

## Hinweis :

**Dieser Text wurde von einer externen Organisation oder einem Vertragsnehmer erstellt. Die Kommission hat den in diesem Text ausgedrückten Meinungen weder zugestimmt noch sie in irgendeiner anderen Form genehmigt; somit geben sie nicht unbedingt den Standpunkt der Kommission wieder. Die Europäische Kommission kann für die Richtigkeit der Informationen in dieser Studie nicht garantieren; sie übernimmt keinerlei Verantwortung für deren Verwendung.“**

## **Realisierbarkeit eines allgemeinen Rechtsrahmens zur Lauterkeit Im Handelsverkehr**

### **A. Zusammenfassende Darstellung des Spektrums der politischen Optionen und ihrer Realisierbarkeit**

#### **I. Europäischer oder internationaler Lösungsansatz?**

Artikel 10bis der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums begründet erstens für die Unterzeichnerstaaten eine Verpflichtung, angemessene Maßnahmen zur Sicherung der Lauterkeit im Handelsverkehr zu treffen, und enthält zweitens eine Definition dessen, was man unter „Lauterkeit“ verstehen könnte. Auch das Vereinigte Königreich hat die Übereinkunft ratifiziert<sup>1</sup>. In seiner zu Beginn der 60er-Jahre im Auftrag der Europäischen Kommission erstellten Studie schlug *Eugen Ulmer* vor, eine europäische Rahmenregelung für das Lauterkeitsrecht auf ebendiese Grundlage zu stellen, allerdings mit zwei Unterschieden hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf freie Berufe und bezüglich ihrer Ausdehnung auf Dritte, die am Wettbewerb beteiligt sind<sup>2</sup>. Ein derartiger Vorschlag könnte angesichts der zahlreichen Beitritte zur Pariser Verbandsübereinkunft und des internationalen Ansehens, das sie genießt, wieder an Aktualität gewinnen.

Die Pariser Übereinkunft wurde allerdings erstmals im Jahre 1883 unterzeichnet, und *Eugen Ulmers* Vorschlag geht auf die Ursprünge der Europäischen Gemeinschaft zurück. Die Europäische Kommission hatte *Eugen Ulmer* und das *Max-Planck-Institut* in München beauftragt, das Lauterkeitsrecht in den damaligen sechs Mitgliedstaaten zu untersuchen. Sie wollte damit der Ausarbeitung eines kohärenten und umfassenden europäischen Lauterkeitsrechts den Weg ebnen. Später wurde der Auftrag auf die Erstellung nationaler Berichte über die neuesten Mitgliedstaaten erweitert (mit Ausnahme des letzten Beitrittslandes). Dieser ehrgeizige Plan konnte nicht verwirklicht werden, da es am politischen Willen mangelte. Die Studie trug zwar dazu bei, dass die

---

<sup>1</sup> Das Vereinigte Königreich ratifizierte am 19.5.1970 die Artikel 1 bis 10 und am 26.4.1970 die Artikel 13 bis 30, vgl. *Westerholt und Gysenberg*, S.16.

<sup>2</sup> *Eugen Ulmer*, S. 249, 250.

Richtlinie 84/450 über irreführende Werbung erlassen werden konnte, doch die weitergehenden Bemühungen um ein harmonisiertes Recht der unlauteren Werbung scheiterten. Seitdem hat die Europäische Gemeinschaft bei der Regelung des Lauterkeitsrechts einen schrittweisen (oder problemorientierten) Ansatz zugrunde gelegt. Leider zeigen bruchstückhafte Regelungen und unsystematische Hinweise auf einen als gegeben vorausgesetzten, jedoch inhaltlich unklaren Grundsatz der Lauterkeit im Handelsverkehr<sup>3</sup>, dass der notwendige politische Wille fehlt, sich der wirklichen Herausforderung zu stellen: der Ausarbeitung eines allgemeinen Rechtsrahmens.

Dies liegt weniger daran, dass es neue Argumente für oder gegen die Machbarkeit eines allgemeinen Rechtsrahmens gäbe, sondern vielmehr daran, dass das völkerrechtliche und europarechtliche Umfeld kaum mehr mit dem der frühen Sechzigerjahre vergleichbar ist. Auf der Ebene des Völkerrechts ergreifen internationale Organisationen fortwährend neue Initiativen, um das Lauterkeitsrecht in den Griff zu bekommen<sup>4</sup>. Ein Durchbruch wurde zweifelsohne mit dem Erfolg der Uruguay-Runde erzielt, der zum TRIPS-Übereinkommen führte und die WIPO zum Handeln zwang. Mittlerweile ist es an der Zeit, sich weniger um neue Initiativen, sondern um mehr Kohärenz auf der internationalen Ebene zu bemühen. Selbst die über die Frage der Lauterkeit hinausgehende, seit langem gehegte Idee eines völkerrechtlichen Rahmens für das Wettbewerbsrecht scheint wieder ins Blickfeld zu rücken<sup>5</sup>. Die europäische Initiative zur Festlegung eines allgemeinen Rechtsrahmens ist vor diesem Hintergrund eines veränderten und sich weiter verändernden internationalen Umfelds zu sehen. Völkerrechtliche Handels- und Wettbewerbsregelungen führen zu verbindlichen und

---

<sup>3</sup> Vgl. Band III, Kapitel 3, I, 2.

<sup>4</sup> Vgl. Band III, Kapitel 4.

<sup>5</sup> *Basedow*, Weltkartellrecht, Auslegungslage und Ziele, Methode und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, Mohr Siebeck 1998; *Yusuf/Moncayo*, Intellectual property protection and international trade – exhaustion revisited, *World Competition*, 16 (1992), 115; *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*, TD/B/RBP/81/Rev. 5, 20. Februar 1998, *United Nations Conference on Trade and Development*, UNCTAD/ITD/15, 11. Oktober 1995, The basic objectives and main provisions of competition laws and policies, Studie des UNCTAD-Sekretariats; *UNCTAD*, Continued Work on the Elaboration of a Model Law or Laws on Restrictive Business Practices, Draft commentaries to possible elements for articles of a model law or laws, prepared by the UNCTAD secretariat; UNCTAD/TD/RBP/CONF. 4/8, 4.9.1995, Review of all Aspects of multilaterally agreed equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, Strengthening and Implementation of the Set, The scope, coverage and enforcement of competition laws and policies and analysis of the provisions of the Uruguay Round Agreements relevant to competition policy, including their implications for developing and other countries; *United Nations Conference on Trade and Development*, TD/REB/COF.4/2, 26. Mai 1995, Review of all Aspects of the Set of Multilaterally agreed equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, Strengthening the Implementation of the Set, The role of competition policy in economic reforms in developing and other countries.

durchsetzbaren Normen. Diese konkurrieren somit mit dem europäischen Handels- und Wettbewerbsrecht<sup>6</sup>.

Doch auch die Europäische Gemeinschaft hat sich in den letzten dreißig Jahren gewandelt. Welches auch ihre Rechtsnatur sein mag – ein staatenähnliches Gebilde oder nach wie vor eine supranationale Organisation – eins steht fest: Die Europäische Gemeinschaft hat immer mehr Lauterkeitsvorschriften erlassen<sup>7</sup>. Das europäische Lauterkeitsrecht spiegelt somit die Gesamtentwicklung des europäischen Integrationsprozesses wider, der seit der Einheitlichen Europäischen Akte auf die Vollendung des Binnenmarkts ausgerichtet ist. Es gibt nunmehr ein dichtes Geflecht bereits geltender Bestimmungen über Marketingmethoden. Man könnte sich sogar vorstellen, dass *praeter legem* bereits ein europarechtlicher Grundsatz der Lauterkeit im Geschäftsverkehr existiert, zumindest im Ansatz<sup>8</sup>. Unabhängig davon, ob es einen solchen Grundsatz ganz oder zum Teil schon gibt oder nicht gibt – den Gemeinschaftsrichtlinien mangelt es jedenfalls an Kohärenz. Die Richtlinien regeln bestimmte Aspekte oder bestimmte Formen des Marketing, oft nur in Bezug auf bestimmte Produkte oder einen bestimmten Werbeträger. In Extremfällen unterliegt dieselbe Marketingpraxis mehreren Richtlinien mit unterschiedlichem Regelungsgehalt, die mit verschiedenen Lösungsansätzen an das Problem herangehen<sup>9</sup>. Im Interesse größerer Rechtssicherheit bedürfen die Harmonisierungsvorschriften daher unbedingt einer Straffung. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn nochmals die Frage aufgeworfen wird, ob nicht ein allgemeiner legislativer Rahmen für das Lauterkeitsrecht gebraucht wird. Es dürfte nun an der Zeit sein, ein solches System zu schaffen, denn die Europäische Gemeinschaft muss in die Lage versetzt werden, sich an der Diskussion um die Ausarbeitung eines internationalen Lauterkeitsrechts zu beteiligen und ihren Beitrag zur Bewältigung dieser immer dringlicher werdenden Aufgabe zu leisten.

## II. Lauterkeitsrecht und Verbraucherschutz

Es gibt ein echtes wirtschafts- und verbraucherpolitisches Problem, das gelöst werden muss. Die wirtschaftliche Dimension des Lauterkeitsrechts lässt sich am besten am Beispiel des elektronischen Handels verdeutlichen, dessen Bedeutung ständig zunimmt<sup>10</sup>. Diese Entwicklung ist in erster Linie auf die Verbraucher und die von ihnen getätigten Geschäfte zurückzuführen. Die Umsätze im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen könnten demnächst ebenfalls steigen und in den kommenden Jahren die

---

<sup>6</sup> Eine Konkurrenz der Rechtsordnungen gibt es nicht nur in, sondern auch außerhalb der Europäischen Gemeinschaft, vgl. N. Reich, Competition of legal orders – A new paradigm of EC law? CMLRev. 1992, 86-89.

<sup>7</sup> Vgl. Band III, Kapitel 3, I. 1 a), wo die einschlägigen Maßnahmen aufgeführt sind.

<sup>8</sup> Vgl. Band III, Kapitel 3, I. 2.

<sup>9</sup> Dies trifft insbesondere auf die Vorschriften für das Telefonmarketing zu, vgl. Band III, Kapitel 3, II, 1, b.

<sup>10</sup> Siehe PriceWaterhouseCoopers/University of Utrecht/University of Tilburg, Final Report Study on Consumer Law and the Information Society, August 2000, erstellt für die Europäische Kommission, GD SANCO.

Umsätze der Verbrauchergeschäfte im Internet übersteigen. Augenblicklich sind an den meisten Internetgeschäften aber immer noch Verbraucher beteiligt, wobei unter diesem Begriff die „End“-Verbraucher im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Terminologie zu verstehen sind. Sie brauchen eine einheitliche Rechtsgrundlage, auf die sie sich verlassen können, wenn sie Anbieter im Internet aufsuchen. Mit der Richtlinie 2000/31 wurde der Versuch unternommen, das Problem der Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten durch Rückgriff auf das Herkunftsland-Prinzip zu bewältigen. Dieses Prinzip mag zwar von Nutzen sein, wenn es darum geht, die Zahl der veralteten und einengenden Preisvorschriften in den Mitgliedstaaten zu verringern, doch hilft es dort nicht weiter, wo allgemein gültige Regelungen gebraucht würden. Vielleicht enthält die Richtlinie 2000/31 aus diesem Grund so viele Ausnahmen, die sich auffallend oft auf den Verbraucherschutz beziehen<sup>11</sup>. Die Globalisierung durch das Internet unterstreicht die Notwendigkeit eines Rechtsrahmens, der dem Verbraucherschutz hinreichend Rechnung trägt<sup>12</sup>. Gebraucht werden allerdings verbindliche Normen, die zwingende Regelungen enthalten. Diese können auf internationaler Ebene nicht ausgearbeitet werden. Hier bietet sich der Europäischen Gemeinschaft Gelegenheit daher eine Gelegenheit, diese Lücke zu füllen und die Ausarbeitung eines umfassenden Regelwerks zum Lauterkeitsrecht in Angriff zu nehmen.

Welchen zusätzlichen Nutzen ein allgemeiner legislativer Rahmen für das Lauterkeitsrecht brächte, ist offensichtlich. Er könnte als „Schirm“ oder als „Sicherheitsnetz“ fungieren<sup>13</sup>: als Schirm deshalb, weil er alle die bruchstückhaften Regelungen abdecken und diesen einen übergreifenden Rahmen geben könnte, und als Sicherheitsnetz deshalb, weil auch Fragen geregelt würden, die zur Zeit Gegenstand von Spezialregelungen sind. Die Gemeinschaftsrichtlinien zum Thema Lauterkeit im Handelsverkehr stellen weder einen solchen „Schirm“ noch ein „Sicherheitsnetz“ dar. Deren Lückenhaftigkeit hat sich im Fall „*Direct Shopping*“, dem bekannten Rechtsstreit um die grenzüberschreitende Werbung, ganz deutlich gezeigt<sup>14</sup>. In der anschließenden politischen Debatte ging es hauptsächlich um das Fehlen angemessener und durchsetzbarer gerichtlicher oder administrativer Rechtsbehelfe in den Mitgliedstaaten; damit wurde der Richtlinie 98/27 der Weg geebnet. Die Schwierigkeiten französischer und deutscher Gerichte bei der Feststellung, ob im konkreten Fall nun eine Irreführung der Verbraucher vorlag, stießen auf weniger Interesse. Das Hauptproblem bildeten hier die Beweislastregeln, die in Deutschland und Frankreich unterschiedlich sind, und gerade in diesem Punkt hilft die Richtlinie 84/450 über irreführende Werbung auch nicht viel weiter. Solange Streitigkeiten keine grenzüberschreitende Dimension haben,

---

<sup>11</sup> Vgl. Band III, Kapitel 3, II, 3.

<sup>12</sup> Die Leitlinien der OECD für den Verbraucherschutz im elektronischen Geschäftsverkehr passen gut in dieses Gesamtbild, vgl. Band III, Kapitel 4, F, I.

<sup>13</sup> Wörtliches Zitat von *Anne-Dorte Bruun Nielsen*, Analysis of the possibility of introducing a general clause on good market behaviour into Community law – Bericht für den Nordischen Ministerrat, Manuskript vom Februar 2000.

<sup>14</sup> Vgl. *Hans-W. Micklitz*, Cross-Border Consumer Conflicts — A French-German Experience, JCP Special Issue, European Consumer Policy After Maastricht, 1993, 411-434.

können die Gerichte und Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten dieses Problem durch Rückgriff auf die Generalklausel<sup>15</sup> lösen – sofern es eine gibt!

Es gibt einen Bereich, in dem diese beiden Dimensionen – d. h. die Globalisierung durch das Internet und die ungelösten Probleme des Verbraucherschutzes – tatsächlich aufeinandertreffen, nämlich im Bereich der *Gewinnspiele*. Verbraucherverbände aus ganz Europa berichten über zahllose Fälle, in denen Verbraucher mit solchen Gewinnspielen betrogen wurden und in denen die Organisatoren rechtlichen Sanktionen entgehen konnten<sup>16</sup>. Durch die Globalisierung und das Internet ist die Anzahl der Gewinnspiele stark angestiegen. Außerdem ist es für die Firmen, die sie organisieren, nun noch leichter, als „Briefkasten“-Firma anonym zu bleiben<sup>17</sup>. Es ist nahezu unmöglich, im Internet eine Werbeseite ohne Gewinnspiel zu finden. Durch die Globalisierung der Wirtschaft wird die Rechtsdurchsetzung noch schwieriger und komplizierter. Theoretisch könnte nur eine globale Lösung unlauteren Gewinnspielen ein Ende setzen. In der Praxis könnte die Delegation des Problems an die internationale Ebene und damit das Abwarten einer weltweit gültigen Regelung letztlich dazu führen, dass es überhaupt keinen rechtlichen Rahmen gibt. Die Europäische Gemeinschaft hat nun die Chance, Normen festzulegen, die auch außerhalb des Hoheitsgebiets ihrer Mitgliedstaaten Bedeutung erlangen könnten, vor allem in den osteuropäischen Ländern<sup>18</sup>. Eine gemeinschaftsrechtliche Regelung für Gewinnspiele könnte jedoch nicht mehr als ein erster Schritt sein. Gewinnspiele entwickeln sich ständig weiter, und dies spricht gerade für einen allgemeinen Rechtsrahmen – für ein Sicherheitsnetz, das einen effektiven grenzüberschreitenden Schutz der Verbraucher gewährleistet.

---

<sup>15</sup> Dies gilt für die skandinavischen Länder, vgl. *Anne-Dorte Bruun Nielsen*, Analysis of the possibility of introducing a general clause on good market behaviour into Community law, – Bericht für den Nordischen Ministerrat, Manuskript vom Februar 2000, und für Deutschland, vgl. die eingehende Untersuchung des deutschen Gewinnspielrechts, *F. Bultmann*, Gewinnspielwerbung in Wettbewerbsverfahren des Verbraucherschutzvereins – eine rechtliche Analyse, in: Hans-W. Micklitz (ed.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?*, VIEW Schriftenreihe Band 1, 1996, 299-320.

<sup>16</sup> Zum deutschen Recht siehe *F. Bultmann*, Gewinnspielwerbung in Wettbewerbsverfahren des Verbraucherschutzvereins – eine rechtliche Analyse, in: Hans-W. Micklitz (ed.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?*, VIEW Schriftenreihe Band 1, 1996, 299-320; zur europäischen Dimension siehe *Bob Schmitz*, Gewinnspielwerbung in Deutschland – Kommentar zu Fritz Bultmann, loc. cit., 321.

<sup>17</sup> Beim deutschen Verbraucherschutzverein in Berlin gingen bis September 2000 über hundert grenzübergreifende Verbraucherbeschwerden über Gewinnspiele ein, die in anderen Mitgliedstaaten initiiert worden waren und dann nach Deutschland gelangten. In über 50 % der Fälle erhielten die Geschädigten keinen Schadensersatz, da die zuständigen Behörden sich weigerten, den Namen der Firma offenzulegen, die sich hinter der Briefkastenadresse versteckte.

<sup>18</sup> Vgl. Fußnote 16 und zum gleichen Thema *J. Franck*, Lotteries and Sweepstakes: A Common Problem to Western and Eastern Consumers, 327-331.

### III. Eine Generalklausel zum Schutz der Lauterkeit im Geschäftsverkehr – Unterschiede und Entsprechungen

Es dürfte zumindest zahlenmäßig weitgehend Übereinstimmung über die Zweckmäßigkeit einer solchen Generalklausel geben, zumindest was die Anzahl ihrer Befürworter angeht. Dies gilt nicht nur für Nationalstaaten, sondern auch für internationale Regelungsinitiativen<sup>19</sup>. Der Anfang wurde mit der Pariser Verbandsübereinkunft gemacht. Art. 10 bis dieser Übereinkunft nimmt auf die *anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel* Bezug. Gemäß Art. 2 Absatz 1 des TRIPS-Übereinkommens „befolgen die Mitglieder die Artikel 1 bis 12 sowie Artikel 19 der Pariser Verbandsübereinkunft“ – auch hier orientierte man sich offenbar an den *anständigen Gepflogenheiten*; die Musterbestimmung der WIPO entspricht weitgehend dem Wortlaut von Art. 10 bis. Ausgangspunkt aller drei Normgeber ist jedoch nicht das Lauterkeitsrecht als solches, sondern vielmehr das Recht des geistigen Eigentums. Vorliegend sollen die anständigen Gepflogenheiten den Ausgangspunkt bilden. *Eugen Ulmer*<sup>20</sup> hatte bereits betont, dass die endgültige Entscheidung darüber, was anständige Gepflogenheiten sind, nicht denjenigen überlassen werden dürfe, die sie herausbilden. Sonst könnte die Wirtschaft allein bestimmen, welches Maß an Ehrlichkeit in Gewerbe und Handel gewährleistet sein soll. Die einzige völkerrechtliche Regelung, die sich nur mit Werbung und Marketingmethoden befasst, wurde von der Internationalen Handelskammer (International Chamber of Commerce – ICC) ausgearbeitet. Die ICC entwickelt unverbindliche Regeln, von denen sie glaubt, dass sie im internationalen Handel anerkannt sind. Nach Artikel 1 sollen „*Werbung und Marketing ... gesetzlich zulässig, mit den guten Sitten vereinbar, redlich und wahr sein*“<sup>21</sup>. Die ICC-Normen spielen – obgleich sie nicht zum Schutz der Verbraucher konzipiert und ohne deren Beteiligung entwickelt wurden – bei der Durchsetzung von Regeln zum Schutz vor unlauteren Geschäftspraktiken in den skandinavischen Ländern eine größere Rolle. Sie werden von Verwaltungsbehörden und den Handelsgerichten berücksichtigt<sup>22</sup>. Der Wortlaut der ICC-Normen ist weiter gefasst und geht über die Bestimmungen der Pariser Verbandsübereinkunft hinaus. Sie unterstreichen die Notwendigkeit der Ausgestaltung eines allgemeinen Rechtsrahmens, der für alle Arten von Marketingmethoden Gültigkeit hätte, also nicht nur für solche, die mit der unlauteren Verwendung von Rechten am geistigen Eigentum zusammenhängen.

Dreizehn der fünfzehn Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft regeln das Lauterkeitsrecht mit einer Generalklausel. Diese Länder verfügen über eine

---

<sup>19</sup> Siehe Band III, Kapitel 4.

<sup>20</sup> Vgl. bereits *Eugen Ulmer*, 249 und heute *Frauke Henning-Bodewig*, Der internationale Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, in Gerhard Schrickler/Frauke Henning-Bodewig (Hrsg.), Neuordnung des Wettbewerbsrechts, 1999, 21-45, p. 31.

<sup>21</sup> Siehe Band III, Kapitel 4, E, I.

<sup>22</sup> Vgl. *Anne-Dorte Bruun Nielsen*, Analysis of the possibility of introducing a general clause on good market behaviour into Community law, – Bericht für den Nordischen Ministerrat, Manuskript Februar 2000. Sie unterstreicht, dass die ICC-Normen in Schweden eine größere Rolle spielen als in Dänemark.

Auffangbestimmung, die als Grundlage für die Bewertung aller Marketingmethoden dient, für die es keine Spezialvorschriften gibt. Diese Generalklauseln unterscheiden sich zwar im Wortlaut, nicht aber in der Grundidee. Es gibt fünf Rechtsbegriffe, nämlich den der *guten Sitten* (Österreich, Deutschland, Griechenland, Portugal), der *Lauterkeit des Geschäftsverkehrs* (Belgien, Italien, Luxemburg und Spanien), der *guten Marketingpraxis* (Dänemark, Finnland und Schweden), der *Rechtswidrigkeit* (Niederlande) und des *Verschuldens* (Frankreich). Die Wortwahl wird nach wie vor stark davon beeinflusst, welchem Rechtskreis das betreffende Land von jeher angehört (Rechtskreislehre)<sup>23</sup>. In keinem dieser Länder richtet man sich jedoch nach dem Begriff, auf dem die Beurteilung missbräuchlicher Klauseln nach der Richtlinie 93/13 im Wesentlichen beruht – nämlich *Treu und Glauben*<sup>24</sup>. Die Idee der *guten Sitten* in Österreich, Griechenland und Portugal kommt aus dem deutschen bürgerlichen Recht, während der Begriff der *Lauterkeit des Geschäftsverkehrs* in Belgien, Italien, Luxemburg und Spanien den Ländern gemeinsam sein dürfte, die eine Zivilgesetzbuch-Tradition haben – dies dürfte auch auf Frankreich zutreffen, zumindest wenn man bedenkt, wie Artikel 1382 CC von den Gerichten angewandt wird. Der Begriff der *guten Marketingpraxis* zeigt, dass die skandinavischen Länder einen „kompakten“ Ansatz zugrunde legen. Nur in den Niederlanden scheint man einen eigenen Ansatz zu verfolgen.

Eine solche Einteilung hilft aber nicht weiter, wenn es darum geht, die verschiedenen Rechtsgrundsätze nach der Überwachungsichte einzustufen, die hinter jedem dieser Begriffe liegt. Ob und in welchem Umfang es sich bei einer Generalklausel um theoretisches oder praktisch angewandtes Recht handelt, hat wenig damit zu tun, wie sie nun formuliert ist. Wesentlich wichtiger sind die unterschiedlichen Wettbewerbskonzepte<sup>25</sup>. In den Ländern, in denen das Verbraucherschutzrecht einen wesentlichen, ausdrücklich geregelten Teil des jeweiligen Rechts bildet, wird offenbar stärker auf die Kontrolle von Marketingmethoden geachtet, durch die Verbraucher geschädigt werden könnten. Selbst in den Ländern, in denen es ein Verbraucherschutzrecht gibt, hängt der Umfang des tatsächlich gewährten Schutzes weitgehend davon ab, welche Behörden für die Durchsetzung dieses Rechts zuständig sind. Aus diesem Grund sollte die Bedeutung des Wortlauts der Generalklausel nicht überschätzt werden; wesentlich ist, dass es sich um eine Auffangbestimmung handelt, auf die – zumindest notfalls – zurückgegriffen werden kann.

Ganz anders ist die Situation wiederum im Vereinigten Königreich und in Irland. Im Vereinigten Königreich wird das Lauterkeitsrecht aus etwa einhundert verschiedenen Gesetzen und Verordnungen gebildet. Dies trifft im Wesentlichen auch auf Irland zu. Neuere Reforminitiativen lassen darauf schließen, dass das Office of Fair Trading sich

---

<sup>23</sup> Die Rechtskreislehre scheint allerdings in der Rechtslehre an Boden verloren zu haben: *Hein Kötz*, Abschied von der Rechtskreislehre, *ZeuP* 1998, 493-505.

<sup>24</sup> Dieser Begriff wurde lediglich in Artikel 5 des spanischen *Ley de Competencia Disleal* aufgegriffen, vgl. den nationalen Bericht über Spanien, Band III, Kapitel 1, M, I.

<sup>25</sup> Ebenso *Eugen Ulmer*, 250.

mittlerweile für die Einführung einer Art von „Auffangbestimmung“ einsetzt, um damit den Unzulänglichkeiten der Selbstregulierung abzuhelfen<sup>26</sup>. Das Department of Trade and Industry hat Vorbehalte gegen einen Übergang zum kontinentalen Ansatz. Die britische Regierung steht im Wesentlichen auf dem Standpunkt, dass das Office of Fair Trading ermächtigt werden sollte, *tragende Grundsätze* zu entwickeln, denen die Verhaltenskodizes dann entsprechen müssten. Im Vereinigten Königreich setzt sich aber doch immer mehr die Überzeugung durch, dass gewisse allgemeine, für die Anbieter verbindliche Leitlinien notwendig sind. Dies zeigt sich an den vorgeschlagenen tragenden Grundsätzen: *wahrheitsgetreue Werbung, klare, brauchbare und angemessene Informationen vor Abschluss des Vertrages, klare und faire Verträge*. Selbst wenn die geplante Reform durchgeführt werden sollte, bleiben die Unterschiede zwischen den „Generalklausel“-Ländern und den Ländern des Common Law bestehen. Das britische Ordnungssystem beruht auf der Selbstregulierung. Man ist eher bestrebt, die Selbstregulierung zu verbessern, als strengere Vorschriften im Sinne einer weit gefassten Auffangbestimmung zu erlassen. Das britische Modell könnte durchaus gut in eine europäische Rahmenregelung des Lauterkeitsrechts passen, das ergänzend zur vorgeschlagenen Generalklausel auf die Selbstregulierung zurückgreift.

Möglicherweise sind die Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Rechts der Marketingmethoden gar nicht so groß wie auf dem Gebiet des Vertragsrechts, auf dem es der Europäischen Gemeinschaft gelungen ist, den Begriff „Treu und Glauben“ als allgemeinen Grundsatz einzuführen, um gegen missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vorzugehen. Im Guten wie im Schlechten könnte die Richtlinie 93/13 hier als Beispiel dienen: im Guten insoweit, als es der Europäischen Gemeinschaft damit gelungen ist, die Unterschiede zwischen den einzelstaatlichen Rechtsordnungen einzuebnen und die Entwicklung eines echten europarechtlichen Treu- und-Glauben-Begriffes voranzutreiben; im Schlechten insoweit, als die Umsetzung der Richtlinie in das einzelstaatliche Recht der Mitgliedstaaten zeigt, wie schwierig es ist, die Hürde unterschiedlicher nationaler Rechtskulturen und -traditionen zu überwinden. Die Geschichte der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln könnte für die Europäische Gemeinschaft ein Ansporn sein, auf die Einführung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf einem Gebiet hinzuwirken, in dem das Fehlen einheitlicher Kriterien noch stärker als Mangel empfunden wird. Die Europäische Gemeinschaft sollte sich aber auch der Tatsache bewusst sein, dass die einzelstaatlichen Rechtskulturen und -traditionen einen Trägheitsfaktor bilden. Wie man die Generalklausel auch formulieren mag – man könnte den Begriff der guten oder lauter Marketingpraxis oder auch den der guten Sitten verwenden oder von Treu und Glauben sprechen –, jeder Wortlaut ist auslegungsfähig. Die Rechtsanwender könnten stets versucht sein, weiterhin nach gewohnten Denkschemen vorzugehen, nur unter neuer Bezeichnung. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht sollte daher ein allgemeiner Rechtsrahmen auf jeden Fall an angemessene Durchsetzungsstrukturen geknüpft sein, die für die einheitliche Anwendung der Generalklausel sorgen könnten. Bei der Suche

---

<sup>26</sup> Siehe Band II, Kapitel 1, A.

nach einer zweckmäßigen europäischen Lösung sollten daher auch die Erfahrungen berücksichtigt werden, die in den Vereinigten Staaten sowohl mit der Ausarbeitung eines angemessenen rechtlichen Rahmens für das Lauterkeitsrecht als auch mit der Schaffung entsprechender Durchsetzungsstrukturen gesammelt wurden<sup>27</sup>.

Allen Mitgliedstaaten ist gemeinsam, dass sie bestimmte Geschäftspraktiken verbieten, die sie für „unlauter“ halten. Den kleinsten gemeinsamen Nenner eines allgemeinen Rechtsrahmens sollte daher eine schwarze Liste der verbotenen Geschäftspraktiken bilden. Hier könnte wiederum die Richtlinie 93/13 als Vorbild dienen. Eine derartige Liste der verbotenen Geschäftspraktiken dürfte aber nicht nur beispielhaften Charakter haben, sondern müsste verbindlich sein. Damit würde verhindert, dass über die Rechtsnatur dieser Liste und insbesondere darüber gestritten wird, ob die Mitgliedstaaten sie in ihr innerstaatliches Recht umsetzen müssen<sup>28</sup>. Auf der Grundlage eines Vergleichs des jeweiligen Gesetzes- und/oder des in ständiger Rechtsprechung entwickelten Fallrechts sollte dann über Umfang und Tragweite einer solchen schwarzen Liste entschieden werden. Marketingmethoden waren und sind ein besonders wichtiges Thema des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts. Gegebenenfalls könnten auch die Entscheidungen des EuGH und sekundäres Gemeinschaftsrecht berücksichtigt werden, soweit darin – maximale und/oder minimale – europarechtliche Anforderungen für konkrete Produkte oder konkrete Kommunikationsmittel aufgestellt werden. Diese europarechtlichen Regelungen müssen dann einer Prüfung auf ihre Zweckmäßigkeit und Eignung, als echte horizontale gemeinschaftsrechtliche Normen zu fungieren, unterzogen werden.

#### **IV. Das Wettbewerbskonzept und die Bedeutung des Verbraucherschutzes**

Bereits im Jahre 1965 schrieb *Eugen Ulmer*<sup>29</sup> in seiner rechtsvergleichenden Untersuchung des Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten, dass das Spektrum der zu schützenden Interessen – die Interessen der Konkurrenten und/oder die der Verbraucher und/oder die der Öffentlichkeit als solcher – von herausragender Bedeutung für die Wahl des konkreten Regelungsansatzes ist, ja dass dieser Frage unter Umständen mehr Bedeutung zukommt als der tatsächlichen Formulierung der Generalklausel. 35 Jahre später trifft diese Feststellung nach wie vor zu. Die meisten Mitgliedstaaten haben ihr nationales Lauterkeitsrecht in der Zeit, als die Verbraucherbewegung ihren Höhepunkt erreichte, geändert. Im Bereich der Marketingmethoden waren die skandinavischen Ländern besonders aktiv, während in Belgien, Frankreich, Griechenland, Portugal, Spanien und im Vereinigten Königreich zwar Verbraucherschutzgesetze in Kraft

---

<sup>27</sup> Siehe Band II, Kapitel 1, B.

<sup>28</sup> Die Europäische Kommission könnte wegen der Nichtumsetzung der beispielhaften Liste der Richtlinie 93/13 über missbräuchliche Klauseln ein Verfahren gegen Schweden einleiten. Der EuGH scheint allerdings die Liste nur als Maßstab heranziehen zu wollen, ohne über ihre Rechtsnatur zu entscheiden, EuGH, 27.06.2000, verb. Rechtssachen C-240/98 bis C-244/98 – *Océano*, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

<sup>29</sup> Eugen Ulmer, 250.

getreten sind, jedoch keine Lauterkeitsnormen festgelegt wurden. Die Richtlinie 84/450 über irreführende Werbung soll nicht nur die Verbraucher stärker schützen. Sie bezweckt in gleichem Maße den Schutz der Wettbewerber. In der Tat hat die Richtlinie die europäische Normsetzung auf dem Gebiet der Marketingmethoden erheblich beeinflusst, indem sie Anreize für die Einführung angemessener Normen in den Ländern des Common Law geschaffen hat. Insoweit sei lediglich daran erinnert, dass der Richtlinienentwurf ursprünglich auf dem Gedanken einer europäischen Regelung sowohl für die irreführende als auch für die unlautere Werbung basierte<sup>30</sup>. Dieser Entwurf scheiterte jedoch am heftigen Widerstand der Common-Law-Länder. Man war der Ansicht, europäische Normen für irreführende Werbung seien zur Unterbindung „unlauterer“ Marketingpraktiken ausreichend. Über ein Jahrzehnt nach ihrer Umsetzung in das Recht der Mitgliedstaaten können und dürfen die offensichtlichen Mängel der Richtlinie über irreführende Werbung – selbst in ihrer verwässerten Form – nicht mehr übersehen werden. Die Richtlinie brachte für die Mitgliedstaaten keine ausdrückliche Verpflichtung mit sich, den Verbraucherschutz in ihrem Werberecht zu verankern. Es stellte sich leider heraus, dass *Eugen Ulmer* mit seiner Feststellung Recht behalten sollte. Alle Länder, die sich auf eine Generalklausel der guten Sitten stützten, sahen nämlich von einer Änderung ihres Rechts ab, und zwar mit der Begründung, der Verbraucherschutz als politisches Ziel sei bereits vom Wettbewerbskonzept abgedeckt, auf dem ihr Recht beruhe. Welches auch die Gründe dafür gewesen sein mögen – ein echtes Umdenken hat jedenfalls nicht stattgefunden. Die Verbraucherinteressen sind denen der Wettbewerber nicht gleich gestellt. Anders ist die Situation dann, wenn Aspekte des Lauterkeitsrechts in Richtlinien geregelt sind, die ausdrücklich den Schutz der Verbraucher bezwecken. Dann ist es sogar denkbar, dass die Interessen des Verbraucherschutzes den Interessen der Konkurrenz entgegenstehen. Das sekundäre Gemeinschaftsrecht muss in solchen Fällen für einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen sorgen und einen Kompromiss anbieten. Mit den jeweiligen Richtlinien wurde der Versuch unternommen, aus einzelnen Mosaiksteinchen ein Wettbewerbskonzept zusammenzustückeln, das beiden Zielen gerecht wird.

Es steht ganz eindeutig fest, dass einem wie immer gearteten allgemeinen Rahmen für das Lauterkeitsrecht klar zu entnehmen sein muss, welches Wettbewerbskonzept sich die Europäische Gemeinschaft zu eigen macht. Bislang stehen das Wettbewerbsrecht, das Lauterkeitsrecht und das Verbraucherschutzrecht nebeneinander, sie sind jedoch nicht miteinander verknüpft. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bieten keine eindeutige Antwort auf die Frage, wie ein europäisches Wettbewerbskonzept aussehen könnte. Es gibt Mitgliedstaaten, die offenbar von einem kohärenten Wettbewerbskonzept ausgehen, das alle drei Bereiche umfasst – das Wettbewerbsrecht, das Lauterkeitsrecht und den Verbraucherschutz. Andere Mitgliedstaaten unterscheiden zwischen dem Wettbewerbsrecht einerseits und dem Lauterkeitsrecht sowie dem Verbraucherschutz andererseits. Die letzte und klarste Alternative ist die, alle drei Bereiche zu trennen und jedem einen bestimmten Zweck zuzuordnen – Schutz des

---

<sup>30</sup> Vgl. Band II, Kapitel 2, B, I.

Wettbewerbs, der Lauterkeit des Handelsverkehrs, der Verbraucher. Die Europäische Gemeinschaft hat einen etwas anderen Ausgangspunkt, was auf ihre ungefestigte und noch nicht endgültig geklärte institutionelle Struktur zurückzuführen ist. Die Gemeinschaftsrechtsordnung ist zunächst und vor allem einmal eine Marktordnung, deren tragende Grundsätze die vier Freiheiten und die Wettbewerbsregeln bilden. Durch die Europäische Einheitliche Akte wurde diese Rechtsordnung in eine „Verfassungsurkunde“ umgewandelt, wodurch den Verbrauchern eine herausragende Rolle bei der Vollendung des Binnenmarkts zuerkannt wurde<sup>31</sup>. Seitdem steht der Verbraucherschutz neben den vier Freiheiten und den Wettbewerbsregeln. Die der Europäischen Einheitlichen Akte zugrunde liegende Idee kann ohne gebührende Berücksichtigung der Verbraucher und des Schutzes ihrer Interessen nicht verwirklicht werden<sup>32</sup>. Man kann auch geradeheraus sagen, dass den Verbrauchern und dem Schutz ihrer Interessen auf nationaler und auf europäischer Ebene eine ganz andere Bedeutung und Funktion zukommt. Aus europäischer Sicht sind die Verbraucher an der Vollendung des Binnenmarkts zu beteiligen, da das gesamte Vorhaben ohne ihre Beteiligung und aktive Mitwirkung scheitern könnte. Deshalb muss ein Wettbewerbskonzept, das in die Gemeinschaftsrechtsordnung passen soll, den Verbraucherschutz mit einbeziehen, und dies gilt für das Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz ebenso wie für das Verhältnis zwischen Lauterkeitsrecht und Verbraucherschutz. Diese Feststellung kann und sollte als Plädoyer dafür aufgefasst werden, den allgemeinen Rahmen für das Lauterkeitsrecht auf ein einheitliches Wettbewerbskonzept zu stützen, das den Verbraucherschutz als ausdrückliches Ziel der Regelung von Marketingmethoden mit einschließt.

Dieses ist im Konzept der „workable competition“ (funktionsfähiger Wettbewerb) zu finden<sup>33</sup>. Die Funktionsfähigkeit von Wettbewerbsprozessen hängt von zahlreichen Voraussetzungen ab, z. B. von der Marktstruktur, der Markteffizienz und dem Verhalten der Marktteilnehmer. Untersucht man die Struktur von Wettbewerbsprozessen näher, so fällt auf, dass die Art und Weise, wie Anbieter miteinander um die Verbraucher konkurrieren, vom Austausch der Informationen zwischen den Marktteilnehmern abhängt, und zwar insbesondere auf dem Informationsaustausch zwischen den Anbietern und den privaten Verbrauchern. Ohne Kommunikation zwischen der Angebots- und der Nachfrageseite des Marktes gibt es keinen Wettbewerb um ein potenzielles Geschäft. Die Kommunikation muss den Bedürfnissen der Verbraucher gerecht werden. Der Verbraucher darf nicht durch Marketingpraktiken dazu gebracht werden, unvernünftige Entscheidungen zu treffen. Eine am Verbraucher orientierte Markttransparenz ist eine unverzichtbare Vorbedingung dafür, dass die Endverbraucher frei und unabhängig entscheiden können, und somit für die Stabilisierung eines funktionsfähigen Wettbewerbs. Anschließend stellt sich die Frage, was denn eigentlich

---

<sup>31</sup> Dies lässt sich zumindest dem Urteil des EuGH vom 23.4.1986 in der Rechtssache 294/83 (Les Verts-Parti Ecologiste/ Parlament, Slg. 1986, 1339) entnehmen.

<sup>32</sup> Dies war die Botschaft des äußerst einflussreichen Sutherland-Berichts.

<sup>33</sup> Vgl. Band II, Kapitel 2, A.

unter Kommunikation zu verstehen ist. Die Freiheit und Unabhängigkeit des Verbrauchers kann und darf nicht nur formell bestehen. Die Marktkommunikation hat auch eine qualitative Dimension. Ein Überfluss an Informationen kann dieselben Wirkungen haben wie das Verschweigen derselben. Die Machbarkeit eines allgemeinen legislativen Rahmens für das Wettbewerbsrecht hängt wesentlich davon ab, in welchem Maße dieser Rahmen eine hinreichende Qualität der Marktinformationen gewährleisten kann, indem er Anreize dafür schafft, die richtigen Informationen zu geben, denen die wesentlichen Merkmale des Angebots zu entnehmen sind. Deshalb sollte bei der Erarbeitung eines derartigen Konzepts die Möglichkeit der Einführung einer allgemeinen Informationspflicht auf jeden Fall in Erwägung gezogen werden.

Die Verknüpfung der „Lauterkeitsregeln“ mit dem Prozess der Marktintegration und dem System des funktionsfähigen und effektiven Wettbewerbs im Binnenmarkt dadurch, dass die „Freiheit“ der Entscheidungsfindung der privaten Verbraucher in den Vordergrund gerückt wird, bildet die Grundlage für ein schlüssiges und tragfähiges Modell einer marktbezogenen Kodifizierung. Es gibt jedoch einige Geschäftstätigkeiten, die – gemessen an den soeben entwickelten Leitlinien – nicht generell „unlauter“, sondern aus gewissen (politischen) Gründen „unerwünscht“ sind. Hierzu gehört die Werbung für bestimmte Produkte (wie Tabakerzeugnisse, alkoholische Getränke, Arzneimittel) oder die Verwendung bestimmter Medien (wie des Fernsehens) oder von Marketingstrategien, die auf bestimmte Verbrauchergruppen (wie Kinder oder ältere Menschen) abzielen. Es könnte sich daher als notwendig erweisen, zusätzliche Regelungen zu schaffen, um solche „unerwünschten“ Marketingtätigkeiten einzuschränken. Ein tragfähiger Rahmen für das „Lauterkeitsrecht“ setzt voraus, dass zwischen „unlauteren“ und „unerwünschten“ Marketingmaßnahmen klar unterschieden wird. Es gibt jedoch Grauzonen, in denen sich die Grenzen zwischen unlauterem und unerwünschtem Wettbewerb verwischen und in denen die Verbraucherschutzproblematik mit dem Schutz öffentlicher Interessen verwoben ist. Diese Zonen müssen in einen allgemeinen Rechtsrahmen einbezogen werden. Der Schutz des Allgemeinwohls im klassischen Sinne sollte, soweit dabei verbraucherrelevante Fragen berührt werden, allerdings außerhalb des allgemeinen Rechtsrahmens gewährleistet werden.

## **V. Vollständige oder minimale Harmonisierung?**

Der Überblick über die Richtlinien zum Thema Werbung zeigt deutlich, dass die Europäische Gemeinschaft noch kein stimmiges Konzept entwickelt hat. Ob die Richtlinien oder Regelungen für die Werbung eine völlige oder nur eine minimale Harmonisierung anstreben, hängt vom jeweiligen Sachgebiet ab<sup>34</sup>. Auf eine *vollständige Harmonisierung* zielen die Richtlinie 97/55 über vergleichende Werbung, die Richtlinie 92/28 über Humanarzneimittel, die Richtlinie 95/46 zum Datenschutz, die Richtlinie 2000/13 über die Werbung für Lebensmittel, die Richtlinie 2000/31 über den

---

<sup>34</sup> Vgl. Band III, Kapitel 3, I, 1, a.

elektronischen Geschäftsverkehr sowie der Vorschlag für eine Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher ab, auf eine *Mindestharmonisierung* hingegen die Richtlinie 84/450 über irreführende Werbung (Art. 7), die Richtlinie 85/577 über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Art. 8), die Richtlinie 87/102 über den Verbraucherkredit (Art. 15), die Richtlinie 98/552 über das Fernsehen ohne Grenzen (Art. 3 Abs. 1), die Richtlinie 97/7 über den Fernabsatz (Art. 14) und die Richtlinie 98/43 über die Werbung für Tabakerzeugnisse (Art. 5).

Die Richtlinien lassen sich unterschiedlich klassifizieren. Ein *horizontaler* Ansatz im eigentlichen Sinne wurde lediglich bei der Richtlinie 84/450 über irreführende Werbung zugrunde gelegt. Es handelt sich um eine Mindestharmonisierungs-Richtlinie; die durch die Richtlinie 97/55 eingefügten Bestimmungen über vergleichende Werbung sehen allerdings eine vollständige Harmonisierung vor. Das minimalistische Konzept der Richtlinie 84/450 wurde von den Mitgliedstaaten, die weitreichendere Bestimmungen zum Schutz der schwachen Verbraucher beibehalten wollten, vehement verteidigt. Andererseits waren die Mitgliedstaaten im Fall der vergleichenden Werbung mit einer vollständigen Harmonisierung einverstanden, da sie vermeiden wollten, dass Verbraucher durch die unterschiedlichen Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten irregeführt werden könnten. Die zur Begründung dieser Differenzierung angeführten Gründe belegen, dass man bei der Rechtsetzung auf dem Gebiet der Werbung ausgesprochen pragmatisch vorgeht. Somit kann dieses differenzierte Vorgehen – Mindestharmonisierung bei der irreführenden Werbung und vollständige Harmonisierung bei der vergleichenden Werbung – ebenso als beispielhaft gelten wie dessen Begründung. Seit der Richtlinie 84/450 über irreführende Werbung geht die Europäische Gemeinschaft bei der Entscheidung über den Grad der Harmonisierung schrittweise vor, so in Bezug auf die *Handelspraktiken* (Richtlinie 85/577 über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, Richtlinie 97/7 über den Fernabsatz, Vorschlag für eine Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher), auf das *Medium* (Richtlinie 89/522 Fernsehen ohne Grenzen, Richtlinie 2000/31 elektronischer Handel), auf das *Produkt* (Richtlinie 87/102 über den Verbraucherkredit, Richtlinie 92/28 über Humanarzneimittel, Richtlinie 93/22 über Wertpapierleistungen, Richtlinie 98/43 über Werbung für Tabakerzeugnisse, Vorschlag für eine Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, Richtlinie 2000/13 über die Werbung für Lebensmittel) oder auf den *Zweck* (Richtlinie 95/46 über den Datenschutz).

Ob eine Richtlinie eine vollständige oder eine minimale Harmonisierung vorsieht, hängt auch davon ab, inwieweit es der Kommission gelingt, die widerstreitenden Interessen der Gemeinschaftsorgane und der Mitgliedstaaten sowie der Wirtschaft und der Verbraucher miteinander in Einklang zu bringen. Eine Mindestharmonisierung dient oft der Beschwichtigung der Mitgliedstaaten. Sie dürfen ihre umfassenderen oder strengeren nationalen Normen beibehalten. Die Regelung auf europäischer Ebene ist

dann nicht mehr als „Harmonisierung“ nationaler Rechtskulturen und -traditionen gedacht<sup>35</sup>. Sie bildet lediglich eine Art „Sockel“, der den Mitgliedstaaten genügend Freiraum zur Beibehaltung ihrer Rechtsvorschriften lässt und auf dem sie ihre eigenen „Rechtsgebäude“ aufbauen können. Bei der Wirtschaft und den Verbrauchern kann diese Strategie hingegen infolge ihrer widersprüchlichen Interessen scheitern. Die Wirtschaft ist an einheitlichen Marketingnormen in ganz Europa interessiert. Die Verbraucher befürchten, dass eine vollständige Harmonisierung nur auf der Grundlage des kleinsten gemeinsamen Nenners erfolgen könnte. Sie sind für eine Mindestharmonisierung als Instrument zur Wahrung höherer nationaler Anforderungen und – zumindest auf lange Sicht – zur Anhebung des europaweiten Schutzniveaus.

Die Unterscheidung zwischen vollständiger und minimaler Harmonisierung gestaltet sich in der Praxis aber schwieriger als in der Theorie. Selbst Richtlinien, die eine vollständige Harmonisierung vorsehen, schaffen keine einheitlichen Normen, da sie Ausnahmen enthalten, die bestimmte Wirtschaftssektoren, bestimmte Marketingmethoden oder bestimmte Verbrauchergruppen privilegieren. Am unverblühtesten ist dies bei der Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr geschehen. Zahlreiche Ausnahmen und Befreiungen zeigen aber auch die Grenzen eines solchen Ansatzes. Dies gilt insbesondere für die Gemeinschaftsvorschriften zum Verbraucherschutz, bei denen die Unterschiede zwischen den europäischen Mindestanforderungen und den strengeren nationalen Anforderungen jede Bemühung um eine vollständige Harmonisierung des Handelsrechts zunichte machen<sup>36</sup>. Auf dieselben Vorbehalte muss der Begriff der Mindestharmonisierung stoßen. Die heftig diskutierte Frage, ob der in der Richtlinie 84/450 verwendete Begriff der irreführenden Werbung eine vollständige oder eine minimale Harmonisierung bewirkt, wurde vom EuGH im Sinne der zweiten Alternative entschieden<sup>37</sup>. Einen ähnlichen Streit könnte auch die Regelung für das Telefonmarketing in der Richtlinie 97/7 auslösen<sup>38</sup>.

Unabhängig von ihren Mängeln und deren möglichen Ursachen hat die Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr aber gezeigt, „woher der Wind weht“: Zumindest innerhalb der Europäischen Gemeinschaft steigt offenbar die Bereitschaft, sich für eine vollständige Harmonisierung einzusetzen, um Europa auf die

---

<sup>35</sup> Es wurde auch schon die Frage aufgeworfen, ob eine „Harmonisierung“ überhaupt möglich ist: vgl. *Pierre Legrand*, *European Legal Systems are not converging*, (1996) 45 *International Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, 52 ff.; *vom selben Verfasser*: *Against a European Civil Code*, (1997) 60 *Modern Law Review (MLR)*, 44 ff; sowie *Volkmar Gessner, Armin Höland, Csaba Varga*, *European Legal Cultures*, *Tempus Series*, Dartmouth, 1996

<sup>36</sup> Siehe Band III, Kapitel 3, I.

<sup>37</sup> In Deutschland war die Frage sehr umstritten, ob der Richtlinie über irreführende Werbung ein einheitliches und umfassendes Konzept zugrunde liege und ob dieses noch Raum lasse für Untersuchungen zur Feststellung der Erwartungen der Verbraucher. Die deutschen Gerichte drängten nachdrücklich auf eine abschließende Antwort aus Luxemburg und erhielten sie im Urteil *Gut Springenheide* vom 16.07.1998, Rs. C-210/96, Slg. 1998, I-4657.

<sup>38</sup> Siehe Band III, Kapitel 3, II, 4, b.

New Economy vorzubereiten. Abweichende Verbraucherschutznormen gelten als „Handelshemmnisse“. Anders als bei der Richtlinie 97/7 über den Fernabsatz hat die Wirtschaft beim Vorschlag für eine Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher erstmals darauf gedrängt, dass – wenn überhaupt – einheitliche Regeln festgelegt werden. Wie diese Regeln letztlich auch aussehen mögen – es besteht kein Zweifel an der immer dringenderen Notwendigkeit, die Möglichkeit der Einführung eines einheitlichen Marketingrechts in ganz Europa offen zu diskutieren und nach neuen Lösungen zu suchen, und zwar möglichst in Form einer Kombination zwingender Regelungen mit unverbindlichen Normen.

Der hier vorgeschlagene allgemeine legislative Rahmen für das Lauterkeitsrecht kommt dem Konzept der vollständigen Harmonisierung entgegen. Mit der Generalklausel und der Liste der verbotenen Marketingpraktiken würden deshalb einheitliche Anforderungen gestellt. Im Rahmen einer solchen Lösung müsste eine Schutzklausel die Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten und die Anpassung der Liste der verbotenen Marketingpraktiken ermöglichen. Hier könnten die Erfahrungen der auf dem neuen Konzept basierenden Ausschüsse als Beispiel dienen<sup>39</sup>. Die Mitgliedstaaten könnten nach wie vor Regelungen treffen, um bestimmte, nicht in der Liste aufgeführte Marketingpraktiken zu verbieten, wären dann aber verpflichtet, diese Maßnahmen dem Ausschuss für Schutzmaßnahmen zu melden. Für den Fall, dass keine Einigung darüber erzielt werden kann, wie mit bestimmten Marketingmethoden umzugehen ist, könnte man erwägen, diese vom Geltungsbereich der Regelung auszunehmen.

Selbst wenn man die vollständige Harmonisierung mit einer Schutzklausel kombiniert, wird es unter Umständen nicht gelingen, die Bedenken zu zerstreuen, auf die mit Sicherheit jedwede europaweite Regelung stoßen wird, die über das absolute Minimum hinausgeht. In diesem Zusammenhang könnten freiwillige Marketingnormen Bedeutung erlangen, die im Verfahren nach dem überarbeiteten neuen Konzept entwickelt werden<sup>40</sup>. Diese freiwilligen, rechtlich unverbindlichen Normen sollen die Generalklausel ausfüllen. Es sollte sich – zumindest langfristig – um echte europarechtliche Normen handeln. Derartige Marketingnormen könnten aber auch auf der nationalen Ebene ausgearbeitet werden, damit die nationalen Rechtskulturen und -traditionen Berücksichtigung finden können. Die zur Verbesserung der technischen Normen auf europäischer Ebene entwickelten Verfahren könnten als Ausgangspunkt für die Suche nach angemessenen Lösungen dienen. In diesem Bereich sind Abweichungen von den europäischen Normen zulässig, wenn auch unter eingeschränkten und restriktiven Bedingungen. Gleichzeitig würde eine solche Strategie ein Regelungskonzept ermöglichen, das den Gedanken der Selbstregulierung im Bereich der Marketingmethoden ernst nehmen würde, wenngleich in veränderter Form. In diesem

---

<sup>39</sup> Siehe Band II, Kapitel 2, B.

<sup>40</sup> Siehe Band II, Kapitel 2, B, II.

Fall wäre es wohl treffender, von „Ko-Regulierung“ statt von „Selbstregulierung“ zu sprechen<sup>41</sup>.

## **VI. Nicht nur zwingende Regelungen: Selbstregulierung, Ko-Regulierung und neues Konzept**

Die Selbstregulierung von Marketingnormen hat nicht in allen Mitgliedstaaten den gleichen Stellenwert. Das Vereinigte Königreich und Irland sind die einzigen Mitgliedstaaten, die die Selbstregulierung zum Bestandteil ihres Regelungsrahmens für das Lauterkeitsrecht gemacht haben. Besonders interessant für die Entwicklung eines allgemeinen legislativen Rahmens für das Lauterkeitsrecht sind die Bemühungen des Vereinigten Königreichs, das nach neuen Wegen und Instrumenten sucht, um die Mängel der Selbstregulierung zu beheben<sup>42</sup>. Der Grundgedanke ist der, zwingende mit nicht zwingenden Regelungen zu kombinieren. Das Office of Fair Trading soll unter Umständen gebeten werden, sogenannte „tragende Grundsätze“ auszuarbeiten. Diese Grundsätze wären dann als bindendes Recht zu verstehen, da sie als Leitlinien für die Entwicklung von Verhaltenskodizes zu beachten wären. Verbraucherverbände haben nicht das Recht, an der Ausarbeitung solcher Verhaltenskodizes beteiligt zu werden. Es steht noch nicht fest, inwieweit diese Verhaltenskodizes einen Sonderstatus erhalten sollen. In der Diskussion geht es vorwiegend um die Frage, ob diese Kodizes eine Art „sicheren Hafen“ in dem Sinne bilden könnten, dass sie einer Kontrolle nicht mehr – oder nur unter eingeschränkten Bedingungen – unterliegen. Über ähnliche Diskussionen wird aus den USA berichtet, wo die Federal Trade Commission Verfahren der freiwilligen Selbstkontrolle prüft, um ihre Arbeitsbelastung zu verringern und um für eine stärkere Einhaltung des FTA (Freihandelsabkommen USA-Kanada) zu sorgen<sup>43</sup>. Vor allem in Italien und in den Niederlanden und in geringerem Umfang in Frankreich und Spanien hat die Selbstregulierung große Bedeutung, wenn auch nicht auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts. Von den übrigen Mitgliedstaaten kann man das nicht sagen. Zwar mag es auch hier vereinzelte Beispiele für eine Selbstregulierung im Bereich der Marketingmethoden geben, doch misst der Gesetzgeber dieser lediglich ergänzende Bedeutung bei, und es besteht kein großes Interesse seitens der Öffentlichkeit. Möglicherweise wird sie in den Geschäftsbereichen, für die derartige Regelungen erarbeitet werden, größere Bedeutung erlangen.

Das breite Spektrum der EG-Richtlinien zum Thema Marketingmethoden beweist, dass man sich mehr und mehr der Bedeutung und Funktion der Selbstregulierung bewusst wird. Insoweit sei auf die Selbstregulierungsverfahren hingewiesen, die in der Richtlinie 93/22 über Wertpapierleistungen, in der Richtlinie 97/7 über den Fernabsatz und in der

---

<sup>41</sup> Vgl. *Erkki Liikanen*, für Unternehmen und Informationsgesellschaft zuständiges Mitglied der Europäischen Kommission: Co-Regulation: a modern approach to regulation, Rede vor der Verbindungsstelle der europäischen Maschinenbau-, metallverarbeitenden und Elektroindustrie (Orgalime), Brüssel, 4.Mai 2000.

<sup>42</sup> Vgl. Band II, Kapitel 1, A, III.

<sup>43</sup> Vgl. Band II, Kapitel 1, B.

Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr vorgesehen sind. Die einzelnen Ansätze sind aber sehr unterschiedlich. Die Richtlinie 93/22 enthält zwingende Vorschriften für die Bereitstellung zweckdienlicher Informationen und die Ausarbeitung von Beratungsmodellen<sup>44</sup>, und die Richtlinie 97/7 über den Fernabsatz ist in Verbindung mit der Empfehlung 92/295 über Verhaltenskodizes zu sehen. In dieser Empfehlung werden mehrere Grundsätze formuliert, die als Leitlinien für die Ausarbeitung von Verhaltenskodizes dienen könnten. Einige der darin angesprochenen Bereiche wurden im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens ausgeklammert, da sie zu stark umstritten waren<sup>45</sup>. Die möglicherweise bekannteste der in jüngster Zeit ergriffenen Initiativen ist die Richtlinie über den elektronischen Handel. Der ursprüngliche Vorschlag zur Förderung der Selbstregulierung kam den auf dem neuen Konzept beruhenden Richtlinien sehr nahe. Die letztlich verabschiedete Fassung ist weniger ehrgeizig, fördert aber nach wie vor die Ausarbeitung von Verhaltenskodizes unter Einbeziehung der Verbraucherverbände<sup>46</sup>. Eine ganze Reihe von Fragen wurden allerdings ausgeklammert, u. a. die, ob es bei der Abfassung der Kodizes zwingend zu beachtende Vorschriften geben soll, ob Verbraucherverbände dabei einen Mitwirkungsanspruch haben und schließlich, ob Kodizes, die den Gemeinschaftsbestimmungen entsprechen, eine privilegierte Stellung einnehmen. Alle diese offenen Fragen sind bei der Ausarbeitung des vorgeschlagenen allgemeinen legislativen Rahmens für das Lauterkeitsrecht zu prüfen.

Im Mittelpunkt der Diskussion steht die Frage, ob sich das neue Konzept für die Regelung von Marketingmethoden eignet<sup>47</sup>. Die Ausarbeitung von Marketingnormen für das Multilevel-Marketing nach dem neuen Konzept wurde in einer für die Europäische Kommission erstellten Studie mit dem Titel „Door to Door Selling – Pyramid Selling – Multi Level Marketing“<sup>48</sup> befürwortet. Am 15./16. März 2000 führte die Europäische Kommission eine Anhörung zu diesem Vorschlag durch<sup>49</sup>. Die in der Anhörung geschilderten Erfahrungen und insbesondere die dort vorgetragenen Beiträge und Stellungnahmen haben die Diskussion um die Eignung des neuen Konzepts für eine Regelung auf dem Gebiet der Marketingmethoden entscheidend vorangebracht und die Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der Ausarbeitung von technischen Normen und von Marketingnormen deutlich werden lassen. Deshalb dürfte eine Lauterkeits-Richtlinie nach dem neuen Konzept als Alternative zur einer traditionellen Richtlinie, in

---

<sup>44</sup> Siehe *N. Horn*, Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, ZBB 1997, S. 139-152; *D. Weber-Rey/C. Baltzer*, Neueste Entwicklungen zu den Verhaltensregeln für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, WiB 1997, S. 1283-1289.

<sup>45</sup> Siehe *Micklitz* in *Grabitz/Wolf II*, Fernabsatzrichtlinie A 3, Rdnr. 183-184.

<sup>46</sup> Die Europäische Kommission hat einige Versuche unternommen, Leitlinien für die Ausarbeitung derartiger Kodizes festzulegen.

<sup>47</sup> Siehe Band II, Kapitel 2, B.

<sup>48</sup> *H.-W. Micklitz/B. Monazzahian/Ch. Rößler*, Door to Door Selling – Pyramid Selling – Multilevel-Marketing, im Auftrag der Europäischen Kommission erstellte Studie, Band I und II, November 1999, im Internet abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/dg24/library/surveys/sur10\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/dg24/library/surveys/sur10_en.html).

<sup>49</sup> Die schriftlichen Beiträge und Stellungnahmen zur Anhörung werden – zumindest in gekürzter Form – im Internet verfügbar sein.

der zwingende Vorschriften für das Lauterkeitsrecht festzulegen wären, wohl kaum akzeptabel sein. Das neue Konzept eignet sich nur zur *Ergänzung* der traditionellen Sekundärgesetzgebung, konkret zur *Ausfüllung* der Generalklausel und des Verzeichnisses der verbotenen Marketingmethoden. Deshalb sind Bedeutung und Funktion des neuen Konzeptes innerhalb eines allgemeinen legislativen Rahmens genau zu klären. Eine Möglichkeit wäre die, das Verfahren nach dem neuen Konzept als Instrument zur Ausgestaltung einer allgemeinen Pflicht zur Wahrung der Lauterkeit im Handelsverkehr zu verstehen; eine andere Möglichkeit bestünde darin, rechtsverbindliche „tragende Grundsätze“ für die Ausarbeitung von Marketingnormen zu formulieren. Diese rechtsverbindlichen „tragenden Grundsätze“ würden dann die Generalklausel konkretisieren und könnten ein Pendant zu den wesentlichen Anforderungen im Sinne des neuen Konzepts bilden. Sie könnten im Rahmen der allgemeinen Regelung des Lauterkeitsrechts festgelegt werden, wodurch ihre Rechtsverbindlichkeit sichergestellt wäre.

Selbst in einer derart modifizierten Form kann jedoch das Normsetzungsverfahren des neuen Konzepts nicht so ohne weiteres auf die Ausarbeitung von Marketingnormen übertragen werden, und zwar weder auf der europäischen noch auf nationaler Ebene<sup>50</sup>. Die Verfahrensvoraussetzungen, die bei der Ausarbeitung von Marketingnormen nach einem modifizierten neuen Konzept erfüllt sein müssten, wären zu überprüfen. Nach dem traditionellen neuen Konzept ist die Entwicklung technischer Normen ein Monopolbereich der Normung. Auf dem Gebiet der Marketingmethoden sollten nationale Vollzugsbehörden mit Erfahrung und Sachkenntnissen im Bereich der Ausarbeitung von Selbstregulierungsmaßnahmen, Leitlinien und Empfehlungen eine herausragende Rolle spielen. Es besteht die berechtigte Sorge, dass die Normungsinstitutionen nicht in der Lage sind, Normen auch für den Marketingbereich auszuarbeiten. Durch die Einbeziehung der nationalen Vollzugsbehörden könnten diese Bedenken zerstreut werden. Dies besonders deshalb, weil Marketingnormen auch innerhalb eines nationalen Rechts- und Wirtschaftssystems ausgearbeitet werden könnten. Ein weiterer Streitpunkt ist die Rolle und Funktion der Verbraucherverbände. Sie sind an der Normsetzung beteiligt, haben jedoch keinen Rechtsanspruch darauf. Jeder Vorschlag zur Regelung von Marketingmethoden sollte den Verbraucherverbänden mehr Einfluss auf die Formulierung dieser Marketingmethoden zugestehen. In der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr wurde dies bereits anerkannt, wenn auch in abgeschwächter Form.

Die schwierigste und vielleicht wichtigste Frage ist möglicherweise die, ob diejenigen, die sich freiwillig zur Einhaltung unverbindlicher Marketingnormen entschließen, eine privilegierte Behandlung erfahren sollen. Handel und Industrie befürworten ein „Modell des sicheren Hafens“, das bislang weder in der EG noch in den Vereinigten Staaten umgesetzt wurde. Gewiss muss es positive Anreize für diejenigen geben, die bereit sind, sich an Normen zu halten, die über das zwingende Recht hinausgehen, sei es nun eine

---

<sup>50</sup> Vgl. die Diskussion um die Grenzen des neuen Konzepts bei der Regelung von Marketingmethoden, Band III, Kapitel 2, B, II.

„einfache“ Verpflichtung zur Wahrung der Lauterkeit im Handelsverkehr oder „nur“ ein Katalog tragender Grundsätze. Die Vergabe eines Logos für „faire Kommunikation“ könnte eine gute Lösung sein. Die Verwendung eines solchen Logos müsste jedoch überwacht werden. Dann stellt sich die Frage, wer für die Überwachung zuständig ist – Handel und Industrie selbst oder nationale Behörden, die im Fall der Nichteinhaltung Sanktionen verhängen können? Der vorliegende Vorschlag eines allgemeinen Rahmens für das Lauterkeitsrecht bietet eine Lösung für dieses Problem an und beruht auf einem kohärenten Modell, in dem die Selbstregulierung eine wichtige Rolle spielt.

Man könnte sich allerdings die Frage stellen, ob neue Begriffe geprägt werden müssen. Bei dem hier vorgestellten Verfahren würde es sich nicht mehr um Selbstregulierung im traditionellen Sinne handeln, da Handel und Industrie nicht mehr nach Belieben agieren könnten. Sie müssten sich an verbindliche Normen halten und die Verbraucherverbände in das Normsetzungsverfahren einbeziehen. Andererseits könnte auch der Begriff „Marketingnormen“ nicht mehr zutreffen, da das Verfahren der Ausarbeitung dieser Regelungen nicht mehr mit dem neuen Konzept vergleichbar wäre. Hier könnte man unter Umständen von *Ko-Regulierung* sprechen (dieser Begriff wird zur Zeit in der EG diskutiert)<sup>51</sup>. An einer Ko-Regulierung wären der Gesetzgeber, die Vollzugsbehörden, Handel und Industrie sowie die Verbraucher beteiligt.

## **VII. Rechtsdurchsetzung, gerichtliche Überprüfung und Rechtsschutz**

Den Ton hat insoweit die Richtlinie 84/450 über irreführende Werbung angegeben, und daran hat sich auch bei der Richtlinie 93/13 über missbräuchliche Klauseln, der Richtlinie 97/7 über den Fernabsatz und der Richtlinie 98/27 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen nichts Wesentliches geändert. Wann immer das sekundäre Gemeinschaftsrecht rechtsverbindliche Anforderungen an Marketingmethoden (einschließlich missbräuchliche Klauseln) stellt, sehen die Richtlinien eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vor, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Beachtung derselben entweder durch nationale Verwaltungsbehörden oder durch die nationalen Gerichte auf Antrag von Verbänden der Verbraucher oder des Handels sicherzustellen. Der allgemeine Rahmen für das Lauterkeitsrecht könnte sich daher auf einen Komplex bewährter gemeinschaftsrechtlicher Regelungen stützen, die nur insoweit genauer gefasst werden müssten, als die Stellung der Verbraucherverbände zu stärken wäre, damit es nicht wegen des etwas unklaren Wortlauts der betreffenden Richtlinienbestimmungen der einschlägigen Richtlinien zu Streitigkeiten kommt.

Die Prüfung der Realisierbarkeit eines allgemeinen legislativen Rahmens für das Lauterkeitsrecht zieht weiter gehende, noch schwierigere Fragen nach sich: *Sollte es eine Art europäische Rechtsdurchsetzung geben?* Und wenn ja, in welchem Umfang?

---

<sup>51</sup> Vgl. *Erkki Liikanen*, für die Bereiche Unternehmen und Informationsgesellschaft zuständiges Mitglied der Europäischen Kommission: Co-Regulation: a modern approach to regulation, Rede vor der Verbindungsstelle der europäischen Maschinenbau-, metallverarbeitenden und Elektroindustrie (Orgalime), Brüssel, 4.Mai 2000.

Sollte eine europäische Einrichtung für die Kontrolle der Einhaltung der Generalklausel und der unverbindlichen Regelungen für Marketingmethoden zuständig sein? Hier stehen zumindest vier Optionen zur Wahl<sup>52</sup>: überhaupt keine Durchsetzungsstrukturen, „Durchsetzung“ nach dem Muster der Richtlinien des neuen Konzeptes durch Schutz- und Beschwerdeverfahren, Einrichtung einer europäischen Stelle nach dem Vorbild der existierenden Agenturen ohne Entscheidungsbefugnis oder eine Europäische Kommission für die Lauterkeit des Handelsverkehrs mit Entscheidungsbefugnissen. Eine Kompetenzteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der EG könnte sich nur im Fall einer europäischen Stelle mit Entscheidungsbefugnissen entwickeln.

Die *erste* Option sollte von vornherein außer Betracht bleiben, da unzweifelhaft ein Bedürfnis für einen Informationsaustausch und für Konsultationen zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission besteht. Eine Durchsetzung auf europäischer Ebene sollte als kleinsten gemeinsamen Nenner sowohl den Informationsaustausch und Konsultationen umfassen. In bestimmtem Umfang können der Informationsaustausch und eine gewisse Koordinierung bereits im Rahmen des Internationalen Netzes für die Marktaufsicht stattfinden<sup>53</sup>. Durch die Einführung eines solchen Verfahrens würde die Europäische Gemeinschaft hinsichtlich ihrer „Durchsetzungsstrukturen“ lediglich den Stand erreichen, den eine ganze Reihe von internationalen Organisationen bereits erreicht haben. Das geeignete Forum für den *Informationsaustausch und die Koordinierung* wäre eine Europäische Agentur für die Lauterkeit des Handelsverkehrs<sup>54</sup>. Ergänzend könnte eine Datenbank mit nationalen Entscheidungen zum Lauterkeitsrecht eingerichtet werden. Die „CLAB“-Datenbank könnte hier als Vorbild dienen<sup>55</sup>. Eine derartige Europäische Agentur für die Lauterkeit des Handelsverkehrs hätte keine Entscheidungsbefugnisse. Falls eine solch starre Struktur in Form einer Europäischen Agentur für die Lauterkeit des Handelsverkehrs auf allzu großen Widerstand stoßen sollte, so käme als kleinster gemeinsamer Nenner ein Ausschuss in Frage, in dem alle Vollzugsbehörden vertreten wären und in dem ein Informationsaustausch stattfände und die Durchsetzung koordiniert würde. Ein derartiger Ausschuss könnte auch relativ

---

<sup>52</sup> Zur Diskussion um Durchsetzung, gerichtliche Überprüfung und Rechtsschutz siehe Band II, Kapitel 2, B, IV.

<sup>53</sup> Siehe Band II, Kapitel 2.

<sup>54</sup> Die Europäische Gemeinschaft hat schon eine ganze Reihe von Agenturen eingerichtet, die als Regelungsmodell dienen könnten, z. B. die Europäische Umweltagentur (Verordnung Nr. 1290/90 des Rates, ABl. L 120, 11.05.1990, S. 1, geändert durch Verordnung Nr. 933/1999, OJ L 117, 1999, S. 1), die Europäische Agentur für die Beurteilung von Arzneimitteln (Verordnung Nr. 2309/93 des Rates, ABl. L 214, 24.08.1993, S. 1), die Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (Verordnung Nr. 2062/94 des Rates, ABl. L 216, 20.08.1994, S. 1), die Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (Verordnung Nr. 302/93 des Rates, ABl. L 36, 12.02.1993, S. 1).

<sup>55</sup> Seit fünf Jahren werden nunmehr in jedem Mitgliedstaat im Auftrag der EG Gerichtsurteile und sonstige Entscheidungen in einschlägigen Streitigkeiten nach einem einheitlichen System gesammelt und analysiert. Die Daten sind unter der Adresse <http://europa.eu.int/clab> im Internet verfügbar. Vgl. auch den Bericht der Kommission zur Durchführung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen: [http://europa.eu.int/comm/dg24/policy/developments/unfa\\_cont\\_term/uct03\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/dg24/policy/developments/unfa_cont_term/uct03_en.pdf)

flexibel zusammengesetzt sein, so dass den Unterschieden bei der Rechtsdurchsetzung auf nationaler Ebene Rechnung getragen werden könnte. Er sollte sowohl den nationalen Behörden als auch den Verbänden der Verbraucher und des Handels offen stehen, die sich aktiv für den Schutz der Verbraucher vor unlauteren Handelspraktiken einsetzen.

Ehrgeiziger ist der Gedanke, Durchsetzungsstrukturen zu schaffen, denen auch eine *Entscheidungsbefugnis* auf dem Gebiet des Lauterkeitsrecht zusteht. Die Richtlinien nach dem neuen Konzept sichern die einheitliche Durchsetzung durch *Schutz-* und *Beschwerdeverfahren*. Die eingesetzten Ausschüsse entsprechen weitestgehend dem Komitologiebeschluss. Ihre Aufgaben gehen über den Informationsaustausch und die Anhörung hinaus; sie können auch Entscheidungen treffen. Zuständig sind letztendlich die Kommission und der Ministerrat. Verfahren, die sich auf dem Gebiet der Normung bewährt haben, lassen sich nicht ohne Weiteres auf Marketingmethoden übertragen. Zunächst einmal kann man den an dieser Stelle vorgeschlagenen allgemeinen legislativen Rahmen für das Lauterkeitsrecht und den bereits vorhandenen legislativen Rahmen für die technische Normung kaum miteinander vergleichen. Das neue Konzept für die technische Harmonisierung und Normung ist als in sich geschlossenes System gedacht. Es hat die herkömmliche vertikale Harmonisierung durch horizontale, nach demselben Muster ausgearbeitete Richtlinien ersetzt. Das hier befürwortete Modell eines Rechtsrahmens für die Lauterkeit des Handelsverkehrs ist jedoch zweistufig: Ganz zu Anfang werden zwingende Regelungen in Form einer Generalklausel und einer dazugehörigen Liste verbotener Marketingpraktiken benötigt; in einem zweiten Schritt werden dann in einem geänderten Verfahren (kein Monopol der Normungsinstitutionen, Beteiligung der Verbraucher) Marketingnormen zur inhaltlichen Ausfüllung der Generalklausel ausgearbeitet. Schutz- und Beschwerdeverfahren würden einen Ausgleich für den Verlust nationaler Kompetenzen durch eine vollständige Harmonisierung schaffen. Der hier vorgeschlagene legislative Rahmen zielt nämlich, obgleich er auf einem zweistufigen Ansatz beruht, auf eine vollständige Harmonisierung ab. Deshalb sind Schutz- und Beschwerdeverfahren unerlässlich.

Soweit ersichtlich wurde der Komitologie-Beschluss noch nicht außerhalb von Richtlinien nach dem neuen Konzept auf dem Gebiet des Privatrechts angewandt, und zwar weder im Hinblick auf Schutz- noch auf Beschwerdeverfahren<sup>56</sup>. Der in einer älteren Fassung der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr enthaltene Vorschlag der Kommission, den Komitologie-Beschluss auf das Recht der Marketingmethoden zu übertragen, fand im Europäischen Parlament keine Zustimmung<sup>57</sup>. Damals wollte man eine besondere Art von *Ausschuss für Schutzmaßnahmen* einsetzen, der befugt sein sollte, den Geltungsbereich der Richtlinie zu ändern. Dieser Vorschlag kommt dem Gedanken einer Überarbeitung des

---

<sup>56</sup> Vgl. Artikel 60 der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. L 126 vom 26.5.2000, S. 1.

<sup>57</sup> ABl. C 30/4 vom 5.2.1999, Artikel 23 in Verbindung mit Artikel 22 Abs. 1).

Verzeichnisses der verbotenen Marketingpraktiken durch einen Ausschuss für Schutzmaßnahmen recht nahe. Hier stellt sich die Frage, ob ein solcher Vorschlag auf Zustimmung stoßen könnte oder ob Änderungen am Verzeichnis der verbotenen Marketingpraktiken nicht doch besser im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vorgenommen werden sollten. Anders verhält es sich mit dem *Beschwerde*-Verfahren. Die auf dem neuen Konzept beruhenden Richtlinien sehen vor, dass sich mit Beschwerden über die Nicht- oder fehlerhafte Anwendung europäischer technischer Normen ein Ausschuss befasst, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten und der Kommission zusammensetzt und dessen Hauptzweck es ist, für die einheitliche Anwendung der jeweiligen EG-Regelungen zu sorgen. Ein solches Verfahren dürfte sich aber nicht für den Erlass von Entscheidungen über die Vereinbarkeit bestimmter Marketingmethoden mit der Generalklausel oder von Marketingnormen mit den tragenden Grundsätzen eignen.

Zu prüfen bliebe daher die Möglichkeit einer Durchsetzung durch die/eine Europäische Kommission für die Lauterkeit des Handelsverkehrs. Eine solche Option würde die Ähnlichkeiten zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht der Marketingmethoden herausstreichen. Eine derartige Delegation nationaler Befugnisse an die europäische Ebene ist jedoch ohne angemessene Berücksichtigung der auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts gesammelten Erfahrungen und der jüngsten Reforminitiativen undenkbar<sup>58</sup>. Es wäre unsinnig, Entscheidungsbefugnisse auf dem Gebiet des Rechts der Marketingmethoden zu einem Zeitpunkt zu zentralisieren, zu dem diese Befugnisse auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts dezentralisiert werden. Dezentralisierung bedeutet jedoch nicht, dass die Kommission ihre Befugnisse in vollem Umfang abgeben würde. Aus diesem Grund sollte jede Delegation von Befugnissen auf dem Gebiet der Marketingmethoden auf die Bereiche beschränkt bleiben, in denen ein starkes Bedürfnis nach einheitlichen Entscheidungen besteht. Für diese Argumentation sprechen die Befugnisse der Federal Trade Commission, die nur in besonders wichtigen Fällen eingreift<sup>59</sup>. Man könnte diesen Ansatz auch mit der Richtlinie 92/59 über die Produktsicherheit vergleichen, nach der für die Durchsetzung die Mitgliedstaaten zuständig bleiben, außer in Notfällen, in denen die Kommission tätig werden darf<sup>60</sup>.

Die Schaffung europäischer Durchsetzungsstrukturen würde es notwendig machen, sich nochmals mit der Problematik der gerichtlichen Nachprüfung und des Rechtsschutzes auseinanderzusetzen. Welche Aufgaben und welche Funktion die Verbraucherverbände im Hinblick auf die Einhaltung des Rechts übernehmen sollen, ist von entscheidender Bedeutung<sup>61</sup>. Bislang spielten sie bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts keine große Rolle. Der EuGH hat Art. 234 recht eng ausgelegt, so dass ihre Möglichkeiten,

---

<sup>58</sup> Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 (jetzt Artikel 81 und 82) EG-Vertrag – Arbeitsprogramm der Kommission Nr. 99/27 – verabschiedet am 28.04.1999.

<sup>59</sup> Vgl. Band II, Kapitel 2, B 33.

<sup>60</sup> Vgl. Hans-W. Micklitz/Thomas Roethe/Stephen Weatherill, *Federalism and Responsibility – A Study on Product Safety Law and Practice in the European Community*, 1994.

<sup>61</sup> Vgl. Band II, Kapitel 2, B, IV.

gemeinschaftsrechtliche Regelungen direkt in Luxemburg anzugreifen, stark eingeschränkt sind. Ansprüche können sie bestenfalls auf das sekundäre Gemeinschaftsrecht stützen. In das neue Konzept sind die Verbraucherverbände nicht eingebunden. Deshalb kann das neue Konzept hier auch nicht als Vorbild dienen. Das Rechtsschutzverfahren wäre ähnlich wie bei der Verordnung Nr. 17/62 auszugestalten, wodurch die Rechtsstellung der Verbraucherverbände gestärkt würde.

### **VIII. Das geeignete Regelungsverfahren**

*Eugen Ulmer* schlug 1965 vor, ein einheitliches Lauterkeitsrecht durch Abschluss eines *Übereinkommens* zu schaffen<sup>62</sup>. Der rechtspolitische Trend scheint in die entgegengesetzte Richtung zu gehen, wie die geplante Übernahme des Brüsseler Übereinkommens in eine Verordnung beweist<sup>63</sup>. Bislang hat die Europäische Gemeinschaft als Instrument zur Harmonisierung von Marketingmethoden nur auf Richtlinien zurückgegriffen. Es könnte sich jedoch als erforderlich erweisen, statt einer Richtlinie auch die Möglichkeit einer Verordnung als geeignetes Instrument in Betracht zu ziehen. Die Wahl einer Verordnung wäre zu rechtfertigen, wenn das Wettbewerbsrecht, das Lauterkeitsrecht und das Verbraucherschutzrecht auf der Grundlage eines gemeinsamen Wettbewerbskonzepts vereinheitlicht würden. Ein ähnliches Vorgehen wurde bezüglich der Harmonisierung des europäischen Privatrechts vorgeschlagen<sup>64</sup>. Die Idee eines allgemeinen legislativen Rahmens verdient mehr als nur bruchstückhafte Ansätze zur Harmonisierung bestimmter Marketingmethoden.

Von der Wahl des Regelungsverfahrens – Richtlinie oder Verordnung – wird es weitgehend abhängen, in welchem Umfang das vorhandene Sekundärrecht auf dem Gebiet der Marketingmethoden integriert werden kann. Wird die Verordnungsform gewählt, so kommt es mehr denn je auf Kohärenz an. Eine Verordnung müsste alle vorhandenen Regelungen möglichst weitgehend einbeziehen. Eine Richtlinie ließe einen größeren Spielraum. Ein allgemeiner legislativer Rahmen ist auch in Form einer Richtlinie denkbar. Der Zeitdruck wäre für die Kommission geringer. Es wäre unter Umständen denkbar, mit der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts per Richtlinie zu beginnen und später ein kohärentes Recht der Marketingmethoden in Form einer Verordnung auszuarbeiten. Jeder legislative Rahmen für das Lauterkeitsrecht – gleich in welcher Form – muss aber mit den bereits vorhandenen Richtlinien auf dem Gebiet der Marketingmethoden vereinbar sein.

---

<sup>62</sup> Siehe *Eugen Ulmer*, 232ff.

<sup>63</sup> Vgl. den Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, KOM (1999) 348 endg., ABl. C 376 vom 28.12.1999, S. 1.

<sup>64</sup> *Jürgen Basedow* spricht sich für die Anwendung von Art. 235 (Art. 308) auf den Erlass eines Europäischen Zivilgesetzbuchs in Form einer Verordnung aus: *A common contract law for the Common Market* 33 CMLR (1997) 1169ff. Der Verfasser ist Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.