

Zümrüt Gülbay

Vergleichende Werbung, Subsidiarität und Europa

Die Richtlinie zur vergleichenden Werbung
unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips
im Recht der Europäischen Gemeinschaft

fflfl

BERLIN VERLAG
Arno Spitz GmbH

Übersicht

Vorwort	7
Inhaltsverzeichnis	13
Abkürzungsverzeichnis	27
Einleitung	31
Erstes Kapitel	
Rechtssetzungsansätze der Gemeinschaft im Wettbewerbsrecht	33
A. Entstehung der Angleichungsabsicht	33
I. Die Studie des Max-Planck-Instituts	33
II. Gründe	35
B. Entwicklung bis zum ersten Richtlinienvorschlag zur vergleichenden Werbung 1991	37
I. Vorhaben einheitliches Werberecht	37
II. Gemeinsames Vorhaben zur irreführenden und vergleichenden Werbung	38
III. Die Richtlinie 84/450/EWG	41
IV. Weißbuch "Vollendung des Binnenmarktes"	44
V. Der erste Richtlinienvorschlag zur vergleichenden Werbung	46
C. Der zweite Richtlinienvorschlag zur vergleichenden Werbung	50
I. Vorgeschichte	50
II. Die Änderungen	51
III. Die politische Einigung über einen gemeinsamen Standpunkt des Ministerrats zur vergleichenden Werbung am 9. November 1995	52

D. Zusammenfassung	54
Zweites Kapitel	
Die Ermächtigung der Gemeinschaft zur Rechtsangleichung	56
A. Rechtsangleichung	56
I. Aufgabe und Begriff der Rechtsangleichung	56
II. Rechtsgrundlagen	60
III. Instrumente der Rechtsangleichung	65
IV. Rechtsangleichung durch die Rechtsprechung des EuGH?	66
V. Die Richtlinie zur vergleichenden Werbung als Rechtsangleichungsmaßnahme	67
B. Subsidiarität	69
I. Einleitung	69
II. Ideengeschichtliche Grundlage des Subsidiaritätsbegriffs	69
III. Subsidiarität und Gemeinschaftsrecht	73
C. Die Subsidiarität einer gemeinschaftsrechtlichen Maßnahme im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb	117
Drittes Kapitel	
Das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb in den Mitgliedstaaten	122
A. Die allgemeinen Grundsätze	122
I. Einleitung	122
II. Kodifizierung	122
B. Die Entwicklung der vergleichenden Werbung in den europäischen Staaten	159
I. Einführung	159
II. Vergleichende Werbung als Erlaubnistatbestand	160

III. Vergleichende Werbung als Verbotstatbestand	180
IV. Entwicklung in den ehemaligen Ostblockstaaten	188
C. Zusammenfassung	193
I. Zum Wettbewerbsrecht in den Mitgliedstaaten	193
II. Zur vergleichenden Werbung in den Mitgliedstaaten	195
D. Ergebnis	200
Viertes Kapitel	
Warenverkehrsfreiheit	204
A. Einführung	204
I. Konflikte beim innerstaatlichen Handelsverkehr	204
II. Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit	205
B. Art. 30 EGV	205
I. Mengenmäßige Beschränkungen	205
II. Maßnahme gleicher Wirkung	206
C. Art. 30 EGV nach "Keck"	226
I. Die Keck-Entscheidung des EuGH	226
II. Reaktionen auf Keck	229
III. Konkretisierung der neuen Spruchpraxis	230
IV. Unterscheidung Verkaufsmodalität und Warenmodalität	236
V. Inländerdiskriminierung	248
D. Ergebnis	255

Fünftes Kapitel	
Notwendigkeiten und Grenzen der Harmonisierung im Wettbewerbsrecht	258
A. Die Angleichung der vergleichenden Werbung	258
I. Art. 3b Abs. 1 und Abs. 3 EGV	258
II. Art. 3b Abs. 2 EGV und die Gemeinschaftsmaßnahme zur vergleichenden Werbung	259
B. Angleichung des gesamten Wettbewerbsrechts	264
I. Unterschiedliche Schutzzielbestimmungen der nationalen Rechtsordnungen	264
II. Rechtfertigung einer Gemeinschaftsmaßnahme	265
III. Grenzen der Einzeltatbestände	265
IV. Vorgaben für eine Gesamtregelung	266
Sechstes Kapitel	
Ausblick und Thesen	269
A. Ausblick	269
B. Thesen	271
Literaturverzeichnis	275

Inhaltsverzeichnis

/ort	7
jrsicht	9
^{is} ^Ajbkürzungsverzeichnis	27
Einleitung	31
 Erstes Kapitel	
Rechtssetzungsansätze der Gemeinschaft im Wettbewerbsrecht	33
A. Entstehung der Angleichungsabsicht	33
I. Die Studie des Max-Planck-Instituts	33
1. Ausgangslage	33
2. Inhalt	34
II. Gründe	35
1. Europäische Integration	35
2. Verbraucherschutz	35
B. Entwicklung bis zum ersten Richtlinienvorschlag zur vergleichenden Werbung 1991	37
I. Vorhaben einheitliches Werberecht	37
1. Gründe gegen ein solches Vorhaben	37
2. Einführung einer Generalklausel	37
II. Gemeinsames Vorhaben zur irreführenden und vergleichenden Werbung	38
1. Erster Vorentwurf	38
a. Rechtsform	39
b. Inhalt	39
2. Die weiteren Vorentwürfe	40
a. Wandel der Ziel vorgäbe	40
b. Beschränkung auf das Werberecht	40

III. Die Richtlinie 84/450/EWG	41
1. Tatbestand	41
2. Streitstand Art. 7 der Richtlinie	42
a. Umsetzungsdifferenzen	42
b. Auslegungen zu Art. 7 der Richtlinie	43
IV. Weißbuch "Vollendung des Binnenmarktes"	44
V. Der erste Richtlinienvorschlag zur vergleichenden Werbung	46
1. Erwägungen der Kommission	46
2. Regelungstatbestand	47
a. Materiell	47
b. Kontrolle	47
3. Reaktionen	48
a. Grundsätzliche Stellungnahmen	48
b. Kritik an einzelnen Regelungstatbeständen	49
C. Der zweite Richtlinienvorschlag zur vergleichenden Werbung	50
I. Vorgeschichte	50
II. Die Änderungen	51
III. Die politische Einigung über einen gemeinsamen Standpunkt des Ministerrats zur vergleichenden Werbung am 9. November 1995	52
1. Beschlußverfahren	52
2. Änderungen	52
D. Zusammenfassung	54
Zweites Kapitel	
Die Ermächtigung der Gemeinschaft zur Rechtsangleichung	56
A. Rechtsangleichung	56
I. Aufgabe und Begriff der Rechtsangleichung	56
1. Aufgabe	56
a. Gemeinsamer Markt	56
b. Binnenmarkt	57
2. Begriff	59
a. Angleichung	59
b. Formen der Angleichung	59

II. Rechtsgrundlagen	60
1. Artikel 100 EGV	60
a. Anwendungsgebiet	60
b. Einstimmigkeitserfordernis	61
2. Artikel 100a/b EGV	62
a. Anwendungsgebiet des Art. 100a EGV	62
b. Abweichungen zu den bisherigen Rechtsangleichungs-	
vorschriften	63
aa. Vereinfachung durch qualifizierte Mehrheit	63
bb. Vorgabe des Art. 100a Abs. III EGV	63
c. Art. 100b EGV	64
3. Spezielle Rechtsangleichungsvorschriften	64
III. Instrumente der Rechtsangleichung	65
1. Verordnungen	65
2. Richtlinien	65
IV. Rechtsangleichung durch die Rechtsprechung des EuGH?	66
V. Die Richtlinie zur vergleichenden Werbung als Rechts-	
angleichungsmaßnahme	67
B. Subsidiarität	69
I. Einleitung	69
II. Ideengeschichtliche Grundlage des Subsidiaritätsbegriffs	69
1. Katholische Soziallehre	69
2. Weitere Quellen	71
III. Subsidiarität und Gemeinschaftsrecht	73
1. Entwicklung	73
a. Bei der Gründung	74
aa. Als ausdrückliches allgemeines Prinzip	74
bb. Implizit	75
b. Im EWGV nach EEA	77
aa. Subsidiaritätsgedanke der EEA	77
(1) Bisherige Regelung der Umweltpolitik	77
(2) Art. 130r EWGV	77
bb. Umfang des speziellen Subsidiaritätsprinzips	78
(1) Tatsächliche Subsidiarität	78
(2) Inhalt	79
c. Einführung des geltenden Subsidiaritätsprinzips	80

2. Das geltende Subsidiaritätsprinzip	81
a. Wortlaut des Art. 3b EGV	81
b. Bedeutung	83
aa. Stellung im EGV	83
bb. Rechtsgrundsatz	84
c. Art. 3 Abs. 1 und 3 EGV	85
aa. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung	86
bb. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 3b Abs. 3 EGV	87
(1) Verhältnis zu Art. 3b Abs. 2 EGV	87
(2) Inhalt des Art. 3b Abs. 3 EGV	88
cc. Abgrenzung zu Art. 3b Abs. 2 EGV	88
d. Einzelne Tatbestandsmerkmale des Art. 3 Abs. 2 EGV	89
aa. Kompetenzausübungs- oder Kompetenzverteilungsregel?	90
(1) Ziele der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten	91
(2) Weitere Interpretationen	92
bb. Nicht-ausschließliche Zuständigkeit	94
(1) Bisherige Bereiche der ausschließlichen Zuständigkeit	94
(2) Funktionale Bestimmung der Zuständigkeit der Gemeinschaft	94
(3) Umfang der ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinschaft	96
(a) Darlegung der Kommission	96
(b) Widerspruch im Vorgehen der Kommission	98
(aa) Bestehender Widerspruch	98
(bb) Erklärungsansatz	99
(c) Binnenmarktauftrag und ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft	100
cc. "Umfang" und "Wirkung"	103
dd. "Ausreichend" und "besser"	104
(1) Auslegung des Europäischen Rats	104
(2) Auslegung der Kommission	105
(3) Weitere Beurteilungskriterien	106
(a) Effizienztest	107
(b) Notwendigkeit des Gemeinschaftshandelns	108
ee. Zusammenfassung	109

e. Justiziabilität	110
aa. Einzelstaatliche Überprüfbarkeit	111
(1) Voraussetzungen	111
(2) Folgen	111
bb. Überprüfung durch den EuGH	112
(1) Art der Überprüfung	112
(2) Umfang der Überprüfung	113
(3) Klageform	114
(a) Nichtigkeitsklage	115
(b) Vertragsverletzungsverfahren	115
cc. Ombudsmann für Subsidiaritätsfragen	116
dd. Zusammenfassung	116

**C. Die Subsidiarität einer gemeinschaftsrechtlichen Maßnahme
im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb** 117

Drittes Kapitel

**Das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb
in den Mitgliedstaaten** 122

A. Die allgemeinen Grundsätze 122

I. Einleitung 122

II. Kodifizierung 122

1. Selbständige Wettbewerbsgesetze 122

a. Belgien 122

 aa. Materielles Wettbewerbsrecht 122

 bb. Verfahrensrecht 124

 (1) Klagebefugnis 124

 (2) Beweislastumkehr 124

b. Bundesrepublik Deutschland 125

 aa. Materielles Recht 125

 (1) Generalklausel 125

 (2) Systematisierung 126

 (3) Umsetzung der Irreführungsrichtlinie 126

 bb. Verfahrensrecht 127

 (1) Klagebefugnis 127

 (2) Prozeßführungsbefugnis 128

c.	Dänemark	129
aa.	Materielles Wettbewerbsrecht	129
	(1) Schutzzweckbestimmung	129
	(2) Generalklausel	130
bb.	Verfahrensrecht	130
	(1) Verbraucherombudsmann	130
	(2) Klagebefugnisse und sachliche Zuständigkeit, Sanktionen	131
d.	Griechenland	132
aa.	Materielles Recht	132
	(1) Gesetz über den unlauteren Wettbewerb	132
	(2) Verbraucherschutzgesetz	132
bb.	Verfahrensrecht	133
	Luxemburg	134
aa.	Materielles Wettbewerbsrecht	134
	(1) Gesetz zur Regelung gewisser Handelspraktiken	134
	(2) Unlauteres Vorgehen	134
bb.	Verfahrensrecht	135
	Österreich	135
aa.	Materielles Recht	135
	(1) Parallelen zur deutschen Gesetzgebung	135
	(2) § 1 UWG und § 2 UWG	136
bb.	Verfahrensrecht	136
	Spanien	136
aa.	Verfahrensrecht	136
	(1) Klageformen und Klageberechtigte	137
	(2) Selbstdisziplinierung der Wirtschaft	138
bb.	Materielles Recht	138
	(1) Generalklausel	138
	(2) Das allgemeine Werbegesetz von 1988	139
	Schweden	140
aa.	Verfahrensrecht	140
	(1) Marktgericht	140
	(2) Verbraucherombudsmann	141
bb.	Materielles Recht	141
	(1) Rechtsprechung	141
	(2) Gute kaufmännische Sitten	142
	(3) Novellierung des Wettbewerbsgesetzes	143
h.	Finnland	143

Deliktische Generalklauseln	144
a. Frankreich	144
aa. Materielles Recht	144
(1) Art. 1382, 1383 des Code Civil	145
(2) Fallgruppen	145
(3) Code de la Consommation	146
bb. Verfahrensrecht	147
(1) Sachliche Zuständigkeit	147
(2) Conseil de la Concurrence	147
b. Italien	148
aa. Materielles Recht	148
(1) Rechtsgrundlage	148
(2) Schutzzielbestimmung	149
bb. Verfahrensrecht	149
(1) Selbstdisziplinierungsorganisation	149
(2) Gerichtliche Durchsetzung	150
c. Niederlande	150
aa. Materielles Recht	150
(1) Strafrechtliche Verfolgung	150
(2) Zivilrechtliche Verfolgung	151
bb. Verfahrensrecht	152
(1) Selbstkontrolle	152
(2) Vorgehen	152
Sonstiges	153
a. Großbritannien	153
aa. Materielles Recht	153
(1) Rechtsprechung	153
(2) Neuere Entwicklung	153
bb. Verfahrensrecht	155
(1) Selbstkontrolle	155
(2) Klagebefugnis	155
b. Irland	156
aa. Materielles Recht	156
(1) Restrictive Practices Act	156
(2) Consumer Information Act	156
bb. Verfahrensrecht	157

c. Portugal	157
aa. Materielles Recht	157
(1) Systematisierung	157
(2) Generalklausel	158
bb. Verfahrensrecht	159
B. Die Entwicklung der vergleichenden Werbung in den europäischen Staaten	159
I. Einführung	159
II. Vergleichende Werbung als Erlaubnistatbestand	160
1. Mit geringen Vorbehalten	160
a. Griechenland	160
aa. Rechtsprechung zur Generalklausel	160
bb. Art. 20 des Verbraucherschutzgesetzes	160
b. Großbritannien	162
aa. Fallgruppe "tort of injurious falsehood"	162
bb. Tatbestand des "passing-off"	163
cc. Beschränkung durch das Markenrecht	163
c. Irland	164
d. Portugal	165
aa. Streitstand	165
bb. Art. 16 des Werbegesetzbuchs von 1990	165
cc. Vergleich zur bisherigen Rechtslage	165
e. Schweden und Finnland	166
f. Spanien	167
aa. Gesetzliche Grundlage	167
(1) Art. 6 c des Allgemeinen Werbegesetzes	168
(2) Art. 10 des neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb	169
bb. Das Wirken der Selbstdisziplinierungsorgane	170
2. Mit großen Vorbehalten	170
a. Dänemark	170
aa. Gründe und Erfahrungen mit der zulässigen vergleichenden Werbung	170
bb. Aufgestellte Bedingungen	171
b. Frankreich	172
aa. Entwicklung der Rechtsprechung	172
bb. Vorgabe des Gesetzgebers	174

c. Niederlande	176
aa. Einzelfallbetrachtung	176
bb. Rechtsprechung der "Reklame Code Kommission"	177
d. Österreich	178
aa. Stand vor der UWG Novellierung 1988	178
bb. Änderung des § 2 UWG	179
III. Vergleichende Werbung als Verbotstatbestand	180
1. Mit engen Ausnahmen	180
a. Belgien	180
aa. Bisherige Regelungen	180
bb. Ausgestaltung des Verbots durch die Rechtsprechung	181
b. Luxemburg	183
aa. Regelung des Benelux-Markengesetzes	183
bb. Entwicklung des Verbotstatbestands	183
2. Mit weiteren Ausnahmen	184
a. Bundesrepublik Deutschland	184
aa. Fallgruppe Behinderung	185
bb. Ausnahmetatbestände	186
b. Italien	187
aa. Bedingungen der Rechtsprechung	187
bb. Vorschriften der Werbeselbstkontrolle	188
IV. Entwicklung in den ehemaligen Ostblockstaaten	188
1. Gesetzgebung zum Wettbewerbsrecht	188
2. Regelungstatbestände der vergleichenden Werbung	190
a. Bulgarien	190
b. Polen	190
c. Rumänien	191
d. Slowenien	191
e. Tschechien	192
f. Ungarn	192
C. Zusammenfassung	193
I. Zum Wettbewerbsrecht in den Mitgliedstaaten	193
1. Neuere Entwicklung	193
2. Schutzzweckbestimmungen	194
3. Klageberechtigung	194
4. Überwachung und Durchsetzung	195

II.	Zur vergleichenden Werbung in den Mitgliedstaaten	195
1.	Formale Unterschiede	195
2.	Materielle Unterschiede	196
a.	Begrenzung aus der Sicht des betroffenen Konkurrenten	196
aa.	Wahr	197
bb.	Sachlich	197
cc.	Wesentlich	197
dd.	Vergleichbar	198
ee.	Zusammenfassung	198
b.	Begrenzung aus der Sicht des Verbrauchers	198
aa.	Irreführungs- und Täuschungsgefahr	198
bb.	Verbraucherbild	199
(1)	Der nüchterne und kritische Verbraucher	199
(2)	Der flüchtige Verbraucher	200
D.	Ergebnis	200
Viertes Kapitel		
	Warenverkehrsfreiheit	204
A.	Einführung	204
I.	Konflikte beim innerstaatlichen Handelsverkehr	204
II.	Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit	205
B.	Art. 30 EGV	205
I.	Mengenmäßige Beschränkungen	205
II.	Maßnahme gleicher Wirkung	206
1.	Dassonville-Formel	207
a.	Tatbestand und Tenor des Urteils	207
aa.	Eignung zur Behinderung	208
bb.	Fehlendes Spürbarkeitserfordernis	208
cc.	Maßnahme	209
b.	Fortentwicklung	209
aa.	Anwendung bei unterschiedslos geltenden Maßnahmen	209
bb.	Systematisierung der Rechtsprechung	210

2.	Präzisierung durch Cassis de Dijon	211
a.	Tatbestand und Tenor des Urteils	211
b.	Zwingende Erfordernisse	212
aa.	Lauterkeit des Handelsverkehrs	212
bb.	Verbraucherschutz	214
	(1) Verbraucherleitbild des EuGH	214
	(2) Eigenständige Bedeutung	215
cc.	Verhältnismäßigkeit	215
c.	Folge für Dassonville	216
3.	Werbebeschränkungen und Dassonville	218
a.	Behinderung von Werbemaßnahmen	218
aa.	Behinderung durch unterschiedliche Absatzförderungs-systeme	219
bb.	Beeinträchtigung der Informationsmöglichkeit	219
b.	Werbemaßnahme als Maßnahme im Sinne des Art. 30 EGV	221
c.	Ausschluß oder Rechtfertigung des Verbots der vergleichenden Werbung	221
aa.	Ausschlußtatbestand des Art. 30 EGV	221
bb.	Rechtfertigungstatbestand des Art. 36 EGV	222
4.	Kritik an Dassonville und Cassis	223
C.	Art. 30 EGV nach "Keck"	226
I.	Die Keck-Entscheidung des EuGH	226
1.	Sachverhalt und Tenor des Urteils	226
2.	Problem grenzüberschreitender Verkehr	227
3.	Fortsetzung in der Hünernmund-Entscheidung	228
II.	Reaktionen auf Keck	229
III.	Konkretisierung der neuen Spruchpraxis	230
1.	"Clinique"	230
2.	"PuntoCasa"	232
3.	"tHeukske"	232
4.	"Fernsehwerbung"	233
5.	"Mars"	234
6.	"Milchprodukte"	234
7.	"Belgapom/ITM"	235

IV. Unterscheidung Verkaufsmodalität und Warenmodalität	236
1. Keck als gefestigte Rechtsprechung	236
2. Eingriffsvoraussetzungen nach Keck	236
a. Potentielle Behinderung	236
b. Weitere Bedingungen	237
c. Ausschlußtatbestand	238
3. Bestimmte Verkaufsmodalitäten	239
a. Rechtsprechung	239
b. Entwicklung allgemeiner Grundsätze	240
4. Keck und Werbebeschränkungen	242
a. Werbung als Verkaufsmodalität	242
b. Insbesondere vergleichende Werbung	244
5. Kritik an Keck	245
a. Zielsetzung	245
b. Zielerreichung	247
V. Inländerdiskriminierung	248
1. Tatbestand	248
a. Ursache	248
b. Beispiel Yves Rocher-Entscheidung	249
2. Beurteilung	250
a. Der EuGH und gemeinschaftsrechtliche Lösungsansätze	250
aa. Diskriminierungsverbot nach Art. 6 EGV	250
bb. Allgemeines Diskriminierungsverbot	250
cc. Bewertung durch den EuGH	251
b. Nationaler Lösungsansatz und deutsche Gerichte	252
aa. Grundrechtsschutz	252
(1) Berufsfreiheit Art. 12 GG	252
(2) Gleichbehandlungsgrundsatz Art. 3 GG	252
bb. Rechtsprechung	253
3. Ergebnis	254
D. Ergebnis	255

Fünftes Kapitel

Notwendigkeiten und Grenzen der Harmonisierung im Wettbewerbsrecht 258

A. Die Angleichung der vergleichenden Werbung 258

I. Art. 3b Abs. 1 und Abs. 3 EGV 258

II. Art. 3b Abs. 2 EGV und die Gemeinschaftsmaßnahme zur vergleichenden Werbung 259

1. "Ausreichende" Regelung auf der Ebene der Mitgliedstaaten 259

a. Unterschiede in den Mitgliedstaaten 259

b. Nationale Regelungen zur vergleichenden Werbung als Behinderung im Sinne des Art. 30 EGV 260

2. "Bessere" Regelung durch Gemeinschaftsmaßnahme 261

a. Irreführungsgefahr 262

b. Sonstige Kriterien 263

3. Ergebnis 263

B. Angleichung des gesamten Wettbewerbsrechts 264

I. Unterschiedliche Schutzzielbestimmungen der nationalen Rechtsordnungen 264

II. Rechtfertigung einer Gemeinschaftsmaßnahme 265

III. Grenzen der Einzelatbestände 265

IV. Vorgaben für eine Gesamtregelung 266

1. Notwendigkeit einer Generalklausel 267

2. Irreführungstatbestand 267

Sechstes Kapitel

Ausblick und Thesen 269

A. Ausblick 269

B. Thesen 271

Literaturverzeichnis 275