

Europäisches Lauterkeitsrecht als Recht der Marktkommunikation

Hans-W. MICKLITZ
Universität Bamberg

Inhalt

1. Vom Recht des Unlauteren Wettbewerbs zur normativen Verfassung der Marktkommunikation
 - 1.1 Anstoß zur Wandlung des Selbstverständnisses durch das Gemeinschaftsrecht
 - 1.2 Kompetitive Ausrichtung des europäischen Lauterkeitsrechts
 - 1.3 „Vorpreschen“ des deutschen Gesetzgebers mit der Verabschiedung des UWG 2004
 - 1.4 „Handlungsprärogative“ des Gemeinschaftsgesetzgebers
 - 1.5 Leitthese – Vom Sonderdeliktsrecht zum Recht der Marktkommunikation
2. Funktionsfähiger Wettbewerb und Lauterkeitsrecht
 - 2.1 Funktionsfähiger Wettbewerb, Information und Binnenmarkt
 - 2.2 Anforderungen an die Qualität funktionaler Marktkommunikation
 - 2.3 Unerwünschter Wettbewerb – Grenzen des kommunikationstheoretischen Konzepts
 - 2.4 Funktionaler Wettbewerb als einheitliches Konzept für das Lauterkeits- und Kartellrecht
 - 2.5 Lauterkeitsrecht und gewerblicher Rechtsschutz, insbesondere Markenrecht
 - 2.6 Konsequenzen des Wandels für die Systematisierung des sekundärrechtlich fundierten europäischen Lauterkeitsrechts
3. Normenbestand und Gegenstand des europäischen Sekundärrechts

1. Vom Recht des Unlauteren Wettbewerbs zur normativen Verfassung der Marktkommunikation

Dass sich der über lange Jahrzehnte als gesichert geltende Bestand des deutschen Lauterkeitsrechts unter dem Einfluss der zunehmend globalisierten Märkte gegenwärtig einem grundlegenden Wandel unterzieht, gilt weithin als Gemeinplatz, der kaum mehr Widerspruch auslöst. Dies betrifft vor allem die empirische Verankerung des normativen Referenzmodells. So rückt unversehens der lang vernachlässigte Verbraucherschutz ins Zentrum der Auseinandersetzung. Nicht mehr der per se unerfahrene Verbraucher gilt als das Maß der Dinge, an dem sich die Maßstäbe des Lauterkeitsrechts auszurichten haben. Vielmehr orientieren sich Legislative und Judikative zunehmend am Leitbild eines verständigen, verantwortlich handelnden Konsumenten, der in aktiver Weise Marktinformationen nachfragt und diese – zumindest in begrenztem Umfang – kritisch reflektiert. Mehr und mehr mutiert der Verbraucher vom Objekt manipulativer Kommunikationsstrategien der Anbieter zum agierenden Subjekt des Marktgeschehens. Die entsprechenden Hinweise finden sich allenthalben: Der Gesetzgeber schafft Rabattgesetz und Zugabeverordnung ab, mit dem UWG 2004 auch die Regeln über Schlussverkäufe, und trotz gelegentlich gegenteiliger Impulse der Instanzgerichte widersteht der BGH der Versuchung, die den bisherigen Partialregelungen zugrunde liegenden Wertmaßstäbe gleichsam durch die Hintertür erneut in den dogmatischen Kontext der

wettbewerbsrechtlichen Generalklausel zu integrieren. Stattdessen sucht er eine neue Balance zwischen den überkommenen Strategien des Handels, mittels Geschenken und Zugaben die Verbraucher zum Vertragsschluss zu bewegen, und dem Interesse der Konsumenten, über die wahren Kosten des so beworbenen Angebotes informiert zu werden.¹ Die Liberalisierung der Werbung strebt zügig voran.

Die hier sichtbar werdende Tendenz, die tradierte Ausprägung des lauterkeitsrechtlichen „case law“ im Lichte einer am Paradigma funktionaler Marktkommunikation orientierten Betrachtungsweise zu überwinden, spiegelt sich auch in der Rechtsprechung des BVerfG wider, wenn diese die Imagewerbung mit gesellschaftskritischen Themen unter den Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit stellt, und damit dem allzu häufig vernachlässigten Zusammenhang zwischen demokratischem Diskurs und Marktparadigma signifikanten Ausdruck verleiht.² De facto und de jure verlangt das BVerfGE nach einer Neubestimmung der Aufgabenfelder des Wettbewerbsrechts. Die klagebefugten Verbände hatten mit Unterstützung der Gerichte das UWG zur Kontrolle von relativen Randbereichen des Lauterkeitsrechts immer stärker in die Pflicht genommen. Teilweise diente die Unterlassungsklage als Ersatz für nicht existente Kontrolltätigkeiten der Gewerbeaufsichtsämter. „Sittenwidrige“ Werbepraktiken müssen von unlauteren geschieden werden. Erstere fallen zunehmend aus dem Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts heraus, für letztere existiert noch kein in sich konsistenter Maßstab.

Das Lauterkeitsrecht befindet sich ganz offensichtlich im Umbruch. Zentrale Kategorien und nicht zuletzt sein tradiertes Selbstverständnis in Praxis und Wissenschaft stehen auf dem Prüfstand. Die Entwicklung kommt nicht von ungefähr, sie trifft die deutsche Rechtslandschaft gleichwohl relativ unvorbereitet. Urheber der Entwicklung ist die Europäische Gemeinschaft, die das Lauterkeitsrecht für das oberste Ziel, die Verwirklichung des Binnenmarktes instrumentalisiert. Damit verschieben sich die Parameter. Insofern vollzieht der deutsche Gesetzgeber nur eine Entwicklung nach, die auf europäischer Ebene längst stattgefunden hat.

1.1 Anstoß zur Wandlung des Selbstverständnisses durch das Gemeinschaftsrecht

Fragt man nämlich nach den Ursachen der sich abzeichnenden Veränderung, so gründet deren Genese nur zu einem geringen Teil in der kritischen Selbstreflexion des deutschen Wettbewerbsrechts. Der Anstoß zur Wandlung ist im Kern heteronomer Natur und findet seinen Ursprung weitgehend in den rechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts. Noch 1982 hatte der Gesetzgeber in das UWG zum Schutz des deutschen Mittelstandes den „Horror katalog“ der § 6 d) und e) UWG eingeführt. Der Europäische Gerichtshof musste dem deutschen Gesetzgeber erst die Grenzen aufzeigen, die das Gemeinschaftsrecht einer einseitigen Instrumentierung des Lauterkeitsrechts für Partialisinteressen setzt. Doch von *GB-Inno* bis zu *Yves Rocher* war es ein weiter Weg.³ Und als der Gesetzgeber sich im Nachklang zu *Yves Rocher* anschickte, das Rabattgesetz abzuschaffen, trat der EuGH in *Keck* den Rückzug an, was prompt den deutschen

¹ BGH 13.6.2002, Az.: I ZR 71/01, I ZR 72/01 und I ZR 173/01 = WRP 2002, 1256 ff.

² BGH 12.12.2000, 1 BVR 1762/95 = WRP 2001, 129 – *Benetton*, dazu FEZER NJW 2001, 580, vgl. auch KEBLER WRP 1987, 75 ff., 80 ff.

³ SCHIRMBACHER, in: Micklitz (Hrsg.), Europarecht, S. 186 ff.

Gesetzgeber in Agonie versetzte. Es bedurfte erst der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG, bevor dieser Liberalisierungsschritt gelang.

Kaum anders verhielt sich der deutsche Gesetzgeber in Bezug die Rechtsakte, die den Kernbereich des UWG berührte. So wurde die 1984 verabschiedete Irreführungsrichtlinie durchgängig als Festschreibung des status quo ante begriffen, ohne den von einer Mindermeinung in der Literatur formulierten Anpassungsbedarf je ernsthaft zu diskutieren. Als 1997 die Richtlinie 97/55/EG die vergleichende Werbung legalisierte, kam bekanntlich der BGH der Umsetzungsgesetzgebung zuvor. Dem waren jedoch Jahre intensiver Auseinandersetzung um den des Referenzverbrauchers vorausgegangen. Die in der Literatur breit ausdifferenzierte Leitbilddiskussion als manifester Ausdruck dogmatischer Neuausrichtung erscheint in ihrer Wirkungsgeschichte eher als Legende.⁴ Der BGH hat sein bevorzugtes Konzept des „flüchtigen Durchschnittsverbrauchers“ bekanntlich nicht ganz freiwillig preisgegeben, sondern die wettbewerbsrechtliche Judikatur mehr oder weniger notgedrungen der dogmatischen Ausrichtung des EuGH angepasst. Gleichzeitig haben die obersten deutschen Gerichte, in concreto das Bundesverwaltungsgericht dem EuGH in *Gut Springheide* das Zugeständnis abgetrotzt, dass die mögliche Irreführung gegebenenfalls im Wege einer Umfrage zu ermitteln ist. Der europäische Gesetzgeber will in der Lauterkeitsrichtlinie dieser Variante der Verteidigung des „hohen deutschen Verbraucherschutzniveaus“ eher durch die Hintertür den Garaus machen.

Schon dieser knappe Abriss europäischer Wirkungsgeschichte mag verdeutlichen, dass das deutsche Lauterkeitsrecht immer stärker europäisch geprägt wird. Dies gilt um so mehr, als der EuGH die dispersen Regeln des Primär- und Sekundärrechts zum Leiden seiner Kritiker in einem einheitlichen Konzept zusammenfügt. Europäisches Lauterkeitsrecht wächst von den Randbereichen des Lauterkeitsrechts, des Lebensmittelrechts und des Kosmetikrechts, zum Kernbereich vor. Das liegt zum großen Teil daran, dass im Mittelpunkt dieser Nebengebiete der Begriff der Irreführung steht, der sich auch in der Zentralnorm der Richtlinie 84/450/EWG wieder findet. Mit der gerade verabschiedeten Lauterkeitsrichtlinie rückt nun das Herzstück des kontinentalen Lauterkeitsrechts in den Mittelpunkt möglicher Konflikte zwischen nationalen und europäischen Gerichten. Nur dort, wo die Europäische Gemeinschaft keine Aktivitäten entfaltet hat, wie in der Ausgestaltung des Rechtsschutzes, fehlt der Anstoß zur Wandlung. Hier hätten die Mitgliedstaaten theoretisch Entfaltungsspielraum, um neue Wege zu gehen. Der deutsche Gesetzgeber hat im UWG 2004 bekanntlich den Gewinnabschöpfungsanspruch kreiert, dem einzelnen Verbraucher jedoch individuelle Ansprüche verwehrt. Im vergleichenden Maßstab bleibt das UWG weit hinter einer Vielzahl von Mitgliedstaaten zurück, die gerade im kollektiven Rechtsschutz neue Wege gegangen sind. Mag die Verankerung der Unterlassungsklage im EG-Recht noch als deutsches Erbe zu qualifizieren sein, so hat das UWG im Bereich der kollektiven Rechtsdurchsetzung seine Vorrangstellung in Europa eingebüßt, vgl. dazu genauer § 10 UWG.

⁴ NIEMÖLLER, Verbraucherleitbild.

1.2 Kompetitive Ausrichtung des europäischen Lauterkeitsrechts

Das europäische Lauterkeitsrecht ist stärker kompetitiv ausgerichtet als das traditionell eher statisch-schutzbezogene Konzept des UWG. Hinter diesen Unterschieden verbergen sich unterschiedliche Vorverständnisse über die Rolle und Funktion des Lauterkeitsrechts. Während das deutsche Recht bis heute seine Herkunft aus dem Deliktsrecht nicht leugnen kann, steht doch immer der Schutz einer wie immer verstandenen, aber einmal erworbenen Rechtsposition im Raum, so nimmt das europäische Recht das Lauterkeitsrecht in die Pflicht, um den Binnenmarkt zu verwirklichen. Diesem übergeordneten Ziel wird das gesamte Lauterkeitsrecht unterworfen und findet seinen Niederschlag in einer Vielzahl von Einwirkungsformen, die von der Leitbilddiskussion – nicht nur des Verbrauchers, sondern auch des Unternehmers, über den Kontrollmaßstab – Lauterkeit und Irreführung reichen. Konstitutiv für diese Umpolung ist die Stärkung der Autonomie aller am Markt auftretenden Akteure, um sie für den Leistungs- bzw. Parallelwettbewerb zu rüsten.

Das UWG tritt sukzessive in die Fußstapfen des EG-Rechts. Die sich allmählich abzeichnende stärkere kompetitive Ausrichtung des UWG, die inhaltliche Neubestimmung und Konkretisierung der weitgehend diffusen Allgemeininteressen als Kern des bisherigen Blankett-Tatbestands der „Guten Sitten“, fügt sich in die Prämissen des Gemeinschaftsrechts ein, welches den in der deutschen Tradition sozioethisch geprägten Begriff der „public interests“ vorzugsweise eng definiert, um so Raum zu lassen für das mikroökonomische Austarieren des Verhältnisses von Konkurrenten- und Verbraucherschutz im Interesse einer kompetitiven Durchdringung des „Binnenmarktes“. Der überkommene Nationalstaat mit seinen an vielfältigen Partialinteressen orientierten Schutzanliegen erfährt im Bereich wirtschaftlicher Entfaltung gemeinschaftsrechtliche Restriktionen zugunsten eines normativ-ökonomischen Konzepts, welches den europäischen Binnenmarkt – als Markt ohne Staat⁵ – über den Interessenausgleich der Marktakteure neu organisiert.⁶

1.3 „Vorpreschen“ des deutschen Gesetzgebers mit der Verabschiedung des UWG 2004

Der zu verzeichnende Wandel hatte zwischenzeitlich Dimensionen erreicht, die – angesichts des Primats der Legislative – ein Agieren des Gesetzgebers erforderlich zu machen schienen. So hatte das Bundeswirtschaftsministerium zwei Gutachten in Auftrag gegeben, um die Notwendigkeit und den Umfang einer Reform des Lauterkeitsrechts zu ermitteln. Die Vorschläge von Fezer⁷ stellten dabei die Modernisierung des UWG auf der Grundlage des autonomen Bestands des nationalen Lauterkeitsrechts, wie er in den „offenen Tatbeständen“ der wettbewerblichen Generalklauseln und deren Ausdifferenzierung durch die Rechtsprechung des I. Zivilsenats zu Tage tritt, in den Vordergrund, während Henning-Bodewig/Schricker⁸ ihre Konzepte primär an den Zielprojektionen des Gemeinschaftsrechts orientierten. Ungeachtet der divergierenden

⁵ So die Formulierung von JOERGES, Market Without a State?

⁶ Dieser Prozess wird unter dem Stichwort deliberativer Supranationalismus oder deliberative Demokratie im *European Law Journal* 2002 intensiv diskutiert.

⁷ WRP 2001, 989.

⁸ HENNING-BODEWIG/SCHRICKER WRP 2001, 1367.

methodischen Ansätze resultieren beide Untersuchungen im Kern in einem weitgehend gleich gelagerten Befund und gelangen im Ergebnis zu parallelen Vorschlägen.

Selbst angesichts der sorgfältigen Vorbereitung überrascht doch die Schnelligkeit, mit der der Gesetzgeber das UWG durch die parlamentarischen Gremien geschleust hat. Ganz explizit wollte der Gesetzgeber in der angelaufenen Diskussion um die europäische Lauterkeitsrichtlinie ein modernes UWG als Modell für eine europäische Regelung präsentieren. Der von der Gemeinschaft angestoßene „Wettbewerb der Rechtsordnungen“, der schon bei der Diskussion um die Schuldrechtsreform prägend wirkte, zeigte auch in der UWG-Reformdebatte Wirkungen. Die beiden tragenden Säulen des reformierten UWG bilden die Liberalisierung der Werbestandards bei gleichzeitiger Verbesserung des Verbraucherschutzes. Vordergründig scheint das UWG 2004 damit auf der Linie des europäischen Lauterkeitsrechts zu liegen. So gibt es denn auch Stimmen in der Literatur, die keinen Umsetzungsbedarf in Deutschland erkennen können, weil sich beide Regelwerke jedenfalls „im Geiste“ entsprächen. An dieser Parallelisierung sind jedoch schon deswegen Zweifel angebracht, weil das UWG 2004 das das EG-Recht beherrschende Informationsparadigma nur unzureichend verwirklicht hat. Dieses Paradigma gehört zum Kernbestand des europäischen Verbraucherrechts *de lege lata*.⁹ Die Lauterkeitsrichtlinie weist also konzeptionell über das UWG hinaus, womit schon für sich gesehen die Frage auftaucht, ob der deutsche Gesetzgeber nicht besser beraten gewesen wäre, vor einer Reform des UWG die Verabschiedung der Richtlinie abzuwarten. So steht er vor der Notwendigkeit, das UWG innerhalb einer Dekade gleich zweimal substantiell ändern zu müssen.

Dabei wäre es allzu vordergründig, die Normen des UWG und der Lauterkeitsrichtlinie einander gegenüberzustellen, um dann in einem Detailvergleich herauszufinden, ob und inwieweit das UWG 2004 mit den einzelnen Regeln der Richtlinie kompatibel ist. Nicht harmonisieren und nicht gesetzlich verordnen lässt sich der unterschiedliche Geist, der die beiden Regelwerke – immer noch – beherrscht. Ruft man sich den mühsamen Anpassungsprozess der letzten Jahrzehnte ins Gedächtnis, so ist nur begrenzter Optimismus angesagt. Schon jetzt ist die Diskussion in Deutschland um die Integration der Lauterkeitsrichtlinie stark von dem Denken beherrscht, dass das UWG 2004 vor dem Gemeinschaftsrecht Bestand haben kann, ohne wirklich in die Diskussion um die konzeptionellen Unterschiede der beiden Regelwerke einzutauchen.

1.4 „Handlungsprärogative“ des Gemeinschaftsgesetzgebers

Das europäische Lauterkeitsrecht besteht aus einer Vielzahl disparater Regeln, die sich über den gesamten Bestand des Gemeinschaftsrechts verstreuen. Eine umfassende Zusammenschau ist nur möglich, wenn man sich die vielfältigen Politikbereiche vergegenwärtigt, auf denen die Europäische Gemeinschaft agiert. Typisch für die Entwicklung des Lauterkeitsrechts ist die kontextuelle Vergemeinschaftung relevanter Sachkomplexe. Die lauterkeitsrechtliche Problematik steht regelmäßig nicht im Mittelpunkt des jeweiligen Regulierungsfeldes. So mag es im Zuge der Verwirklichung des Binnenmarktes vorrangig um die Harmonisierung des Kapital-, Kredit- oder Versicherungsmarktes gehen. Lauterkeitsrechtlich relevante Teilfragen werden „nebenbei“ miterledigt. Deshalb finden sich einschlägige Bestimmungen nicht nur in den etablierten

⁹ KEßLER/MICKLITZ, Harmonisierung, und jetzt insbesondere RADEIDEH, Fair Trading in EC Law.

Randbereichen des Gemeinschaftsrechts, dort, wo das Lauterkeitsrecht und etablierte Politikziele einander berühren, wie das im Lebensmittel-, Arzneimittel- oder im Kosmetikrecht der Fall ist. Die drei zentralen Richtlinien 84/450/EWG irreführende Werbung, 97/55/EWG vergleichende Werbung und die Lauterkeitsrichtlinie 2005/29/EG decken insofern gerade nicht das gesamte europäische Lauterkeitsrecht ab.

Sieht man hiervon ab, so hat das im Vertragsrecht entwickelte Gebot innerer Konsistenz und Kohärenz gemeinschaftsrechtlicher Regeln – mit einiger Verzögerung – auch das europäische Lauterkeitsrecht erreicht. Mit dem Grünbuch zum Verbraucherschutz vom 5.10.2001,¹⁰ das zur Lauterkeitsrichtlinie führte und dem am gleichen Tag präsentierten Vorschlag für eine Verordnung zu den verkaufsfördernden Praktiken¹¹ unternahm die Kommission erstmals den Versuch, einen einheitlichen und in sich geschlossenen Rahmen für die rechtliche Behandlung von Werbung und sonstigen Marketingpraktiken im Spiegel des Gemeinschaftsrechts zu entwickeln. Gleichwohl ist die Ankündigung vollmundiger als das tatsächlich in Angriff genommene Problem. Denn beide Projekte zusammengenommen haben, selbst wenn sie beide im vollen Umfang verwirklicht werden, keine wirkliche Vereinheitlichung zur Folge. Erst einmal sind diese beiden Projekte schon nicht wirklich aufeinander abgestimmt, sodann lassen beide Projekte die so eminent wichtigen Randbereiche des Lauterkeitsrechts vollständig außer Acht. Die Folge ist ein System von Ausnahmeregelungen, das bestenfalls zu einem Nebeneinander, tatsächlich aber zu Überlappungen und neuen Inkonsistenzen führt.

Dennoch liegt die Handlungsprärogative de jure und de facto in den Händen des Gemeinschaftsgesetzgebers. Formal resultiert sie aus einer Zuständigkeitsverlagerung der Gesetzgebungskompetenzen. Den Mitgliedstaaten verbleibt angesichts der harmonisierten Bereiche des Lauterkeitsrechts nur noch ein schmaler Handlungsbereich entweder dort, wo die Gemeinschaft noch nicht tätig geworden ist, oder wo die Regelungen lediglich eine Minimalharmonisierung vorsehen. Doch selbst diese Betrachtung ist trügerisch, weil alle gesetzgeberischen Aktivitäten der Mitgliedstaaten an den Art. 28 und 30 zu messen sind und weil sich hinter der Minimalharmonisierung oftmals eine Vollharmonisierung verbirgt. Immerhin sind den Mitgliedstaaten Residualkompetenzen verblieben, die im Detail, wie im UWG 2004 dokumentiert, durchaus beachtlich sein können. Die wirkliche Reichweite der Zuständigkeitsverschiebung von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Kommission, die nach wie vor das Initiativrecht in Händen hält, resultiert jedoch aus dem Prozess der europäischen Integration selbst. Die Dynamik der Entwicklung rührt nicht von ungefähr aus dem Projekt des Binnenmarktes her. 1986 haben die Mitgliedstaaten eine Weichenstellung vorgenommen, deren Reichweite damals wohl kaum jemand erkannte. Das gilt vor allem für die Zentralbereiche des Wirtschaftsrechts.

1.5 Leitthese – Vom Sonderdeliktsrecht zum Recht der Marktkommunikation

Der konstatierte Wandel ist – so scheint es – allgegenwärtig und konfrontiert Rechtsanwender und Wissenschaft mit einer Vielzahl sich gegenseitig bedingender, eng verflochtener Problemstellungen, die angesichts der berührten wirtschaftlichen Interes-

¹⁰ KOM (2001) 531 endg., 2.10.2001.

¹¹ KOM (2001) 546 endg., 2.10.2001.

sen einer alsbaldigen Lösung harren. Ungeachtet der Tatsache, dass das Zusammenspiel von nationalem und europäischem Lauterkeitsrecht in seiner wechselseitigen Bedingtheit und Abhängigkeit letztlich ungeklärt ist, stellt sich die Frage nach den originären Funktionsbedingungen sowie der Zielorientierung, d.h. der immanenten Teleologie des Veränderungsprozesses. Die (von Jürgen Keßler und Hans-W. Micklitz gemeinsam entwickelte) These¹² lautet, dass sich die bisher an den subjektiven Positionen der Marktakteure – vorwiegend den Belangen der Anbieterseite – orientierte „deliktsrechtliche“ Verankerung des Wettbewerbsrechts¹³ mehr und mehr in ein – mikroökonomisch fundiertes – „Recht der Marktkommunikation“ transformiert, ohne dabei die im Deliktsrecht gründende Rechtsfolgeorientierung gänzlich aufzugeben oder gar in Gänze in den Bestimmungen des Kartellrechts – sei es nationaler oder europäischer Provenienz – aufzugehen. Die Lauterkeitsrichtlinie vereint paradigmatisch beide Seiten der Entwicklung.¹⁴

Im Mittelpunkt des Wandels steht eine durchgängige Harmonisierung des Lauterkeitsrechts mit den ökonomischen und normativen Erfordernissen des Beschränkungsrechts und damit letztlich dem Referenzmodell einer „workable competition“. Fragt man in diesem Kontext nach dem Behufe der Wissenschaft, so geht es zunächst um eine theoretische Fundierung der dogmatischen Neuausrichtung, um dergestalt dem Veränderungsprozess Orientierung zu verleihen und damit Leitlinien für die Auslegung und Behandlung zukünftiger Konfliktfelder aufzuzeigen. Zunächst gilt es, die theoretischen Grundlagen eines „Rechts der Marktkommunikation“ zu skizzieren, um sodann die sich abzeichnenden Entwicklungen unter dieser Prämisse widerzuspiegeln. Die dabei zugrunde gelegte Perspektive ist notwendig an den Vorgaben und politischen Zielen der Gemeinschaft auszurichten.¹⁵ Das UWG erweist sich insofern lediglich als Bezugsobjekt, nicht als Orientierungsmaßstab des anstehenden Transformationsaktes.¹⁶

2. Funktionsfähiger Wettbewerb und Lauterkeitsrecht

Die Notwendigkeit einer theoretischen Verankerung des Lauterkeitsrechts ist allgemein konsentiert. Jenseits dieses Grundkonsenses gehen die Meinungen jedoch erheblich darüber auseinander, welches ökonomie-theoretische Modell für das Lauterkeitsrecht Pate stehen soll. Schönemann setzt auf das Hayek'sche Modell des Entdeckungsverfahrens Wettbewerb, um das Lauterkeitsrecht von der Überfrachtung mit sozialstaatlich geprägten Wertvorstellungen zu entrümpeln. So sympathisch dieser Ansatz ist, weil er eine innere Konsistenz in sich trägt, so beruht er doch auf einer problematischen Prämisse. Auch dem Hoppmann'schen Konzept des Entdeckungsverfahrens Rechtspre-

¹² Die theoretische Verankerung beruht auf Vorarbeiten, die Jürgen Keßler und Hans-W. Micklitz gemeinsam geleistet haben, vgl. MICKLITZ/KEßLER GRUR Int. 2002, 885; DIES. WRP 2003, 919 sowie KEßLER/MICKLITZ, Harmonisierung.

¹³ Bestätigend LETTL, Der lauterkeitsrechtliche Schutz, S. 302.

¹⁴ Dazu APOSTOLOPOULOS WRP 2004, 841, 856, der die Frage bejaht.

¹⁵ Vgl. BEATER ZEuP 2003, 11.

¹⁶ Deshalb soll der Referentenentwurf des BMJ ebenso wenig einer näheren Analyse unterzogen werden wie der Entwurf der Reformkommission, KÖHLER/BORNKAMM/HENNING-BODEWIG WRP 2002, 1317.

chung liegen mit der Freiheits- und Verantwortungsethik gesellschaftliche Werte zugrunde, die die Auslegung des Lauterkeitsrechts anleiten sollen. Fezer erteilt neoklassischen Konzepten eine deutliche Absage.¹⁷ Seine Sichtweise ist stark von Hefermehls Überlegungen getragen, der sozialrechtlichen Dimension des Lauterkeitsrechts zum Durchbruch zu verhelfen.¹⁸ Insofern dominiert bei Fezer eben jene Verknüpfung von Wettbewerbstheorie mit Sozialstaatstheorien. Auffällig ist, dass selbst diejenigen Kommentatoren, die den neoklassischen Kontext des Lauterkeitsrechts betonen, vor dem entscheidenden konzeptionellen Schritt zurückweichen, der für die Existenz eines funktionsfähigen Wettbewerbs nötig ist, nämlich der Postulierung einer allgemeinen Informationsverpflichtung.¹⁹ Hier wird ein anderer Ansatz versucht, der sich an die Theorie vom funktionsfähigen Wettbewerb anlehnt und das Lauterkeitsrecht als Recht der Marktkommunikation begreift, in dem das Informationsparadigma zum zentralen Parameter aufgewertet wird.

2.1 Funktionsfähiger Wettbewerb, Information und Binnenmarkt

Ansätze einer möglichen ökonomischen Rückbindung und Fundierung des Lauterkeitsrechts sind primär im Konzept der „workable competition“, d.h. des funktionsfähigen Wettbewerbs zu finden.²⁰ Danach hängt die Funktionsfähigkeit und Effizienz kompetitiver Marktprozesse in erster Linie von der Marktstruktur und dem Verhalten der Marktteilnehmer ab. Untersucht man die Realstruktur von Wettbewerbsprozessen, so zeigt sich alsbald, dass die Art und Weise und die Intensität, in der die Anbieter miteinander um die Verbraucher konkurrieren, in erheblichem Umfang vom Informationsaustausch zwischen den Marktteilnehmern abhängt, und dabei insbesondere im Informationsaustausch zwischen Anbietern und privaten Verbrauchern gründet. Insofern lässt sich eine Verbindungslinie zwischen dem Konzept der „workable competition“ und der neueren Informationsökonomie herstellen.²¹ Ohne Kommunikation zwischen der Angebots- und der Nachfrageseite und das hieraus folgende Wissen um die Beschaffenheit des Angebots und der Bedarfe ist Wettbewerb weder theoretisch noch praktisch vorstellbar. Insofern erweist sich das kompetitive Geschehen in seinem Kern als institutionalisierter Kommunikationsprozess, dessen Resultate sich in der realen Erscheinungsform des Marktes widerspiegeln.

Allerdings besagt die – bei Lichte besehen triviale – Erkenntnis der kommunikativen Struktur wettbewerblcher Prozesse noch wenig über die normative Ausgestaltung des marktbezogenen Informationsaustausches. Dessen prägende Vorgaben offenbaren sich erst im Lichte der teleologischen Orientierung des Wettbewerbsprozesses selbst, wie sie dem vorherrschenden – jedoch keineswegs unbestrittenen – Modell des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ zugrunde liegt. Die divergierenden Konzepte wettbewerbstheoretischer Analyse zwischen den Vertretern einer „workable competition“ und den

¹⁷ Fezer/FEZER § 1 Rn. 49.

¹⁸ Fezer/FEZER § 3 Rn. 72 dort zu Hefermehls Lehre vom Interessenschutz im Wettbewerbsrecht, wonach Kennzeichen des Wettbewerbsrechts nicht in die Verletzung eines subjektiven Rechts sei, sondern der Verstoß gegen objektive Verhaltensnormen.

¹⁹ Harte/Henning/SCHÜNEMANN § 1 Rn. 50.

²⁰ Vgl. aus der deutschen Literatur zum Wettbewerbsrecht KEßLER WRP 1990, 73; DERS., Konsumgüterwerbung, S. 6; DERS. WRP 1988, 714.

²¹ STIGLITZ 92 *The American Economic Review* (2002), 460; OEHLER ÖBA 48, 2000, 978.

Anhängern des „Freiheitskonzepts“, insbesondere den Protagonisten der „Chicago School“, konvergieren in der zentralen Funktionszuweisung, wie sie im Konzept einer – notwendig beschränkten – Konsumentensouveränität zutage tritt. So besteht denn durchweg Einigkeit, dass die Bewertung des marktbezogenen Leistungsangebots im Spiegel der Konsumententscheidung der Verbraucher zu erfolgen hat. Folgt man dieser – weitgehend unbestrittenen – Hypothese, so postuliert deren Geltung zweierlei: ein hinreichendes Wissen der Konsumenten hinsichtlich der quantitativen und qualitativen Aspekte des konkurrierenden Angebots, kurzum all dessen, was aus mikroökonomischer Sicht dem Aspekt der Markttransparenz zugeordnet ist, und die Fähigkeit der Verbraucher, soweit als möglich frei von heteronomer „Fremdsteuerung“ seitens der Anbieter zwischen den offerierten Alternativen nach Maßgabe eigener Präferenzen eine Auswahl zu treffen.²²

Versucht man die telekratischen Vorgaben der Marktverfassung empirisch zu verankern, so muss die Marktkommunikation in erheblichem Umfange den Bedürfnissen der Verbraucher gerecht werden. Dies bedingt zunächst ein ausreichendes Maß an verfügbarer Produkt- und Anbieterinformation. Darüber hinaus darf der Verbraucher nicht durch manipulative Marketingpraktiken dazu gebracht werden, aus seiner Sicht unvernünftige und wirtschaftlich dysfunktionale Entscheidungen zu treffen. Um drohende Missverständnisse zu vermeiden: Die Frage, welche Teile des Angebots den Bedürfnissen der Verbrauchsdiskonten am weitesten entsprechen, bestimmt sich ausschließlich im Spiegel der subjektiv wahrgenommenen Konsumpräferenzen der Abnehmer. Es ist folglich nicht darum zu tun, im Sinne paternalistischer Vorgaben „vernünftige“ und „unvernünftige“ Konsumententscheidungen mithilfe des Lauterkeitsrechts normativ zu differenzieren. Dies gilt notwendig auch und gerade für die Fälle „emotional“ argumentierender Werbeaussagen. Soweit die Anbieter im Rahmen des Marketing-Mix ihre Erzeugnisse – sei es zum Zwecke der sozialen Rollendifferenzierung, sei es aus anderen Gründen – mit einem psychologischen „Zusatznutzen“ versehen, ist dies ohne weiteres zulässig, solange der Unterschied zwischen objektivem Grundnutzen und emotionalem „enrichment“ aus Sicht des Werbeadressaten erkennbar bleibt.²³ Auch sachliche Informationen erreichen den Verbraucher oftmals nur in emotional aufgeladener Form. Deshalb kann und darf gefühlsbetonte Werbung nicht mit einem per-se-Verdikt der Unlauterkeit belegt werden.²⁴ Das Gemeinschaftsrecht will Werbung nicht in dem Sinne verobjektivieren, dass sie, soweit sie Informationen transportiert, den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen annimmt.²⁵ Die Grenze ist nur dort erreicht, wo Strategien der emotionalen Produktdifferenzierung und Beeinflussung gezielt zur Trübung von Markttransparenz oder zur Begründung psychologischer Zwangslagen eingesetzt werden.²⁶

Eine an den Interessen des Verbrauchers orientierte Markttransparenz ist somit eine unverzichtbare Voraussetzung dafür, dass die Konsumenten frei und unabhängig

²² Zum Autonomiekonzept Harte/Henning/GLÖCKNER Einl. B Rn. 137; vor allem DREXL, Selbstbestimmung.

²³ Siehe hierzu die Entscheidung des OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 347 – Werbung für feuchtes Toilettenpapier – Vergleich mit Stachelschwein, wo das Gericht einen humorvollen Vergleich für zulässig erklärt, solange damit keine Abwertung des konkurrierenden Angebotes verbunden ist.

²⁴ Siehe zur Bedeutung des § 4 Nr. 1 Harte/Henning/STUCKEL § 4 Nr. 1 Rn. 99 ff.; Fezer/STEINBECK § 4 Rn. 352 ff.; Baumbach/Hefermehl/KÖHLER § 4 Nr. 1 Rn. 138 ff.

²⁵ Zur Problematik, Fezer/STEINBECK § 4-1 Rn. 56.

²⁶ KEBLER WRP 2005, 264, 270.

entscheiden können und damit ihrerseits zur Stabilisierung eines funktionsfähigen Wettbewerbs beitragen. Berücksichtigt man diese Zusammenhänge, so lässt sich eine fast nahtlose Verbindung zum Konzept des europäischen Binnenmarktes herstellen und zudem erklären, weshalb den Belangen des Verbraucherschutzes auf europäische Ebene eine so signifikante Bedeutung zukommt. In diesem Sinne wird der Verbraucher als „souveräner Marktbürger“ im Interesse der Vollendung des Binnenmarktes seitens des Gemeinschaftsrechts instrumentalisiert.²⁷ Dies prägt zwangsläufig die normative Ausgestaltung der Marktkommunikation: Nur ein informierter und aufgeklärter Verbraucher, dem die erforderlichen Kommunikationsstrukturen zur Verfügung stehen, kann seine Aufgabe als Souverän des Binnenmarktes erfüllen. Gilt es doch, ihm den Zugang zu solchen Angeboten zu eröffnen, die ihren Ursprung in anderen Mitgliedstaaten finden, um auf diese Weise die Entstehung und Festigung des Binnenmarktes zu bewirken. Insofern bilden das Konzept der „workable competition“ und das Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes²⁸ die theoretischen Eckpunkte für die Formulierung des Lauterkeitsrechts als Medium der Marktgewährleistung und Marktdurchdringung. Nahezu der gesamte Bestand des europäischen Lauterkeitsrechts datiert aus der Nachbinnenmarktära. So sind die zahllosen Verordnungen und Richtlinien durchweg geprägt von der konzeptionellen Doppelspurigkeit der Vollendung des Binnenmarktes und der Aufwertung des Verbraucherschutzes. Gerade die mit für die konzeptionelle Grundlegung des Gemeinschaftsrechts zentrale Lauterkeitsrichtlinie ist als Bestätigung des Konzepts der „workable competition“ zu begreifen.²⁹

2.2 Anforderungen an die Qualität funktionaler Marktkommunikation

Im Lichte der ökonomischen Funktionsbedingungen marktbezogener Kommunikationsprozesse erscheint es wenig sinnvoll, deren Effizienz vor allem vom Umfang der zur Verfügung stehenden Informationsmenge abhängig zu machen. Die Empirie der Marktkommunikation ist mehr und mehr vom Phänomen des „information overload“ geprägt. Die wahre Herausforderung für den aufgeklärten Bürger besteht angesichts dessen in der Informationsselektion und Informationsverarbeitung. Soweit notwendig folgt die Informationspräzisierung. Diese Einschätzung trifft *cum grano salis* auch für informationsorientierte Werbemaßnahmen zu. Das Konzept der „workable competition“ hält keine Aussage darüber bereit, wie und von wem die Informationsgewährleistung zu leisten ist. Prinzipiell liegt die Informationsbeschaffungslast beim Verbraucher. Dieser Grundsatz ist jedoch seit dem Vordringen der Verbraucherpolitik vielfältig gesetzgeberisch korrigiert worden. Für die konzeptionelle Grundlegung des Lauterkeitsrechts erweist sich die Verknüpfung der „workable competition“ mit der Informationsökonomie als sehr bedeutsam. Denn diese liefert die volkswirtschaftlich-theoretische Rechtfertigung für ein Informationsmodell, das sich an den Realitäten des Verbraucherverhaltens orientiert. Nun redet die Informationsökonomie keiner Politik das Wort, die das reale (Nicht-)Verhalten des Verbrauchers am Markt zum Maß der Dinge erhebt. Umgekehrt brachte die Informationsökonomie jedoch die Erkenntnis, dass die Kommu-

²⁷ Diese Stoßrichtung ist in dem sog. Sutherland Report bereits angelegt, SUTHERLAND, *The Internal Market After 1992*; dazu EWS 1993, 279.

²⁸ KOM (1985) 310 endg., 14.6.1985.

²⁹ So dezidiert APOSTOLOPOULOS WRP 2004, 841, 854, 856.

nikationsprozesse auf dem Markt nur wirklich dem Wettbewerb dienen, wenn sie so organisiert werden, dass das erstrebte rationale Entscheidungsverhalten der Marktteilnehmer nicht nur Modell bleibt, sondern dass Voraussetzungen geschaffen werden, unter denen das Modell auch eine Chance auf Realisierung hat. Normative Postulate an das Verbraucherverhalten schaffen noch keinen funktionsfähigen Wettbewerb.

Diese Einsicht zwingt zu der Schlussfolgerung, dass die Freiheit und Unabhängigkeit des Verbrauchers angesichts ihrer materiellen Orientierung nicht nur an formalen Anforderungen festgemacht werden darf. Der Prozess funktionaler Marktkommunikation weist im Kern eine zutiefst qualitative Dimension auf. Ein Überfluss an Informationen kann aus Sicht der Konsumenten, unter dem Aspekt einer möglichen Informationsüberlastung, die gleichen – nachteiligen – Wirkungen zeitigen, wie das Verschweigen erforderlicher Informationen. Die Eignung des europäischen Lauterkeitsrechts als Möglichkeit und Chance eines effektiven Verbraucherschutzes hängt folglich im Wesentlichen davon ab, in welchem Maße wettbewerbliche Normen eine hinreichende Qualität der Marktinformationen durch die Schaffung von anbieterorientierten Anreizen gewährleisten, diejenigen Informationen bereitzustellen, denen die wesentlichen Merkmale des Angebots zu entnehmen sind. Der qualitative Informationsgehalt von Werbemaßnahmen steht somit notwendig im Mittelpunkt des Lauterkeitsrechts. Die im Rahmen des europäischen Lauterkeitskonzepts vorgenommene Verknüpfung der Marktintegration mit dem System eines funktionsfähigen und effektiven Wettbewerbs rückt notwendig die Wahlmöglichkeit und Autonomie der Entscheidungsfindung privater Verbraucher in den Vordergrund. Beide Aspekte bilden den Ausgangspunkt für die Formulierung eines schlüssigen und tragfähigen Modells einer kommunikativen Strukturierung des Lauterkeitsrechts.

Lauterkeitsrecht verstanden als Recht der Marktkommunikation folgt einer Logik, die sich aus den gemeinschaftsrechtlichen Gesetzgebungsaktivitäten herauslesen lässt. Insofern ist es möglich, den normativen Regelungsbestand im Lichte der Realstruktur marktbezogener Kommunikationsprozesse eigenständig zu systematisieren.³⁰ Die einzelnen Bausteine folgen quasi aus der Logik des funktionsfähigen und effektiven Wettbewerbs. Deutlich zutage treten die Unterschiede in dem allgemeinen Kontrollmaßstab, an dem das Gemeinschaftsrecht die Qualität der Kommunikationsbeziehungen misst. Das Verdikt unfairer Geschäftspraktiken ist nicht mit moralisch-ethisierenden Sittennormen gleichzusetzen. Wie ein roter Faden durchzieht das gesamte Sekundärrecht die Entmoralisierung des Lauterkeitsrechts und dessen Umpolung auf die Ausbalancierung eines Ausgleichs rationaler Entscheidungsparameter. In den nahezu ausnahmslos auf englisch geführten Vorarbeiten zur Lauterkeitsrichtlinie stand von vornherein fest, dass lediglich faire Marktpraktiken rechtlich Bestand haben können. Soweit ersichtlich wurde diese Zentralkategorie zu keinem Zeitpunkt konzeptionell in Frage gestellt. In der deutschen Rechtspolitik und Rechtswissenschaft wurde „fair“ mit „lauter“ gleichgesetzt, ohne denkbare konzeptionelle Unterschiede zu thematisieren, vgl. dazu noch näher. Das zweite konzeptionelle Bein des europäischen Rechts der Marktkommunikation bildet die Verknüpfung der Lauterkeit von Werbung mit mehr oder weniger ausgeprägten Informationsgeboten. Die für das Lauterkeitsrecht zentrale Irreführungsproblematik erhält im Lichte des europäischen Rechts eine ganz spezifische

³⁰ Zu dem Versuch einer Umsetzung in ein in sich geschlossenes Regelungskonzept sozusagen als systematisch geronnener „*acquis communautaire*“ vgl. MICKLITZ/KEBLER GRUR Int. 2002, 885; KEBLER/MICKLITZ, Harmonisierung.

Konnotation. Die Wertungsmaßstäbe verschieben sich tendenziell vom Irreführungsverbot zu einem in der Entwicklung begriffenen Informationsgebot. Die Vielzahl, vielleicht Unzahl gemeinschaftsrechtlicher Informationsregeln, die sich über die in den Mitgliedstaaten traditionell begründeten Grenzen von Lauterkeits- und Vertragsrecht hinwegsetzen, legen Zeugnis für die konzeptionelle Stringenz des europäischen Regulierungsmodells ab, das für die Realisierung der „workable competition“ auf Informationen aufbaut, die sich die Marktteilnehmer zu eigen machen müssen. Jenseits von Fairness und Information richtet sich das Augenmerk auf die Art und Weise, in der der Kommunikationsaustausch organisiert wird, sei es im Wege der Fern-, sei es im Wege der Direktkommunikation. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat, insoweit angestoßen durch die Informationsgesellschaft, Regulationsinitiativen ergriffen, die sich umfänglich mit den Anforderungen beschäftigten, die medienspezifisch an informationsbeladene Werbemaßnahmen zu stellen sind. Mit der Art und Weise der Kommunikation verknüpft ist die Form, in der die Kommunikation angegangen wird. Jeder Ansprache mittels Werbemaßnahmen – etwa besonders aggressive Werbemethoden – sind immanente Grenzen gesetzt, die aus der Notwendigkeit folgen, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zu bewahren. Den eigentlichen Gegenstand der Kommunikation bildet jenseits von gefühlsbetonter Imagewerbung oder bildhaft assoziativer Werbung der Preis oder die Qualität der beworbenen Waren und Dienstleistungen. Die Europäische Gemeinschaft verfügt auf den divergierenden Ebenen über einen weit ausdifferenzierten Normenbestand, der jedoch eine unterschiedliche Regelungsdichte und -tiefe aufweist. Zwar liegen den bereichsspezifischen Bestimmungen zum Teil abweichende Intentionen und Partialzwecke zugrunde, doch manifestiert sich in ihnen – cum grano salis – als gleichsam „gemeinsamer Nenner“ das hier zugrunde gelegte Verständnis lauterkeitsrechtlicher Regelungen als Teile eines umgreifenden „Rechts der Marktkommunikation“, vgl. noch näher zu den Folgen dieser Strukturierung für die Darstellung und Kommentierung des EG-Rechts.

2.3 Unerwünschter Wettbewerb – Grenzen des kommunikationstheoretischen Konzepts

Das aus der „workable competition“ abgeleitete kommunikationstheoretische Konzept eignet sich nicht zur Klärung und Erklärung sämtlicher regulatorischer Eingriffe in den Wettbewerb. Tatsächlich gibt es einzelne Markttätigkeiten, die sich nicht ohne weiteres in ein kommunikationstheoretisch fundiertes Konzept des Lauterkeitsrechts einbinden lassen. So werden bestimmte Werbemaßnahmen und Absatzstrategien einer – mitunter produktspezifischen – Regulierung unterworfen, weil sie aus politischen Erwägungen als „unerwünscht“ gelten. Dies betrifft beispielsweise die Werbung für bestimmte Produkte, wie Tabakerzeugnisse, alkoholische Getränke, Arzneimittel, oder die Verwendung bestimmter Kommunikationsmedien, wie des Rundfunks oder des Fernsehens, sowie von Absatzkonzepten, die auf bestimmte Verbrauchergruppen wie Kinder, Migranten oder ältere Menschen abzielen. Derartige Sonderregeln finden sich weniger in den zentralen Regelungen zur Gestaltung der wettbewerblichen Kommunikation als in Nebenverordnungen bzw. Richtlinien sowie in bereichsspezifischen Vermarktungs- und Werberegungen. Gerade die Europäische Gemeinschaft hat in den letzten Jahren vermehrt Richtlinien und Verordnungen verabschiedet und Empfehlun-

gen erlassen, um dergestalt „unerwünschte“ Markpraktiken einzuschränken.³¹ Manchmal finden sich Hinweise auf die Unerwünschtheit eines Wettbewerbs. So heißt es im 54. Erwägungsgrund der VO (EG) Nr. 1493/1999 über die Marktorganisation von Wein, dass die Verwendung geographischer Herkunftsangaben geschützt werden müsse, damit ein *gerechter* Wettbewerb gewährleistet ist und der Verbraucher nicht irreführt wird.

Sucht man nach einer Erklärung für die Aktivitäten des Gemeinschaftsgesetzgebers, so stößt man auf ein regelungstechnisches Paradoxon. Die innere Übereinstimmung der „workable competition“ mit dem Programm zur Vollendung des Binnenmarktes legitimiert die Entmoralisierung des Lauterkeitsrechts, d.h. dessen Befreiung von moralisch-ethisierenden Maßstäben. Die insoweit erhöhte Rationalität der Kontrolle wird nun konterkariert durch Vermarktungs- und Werbebeschränkungen, hinter denen gesellschaftspolitische Wertentscheidungen stehen, die mit der Marktkommunikation bestenfalls in einem indirekten Zusammenhang stehen. Im europäischen Kontext haben drei Bereiche besondere Aufmerksamkeit gefunden: das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse, die Möglichkeit der Beschränkung diskriminierender Werbung und der Schutz besonders sensibler Verbrauchergruppen. Die vehement geführte Auseinandersetzung um das Werbeverbot für Tabakerzeugnisse erschöpft sich nicht in der strittigen Bewertung der gesundheitlichen Risiken des Genusses von Tabakerzeugnissen. Mit dem Zurückdrängen der Raucher aus den öffentlichen Räumen verändert sich die Gesellschaft selbst. Mag die Beurteilung der gesundheitlichen Risiken noch eine rationale Komponente in sich tragen, die Bezüge zum kommunikationstheoretischen Konzept aufweist, so wird dieser Bezugsrahmen verlassen, wenn die rechtliche Auseinandersetzung in einen „Glaubenskampf“ einmündet. Ähnlich liegen die Dinge in Bezug auf Maßnahmen zum Schutz bestimmter besonders sensibler Verbrauchergruppen. Potenziell sind die insoweit betroffenen Verkehrskreise Marktteilnehmer. Sie sind mit erheblichen finanziellen Ressourcen ausgestattet, auf die sich nicht zuletzt das Interesse der werbenden Wirtschaft richtet. Insofern gehören Regelungen jedweder Natur zum Kernbestand des Rechts auf Marktkommunikation im hier verstandenen Sinne. Der gesellschaftspolitische Bereich ist dort tangiert, wo Werbebeschränkungen oder Werbeverbote bestimmte Adressaten grundsätzlich aus der Marktkommunikation ausgliedern sollen und wollen. Dies mag gesellschaftspolitisch wünschenswert sein, mit Lauterkeit im Geschäftsverkehr haben derartige Werbebeschränkungen aber nichts mehr zu tun. Vielleicht noch schärfer stellt sich der Konflikt in Bezug auf Formen diskriminierender, d.h. vor allem sexistischer Werbung dar. Wenige Bereiche der Gesellschaft dürften einem ähnlich rigiden Wandel ausgesetzt sein, wie der Einsatz von Sexuelsymbolen zu Werbezwecken. Was noch vor 30 Jahren gesellschaftlich konsentiert als Pornographie galt, gehört heute zum Normalfall der Marktkommunikation. Der Versuch, das Lauterkeitsrecht einzusetzen, um gerade die Diskriminierung von Frauen zu beseitigen, dürfte weitgehend als gescheitert anzusehen sein. Das gilt vor allem für die juristische Bestimmung der Grenzlinien. Die diversen Verfahren vor den verschiedenen gerichtlichen Foren der Mitgliedstaaten legen hierfür Zeugnis ab. Anders sieht es dagegen in Bezug auf Kontrollmaßnahmen aus, die von den Gremien der freiwilligen Werbekontrolle ergriffen werden, um die schlimmsten Auswüchse sexistischer Werbemaßnahmen aus der Werbung zu eliminieren. Überraschen kann dieser Befund nicht wirklich, weil derartige Gremien viel offener gesellschaftspolitische Bezüge in die Bewer-

³¹ Vgl. REICH/MICKLITZ, Europäisches Verbraucherrecht, §§ 6–11.

tung der Lauterkeit aufnehmen können als streng juristisch argumentierende Organe der Rechtspflege. Die Beurteilung von sexuell aufgeladener Werbung ist ein eminent gesellschaftspolitisches Thema, für das sich das Lauterkeitsrecht offensichtlich nur sehr bedingt eignet.

Angesichts der auftretenden Abgrenzungsfragen gilt es aus rechtssystematisch-methodischer Sicht deutlich zwischen „unlauteren“ und „unerwünschten“ Marketingmaßnahmen zu unterscheiden, da die jeweils in Bezug genommenen Begründungsmuster differieren. Eingriffe in den Wettbewerb, um gesellschaftspolitisch nicht erwünschte Werbung zu unterbinden, folgen einer eigenen, auch rechtlichen Logik. Deshalb nimmt es auch nicht Wunder, dass sich derartige Werbebeschränkungen regelmäßig in Sonderregeln finden, die einen je produkt-, medien- oder verwendungsspezifischen Kontext aufweisen. Nur in der Lauterkeitsrichtlinie ist diese Trennlinie erstmals durchbrochen. Denn der Schutz bestimmter besonders sensibler Verbrauchergruppen ist in die Beurteilung der Lauterkeit integriert. Die Werbewirtschaft hat vergeblich versucht, diese Passage aus den Entwürfen zu streichen, womit der puristische Ansatz der Lauterkeitsrichtlinie erhalten geblieben wäre. Letztendlich zeigt die nun verbliebene Bestimmung in aller Deutlichkeit die Grenzen eines auf Lauterkeit gegründeten Rechts der Marktkommunikation auf. Die aufgezeigten Grauzonen, in denen die Grenzen zwischen unlauterem und unerwünschtem Wettbewerb verwischen und in denen Verbraucherschutz mit dem Schutz (sonstiger) öffentlicher Belange eng und kaum entwirrbar verwoben ist, lassen sich mit Hilfe des kommunikationstheoretischen Modells nicht wirklich erhellen. Für den Kontext eines funktionalen, d.h. wettbewerbsorientierten Lauterkeitsrechts erweisen sich nur die Regelungsbereiche als relevant, in denen der Verbraucherbezug deutlich zu Tage tritt. Das heißt nun nicht, dass Maßnahmen zur Beschränkung des unerwünschten Wettbewerbs aus dem europäischen Lauterkeitsrecht ausgliedern sind. Nur ist mit aller Deutlichkeit offen zu legen, dass insoweit nicht die Beurteilung „unlauteren“ sondern „unerwünschten“ Wettbewerbs in Rede steht. Eine solche Grenzziehung erhöht die Rationalität der Entscheidungsfindung und leistet der drohenden Überfrachtung des Lauterkeitsrechts als Recht der Marktkommunikation Vorschub.

2.4 Funktionaler Wettbewerb als einheitliches Konzept für das Lauterkeits- und Kartellrecht

Lauterkeitsrecht verstanden als Recht der Marktkommunikation sprengt den Rahmen tradierten Rechtsverständnisses nur insoweit, als neben den Werbetreibenden nun auch die Verbraucher offen in den zu balancierenden Abwägungsprozess eintreten. Im nationalen Kontext ist allgemein konsentiert, dass die Anbieter als Träger subjektiver Rechte sich gegen unlautere Werbemaßnahmen von Konkurrenten schützen können. Ganz anders verhält es sich mit der rechtlichen Ausstattung der Verbraucher. Der deutsche Gesetzgeber hat im UWG 2004 noch einmal bekräftigt, dass Verbrauchern aus dem Lauterkeitsrecht keine individuellen Ansprüche zur Verteidigung ihrer Rechtsposition erwachsen können. Säcker³² und ihm folgend Keßler³³ haben überzeugend dargelegt, dass eine solche Rechtsauffassung schon angesichts der expliziten Aufnahme des

³² SÄCKER WRP 2004, 1199, 1219.

³³ WRP 2005, 264, 272.

Verbraucherschutzes in § 1 UWG nicht haltbar ist. Noch viel weniger überzeugt die Rechtsposition im Lichte des Gemeinschaftsrechts. Die offene Instrumentalisierung der Verbraucher für die Vollendung des Binnenmarktes hat die Aufwertung der Rechtsposition des Verbrauchers im Gemeinschaftsrecht gefördert. Das am Informationsparadigma ausgerichtete europäische Lauterkeitsrecht als Recht der Marktkommunikation setzt voraus, dass die Verbraucher die ihnen aktiv zugedachte Rolle auch rechtlich ausfüllen können. Das kann nur gelingen, wenn die Verbraucher als Träger subjektiver Rechte zu verstehen sind.

Das Verhältnis des Lauterkeitsrechts zum Kartellrecht gerät dort ins Visier, wo das Lauterkeitsrecht für sich reklamiert, die Institution Wettbewerb zu schützen. Hier geht es nicht mehr um individuelle Rechte, die gegeneinander auszubalancieren sind, sondern um die Ergebnisse, die der Abwägungsprozess für den Wettbewerb produziert. Als Prämisse gilt, das Kartellrecht und das Lauterkeitsrecht in ein einheitliches Wettbewerbskonzept einzubetten, weil sich nur so die Institution Wettbewerb als Ganzes schützen lässt.³⁴ Dazu ist zunächst Voraussetzung, dass das Lauterkeitsrecht seiner ethisch-moralischen Implikationen entkleidet wird. Dies gelingt konzeptionell in der Abkehr bzw. dem Umpolen des Lauterkeitsrechts auf ein wettbewerbliches Wertekonzept. Nur insoweit ist die jeweils gewählte Begrifflichkeit im gemeinschaftsrechtlichen Kontext ohne Bedeutung. Entscheidend ist negativ gesprochen, die Vermeidung von wertebeladenen und rechtskulturell besetzten Begrifflichkeiten, wie dies eben typischerweise der Begriff der guten Sitten ist und positiv die Bezugnahme auf das kompetitive Geschehen am Markt. Beides findet sich in aller Deutlichkeit in der Lauterkeitsrichtlinie. Man mag darüber streiten, ob es möglich ist, „fair“ bzw. „unfair“ mit „lauter“ bzw. „unlauter“ zu übersetzen. Deutlich ist mit dem Hinweis auf die Geschäftspraktiken jedenfalls der Bezug zu Handlungen im Wettbewerb. Damit ist gleich eine doppelte konzeptionelle Ausgrenzung verbunden: ethisch-moralische Handlungen bleiben ebenso außerhalb der Beurteilung des Lauterkeitsrechts wie Handlungen, denen der Wettbewerbsbezug fehlt.

Selbst mit dieser, gemessen am deutschen Recht erzwungenen Umpolung des Lauterkeitsrechts ist aber noch kein Gleichklang mit dem Kartellrecht hergestellt. Hierzu bedarf es eines weiteren Schrittes, den das Gemeinschaftsrecht mit großer Konsequenz gegangen ist. Das Lauterkeitsrecht muss seiner eindimensional individualrechtlichen Komponente entkleidet werden, einer Komponente, die das deutsche UWG seit seiner Entstehung begleitet. Gemeint ist der „deliktsrechtliche“ oder „sonderdeliktsrechtliche Charakter“ des Lauterkeitsrechts, der auch noch heute die Diskussion um die Funktion des Lauterkeitsrechts dominiert. Zwar findet sich auch in der deutschen Diskussion, sei es in der Rechtsprechung sei es in der Kommentierung, der Hinweis auf die institutionelle Komponente des Lauterkeitsrechts, also auf dessen wettbewerbs-sichernde Funktion. Jedoch bleibt diese Dimension des Lauterkeitsrechts in der praktischen Bedeutung bislang weitgehend außen vor. Das liegt nicht so sehr an der Uneinigkeit über die Gewährleistungsfunktion des Wettbewerbs, sondern vor allem an der fehlenden Verknüpfung des Lauterkeitsrechts mit dem Kartellrecht. Als Minimalkonsens lässt sich jenseits divergierender Wettbewerbskonzepte festhalten, dass die Entfaltung der Steuerungsfunktion des Wettbewerbs in bestimmtem Umfang staatlicher und

³⁴ Siehe hierzu die Vorarbeiten, MICKLITZ/KEBLER GRUR Int. 2002, 885; DIES. WRP 2003, 919 und jetzt KEBLER WRP 2005, 264.

normativer Gewährleistung bedarf.³⁵ Inhaltlich steht die freiheitssichernde Funktion des Kartellrechts ebenso wie die des Lauterkeitsrechts im Vordergrund.

Was in Bezug auf das Kartellrecht als selbstverständlich gelten kann, muss für das Lauterkeitsrecht erst noch entwickelt werden. Hier hat das EG-Recht Geburtshilfe für das Verständnis des Lauterkeitsrechts insgesamt geleistet. Für die Marktteilnehmer, Unternehmer wie Verbraucher, geht es um die Bestimmung der normativen Voraussetzungen am Wettbewerb. Nimmt man diese Maxime ernst, ergeben sich Veränderungen nicht nur für die Verbraucher, denen mit Hilfe des Rechts eine gleichberechtigte Wettbewerbsteilhabe zu garantieren ist. Sicher hat das EG-Recht gerade insoweit das Verständnis des Lauterkeitsrechts verändert und geprägt. Die noch vor dreißig Jahren virulent geführte Diskussion um das Verhältnis von Leistungsprozess und Austauschprozess ist – jedenfalls rhetorisch – weitgehend obsolet geworden.³⁶ Dagegen fehlt es an der praktischen Umsetzung und Durchsetzung des Verbraucherschutzgedankens gerade auch in Bezug auf die freiheitssichernde Funktion des Lauterkeitsrechts. Unmittelbar Ausfluss des nach wie vor defizitären deutschen Rechts ist die Vernachlässigung des Informationsparadigmas, das nicht nur eine individualrechtliche Schutzkomponente in sich trägt, sondern dem eine freiheitssichernde institutionelle Komponente zukommt.³⁷ Spiegelbildlich zeigen sich die identischen Phänomene auf der Seite der Unternehmer. Eine Reduktion des Lauterkeitsrechts auf den Schutz vor Konkurrenten wird der Konzeption des Lauterkeitsrechts als eines Rechts auf Marktkommunikation, das den Wettbewerb sichert, nicht gerecht. So ist der Unternehmer im Binnenmarkt in weitaus stärkerem Maße der Kritik seitens potenzieller Konkurrenten ausgesetzt. Das Gemeinschaftsrecht hat mit der – in Deutschland nur zögerlich praktizierten – vergleichenden Werbung wesentliche Akzente gesetzt, um den kompetitiven Charakter des Lauterkeitsrechts zu stärken. Genau das ist mit freiheitssichernder Funktion des Lauterkeitsrechts gemeint. Das berühmte Bonmot, das Wettbewerbsrecht solle verhindern, dass die Unternehmer untereinander zu „nice“ seien, das Lauterkeitsrecht, dass sie zu „aggressive“ miteinander umgehen, bedarf der Korrektur.

2.5 Lauterkeitsrecht und gewerblicher Rechtsschutz, insbesondere Markenrecht

Das europäische Lauterkeitsrecht ist nach wie vor eng mit dem internationalen Lauterkeitsrecht verzahnt. Insofern verwundert es nicht, dass Rechtsfragen des Lauterkeitsrechts in das Immaterialgüterrecht hineinverlagert wurden.³⁸ Besonders markant sind die Überlappungen des Lauterkeitsrechts zum gewerblichen Rechtsschutz auf dem Gebiet des Markenrechts. Sie zeigen sich in einer Vielzahl von Abgrenzungsproblemen, die aus den divergierenden Interessen des Markeninhabers, des Markenbenutzers und

³⁵ KEBLER WRP 2005, 264, 267.

³⁶ Kritisch EPPE WRP 2004, 153, der den Leistungswettbewerb generell eliminieren will, weil er sich historisch als untaugliches Kriterium erwiesen hat; vgl. auch Harte/Henning/SCHÜNEMANN § 3 Rn. 136. Anders das Bundesverfassungsgericht, das in seiner Rechtsprechung zu § 1 UWG Bezug auf den Leistungswettbewerb nimmt. Ohne Nachweis einer konkreten Gefährdung des Leistungswettbewerbs sei ein Werbeverbot nicht zu legitimieren, BVerfGE WRP 2003, 636, ebenso bereits BVerfGE NJW 2002, 1187, 1188; SÄCKER WRP 2004, 1199, 1201

³⁷ So auch Fezer/FEZER Einl. E Rn. 97–98, sowie 104 ff.

³⁸ KUR GRUR Int. 1998, 771, 773, DIES., in: Schrickler/Henning-Bodewig, Neuordnung Wettbewerbsrecht, S. 16.

nicht zuletzt des Verbrauchers herrühren. Das Konzept der „workable competition“ bietet gerade in seiner tiefen Verschränkung mit dem Programm zur Vollendung des Binnenmarktes einen Erklärungsansatz, um das Markenrecht, zumindest in Bezug auf die lauterkeitsrechtlich besonders relevante Thematik der Irreführungsgefahr – markenrechtlich gesprochen der Verwechslungsgefahr – als integralen Bestandteil eines europäischen Rechts auf Kommunikation zu begreifen.³⁹ Als paradigmatisch können folgende Konstellationen gelten: (1) Nach Art. 5 Abs. 5 der Markenrichtlinie bleiben die in den Mitgliedstaaten geltenden Bestimmungen über den Schutz gegenüber der Verwendung eines Zeichens zu anderen Zwecken als der Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen unberührt, wenn die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt; (2) Art. 3 Abs. 4 lit a, 5 Abs. 2 gestattet den Mitgliedstaaten unter denselben Voraussetzungen die Gewährung eines Schutzes bekannter Marken außerhalb des Warenähnlichkeitsbereichs – vom EuGH anerkannt in *Davidoff*; (3) noch weiter geht Art. 9 Abs. 1 lit c) der Gemeinschaftsmarkenverordnung, welcher dem Inhaber einer bekannten Gemeinschaftsmarke Schutz außerhalb des Warenähnlichkeitsrechts gewährt, wenn die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Gemeinschaftsmarke ohne rechtfertigenden Grund *in unlauterer Weise* ausnutzt oder beeinträchtigt, vgl. Art. 4 Abs. 3.

Mit einiger Verzögerung ist auch im europäischen Markenrecht die Bedeutung des Informationsparadigmas zutage getreten. Nicht enden wollende Konflikte um den Parallelimport markenrechtlicher geschützter Produkte, um den Wettbewerb zwischen Marken- und mehr oder weniger qualitativ identischen No-Name- oder Low-Name-Produkten gerade auch unter Einsatz vergleichender Werbung belegen die Bandbreite des Spannungsfelds zwischen Kartellrecht, Markenrecht, Freiem Waren- sowie Dienstleistungsverkehr, Lauterkeitsrecht und dem Verbraucherschutz. Funktionsfähiger Wettbewerb verlangt die Ermöglichung der Kommunikation über den Inhalt und die Reichweite der Marke unter Einschluss der Verbraucher als Marktteilnehmer. Das setzt auf dem Markt verfügbare Informationen über die Marke selbst und die gegebenenfalls mit ihr konkurrierenden No-Name- und Low-Name-Produkte voraus. Dabei divergieren die Informationsinteressen erheblich. Der Markeninhaber hat ein Interesse an weitgehender Offenlegung aller relevanten Informationsparameter einschließlich qualitativer Aussagen über die Herkunft der Produkte. Das gilt umso mehr, wenn der Markeninhaber sich einem direkten Vergleich ausgesetzt sieht. Der Konkurrent, der das Markenprodukt mit seinen No-Name- oder Low-Name-Produkten attackiert, will zwar die Vergleichbarkeit herausstreichen, aber nicht durch „diskriminierende“ Informationen über den „geringeren“ qualitativen Standard seiner Produkte behindert werden. Will er gar die Marke nutzen, um eigene gar nicht konkurrierende Produkte zu fördern, ist es ihm um die Verheimlichung zu tun. Die Verbraucherinteressen laufen in Bezug auf die mit der Verwechslung verbundenen Risiken weitgehend mit denen der Markeninhaber parallel. Eine informierte Entscheidung setzt voraus, dass der Verbraucher das Markenprodukt eindeutig identifizieren kann und vor der Verwechslungsgefahr durch umfassende Informationen geschützt wird. Probleme stellen sich jedoch in Bezug auf die Empirie des Marktes. Die Erkenntnismöglichkeiten sind an das zugrunde liegende Leitbild gebunden. Noch stärker konfliktieren die Interessen in Bezug auf den Inhalt und die Reichweite der vergleichenden Werbung. Das Interesse des Markeninhabers ist darauf

³⁹ Grundsätzlich Harte/Henning/AHRENS Einl. F Rn. 185 ff.; GK/SCHÜNEMANN Einl. Rn. E 28 ff.

gerichtet, den Schutz seiner Marke auszudehnen, um so einen möglichen Vergleich zu verhindern. Dem Verbraucher wiederum ist an einem Vergleich von Marken mit No-Name- und Low-Name-Produkten gelegen. Doch kann er das nur, wenn er alle Informationen in Händen hält, die einen Preis- und Qualitätsvergleich ermöglichen, was zwar im Interesse des Markeninhabers sein, aber einen marktschließenden Effekt zu Lasten der Konkurrenten produzieren kann. Der Gemeinschaft ist es erst 1997 nach jahrzehntelanger Auseinandersetzung gelungen, die vergleichende Werbung gerade auch in Bezug auf die Nutzung der Marke zu liberalisieren. Das im Vordringen begriffene Informationsparadigma hat in der Sache zu einem Ausbau des Verbraucherschutzes zu Lasten des Markeninhabers geführt.

2.6 Konsequenzen des Wandels für die Systematisierung des sekundärrechtlich fundierten europäischen Lauterkeitsrechts.

Aus dem Verständnis des europäischen Lauterkeitsrechts als eines Rechts der Marktkommunikation ergeben sich für dessen Darstellung, aber auch für den die Darstellung anleitenden Analyserahmen bedeutsame Schlussfolgerung. Das europäische Lauterkeitsrecht ruht auf zwei Säulen, den Begriff der „unlauteren/unfairen Geschäftspraktiken“ und dem Irreführungsverbot bzw. Informationsgebot. Das Spannungsfeld gerade zum deutschen Recht folgt in Bezug auf den Begriff der Lauterkeit aus der Entmoralisierung, in Bezug auf die Irreführung aus der Stärkung der Verbraucherinformation. Hierher gehört auch die Sonderproblematik des Markenschutzes. Die Regeln, nach denen lautere Marktkommunikation abzulaufen hat, lassen sich unterteilen in die Art und Weise der Marktkommunikation: Direktkommunikation (Haustürgeschäfte, Schneeballsysteme, Pyramidengeschäfte, Multi-Level-Marketing) und Distanzkommunikation (Fernabsatz, Telefonmarketing, E-Commerce, Teleshopping); den Gegenstand Preis (verkaufsfördernde Maßnahmen, Sonderverkaufsveranstaltungen, Rabatte, Zugaben, Gewinnspiele, Verkauf unter Einstandspreis) und Qualitätsanforderungen. Davon zu trennen sind der Schutz der Allgemeinheit und der Verbraucherschutz vor gesellschaftlich unerwünschter Werbung (Tabakwerbung, Alkoholwerbung, Lebensmittel- und Arzneimittelwerbung, Werbung mit und für Kinder, diskriminierende Werbung).

Dabei erweist sich die systematische Unterteilung keineswegs als „alter Wein in neuen Schläuchen“; vielmehr kommt der Zuordnung einzelner Marktkommunikationsformen eine für die Entwicklung und Ausgestaltung des Lauterkeitsrechts nicht zu unterschätzende materielle Qualität zu. Ungemein hilfreich sind schon die Möglichkeiten, den überbordenden Regelungsbestand des Gemeinschaftsrechts anhand der hier vorgenommenen Unterteilung zu systematisieren. Gleichzeitig verbindet sich mit der von der überkommenen Kategorienbildung abweichenden Systematisierung aber auch eine neue Bewertung einzelner Marktkommunikationsmaßnahmen, die so weit wie möglich den Funktionsbedingungen der jeweiligen Fallgruppen Rechnung trägt. Lauterkeitsrecht als Recht der Marktkommunikation eröffnet eine neue Sichtweise von Randbereichen unlauterer Werbung, die in den Bereich des Verstoßes gegen die guten Sitten hineinragen, erlaubt die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des Informationsparadigmas in den Begriff der Irreführung zu integrieren; gestattet eine Neubewertung besonders umstrittener Formen der werblichen Kontaktaufnahme im Wege unerbetener Telefon-

anrufe⁴⁰ bzw. des Einsatzes von verkaufsfördernden Maßnahmen. In jeder dieser Untergruppen, lautere Werbung, irreführende Werbung, Distanz- und Direktkommunikation, Preiswerbung und Qualitätswerbung unter Einschluss verkaufsfördernder Maßnahmen werden die heterogenen gemeinschaftsrechtlichen Regeln geschlossen erörtert. Dasselbe gilt für die Fallgruppe der unerwünschten Werbung (Tabak-, Alkohol-, Lebensmittel-, Arzneimittel-, Gesundheits- und Umweltwerbung) sowie für personenbezogene Regeln zum Schutze Minderjähriger und zum Schutz vor Rassen- und Geschlechterdiskriminierung.

3. Normenbestand und Gegenstand des europäischen Sekundärrechts

Das europäische Lauterkeitsrecht setzt sich aus einer Vielzahl heterogener Regelungen zusammen, die sich je nach Bezugspunkt unterschiedlich ordnen lassen. Keine der neueren Arbeiten zur Kommentierung des UWG, die sich durchgängig mit dem Gemeinschaftsrecht befassen, versucht den „acquis“ des europäischen Lauterkeitsrechts zu entwickeln. Die bisherigen Darstellungen rücken die beiden Richtlinien 84/450/EWG irreführende Werbung und 97/55/EG vergleichende Werbung in den Vordergrund und verarbeiten auch in Ansätzen die zum Zeitpunkt der Drucklegung dieser Werke noch nicht verabschiedete Lauterkeitsrichtlinie. Durchweg folgen sie einem einheitlichen Muster. Deutsches und europäisches Lauterkeitsrecht werden als zwei getrennte Materien behandelt, die jedoch ineinander verschränkt sind, was in einer selektiven Vertiefung im jeweiligen deutschrechtlichen Kontext zum Ausdruck kommt. Das macht das Auffinden der relevanten europarechtlichen Fragen nicht immer einfach.⁴¹

Die für das Verständnis des europäischen Lauterkeitsrechts so eminent wichtigen „Randbereiche“ des Verbraucher- bzw. Telekommunikations- und des Verwaltungsrechts werden in unterschiedlichem Umfang behandelt. Harte/Henning integrieren die einschlägigen Richtlinien in zwei separate Kapitel G. Medienspezifische und Produktspezifische Besonderheiten. Der breite Strom wettbewerblicher Regeln jenseits der das UWG unmittelbar betreffenden Richtlinien ist im Fezer in das nahezu 1000 Seiten umfassende Kapitel – „Wettbewerbliche Spezialthemen“ – integriert, u.a. Umweltwerbung, Lebensmittel- und Heilmittelwerbung, Werbung in Film und Fernsehen, Selektiver Vertrieb und Vertikale Gruppenfreistellungsverordnungen, Geographische Herkunftsangaben, Domainrecht, Wettbewerbsrecht im Internet, Informationspflichten im Internet. Dort werden die jeweils einschlägigen Richtlinien separat vorgestellt. Beaters Monographie ist stark auf eine lehrbuchartige Darstellung ausgerichtet, d.h. Beater ist bemüht, dem Leser den Stand der Diskussion zu vermitteln. Das umschließt auch die unterschiedlichen Vorstellungen über die Wettbewerbsmodelle, die das UWG anleiten. Dem europäischen Wettbewerbsrecht widmet er insgesamt drei Kapitel, eines befasst sich mit dem Sekundärrecht, jedoch nur cursorisch. Dabei geht er von der problematischen Prämisse aus, dass das Sekundärrecht „prinzipiell denselben Fragestellung und Maßstäben wie die nationalen Rechte“ folgt.⁴²

⁴⁰ Vgl. REICH/MICKLITZ, Europäisches Verbraucherrecht, § 7 mit Nachw.

⁴¹ So findet sich der Inhalt der Lauterkeitsrichtlinie im Fezer/STEINBECK bei § 4-1 Rn. 42 ff. wieder.

⁴² BEATER, Unlauterer Wettbewerb, § 8 Rn. 18.

Die theoretische Verankerung des europäischen Lauterkeitsrechts im Recht der Marktkommunikation macht es möglich und notwendig, die Leitlinien dieses Rechtsgebietes herauszuarbeiten. Darin liegt die große Herausforderung unserer Zeit. Nur mit einem solchen Schritt lässt sich das disperse Recht der Marktkommunikation auf einheitliche Entscheidungsparameter zurückführen.

Literatur

- APOSTOLOPOULOS: Neuere Entwicklungen im europäischen Lauterkeitsrecht: Problematische Aspekte und Vorschläge. WRP 2004, 841
- BAUMBACH/HEFERMEHL: Wettbewerbsrecht, 23. Auflage, 2004 (zitiert Baumbach/Hefermehl/BEARBEITER)
- BEATER: Europäisches Recht gegen unlauteren Wettbewerb – Ansatzpunkte, Grundlagen, Entwicklung, Erforderlichkeit. ZEuP 2003, 11
- DERS.: Unlauterer Wettbewerb. 2002
- DREXL: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Habilitation, 1998
- EPPE: Der lauterkeitsrechtliche Tatbestand des übertriebenen Anlockens im Wandel – am Beispiel der Wertreklame. WRP 2004, 153
- FEZER: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 2005 (zitiert: Fezer/BEARBEITER); DERS.: Imagewerbung mit gesellschaftskritischen Themen im Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit. NJW 2001, 580
- DERS.: Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage der Europäisierung des Wettbewerbsrechts. WRP 2001, 989
- HARTE-BAVENDAMM/HENNING-BODEWIG: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 2004 (zitiert als Harte/Henning/Bearbeiter)
- HENNING-BODEWIG/SCHRICKER: Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union. WRP 2001, 1367
- JOERGES: The Market without a State? States without Markets? Two Essays on the Law of the European Economy. EUI Working Paper Law 1/96, (<http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019> and -020.htm). Revised version of “States without a Market. Comments on the German Constitutional Court’s Maastricht-Judgment and a Plea for Interdisciplinary Discourses.” NISER Working-Paper, 1996
- KEBLER: UWG und Verbraucherschutz – Wege und Umwege zum Recht der Marktkommunikation. WRP 2005, 264
- DERS.: Wettbewerbstheoretische Aspekte des Irreführungsverbots. WRP 1990, 73
- DERS.: Das ökologische Argument in der Konsumgüterwerbung. 1988
- DERS.: Die umweltbezogenen Aussagen in der Produktwerbung – dogmatische und wettbewerbstheoretische Aspekte des Irreführungsverbots. WRP 1988, 714
- DERS.: Marktordnung, Wettbewerb und Meinungsfreiheit – wettbewerbstheoretische und verfassungsrechtliche Aspekte des § 6e UWG. WRP 1987, 75
- KEBLER/MICKLITZ: Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und die Reform des UWG. 2003
- KÖHLER/BORNKAMM/HENNING-BODEWIG: Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform. WRP 2002, 1317
- KUR: Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts durch Angleichungsmaßnahmen in angrenzenden Bereichen. In: Schricker/Henning-Bodewig, (Hrsg.): Neuordnung des Wettbewerbsrechts. 1998/99, 116
- DIES.: Ansätze zur Harmonisierung des Lauterkeitsrechts im Bereich des Leistungsschutzes. GRUR Int. 1998, 771
- LETTL: Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa. 2004
- MICKLITZ/KEBLER: Funktionswandel des UWG. WRP 2003, 919
- DIES.: Europäisches Lauterkeitsrecht – Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltens im europäischen Binnenmarkt. GRUR Int. 2002, 885

- NIEMÖLLER: Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, Verhandlungs- und Vertragsparität als Regelungsgehalt des § 3 UWG. 1999
- OEHLER: Behavioural Finance. Theoretische, empirische und experimentelle Befunde unter Marktrelevanz. ÖBA 48, 2000, 978
- RADEIDEH: Fair Trading in EC Law, Information and Consumer Choice in the Internal Market. 2005
- REICH/MICKLITZ: Europäisches Verbraucherrecht. 4. Auflage 2003
- SÄCKER: Das UWG zwischen den Mühlsteinen europäischer Harmonisierung und grundrechtsgebotener Liberalisierung. WRP 2004, 1199
- SCHIRMBACHER: Fall 8: Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH. In: Micklitz (Hrsg.): Europarecht – Case by Case. Fallbuch UTB, 2004, S. 186
- STIGLITZ: Information and the Change in the Paradigm in Economics. 92 *The American Economic Review* 460, 2002
- SUTHERLAND: The Internal Market After 1992, Meeting the Challenge. (The Sutherland Report), Dok. Sek (92) 2277
- ULMER: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. 1965