



John Piotrowski

Verkaufsförderung und
Lauterkeit im Recht des
Binnenmarktes



§ 1 EINFÜHRUNG

A. Problemaufriss

Der materielle Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit ist die Regulierung von Verkaufsförderung. Unter Verkaufsförderung soll als Arbeitsdefinition das Anbieten von Rabatten, unentgeltlichen Zuwendungen, Zugaben sowie die Möglichkeit zur Teilnahme an Preisausschreiben und Gewinnspielen im Zusammenhang mit dem Absatz von Waren und Dienstleistungen verstanden werden.

Dieser Themenkomplex war in den Jahren vor Fertigstellung dieser Arbeit sowohl auf der europäischen als auch – insbesondere vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Entwicklungen – auf der nationalen Ebene Gegenstand des rechtlichen Interesses. Das rechtliche Interesse an Verkaufsförderung geht mit einem wirtschaftlichen Interesse an dieser Geschäftspraktik einher. Teils beruhen die rechtlichen Entwicklungen auf diesem Gebiet auf veränderten Bedürfnissen der Marktteilnehmer¹ eines zunehmend integrierten europäischen Binnenmarktes, teils ist das gegenwärtige wirtschaftliche Interesse an Verkaufsförderung aber auch die Folge der jüngeren rechtlichen Entwicklung.

Im Folgenden werden kurz die verschiedenen für das Phänomen „Verkaufsförderung“ relevanten Ebenen skizziert, aus deren Zusammenwirken sich der Gesamtgegenstand der Arbeit ergibt.

I. Verkaufsförderung im Recht der Europäischen Gemeinschaft

Bereits vor drei Jahrzehnten wurde die Auffassung vertreten, Verkaufsförderung (als aus dem Englischen entlehnter Fachterminus auch im deutschsprachigen Raum oftmals als „Sales Promotion“ bezeichnet) würde zu einem „zentralen Systembegriff“ des europäischen Wettbewerbsrechts werden.² Diese Äußerung deutet darauf hin, dass die Verknüpfung des wirtschaftlichen Phänomens „Verkaufsförderung“ mit dem EG-Recht nicht erst neueren Datums ist.

¹ Der Begriff „Marktteilnehmer“ wird im Sinne der unter § 2 Nr. 2 UWG n.F. enthaltenen Definition dieses Begriffs umfassend verstanden als Mitbewerber, Verbraucher sowie alle weiteren Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind.

² *Font Galán*, GRUR Int. 1977, S. 365.

1. EG-Primärrecht

Nach Ansicht *Ohly's* wirkt das EG-Primärrecht in erster Linie über die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG), das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG) sowie die Vertragsziele eines unverfälschten Wettbewerbs (Art. 3 g) EG) und des Verbraucherschutzes (Art. 3 t) EG) auf das nationale Lauterkeitsrecht³, welches, was an dieser Stelle vorwegzunehmen ist, den Kernbereich des deutschen Verkaufsförderungsrechts mit umfasst. Außerdem erklärt die EGV-Präambel in ihrem vierten Absatz die Gewährleistung eines redlichen Wettbewerbs zu einem Ziel des Gemeinschaftsvertrages.⁴

Ferner kann das Subsidiaritätsprinzip, das durch den Vertrag von Maastricht unter Art. 5 II in den EG-Vertrag eingefügt wurde und das in vielen Zusammenhängen diskutiert wird⁵, für die dieser Arbeit zugrunde liegenden Fragestellungen relevant werden.

Nach *Weinand* setzt sogar das Postulat der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes in Art. 2 EG in Zusammenschau mit Art. 3 a) EG (freier Warenverkehr) und 3 g) EG (System des unverfälschten Wettbewerbs) indirekt ein spezifisches Unlauterkeitsrecht voraus.⁶

Anders als etwa der EGKS-Vertrag in Art. 60 § 1⁷, enthält der EG-Vertrag aber keine expliziten lauterkeits- und damit verkaufsförderungsrechtlichen Bestimmungen.⁸

2. EG-Sekundärrecht

Anders sieht es im Sekundärrecht aus. Hier war erstmals ausdrücklich von „Verkaufsförderung“ die Rede in dem auf eine Beschlussfassung der Kommission aus dem November 1992 zurückgehenden „Grünbuch über kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt“⁹, das am 8. Mai 1996 von der Kommission

³ *Ohly*, in: Piper/Ohly, Einf. C Rn. 9.

⁴ Hierzu *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, S. 1369; *Gamerith*, WRP 2003, S. 144 f. Vgl. *Möschel*, NJW 1995, S. 281.

⁶ *Weinand*, S. 23 m.w.N.

⁷ Der EGKS-Vertrag ist gem. Art. 97 KS am 23. Juli 2002 ausgelaufen; er wurde nicht verlängert. Zu der praktischen Irrelevanz dieser Vorschrift vgl. *Steindorff*, WRP 1993, S. 139.

⁸ Für das Kartellrecht hingegen enthalten Art. 81 ff. EG detaillierte Regelungen.

⁹ KOM (1996) 192 endg. Grünbücher sind Mitteilungen der Kommission über einen bestimmten Politikbereich, die sich primär an interessierte Dritte wenden, um sie zu konsultieren und ihnen die Teilnahme an der Beratung zu ermöglichen, die ggf. in legislative Maßnahmen mündet. Zur Handlungsform „Grünbuch“ als einem Fall des Mitwirkens am Zustandekommen von Rechtsakten i.S.v. Art. 211 3. Spiegelstrich EG auch *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 211 Rn. 14.

angenommen wurde.¹⁰ Diesem folgte 1998 ein „Folgedokument zum Grünbuch über kommerzielle Kommunikationen im Binnenmarkt“.¹¹

Auf diesen Grundlagendokumenten aufbauend sind drei sekundärrechtliche Gesetzgebungsprojekte hervorgegangen, die für die EG-rechtliche Verkaufsförderungsregulierung von besonderer Bedeutung sind, nämlich erstens die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“)¹², zweitens der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt vom 1. Oktober 2001¹³ und drittens die am 12. Juni 2005 in Kraft getretene Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken)¹⁴.

In den Kontext dieser legislativen Entwicklungen gehört auch die Dienstleistungsrichtlinie¹⁵ aus dem Jahr 2006, die einen allgemeinen sektorübergreifenden sekundärrechtlichen Rechtsrahmen für den freien Verkehr von Dienstleistungen (sowie für die Niederlassung von Dienstleistungserbringern in einem anderen Mitgliedstaat¹⁶) in der EU schaffen will. Diese Richtlinie lässt speziellere Gemeinschaftsrechtsakte, die abweichende Regelungen über die Aufnahme oder Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten enthalten, aber unberührt.¹⁷ Sie wird deshalb bei der Untersuchung des verkaufsförderungsrelevanten Sekundärrechts im Rahmen dieser Arbeit nur ergänzend herangezogen.

In Einzelfällen betreffen Entscheidungen der Kommission i.S.v. Art. 249 IV EG den Bereich der Verkaufsförderung. So lag einem Urteil des EuGH¹⁸ eine an die Bundesrepublik Deutschland gerichtete Entscheidung zur Förderung des Absatzes von Butter auf dem Markt von Berlin zugrunde, die sich im Ergebnis über § 1 UWG und § 1 ZugabeVO hinwegsetzte.

Aber auch Rechtsakte, die nicht auf Verkaufsförderung oder eine diese umfassende Rechtsmaterie abzielen, können Auswirkungen auf die Zulässigkeit von Maßnahmen der Verkaufsförderung haben. Dies illustriert z.B. ein im Ok-

¹⁰ Unter dem Punkt „Geltungsbereich“ heißt es, dass die kommerziellen Kommunikationen im Sinne dieses Grünbuchs auch die Verkaufsförderung umfassen.

¹¹ KOM (1998) 121 endg.

¹² Im Folgenden: E-Commerce-Richtlinie bzw. ECRL.

¹³ Im Folgenden: VF-Verordnungsentwurf bzw. VFVOE.

¹⁴ Im Folgenden: UGP-Richtlinie bzw. UGPRL.

¹⁵ ABl. EG L 376 v. 27. Dezember 2006, S. 36 ff.

¹⁶ Vgl. Art. 1 I der Richtlinie.

¹⁷ Vgl. Art. 3 I der Richtlinie sowie deren 30. Erwägungsgrund.

¹⁸ EuGH, Rs. 249/85 – BERLIN-BUTTER.

tober 2007 durch die Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren wegen des nach deutschem Recht teilweise für zulässig erachteten Abschlusses von Rabattverträgen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Arzneimittelherstellern ohne vorherige Ausschreibung durch die Kassen. Die Kommission vermutet hier einen Verstoß gegen die europäischen Bestimmungen zum Vergaberecht.¹⁹

II. Verkaufsförderung im deutschen Recht

Für das deutsche Recht der Verkaufsförderung in obigem Sinne ist insbesondere die nach langer Diskussion über das Erfordernis einer spezifischen Reglementierung von Rabatten und Zugaben und einem ersten erfolglosen Anlauf aus dem Jahr 1994²⁰ im Juli 2001 erfolgte und – zumindest von Seiten der Wissenschaft – überwiegend begrüßte²¹ Aufhebung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung²² von Bedeutung.

Jedoch hat sich gezeigt, dass damit nicht alle rechtlichen Schranken für derartige Verkaufsförderungsaktionen gefallen sind: Anlässlich der Einführung des Euro als Zahlungsmittel – die auch geeignet erscheint, grenzüberschreitende Verkaufsförderungsaktionen zu begünstigen²³ – wollte das Textileinzelhandelsunternehmen C&A Mode KG die neue Rechtslage nutzen, um bargeldlos zahlenden Kunden für einen begrenzten Zeitraum einen Rabatt von 20 % auf das gesamte Warensortiment zu gewähren. Diese Aktion ist jedoch unter maßgeblicher Berufung auf § 7 UWG gerichtlich untersagt worden.

Trotz Wegfalls von Rabattgesetz und Zugabeverordnung waren (und sind) derartige Verkaufsförderungsmaßnahmen also nicht problem- oder gar grenzenlos

¹⁹ Vgl. zur Einleitung dieses Verfahrens auf der ersten Stufe Handelsblatt v. 24. Oktober 2007, S. 4.

²⁰ Vgl. hierzu *Piper*, in: Köhler/Piper (3. Aufl.), § 1 Rn. 239, 242 sowie *Basedow*, ZEuP 1994, S. 201 ff.

²¹ Vgl. nur *Emmerich*, S. 7; *Ohly*, GRUR Int. 2001, S. 907 sowie – jedenfalls in Bezug auf das Rabattgesetz *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2002, S. 395. Zurückhaltend bis skeptisch insbesondere hinsichtlich erhoffter Vorteile für die Verbraucher in ihrer Gesamtheit aber *Piper*, in: Köhler/Piper (3. Aufl.), § 1 Rn. 241 ff. Vor dem Hintergrund, dass alle Mitgliedstaaten außer dem Vereinigten Königreich und der Republik Irland Zugabereglementierungen kannten, das deutsche Rabattgesetz hingegen in seiner Form in Europa singulär war, war die Aufhebung des letzteren weniger umstritten als die der Zugabeverordnung.

²² Vgl. BGBl. I v. 24. Juli 2001, S. 1661 f., 1663.

²³ So schon *Nacken*, WRP 1997, S. 930. Vgl. in diesem Sinne ferner die Mitteilung Verkaufsförderung, S. 24; Stellungnahme WSA Pkt. 4.3; *Schmitz*, S. 40. Vgl. allerdings auch die im November 2003 veröffentlichte Eurobarometerumfrage zum Verbraucherschutz in der EU (S. 92), der zufolge durchschnittlich nur ca. 15% der EU-Verbraucher angaben, die Einführung des Euro als Zahlungsmittel hätte sie interessierter an grenzüberschreitenden Einkäufen gemacht, Report abrufbar unter: www.ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_193_en.pdf.

zulässig.²⁴ Vielmehr war (und ist) ihre rechtliche Behandlung – insbesondere vor dem Hintergrund der Normen des UWG – im Einzelfall weiterhin umstritten.

In der jüngeren lauterkeitsrechtlichen Diskussion waren vor allem der im C&A-Fall maßgebliche § 7 UWG, der Sonderveranstaltungen sowie § 8 UWG, der Räumungsverkäufe reglementierte, vielfach kritisiert worden. So bezeichnete *Fezer* das Verkaufsveranstaltungsrecht dieser Vorschriften als nicht zum Kern des Wettbewerbsunrechts gehörendes wettbewerbliches Ordnungsrecht, das eine unangemessene Reglementierung darstelle und aufzuheben sei.²⁵ Die Konstellation des C&A-Falls hatte er implizit schon vorweg genommen, indem er den Schluss zog, der Fortbestand des Verkaufsveranstaltungsrechts konterkarriere die Intention einer ersatzlosen Aufhebung des Rabatt- und Zugaberechts, weil dadurch die Entwicklung innovativer Verkaufsmethoden behindert werde.²⁶

Diese Kritik an den §§ 7, 8 UWG hatte der aus dem Bundesjustizministerium stammende und seit dem 23. Januar 2003 vorliegende Referentenentwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb aufgenommen, demzufolge in einem neuen UWG eine spezifische grundsätzliche Reglementierung des Sonderverkaufsrechts nur noch in Form einer Irreführungsvermutung für bestimmte Konstellationen des Räumungsverkaufs bestehen sollte.²⁷ Die am 7. Mai 2003 zu einem Regierungsentwurf herangereifte Gesetzesinitiative hatte diese Bestimmungen allerdings nicht übernommen und war damit frei von jeglichen spezifisch sonderverkaufrechtlichen Bestimmungen.

Aber auch ohne die §§ 7, 8 UWG bleiben insbesondere die Verbote sittenwidriger/unlauterer Wettbewerbshandlungen/geschäftlicher Handlungen und irreführender Werbung/geschäftlicher Handlungen (bis zum 8. Juli 2004: §§ 1, 3 UWG), die der Sache nach durch die Reformvorhaben nicht in Frage gestellt wurden. Vor allem an diesen – allerdings weniger einschränkenden²⁸ – Vorschriften haben sich Verkaufsförderungsaktionen gegenwärtig und in Zukunft in der Bundesrepublik Deutschland zu messen.

Am 8. Juli 2004 wurde eine Neufassung des deutschen UWG verkündet, die den Regierungsentwurf im Wesentlichen umsetzte.²⁹ Die Kernvorschrift des

²⁴ So etwa auch *Vormann*, ZRP 2002, S. 56.

²⁵ *Fezer*, WRP 2001, S. 1001 f.

²⁶ *Fezer*, WRP 2001, S. 1002. Ders. a.a.O., S. 1004: Gleiches gelte hinsichtlich des Verbots des Kaufscheinhandels gem. § 6 b) UWG. Ähnlich auch *Boesche*, Rn. 16.

²⁷ Vgl. Referentenentwurf UWG, § 5 V, VI; Begründung, IV.1.

²⁸ *Piper*, in: Köhler/Piper (3. Aufl.), Einf. Rn. 257 weist darauf hin, dass Räumungsverkäufe und Sonderveranstaltungen nicht automatisch gegen die guten Sitten verstoßen und somit durch die lauterkeitsrechtliche Generalklausel (§ 1 UWG a.F.) sanktioniert sind.

²⁹ Das Gesetz war zunächst am 1. April 2004 im Bundestag beschlossen worden. Vor allem wegen der seiner Ansicht nach zu restriktiven Regulierung der Telefonwerbung („opt-in“-Lösung, § 7 II Nr. 2 UWG n.F. – diese Regelung setzt Art. 13 III der Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. EG L 201 v. 31. Juli 2002, S. 37 ff. um. Nach *Boesche*, Rn. 20, 241 wäre aber auch

deutschen Lauterkeitsrechts war danach § 3 UWG n.F., der unlautere Wettbewerbshandlungen generalklauselartig verbot. Ergänzt wird § 3 UWG n.F. durch die Normierung von Regelbeispielen und Ausprägungen unlauterer Wettbewerbshandlungen.

Mit Wirkung zum 30. Dezember 2008 schließlich wurde das UWG einer erneuten Novellierung unterzogen.³⁰ Diese erfolgte (mit über einjähriger Verspätung) in weitgehend wörtlicher Umsetzung der UGP-Richtlinie.

III. Verkaufsförderung in Wirtschaft und Gesellschaft

Die rechtliche Entwicklung auf dem Gebiet der Verkaufsförderung ist mit der wirtschaftlichen und sonstigen gesellschaftlichen Entwicklung eng verknüpft.

Trotz einer Rechtsunsicherheit, die nach der Aufhebung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung aufgetreten war und die sich beispielhaft in dem C&A-Fall manifestiert hat, war in den zurückliegenden Jahren eine ständig zunehmende Gebrauchmachung von Verkaufsförderungsaktionen zu beobachten.³¹

Von verschiedener Seite ist diese Entwicklung kritisiert worden: Das damalige Mitglied des Bundesvorstands der Gewerkschaft „ver.di“ *Franziska Wiethold* sprach davon, dass Preissenkungen letztlich zulasten der Bedienungs- und Produktqualität gingen und den Konzentrationsprozess beschleunigten, weshalb eine Liberalisierung abzulehnen sei.³² Der Deutschland-Verantwortliche des IKEA-Konzernmanagements *Werner Weber* nannte die „gegenwärtigen Rabattorgien“ „brandgefährlich“.³³ Auch dem Vorsitzenden des ehemaligen Verbandes der Herrenbekleidungsindustrie *Klaus Brinkmann* zufolge werde (bezogen auf den Textileinzelhandel) der „gegenwärtige Preiskampf“ „letztlich allen Beteilig-

eine weniger restriktive „opt-out“-Lösung richtlinienkonform gewesen.), aber auch wegen der Kritik an der Einfügung eines Gewinnabschöpfungsanspruchs in § 10 UWG n.F. (einen derartigen Anspruch sah bereits der Vorschlag für ein neues UWG von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* unter Art. 9 II vor, vgl. WRP 2002, S. 1322) ließ der Bundesrat gem. Art. 77 II S. 1 GG in der Folge den Vermittlungsausschuss einberufen, dessen Beratungen jedoch ergebnislos waren. Der Bundesrat legte Einspruch gegen das Gesetz ein, welchen der Bundestag aber mit der Mehrheit seiner Mitglieder am 16. Juni 2004 zurückgewiesen hatte. Zu weiteren Einzelheiten des Gesetzgebungsverfahrens vgl. *Henning-Bodewig*, GRUR 2004, S. 714; *Engels/Salomon*, WRP 2004, S. 32.

³⁰ BGBl. I v. 29. Dezember 2008, S. 2948 ff. Als „UWG n.F.“ zitierte Vorschriften sind in der Folge gleichwohl grundsätzlich solche des UWG 2004 und als „UWG a.F.“ zitierte Normen solche von vor 2004.

³¹ Vgl. zu der „Flut von Rabattaktionen“ z.B. FAZ v. 3. Januar 2003, S. 11. Bisweilen trieb dieser Boom auch bizarre Blüten: So berichtete das Hamburger Abendblatt v. 30. Dezember 2002, S. 20 von einer Aktion eines Unternehmens, bei der die Ableistung eines Kopfstandes Voraussetzung für einen Preisnachlass von 20 Euro war.

³² Vgl. FAZ v. 27. November 2002, S. 15.

³³ FAZ v. 13. Januar 2003, S. 13.

ten nur schaden³⁴, da der Handel nicht mehr die zur Kostendeckung notwendigen Erlöse erziele.³⁴ Auch der ehemalige Präsident des Einzelhandelsverbandes BAG *Walter Deuss* gestand ein, die Preissenkungswettläufe hätten in den Bilanzen vieler Händler zu „unguten Folgen“ geführt, weshalb für die Zukunft in Bezug auf Rabattaktionen mit größerer Zurückhaltung zu rechnen sei.³⁵ Der damalige Hauptgeschäftsführer desselben Verbandes *Johann Hellwege* kam zu dem Schluss, dass ein gemeinsamer Schluss- und Resteverkauf für den Handel nach wie vor sinnvoll sei.³⁶ Den zitierten Stellungnahmen entspricht das Ergebnis einer Umfrage des Hauptverbandes des Deutschen Einzelhandels (HDE), demzufolge sich drei Viertel der befragten Händler für eine Beibehaltung der Schlussverkäufe und nur 10 Prozent für eine dauerhafte Freigabe von Sonderverkäufen ausgesprochen hätten.³⁷

Grundsätzlich begrüßt wurde eine Freigabe von Schlussverkäufen und Sonderveranstaltungen hingegen vom Vorstand der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. *Edda Müller*.³⁸

In Anbetracht der Tatsache, dass nach der durch die Aufhebung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung eingeleiteten Liberalisierung diesbezüglich von Vertretern der Marktbeteiligten vielfach Skepsis bekundet wurde, mag man nicht ausschließen, dass in Zukunft die vorherrschende Haltung zu Verkaufsförderungsaktionen wieder umschlägt, hin zu einer Haltung, wie sie – in extremer Weise und unter anderen politischen und wirtschaftlichen Umständen – bei *Junckerstorff* zum Ausdruck kam, der 1933 das Zugabeverbot in der Hoffnung begrüßte, es möge „Entartungserscheinungen auf dem Gebiete des Wettbewerbs“ beseitigen, die sich zu einem „Krebsschaden der deutschen Wirtschaft“ ausgebildet hätten.³⁹ Möglicherweise stellt die Kritik des Einzelhandels an seinem eigenen Verhalten aber auch den ersten Schritt einer Selbstregulierung des Marktes dar.⁴⁰

Eine derartige Tendenz scheint sich teilweise herauszubilden. So hatte der damalige HDE-Präsident *Hermann Franzen* mit Blick auf das Weihnachtsgeschäft 2004 angekündigt, dass im Einzelhandel im Vergleich zu den Vorjahren

³⁴ Vgl. FAZ v. 15. Januar 2003, S. 12.

³⁵ Vgl. FAZ v. 12. März 2003, S. 12.

³⁶ Vgl. FAZ v. 10. Februar 2003, S. 9.

³⁷ Vgl. FAZ v. 28. Januar 2003, S. 11.

³⁸ Vgl. FAZ v. 10. Februar 2003, S. 11.

³⁹ *Junckerstorff*, S. 5.

⁴⁰ Auf eine neuerliche Tendenz zur „Re-Regulierung“ deutet aber das „Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels“ vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I 2007, S. 2966 ff.) hin, durch welches u.a. § 20 IV S. 2 GWB dahingehend erweitert wird, dass im Lebensmittelbereich Verkäufe unter Einstandspreis – auch wenn sie nur „gelegentlich“ erfolgen – nunmehr grundsätzlich als unbillige Behinderung verboten sind. Die Regierung begründet das Gesetz mit einem „teilweise ruinösen Preiswettbewerb im Lebensmitteleinzelhandel“.

mit einem Rückgang von Rabatt- und Sonderangebotsaktionen zu rechnen sei.⁴¹ Speziell im KfZ-Handel ist der Trend zur Verkaufsförderung durch Rabatte und Zugaben bei nahezu allen Marken aber ungebrochen.⁴²

IV. Interdependenz der Ebenen

Dass die Entwicklungen im europäischen und deutschen Recht nicht unabhängig voneinander verlaufen, ergibt sich zwingend aus dem Vorrang des EG-Rechts vor dem nationalen Recht.⁴³

Die Verknüpfung der nationalen mit der europäischen Entwicklung zeigt sich rechtstatsächlich etwa darin, dass die Bundesrepublik mit der Aufhebung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung sowie mit der Umsetzung der UGP-Richtlinie der Klageerhebung vor dem EuGH durch die Kommission im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG zuvorkam⁴⁴ sowie in der Einsetzung einer „Arbeitsgruppe Unlauterer Wettbewerb“ durch die Bundesjustizministerin im Februar 2001 mit dem Auftrag, auf der Grundlage u.a. von Gutachten von *Fezer* einerseits sowie von *Schricker* und von *Henning-Bodewig* andererseits über eine Modernisierung des deutschen Lauterkeitsrechts auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts nachzudenken.⁴⁵

Aber nicht nur zwischen den Ebenen des EG-Rechts und des nationalen Rechts bestehen Verknüpfungen. Es stellt sich auch die Frage, wie die einschlägigen Sekundärrechtsakte, insb. die aus dem Grünbuch zum Verbraucherschutz hervorgegangene UGP-Richtlinie sowie die E-Commerce-Richtlinie zueinander

⁴¹ Vgl. FAZ v. 27. November 2004, S. 13.

⁴² Vgl. Handelsblatt v. 29. November 2004, S. 11. Rabatte an den Endkunden betragen in dieser Branche Ende 2004 demnach im Schnitt 15%. Das Unternehmen Renault hat bspw. im Rahmen einer Aktion „Rackerwochen“ Eltern nach der Anzahl ihrer Kinder Rabatte zwischen 10 und 16 Prozent auf alle Modelle gewährt. Bei Fiat gab es als Zugabe zum Kfz-Kauf einen Weihnachtsbaum. Nach einem Bericht des Handelsblatts v. 23. Mai 2007 betragen Rabatte auf Neuwagen im Mai 2007 bis zu 30% des regulären Verkaufspreises.

⁴³ St. Rspr. seit EuGH, Rs. 6/64 – COSTA ./ ENEL, S. 1269; Rs. 11/70 – INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT, Rn. 3. In dem Entwurf eines EU-Verfassungsvertrages (ABl. EG C 310 v. 16. Dezember 2004, S. 1 ff.) war der Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ausdrücklich unter Art. I-6 EU-Verf. festgeschrieben.

⁴⁴ Zu dem Beschluss der Kommission vom 2. Juli 1999, die Bundesrepublik – nach Eingang einer unbefriedigenden Erwidderung auf eine zuvor abgegebene „mit Gründen versehene Stellungnahme“ – wegen der zugabe- und rabattrechtlichen Reglementierung zu verklagen vgl. GRUR Int. 1999, S. 809; *Piper*, in: Köhler/Piper (3. Aufl.), § 1 Rn. 239; *Dittmer*, BB 2001, Fn. 4. Zu einem bereits zu einem früheren Zeitpunkt gegen das deutsche Rabattverbot eingeleiteten und im Anschluss an die Entscheidung EuGH, Rs. C-292/92 – HÜNERMUND zurückgezogenen Vertragsverletzungsverfahren vgl. *Hucke*, Fn. 334; *Base-dow*, ZEuP 1994, S. 203.

⁴⁵ Vgl. zu dieser Arbeitsgruppe die Begründung zu dem Regierungsentwurf eines neuen UWG unter I., abgedruckt in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, S. 2303 f.

und zum Primärrecht stehen. Ferner ist zu untersuchen, wie sich die geplante VF-Verordnung in diesen Regelungskontext eingefügt hätte.

B. Ziel der Untersuchung

Im Zusammenhang mit den supranationalen und nationalen Entwicklungen auf dem Gebiet des Verkaufsförderungsrechts stellen sich insbesondere auch Fragen, die die Marktfreiheiten⁴⁶ des EG-Vertrags betreffen, namentlich die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 EG und die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG sowie auch die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EG.

So ist zum einen fraglich, inwieweit Verkaufsförderungsaktionen unter dem Schutz der Marktfreiheiten stehen mit der Folge, dass beschränkende nationale Regelungen insoweit nicht zur Anwendung kämen.

Zum anderen fällt auf, dass die die Verkaufsförderung maßgeblich betreffenden Sekundärrechtsakte, nämlich die bereits in Kraft getretene E-Commerce-Richtlinie sowie der zurückgezogene VF-Verordnungsentwurf, im Ansatz aber auch die UGP-Richtlinie (ebenso die Dienstleistungsrichtlinie) sich insoweit ähnlich sind, als sie nur für einen begrenzten Bereich einheitliche Regelungen schaffen.

Im Falle der E-Commerce-Richtlinie und des VF-Verordnungsentwurfs soll bei nicht in diesen reglementierten Bereich fallenden Hindernissen für grenzüberschreitende Verkaufsförderaktionen ein „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung von Rechtsvorschriften“ eingreifen: In dem VF-Verordnungsentwurf hieß es in den Erwägungsgründen ausdrücklich, dass verbleibende Hindernisse diesem Prinzip zu „unterstellen“ seien.⁴⁷ Für die E-Commerce-Richtlinie bestimmt Art. 3 II, dass der grenzüberschreitende Verkehr von Online-Diensten nicht aus in den „koordinierten Bereich“ fallenden Gründen eingeschränkt werden darf, wobei dieser Bereich gem. Art. 2 h) alle für die Anbieter von Online-Diensten und die Dienste selbst geltenden mitgliedstaatlichen Anforderungen umfasst.

⁴⁶ Zur Terminologie: Der Begriff „Marktfreiheiten“ ist treffender als der verbreitetere Begriff „Grundfreiheiten“, da jener zum Ausdruck bringt, dass diese Freiheiten, wie sich aus Art. 14 II EG ergibt, primär der Verwirklichung und dem Erhalt des Binnenmarktes dienen. (Everling, Die Einwirkung der Grundfreiheiten, S. 1: „Die Grundfreiheiten sind die konstituierenden Elemente des gemeinsamen Marktes.“) So wie hier Nagel, S. 70 ff.; Reich/Nordhausen, Verbraucher und Recht, S. 145; Scheffer; vgl. auch Haratsch/Koenig/Pechstein, Rn. 1018, 1112. In anderen Mitgliedstaaten gibt es keine terminologische Entsprechung für „Grundfreiheiten“, vgl. Mortelmans, CML Rev. 2002, S. 1314 m.w.N. Vgl. zu der „sozialen Komponente“ dieser Freiheiten aber bspw. Streinz, Europarecht, Rn. 780. Zu einer sachlichen Verbindung und parallelen Struktur von Grundrechten und Grundfreiheiten Frenz, Europarecht 2002, S. 603 ff. Grundrechte verbürgen im Kern Freiheit und „Grundfreiheiten“ verleihen Rechte.

⁴⁷ 5. Erwägungsgrund a.E.

Art. 3 IV ECRL lässt Abweichungen von diesem Grundsatz aus bestimmten Gründen des Allgemeinwohls zu.

Die theoretische Konsequenz des soeben skizzierten Ansatzes: Für grenzüberschreitende Verkaufsförderungsaktionen könnten im Bereich der gegenseitigen Anerkennung in einem Mitgliedstaat die Rechtsordnungen aller nunmehr 27 Mitgliedstaaten zur Anwendung gelangen, wenn aus allen übrigen Staaten in diesen einen Staat hinein entsprechende Tätigkeiten entfaltet werden.⁴⁸

Diese Regelungstechnik ist kritisiert worden als ein „neuer Brüsseler Weg“, der das Ziel habe, ein „Rechtschaos“ und daraus resultierend eine „Angleichung auf dem niedrigsten Niveau“ zu erzielen.⁴⁹

Ein Ziel der Untersuchung ist es, herauszufinden, ob in diesem Regelungsansatz wirklich ein „neuer Brüsseler Weg“ gesehen werden kann oder ob sich in der E-Commerce-Richtlinie sowie dem VF-Verordnungsentwurf und der UGP-Richtlinie nicht vielmehr nur die Rechtsprechung des EuGH zur Wirkweise der Marktfreiheiten widerspiegelt.

Weiterhin wird der Frage nachgegangen, ob durch die neuen europäischen Regelungen wirklich eine abzulehnende „Harmonisierung auf dem niedrigsten Niveau“ zu befürchten ist oder ob das bewusste Unterstellen einer Regelungsmaterie unter das fragliche Prinzip nicht vielmehr auch als begrüßenswerte Alternative zur „zentral gesteuerten“ Rechtsangleichung betrachtet werden kann.⁵⁰ Schließlich wurde durch die Erklärung von Laeken vom 15. Dezember 2001⁵¹, mit der die erste Phase des sog. Post-Nizza-Prozesses abgeschlossen wurde,⁵² dem Verfassungskonvent unter Leitung von *Valéry Giscard d'Estaing* u.a. der Auftrag gegeben, die Handhabung des Art. 95 EG zu überprüfen, um eine Ausuferung der Zuständigkeiten der Union zu verhindern.⁵³

⁴⁸ Über das Gebiet der EU hinaus ist die E-Commerce-Richtlinie auch im Gebiet des Europäischen Wirtschaftsraumes, d.h. zusätzlich in der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein und dem Königreich Norwegen anwendbar, vgl. den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 91/2000 v. 27. Oktober 2000 zur Änderung des Anhangs XI (Telekommunikationsdienste) des EWR-Abkommens, Abl. EG L 7 v. 11. Januar 2001, S. 13 f.

⁴⁹ *Nacken, Gert*, Rechtsangleichung aus dem Chaos, FAZ v. 5. Februar 2002, S. 23.

⁵⁰ Mit *Ohly*, GRUR Int. 2001, S. 900 kann man in Bezug auf die erstgenannte Problematik auch vom rechtsdogmatischen und in Bezug auf letztere vom rechtspolitischen Aspekt des sekundärrechtlichen „Herkunftslandprinzips“ sprechen.

⁵¹ Abrufbar unter www.european-convention.eu.int/pdf/LKNDDE.pdf.

⁵² Vgl. hierzu *Göler*, integration 2003, S. 107 und passim.

⁵³ Unter dem Pkt. „Eine bessere Verteilung und Abgrenzung der Zuständigkeiten in der Europäischen Union“ a.E. *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (2. Aufl.), Art. 5 Rn. 72 sprach sich sogar für die Streichung des Art. 95 EG aus. Der Erklärung von Laeken sowie der Kritik aus dem Schrifttum zum Trotz wurde Art. 95 EG inhaltlich unverändert als Art. III-172 in den Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa aufgenommen. Nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages rührt auch der sog. Reformvertrag in der auf der Regierungskonferenz vom 18./19. Oktober 2007 in Lissabon angenommenen Fassung die Kompetenznorm des Art. 95 EG im Kern nicht an.

Zusammenfassend lässt sich damit sagen, dass es das Ziel der Untersuchung ist, das für den Bereich Verkaufsförderung maßgebliche europäische und deutsche Recht unter vier Aspekten zu analysieren. Erstens: Inwieweit stehen Maßnahmen der Verkaufsförderung unter dem Schutz der Marktfreiheiten?, Zweitens: In welchem Verhältnis stehen die einschlägigen Sekundärrechtsakte (E-Commerce-Richtlinie, UGP-Richtlinie, VF-Verordnungsentwurf) zueinander? Drittens: Wie sind diese Sekundärrechtsakte im Lichte des Primärrechts zu beurteilen? Viertens: Welchen Einfluss hat das EG-Recht auf nationales Verkaufsförderungsrecht?

Dieses recht breit angelegte Untersuchungsprogramm kommt ohne Ein- und Abgrenzungen nicht aus: Da die EG-rechtliche Perspektive im Vordergrund stehen soll, beschränkt sich die Einbeziehung nationalen Rechts exemplarisch auf das Recht der Bundesrepublik Deutschland.⁵⁴ Auf eine Analyse der Bedeutung europäischer und nationaler Grundrechte für die Verkaufsförderung wird verzichtet.⁵⁵ Die Frage der Zulässigkeit einer Inländerdiskriminierung nach Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht wird nicht behandelt.⁵⁶ Völkerrechtliche Probleme sind ausgeklammert.⁵⁷

Aber nicht nur Eingrenzungen des Themas sind an dieser Stelle aufzuzeigen. Bisweilen muss über das eigentliche Sujet der Arbeit insofern hinausgegriffen werden, als sowohl im europäischen wie auch im deutschen Recht manche zu

⁵⁴ Rechtsvergleichend z.B. *Micklitz/Keßler*, Marketing Practices Regulation and Consumer Protection; *Bruun Nielsen*, Harmonisation of EU-Marketing Law.

⁵⁵ Zum Schutz von Rabatt- und Zugabeaktionen durch deutsche Grundrechte vgl. *Heil/Dübbers*, ZRP 2001, S. 208 ff. Zur Erstreckung des Schutzbereichs von Art. 5 I GG auf kommerzielle Werbung allgemein: *Boesche*, Rn. 14 m.w.N. Zum Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit im Wirtschaftsverkehr nach Art. 10 EMRK vgl. EGMR, MARKT INTERN, S. 17 Rn. 26; GROPPERA, S. 22 Rn. 54 f.; COSADO COCA, S. 16 Rn. 35; *Meyer-Ladewig*, Hk-EMRK, Art. 10 Rn. 4, 16; *Schricker*, Werbung in Europa, Rn. 5 ff. Zu beachten ist allerdings, dass das Herausschneiden der Grundrechtsproblematik aus dem Untersuchungsgegenstand insofern nur theoretisch möglich ist, als der EuGH die Einschränkung der Marktfreiheiten aus zwingenden Allgemeinwohlgründen im Lichte der Gemeinschaftsgrundrechte (vgl. EuGH, Rs. 4/73 – NOLD, Rn. 13; Rs. 44/79 – HAUER, Rn. 15) beurteilt, vgl. EuGH, Rs. C-260/89 – ERT, Rn. 43. Hieraus ergibt sich letztlich eine untrennbare Verknüpfung von (Gemeinschafts-)Grundrechten und Marktfreiheiten. *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 49, 50 Rn. 57 spricht insoweit von einem „grundrechtlichen Unterbau“ der Marktfreiheiten. Vgl. auch u. Fn. 628.

⁵⁶ Vgl. hierzu allgemein *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 3 Rn. 74; *Streinz*, Europarecht, Rn. 810 ff.; zur Inländerdiskriminierung im lauterkeitsrechtlichen Kontext *Jänich*, S. 110 ff.; *Koos*, S. 131 ff.; *Schotthöfer*, Rn. 82; speziell zur E-Commerce-Richtlinie *Bodewig*, GRUR Int. 2000, S. 483; *Heil/Dübbers*, ZRP 2001, S. 212 – letztere für einen Verstoß gegen Art. 3 I GG.

⁵⁷ Zu dem Komplex PVÜ, WIPO Model Provisions, TRIPS und Lauterkeitsrecht: *Ohly*, in: *Piper/Ohly*, Einf. B Rn. 1 f.; *Glöckner*, in: *Neueste Entwicklungen*, S. 241 ff.; *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, S. 1373 f. Über den europäischen „Tellerrand“ hinausschauend auch *Fezer*, WRP 2001, S. 990 f.; *Koos*, S. 16 ff. und passim.

erörternden Zusammenhänge und Entwicklungen nicht nur, aber eben auch für die Verkaufsförderung gelten.

Nach allem kann das Thema dieser Untersuchung auch im Sinne des Titels der Arbeit als „Verkaufsförderung und Lauterkeit im Recht des Binnenmarktes“ zusammengefasst werden, womit zugleich der VF-Verordnungsentwurf und die UGP-Richtlinie gleichsam als Kristallisationspunkte angesprochen sind.

Dass die Thematik nicht nur das wissenschaftliche Interesse auf sich lenkt, sondern auch von praktischer Relevanz für das tägliche Leben der meisten Menschen in der EU ist, mag etwa die Tatsache erhellen, dass im Zuge der Beratung des VF-Verordnungsentwurfs im Europäischen Parlament zur Debatte stand, Verkaufsförderungsaktionen in Bezug auf Arzneimittel, Tabak und Alkohol gänzlich zu verbieten, was auch ein Ende der weitverbreiteten „Happy Hour“ bedeutet hätte.⁵⁸

C. Zur Methodik

Viele Arbeiten, die sich lauterkeitsrechtlichen Thematiken im Spannungsfeld zwischen supranationalem und nationalem Recht widmen, nehmen ihren Ausgangspunkt in letzterem und analysieren dann, welchen Einfluss das Europarecht auf die Rechtsordnung des Mitgliedstaates hat.⁵⁹ Diese Arbeit geht den umgekehrten Weg. Entsprechend der Qualifizierung des EG-Rechts als autonome Rechtsordnung mit Vorrangwirkung gegenüber dem nationalen Recht ist die Perspektive europäisch. Gerade dadurch, dass vom Standpunkt des EG-Rechts aus auf das nationale Recht geblickt wird und nicht umgekehrt, hat die Darstellung des deutschen Rechts einen exemplarischen Charakter.

Ein weiterer methodischer Ansatzpunkt der Arbeit ist, dass die verschiedenen für die Verkaufsförderung im Binnenmarkt relevanten Regelungsbereiche, also die bereits erwähnten Sekundärrechtsakte, die Marktfreiheiten und die Normen des nationalen Rechts weniger isoliert untersucht werden. Schwerpunktmäßig werden sie in Bezug zueinander gesetzt und ihr Zusammenwirken analysiert.

D. Gang der Untersuchung

In Teil 1 wird zunächst der Begriff der Verkaufsförderung für das europäische sowie das deutsche Recht geklärt (§ 2) und erörtert, welchem übergeordneten Rechtsgebiet die hier zu behandelnde Materie jeweils zuzuordnen ist (§ 3). Fer-

⁵⁸ Vgl. u. § 6 A.III.2.b).

⁵⁹ Vgl. etwa die Arbeiten von *Kotthoff* und *Schmid* sowie *Beater*, GRUR Int. 2000, S. 973 und *passim*.

ner wird auf die wirtschaftliche Bedeutung der Verkaufsförderung im Binnenmarkt eingegangen (§ 4).

Teil 2 hat die Verkaufsförderung im EG-Sekundärrecht zum Gegenstand. Zunächst wird die Rechtslage im elektronischen sowie im herkömmlichen Geschäftsverkehr bis zur UGP-Richtlinie analysiert und gewürdigt (§ 5). Hieran anschließend werden die jüngsten Ansätze einer umfassenden Regelung der Verkaufsförderung auf europäischer Ebene behandelt, unter besonderer Berücksichtigung der UGP-Richtlinie sowie des zurückgezogenen VF-Verordnungsentwurfs (§ 6).

Teil 3 widmet sich ausschließlich der Bedeutung der Marktfreiheiten für die Verkaufsförderung durch Rabatte, Zugaben, Zuwendungen, Preisausschreiben und Gewinnspiele. Es wird geklärt, inwieweit derartige Verkaufsförderungsaktionen in den Anwendungsbereich von Warenverkehrs-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit fallen (§ 7) und in welchem Maße sich die sich aus diesen Freiheiten ergebende Primärrechtslage möglicherweise in den einschlägigen (Entwürfen von) Sekundärrechtsakten niederschlägt⁶⁰ (§ 8).

In Teil 4 wird zunächst das deutsche Recht der Verkaufsförderung nach dem Wegfall von Rabattgesetz und Zugabeverordnung sowie nach der UWG-Novelle 2004 skizziert (§ 9), bevor anschließend der Frage nachgegangen wird, ob und – wenn ja – wie die europäischen und die nationalen Entwicklungen bezüglich der Regulierung von Verkaufsförderung sich gegenseitig beeinflussen (§ 10). In diesem Zusammenhang wird auch erörtert, ob die vielfach geäußerte Besorgnis, eine gegenseitige Anerkennung von Rechtsakten könne zu einer – abzulehnenden – Harmonisierung auf dem niedrigsten Niveau führen, gerechtfertigt ist oder ob dieser Mechanismus und sein Einbau in Akte europäischer Gesetzgebung nicht auch als Alternative oder zumindest Ergänzung voller Rechtsangleichung betrachtet werden kann (§ 11).

Abschließend werden die Ergebnisse der Untersuchung in Thesen zusammengefasst und es wird auf die mögliche zukünftige Entwicklung des untersuchten Rechtsgebiets ausgeblickt (§ 12).

⁶⁰ Diese Fragestellung einer materiellen Verknüpfung des Primärrechts mit dem Sekundärrecht gab den Anstoß zu der vorliegenden Arbeit. Der sie behandelnde § 8 kann somit als ihr Kern betrachtet werden.