

A.I Prolegomena

Initial ist eine begriffliche Klärung notwendig. 'Wettbewerb' und das dazugehörige Recht bezeichnen die notwendigen Legitimationsgrundlagen wirtschaftlichen Handelns (vorliegend interessiert hierbei der Rahmen eines effizienten EU-Binnenmarktes - konkreter ist Wettbewerb als ein wirtschaftsrechtliches Ordnungsprinzip, mithin als ein Element der Ordnungspolitik der EU anzusehen).¹ Durch dieses Ordnungsprinzip wird wirtschaftlich kompetitives Verhalten innerhalb der Mitgliedstaaten wie auch zwischen den Binnenmarktakteuren im Allgemeinen reguliert, um (über die notwendige Kooperation)² die Funktionalität des Marktes als solchem gewährleisten zu können.³ Diese Prämisse hat der EU, bereits den Europäischen Gemeinschaften, immer am Herzen gelegen. Sie ist die Basis für ihre ökonomische Entwicklung, sofern ihre einschlägigen Rechtsgrundlagen jedwede legitime Betätigung innerhalb der unionalen Wirtschaftsordnung wie auch auf der privatwirtschaftlichen Ebene, innerhalb der Mitgliedstaaten, zu begünstigen und zu verstetigen suchen.⁴

Das kontemporäre EU-Primärrecht hat, hinsichtlich des Wettbewerbsrechts, insbes. die Art. 101 ff. AEUV aufzuweisen, welche sowohl das Kartellverbot ausdrücklich normieren (Art. 101 Abs. 1 AEUV) als auch dezidierte Ausnahmen dieses Verbotes zulassen (Art. 101 Abs. 3 AEUV). Ferner wird im EU-

¹ Vgl. *Seidel, Martin*, Grundsatzfragen der Konvergenz in einer erweiterten EU: Rechtsgrundlagen für einen Wettbewerb der Systeme, in: Rolf Hasse / Karl-Ernst Schenk / Andreas Graf Wass von Czege (Hg.), *Europa zwischen Wettbewerb und Harmonisierung* (Schriftenreihe des Europa-Kollegs Hamburg zur Integrationsforschung, hg. von Peter Behrens / Thomas Bruha / Harald Jürgensen / Gert Nicolaysen / Karl-Ernst Schenk / Thomas Straubhaar, Bd. 37), 1. Aufl. Baden-Baden 2002, S. 11 ff. (11). Zur Ordnungspolitik hervorragend *Zapka, Klaus*, *Soziale Marktwirtschaft in der Europäischen Union. Rückkehr zum Laissez-faire-Prinzip*, Wiesbaden 2019, insbes. S. 158 ff.

² Vgl. zum Topos insbes. *Terhechte, Jörg Philipp*, Das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht zwischen Kooperation und Konvergenz, in: *ZaöRV* 68 (2008), S. 689 ff. (698 ff.).

³ Vgl. *Seidel*, in: Hasse / Schenk / Graf Wass von Czege (Hg.), a.a.O. [Fn. 1], S. 11.

⁴ Vgl. *ibid.*

Primärrecht auch die missbräuchliche Verwendung jedweder marktbeherrschenden Stellung streng geahndet (Art. 102 AEUV).

Das Wettbewerbsrecht der heutigen EU hat sich, was das Kartellrecht betrifft, in den letzten Dekaden mithin kontinuierlich und stringent weiterentwickelt. Es ist eine wichtige Stütze für den Binnenmarkt und dessen effizientes Funktionieren. Dies wird in der Folge der Arbeit (Teil B) nähere Behandlung erfahren.

Demgegenüber hat jedoch eine andere zentrale Komponente des Wettbewerbsrechts im Allgemeinen, namentlich das Lauterkeitsrecht (auch Synonym für das Unlauterkeits-, Marktverhaltens- oder Individualwettbewerbsrecht), bis dato auf EU-primärrechtlicher Ebene keinen Niederschlag erfahren. Dies ungeachtet des Umstandes, dass Kartell- und Lauterkeitsrecht im Allgemeinen gewichtige Schnittmengen aufweisen.⁵

⁵ Vgl. etwa bereits - im deutschen Kontext - *Scherer, Inge*, Wechselwirkungen zwischen Kartellrecht und UWG. In: WRP 1996, S. 174 ff.

A.II Lauterkeitsrecht und die EU⁶

1. Allgemeine Bezugnahmen

Das Recht gegen unlauteren Wettbewerb fand seinen völkerrechtlichen Ursprung in der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums von 1883,⁷ konkreter in deren Art. 10bis, welcher 1900 infolge der Konferenz von Washington eingefügt und im Jahre 1925 in Den Haag revidiert worden ist.⁸ Die Mitglieder der Pariser Union verpflichteten sich demgemäß dazu, den Bürgern der übrigen Mitgliedsstaaten einen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb einzuräumen.⁹ Zu solchem zählten namentlich die Akte, welche ehrlichen Geschäftspraktiken in industriellen oder kommerziellen Angelegenheiten gegenüberstanden („*Les actes contraires aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale*“).¹⁰

Das Pariser Unionsübereinkommen enthielt auch eine (bereits damals nicht abschließende) Liste von Handlungen unlauteren Wettbewerbs, zu welchen etwa

⁶ Vgl. im Folgenden *Stuyck, Jules*, Briefing Paper on Addressing unfair commercial practices in business-to-business relations in the internal market IP/A/IMCO/NT/2010-18 May 2011, S. 8 (der selbige Text ist daneben auch einsehbar unter der Adresse <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201108/20110825ATT25282/20110825ATT25282EN.pdf>).

⁷ Einsehbar unter <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/>. Siehe hierzu bereits auch *Götting, Horst-Peter*, Gewerblicher Rechtsschutz: Patent-, Gebrauchsmuster-, Design- und Markenrecht; ein Studienbuch (Begr. von Heinrich Hubmann), 10., neu bearb. Aufl. München 2014, S. 40 f.; *Engels, Rainer*, Patent-, Marken- und Urheberrecht: Leitfaden für Ausbildung und Praxis (begr. von Volker Ilzhöfer. Fortgef. von Rainer Engels), 8. Aufl. München 2010, S. 26 ff.; *Klunker, Nina*, Harmonisierungsbestrebungen im materiellen Patentrecht: Bestandsaufnahme und Entwicklung auf der Ebene der WIPO und der trilateralen Verträge, Köln 2010, S. 12 f.; *Bodenhausen, Georg H. C.*, Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, Köln etc. 1968 (*passim*); *Becher, Karl*, Die Bedeutung der Pariser Verbandsübereinkunft für das Patentwesen, (Ost-)Berlin 1967 (*passim*).

⁸ Vgl. *Stuyck*, a.a.O. [Fn. 6], S. 8.

⁹ Vgl. *ibid.*

¹⁰ Vgl. *ibid.*

eine Diskreditierung der jeweiligen Wettbewerber genauso zählte wie auch irreführende (Werbe-)Hinweise.¹¹

Tatsächlich war Deutschland der erste Staat, welcher infolge dieses Übereinkommens eigene Rechtsvorschriften zur einschlägigen Umsetzung verabschiedete:¹² Ein für den hiesigen Arbeitsrahmen relevantes Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb wurde 1896 verabschiedet und dann bereits recht zügig, konkret 1909 durch ein noch wirksameres UWG ersetzt (und dann erst 2004 umfassend sowie auch in der Folgezeit überschaubar revidiert).¹³ Das UWG war seinerseits Vorbild für mehrere andere Staaten: Deutschlands Beispiel wurde namentlich in Österreich, Belgien, Griechenland, Spanien, Luxemburg und Polen adoptiert.¹⁴

¹¹ Vgl. *ibid.*

¹² Vgl. *ibid.*; zur entsprechenden Entwicklung vgl. *von Stechow, Henning*, Das Gesetz zur Entstehung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896. Entstehungsgeschichte und Wirkung (=Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 96), Berlin 2002, S. 1 ff.

¹³ Vgl. *ibid.*; auch *Beater, Axel*, Nachahmen im Wettbewerb: eine rechtsvergleichende Untersuchung zu § 1 UWG (=Jus privatum, Bd. 10), Tübingen 1995, insbes. S. 42 ff.

¹⁴ Vgl. *Stuyck*, a.a.O. [Fn. 6], S. 8, m.w.N.

2. Rechtlicher *status quo* auf EU-Ebene

a) Basisgedanken

Nach Schaffung der Gemeinschaften gab es recht zügig, bereits in den 1960er Jahren, erste Diskussionen zwischen den Mitgliedstaaten, ob zwecks Begünstigung des grenzüberschreitenden Handels nicht auch die Lauterkeitsbestimmungen eine Angleichung erfahren sollten - die einschlägigen Rechtsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten erwiesen sich bereits initial als schwierige Hürde.¹⁵ Man kam jedoch langfristig überein, eine solche Angleichung¹⁶ in die Wege zu leiten, namentlich bzgl. der irreführenden und vergleichenden Werbung.¹⁷ Parallel hierzu entwickelten sich jedoch auch immer stärkere Bezugnahmen zum Verbraucherschutz,¹⁸ infolge der *Kennedy*-Rechte, die in den frühen 1960er Jahren entwickelt wurden.¹⁹

So kam es, nach einiger Verzögerung freilich, zur Verabschiedung der RL 84/450/EWG gegen irreführende Werbung,²⁰ auf Basis von Art. 100 EGV,²¹ da die Maßnahme als wettbewerbskonsolidierend zugunsten des Binnenmarktes angesehen wurde.²² Art. 1 dieses Rechtsaktes schützte expliziter Verbraucher- und Mitbewerberrechte.²³ Nach dem einschlägigen Weißbuch der Kommission

¹⁵ Vgl. *Hucke, Anja*, Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa (= Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, hg. v. Jürgen Schwarze, Bd. 243), Baden-Baden 2001, S. 40.

¹⁶ Vgl. hier allgemein bereits *Götz, Volkmar*, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien - Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat, in: NJW 1992, S. 1849 ff.

¹⁷ Vgl. *Schricker, Gerhard*, Die Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt, in WRP 1977, S. 1 ff. (1); *Hucke*, a.a.O. [Fn. 15], S. 40-41.

¹⁸ Vgl. *Hucke*, a.a.O. [Fn. 15], S. 41.

¹⁹ Vgl. *Hucke*, a.a.O. [Fn. 15], S. 42.

²⁰ Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung; ABl. L 250 vom 19. September 1984, S. 17.

²¹ (Später 94 EGV/heute 114 AEUV).

²² Vgl. *Hucke*, a.a.O. [Fn. 15], S. 43.

²³ Vgl. *ibid.*

aus dem Jahre 1985²⁴ hielt dann allerdings nur noch eine punktuelle Rechtsangleichung zur Vollendung des Binnenmarktes Einzug.²⁵ Konkreter folgte die RL 97/55/EG²⁶ bzgl. irreführender und vergleichender Werbung;²⁷ parallel blieb auch der Verbraucherschutz im Fokus des europäischen Gesetzgebers, vermöge der RL 98/27/EG²⁸.

Der *status quo* verzeichnet auf der EU-sekundärrechtlichen Ebene die vereinzelt Harmonisierungsansätze namentlich der RL 2005/29 über unlautere Geschäftspraktiken (=UGP-RL)²⁹ und der RL 2006/114 über vergleichende und irreführende Werbung³⁰. Die Lösung ist aber eine fragmentarische: Nur das Verhältnis zwischen Unternehmen und Verbrauchern („B2C“) wird hierbei berücksichtigt, insbes. potentielle Streitsachen zwischen Mitbewerbern („B2B“) sind nur im Kontext vergleichender und irreführender Werbung umfasst.

²⁴ "Vollendung des Binnenmarktes", KOM85/0310 endg.

²⁵ Vgl. *Hucke*, a.a.O. [Fn. 15], S. 44-45. Zur einschlägigen Stagnation um die Jahrtausendwende vgl. insbes. auch *Scherer, Inge*, „Cold Calling“ in der europäischen Rechtsvereinheitlichung. In: WRP 2001, S. 1255 ff.

²⁶ Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung; ABl. L 290 vom 23. Oktober 1997, S. 19.

²⁷ Vgl. etwa *Gloy, Wolfgang / Loschelder, Michael*, Eingabe zur Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG über vergleichende Werbung, in: GRUR 1999, S. 136 ff.; *Funke, Rainer*, Lieber Angleichen als Zersplittern – Zum Richtlinienvorschlag über vergleichende Werbung, in: WM 1997, S. 1472 ff.; zum Topos, namentlich im englischen und deutschen Rechtskontext, vgl. *Ohly, Ansgar / Spence, Michael*, *The Law of Comparative Advertising - Directive 97/55/EC in the United Kingdom and Germany*, Oxford 2000 (*passim*).

²⁸ Vgl. *Hucke*, a.a.O. [Fn. 15], S. 43.

²⁹ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken); ABl. L 149 vom 11. Juni 2005, S. 22.

³⁰ Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung; ABl. L 376 vom 27. Dezember 2006, S. 21.

Wenngleich das Lauterkeitsrecht ursprünglich eher auf den Mitbewerberschutz fixiert war, hat sich im Laufe der Zeit eine Verschiebung der Gleichgewichte zugunsten des Verbraucherschutzes eingestellt;³¹ auf EU-Ebene hat gerade die UGP-RL und deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten dieses verstärkt.³² Abgesehen vom umfassend harmonisierten Sonderfall der vergleichenden Werbung wird eine Lauterkeit geschäftlicher Handlungen von Unternehmern gegenüber Verbrauchern nur danach beurteilt, ob diese Handlungen Verbraucherinteressen beeinträchtigen, und zugleich wird durch den Grundsatz der Vollharmonisierung der praktisch notwendige Spielraum der einzelnen Mitgliedstaaten eingeschränkt, den Mitbewerberschutz in diesen Fällen autonom zu regeln.³³ Als entsprechend einseitig sind auch normative Ansätze des EU-Gesetzgebers hinsichtlich alternativer Streitbeilegung lediglich im B2C-Kontext³⁴ zu kategorisieren, welche die hiesige Arbeit daher nicht beschäftigen werden.

³¹ Vgl. *Ohly, Ansgar*, Die Haftung von Internet-Dienstleistern für die Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten, in: GRUR 2017, S. 441 ff.; *denselben*, Die lauterkeitsrechtliche Haftung für Hyperlinks, in: NJW 2016, S. 1417 ff.; *denselben*, Der Schutz unternehmerischer Interessen im Lauterkeitsrecht, in: IHK München (Hg.), Der Schutz unternehmerischer Interessen im Lauterkeitsrecht. Empfehlungen an den Gesetzgeber und die Politik, München 2015, S. 10 ff.; *Scherer, Inge*, "Unternehmerisches Risiko" im Lauterkeitsrecht. In: Christian Alexander / Joachim Bornkamm / Benedikt Buchner / Jörg Fritzsche / Tobias Lettl (Hg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 577 ff.; *Ebers, Martin*, The notion of "consumer" and "business", in: Hans Schulte-Nölke / Christian Twigg-Flesner / Martin Ebers (Hg.), EC Consumer Law Compendium, The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States, München 2008, S. 453 ff.; *Brömmelmeyer, Christoph*, Der Binnenmarkt als Leitstern der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, in: GRUR 2007, S. 295 ff.

³² Vgl. *Ohly*, in: IHK München (Hg.), a.a.O. [Fn. 31], S. 10 ff.; *Scherer*, a.a.O. [Fn. 31], S. 577 ff.

³³ Vgl. *ibid.*

³⁴ Siehe etwa die Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten); ABl. L 165 vom 18. Juni 2013, S. 1; sowie auch die Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten); ABl. L 165 vom 18. Juni 2013, S. 63.