<sup>133</sup> Unter vielen: Sonntag, S.179ff.; Mayer, S.64ff.



Verordnung erkennen wollen<sup>134</sup>. Diese Überlegung erübrigt sich natürlich grundsätzlich und formal schon dadurch, dass eine Verordnung unmittelbare Wirkung in den Mitgliedsstaaten entfaltet, wohingegen eine Richtlinie zunächst der Umsetzung in nationales Recht bedarf<sup>135</sup>.

Geht man der Grundfragestellung in Bezug auf das Wesen der Richtlinie nach, so lässt sich zunächst einmal feststellen, dass eine absolute Festlegung des nationalen Rechtsstandards durch Richtlinien grundsätzlich zulässig ist; mithin ist eine Rechtsangleichung mithilfe von Richtlinien an sich auch grundsätzlich zulässig<sup>136</sup>. Für die Richtlinie nach Art. 288 Abs. 3 AEUV gilt, dass diese ein Ziel bestimmt, die Wahl der Form und Mittel aber dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber überlässt. Wie auch bereits beschrieben<sup>137</sup>, ist mit einem „Ziel“ eher ein konkretes Ergebnis gemeint, welches erreicht werden soll. Während diese präzise Definition eines Ziels eher unproblematisch ist, stellt jedoch die Frage, was die „Freiheit der Wahl von Form und Mitteln“ bedeutet. Es ist nicht abwegig, hier einen gewissen Umsetzungs- oder Gestaltungsspielraum anzunehmen, welcher dem Mitgliedsstaat bei der Umsetzung der Richtlinie in sein nationales Recht verbleiben soll (oder muss). Hierbei lässt sich konstatieren, dass dieser Spielraum im Falle von vollharmonisierenden Richtlinien im Allgemeinen sehr klein ausfällt; prinzipiell ist es durchaus auch nicht unüblich, dass gar kein maßgeblicher Spielraum verbleibt<sup>138</sup>. Ein gewisser rechtsdogmatischer Widerspruch lässt sich hier also grundsätzlich nicht leugnen. Zur Klarstellung sei jedoch festgestellt, dass der Art. 288 Abs. 3 AEUV keinerlei Anhaltspunkte in Bezug auf den Grad ihrer zulässigen Regelungsintensität liefert; und auch sonst sind derartige Anhaltspunkte nicht formal ersichtlich. Durch einschlägige Literatur und Rechtsprechung des EuGH wird diese Sichtweise auch in diesem Sinne bestätigt: So sei eine absolute Bestimmung des nationalen Rechtsstandards durch Richtlinien grundsätzlich zulässig<sup>139</sup>; ein Fall, in dem eine Richtlinie wegen des fehlenden Gestaltungsspielraums durch den EuGH als unzulässig erklärt wurde, ist auch nicht bekannt<sup>140</sup>.

Als Zwischenfazit sollte die Feststellung also zulässig sein, dass kein grundsätzlicher formaler Widerspruch zwischen der Vollharmonisierung und dem Richtlinienrecht erkennbar ist. Gleichzeitig muss aber nochmals auf das rechtsdogmatische Problem des möglicherweise sehr geringen Spielraums für den

---

<sup>134</sup> Sonntag, S.179ff. m.w.N.

<sup>135</sup> Zur allgemeinen Abgrenzung Richtlinie und Verordnung: Abschnitt 2.A.III

<sup>136</sup> Sonntag, S.179f. m.w.N., Mayer S.64ff. m.w.N.

<sup>137</sup> Grundlage zu Richtlinien, siehe: 2. Teil A.II

<sup>138</sup> Sonntag, S.180

<sup>139</sup> u.a. Riesenhuber, S.36, Bleckmann, Rn. 387, Rittner, S.852

<sup>140</sup> Sonntag, S.180

Mitgliedsstaat hingewiesen werden – besonders frappierend ist dies, bedenkt man nicht zuletzt, dass die Wahl der Richtlinie ja eine „schonende Form“ darstellen soll. Mit Hinblick auf diese „freie Wahl der Form und Mittel“ – welche den Mitgliedsstaaten ja zugestanden werden soll – ergibt sich nicht selten ein prinzipieller Grundwiderspruch.

#### **b) Eignung des Vollharmonisierungskonzeptes für Rechtsangleichung im Privatrecht**

Befürworter des Vollharmonisierungskonzeptes im Privatrecht weisen allgemein hin auf die Vorteile hin, welche sich für Verbraucher und Unternehmen ergeben würden<sup>141</sup>. Dabei wird als Referenz häufig das Mindestharmonisierungskonzept zum Vergleich herangezogen. Im Vergleich hierzu, habe ein Verbraucher im Bereich des vollharmonisierten Rechts entsprechende Rechtssicherheit und -klarheit über die Verhältnisse in einem anderen EU-Land, wenn er grenzüberschreitend Waren erwerben möchte. Dies, so die Argumentation, stimuliere die Binnenmarkt-Verbrauchernachfrage<sup>142</sup>. Für Unternehmen ergäbe sich, so die Befürworter, der Vorteil dass entsprechende Aufwände zur Rechtsklärung für Anbieter von Waren gegenüber Verbrauchern aus anderen Mitgliedsstaaten entfielen<sup>143</sup> (sog. „entrepreneur confidence“)<sup>144</sup>. Dementsprechend würde auch hierdurch der im doppelten Sinne Binnenhandel stimuliert, da in Konsequenz sowohl mehr Anbieter als auch Nachfrager auftreten würden. Hinsichtlich des Effekts der Verbrauchernachfrage muss weiterhin die Sprachbarriere genannt werden, die durch eine vollharmonisierte Rechtssituation nicht abgebaut wird. Mit Blick auf das Argument in Bezug auf Unternehmen muss darf wohl die Vermutung geäußert werden, dass sich Vorteile nach Abbau genannter Hürden wohl insbesondere für kleinere Unternehmen ergeben sollten. Dementsprechend würden wohl eher kleinere Unternehmen bei einem mindestharmonisierten Recht die Aufwände zur Rechtsklärung nicht aufbringen können und würden verstärkt bei einem vollharmonisierten Recht als Anbieter auftreten. Genannte Einschränkungen dürften auch dazu führen, dass der Nachweis für einen derartigen Effekt (Binnenmarktstimulation im erheblichen Maße) bisher ausgeblieben ist<sup>145</sup>.

In diesem Sinne käme es auf eine ökonomische Gesamtbewertung des Modells Vollharmonisierung an; demnach müssten die Kosten (welche in Verbindung mit der Umsetzung der Richtlinie und etwaige zusätzliche Kosten durch Recht-

---

<sup>141</sup> In diesem Sinne u.a. KOM (2002) 289 endg

<sup>142</sup> In diesem Sinne u.a. ebenda

<sup>143</sup> ebenda

<sup>144</sup> Roth in: Gsell/Herresthal, S.37f. m.w.N.

<sup>145</sup> Bron, S.80ff.

sprechung bzw. für die Rechtsorgane im allgemeinen (auf national-staatlicher wie auch europäischer Ebene) mit den ökonomischen Vorteilen für Unternehmen und Verbraucher ins Verhältnis gesetzt werden. Das Ergebnis dieser Bewertung wäre von nicht unerheblicher Relevanz – schließlich ergibt sich daraus nicht zuletzt auch ein quantitativer Indikator hinsichtlich der tatsächlichen Wirkung des vollharmonisierten Rechts und damit auch der Richtlinie. Letztlich ließe sich daraus u.U. im Nachhinein gewissermaßen das Vorliegen oder auch den Mangel einer tatsächlichen Kompetenzgrundlage feststellen<sup>146</sup>. Leider lässt sich feststellen, dass zwar die Diskussion zu diesem Konzept und (überwiegend kritische) Stimmen<sup>147</sup> aus der Literatur zu entnehmen sind<sup>148</sup> – eine Quelle mit einer wirklich belastbaren Bewertung bisher nicht bekannt ist.

Umso mehr sei an dieser Stelle noch auf die Nachteile oder Kritikpunkte gegenüber einer Vollharmonisierung im Privatrecht hingewiesen, welche gegen dieselbe ins Feld geführt werden können. Wegen der „nach-oben“-Beschränkung auch von verbraucherschützenden Regelungen, kann eine Vollharmonisierung in der Konsequenz zu einer Absenkung des Verbraucherschutzniveaus führen<sup>149</sup>. Dementsprechend „erkaufen“ sich Verbraucher u.U. die Rechtseinheitlichkeit bei grenzüberschreitendem Warenerwerb mit einer Verschlechterung ihres Interessenschutzes im Heimatland. Darüber hinaus sei auf die Umsetzungsprobleme von vollharmonisierenden Richtlinien hingewiesen – so kann es hier mangels Spielraums bei der Umsetzung der Richtlinie innerhalb eines Ausschnittes des Rechtssystems zu Inkohärenzen und Friktionen mit nicht-harmonisierten Bereichen des nationalstaatlichen Rechts kommen<sup>150</sup>.

Ein weiterer Nachteil ergibt sich dadurch, dass im vollharmonisierten Recht auch kein „Wettbewerb der Rechtssysteme“ entstehen kann. Auf einer solchen konstruktiven Pluralität könnte „Best Practice“-Ansatz aufsetzen, bei dem als geeignet erwiesene Regelungskonzepte Vorlagen für unionsweite Regelungen bieten können<sup>151</sup>. Es könnte sich, so die Befürchtung von Kritikern, sogar gar das Gegenteil ausbilden: Durch die Notwendigkeit, einen für alle Mitgliedsstaaten akzeptierten „kleinsten gemeinsamen Nenner“ zu finden, könnten sich „faule Kompromisse“ ergeben, wenn sog. „Package Deals“ ausgehandelt werden. Dies

---

<sup>146</sup> Siehe u.a. Einleitung dieses Kapitels (B.) zum Wirksamkeitskriterium einer Richtlinie mit Kompetenzgrundlage aus Art. 114 AEUV

<sup>147</sup> Im Sinne, dass sich ein echter ökonomischer Vorteil nicht oder sehr wenig abzeichnet.

<sup>148</sup> Unter vielen: Schulze in: Gsell/Herresthal, S.68ff., Roth in: ebenda, S.38ff., Bron, S.80ff.

<sup>149</sup> Da keine überschießende Umsetzung auf bestehendes höheres Verbraucherschutzniveau möglich. Diskussion hierzu in Bezug auf UGP-Richtlinie- siehe: Abschnitt E

<sup>150</sup> Siehe anschaulich für das deutsche Lauterkeitsrecht hierzu: ebenda

<sup>151</sup> Siehe hierzu u.a.: Roth in: Gsell/Herresthal, S.15ff., Smits, S.339

bedeutet, dass ein Regelungskonzept nicht mehr auf ein objektiv optimales Ergebnis ausgerichtet wird, sondern sich primär aus möglicherweise inkonsistenten Einzelinteressen der Mitgliedsstaaten ergibt<sup>152</sup>.

### 3. Zwischenfazit und Stellungnahme

Zusammenfassend lässt sich in der Tat daran zweifeln, ob unter Abwägung der vorgebrachten Vor- und Nachteile ein derart erheblicher Eingriff in die Souveränität der Mitgliedsstaat - wie im Falle vollharmonisierende Richtlinien – immer als gerechtfertigt erachtet werden kann. Jedoch bleibt an dieser Stelle auch zu konstatieren, dass das Konzept der Mindestharmonisierung ein Ziel der Rechtsangleichung evidentermaßen nicht im zufriedenstellenden Maße hat erfüllen können. Auch muss eingestanden werden, dass das Konzept der Vollharmonisierung als allgemeine Zielrichtung für die Rechtsangleichung mittels Richtlinien möglicherweise noch keine ausreichend lange Zeit wirken konnte und vor allem noch nicht hinlänglich „flächig“ ausgebreitet wurde, als dass eine abschließende Bewertung u.a. für eine Stimulation des Binnenmarktes möglich wäre. In Summe ist eine allgemeingültige Bewertung also nicht uneingeschränkt zulässig – vielmehr erscheint eine Einzelfallbewertung sinnvoll<sup>153</sup>.

Es bleibt an dieser Stelle auch noch zu erwähnen, dass für einen konkreten Fall eines Harmonisierungsbestrebens bei dem Art. 114 AEUV<sup>154</sup> als Kompetenzgrundlage herangezogen wird, eine genaue Prüfung mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip vorgenommen werden muss<sup>155</sup>. Voraussetzung ist dabei dass die Harmonisierungsmaßnahme „nicht nur rechtsangleichend, sondern auch marktfördernd“ wirkt<sup>156</sup>. Dies gilt grundsätzlich für alle besprochenen Harmonisierungsformen, rückt bei der Wahl einer besonders intensiven Harmonisierungsvorgabe jedoch wohl umso mehr ins Blickfeld.

### C. Deutsches Lauterkeitsrecht in originärer Form

Mit seinem bis heute gültigen Namen trat das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb am 1. Oktober 1909 in Kraft<sup>157</sup>. Es enthielt in dieser ursprünglichen Form bereits eine Generalklausel, zielte aber zu Beginn auf einen reinen Wettbewerberschutz ab. Durch das Gesetz sollte insbesondere der „anständige

---

<sup>152</sup> Mittwoch, S.48

<sup>153</sup> Für die UGP-Richtlinie – als Referenzobjekt – wird schließlich auch auf spezifische Problemstellungen eingegangen, die sich bei der UGP-Richtlinie durch die Verknüpfung des Instruments Richtlinie mit dem Konzept der Vollharmonisierung ergeben haben.

<sup>154</sup> analog Art. 95 EGV

<sup>155</sup> In diesem Falle keine ausschließliche Kompetenz der EU. Siehe z.B. Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, S.11 m.w.N.

<sup>156</sup> ebenda S.9f. m.w.N.

<sup>157</sup> RGBl. 1909, S.499; noch früher: „Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs“ vom 27.5.1896, RGBl. 1896, S.145.

Kaufmann“ vor den unlauteren Methoden seitens Mitbewerbern geschützt werden<sup>158</sup>.

Im §1 UWG stellte es als Verbotsnorm auf Handlungen „zu Zwecken des Wettbewerbes“ welche „gegen die guten Sitten verstoßen“ ab. Mangels genauerer Anhaltspunkte zum Begriff der guten Sitten, basierte in Folge die Rechtswirkung im Lauterkeitsrecht maßgeblich auf der Rechtsprechung und entsprechend herausgearbeiteter Fallgruppen<sup>159</sup>.

Einer grundlegenden Reform wurde das UWG schließlich mit einer Neufassung im Jahre 2004 unterzogen<sup>160</sup>. Dabei sollten zum einen Defizite, welche im Laufe der fast Hundertjährigen Geschichte des Gesetzes behoben werden; nicht zuletzt sollte aber auch bereits vorhersehbaren Anforderungen der in der Entstehung begriffenen UGP-Richtlinie begegnet werden<sup>161</sup>.

Als wesentliche Änderungen seien dabei zu nennen<sup>162</sup>: Die Einführung des §1 mit einer Zweckbestimmung, welche den bereits durch die Rechtsprechung faktisch etablierten Grundsatz der Schutzzwecktrias des UWG (Schutz des Gesetzes für Mitbewerber, VerbraucherInnen sowie der sonstigen Marktteilnehmer) formuliert. Ferner wurden im §2 Legaldefinition eingeführt. In Generalklausel des §3 wird – als neue Verbotsnorm – auf die Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung von Marktteilnehmern abgestellt. Nicht zuletzt wurden mit §4 Beispiele unlauteren Wettbewerbs eingeführt. Insgesamt war die Reform auch getragen von einem allgemeinen Liberalisierungsbestreben seitens des Gesetzgebers. Beispielhaft sei hier das ersatzlose Streichen des §7 UWG a.F. genannt – welcher in Verbindung des ebenso gestrichenen RabattG nicht mehr als zeitgemäße Regulierung angesehen wurde. Auch sei mit Hinblick auf diese Liberalisierungsbestrebungen auf eine Veränderung des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherleitbildes in der Rechtsprechung hingewiesen<sup>163</sup>.

Es lässt sich also feststellen, dass die UWG-Reform von 2004 zu einem erheblichen Zuwachs an Rechtsklarheit geführt hat. Wie später gezeigt werden kann, konnte die grundsätzliche Neuausrichtung auch unter dem Einfluss der UGP-Richtlinie im Wesentlichen beibehalten werden<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> Keller in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, S.36 Rn.2

<sup>159</sup> ebenda m.w.N.

<sup>160</sup> BGBl. 2004, S.1414

<sup>161</sup> Keller, Erhard in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig S.41, Rn. 11-12; Siehe hierzu auch: 2.Teil, Abschnitt D.II

<sup>162</sup> Keller, Erhard in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig S.41, Rn. 14-15

<sup>163</sup> Siehe hierzu auch: Abschnitt 2. E.III.5

<sup>164</sup> Siehe hierzu Abschnitt 2. E.

## **D. Richtlinie gegen Unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG**

Mit der UGP-Richtlinie 2005/29/EG<sup>165</sup> ist ein erster großer Schritt in Richtung der Erreichung eines europaweit einheitlichen Lauterkeitsrechts genommen worden. Dass die Umsetzung im deutschen UWG nicht nur eine Herausforderung für den zur Kodifizierung verpflichteten deutschen Gesetzgeber war, sondern auch weitere Probleme und Widersprüche mit sich brachte, wird im folgenden Kapitel<sup>166</sup> diskutiert. In diesem Abschnitt soll die rechtshistorische Entwicklung bis hin zur UGP-Richtlinie im kurzen Abriss beschrieben werden sowie eine grobe Inhaltsübersicht gegeben und die Zielsetzung der Richtlinie dargestellt werden.

### **I. Rechtshistorischer Hintergrund**

Gewissermaßen als Grundstein für das zentrale Vorhaben eines europaweit vereinheitlichen Lauterkeitsrechts kann ein im Jahre 1965 durch die EWG-Kommission beauftragtes Gutachten gesehen werden<sup>167</sup>. Eine Forschungsgruppe hatte damals im Rechtsvergleich herausgearbeitet, wie es um den lauterkeitsrechtlichen Besitzstand in den Ländern der EWG bestellt ist; sie lieferten dabei gleich auch Vorschläge für eine geeignete Rechtsangleichung.

Es sollten jedoch noch fast zwei Jahrzehnte vergehen, bis weitere sichtbarere Entwicklungsschritte im europäischen Lauterkeitsrecht zu erkennen waren. Dabei lassen sich entsprechende Richtlinien in dieser Richtung wie beispielsweise Richtlinie 84/450/EWG<sup>168</sup> oder Richtlinie 97/55/EG<sup>169</sup> nennen<sup>170</sup>.

Deutlich an Fahrt nahm die Entwicklung schließlich kurz nach der Jahrtausendwende auf. Mittels eines im Jahre 2001 herausgegebenen Grünbuchs hatte die Europäische Kommission die entsprechenden „interessierten Kreise“ zur Stellungnahme zu Fragen des Verbraucherschutzes mit besonderer Betrachtung einer weitergehenden Regelung von Wettbewerb in Bezug auf Lauterkeitsrecht aufgefordert<sup>171</sup>. Die Antworten und darauf festgelegte Folgemaßnahmen wurden in einer Mitteilung im darauffolgenden Jahr dargelegt<sup>172</sup>. Demnach ergab sich aus der Befragung der „interessierten Kreise“ sowie der nationalen Behörden kurz zusammengefasst unter anderem insbesondere

---

<sup>165</sup> Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern vom 11. Mai 2005, ABl. 2005 L 149, 22

<sup>166</sup> Siehe hierzu: Abschnitt 2. E

<sup>167</sup> Ulmer

<sup>168</sup> Richtlinie zur irreführenden Werbung, ABl. 1984, L 250, 17

<sup>169</sup> Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. 1997, L290, 18

<sup>170</sup> Ackermann in: Gsell/Herresthal, S.290

<sup>171</sup> KOM(2001) 531 endg.

<sup>172</sup> KOM(2002) 289 endg.

folgendes: Es besteht der Bedarf für eine EU-Verbraucherrechtsreform. Eine Hemmung des Binnenmarktes aufgrund der aktuellen Situation wird bejaht. Die Rechtsangleichung sollte auf Basis einer Rahmenrichtlinie durchgeführt werden und dabei auf unlauteren Geschäftspraktiken basieren. Gleichzeitig wurde die Aufforderung formuliert, Vorschläge für die Maßnahmen oder Richtlinie zu an die Kommission heranzutragen. Auf deutscher Seite ist dabei insbesondere ein Fachgruppe zu erwähnen, die kurz darauf einen detaillierten Vorschlag präsentierten, wie eine entsprechende Richtlinie und der darauf basierende Gesetzestext des reformierten UWG lauten sollte<sup>173</sup>. Es darf an dieser Stelle erwähnt werden, dass sich der deutsche Gesetzgeber stark an diesem Vorschlag orientierte, als er die Änderungen zur UWG-Reform von 2004<sup>174</sup> definierte<sup>175</sup>.

## II. Entstehung der UGP-Richtlinie

Im vorhergenannten Kommissions-Papier<sup>176</sup> zu den Folgemaßnahmen in Bezug auf das Grünbuch über Verbraucherschutz wurden bereits – von den Befragten Kreisen genannte- konkreten Vorschläge zum strukturellen Aufbau der erwähnten „Rahmenrichtlinie“ beschrieben. So soll sich eine zu erarbeitende Rahmenrichtlinie unter anderem auf eine Generalklausel stützen (wobei auf eine zweifache Prüfung abgestellt werden soll: Unlauterkeit der Geschäftspraktik sowie eine „Verbraucher-Benachteiligungsprüfung“)<sup>177</sup>. Ebenso sollen „spezielle Bestimmungen“ diese Generalklausel untermauern sowie eine „nicht-erschöpfende Auflistung von Fallbeispielen“ geliefert werden.

Es darf festgestellt werden, dass die Kommission bei der Konzeption sich sehr stark an diesen Vorschlägen orientierte. So wird in der UGP-Richtlinie schließlich die Generalklausel des Artikels 5 (Verbot unlauterer Geschäftspraktiken) durch die speziellen Fälle „Irreführende Handlungen“ (Artikel 6), „Irreführende Unterlassungen“ (Artikel 7) sowie „Aggressive Geschäftspraktiken“ (Artikel 8) konkretisiert. Die Auflistung von „Fallbeispielen“ fand in Form sogenannten „Schwarzen Liste“ im Anhang I Eingang; diese Auflistung beschreibt Per-Se-Verbote<sup>178</sup>. Es darf also festgestellt werden, dass die Europäische Kommission hier nicht keine eigenmächtige Entscheidung getroffen hat, sondern letztlich offensichtlich unter gebührender Einbindung der mitgliedsstaatlichen „Stakeholder“ agiert hat

---

<sup>173</sup> Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig

<sup>174</sup> BGBl. 2004, I S.1414

<sup>175</sup> Westermann, S.190

<sup>176</sup> KOM(2002) 289 endg.

<sup>177</sup> ebenda, S.10

<sup>178</sup> „Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten“

Im Ergebnis zielt die UGP-Richtlinie nun auf eine vollständige Rechtsangleichung in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken im Bereich des geschäftlichen Verkehrs zwischen Unternehmen und Verbrauchern ab; ferner soll ein verlässlicher Rechtsrahmen im genannten Bereich mit Gültigkeit in der gesamten Europäischen Gemeinschaft geschaffen werden<sup>179</sup>.

Hinsichtlich der Rechtsgrundlage der UGP-Richtlinie lässt sich feststellen, dass diese erklärtermaßen „die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand“ hat. Demnach kann sich die Kommission auf Art. 114 AEUV berufen. Dies gilt umso mehr, da sich ja auf tatsächliche Hemmnisse berufen werden kann – demnach wäre wohl die formale Legitimität der UGP-Richtlinie an sich nicht von vornherein in Zweifel zu ziehen<sup>180</sup>.

### **E. Umsetzung der UGP-RL 2005/29/EG im deutschen UWG**

Dieser Abschnitt widmet sich der konkreten Umsetzung der UGP-Richtlinie im deutschen Lauterkeitsrecht. Konkret fand eine Integration der Richtlinienanforderungen in das deutsche UWG statt. Von der Warte der allgemeinen Betrachtung von vollharmonisierenden Richtlinien im ersten Abschnitt dieser Arbeit, stellt dies gewissermaßen ein Referenzobjekt dar. Ein besonderes Augenmerk wird bei der Betrachtung auf die spezifischen Fragestellungen und Herausforderungen gelegt.

Die UGP-Richtlinie intendiert eine ganzheitliche Regelung von Geschäftspraktiken, wobei der Begriff der Geschäftspraktiken besonders weit ausgelegt wird. Der resultierende Schutz für Verbraucher gegen unlautere Geschäftspraktiken soll dabei sehr engmaschig ausgeführt sein<sup>181</sup>. In diesem Sinne stellt es auch eine gewisse Neuheit dar, dass es sich nun gegenüber früheren vertikalen Regulierungsmodellen um eine horizontal weiter gefasste Regulierung handelt. Wie bereits dargelegt<sup>182</sup> richtet sich die Richtlinie explizit auf die Regulierung von Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern.

Obgleich dies nicht ausdrücklich in der Richtlinie genannt ist, ist allgemein anerkannt, dass es sich um eine vollharmonisierende Richtlinie handelt<sup>183</sup> – schließlich geben auch die Erwägungsgründe hierfür genügend Anhaltspunkte<sup>184</sup>.

---

<sup>179</sup> vgl. Erwägungsgründe 6, 11, 12, 13, 15. Anwendungsbereich: Art. 3. Weiteres zum Gegenstandsbereich und Abgrenzung lässt sich Erwägungsgründen 6-10 entnehmen.

<sup>180</sup> vgl. hierzu auch Diskussion Abschnitt 2. B.II.2.a)

<sup>181</sup> Glöckner, S.226

<sup>182</sup> Siehe hierzu Abschnitt 2. D.II

<sup>183</sup> Glöckner, S.227

<sup>184</sup> gemäß Stürner in Stürner, S.19f. : Erwägungsgründe 4, 11-13



## **I. Anforderungen an Umsetzung und Auslegung**

Bei einer EU-Richtlinie ergibt zunächst einmal die Pflicht für den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zur Umsetzung der Richtlinienanforderungen<sup>185</sup>; es findet damit die Umsetzung ins nationale Recht statt. Dementsprechend sind dann auch grundsätzlich die nationalstaatlichen Gerichte für die Rechtsprechung und Auslegung dieser Rechtsnormen zuständig<sup>186</sup>.

Der Umfang der Bindung der nationalstaatlichen Organe ist dabei formal durch den Gegenstandsbereich, den Regelungsinhalt sowie den Grad der verlangten Harmonisierung definiert. Wie bereits beschrieben<sup>187</sup> ergibt sich das Erfordernis zur Umsetzung von Richtlinien aus Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 288 III AEUV. Diese Anforderung wurde vom deutschen Gesetzgeber auch anerkannt<sup>188</sup> und formal im Jahr 2008 umgesetzt<sup>189</sup>. Dabei wird zum Gesetzesentwurf auch darauf hingewiesen, dass durch die umzusetzende UGP-Richtlinie eine vollständige Rechtsangleichung (Vollharmonisierung) vorgesehen wird<sup>190</sup>. Während innerhalb des Gegenstandsbereiches der vollharmonisierenden Richtlinie kein Abweichen (weder strengere noch mildere Regelungen) zulässig ist, kann jedoch eine Anwendung auch auf andere Lebenssachverhalte grundsätzlich durchgeführt werden<sup>191</sup>. In Ableitung des Prinzips der „Loyalitätspflicht“<sup>192</sup> sind die mitgliedstaatlichen Gerichte wiederum zur richtlinienkonformen Auslegung des harmonisierten Rechtes angehalten<sup>193</sup>. Auf den Gesamtprozess für eine Richtlinie gesehen findet hier gewissermaßen eine zweistufige Umsetzung statt: Legislative Umsetzung durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber und schließlich die Anwendung und Auslegung im konkreten Einzelfall durch dessen Gerichte.

### **1. Anforderung an mitgliedstaatliche Gerichte**

Für die nationalstaatlichen Gerichte ergibt sich für die Anwendung der Rechtsnormen wiederum auch als zweistufiger Prozess – schließlich muss zunächst die Rechtsnorm herangezogen, aber dann im Lichte der Richtlinie ausgelegt werden, um eine richtlinienkonforme Anwendung sicherzustellen. So mag es auch vorkommen, dass der tatsächliche Gesetzesinhalt im harmonisierten Bereich nur

---

<sup>185</sup> Im Sinne der „Uniontreuepflicht“ aus Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 288 Abs. 3 AEUV

<sup>186</sup> Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, S.43, Rn.84

<sup>187</sup> Siehe Abschnitt 2. B.II.2

<sup>188</sup> Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb - RegE, BT-Drucks. 16/10145

<sup>189</sup> Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008, BGBl. I, S. 2949 ff.

<sup>190</sup> Begr. RegE, BT-Drucks. 16/10145, S.11

<sup>191</sup> Zur Form der überschießenden Umsetzung siehe Abschnitt 2. B.II.2

<sup>192</sup> Oder „Unionstreue“ – aus Art. 4 III EUV

<sup>193</sup> An dieser Stelle sei jedoch auf das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit hingewiesen; demnach besteht der Zwang formal tatsächlich nicht: vgl. hierzu u.a. Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, S.43 Rn.86 m.w.N.

unter Zuhilfenahme der Richtlinie ausreichend genau erschlossen werden kann. Diese Tatsache sollte aber nicht als Defizit des nationalen Gesetzestextes interpretiert werden, sondern ergibt sich nicht selten aus der Komplexität verschiedene Elemente für die Rechtsfindung geeignet in Einklang zu bringen<sup>194</sup>. Für die richtlinienkonforme Auslegung gilt für den Fall, dass mehr als eine Auslegungsmöglichkeit denkbar wäre, dass diejenige herangezogen wird, welche der Richtlinie im Sinne ihrer Zielsetzung zur entsprechenden Entfaltung ihrer Wirkung im nationalen Recht verhilft<sup>195</sup>.

## **2. Anforderung an mitgliedstaatliche Gesetzgeber**

Allgemein wird bei der Verpflichtung zur Umsetzung von Richtlinien bekanntermaßen auf ein vorgegebenes Ziel abgestellt – konkreter geht es um die Erzielung eines konkreten Ergebnisses. Für eine vollharmonisierende Richtlinie stellt dieses Ergebnis entsprechend gleichzeitig Minimal- wie auch Maximalziel dar. Gemäß Richtlinienrecht steht dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bei der Umsetzung einer Richtlinie jedoch noch die freie „Wahl der Form und Mittel“ zu<sup>196</sup>. Dass dieser mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum bei einer vollharmonisierenden Richtlinie auf ein sehr geringes Maß schrumpfen kann, liegt in der Natur dieser Ausprägung des Rechtsinstruments<sup>197</sup>.

Gleichzeitig hat die Kommission bei der Wahl des Rechtsinstruments der Richtlinie vermutlich nicht allein auf den Vorschlag der befragten Kreise abgestellt<sup>198</sup>, sondern möchte offensichtlich nicht im unnötigen Maße in die mitgliedstaatliche Souveränität einwirken. Dies lässt sich unter anderem aus Erwägungsgrund 23 der UGP-Richtlinie entnehmen: demnach soll im Einklang des Subsidiaritätsprinzips des Artikels 5 EUV und unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeitsprinzips desselben Artikels gehandelt werden<sup>199</sup>. Daraus lässt sich gleichzeitig folgern, dass der Europäische Gesetzgeber zumindest darauf abzielt, dem Mitgliedsstaat (unter der Voraussetzung der Zielerreichung) größtmöglichen Gestaltungsspielraum einzuräumen. Zur Zielerreichung, nach dem Prinzip der praktischen Wirksamkeit könnte demnach auf dem ersten Blick grundsätzlich auch die Herstellung eines allgemeinen Rechtsrahmens zulässig sein<sup>200</sup>.

Im Rahmen seiner Richtlinienumsetzungsmaßnahmen stellt sich daher für den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber nicht zuletzt auch die Frage, inwieweit die in

---

<sup>194</sup> Glöckner, S.229

<sup>195</sup> Brechmann, S.259

<sup>196</sup> Allgemein zum Richtlinienrecht: Abschnitt 2. A.III

<sup>197</sup> Siehe hierzu ausführlicher Abschnitt 2. B.II.2

<sup>198</sup> Siehe hierzu auch Abschnitt 2. D.II

<sup>199</sup> Als Ziele werde hier nochmals die „Beseitigung der Handelshemmnisse und die Gewährleistung eines gemeinsamen Verbraucherschutz-niveaus“ genannt.

<sup>200</sup> Glöckner, S.229f. m.w.N.. Allgemein zum „Effet Utile“-Prinzip: Lerche, S.13f

der Richtlinie enthaltenen Regelungsinhalte denn tatsächlich vollständig in entsprechende Rechtsnormen umgesetzt werden müssen – also inwieweit alternativ auch die vorhergenannte Herstellung eines allgemeinen Rechtsrahmens zulässig sein könnte. Zur Beantwortung der Frage für den Betrachtungsfall kann im Ausgangspunkt die Zielsetzungen der UGP-Richtlinie herangezogen werden. In den Erwägungsgründen 4 und 12 sind insbesondere die Erreichung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit nicht zuletzt für Verbraucher aus anderen Mitgliedsstaaten genannt. Mit Blick auf das in Deutschland anerkannte Konzept der Expertenrechts sei gerade in diesem Zusammenhang ganz besonders darauf verwiesen, dass widersprüchliche und irreführende Rechtsnormen in jedem Falle angepasst oder gestrichen werden müssen, auch wenn in Fachkreisen bekannt ist, dass diese in der Rechtsanwendung nicht mehr berücksichtigt werden<sup>201</sup>. Aber auch abgesehen von genannten „Phantomrechtsnormen“ ist es zur Erreichung des Zieles wohl nicht ausreichend oder möglicherweise sogar schädlich, für den angestrebten Rechtszustand im ausgeprägteren Maße auf die Rechtsprechung abzielen. Vielmehr muss es im Rahmen der Kodifizierung ein Ziel sein, eine ausreichende Klarheit im Gesetzestext zu erreichen. Konkret geht es darum, den Begünstigten über Rechte, welche er in den durch die Richtlinie regulierten Bereichen erlangt, auch im ausreichendem Maße in Kenntnis zu setzen; ferner muss eine langfristige Verbindlichkeit des Rechts sichergestellt werden<sup>202</sup>. Demnach ist schon allein aus diesen Gründen eine entsprechende Publizität herzustellen. Ein Abstellen auf die Rechtsprechung kann demnach, wenn überhaupt, nur eine zeitlich stark begrenzte temporäre Lösung sein<sup>203</sup>.

Für die praktische Umsetzung ergibt sich schließlich noch die Frage, inwieweit konkretisierende Richtlinienvorschriften wortlautgetreu ins nationale Recht übernommen werden müssen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich auch an dieser Stelle wieder einmal mehr ein Dilemma durch die Vollharmonisierung für den Gesetzgeber. Zum einen könnte man meinen, dass ja nur eine wortlautgetreue Übernahme dieser Begrifflichkeiten dem Prinzip der Vollharmonisierung getreu werden kann – schließlich könnten Wortlautabweichungen sehr leicht zu einer unzulässigen Abweichung des Regelungsinhaltes führen. Diese Argumentation greift jedoch zu kurz. So muss beachtet werden, dass der derselbe Wortlaut bezogen auf ein unterschiedliches rechtliches Vorverständnis und spezifisches rechtskulturelles Umfeld jeweils kontextbezogen eine durchaus stark

---

<sup>201</sup> Glöckner, S.230

<sup>202</sup> Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, S.43, Rn.86 m.w.N.

<sup>203</sup> Lerche, S.58

unterschiedliche Bedeutung haben kann. Dementsprechend ist eine wortlautgetreue Übernahme von konkretisierenden Richtlinienvorschriften weder notwendig noch ausreichend. An dieser Stelle sei daher nochmals auf die allgemeine Richtlinienanforderung – nämlich der Erreichung des Richtlinienziels im Sinne eines konkreten Ergebnisses– verwiesen. Dementsprechend darf bei der Prüfung der Erreichung einer Anforderung von Rechtsharmonisierung wenn überhaupt nur im sekundären Sinne auf die Wortlautidentität abgestellt werden<sup>204</sup>. Damit wird schließlich auch klar, warum der vorhergenannten richtlinienkonformen Auslegung eine derart große Bedeutung zukommt. Nur dieser Ansatz kann vom Ergebnis her bewirken, dass der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass jeweils immer nur ein geltendes Recht wirksam sein darf, eingehalten wird<sup>205</sup>.

Führt man sich dies vor Augen, wird einem auch bewusst, welches Spannungsfeld sich durch die teilweise vagen Vorgaben der Richtlinie (besonders müssen hierbei die Generalklausel(n) und unbestimmten Rechtsbegriffe genannt werden) ergibt. Dementsprechend muss im Rahmen der Umsetzung genaue Inhalt der UGP-Richtlinie durch den Gesetzgeber zutreffend erkannt werden, die Kodifizierung in das nationale Recht anhand dieser Vorgaben präzise vorgenommen werden und schließlich in der Rechtsanwendung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung im Sinne des Europäischen Gesetzgebers durchgeführt werden<sup>206</sup>. Es ist wohl leicht ersichtlich, dass eine Beobachtung und Sicherstellung der unionsweiten Rechtseinheitlichkeit ganz und gar nicht trivial ist.

### **3. Anhang I UGP-Richtlinie – „Schwarze Liste“**

Eine weitere Besonderheit der UGP-Richtlinie stellt die sog. „Schwarze Liste“<sup>207</sup> dar. Diese enthält, wie bereits dargelegt<sup>208</sup>, eine Auflistung von Per-Se-Verboten, also unlautere Geschäftspraktiken die in jedem Falle, also ohne Würdigung der Umstände des konkreten Einzelfalles, verboten sind. In Verbindung mit dem Vollharmonisierungscharakter der UGP-Richtlinie ergeben sich auch hierfür die entsprechenden Schranken gegen einer Regelung, welche strenger oder weniger streng wäre. So müssen die genannten Verbotstatbestände der Liste ausreichend präzise in das nationale Recht übernommen werden, gleichzeitig ist es aber dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber auch nicht gestattet, weitere Per-Se-Verbote innerhalb des Regelungsbereiches der Richtlinie einzuführen.

---

<sup>204</sup> Riehm in: Gsell/Herresthal, S.100f. m.w.N.

<sup>205</sup> Glöckner, S.228 m.w.N.

<sup>206</sup> Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, S.57 Rn. 119-121

<sup>207</sup> Anhang I der UGP-Richtlinie

<sup>208</sup> Siehe hierzu Abschnitt 2. D.II

#### **4. Stellungnahme zur Vollharmonisierung**

Aufgrund der Vollharmonisierungsanforderungen ergeben sich neben den vorher genannten noch weitere Fragestellungen und gewissermaßen auch Herausforderungen. So sei auch noch auf die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in der UGP-Richtlinie hingewiesen. Die Fragestellung der Kompetenzzuordnung zur Konkretisierung dieser Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe – insbesondere auch im Zusammenhang einer vollharmonisierenden Richtlinie – wird im folgenden Abschnitt diskutiert.

Es sei doch die Bewertung erlaubt, dass die EU-Kommission durch die Wahl des Rechtsinstruments der Richtlinie aufgrund der Vollharmonisierung, wenn überhaupt nur im sehr eingeschränkten Maße den Anspruch erheben kann, hierbei ein sanftes Werkzeug der Rechtsangleichung verwendet zu haben. Letztlich führt jedoch jede weitergehende Diskussion immer wieder zum Dilemma (hier auf europäischer Dimension gesehen), dass das Ziel echter Rechtsangleichung nun einmal prinzipiell im grundsätzlichen Widerspruch mit der mitgliedstaatlichen Souveränität steht.

#### **II. Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe – Zuordnung der Konkretisierungskompetenz**

Zur Gewährleistung der Erfassung eines (horizontal gesehen) möglichst vollständigen Spektrums unlauterer Geschäftspraktiken, hat der europäische Gesetzgeber vom Instrument der Generalklausel im Rahmen der UGP-Richtlinie Gebrauch gemacht. Hierbei geht es insbesondere darum, eine gezielte Umgehung der Rechtsnormen durch Unternehmer bei geschickt ausgeformten unlauteren Geschäftspraktiken zu verhindern<sup>209</sup>.

Allgemein ergibt sich bei der Verwendung von Generalklauseln immer die Tatsache, dass von der rechtsetzenden Instanz die Aufgabe der Rechtskonkretisierung im gewissen Rahmen an die Rechtsprechung delegiert wird<sup>210</sup>. Konkret wird vorliegend Regelungskompetenz an die Rechtsprechung abgegeben. Fraglich ist dabei schon aus rechtsdogmatischer Sicht im konkreten Anwendungsfall, ob die Entscheidung, was als lauterer oder unlauterer Verhalten zu werten sei, überhaupt den Gerichten überlassen werden kann<sup>211</sup>. Hinzu kommt, unter Berücksichtigung auch des durch die Richtlinie zu erreichenden Ziels der grenzüberschreitenden Rechtsklarheit für Verbraucher aber auch Unternehmer, ob sich hier nicht wiederum eine gewisse schädliche „Grauzone“ ergibt.

---

<sup>209</sup> Glöckner, S.224f.

<sup>210</sup> ebenda

<sup>211</sup> ebenda, S.225 m.w.N.

Da die eingangs erwähnte Begründung für die Verwendung von Generalklauseln in der UGP-Richtlinie an sich überzeugt und eine sinnvolle, uneingeschränkt bessere, Alternative nicht ersichtlich ist, soll die grundsätzliche Frage des Für oder Widers der Verwendung von Generalklauseln nicht Fokus der weitergehenden Betrachtung stehen. Vielmehr ist die Fragestellung, wem die tatsächliche (letztinstanzliche) Konkretisierungskompetenz für Generalklauseln in Richtlinien gebührt, ein in der Literatur sehr kontrovers diskutierter Gegenstand<sup>212</sup>.

Es sei hierbei zunächst noch erwähnt, dass die Verwendung von Generalklauseln in der UGP-Richtlinie auch ein Novum im Richtlinienrecht zu seiner Zeit darstellte<sup>213</sup>. Die Schwierigkeit, die sich hier aus der Generalklausel des Art. 5 und den generalklauselartigen Artt. 6, 7 und 8 ergibt, wird besonders deutlich, führt man sich die Natur der Richtlinie<sup>214</sup>, welche ein Ziel bzw. Ergebnis vorgibt und schließlich ganz besonders auch nochmal die Bedeutung der Vollharmonisierung vor Augen. Dabei stellt die legislative Umsetzung durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zunächst eine Herausforderung dar; wohl aber ergeben sich auch Unklarheiten in Bezug auf die Rechtsprechung, also der Konkretisierung im konkreten Rechtsfalle. Hinsichtlich der Frage also, wem die (letztinstanzliche) Konkretisierungskompetenz dieser noch nicht vollständig ausdetaillierten Rechtsnormen auch im Rahmen der Rechtsprechung zukommt, herrscht wie erwähnt kein klarer Konsens<sup>215</sup>. Problematisch ist mit Hinblick auf das insbesondere durch eine Vollharmonisierung verfolgte Ziel einer europaweiten Rechtsangleichung, dass eine mitgliedstaatlich individuelle Rechtsprechung zur Ausfüllung dieser „Regelungslücke“ dieses Ziel konterkarieren könnte. In Bezug auf vollharmonisierende Richtlinien sein nochmals daran erinnert, dass sich (im Gegensatz zu mindestharmonisierende Richtlinien) an sich kein Spielraum für den Mitgliedsstaat ergibt, „nach oben“ abzuweichen. Diese Einschränkung betrifft demnach grundsätzlich auch die Konkretisierung von Generalklauseln einer vollharmonisierenden Richtlinie.

Grundsätzlich lassen sich hinsichtlich dem Für und Wider der Konkretisierungskompetenzzuordnung zum EuGH jeweils eine einigermaßen große Anzahl Literaturmeinungen benennen; wobei häufig die Rechtsinstitute der Generalklausel und die der unbestimmten Rechtsbegriffe gemeinsam diskutiert werden und eine scharfe Abgrenzung nicht immer stattfindet<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> Siehe hierzu: Buchmann, S.135ff.

<sup>213</sup> Glöckner, S.226

<sup>214</sup> Im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV

<sup>215</sup> Buchmann, S.134 m.w.N.

<sup>216</sup> Buchmann, S.134 m.w.N.

Im Bereich des EU-Rechts gilt zunächst einmal der Grundsatz der autonomen Auslegung von Vorschriften auf EU-Ebene allgemein gesprochen und aber auch im Speziellen von Regelungen durch Richtlinien<sup>217</sup>. Entsprechend bestünde eine bei unbestimmten Rechtsbegriffen Vorlagepflicht beim EuGH nach Art. 267 AEUV<sup>218</sup>. Dazu sei erwähnt, dass gemäß dem Vertrag von Nizza<sup>219</sup> die Zuständigkeit für die Sicherung für die Wahrung des Rechts im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens dem EuGH zufällt. Vorgebrachten Zweifeln, ob die Generalklausel ähnlich unbestimmten Rechtsbegriffen zu behandeln wäre, wird entgegnet, dass es sich speziell bei der Konkretisierung von Generalklauseln nicht um eine Rechtsanwendung, sondern um eine Ausdifferenzierung von Normen handele und entsprechend auch vorlagepflichtig wäre<sup>220</sup>. Für eine Zuordnung der Konkretisierungskompetenz beim EuGH spricht gemäß Befürwortern auch, dass dies eine maximale Rechtsvereinheitlichung überhaupt erst ausreichend ermögliche<sup>221</sup>.

Seitens der Gegenstimmen, welche also eine Konkretisierungskompetenz bei den Mitgliedstaaten sehen, werden insbesondere die Aspekte Zuständigkeit der Rechtsfortbildung, das Subsidiaritätsprinzip sowie die Unterscheidung zwischen Auslegung und Anwendung des Rechts angeführt<sup>222</sup>. In Bezug auf die Zuständigkeit der Rechtsfortbildung lässt sich auf die vorhergenannte Zuständigkeit des EuGH zur Wahrung des Rechts verweisen; als Argument gegen die Konkretisierungskompetenz des EuGH ist es dementsprechend nicht stichhaltig<sup>223</sup>. Recht überzeugend wirkt hingegen auf den ersten Blick eine Argumentation unter direktem oder indirektem Verweis auf das Subsidiaritätsprinzip. Dabei wird angeführt, dass der europäische Gesetzgeber durch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln bewusst auf eine Ausdetaillierung in den entsprechenden Bereichen verzichte und explizit Regelungslücken ließe. Daraus wiederum wird gefolgert, dass dies ein klares Signal für die entsprechende Einräumung eines Spielraumes für den Mitgliedsstaat wäre. Dies gelte, sofern nichts Gegenteiliges seitens des Richtliniengebers vorgegeben würde<sup>224</sup>. Dieser grundsätzliche Automatismus leuchtet jedoch nicht ein, wird nochmal auf die offensichtliche Motivation zur Verwendung von Generalklauseln hingewiesen. Im vorliegenden Falle der UGP-

---

<sup>217</sup> Grigoleit, S.395

<sup>218</sup> entsprechend Art. 234 EGV. Siehe hierzu auch: Remien S.528

<sup>219</sup> ABI. EG 2001 Nr. C 80/01 vom 11.Dezember 2000 und Wirkung ab 1. Dezember 2003.

<sup>220</sup> Röthel, S.353ff.

<sup>221</sup> u.a. Remien, S.511f.

<sup>222</sup> Überblick: Buchmann, S.145 m.w.N.

<sup>223</sup> ebenda

<sup>224</sup> Franzen, S.541

Richtlinie war treibender Gedanke ja die Herstellung eines horizontal möglichst umfangreichen rechtlichen Schutzes – ein bewusster Verzicht auf Ausdetaillierung (mit vorhergenanntem „Signalcharakter“) zugunsten eines Gestaltungsspielraumes für den Mitgliedsstaates lässt sich daraus wohl kaum ableiten. Auch sei hierbei nochmals auf bewusste Anwendung einer vollharmonisierenden Richtlinie verwiesen, was einen impliziten (also nicht durch entsprechende Öffnungsklauseln abgedeckten) gewollten erweiterten Gestaltungsspielraum nicht nahelegt.

Mit direkterem Bezug auf das Subsidiaritätsprinzip zugunsten einer Konkretisierungskompetenz beim Mitgliedsstaat wird das Argument vorgebracht, dass durch eine Konkretisierungskompetenzzuordnung zugunsten des EuGH ein allzu starker Einschnitt in mitgliedsstaatliche Souveränität einherginge<sup>225</sup>. Eine Verletzung lässt sich im Anwendungsfalle jedoch nicht erkennen, da darüber das Globalziel der Erreichung einer ausreichenden Rechtsangleichung im Rahmen der gemeinschaftsrechtlich legitimierten Kompetenzen steht.

Eine weitere Argumentation stellt auf eine Unterscheidung zwischen Auslegung und Anwendung des Rechts ab. Dabei würde die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen im Sinne der Rechtsfortbildung der Rechtsanwendung zuzuordnen und sähe mithin eine Konkretisierungskompetenz bei den Mitgliedsstaaten vor<sup>226</sup>. Dem wird zum einen entgegnet, dass die freie Rechtsfortbildung bei der bewussten Verwendung von Generalklauseln dem EuGH zustünde, schließlich sei dies zur „Wahrung des Rechts“ notwendig<sup>227</sup>. Weiterhin erscheint eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Auslegung und Anwendung von Recht in der Realität im häufigsten Falle nicht möglich<sup>228</sup>. In der Konsequenz kann demnach auch keine Stichhaltigkeit in Bezug auf eine Zuordnung der Konkretisierungskompetenz zugunsten des Mitgliedsstaates abgeleitet werden.

Abgesehen von der geführten Diskussion hinsichtlich institutioneller und materieller Zuständigkeit sei jedoch auch noch auf die Fälle verwiesen, in denen eine judikative Ausdetaillierung in Form einer Einzelfallbetrachtung von Rechtsfällen durchaus dem mitgliedsstaatlichen Gerichten zukommen kann. Hier wäre eine Abgrenzung vorzunehmen, welche Merkmale bestimmen könnten, dass ein EuGH die Einzelfallbetrachtung (im Lichte der nationalen Besonderheiten) verwehrt oder nicht mehr verwehrt sein könnte. Demnach wird

---

<sup>225</sup> Berger, S.451ff.

<sup>226</sup> Roth in: Basedow/Hopt/Kötz, S.141

<sup>227</sup> Buchmann, S.145f.

<sup>228</sup> ebenda, S.146



hierbei insbesondere auf den europarechtlichen Harmonisierungsgrad des fraglichen Rechtsbereiches abgestellt. Dabei gilt: ist der Bereich und der zu klärende Terminus beispielweise einer Generalklausel bereits europarechtlich einem ausreichend stark harmonisierten Bereich zuzuordnen, steht gleichwohl die autonome Konkretisierung dem EuGH zu. Im anderen Fall, dort wo noch keine ausreichende europäische Harmonisierung stattgefunden hat, bleibt dem EuGH die Konkretisierung unter ausreichender Würdigung der mitgliedstaatlichen Besonderheiten verwehrt. In diesem Falle wäre die Konkretisierung damit eher der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung zuzuordnen, während sie im ersteren Falle der autonomen Konkretisierung durch den EuGH im Rahmen des Vorlageentscheidungskonzeptes vorgenommen werden kann und muss<sup>229</sup>. Als Beispiel für die Eignung und damit Zuordnung der Konkretisierung durch ein mitgliedstaatliches Gericht, wird häufig die sog. „Freiburger Kommunalbauten“-Entscheidung angeführt<sup>230</sup>. In diesem konkreten Falle war maßgeblich, dass das Werksvertragsrecht noch nicht ausreichend auf europäischer Ebene harmonisiert ist. Demnach konnte nur das deutsche Gericht die nationalen gesetzlichen Besonderheiten bei der Entscheidungsfindung ausreichend berücksichtigen. Dabei wurde jedoch auch festgestellt, dass die Auslegungs- und Konkretisierungskompetenz dem EuGH zugestanden hätte, wäre es zur ausreichenden Berücksichtigung der Regelung in der Lage gewesen<sup>231</sup>.

Der Vollständigkeit halber sollten auch noch praktische Erwägungen nicht unerwähnt bleiben, die Probleme einer umfangreichen Zuordnung der Konkretisierungskompetenz zugunsten des EuGH sehen. So wird hier in der Konsequenz die Entwicklung des EuGH zur „Superrevisionsinstanz“ gesehen<sup>232</sup>. Obgleich diese Befürchtung nicht vollends abgetan werden kann, lässt sich daraus keine Antwort für die Zuordnung im aktuellen Rechtsrahmen ableiten; jedoch erscheint es sinnvoll, die genannte Befürchtung in der Praxis zu beobachten und gegebenenfalls bei der allgemeinen unionsrechtlichen Weiterentwicklung entsprechend zu berücksichtigen. Auch bleibt abzuwarten, inwieweit sich eine befürchtete „Vorlageflut“ tatsächlich noch einstellt – Belege zu diesem Phänomen lassen sich trotz der bereits langjährigen Geschichte UWG in seiner Fassung von 2008 bisher in der Literatur nicht finden.

Zusammengefasst lässt sich insbesondere mit Bezug auf die Konkretisierung der Generalklauseln der UGP-Richtlinie feststellen, dass die letztinstanzliche

---

<sup>229</sup> Mayer, S.76ff.

<sup>230</sup> EuGH, Rs. C-237/02 (Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co KG v. Ludger und Ulrike Hofstetter)

<sup>231</sup> Möllers in: Gsell/Herresthal, S.259

<sup>232</sup> Canaris, S.417ff. Befürchtet zudem eine „Vorlagenflut“

Konkretisierungskompetenz beim EuGH liegen müsste. Als Begründung hierfür ist zunächst anzuführen, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass dem Mitgliedsstaat (auch implizit) entsprechende Spielräume eingeräumt werden sollen. Hingegen werden die Generalklauseln bewusst aufgrund von dinglichen Zwängen eingesetzt. Auch gibt es keine einschlägigen Öffnungsklauseln, die einen gegenteiligen Schluss zulassen. Und nicht zuletzt ist auch der Blick auf die globale Zielsetzung der Richtlinie zu richten. Demnach wird auf eine europaweite Rechtseinheitlichkeit abgezielt – eine entsprechende Rechtsklarheit soll insbesondere für den Verbraucher aus einem anderen Mitgliedsland geschaffen werden; dies lässt sich wohl kaum durch eine mitgliedsstaatlich individuelle letztinstanzliche Konkretisierung erreichen. Die Wahl der Regulationsintensität einer Vollharmonisierung dürfte auch ein klares Zeichen dafür darstellen<sup>233</sup>. In diesem Sinne wird in der Literatur, trotz ansonsten eher kritischer Ansicht, auch ein Zugeständnis zugunsten einer Konkretisierungskompetenz der EuGH für den Fall hoher Regulationsintensität, letztlich mehrheitlich doch befürwortet (Merkmal ist hier die angestrebte Rechtenheitlichkeit).

### **III. Schutzzweck und Integriertes Modell des UWG**

In seiner ursprünglichen Form von 1909 war das UWG primär auf einen Schutz für Mitbewerber gegen unlauteres Verhalten hin ausgerichtet. Dabei sollten insbesondere die Interessen des „anständigen Kaufmanns“ geschützt werden<sup>234</sup>. Spätestens aber ab 1965 (mit der Einführung der Verbraucherverbandsklage) wurde dann aber eine Ausweitung des Schutzbereiches auf den Verbraucherschutz anerkannt<sup>235</sup>. Dies beinhaltete letztlich auch den Schutz der Allgemeinheit und stellt damit die sogenannte – bis heute gültige - Schutzzwecktrias dar. Alle weiteren Entwicklungsschritte in Gesetz und Rechtsprechung trugen ab da diesen Grundsatz<sup>236</sup>.

Zum Zeitpunkt der UGP-Richtlinie hatte sich das deutsche Lauterkeitsrecht also als integrales Rechtskonzept – ein „Integriertes Modell“ des Lauterkeitsrechts – hin entwickelt und konnte dabei bereits auf eine recht lange und gute Erfahrung zurückblicken<sup>237</sup>. Der erreichte Entwicklungsstand hinsichtlich des durch das UWG abgedeckten Schutzbereiches ist heute also die Schutzzwecktrias. Damit bietet das UWG einen Schutz sowohl für Verbraucher als auch für Mitbewerber und ebenso im Sinne der Interessen der Allgemeinheit.

---

<sup>233</sup> In diesem Sinne: Möllers in: Gsell/Herresthal, S.259ff. Ackermann ebenda, S.311ff., Roth in: Basedow/Hopt/Kötz, S.135. Weiterhin kritisch dagegen: Herresthal in: Gsell/Herresthal, S. 113ff.

<sup>234</sup> Keller in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, S. 35 Rn. 1

<sup>235</sup> Timm-Wagner, S.239 m.w.N.

<sup>236</sup> Keller in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, S. 37, Rn. 6; S. 43, Rn.23

<sup>237</sup> Henning-Bodewig, S.238f.

Bis hin zu dem Zeitpunkt, zu dem sich die Wege deutsches und europäisches Lauterkeitsrecht in Form der UGP-Richtlinie sehr spürbar kreuzten (bis es also zu einer nun umfangreichen „Europäisierung“ des deutschen Lauterkeitsrecht gekommen ist) ist es interessant, wie sich die vorher diskutierte Entwicklung auf europäischer Ebene bis dahin vollzogen hatte.

Die grundsätzliche allgemeine gesellschaftliche Anerkennung schöpft der Verbraucherschutz nicht zuletzt daraus, dass im Verhältnis eines definitionsgemäß in geschäftlichen Belangen erfahrenen Unternehmers mit einem typischerweise deutlich weniger erfahrenen Verbrauchers, das Zugeständnis eines besonderen gesetzlichen Schutzes für letzteren als legitim anerkannt wird<sup>238</sup>. Auf europäischer Ebene lässt sich ab etwa den 1960er Jahren eine deutliche Entwicklung dahingehend zu erkennen, dass die immer deutlichere Ausformung eines gesetzlichen Verbraucherschutzes mehr und mehr an Anerkennung gewonnen hat<sup>239</sup>. Ein zentrales EuGH-Urteil war nicht zuletzt die Entscheidung „Cassis de Dijon“<sup>240</sup>, welches die hohe Relevanz der Wahrung von Verbraucherinteressen konstatierte. Aktuell markiert schließlich, eine ebenfalls vollharmonisierende, Richtlinie über Verbraucherrechte<sup>241</sup> diesbezüglich den weiteren Weg auf europäischer Ebene.

In einer sehr frühen europäischen Übereinkunft über den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb in Art. 10<sup>bis</sup> PVÜ<sup>242</sup> wurde auf europäischer Ebenen (analog zum deutschen UWG) jedoch zunächst ebenfalls noch primär auf die Mitbewerberinteressen (bzw. deren Schutz) abgestellt. Mehr und mehr war jedoch auch im europäischen Recht eine Entwicklung hin zu einer weitergehenden Schutzausrichtung zu erkennen, welche Verbraucherinteressen ebenso wie die der Allgemeinheit einbezieht<sup>243</sup>. In der Richtlinie gegen irreführende Werbung 84/450/EWG wurde bereits offensichtlich eine Schutzzwecktrias konstituiert. Dasselbe wurde auch für die spätere Richtlinie gegen vergleichende Werbung<sup>244</sup> definiert. Somit sah es auch im europäischen Recht lange danach aus, dass sich eine Entwicklung hin zum allgemein ausgeweiteten, integrierten Modell einer Schutzzwecktrias im Lauterkeitsrecht vollziehen würde. Diese augenscheinliche Entwicklung, eben in ähnlicher Form wie im deutschen

---

<sup>238</sup> Staudenmayer in: Schulte-Nölke/Schulze, S. 68

<sup>239</sup> Mayer, S.23 m.w.N.

<sup>240</sup> EuGH, 20.2.1979, Rs.120/78 (Rewe-Zentral AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649.

<sup>241</sup> Richtlinie 2011/83/EU, ABl. EG Nr. L 304 vom 22.11.2011, S.64

<sup>242</sup> Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883

<sup>243</sup> Henning-Bodewig, S.239

<sup>244</sup> Richtlinie 97/55/EG

Lauterkeitsrecht (zeitlich nur etwas später), wurde dann aber letztlich mit der UGP-Richtlinie unterbrochen.

Die UGP-Richtlinie zielt nun, wie bereits dargelegt in erster Linie auf den Schutz von Verbrauchern ab. Regelungsbereich ist der sogenannte „Business-to-Consumer“-Bereich, welcher den Verbraucher vor unlauteren Geschäftspraktiken seitens Unternehmen schützen soll.

Für den deutschen Gesetzgeber stellt damit die Kodifizierung der Richtlinie in das deutsche Lauterkeitsrecht schon grundsätzlich eine nicht unerhebliche Herausforderung dar. Entsprechend deutlich verschärft wird dies durch das Prinzip der Vollharmonisierung. Dabei stellt sich die Frage, wie eine vollharmonisierende Richtlinie, die explizit primär auf den Schutz der Verbraucher abzielt, in ein Rechtswerk, welches als integriertes Modell auf einen erweiterten Schutz hin ausgestaltet ist, überhaupt umgesetzt werden kann. Als Hürde erscheint dabei insbesondere, dass auf Grund der Vollharmonisierungsanforderung dem nationalen Gesetzgeber ja kein Raum „nach oben“ innerhalb der Regelungsbereiches der Richtlinie zugestanden wird. Es sollte damit klar sein, dass dies geradezu zwangsläufig zu Spannungen und gewissen Kohärenzproblemen führen dürfte<sup>245</sup>.

### **5. Verbraucherleitbild – Paradigmenwechsel und Auswirkungen**

Hinsichtlich der Ermittlung des durch die gesetzliche Regelung zu erreichenden Verbraucherschutzlevels spielt die entsprechende Definition des dafür anzuwendenden Verbraucherleitbildes eine sehr wichtige Rolle. Im Kontext des Lauterkeitsrechts beschreibt es schließlich die zu erreichende Schutzhöhe für den Verbraucher und gewissermaßen auch den Grad der zu berücksichtigenden Rücksichtnahme auf den Verbraucher<sup>246</sup>.

Im vorliegenden Falle ergibt sich im Kontext der angestrebten europaweiten Rechtsharmonisierung nicht zuletzt auch die Verpflichtung sowohl für den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber wie auch für dessen Gerichte, das europäische Verbraucherleitbild für Rechtsetzung als auch Rechtsprechung heranzuziehen<sup>247</sup>. Ganz besonders ist dieser Faktor natürlich im Lichte der vollharmonisierenden UGP-Richtlinie zu sehen. Zwar ist es an sich nicht falsch, anzumerken dass diese Verbindlichkeit sich formal ja nur auf den Regelungsbereich der genannten Richtlinie beziehen würde – doch greift diese Feststellung, wie in Folge gezeigt werden soll, zu kurz. Es stellt sich tatsächlich die Frage, inwieweit auch in den

---

<sup>245</sup> Henning-Bodewig, S.243f.

<sup>246</sup> Westermann, S.42

<sup>247</sup> ebenda, S.43

nicht von der Voll-harmonisierung betroffenen Bereichen des UWG das gemeinschaftsweit einheitliche Verbraucherleitbild anzuwenden wäre. Dafür spricht sicherlich, dass dadurch Wertungswidersprüche vermieden werden und dies wohl zunächst einmal als einer gewünschten Rechtskohärenz zuträglich erachtet werden kann.

Um diese Frage geeignet erörtern zu können, erscheint es zielführend, zunächst die Unterschiede zwischen dem deutschen und dem europäischen Verbraucherleitbild zu ermitteln. Zusammengefasst lässt sich bezüglich des ursprünglich – durch die Rechtsprechung des BGH – abzuleitenden Verbraucherleitbildes im Sinne des Lauterkeitsrechts ursprünglich auf einen Verbraucher abgestellt wurde, der durchaus auch bei nur flüchtiger und unkritischer Würdigung von Werbeaussagen den lauterkeitsrechtlichen Schutz genießt<sup>248</sup>. Es lässt sich unumwunden feststellen, dass die resultierende Anforderung an das Verbraucherschutzniveau eher als sehr hoch anzusehen wäre. Anders verhält es sich mit dem, insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH geprägten europäischen Verbraucherleitbildes. Demnach wäre stattdessen auf einen „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher“ abzustellen<sup>249</sup>. Es fällt nicht schwer zu erkennen, dass das daraus abgeleitete lauterkeitsrechtliche Verbraucherschutzniveau deutlich niedriger anzusiedeln ist. Es sei jedoch auch noch erwähnt, dass sich zur Jahrtausendwende durch ein entsprechendes EuGH-Urteil<sup>250</sup> bereits die Diskussion entfacht worden war, ob das bisherige Verbraucherleitbild des BGH in der Form so weiter Bestand haben soll und dass bereits in der zweiten Hälfte der 1990er Jahre die kritischen Stimmen gegenüber allzu niedriger Anforderungen an den Verbraucher im Lauterkeitsrecht immer lauter geworden waren<sup>251</sup>.

Im Zusammenhang auf das vorher genannten Aufeinandertreffen zweier vermeintlich grundverschiedener Rechtsdefinitionen muss daher dementsprechend auch noch konkret auf die, seitens des deutschen Gesetzgebers angestrebte, Liberalisierung hingewiesen werden, welche nicht zuletzt auch eines der tragenden Elemente der UWG-Reform von 2004 war<sup>252</sup>. In diesem Sinne wäre eine entsprechende Anpassung des Verbraucherleitbildes „nach unten“ durchaus anstrebenswert, schließlich dürfte die Bewertung wohl zulässig

---

<sup>248</sup> Westermann, S.45

<sup>249</sup> ebenda, S.32 m.w.N.

<sup>250</sup> EuGH-Urteil v. 16.7.1998 (Rs. G-210/96, Gut Springenheide GmbH / Rudolf Tusky). Veröffentlicht u.a. in GRUR Int. 1998, 795-797. Siehe hierzu auch z.B. Lettl, S.449ff. m.w.N.

<sup>251</sup> Keller in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, S.39, Rn.10

<sup>252</sup> Lettl, S.456. Fundstelle UWG Neufassung von 2004: BGBl. 2004, I S.1414

sein, dass hierdurch ein deutlich angemesseneres Verhältnis aus Unternehmer- und Verbraucherinteressen – bei gleichzeitig hohem Verbraucherschutzniveau – resultieren würde (führte das genannte vorherige Leitbild des BGH doch zu einem außerordentlich strengen Schutzmaßstab).

Ein weiterer Grund, der für eine Übernahme eines einheitlichen, und eben dem des europäischen Leitbildes entsprechenden, Verbraucherleitbildes ist die wohl nur dadurch zu erzielende Rechtskohärenz und durchgängige Systematik des UWG. Dadurch würden Wertungswidersprüche innerhalb des UWG, aber nicht zuletzt auch zwischen nationalem und europäischem Recht vermieden<sup>253</sup>.

Um eine weitere Präzisierung vornehmen zu können, soll an dieser Stelle nun auf das tatsächliche, für das Lauterkeitsrecht konkret zu betrachtende Verbraucherleitbild eingegangen werden. Das für die UGP-Richtlinie maßgebliche Verbraucherleitbild wird in ihrem Erwägungsgrund 18 formuliert; demnach „nimmt diese Richtlinie den Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren in der Auslegung des Gerichtshofs als Maßstab, enthält aber auch Bestimmungen zur Vermeidung der Ausnutzung von Verbrauchern, deren Eigenschaften sie für unlautere Geschäftspraktiken besonders anfällig machen“<sup>254</sup>. Hierbei wird also explizit und im nicht unerheblichen Maße auf die Rechtsprechung des EuGH abgestellt. Dabei wird den nationalen Gerichten jedoch in demselben Erwägungsgrund immerhin zugestanden, die Beurteilung darüber was im konkreten Rechtsfall ein Durchschnittsverbraucher wäre, im Ausgangspunkt ihre eigene Urteilsfähigkeit heranzuziehen (welche sie jedoch mit der Rechtsprechung des EuGH abgleichen werden müssen). Unter näherer Betrachtung der verwendeten Formulierung lässt sich als Zwischenerkenntnis jedoch auch feststellen, dass der Richtliniengeber offensichtlich keine gesetzliche pauschale und abstrakte Definition des Verbraucherleitbildes vornehmen will.

Der Gesetzgeber, spätestens aber die rechtsprechenden Gerichte, kommen daher um die Ermittlung dieser fehlenden Konkretisierung nicht herum. Schließlich ist diese notwendig, nicht zuletzt um festzustellen, wie schützenswert in einem konkreten Rechtssachverhalt eine bestimmte Verbrauchergruppe zu

---

<sup>253</sup> Westermann, S.47 spricht sich in diesem Sinne aus.

<sup>254</sup> Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass das UGP-Richtlinie beschriebene Verbraucherleitbild nicht zuletzt vom Wortlaut her nicht mit der zu der Zeit anerkannten deutschsprachigen Formulierung des EuGH-Verbraucherleitbildes übereinstimmt. Die Diskussion dieser Fragestellung würde hier - ohne im Zusammenhang maßgeblichen Erkenntnisgewinn - den Rahmen sprengen; zu der Thematik sei bspw. auf Westermann, S.70ff. verwiesen.

erachten ist. Allgemein lässt sich dabei unterscheiden, ob bestimmte besonders schutzwürdige Verbraucher wissentlich und willentlich angesprochen werden oder ob an die Allgemeinheit gerichtet wird. Im ersteren Falle wäre demnach auf eine Durchschnittsperson dieser spezifischen Verbrauchergruppe (hinsichtlich anzunehmendem Grad an Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit) abzustellen – im letzteren Falle darf auf einen allgemeinen Durchschnittsverbraucher abgestellt werden<sup>255</sup>. Bei der durchschnittlichen Informiertheit darf angenommen werden, welcher Grad u.a. durch Erziehung, Schul- und Allgemeinbildung, Zeitungslektüre usw. von einem Durchschnittsverbraucher an allgemeinen Kenntnissen erwartet werden darf<sup>256</sup>. Es lässt sich herauslesen, dass eine einheitliche und allgemeingültige Festlegung tatsächlich schwerlich stattfinden kann, sondern praktisch für jeden spezifischen Fall geprüft werden muss.

Umso mehr, bezugnehmend auf die Ausgangsfrage, drängt sich die Empfehlung auf, zumindest das (wie auch immer bereits ausreichend stark konkretisierte) europäische Verbraucherleitbild allgemein für alle Fragestellungen des UWG anzuwenden und damit mögliche Wertungswidersprüche zu vermeiden. Die besondere Relevanz einer möglichst genauen und allgemein verbindlichen Festlegung des Verbraucherleitbildes ergibt sich jedoch nicht zuletzt auch dadurch, dass eine um eine entsprechende Rechtssicherheit für Unternehmen zu schaffen ist<sup>257</sup>. Obgleich dies nicht explizit in der UGP-Richtlinie genannt wird, so kann eine ebensolche Rechtssicherheit für die weitere Stimulation des europäischen Binnenmarktes (eben auf Anbieterseite) als von nicht unerheblichem Belang gesehen werden<sup>258</sup>.

## **6. Umsetzung UGP-Richtlinie im integrierten Modell des UWG**

Wie bereits eingangs erwähnt, stellte sich die Umsetzung der UGP-Richtlinie nicht zuletzt wegen des Grundsatzwiderspruchs (Ausrichtung auf Verbraucherbelange der UGP-Richtlinie gegenüber integriertem Modell des UWG mit Schutzzwecktrias) den deutschen Gesetzgeber vor eine beachtliche Herausforderung<sup>259</sup>. Die besondere Verschärfung ergibt sich nicht zuletzt auch dem Erfordernis einer Vollharmonisierung durch die Richtlinie. Dieser Abschnitt widmet sich der Richtlinienumsetzung mit Blick auf die genannte Diskrepanz – Ziel ist jedoch in erster Linie eine Klärung von grundsätzlichen Fragenstellungen.

---

<sup>255</sup> Westermann, S.49. In diesem Sinne auch der Erwägungsgrund 18 der UGP-Richtlinie.

<sup>256</sup> Lettl, S.457

<sup>257</sup> Westermann, S.42

<sup>258</sup> in diesem Sinne: ebenda

<sup>259</sup> Henning-Bodewig, S.244

Zunächst sei festgestellt, dass auch der europäische Gesetzgeber nicht umhin kam, im Rahmen des Erlasses der UGP-Richtlinie auch noch eigene Rechtswidersprüche aufzulösen. Dabei sei beispielhaft die Richtlinie 84/450/EG (Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung) genannt. Diese enthielt in ihrer ursprünglichen Form noch die – zu der Zeit auch auf europarechtlicher Ebene – anerkannte Schutzzwecktrias. Da sich nun die UGP-Richtlinie eine Doppelung des Regelungsbereiches in Bezug auf den Schutz der Verbraucher ergab, mussten die vorhergenannten Richtlinien angepasst werden. Die Richtlinie 84/450/EG wurde daher auf den Schutzzweck für Mitbewerber reduziert<sup>260</sup>. Es lässt sich also an dieser Stelle teilweise eine Aufteilung von einem zunächst integrierten Regelungskonzept (Schutzzwecktrias) auf der europäischen Ebene feststellen. Dass dies aber wiederum nicht durchgängig geschieht und die Abgrenzung teilweise sich nur durch die Kompetenzbereiche verschiedener Generaldirektionen erklären lässt, führt nicht gerade zu einer Rechtsklarheit auf europäischer Ebene<sup>261</sup> – das jedoch steht noch auf einem anderen Blatt.

Im deutschen Recht wollte der deutsche Gesetzgeber bewusst an seinem integrierten Regelungsmodell im Lauterkeitsrecht festhalten. Dabei stellte sich zumindest auf dem ersten Blick grundsätzlich die Frage, ob eine derartige Umsetzung überhaupt richtlinienkonform sein kann. So ergibt sich bei der UGP-Richtlinie doch eine Vollharmonisierungspflicht und bei genanntem Ansatz würden sich hierbei ohne Frage Abweichungen zum Schutzzumfang der Richtlinie ergeben. Fraglich ist daher, ob sich die Beibehaltung des „Schutzzwecktrias“ in demselben Rechtswerk, in die eine vollharmonisierende UGP-Richtlinie mit Ausrichtung Verbraucherschutz umgesetzt werden soll, überhaupt zulässig sein kann. Dabei müssen nochmal genau die tatsächlichen Einschränkungen beleuchtet werden, welche sich durch die Vollharmonisierungspflicht ergeben. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung des Anwendungsbereiches der Richtlinie. Während Abweichungen in „vertikaler Richtung“ (also die Formulierung beispielsweise eines höheren Verbraucherschutz-niveaus als des in der Richtlinie vorgegebenen) nicht zulässig sind, ist eine überschießende Umsetzung im Rahmen einer Erweiterung in „horizontaler Richtung“ durchaus auch für vollharmonisierende Richtlinien möglich<sup>262</sup>. Kurz gesagt, bleibt dem Mitgliedsstaat ja auch die von der Richtlinie grundsätzlich unbeeinflusste Gestaltungsfreiheit außerhalb deren Regelungsbereichs. Auch in Erwägungsgrund 6 der

---

<sup>260</sup> Mit der Richtlinie 2006/114/EG wurde diese geänderte Richtlinie schließlich neu erlassen.

<sup>261</sup> Henning-Bodewig, S.240

<sup>262</sup> Siehe hierzu auch Abschnitt 2. B.II.2



UGP-Richtlinie findet sich ein derartiger Hinweis, welcher dem Mitgliedsstaat entsprechende Gestaltungsfreiheit im nicht-regulierten Bereich explizit zugesteht. Die überschießende Umsetzung des persönlichen Anwendungsbereiches (i.S.e. Erweiterung auf Mitbewerber und sonstigen Marktteilnehmer - §§1, 3 UWG) ist demnach als zulässig zu erachten<sup>263</sup>.

Eine detaillierte Beschreibung in Form eines Gesetzesnormenvergleiches in Bezug auf die Umsetzung der UGP-Richtlinie würde an dieser Stelle wohl den Rahmen sprengen, ohne ersichtlichen Erkenntnisgewinn zur Diskussion. Zentral wäre aber dennoch auf die Verpflichtung einer quasi-wortlautgetreuen Übernahme der zentralen Generalklausel des Art. 5 der UGP-Richtlinie hingewiesen. Diese wurde im Rahmen des ersten formalen Umsetzungsaktes<sup>264</sup> als §3 II UWG übernommen. Der dadurch bewirkte Dualismus<sup>265</sup> im Gesetzestext des UWG führte dann auch zu Widersprüchen, welche in Folge noch detaillierter diskutiert werden.

## **7. Bewertung und Zwischenfazit**

Es kann festgestellt werden, dass die Umsetzung der auf den Verbraucherschutz ausgerichteten UGP-Richtlinie ins deutsche UWG mit seiner Schutzzwecktrias grundsätzlich möglich war und auch entsprechend vollzogen wurde. Allerdings blieb diese nicht ohne Folgen. Als Beispiel kann dabei die Änderung auch schon für den Verbraucherschutz durch das gewissermaßen aufoktroierte europäische Verbraucherleitbild genannt werden. Als grundsätzliches Problem ergibt sich aber ferner auch der Dualismus, Verbraucher- und Mitbewerberschutz, welcher nun in das integrierte Modell des UWG Einzug gehalten hat. Somit gibt es Stimmen, die hier davon sprechen, dass trotz des augenscheinlich vollharmonisierenden Charakters der UGP-Richtlinie tatsächlich eher eine Teilharmonisierung stattgefunden hat, weil nicht alle lauterkeitsrechtlich relevanten Bereich abgedeckt worden sind<sup>266</sup>. Damit besteht die Gefahr, dass das strukturelle und systematische Gesamtkonzept, welches ursprünglich das UWG ausgezeichnet hatte, im nicht unerheblichen Maße verloren gehen könnte<sup>267</sup>. Auch konnte gezeigt werden, dass dies vermeintliche „Freiheit“ für die Bereiche außerhalb des Gegenstandsbereiches der UGP-Richtlinie im UWG durchaus auch mittelbar von der Harmonisierung betroffen sind. Nicht zuletzt aus Gründen der Rechtskohärenz und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen wird sich

---

<sup>263</sup> In diesem Sinne auch: Bron, S.162f.

<sup>264</sup> Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008, BGBl. I, S. 2949 ff.

<sup>265</sup> Verbraucherschutz in Abgrenzung zum Mitbewerberschutz

<sup>266</sup> u.a. Obergfell in: Stürner, S.164

<sup>267</sup> ebenda, S.167

vermutlich (das gilt sicherlich nicht nur für den Schutzzwecktrias und das Verbraucherleitbild) eine „europarechtliche Einfärbung“ des gesamten Lauterkeitsrechts weiter vollziehen. Hinsichtlich des Verbraucherleitbildes muss der bestehende Mangel einer gesetzlichen Definition, auch auf europäischer Ebene, angeprangert werden; bisweilen wird wohl die Rechtsprechung die Aufgabe haben, diese Lücke zu füllen<sup>268</sup>.

Insgesamt muss auch die Kritik zulässig sein, dass sich beim Wandel von einer Schutzzwecktrias hin zu einem diskreten Einzelregelungsansatz Verbraucherschutz, Mitbewerberschutz und Schutz von Allgemeininteressen ein wirklicher Wille für eine durchgängige Rechtsharmonisierung durchaus in dieser Hinsicht bezweifelt werden darf -sich zumindest aber nicht erkennen lässt. Im Sinne der Rechtsentwicklung in diesem Zusammenhang, müsste sich nicht zuletzt aus dem genannten Grund langfristig ein Umschwenken hin zu einer Ausweitung des Lauterkeitsrechts mit Schutzzwecktrias auch auf europäischer Ebene vollziehen – dass dies der Richtliniengeber möglicherweise auch schon erkannt hat, könnte sich aus dem Erwägungsgrund 2 der UGP-Richtlinie ergeben; dieser wird bereits als Fingerzweig in die genannte Richtung interpretiert<sup>269</sup>. Insgesamt sei wohl die Feststellung erlaubt, dass sich die Ziele der UGP-Richtlinie wohl schwerlich durch ausschließliche Regelung des Verhältnisses Unternehmer-Verbraucher bewerkstelligen lassen.

#### **IV. Begriff der Unzumutbaren Belästigung des §7 UWG**

Bei aufmerksamer Betrachtung des UWG entgeht nicht, dass der in §7 UWG genannte Belästigungstatbestand keine direkte Entsprechung in der UGP-Richtlinie hat. Zwar ergibt sich findet sich das Begriff der Belästigung in den Artt. 8, 9 der UGP-Richtlinie wieder, doch geht es hier um etwas anderes. Belästigung im Sinne des Art. 8 UGP-Richtlinie muss sich auf die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers auswirken; dies entspricht eben nicht der Formulierung der Belästigung im Sinne des §7 UWG. Bei näherer Betrachtung der Umsetzung des UGP-Richtlinie in das UWG fällt schließlich auch auf, dass die Artt. 8, 9 der UGP-Richtlinie in Form der §§4 Nr. 1, 2 UWG<sup>270</sup> bzw. später in §§4 a Nr. 1-5 UWG<sup>271</sup> umgesetzt worden sind. Dementsprechend stellt sich die Frage, inwieweit die in §7 UWG genannten Per-Se-Verbote überhaupt mit der Vollharmonisierung der UGP-Richtlinie in Einklang zu bringen sind; schließlich werden hier ja zusätzliche

---

<sup>268</sup> Westermann, S.198

<sup>269</sup> Obergfell in: Stürner, S.169

<sup>270</sup> Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008, BGBl. I, S. 2949 ff.

<sup>271</sup> Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2.12.2015 – BGBl. I S.2158

Per-Se-Verbote aufgestellt. Die Antwort ergibt sich aus dem Art. 3 Nr. 4 der UGP-Richtlinie. Dabei wird hinsichtlich des Anwendungsbereiches der Richtlinie gewissermaßen ein Vorrangsprinzip für andere gemeinschaftsrechtliche Vorschriften formuliert, welche besondere Aspekte der unlauteren Geschäftspraktiken regeln. Entsprechende Anknüpfungspunkte findet der §7 UWG beim Art. 10 der Richtlinie 97/7EG (Fernabsatzrichtlinie), beim Art. 13 der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutz-Richtlinie) sowie dem Art. 7 der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie). Dies kann als Beispiel dafür herangezogen werden, dass im UWG nicht ausschließlich die UGP-Richtlinie umgesetzt worden ist, sondern auch weitere europäische Richtlinien integriert worden sind.

## **V. Evolution – Umsetzungsschritte bis zum UWG von 2015<sup>272</sup>**

Für die Umsetzung der UGP-Richtlinie ins deutsche UWG lassen sich grundsätzlich drei Hauptschritte identifizieren. Als erster Schritt darf wohl die UWG-Reform von 2004<sup>273</sup> gelten. Obgleich die UGP-Richtlinie zu diesem Zeitpunkt noch nicht herausgegeben war, so waren wesentliche Inhalte bereits bekannt. Der deutsche Gesetzgeber hat daher bereits versucht, dies so umfassend wie möglich zu berücksichtigen<sup>274</sup>. Formal fand die Umsetzung der UGP-Richtlinie mit dem ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008<sup>275</sup> statt.

Im Rahmen des Publizitätserfordernisses wurden seitens der Kommission jedoch noch Problemfelder zur Behebung angemahnt. Diese entsprechenden Anpassungen wurden schließlich mit dem gewissermaßen dritten Umsetzungsschritt im Rahmen des zweiten Gesetzes zur Änderung des UWG im Jahre 2015 vorgenommen<sup>276</sup>. Wegen ihres teilweise zentralen exemplarischen Charakters<sup>277</sup>, sollen konkret die in Folge genannten Rechtsnormen betrachtet werden – diese wurden im Rahmen der vorhergenannten Gesetzanpassung entsprechend geändert.

### **1. Generalklauseln §§ 3 I und II UWG<sup>278</sup>**

Mit Umsetzung der UGP-Richtlinie enthielt das UWG von 2008 die Rechtsnorm §3 I UWG als allgemeines Verbot von unlauteren geschäftlichen Handlungen<sup>279</sup>.

---

<sup>272</sup> ebenda

<sup>273</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 3.7.2004 (BGBl I, 1414ff.)

<sup>274</sup> Keller in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, S.41, Rn. 16

<sup>275</sup> BGBl I 2008, 2949ff.

<sup>276</sup> Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2.12.2015 – BGBl. I S.2158

<sup>277</sup> In diesem Sinne: Glöckner, S.233ff, Timm-Wagner, S.246ff.

<sup>278</sup> UWG a.F von 2008

<sup>279</sup> Mit der Eignung, „die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.“

§3 II UWG wiederum formulierte: „geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern sind jedenfalls dann unzulässig [sind], wenn...“. Insbesondere unter Beachtung des Wortes „jedenfalls“ könnte (so die Kritik)<sup>280</sup> entnommen werden, dass der Maßstab des §3 I UWG strenger als der des §3 II UWG wäre. Da aber die Umsetzung des Art. 5 UGP-RL mit dem §3 II UWG vorgenommen wurde, stünde dies im Widerspruch mit dem Konzept der Vollharmonisierung. Der deutsche Gesetzgeber hat entsprechend reagiert und die §3 I UWG als allgemeine Verbotsnorm (Verbot der unlauteren geschäftlichen Handlungen) und den §3 II UWG als Konkretisierungsnorm<sup>281</sup> abgeändert.

## **2. §4 Nr. 6 UWG - Unlautere Kopplung von Gewinnspielen<sup>282</sup>**

In seiner Fassung von 2008 enthielt das UWG den §4 Nr. 6 UWG, welcher allgemein die Kopplung der Teilnahme an Gewinnspielen mit dem Erwerb von Waren oder Dienstleistungen in Bezug auf Verbraucher als in jedem Falle unlautere Geschäftshandlung bestimmte. Daraus ergibt sich jedoch, dass der Gesetzgeber hier ein Per-Se-Verbot formuliert, welches nicht auf eine konkrete Beeinflussung der Verbraucher abstellt. Dies konfliktiert mit der Tatsache, dass im Rahmen der „Schwarzen Liste“ der UGP-Richtlinie eine abschließende Nennung von Per-Se-Verboten vorgenommen wurde; die Formulierung zusätzlicher Verbote durch den mitgliedersstaatlichen Gesetzgeber ist dementsprechend mit der Vollharmonisierung nicht zu vereinbaren. Nicht zuletzt nach einem einschlägigen EuGH-Urteil<sup>283</sup> wurde klar, dass diese Rechtsnorm, wenn, nicht ohne die entsprechende Würdigung des Einzelfalles (konkrete Beeinflussung der Verbraucher) angewendet werden kann. Der deutsche Gesetzgeber hat zugunsten einer Klarheit diese Rechtsnorm in der UWG-Fassung von 2015 entfallen lassen.

## **3. §4 Nr. 11 UWG Rechtsbruchtatbestand<sup>284</sup>**

Auch der §4 Nr. 11 UWG konnte als Per-Se-Verbot auf Basis eines Rechtsbruchtatbestandes<sup>285</sup> interpretiert werden. Mithin wäre unter bestimmten Voraussetzungen<sup>286</sup> ein zusätzliches Per-Se-Verbot geschaffen worden, welches nicht in der „Schwarzen Liste“ der UGP-Richtlinie aufgeführt ist und damit mit der

---

<sup>280</sup> Glöckner, S.234 m.w.N.

<sup>281</sup> Zur Unlauterkeit von Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen

<sup>282</sup> UWG a.F von 2008

<sup>283</sup> EuGH, Urt. v. 14.1.2010 – C-304/08 (Zentr. zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V./Plus Warenhandels-gesellschaft mbH)

<sup>284</sup> UWG a.F von 2008

<sup>285</sup> Unlauterkeit der Zuwiderhandlung gegen eine Vorschrift, „die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“

<sup>286</sup> Sofern nicht außerhalb der Regelungsbereiche UGP-Richtlinie angewendet bzw. Bereiche, welche unberührt bleiben oder aber durch andere spezielleren europäischen Regelungen abgedeckt wären. Siehe hierzu z.B. Glöckner, S.235

Vollharmonisierung im Konflikt steht. Als Maßnahme wurde dieses Verbot schließlich als §3a UWG<sup>287</sup> ausgelagert und mit dem Kriterium der Spürbarkeit im Sinne der Beeinträchtigung der Schutzsubjekte ergänzt.

## **VI. Bewertung der Auswirkungen auf den Verbraucherschutz in Deutschland**

Eines der erklärten primären Ziele der UGP-Richtlinie ist die Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus. Dies ergibt sich bereits aus Erwägungsgrund 1 der Richtlinie und findet auch in weiteren Erwägungsgründen Ausdruck<sup>288</sup>. Dementsprechend dürfte es mehr als legitim sein, die Frage nach dem in Deutschland erreichten lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutz zu stellen. Dies gilt insbesondere, da bereits vorher durch das UWG und die entsprechende deutsche Rechtsprechung ein hohes Verbraucherschutzniveau erreicht worden und anerkannt war. Dieser Standard sollte bei der Bewertung natürlich als Referenz verwendet werden.

Konkret lässt sich der durch das UWG ergehende Verbraucherschutz grob wie folgt zusammenfassen<sup>289</sup>: die Entscheidungsfreiheit von Verbraucher wird geschützt, konkret also das Interesse, Entscheidung auf Basis ihres freien Willens und auf einer entsprechenden Grundlage treffen zu können; ferner ergibt sich ein „Recht auf Information“. Schließlich erhalten Verbraucher durch §7 UWG einen Schutz vor Belästigung.

Während die Vorteile für Unternehmen durch die Umsetzung der UGP-Richtlinie im Europäischen Binnenmarkt wohl bejaht werden können, muss die Frage mit Hinblick auf die Auswirkungen der Richtlinienumsetzung auf den Verbraucherschutz in Deutschland wohl anders beantwortet werden<sup>290</sup>.

Gemäß der Kritik wäre das deutsche Lauterkeitsrecht komplizierter geworden, ohne dass sich ein erkennbarer Nutzen für den Verbraucherschutz ablesen ließe<sup>291</sup> – zu einem ähnlichen Ergebnis kann man auch kommen, wenn man die Diskussion der vorangegangenen Abschnitte dieser Arbeit berücksichtigt. Schon allein die Neujustierung des Verbraucherleitbildes auf ein geringeres Schutzniveau dürfte sein Übriges bewirken<sup>292</sup>. Dies deckt sich dann auch mit den Stimmen, die sogar eine Verschlechterung des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes konstatieren und dies unter anderem mit den unüberwind-

---

<sup>287</sup> i.R.d.: Zweites Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2.12.2015 – BGBl. I S.2158

<sup>288</sup> Beispielsweise Erwägungsgründe 8, 19, 23

<sup>289</sup> Westermann, S.41

<sup>290</sup> Timm-Wagner in: Alexander/Augenhofer, S.23

<sup>291</sup> Tonner/Tamm, S.283

<sup>292</sup> Westermann, S.73f. m.w.N.

baren Problemen in Zusammenhang bringen, die sich durch die Vorgaben der vollharmonisierten UGP-Richtlinie ergeben<sup>293</sup>.

Letztlich muss natürlich eingestanden werden, dass im Fokus der UGP-Richtlinie ein hohes Verbraucherschutzniveau nicht zuletzt auch auf unionsweiter Ebene steht. Dementsprechend gehört der Verbraucherschutz in den Ländern, in denen bereits ein sehr hohes Niveau erreicht worden war gewissermaßen zu den „Verlierern“ der Richtlinie, wohingegen ein nicht unerhebliche Steigerung des Verbraucherschutzes in Ländern mit ursprünglich niedrigem Niveau festgestellt werden kann<sup>294</sup>. Die Feststellung darf also zulässig sein, dass sich hier ein „fauler Kompromiss“ zu Ungunsten der Verbraucher der ersteren Länder ergeben hat. Wie dies hinsichtlich einer Gesamtbewertung der Zielerreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus durch die UGP-Richtlinie auszulegen ist, kann an dieser Stelle wohl nicht allgemein und abschließend beantwortet werden.

## **VII. Stellungnahme und Zwischenfazit zur Umsetzung der UGP-Richtlinie**

Hinsichtlich des heutigen Standes zur Umsetzung der UGP-Richtlinie im deutschen UWG lässt sich insbesondere feststellen, dass das Integrierte Modell hinsichtlich der Schutzzwecktrias im deutschen UWG offensichtlich beibehalten werden konnte – und sich bisher nichts Gegenteiliges abzeichnet. Es wurden nach dem ersten formalen Umsetzungsschritt von 2008 noch Problembereiche identifiziert – wobei Defizite nach dem ersten Umsetzungsschritt offensichtlich kein ausschließlich „deutsches Problem“ waren<sup>295</sup>. Dem bis dahin bekannten Anpassungsbedarf ist der deutsche Gesetzgeber im Rahmen des zweiten UWG-Änderungsgesetzes im Jahr 2015 nachgekommen.

Die Form der letztendlich dreistufigen Reformierung des UWG im Lichte der UGP-Richtlinie kann grundsätzlich befürwortet werden. So blieb jeweils genug Zeit, um entsprechende Unzulänglichkeiten zu identifizieren und notwendige Anpassungen mit entsprechender Vorbereitung (und konstruktivem Diskurs in den Fachkreisen) durchzuführen; kritischer könnte dies jedoch auch derart ausgelegt werden, dass eine „minimalinvasive“ Umsetzung im ersten formalen Schritt nicht (im ausreichenden Maße) gelang.

Einen bitteren Beigeschmack hat die festgestellte Auswirkung auf den Verbraucherschutz. Auch ist fraglich, ob sich die Binnenmarktstimulation in der angestrebten Form auch tatsächlich ergeben hat. Mangels eines echten

---

<sup>293</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., S.177ff.

<sup>294</sup> Timm-Wagner in: Alexander/Augenhofer, S.24

<sup>295</sup> ebenda, S. 22: Demnach hatte die Europäische Kommission nach eigenen Angaben 25 Schreiben an Mitgliedsstaaten versandt, in denen Sie auf Defizite bei der Richtlinienumsetzung hingewiesen hat.

Referenzrahmens dürfte diese Bewertung jedoch sehr schwierig wenn nicht sogar unmöglich sein.

Durch den Dualismus des heutigen UWG (im Spannungsfeld einer eigentlich angestrebten „echten Schutzzwecktrias“) werden entsprechende Friktionen und Wertungswidersprüche nicht zu vermeiden sein. Es ist dabei in diesem Zusammenhang interessant, ob sich auf europäischer Ebene ebenfalls wieder eine Hinwendung zu einem allgemein ausgerollten Schutzzwecktrias im Lauterkeitsrecht vollziehen wird. Im Sinne der Recht Klarheit und Einheitlichkeit auch auf europäischer Ebene wären derartige Entwicklungen mehr als zu befürworten. Es darf wohl erlaubt sein, das deutsche UWG hierfür als Referenz zu empfehlen. Nicht zuletzt sei an dieser Stelle nochmals der Mangel einer verbindlichen gesetzlichen Definition des Verbraucherleitbildes zu bemängeln.

### **3. Teil - Schlussteil**

#### **A. Zusammenfassung und Fazit**

Im Rahmen dieser Arbeit wurde, anknüpfend an die Darstellung der Kompetenzgrundlagen<sup>296</sup>, zunächst auf das Thema Rechtsvereinheitlichung im Privatrecht eingegangen. Dabei konnte gezeigt werden, dass sich zumindest keine grundsätzlichen formalen Probleme für die beiden am häufigsten für die Rechts harmonisierung genutzten Instrumente der mindest- bzw. vollharmonisierenden Richtlinien erkennen lassen.

Es wurde hierbei bewusst der Fokus auf die tatsächliche Bewertung gesetzt, da eine allzu weitgehende Diskussion hinsichtlich dogmatischer Erwägungen den Rahmen dieser Arbeit gesprengt hätte. Es konnte auch gezeigt werden, dass die nunmehr festzustellende Entwicklung zu einer Rechtsangleichung mit vollharmonisierenden Richtlinien durchaus nicht einer legitimen Grundlage entbehrt. So ist es mittels mindestharmonisierenden Richtlinien tatsächlich bisher offensichtlich nicht gelungen, eine ausreichende Einheitlichkeit im Privatrecht zu erreichen. Dabei sei jedoch auch festgestellt, dass sich diese Bewertung zunächst einmal nur auf den Grad der Rechtsangleichung bezieht – so konnte auch gezeigt werden, dass die Erreichung der tatsächlichen Ziele (Verbesserung bzw. Stimulation des europäischen Binnenmarktes) nur schwer nachzuweisen ist.

In Bezug auf das deutsche Lauterkeitsrecht und die Umsetzung der UGP-Richtlinie wurden die zentralen Probleme und Fragestellungen aufgezeigt. So sei festzustellen, dass allein die Umsetzung einer vollharmonisierenden Richtlinie

---

<sup>296</sup> Letztlich die vertragsrechtliche Basis aus den Europäischen Verträgen

schon kein triviales Unterfangen ist. Spezifisch für die UGP-Richtlinie ergaben und ergeben sich zudem jedoch noch die zusätzlichen Herausforderungen, welche sich aus der Generalklausel bzw. generalklauselartigen Artt. dieser Richtlinie ergeben. Hierbei muss konstatiert werden, dass die Klärung, wem die Konkretisierungskompetenz hierfür und für weitere unbestimmte Rechtsbegriffe der Richtlinie gebührt, nur hinsichtlich einer Bewertung stattfinden konnte. Diese Frage verbleibt wohl weiterhin nicht abschließend beantwortet. Weiterhin ist als Herausforderung das Aufeinanderprallen der Verbraucherschutzausrichtung der UGP-Richtlinie und der Schutzzwecktrias des UWG zu nennen. Hierbei darf zwar festgestellt werden, dass eine Integration der beiden Konzepte trotz Vollharmonisierung möglich war; ferner konnte eine Empfehlung hinsichtlich des Anwendungsbereiches des „richtlinienkonformen“ Verbraucherleitbildes abgegeben werden. Auch konnte festgestellt werden, dass es zwar ein Aufeinandertreffen von einem Verbraucherleitbild mit niedrigeren Anforderungen an den Verbraucher und entsprechend höher anzusetzenden Schutzniveaus durch die „Europäisierung“ des Lauterkeitsrechts augenscheinlich gab – jedoch muss hier aber auch auf eine originäre Liberalisierungsentwicklung hingewiesen werden und der „Gradient“ könnte in diesem Lichte vermutlich als weniger ausgeprägt gewertet werden. Letztlich ist aber noch nicht klar abzusehen, inwieweit der nunmehr faktische „Dualismus“ des deutschen Lauterkeitsrechts<sup>297</sup> noch verstärkter zu Kohärenzproblemen und Wertungswidersprüchen führen könnte. Hinsichtlich des Verbraucherleitbildes sei nicht zuletzt auch noch der Mangel eines normierten europäischen Verbraucherleitbildes anzuprangern.

## **B. Stellungnahme und Ausblick**

Grundsätzlich bleibt in Bezug auf die Rechtangleichung in der Europäischen Union die kontroverse Fragestellung, in welchem Umfange diese gerechtfertigt oder eben auch notwendig ist. Zum einen ist das Argument, dass ein einheitliches Privatrecht den Binnenmarkt erheblich stimulieren könnte nicht abwegig – schließlich ist dieses Binnenmarktziel Teil der „Europäischen Vision“. Gleichzeitig muss aber auch darauf hingewiesen werden, dass die Beibehaltung der mitgliedstaatlichen Pluralität mindestens im gleichen Maße zum genannten Zielbild der Europäischen Union gehört. Auch darf nicht vergessen werden, dass die historische Erfahrung gezeigt hat, dass eine (wenngleich auch nicht vollkommen unregulierte) Wettbewerbssituation in den meisten Fällen zu einem besseren Gesamtergebnis geführt hat. In analoger Anwendung kann auf das

---

<sup>297</sup> abgegrenztes Nebeneinander von Verbraucher- und Mitbewerberschutz



Konzept des „Wettbewerbs der Rechtssysteme“<sup>298</sup> verwiesen werden. Demnach führt eine allzu starre und „zentralistische“ Rechtsgestaltung zu einem Verlust dieser Effekte. Dass die Kommission im Rahmen des Grünbuchs die Mitgliedsstaaten eingebunden hat, vermag hier nur wenig helfen. So lässt sich konkret für die Umsetzung der UGP-Richtlinie doch feststellen, dass das Ergebnis nicht überall positiv zu bewerten ist. So könnte zwar darauf hingewiesen werden, dass in Ländern mit einem bisher niedrigen Verbraucherschutzniveau und einem wenig ausgeprägten bisherigen Lauterkeitsrecht durch die Richtlinie eine Verbesserung erreicht werden konnte. Für Länder mit einem demgegenüber elaborierten Lauterkeitsrechtssystem, insbesondere für den Fall eines Integrierten Modells, kann die Auswirkung durch die UGP-Richtlinie als fraglos negativ bewertet werden. Dies liegt daran, dass dies zumindest in Deutschland zu einem klaren Rückschritt in mehreren Aspekten geführt hat. Insbesondere ist dabei der Verlust des durchgängigen strukturellen und systematischen Konzeptes des Integrierten Modells zu nennen. Und auch aus Sicht der Verbraucherinteressen kann die Richtlinie zunächst wohl eher kritisch gewürdigt werden.

Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass sich die Frage des „richtigen Rechtsharmonisierens“ nicht allgemeingültig klären lässt. Auf den Kern reduziert, ergibt sich grundsätzlich das Dilemma dass entweder im Sinne einer tatsächlichen Vereinheitlichung nicht unerheblich in die mitgliedstaatliche Souveränität eingegriffen werden muss. Auf der anderen Seite aber durch „mildere Formen“ der Rechtsangleichung eben erfahrungsgemäß nur eine sehr unzureichende Harmonisierung erzielt werden kann.

Dementsprechend lässt sich auch hinsichtlich einer allgemeingültigen Bewertung der offenen Frage „Vollharmonisierung durch Richtlinienrecht?“ nur eine einzelfallbezogene Antwort finden. Es lässt sich kaum abstreiten, dass sich ein nicht unerheblicher dogmatischer und prinzipieller Widerspruch ergibt, wenn dem Mitgliedsstaat trotz „freier Wahl der Form und Mittel“ faktisch kein maßgeblicher Spielraum mehr verbleibt. Auf der anderen Seite darf wohl konkret auch für die Umsetzung der UGP-Richtlinie festgestellt werden, dass diese Form der Rechtsangleichung gegenüber einer Verordnung doch den Mitgliedsstaaten evident mehr Gestaltungsspielraum gelassen hat. Auch hierbei erscheint eine Reduktion auf die Grundsatzfragestellung (Rechtsangleichung oder Souveränität der Mitgliedsstaaten) und damit keine objektiv „richtige“ oder „falsche“ Antwort möglich.

---

<sup>298</sup> Hierzu ausführlicher: Kieninger

Hinsichtlich einer Gesamtbewertung muss aber leider stark infrage gestellt werden, inwieweit die durch die Rechtsvereinheitlichung angestrebten Ziele tatsächlich erreicht worden sind. Als Plädoyer oder Hoffnung in Bezug auf die Weiterentwicklung des europäischen Lauterkeitsrecht darf abschließend geäußert werden, dass eine Entwicklung hin zu einem Integrierten Modell auf europäischer Ebene stark zu befürworten wäre. Möglicherweise kann, wie bereits geäußert, das deutsche UWG hierbei ein „Best Practice Modell“ darstellen. Damit wäre zumindest eine deutliche Verbesserung des Lauterkeitsrechts auf gesamteuropäischer Ebene zu erzielen und würde zumindest so im Nachhinein zumindest zu einem gewissen Gesamterfolg durch die UGP-Richtlinie beitragen.

## Literaturverzeichnis

- Achenbach, Jelena von. *Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union*. Berlin: Springer-Verlag, 2014.
- Alexander, Christian, und Susanne Augenhöfer. *10 Jahre UGP-Richtlinie: Erfahrungen und Perspektiven*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2016.
- Basedow, Jürgen. „Grundlagen des europäischen Privatrechts.“ *Juristische Schulung*, 2004: 89-96.
- Basedow, Jürgen v., Klaus J. Hopt, und Hein Kötz. *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- Berger, Maria. „Zu europäischen Entwicklungen im Internationalen Privatrecht und im Verbraucherschutz.“ *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2009: 451-455.
- Bieber, Roland, Astrid Epiney, und Marcel Haag. *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005.
- Bleckmann, Albrecht. *Europarecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1997.
- Brechmann, Winfried. *Die richtlinienkonforme Auslegung: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie*. München: C.H. Beck Verlag, 1994.
- Bron, Christian. *Rechtsangleichung des Privatrechts auf Ebene der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011.
- Buchmann, Tobias. *Umsetzung vollharmonisierender Richtlinien - Zugleich ein Beitrag zur Normkonkretisierung im Anwendungsbereich des Lamfalussy Verfahrens*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.
- Canaris, Claus-Wilhelm. „Der EuGH als zukünftige privatrechtliche Superrevisionsinstanz?“ *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Nr. 2 (1994): 417-433.
- Fastenrath, Ulrich, und Carsten Nowak. *Der Lissabonner Reformvertrag*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.
- Franzen, Martin. *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*. Berlin: De Gruyter, 1999.
- Glöckner, Jochen. „Über die Schwierigkeit, Proteus zu beschreiben - die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland.“ *GRUR*, Nr. 112 (2013): 224-238.

- Grigoleit, Hans Christoph. „Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts.“ *Archiv fuer die civilistische Praxis* 3, Nr. 210 (2010): 354-423.
- Groebe, Hans von der, und Jürgen Schwarze. *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.
- Gsell, Beate, und Carsten Herresthal. *Vollharmonisierung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
- Harte-Bavendamm, Henning, und Frauke Henning-Bodewig. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) - Kommentar*. München: C.H. Beck Verlag, 2016.
- Heiderhoff, Bettina. *Europäisches Privatrecht*. Heidelberg: C.F. Müller GmbH, 2016.
- . *Gemeinschaftsprivatrecht*. München: Sellier. European Law Publishers, 2007.
- Henning-Bodewig, Frauke. „Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken.“ *GRUR*, Nr. 3/2013 (2013): 238-244.
- Jäger, Torsten. *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2006.
- Kieninger, Eva-Maria. *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.
- Knemeyer, Franz-Ludwig. „Subsidiarität - Föderalismus, Dezentralisation - Initiativen zu einem "Europa der Regionen".“ *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1990: 449-454.
- Köhler, Helmut, Joachim Bornkamm, und Frauke Henning-Bodewig. „Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform.“ *Wettbewerb in Recht und Praxis*, Nr. 1317 (2002).
- Kraußer, Hans-Peter. *Das Prinzip der begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*. Berlin: Duncker & Humblot, 1991.
- Lerche, Christoph. *Die Umsetzung privatrechtsangleichender Richtlinien auf dem Prüfstand des effet utile - Eine rechtsfolgenorientierte Untersuchung*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004.
- Lettl, Tobias. „Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform.“ *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 106. Jahrgang, Nr. 6 (2004): 449-536.

- Mayer, Clemens. *Vollharmonisierung im Privatrecht*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2013.
- Mittwoch, Anne-Christin. *Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht - Methode, Implikationen und Durchführung*. Berlin: Walter de Gruyter GmbH, 2013.
- Oppermann, Thomas. *Europarecht*. München: Verlag C.H. Beck, 2005.
- Reichelt, Gerte. *Europarecht: Einführung und Grundsatzjudikatur*. Wien: MANZsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2002.
- Remien, Oliver. „Die Vorlagepflicht bei Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe.“ *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 66, Nr. 2/3 (2002): 503-530.
- Riehm, Thomas. „Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht.“ *JuristenZeitung* 21, Nr. 61 (2006): 1035-1045.
- Riesenhuber, Karl. *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2003.
- Rittner, Fritz. „Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration.“ *Juristenzeitung*, 1995: 849-858.
- Roth, Wulf-Henning. „Transposing 'Pointillist' EC Guidelines into Systematic National Codes - Problems and Consequences.“ *European Review of Private Law*, 2002: 761-776.
- Röthel, Anne. *Normkonkretisierung im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2004.
- Savigny, Friedrich Carl von. *Juristische Methodenlehre*. Stuttgart: K.F. Koehler Verlag, 1951.
- Schillig, Michael. *Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht*. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2009.
- Schulte-Nölke, Hans, und Reiner Schulze. *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte - Einführung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.
- Smits, Jan M. „A European Private Law as a Mixed Legal System.“ *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Nr. Vol. 5 (1998): 328-340.
- Sonntag, Marcel. *Das BGB unter europäischem Einfluss*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2009.
- Streinz, Rudolf. *Europarecht*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2005.

- Stürner, Michael. „Das Konzept der Vollharmonisierung - eine Einführung.“ In *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, 3-22. München: sellier. european law publishers, 2010.
- Tamm, Marina. „Das Grünbuch der Kommission zum Verbraucheracquis und das Modell der Vollharmonisierung - eine kritische Analyse.“ *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007: 756-761.
- Timm-Wagner, Birte. „Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland.“ *GRUR*, Nr. 115 (2013): 245-248.
- Tonner, Klaus, und Marina Tamm. „Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Recht.“ *JuristenZeitung* Nr. 6, Nr. 64. Jahrgang (2009): 277-290.
- Ulmer, Eugen. *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft: Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung, Band 1*. München: Beck, 1965.
- Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. „Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.“ *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2, Nr. 41 (2015): 177-180.
- Wagner, Matthias. *Das Konzept der Mindestharmonisierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001.
- Westermann, Claas Harm. *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in Europa*. Dissertation - Westfälische Wilhelms-Universität zu Münster, 2009.
- Zischka, Ulrike. *Die Rechtsetzungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes*. Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 1997.