

bank-verlag  **medien**

Wettbewerbsrecht für Finanzdienstleister

Sonderdruck aus dem Loseblattwerk
„Bankrecht und Bankpraxis“

Prof. Dr. Tobias Lettl

1. Ausgabe · 2010
Copyright 2010 by Bank-Verlag Medien GmbH
Postfach 45 02 09 · 50877 Köln

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verbreitung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung der Bank-Verlag Medien GmbH unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für die Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Druck: PRINT GROUP Sp. z o.o., Szczecin

Art.-Nr. 22.471-1000
ISBN 978-3-86556-251-7

Vorwort

Die Abhandlung ist ein Sonderdruck aus dem Loseblattwerk »Bankrecht und Bankpraxis«. Er soll über den Kreis der Bezieher des Gesamtwerkes hinaus Mitarbeitern von Banken und Finanzdienstleistungsinstituten, Rechtsanwälten sowie Richtern, Wissenschaftlern und Wirtschaftsjournalisten die Ausführungen nutzbar machen.

Inhaltsverzeichnis

A. Grundlagen, insbesondere Schutzzweck und Definitionen (§§ 1, 2 UWG)

I.	Einführung	14/1
II.	Gemeinschaftsrecht	14/2
	1. Regelungsbefugnis	14/2
	2. Auslegung	14/3
	3. Primäres Gemeinschaftsrecht	14/4
	a) Verhältnis von primärem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht	14/4
	b) Bedeutung für das Lauterkeitsrecht	14/5
	c) Marktfreiheiten (Artikel 28, 49 EG)	14/6
	aa) Tatbestand	14/6
	bb) Rechtfertigungsgründe	14/10
	cc) Rechtsfolgen	14/15
	4. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	14/16
	a) Angleichungswirkung	14/16
	b) Verordnungen	14/17
	aa) Verhältnis zum nationalen Recht	14/17
	bb) Einzelne Verordnungen	14/18
	c) Richtlinien	14/20
	aa) Verhältnis zum nationalen Recht	14/20
	bb) Auslegung	14/21
	cc) Einzelne Richtlinien	14/23
	dd) Insbesondere: Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken	14/26
III.	Deutsches Lauterkeitsrecht	14/28
	1. Historische Entwicklung	14/28
	a) Gesetzgebung	14/28
	aa) Änderungen des UWG	14/30
	bb) Geplante Änderung	14/31
	b) Rechtsprechung	14/32
	2. Aufbau und Gliederung des UWG	14/33
	3. Schwerpunkte des UWG	14/34
	4. Anwendbarkeit des UWG	14/38
	5. Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte	14/40
IV.	Besonderheiten in der Kreditwirtschaft	14/42
V.	Zweck des Lauterkeitsrechts	14/43
	1. Gemeinschaftsrecht	14/43
	2. § 1 UWG	14/51
	3. Bedeutung für die Anwendung des UWG	14/53
	4. Mitbewerber (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG i.V. mit § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG)	14/55
	a) Begriff	14/55

Wettbewerbsrecht

aa) Unternehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG)	14/56
bb) Konkretes Wettbewerbsverhältnis	14/62
b) Unternehmerleitbild	14/66
c) Rechtsschutz	14/67
5. Verbraucher (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG i.V. mit § 2 Abs. 2 UWG i.V. mit § 13 BGB)	14/69
a) Bedeutung	14/69
b) Begriff	14/70
c) Auslegung	14/71
aa) Natürliche Person	14/71
bb) Zweck des Handelns	14/72
cc) Gegenstand des Handelns	14/75
d) Verbraucherleitbild	14/76
aa) Gemeinschaftsrecht	14/76
bb) Verbraucherleitbild des UWG	14/78
e) Rechtsschutz	14/84
6. Sonstige Marktteilnehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG)	14/86
a) Begriff	14/86
b) Leitbild	14/88
c) Rechtsschutz	14/89
7. Allgemeininteresse an unverfälschtem Wettbewerb (§ 1 S. 2 UWG)	14/90
VI. Anwendungsbereich des UWG	14/91
1. Geschäftliche Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)	14/91
a) Legaldefinition	14/91
b) Objektiver Tatbestand	14/94
aa) Normadressat	14/94
bb) Tathandlung	14/95
cc) Zeitlicher Anwendungsbereich	14/122
dd) Irrelevanz eines Wettbewerbsverhältnisses	14/123
c) Irrelevanz eines subjektiven Tatbestands	14/124
2. Werbung	14/125
a) Systematik	14/125
b) Begriff	14/126
c) Auslegung	14/128
aa) Objektiver Tatbestand	14/128
bb) Subjektiver Tatbestand	14/136
d) Besonderheiten der Medien	14/138
VII. Auffassung von geschäftlichen Handlungen und Werbung	14/141
1. Problemstellung	14/141
2. Maßgeblicher Personenkreis	14/142
3. Maßgeblichkeit der Durchschnittsperson	14/144
B. Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen (§ 3 UWG)	
I. Gemeinschaftsrecht	14/147
II. § 3 UWG	14/148
1. Zweck und Struktur der Norm	14/148
2. Unzulässigkeit einer geschäftlichen Handlung nach § 3 Abs. 3 UWG i.V. mit Anhang Nr. 1 bis Nr. 30 UWG	14/150
3. Unzulässigkeit einer geschäftlichen Handlung nach § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG	14/151

4.	Unzulässigkeit einer geschäftlichen Handlung nach § 3 Abs. 1 UWG	14/153
	a) Objektiver Tatbestand	14/153
	aa) Geschäftliche Handlung	14/153
	bb) Unlauterkeit	14/154
	cc) Eignung zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung	14/156
	b) Subjektiver Tatbestand	14/172

**C. Per-se-Verbote oder Verbote ohne Wertungsmöglichkeit
(Anhang zum UWG Nr. 1 bis Nr. 30)**

I.	Systematik	14/174
II.	Zweck	14/175
III.	Auslegung	14/176
IV.	Einzelfälle des Anhangs zum UWG	14/177
	1. Unwahre Angabe über Unterzeichnung eines Verhaltenskodex (Nr. 1 des Anhangs zum UWG)	14/177
	2. Unberechtigte Verwendung von Gütezeichen (Nr. 2 des Anhangs zum UWG)	14/180
	3. Unwahre Angabe über Billigung von Verhaltenskodex (Nr. 3 des Anhangs zum UWG)	14/183
	4. Unwahre Angabe über Bestätigung (Nr. 4 des Anhangs zum UWG)	14/185
	5. Lockvogelangebot (Nr. 5 des Anhangs zum UWG)	14/188
	a) Normzweck	14/189
	b) Auslegung	14/190
	aa) Waren- und Dienstleistungsangebot	14/190
	bb) Waren- oder Dienstleistungsangebot im Sinne von § 5 a Abs. 3 UWG	14/192
	cc) Unterbliebene Aufklärung	14/193
	6. Bait-and-switch-Technik (Nr. 6 des Anhangs zum UWG)	14/200
	a) Normzweck	14/201
	b) Auslegung	14/202
	aa) Objektiver Tatbestand	14/202
	bb) Subjektiver Tatbestand	14/207
	7. Unwahre Angabe über zeitlich begrenzte Verfügbarkeit von Produkten (Nr. 7 des Anhangs zum UWG)	14/208
	8. Leistungserbringung in anderer Sprache (Nr. 8 des Anhangs zum UWG)	14/210
	9. Unwahre Angabe oder Erwecken des unzutreffenden Eindrucks über Verkehrsfähigkeit des Produkts (Nr. 9 des Anhangs zum UWG)	14/212
	10. Unwahre Angabe oder Erwecken des unzutreffenden Eindrucks über Besonderheit des Angebots (Nr. 10 des Anhangs zum UWG)	14/213
	11. Als Information getarnte Werbung (Nr. 11 des Anhangs zum UWG)	14/215
	12. Unwahre Angabe über eine Gefahr (Nr. 12 des Anhangs zum UWG)	14/217
	13. Herkunftstäuschung (Nr. 13 des Anhangs zum UWG)	14/218
	14. Progressive Kundenwerbung (Nr. 14 des Anhangs zum UWG)	14/220
	15. Unwahre Angabe über Aufgabe oder Verlegung des Geschäfts (Nr. 15 des Anhangs zum UWG)	14/222
	16. Angabe über Erhöhung der Gewinnchancen (Nr. 16 des Anhangs zum UWG)	14/224
	17. Unwahre Angabe oder Erwecken des unzutreffenden Eindrucks über Preisgewinn (Nr. 17 des Anhangs zum UWG)	14/226
	18. Unwahre Angabe über Heilung durch Produkt (Nr. 18 des Anhangs zum UWG)	14/228
	19. Unwahre Angabe über Marktbedingungen (Nr. 19 des Anhangs zum UWG)	14/231

Wettbewerbsrecht

20. Angebot von Gewinnspiel ohne Preisvergabe (Nr. 20 des Anhangs zum UWG)	14/234
21. Täuschung über Kostentragungspflicht (Nr. 21 des Anhangs zum UWG)	14/237
22. Übermittlung von Werbematerial mit Zahlungsaufforderung (Nr. 22 des Anhangs zum UWG)	14/240
23. Unwahre Angabe oder Erwecken des unzutreffenden Eindrucks über Geschäftszweck oder Unternehmereigenschaft (Nr. 23 des Anhangs zum UWG)	14/244
24. Unwahre Angabe oder Erwecken des unzutreffenden Eindrucks über Verfügbarkeit von Kundendienst (Nr. 24 des Anhangs zum UWG)	14/246
25. Druck zum Vertragsabschluss (Nr. 25 des Anhangs zum UWG)	14/248
26. Nichtbeachtung der Aufforderung, Wohnungsbesuche zu beenden oder zu unterlassen (Nr. 26 des Anhangs zum UWG)	14/251
27. Aufforderung zur Vorlage nicht erforderlicher Unterlagen bei Versicherungsvertrag (Nr. 27 des Anhangs zum UWG)	14/254
28. Aufforderung an Kinder zum Leistungserwerb (Nr. 28 des Anhangs zum UWG)	14/257
29. Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter Leistungen (Nr. 29 des Anhangs zum UWG)	14/261
30. Angabe über Gefährdung des Unternehmers bei fehlendem Leistungserwerb (Nr. 30 des Anhangs zum UWG)	14/263

D. Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen (§ 4 UWG)

I. Gemeinschaftsrecht	14/266
1. Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken	14/267
2. Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr	14/268
II. § 4 UWG	14/269
1. Zweck und Struktur der Norm	14/269
2. Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch unangemessenen unsachlichen Einfluss (§ 4 Nr. 1 UWG)	14/271
a) Zweck der Norm	14/271
b) Struktur der Norm	14/272
c) Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch Ausübung von Druck (§ 4 Nr. 1 Alt. 1 UWG)	14/273
aa) Zweck und Struktur der Norm	14/273
bb) Begriffe und Abgrenzung	14/274
cc) Auslegung	14/275
dd) Insbesondere: Missbrauch von Nachfragemacht (sog. Anzapfen). Anwendbarkeit von § 4 Nr. 1 Alt. 1 UWG	14/282
d) Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit in menschenverachtender Weise (§ 4 Nr. 1 Alt. 2 UWG)	14/286
aa) Zweck und Struktur der Norm	14/286
bb) Auslegung	14/287
e) Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch sonstigen unange- messenen unsachlichen Einfluss (§ 4 Nr. 1 Alt. 3 UWG)	14/290
aa) Zweck und Struktur der Norm	14/290
bb) Auslegung. Verkaufsförderungsmaßnahmen. Begriff	14/291
3. Ausnutzung von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter, geschäftlicher Unerfahrenheit, Leichtgläubigkeit, Angst oder Zwangslage von Verbrauchern (§ 4 Nr. 2 UWG)	14/361
a) Zweck und Struktur der Norm	14/361
b) Auslegung	14/363

aa) Eignung der geschäftlichen Handlungen zur Ausnutzung	14/363
bb) Geistige oder körperliche Gebrechen (§ 4 Nr. 2 Alt. 1 UWG)	14/364
cc) Alter (§ 4 Nr. 2 Alt. 2 UWG)	14/365
dd) Geschäftliche Unerfahrenheit (§ 4 Nr. 2 Alt. 3 UWG). Begriff	14/366
ee) Leichtgläubigkeit (§ 4 Nr. 2 Alt. 4 UWG)	14/412
ff) Angst (§ 4 Nr. 2 Alt. 5 UWG)	14/414
gg) Zwangslage (§ 4 Nr. 2 Alt. 6 UWG)	14/419
4. Verschleierung des Werbecharakters von geschäftlichen Handlungen (§ 4 Nr. 3 UWG)	14/423
a) Zweck und Struktur der Norm	14/423
b) Auslegung	14/425
aa) Verschleierung	14/425
bb) Fallgruppen	14/428
c) Lauterkeitsrechtliche Verantwortlichkeit	14/447
5. Nicht klare und eindeutige Angabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme von Verkaufsförderungsmaßnahmen (§ 4 Nr. 4 UWG)	14/448
a) Zweck und Struktur der Norm	14/448
b) Auslegung	14/450
aa) Bedingungen für die Inanspruchnahme	14/450
bb) Verkaufsförderungsmaßnahme	14/451
c) Nicht klare und eindeutige Angabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme	14/452
6. Nicht klare und eindeutige Angabe der Teilnahmebedingungen bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter (§ 4 Nr. 5 UWG)	14/453
a) Zweck und Struktur der Norm	14/453
b) Auslegung	14/454
aa) Preisausschreiben mit Werbecharakter	14/454
bb) Gewinnspiel mit Werbecharakter	14/455
cc) Teilnahmebedingungen	14/456
dd) Nicht klare und eindeutige Angabe der Teilnahmebedingungen	14/458
7. Abhängigkeit der Teilnahme an Preisausschreiben oder Gewinnspielen von dem Erwerb (§ 4 Nr. 6 UWG)	14/459
a) Zweck und Struktur der Norm	14/459
b) Auslegung	14/460
aa) Waren und Dienstleistungen	14/460
bb) Abhängigmachen	14/462
cc) Rechtliche Abhängigkeit	14/464
dd) Tatsächliche Abhängigkeit	14/466
ee) Keine naturgemäße Verbundenheit	14/468
8. Herabsetzung oder Verunglimpfung von Mitbewerbern (§ 4 Nr. 7 UWG)	14/470
a) Zweck und Struktur der Norm	14/470
b) Auslegung	14/472
aa) Anwendungsbereich	14/472
bb) Gegenstand der Herabsetzung oder Verunglimpfung	14/474
cc) Herabsetzung	14/475
dd) Verunglimpfung	14/487
9. Anschwärzung (§ 4 Nr. 8 UWG)	14/488
a) Zweck und Struktur der Norm	14/488
b) Auslegung	14/491
aa) § 4 Nr. 8 Halbsatz 1 UWG	14/491
bb) § 4 Nr. 8 Halbsatz 2 UWG	14/500
10. Unlautere Nachahmung von Waren oder Dienstleistungen (§ 4 Nr. 9 UWG)	14/504
a) Zweck und Struktur der Norm	14/504
b) Auslegung	14/507

Wettbewerbsrecht

aa) Tatbestandsvoraussetzungen	14/507
bb) Objektiver Tatbestand	14/509
cc) Subjektiver Tatbestand	14/545
11. Gezielte Behinderung von Mitbewerbern (§ 4 Nr. 10 UWG)	14/547
a) Zweck und Struktur der Norm	14/547
b) Auslegung	14/548
aa) Begriffe	14/548
bb) Beurteilung	14/549
cc) Fallgruppen (Beispiele). Absatzbehinderung. Kundenbezogene Behinderung. Abfangen von potenziellen Kunden	14/553
c) Allgemeine Marktstörung (§ 3 Abs. 1 UWG)	14/613
12. Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG)	14/617
a) Zweck und Struktur der Norm	14/617
b) Auslegung	14/618
aa) Gesetzesverstoß	14/618
bb) Marktverhaltensregelung	14/620
cc) Marktverhaltensregelung auch im Interesse der Marktteilnehmer	14/622
dd) Für das Bankrecht besonders bedeutsame Regelungen und deren Auslegung	14/636
13. Weitere Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 UWG	14/701
14. Lauterkeitsrecht und öffentliche Hand	14/702
a) Öffentliche Hand im Wettbewerb	14/702
b) Geschäftliche Handlung der öffentlichen Hand im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG	14/703
c) Lauterkeitsrechtlicher Schutz für die öffentliche Hand	14/708
d) Lauterkeitsrechtlicher Schutz gegenüber der öffentlichen Hand	14/709
aa) Rechtsweg	14/709
bb) Grundsatz	14/711
e) Fallgruppen	14/712
aa) Preisunterbietung	14/712
bb) Missbrauch von Vertrauen	14/713
cc) Missbrauch von Autorität	14/714
dd) Missbrauch amtlicher Beziehungen zum Wettbewerb	14/715

E. Irreführende geschäftliche Handlungen (§§ 5 und 5 a UWG)

I. Gemeinschaftsrecht	14/717
1. Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken	14/717
2. Irreführungsrichtlinie	14/718
3. Durchführungsrichtlinie 2006/73/EG	14/719
II. §§ 5 und 5 a UWG	14/720
1. Systematik, Anwendungsbereich, Struktur	14/720
2. Zweck	14/723
3. Auslegung	14/724
a) Geschäftliche Handlung	14/724
b) Irreführung	14/725
aa) Begriff	14/725
bb) Bezugspunkte der Irreführung	14/726
cc) Angabe	14/727
dd) Formen der Irreführung	14/728
c) Fallgruppen	14/738
aa) Angabe zu Allein- oder Spitzenstellung	14/738

bb) Angaben über den Anlass des Verkaufs	14/740
cc) Angaben auf herausgestelltem Blickfang	14/741
dd) Kopplungsangebote	14/743
ee) Preisherabsetzungen	14/752
d) Relevanz der Irreführung	14/757
aa) Inhalt	14/757
bb) Feststellung	14/759
e) Interessenabwägung	14/760
f) Weitere Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 UWG	14/764
g) Streitgegenstand	14/765
h) Darlegungs- und Beweislast	14/766
i) Einzelfälle	14/768
aa) Irreführung über das Unternehmen	14/768
bb) Irreführung über die Vertragsbedingungen	14/782
cc) Vertragspartner	14/817
dd) Rechte der Kunden	14/818
ee) Versicherte Risiken	14/819
ff) Zinsabschlaggesetz	14/820
gg) Anlass des Verkaufs	14/821
hh) Kontostandsauskunft	14/822
ii) Vermittlungsgebühr	14/827
jj) Steuervorteile	14/828
kk) Werbung mit Testergebnissen	14/829
ll) Angebot von Immobilien	14/830
F. Vergleichende Werbung (§ 6 UWG)	
I. Gemeinschaftsrecht	14/831
1. Zweck	14/831
2. Regelungsinhalt	14/832
II. Umsetzung des Gemeinschaftsrechts: § 6 UWG	14/833
1. Entstehungsgeschichte	14/833
2. Zweck und Struktur	14/834
a) Vergleichende Werbung (§ 6 Abs. 1 UWG)	14/835
aa) Begriff	14/835
bb) Werbung	14/836
cc) Vergleich	14/837
dd) Erkennbarkeit eines Mitbewerbers	14/846
b) Unlauterkeit vergleichender Werbung (§ 6 Abs. 2 UWG)	14/853
aa) Systematik	14/853
bb) Voraussetzungen unzulässiger vergleichender Werbung	14/854
c) Weitere Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 UWG	14/888
d) Darlegungs- und Beweislast	14/889
e) Verhältnis zu § 4 Nr. 8 UWG	14/890
G. Unzumutbare Belästigungen (§ 7 UWG)	
I. Gemeinschaftsrecht	14/891
1. Datenschutz-Richtlinie 2002/58/EG	14/891
2. Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken	14/894

Wettbewerbsrecht

II.	§ 7 UWG	14/895
1.	Struktur der Norm	14/895
2.	Zweck der Norm	14/900
3.	Auslegung	14/901
a)	Generalklausel (§ 7 Abs. 1 UWG)	14/901
b)	Fälle unzumutbarer Belästigung ohne Wertungsmöglichkeit (§ 7 Abs. 2 UWG)	14/905
aa)	Nichtbeachtung erkennbarer Ablehnung von Werbung unter Verwendung bestimmter Fernkommunikationsmittel (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG)	14/905
bb)	Individuelle Telefonwerbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG)	14/909
cc)	Werbung unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG)	14/936
dd)	Verschleierung oder Verheimlichung von Identität oder Adresse des Absenders (§ 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG)	14/950
ee)	Weitere Formen unzumutbarer Belästigung	14/953
H.	Verfahren (Spezielle Verfahren der Kreditwirtschaft und §§ 8 bis 11 UWG)	
I.	Selbstregelungsverfahren der Kreditwirtschaft	14/980
II.	Tätigkeit des Zentralen Wettbewerbsausschusses für das Kreditgewerbe	14/981
III.	Verfolgung von Wettbewerbsverstößen auf der Grundlage des UWG	14/984
1.	Beseitigung und Unterlassung (§ 8 UWG)	14/984
2.	Schadensersatz (§ 9 Satz 1 UWG)	14/987
3.	Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG)	14/988
4.	Verjährung (§ 11 UWG)	14/989
5.	Außergerichtliches Vorgehen (§ 12 Abs. 1 UWG)	14/990
6.	Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (§ 12 Abs. 2 UWG)	14/993
7.	Straf und Bußgeldvorschriften (§§ 16 bis 20 UWG)	14/996
I.	Wettbewerb und Kreditwesengesetz (KWG)	
I.	Regelungsinhalt und Zweck	14/997
II.	Werbung	14/998
III.	Misstand	14/999
IV.	Maßnahmen	14/1000
V.	Verfahren	14/1001
J.	Kartellrecht	
I.	Aufgabe und Rechtsquellen des Kartellrechts	14/1004
II.	UWG und GWB	14/1005

III. Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaft (Artikel 81 ff. EG)	14/1006
1. Grundlagen	14/1006
2. Kartellverbot (Artikel 81 EG)	14/1009
a) Verbotstatbestand (Artikel 81 Abs. 1 EG)	14/1009
aa) Normadressaten	14/1009
bb) Tathandlungen	14/1010
cc) Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten	14/1014
dd) Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	14/1017
ee) Einschränkungen des Tatbestands von Artikel 81 Abs. 1 EG	14/1026
b) Legalausnahmen (Artikel 81 Abs. 3 EG)	14/1028
aa) Tatbestand	14/1028
bb) Gruppenfreistellungen	14/1029
cc) Einzelfreistellungen	14/1030
c) Rechtsfolgen (Artikel 81 Abs. 2 EG)	14/1034
aa) Nichtigkeit	14/1034
bb) Schadensersatz	14/1035
3. Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Artikel 82 EG)	14/1036
4. Ausnahmen der Anwendbarkeit der Artikel 81 ff. EG (Artikel 86 Abs. 2 EG)	14/1038
5. Verordnungen und Richtlinien zur Durchführung der Artikel 81 und 82 EG (Artikel 83 EG)	14/1039
a) Rechtsgrundlage	14/1039
b) Verordnung (EG) Nr. 1/2003	14/1040
aa) System der Legalausnahme	14/1040
bb) Untersuchung des Retail-Bankgeschäfts, Ergebnisse, weitere Entwicklung	14/1042
c) Verordnung (EG) Nr. 139/2004	14/1051
aa) Überblick	14/1051
bb) Bankenklause (Artikel 3 Abs. 5 Buchstabe a FKVO)	14/1054
6. Bekanntmachungen der Europäischen Kommission	14/1067
7. Verhältnis deutsches Kartellrecht/EG-Wettbewerbsregeln	14/1069
IV. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	14/1070
1. Überblick – Aufbau des ersten Teils des GWB 2005	14/1070
2. Aufhebung der Sonderregelung für die Kredit- und Versicherungswirtschaft (§ 29 GWB a.F.)	14/1071
a) Bisherige Entwicklung	14/1071
b) Begründung für den ersatzlosen Wegfall von § 29 GWB a.F.	14/1074
3. Kartellverbot (§ 1 GWB) und Freistellung (§§ 2 und 3 Abs. 1 GWB)	14/1076
a) Anwendungsbereich von § 1 GWB	14/1076
b) Auslegung von § 1 GWB	14/1078
c) Freigestellte Vereinbarungen (§ 2 GWB)	14/1079
aa) § 2 Abs. 1 GWB	14/1079
bb) § 2 Abs. 2 GWB	14/1083
cc) Beweislast	14/1084
d) Mittelstandskartelle (§ 3 Abs. 1 GWB)	14/1085
e) Anwendbares Recht für den Bereich der Kredit- und Versicherungswirtschaft	14/1087
f) Rechtsfolgen	14/1092
g) Einzelfälle	14/1093
aa) Empfehlungen zu Preisen und Konditionen für Bankdienstleistungen	14/1093

Wettbewerbsrecht

bb) Zahlungsverkehrsabkommen	14/1095
cc) Geldausgabeautomatensysteme	14/1097
dd) Kartenzahlungssysteme	14/1098
ee) Einlagensicherungssysteme	14/1101
ff) Devisenkursfixing	14/1102
gg) Sonstige Einzelfälle	14/1103
4. Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 GWB)	14/1107
a) Gegenüber Artikel 81 EG erweiterter Anwendungsbereich	14/1107
b) Marktbeherrschung	14/1108
c) Missbrauch	14/1111
d) Einzelfälle	14/1112
e) Rechtsfolgen	14/1114
5. Diskriminierungsverbot und Verbot unbilliger Behinderung (§ 20 GWB)	14/1115
a) Normzweck	14/1115
b) § 20 Abs. 1 und Abs. 2 GWB	14/1116
aa) Anwendungsbereich	14/1116
bb) Auslegung	14/1118
cc) Einzelfälle	14/1119
c) § 20 Abs. 3 GWB	14/1124
aa) Normstruktur	14/1124
bb) Normzweck	14/1125
cc) Vorteilsgewährung	14/1126
d) Ausnutzung der Marktstellung	14/1131
e) Fehlende sachliche Rechtfertigung	14/1132
f) Rechtsfolgen	14/1133
6. Mittelstandsbehinderung (§ 20 Abs. 4 und Abs. 5 GWB)	14/1136
a) Normstruktur	14/1136
b) Normzweck	14/1138
c) Normadressaten	14/1143
d) Geschützte Unternehmen	14/1144
e) Unbillige Behinderung durch Angebote unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2, Abs. 4 Satz 3, Abs. 4 Satz 4 GWB)	14/1145
aa) Angebot	14/1145
bb) Einstandspreis	14/1146
cc) Angebot unter Einstandspreis	14/1147
dd) Angebot von Lebensmitteln unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 GWB, Abs. 4 Satz 3 und 4 GWB)	14/1149
ee) Angebot anderer Produkte unter Einstandspreis (§ 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB)	14/1150
ff) Fehlende sachliche Rechtfertigung eines Angebots unter Einstandspreis	14/1152
f) Unbillige Behinderung durch Preis-Kosten-Schere (§ 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 GWB)	14/1153
g) Ausnutzung überlegener Marktmacht	14/1157
h) Unerheblichkeit einer spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung	14/1158
i) Beweiserleichterung (§ 20 Abs. 5 GWB)	14/1159
j) Rechtsfolgen	14/1161
7. Boykottverbot (§ 21 Abs. 1 GWB)	14/1162
a) Beteiligte	14/1162
b) Liefer- oder Bezugssperre	14/1164
c) Aufforderung	14/1165
d) Absicht, unbillig zu beeinträchtigen	14/1167
e) Rechtsfolgen	14/1170
8. Zusammenschlusskontrolle (§§ 35 ff. GWB)	14/1171

Inhaltsverzeichnis

a) Zusammenschluss (§ 37 GWB)	14/1171
aa) Tatbestände	14/1170
bb) Bankenklausel	14/1174
b) Umsatzschwellen (§§ 35, 38 GWB)	14/1178
c) Prüfungsmaßstab (§ 36 GWB)	14/1180
d) Rechtsschutz Dritter	14/1184
9. Befugnisse der Kartellbehörden	14/1186
a) Abstellung und nachträgliche Feststellung von Zuwiderhandlungen (§§ 32, 32a GWB)	14/1186
b) Verpflichtungszusagen (§ 32b GWB)	14/1187
c) Kein Anlass zum Tätigwerden (§ 32c GWB)	14/1189
10. Zivilrechtliche Ansprüche bei Gesetzesverstößen	14/1194
a) Erweiterung und Verschärfung der Sanktionen	14/1194
b) Anspruchsinhalt	14/1195
aa) Beseitigung und Unterlassung (§ 33 Abs. 1 und Abs. 2 GWB)	14/1195
bb) Schadensersatz (§ 33 Abs. 3 GWB)	14/1196
cc) Vorteilsabschöpfung (§§ 34, 34a GWB)	14/1200
c) Verjährung	14/1202
11. Übergangsbestimmungen (§ 131 GWB)	14/1203
12. Vergaberecht	14/1204
a) Überblick	14/1204
b) Normadressaten (§ 98 GWB)	14/1207
c) Öffentliche Aufträge (§ 99 GWB)	14/1210
aa) Legaldefinitionen	14/1210
bb) Auslegungsgrundsätze	14/1211
cc) Inhouse-Vergabe	14/1213
d) Schwellenwerte (§ 100 Abs. 1 GWB)	14/1214
e) Ausnahmetatbestände (§ 100 Abs. 2 GWB)	14/1215
f) Vergabegrundsätze	14/1219
g) Rechtsfolgen von Verstößen gegen die §§ 97 ff. GWB	14/1221

Vierzehnter Teil: Wettbewerbsrecht

A. Grundlagen, insbesondere Schutzzweck und Definitionen (§§ 1, 2 UWG)¹

I. Einführung

14/1

Das im UWG geregelte Wettbewerbs- oder Lauterkeitsrecht² enthält Regeln für das **Verhalten im Wettbewerb** und seine Durchsetzung, indem es wettbewerbswidrige Handlungen untersagt. Diese in erster Linie dem Deliktsrecht als Sonderdeliktsrecht zugeordneten Regeln sind ein wichtiger Bestandteil der Wirtschaftsordnung und weisen vielfältige Berührungspunkte zu anderen Normen auf. Hierbei ist insbesondere das Recht der Europäischen Gemeinschaft (Gemeinschaftsrecht) zu beachten. Denn der Einfluss des Rechts der Europäischen Gemeinschaft auf das Recht der Mitgliedsstaaten nimmt mehr und mehr zu und hat mit der Richtlinie 2005/29/EG³ seinen vorläufigen Abschluss gefunden. Neben dem UWG können für lauterkeitsrechtlich relevante Sachverhalte außerdem das Bürgerliche Recht und das Kartellrecht von Bedeutung sein.

II. Gemeinschaftsrecht

14/2

1. Regelungsbefugnis

Der **Europäischen Gemeinschaft** steht die Zuständigkeit zur Regelung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb zu (Artikel 2, 3 Abs. 1 Buchstabe g, 5 EG). Sie hat hiervon aber bisher nur für Teilbereiche Gebrauch gemacht.⁴ Das Lauterkeitsrecht verbleibt daher im Übrigen im Zuständigkeitsbereich der **Mitgliedsstaaten**. Bei der Ausgestaltung des nationalen Lauterkeitsrechts ist der EG-Vertrag, insbesondere die Marktfreiheiten (Artikel 28, 49 EG), zu beachten. Soweit die Europäische Gemeinschaft eine abschließende Harmonisierung herbeigeführt hat, sind nationale Regelungen allein nach dieser Regelung zu beurteilen.⁵

2. Auslegung

14/3

Die **autonom** vorzunehmende Auslegung des gegenüber nationalem Recht vorrangigen Gemeinschaftsrechts steht allein dem EuGH zu (Artikel 234 Buchstabe a, 292 EG), der sich dabei von Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck der auszulegenden Norm leiten lässt.⁶ Jede Vorschrift des

¹ Ahrens, Der Wettbewerbsprozeß, 5. Aufl. 2005; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 10. Aufl. 2009; Fezer, UWG, 2. Aufl. 2009; Gloy/Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl. 2009; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Aufl. 2009; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl. 2009; Lettl, Wettbewerbsrecht, 2009; Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, herausgegeben von Heermann/Hirsch, 2006; Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. 2006; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. 2007.

² Eine einheitliche Terminologie hat sich noch nicht herausgebildet. Das im deutschen Recht als Kartellrecht (geregelt in erster Linie im GWB) bezeichnete Rechtsgebiet ist im europäischen Recht (vgl. Artikel 81 ff. EG) als Wettbewerbsrecht (»Wettbewerbsregeln«) bezeichnet. Demgegenüber ist im deutschen Recht das im UWG geregelte Recht häufig als Wettbewerbsrecht tituliert. In Anlehnung an das Gemeinschaftsrecht sollen Normen zum Schutz vor unlauterem Marktverhalten wie die des UWG hier als Lauterkeitsrecht bezeichnet sein, zumal auch die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG an den Begriff der Unlauterkeit anknüpft.

³ ABl. EU vom 11. Juni 2005, Nr. L 149, S. 22.

⁴ Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 27. Aufl. 2009, Einl. Rn 3.1.

⁵ EuGH Slg. 2001, I-9797 Rn 32 – Daimler Chrysler; EuGH Slg. 2003, I-14887 Rn 64 – Doc Morris.

⁶ EuGH Slg. 1982, 3415 Rn 20 – C.I.L.I. F.T.

Gemeinschaftsrechts ist in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstandes zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen.¹ Auch die den europäischen Rechtsakten häufig vorangestellten Begründungserwägungen stellen eine wichtige Auslegungshilfe dar. Ausnahmen sind eng auszulegen.² Normen des Primärrechts sind nach Möglichkeit in dem Sinne auszulegen, in dem der Gemeinschaftsgesetzgeber sie auf der Ebene des Sekundärrechts konkretisiert hat.³ Wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber nationalem Recht ist das nationale Recht **gemeinschaftsrechtskonform** auszulegen.

14/4 3. Primäres Gemeinschaftsrecht

a) Verhältnis von primärem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957 (vgl. Präambel EG), dessen Ziel es war und ist, »eine beständige Wirtschaftsausweitung, einen ausgewogenen Handelsverkehr und einen **redlichen Wettbewerb** zu gewährleisten«, begründet ein supranationales europäisches Gemeinschaftsrecht. Dieses Primärrecht ist vom nationalen Recht der Mitgliedsstaaten unabhängig, hat unmittelbare Wirkung für und gegen die Mitgliedsstaaten sowie deren Bürger und ist gegenüber dem nationalen Recht vorrangig.⁴ Das primäre Gemeinschaftsrecht ist eine **eigene und autonome Rechtsordnung**, die in den Mitgliedsstaaten als Teil von deren Rechtsordnung gilt, ohne dass es der Umsetzung durch einen staatlichen Akt bedürfte. Dieses Postulat unmittelbarer Geltung weicht von dem grundsätzlichen Erfordernis der Inkorporation oder Transformation in nationales Recht für die innerstaatliche Geltung völkerrechtlicher Verträge ab und trägt der Sonderstellung des Vertrages Rechnung, die der EuGH⁵ mit dessen Idee, Konzeption und Ziel der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes begründet. Bei funktioneller Betrachtungsweise setzt dieses Postulat der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes nach Artikel 2 EG ein spezifisches Lauterkeitsrecht voraus, ohne dieses aber im Einzelnen zu regeln.⁶

14/5 b) Bedeutung für das Lauterkeitsrecht

Das primäre Gemeinschaftsrecht in Gestalt des EG-Vertrags ist für das Lauterkeitsrecht insbesondere auf Grund von Artikel 2 EG (Gemeinsamer Markt), Artikel 3 Abs. 1 Buchstabe g EG (System unverfälschten Wettbewerbs), Artikel 10 EG (Gemeinschaftstreue), Artikel 12 EG (Diskriminierungsverbot), Artikel 14 EG (Binnenmarkt), Artikel 28 EG (Warenverkehrsfreiheit) und Artikel 49 EG (Dienstleistungsverkehrsfreiheit) von Bedeutung. Der freie Warenverkehr zwischen den Mitgliedsstaaten ist ein elementarer Grundsatz des EG-Vertrags. Auch nationale Regelungen im Bereich des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb können nach Artikel 28 EG oder Artikel 49 EG verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung darstellen. Hierzu bestehen Grundsatzentscheidungen des EuGH (insbesondere *Dassonville*;⁷ *Cassis de Dijon*;⁸ *Keck*;⁹ *DocMorris*¹⁰).¹¹

14/6 c) Marktfreiheiten (Artikel 28, 49 EG)

aa) Tatbestand

Die Regelungszuständigkeit der Mitgliedsstaaten für das Lauterkeitsrecht ist durch die für grenzüberschreitendes Marktverhalten geltenden Marktfreiheiten, insbesondere die **Waren- und Dienstleis-**

¹ EuGH Slg. 1963, I (17) – van Gend en Loos.

² EuGH Slg. 2003, I-8389 Rn 89 – Jaeger.

³ *Colmeric*, ZEuP 2005, 225 (229).

⁴ EuGH Slg. 1964, 1251 (1269 f.) – Costa/ENEL; EuGH Slg. 1978, 629 (644).

⁵ EuGH Slg. 1963, I (24 f.) – N. V. Algemene.

⁶ *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367 (1369).

⁷ EuGH Slg. 1974, 837 – Dassonville.

⁸ EuGH Slg. 1979, 649 – Cassis de Dijon.

⁹ EuGH Slg. 1993, I-6097 – Keck.

¹⁰ EuGH Slg. 2003, I-14887 – DocMorris.

¹¹ Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 27. Aufl. 2009, Einl. Rn 3.17 ff.

tungsverkehrsfreiheit der Artikel 28, 49 EG, begrenzt. Denn nationale Regelungen auch und vor allem des Lauterkeitsrechts dürfen nicht gegen die Artikel 28, 49 EG, deren Inhalt und Grenzen der EuGH präzisiert, verstoßen. Es ist daher zu fragen, welchen nationalen Schutz lauterer Wettbewerbs das primäre Gemeinschaftsrecht überhaupt zulässt, da möglicherweise bestimmte (auch übereinstimmende) nationale Regelungen geeignet sind, den freien Waren- oder Dienstleistungsverkehr in gemeinschaftsrechtswidriger Weise zu beeinträchtigen.

Nach Artikel 28 EG sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedsstaaten verboten. Artikel 28 EG erfasst jede Maßnahme, die »geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern« (Dassonville-Formel).¹ Zum Beispiel: Ein Gesetz, das Privatpersonen die Einfuhr alkoholischer Getränke verbietet, ist eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne des Artikels 28 EG.² 14/7

Den innergemeinschaftlichen Handel können insbesondere **wettbewerbsbeschränkende Regelungen** des nationalen Rechts wie Werbebeschränkungen und -verbote behindern, soweit sie strengere Anforderungen stellen als entsprechende Regelungen anderer Mitgliedsstaaten.³ Bei der Anwendung von Artikel 28 EG unterscheidet der EuGH zwischen Regelungen über »**bestimmte Verkaufsmodalitäten**« und **produktbezogene Regelungen**. Regelungen über bestimmte Verkaufsmodalitäten sind Regelungen des Vertriebs (Keck-Formel).⁴ Produktbezogene Regelungen betreffen demgegenüber die Bezeichnung, die Form, die Abmessung, das Gewicht, die Zusammensetzung, die Aufmachung, die Ausstattung, die Beschriftung und die Verpackung von Waren. Zum Beispiel: Als Verkaufsmodalität beurteilt der EuGH das seinerzeit geltende französische allgemeine Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis,⁵ Werbebeschränkungen und -verbote etwa im Bereich der Fernsehwerbung,⁶ das Verbot des Versandhandels von Arzneimitteln, die nur Apotheker vertreiben dürfen,⁷ und das Erfordernis der Genehmigung zum Verkauf von Zeitschriftenabonnements für fremde Rechnung auf öffentlichen Straßen.⁸ Als produktbezogen sieht der EuGH⁹ demgegenüber den werblichen Inhalt einer Zeitschrift an, weil dieser Bestandteil der Zeitschrift sei, in der er sich befinde. Auch das generelle Verbot von Werbung für alkoholische Getränke in Schweden, das für Werbung durch Anzeigen in der Presse, Einblendungen in Rundfunk und Fernsehen, Direktversand nicht angeforderten Materials oder durch Plakatieren an öffentlichen Orten gilt, beurteilt der EuGH als produktbezogen.¹⁰ Denn ein solches Verbot sei geeignet, den Marktzugang für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedsstaaten stärker zu behindern, als es dies für inländische Produkte tue, mit denen der Verbraucher unwillkürlich besser vertraut sei. Produktbezogen ist außerdem eine Regelung, die den Aufdruck auf der Verpackung einer Ware untersagt.¹¹ 14/8

Auf produktbezogene Regelungen ist Artikel 28 EG ohne Weiteres anwendbar. Regelungen »bestimmter Verkaufsmodalitäten« verstoßen dann nicht gegen Artikel 28 EG, wenn sie **(1)** für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Wirtschaftstätigkeit im Inland ausüben, und **(2)** den Absatz der inländischen Produkte und der Produkte aus anderen Mitgliedsstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.¹² Bei der Prüfung der letzteren Voraussetzung ist der Anwendungsbereich der nationalen Regelung zunächst ggf. durch Auslegung zu ermitteln¹³ und im An- 14/9

¹ EuGH Slg. 1974, 837 Rn 5 – Dassonville.

² EuGH Slg. 2007, I-4071 Rn 36 – Rosengren.

³ EuGH Slg. 2001, I-1795 Rn 21 – Gourmet International.

⁴ EuGH Slg. 1993, I-6097 Rn 14 u. 16 – Keck; zu den im Anschluss daran ergangenen Entscheidungen des EuGH und ihren Auswirkungen auf das deutsche Lauterkeitsrecht vgl. Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht/Heermann, 2006, EG B Rn 269 ff.

⁵ EuGH Slg. 1993, I-6097 Rn 18 – Keck; Slg. 1993, I-6787 Rn 21 – Hünermund (für ein standesrechtliches Werbeverbot in Apotheken); Slg. 1994, I-2199 Rn 12 – t'Heukske (Ladenschlusszeiten).

⁶ EuGH Slg. 1995, I-179 Rn 19 ff. – Leclerc-Siplec; Slg. I-1997, 3843 Rn 42 ff. – de Agostini.

⁷ EuGH Slg. 2003, I-14887 Rn 71 f. – Doc Morris.

⁸ EuGH Slg. 2005, I-4122 Rn 23 ff. – Burmanjer.

⁹ EuGH Slg. 1997, I-3689 Rn 11 – Familiapress.

¹⁰ EuGH Slg. 2001, I-1795 Rn 21 – Gourmet International, wobei der EuGH dieses Verbot wegen des damit bezweckten Gesundheitsschutzes als gerechtfertigt ansieht (Rn 27 ff.).

¹¹ EuGH Slg. 1995, I-1923 Rn 13 – Mars.

¹² EuGH Slg. 1993, I-6097 Rn 14 u. 16 – Keck.

¹³ EuGH Slg. 1993, I-6787 Rn 19 – Hünermund; EuGH Slg. 2003, I-14887 Rn 71 f. – DocMorris.

schluss daran nach den tatsächlichen Auswirkungen der Regelung zu fragen.¹ Für diese Auswirkungen können auch neue Möglichkeiten des Vertriebs wie über das Internet von Bedeutung sein. Der Absatz inländischer Produkte und der Produkte aus anderen Mitgliedsstaaten ist bereits dann nicht in gleicher Weise durch die nationale Regelung berührt (mit der Folge eines Verstoßes gegen Artikel 28 EG), wenn die nationale Regelung nur geeignet ist, den Marktzutritt für Produkte aus anderen Mitgliedsstaaten stärker zu behindern als für inländische.² Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine nationale Regelung für ausländische Produkte von vornherein keine Möglichkeit des Marktzutritts vorsieht oder den Marktzutritt wesentlich erschwert, etwa weil das Unternehmen keine andere, wirtschaftlich gleichwertige und zumutbare Möglichkeit zur Werbung hat.³

14/10 bb) Rechtfertigungsgründe

Eine nationale Maßnahme, die ein Handelshemmnis im Sinne der Marktfreiheiten darstellt, kann durch einen der in Artikel 30 EG genannten Tatbestände gerechtfertigt sein. Artikel 30 EG verlangt jedoch, dass die betreffende Maßnahme weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten sein darf.⁴ Außerdem muss die Maßnahme zum Schutz der in Artikel 30 EG genannten Rechtsgüter notwendig sein. Es dürfen also keine Maßnahmen in Betracht kommen, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken (**Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**).

14/11 Artikel 30 S. 1 EG nennt als Rechtfertigungsgründe die öffentliche Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, die Gesundheit und das Leben, das nationale Kulturgut sowie das gewerbliche und kommerzielle Eigentum. Hinzu kommen als – ungeschriebene und für das nationale Lauterkeitsrecht der Mitgliedsstaaten besonders bedeutsame – Rechtfertigungstatbestände zwingende Erfordernisse des **Verbraucherschutzes** und der **Lauterkeit des Handelsverkehrs**, wenn die Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zwecke steht und dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreichbar ist, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken.⁵ Hieran zeigt sich bereits, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht von großer Bedeutung ist.

14/12 **Zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes.** Für zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes ergibt sich aus Artikel 95 Abs. 3 Satz 1 EG und Artikel 153 Abs. 1 EG, dass die Europäische Gemeinschaft ein **hohes Verbraucherschutzniveau** anstrebt. Dies soll insbesondere durch das Recht des Verbrauchers auf Information und den Schutz seiner wirtschaftlichen Interessen erfolgen (Artikel 153 Abs. 1 EG). Dem stehen die Interessen der Anbieter an einem reibungslosen Funktionieren des Gemeinsamen Marktes gegenüber. Diese sind in erster Linie durch die Artikel 28, 49 EG geschützt. Der EuGH führt diesen Interessengegensatz unter Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Weise einem Ausgleich zu, dass er für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung geschäftlicher Handlungen auf das Leitbild des **durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers** abstellt.⁶ Allerdings hält der EuGH auch ein französisches Verbot von Haustürwerbung für pädagogisches Material zum Schutze von Verbrauchern mit »Bildungsrückstand«, die »unüberlegt« handeln, für vereinbar mit Artikel 28 EG.⁷ Daraus ergibt sich, dass das primäre Gemeinschaftsrecht den Schutz **besonders schutzwürdiger Personengruppen** jedenfalls dann zulässt, wenn das wettbewerbliche Verhalten in erster Linie gegenüber einem solchen Personengruppe erfolgt.

14/13 In der Regelung eines Mitgliedsstaats, wonach in diesem ansässige Dienstleistungserbringer in anderen Mitgliedsstaaten ansässigen potenziellen Kunden nicht unerbeten telefonisch ihre Dienstleistung

¹ EuGH Slg. 2003, I-14887 Rn 73 – DocMorris; Hefermehl/Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 27. Aufl. 2009, Einl. Rn 3.25.

² EuGH Slg. 2003, I-14887 Rn 74 f. – DocMorris.

³ EuGH Slg. 1997, I-3843 Rn 42 ff. – de Agostini.

⁴ EuGH Slg. 2007, I-4071 Rn 41 – Rosengren.

⁵ Grundlegend EuGH Slg. 1979, 649 Rn 8 – Cassis de Dijon (für die Warenverkehrsfreiheit); EuGH Slg. 1995, I-1141 – Alpine-Investments; EuGH Slg. 1997, I-3843 Rn 52 f. – de Agostini – und EuGH Slg. 2003, I-13031 Rn 67 – Gambelli (für die Dienstleistungsfreiheit).

⁶ EuGH Slg. 2000, I-117 Rn 27 – Lifting.

⁷ EuGH Slg. 1989, 1235 Rn 12 bis 14 – Buet.