

# Was gehört zum Lauterkeitsrecht?

Frauke Henning-Bodewig

## A. Vorbemerkung

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

Natürlich kann man sich fragen, ob es wirklich notwendig ist, Inhalt und Grenzen des Lauterkeitsrechts aufzuzeigen. Wird nicht in der neueren deutschen Literatur in geradezu auffälliger Weise jeder Versuch einer Definition vermieden?<sup>1</sup> Auch auf europäischer Ebene hält man sich ungern mit Definitionen auf. Andererseits macht gerade das europäische Recht eine Eingrenzung der Materie unumgänglich. So lässt z.B. Art. 96 der Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung (GGV)<sup>2</sup> die Anwendung der nationalen Vorschriften gegen unlauteren Wettbewerb unberührt. Und auch die sog. ROM II-Verordnung,<sup>3</sup> die seit 2009 das europäische IPR regelt, enthält in Art. 6 eine Sonderanknüpfung für (grenzüberschreitende) unlautere Wettbewerbshandlungen. Schon von daher erscheint es geboten, sich darüber Klarheit zu verschaffen, was zum „Recht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs“ – ein Begriff, für den im Folgenden der Einfachheit halber das Kürzel „Lauterkeitsrecht“ verwendet wird<sup>4</sup> – gehört.

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

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

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

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

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

## B. Internationalrechtliche Anhaltspunkte

Wer auf internationalrechtlicher Ebene nach Anhaltspunkten für eine Definition des Lauterkeitsrechts sucht, wird unschwer auf Art. 10<sup>bis</sup> der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) stoßen.<sup>6</sup> In der Tat befasst sich diese bislang einzige zusammenhängende Regelung des Lauterkeitsrechts auf internationaler Ebene<sup>7</sup> bereits seit 1900 unter dem Aspekt des *gewerblichen Rechtsschutzes* mit unlauteren Wettbewerbs-handlungen. Art. 10<sup>bis</sup> PVÜ wird dabei durchaus zu Recht als „*unfair competition law in a nutshell*“<sup>8</sup> bezeichnet: Im Anschluss an eine jede unlautere Wettbewerbs-handlung verbietende Generalklausel in Absatz 1 definiert Absatz 2 die Unlauterkeit als „jede Wettbewerbs-handlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft“, was in Absatz 3 mittels dreier Beispielsfälle (Verwechslungsgefahr, Anschwärzung, Irreführung) näher erläutert wird.

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

<sup>6</sup> Ausführlich zu Art. 10<sup>bis</sup> PVÜ der Beitrag von Pflüger in diesem Band auf S. 65.

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

<sup>8</sup> Diese prägnante Bezeichnung stammt von Schricker, IIC 1995, 782.

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

### C. Gemeinschaftsrechtliche Anhaltspunkte

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

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

<sup>9</sup> Siehe insbesondere die RL 2005/29/EG.

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

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

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

Dabei hat es nicht an Versuchen in diese Richtung gefehlt. So sollte in den 60er Jahren auf der Grundlage des *Ulmer-Gutachtens* in den damals sechs Mitgliedstaaten der EWG ein einheitliches europäisches Recht zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs geschaffen werden. Hieraus ist bekanntlich nichts geworden. Die Gründe hierfür (Beitritt Großbritanniens und Irlands mit einem ganz anderen Rechtssystem, unterschiedliche Auffassung über die Stellung des Verbraucherschutzes, nicht gerade hilfreiche Aufspaltung der Kompetenzen in der Kommission auf verschiedene Generaldirektionen) sind bereits wiederholt erörtert und dargestellt worden<sup>12</sup> und sollen deshalb an dieser Stelle nicht noch einmal erörtert werden.

*Festgehalten* sei lediglich, dass als Folge des Scheiterns einer übergreifenden Regelung über Jahrzehnte hinweg lediglich bestimmte Ausschnitte aus dem ursprünglichen Vorhaben geregelt wurden, nämlich diejenigen Aspekte, die noch am ehesten auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen waren. Als *konsensfähig* galt insbesondere der Bereich der *Werbung*, aus dem 1984 erst die irreführende,<sup>13</sup> 1997 dann die vergleichende Werbung<sup>14</sup> harmonisiert wurde. Daneben entstanden etliche Richtlinien und Verordnungen, welche Werbung und Marketing für bestimmte Produkte (z.B. für Lebensmittel, Heilmittel, Tabak) regeln, sowie einige Richtlinien, die diese Aspekte für das Fernsehen und das Internet (mit) erfassen.<sup>15</sup> Und schließlich sind Themenbereiche, die zuvor in einigen Mitgliedstaaten dem Wettbewerbsrecht zugeordnet wurden, in die IP-Rechte „abgewandert“, z.B. der Schutz von Datenbanken oder der Schutz der bekannten Marke.<sup>16</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In gewisser Weise setzt dieser Ansatz freilich nur fort, was sich in der bereits vorhin genannten, nicht ganz eindeutigen Kompetenz der Gemeinschaft zur Regelung des Lauterkeitsrechts und in der *Rechtsprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten* der Art. 28, 49 EG abzeichnete. Seit der berühmten „Cassis“-Entscheidung aus dem Jahre 1979<sup>21</sup> können nationale Regelungen zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs außer bei Vorliegen der in Art. 30 EG genannten Gründe auch dann gerechtfertigt sein, wenn sie notwendig sind, um „zwingenden Erfordernissen der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes“ gerecht zu wer-

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

<sup>19</sup> S. 27 und 227 in diesem Band.

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

<sup>21</sup> *EuGH GRUR Int.* 1979, 468.

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

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

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

<sup>23</sup> Siehe Fn. 3.

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



## D. Der Ansatz der Mitgliedstaaten

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

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

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

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

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

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

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

Aus dieser ohnehin nur sehr groben Einteilung sind in Folge der Zeit immer mehr *Zwischenformen* entstanden. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt gibt es jedenfalls ein *kunterbuntes Bild von Regelungsansätzen* in den Mitgliedstaaten, von denen hier nur einige der prägnantesten genannt seien<sup>26</sup>:

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

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

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

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



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

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

Wollte man versuchen, in *regelungstechnischer Hinsicht* ein hervorstechendes Merkmal der *Entwicklung der letzten zwei Jahrzehnte* zu nennen, dann wäre dies vielleicht, dass eine ganze Reihe von Staaten spezielle *Verbraucherschutzgesetze* erlassen hat.<sup>33</sup> Diese sind in einigen Ländern neben die bereits zuvor verabschiedeten *Werbe Gesetze* getreten, was z.T. zu nicht unproblematischen *Überlappungen* geführt hat. Problematisiert und „bereinigt“ wurden diese selten;<sup>34</sup> die Verbraucherschutzgesetze dienen offenbar auch als relativ unproblematischer Ort der Umsetzung der immer zahlreicheren europäischen Vorgaben zum Verbraucherschutz. Andererseits klappt auch letzteres nicht immer: so ließ sich die Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken, die dem Verbraucherschutz im Wettbewerb gewidmet ist, vom Verständnis einiger Staaten<sup>35</sup> her dann doch nicht in die bestehenden Verbraucherschutzgesetze einpassen, so dass zusätzlich noch ein eigenes Gesetz zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken gegenüber dem Verbraucher erforderlich wurde, was die Abgrenzungsprobleme noch verschärft hat.

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

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

<sup>30</sup> Tschechien und Slowakei.

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

<sup>32</sup> Portugal.

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

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

<sup>35</sup> Luxemburg, Polen.

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

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

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

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

## E. Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten

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

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

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

2. Auch zwischen Lauterkeitsrecht und *geistigem Eigentum* bestehen enge Berührungspunkte. So sieht insbesondere die PVÜ<sup>38</sup> das Lauterkeitsrecht als Teil des gewerblichen Rechtsschutzes an. In der Tat verdeutlichen Tatbestände wie die Irreführung durch Verwechslungsgefahr oder der „parasitäre Wettbewerb“ die Nähe zu den IP-Rechten. Zu welchen Problemen der *Abgrenzung* dies führen kann, wird noch *Ansgar Ohly* erörtern.<sup>39</sup> Hier sei nur darauf hingewiesen, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen Lauterkeitsrecht und IP-Rechten üblicherweise darin gesehen wird, dass die IP-Rechte Rechtspositionen in Form von *absoluten Rechten* schützen, während das Lauterkeitsrecht *Verhaltensunrecht* ist, also Regeln für ein bestimmtes, faires Verhalten im Wirtschaftsleben – unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen absoluter Rechte – aufstellt.

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

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

<sup>39</sup> In diesem Band auf S. 181.

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

<sup>40</sup> Wie einige ehemals sozialistische Beitrittsländer, z.B. Ungarn, die baltischen Staaten.

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

<sup>42</sup> Ausführlich dazu der Beitrag von *Drexl* auf S. 227.

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

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

<sup>45</sup> Z.B. im Gewährleistungsrecht, vgl. § 434 des deutschen BGB.

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

## F. Versuch einer Positivbestimmung des Lauterkeitsrechts

Versucht man aus diesen sehr verschiedenen Ansatzpunkten herauszufiltern, was bei einer funktionalen Betrachtungsweise<sup>47</sup> das *Wesen des Lauterkeitsrechts* ausmacht, so ließen sich – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – folgende Aspekte festhalten:

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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



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

## G. Fazit

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

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

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

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

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

## Diskussion

### Rolf Sack

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

### Frauke Henning-Bodewig

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

### Annette Kur

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

### Hans-Jürgen Ahrens

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

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

### **Axel Beater**

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

### **Frauke Henning-Bodewig**

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

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

Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire

Hilty, R.M.; Henning-Bodewig, F. (Hrsg.)

2009, VIII, 306 S., Hardcover

ISBN: 978-3-642-05425-9