



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
VERICA TRSTENJAK
vom 6. September 2012¹

Rechtssache C-206/11

**Georg Köck
gegen
Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb**

(Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs [Österreich])

„Richtlinie 2005/29/EG — Harmonisierung — Verbraucherschutz — Unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen — Verfahrensmäßige Ausgestaltung der Instrumente zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken — Regelung eines Mitgliedstaats, nach der für die Ankündigung von Ausverkäufen eine vorherige behördliche Bewilligung erforderlich ist“

Inhaltsverzeichnis

I	– Einleitung	3
II	– Rechtlicher Rahmen	4
1.	Unionsrecht	4
2.	Nationales Recht	6
III	– Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage	8
IV	– Verfahren vor dem Gerichtshof	9
V	– Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	9
VI	– Rechtliche Würdigung	11
A	– Einleitende Bemerkungen	11
B	– Analyse der Rechtsfragen	12
1.	Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/29	13

¹ – Originalsprache: Deutsch.

a) Sachlicher Anwendungsbereich	13
b) Persönlicher Anwendungsbereich	13
c) Kein Ausnahmetatbestand	14
d) Zwischenergebnis	14
2. Verfahrensrechtliche Aspekte der Vorlagefrage	15
a) Überprüfungscompetenz nationaler Verwaltungsbehörden	15
b) Behördliche Kompetenz zur Vornahme einer Ex-ante-Kontrolle	15
c) Vereinbarkeit eines strafbewehrten gesetzlichen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt mit der Richtlinie	17
d) Gerichtliche Kontrolle der behördlichen Entscheidung	19
i) Darstellung der Problematik	19
ii) Mitgliedstaatliches Ausgestaltungsermessen in Verfahrensfragen	19
iii) Verbot der Außerachtlassung der Pflicht zur Vornahme einer Einzelfallbeurteilung	20
e) Zwischenergebnis	22
3. Materiell-rechtliche Aspekte der Vorlagefrage	22
a) Allgemeines	22
b) Untersuchung der Struktur beider Regelungswerke	23
i) Regelungsstruktur der Richtlinie 2005/29	23
ii) Die materiellen Regelungen des UWG über die Ankündigung von Ausverkäufen ..	23
c) Vereinbarkeit der materiellen Regelungen mit der Richtlinie 2005/29	24
i) Verhängung von allgemeinen Verboten	24
ii) Erfordernis von Gründen für die Ankündigung eines Ausverkaufs	25
– Ankündigung der Einstellung und Übersiedlung des Gewerbebetriebs	26
– Sonstige in § 33b Nr. 4 UWG angeführte Gründe	26
d) Zwischenergebnis	27
4. Zusammenfassende Schlussfolgerungen	28
VII – Ergebnis	29

I – Einleitung

1. Dem Handel und der damit einhergehenden Frage des Schutzes der am Leistungsaustausch beteiligten Parteien, die man heute als Unternehmer und Verbraucher bezeichnen würde, wurde bereits in der griechischen und in der römischen Mythologie besondere Aufmerksamkeit zuteil. Sogar die Götter wurden bemüht, wenn es galt, die Händler und ihre Abnehmer zu schützen. So war in der griechischen Mythologie Hermes (und Merkur in der römischen Mythologie) sowohl Schutzgott der Kaufleute als auch des Verkehrs, der Reisenden und der Hirten. Heutzutage werden die Verbraucher und die Händler nicht mehr vorrangig von Göttern, sondern vielmehr durch irdische Gesetze und Gerichte geschützt. Diese sollen sowohl die Interessen der Verbraucher als auch diejenigen der Händler angemessen berücksichtigen und miteinander in Einklang bringen.

2. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV ersucht der Oberste Gerichtshof Österreichs (im Folgenden: vorlegendes Gericht) den Gerichtshof der Europäischen Union um Auslegung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt². Dabei geht es im Wesentlichen um die Frage, ob die Bestimmungen dieser Richtlinie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der für die Ankündigung von Ausverkäufen eine vorherige Bewilligung durch eine Verwaltungsbehörde erforderlich ist.

3. Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Herrn Köck, der ein Einzelunternehmen betreibt, und dem Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (im Folgenden: Schutzverband), einer Einrichtung, die nach dem innerstaatlichen Recht ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken hat. Die Parteien streiten darüber, ob Herr Köck berechtigt war, einen Ausverkauf anzukündigen, ohne über die nach nationalem Recht erforderliche Bewilligung durch die Bezirksverwaltungsbehörde zu verfügen. Dabei stellt sich u. a. die Frage, ob die Richtlinie 2005/29 es zulässt, dass ein Mitgliedstaat im Zuge der Umsetzung dieser Richtlinie in seine Rechtsordnung die Ankündigung eines Ausverkaufs unter einen generellen Erlaubnisvorbehalt stellt, wobei Verstöße gegen die gesetzlich vorgesehene Antragspflicht geahndet werden, ohne dass in der Sache eine Prüfung der Lauterkeit einer solchen Handelspraktik erfolgt.

4. Die vorliegende Rechtssache unterscheidet sich in einem wesentlichen Aspekt von den anderen Rechtssachen, in denen der Gerichtshof ebenfalls aufgefordert war, zur unionsrechtskonformen Umsetzung der Richtlinie 2005/29 Stellung zu nehmen, und zwar darin, dass es hier nicht nur um die Umsetzung der materiell-rechtlichen Richtlinienvorgaben, sondern vor allem um die verfahrensmäßige Ausgestaltung der Instrumente zur Bekämpfung unlauterer Handelspraktiken im Geschäftsverkehr innerhalb der einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen geht. Damit wird der Frage nachzugehen sein, ob der Unionsgesetzgeber vom Ansatz der vollständigen Harmonisierung, der grundsätzlich für die materiell-rechtlichen Richtlinienvorgaben gilt, Abstand genommen hat, um den Mitgliedstaaten einen verfahrensmäßigen Ausgestaltungsspielraum einzuräumen.

2 — 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, S. 22).

II – Rechtlicher Rahmen

1. Unionsrecht

5. Art. 1 der Richtlinie 2005/29 lautet:

„Zweck dieser Richtlinie ist es, durch Angleichung der Rechts und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen.“

6. Art. 2 der Richtlinie 2005/29 bestimmt:

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

...

d) ‚Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern‘ (nachstehend auch ‚Geschäftspraktiken‘ genannt) jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt;

...“

7. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie sieht vor:

„Diese Richtlinie gilt für unlautere Geschäftspraktiken im Sinne des Artikels 5 zwischen Unternehmen und Verbrauchern vor, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts.“

8. Art. 5 der Richtlinie, der mit „Verbot unlauterer Geschäftspraktiken“ überschrieben ist, bestimmt:

„(1) Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten.

(2) Eine Geschäftspraxis ist unlauter, wenn

a) sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht

und

b) sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet oder des durchschnittlichen Mitglieds einer Gruppe von Verbrauchern, wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen.

...

(5) Anhang I enthält eine Liste jener Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind. Diese Liste gilt einheitlich in allen Mitgliedstaaten und kann nur durch eine Änderung dieser Richtlinie abgeändert werden.“

9. Art. 11 der Richtlinie, der mit „Durchsetzung“ überschrieben ist, bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen im Interesse der Verbraucher sicher, dass geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorhanden sind, um die Einhaltung dieser Richtlinie durchzusetzen.

Diese Mittel umfassen Rechtsvorschriften, die es Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken haben, einschließlich Mitbewerbern, gestatten,

- a) gerichtlich gegen solche unlauteren Geschäftspraktiken vorzugehen
und/oder
- b) gegen solche unlauteren Geschäftspraktiken ein Verfahren bei einer Verwaltungsbehörde einzuleiten, die für die Entscheidung über Beschwerden oder für die Einleitung eines geeigneten gerichtlichen Verfahrens zuständig ist.

...

(2) Im Rahmen der in Absatz 1 genannten Rechtsvorschriften übertragen die Mitgliedstaaten den Gerichten oder Verwaltungsbehörden Befugnisse, die sie ermächtigen, in Fällen, in denen sie diese Maßnahmen unter Berücksichtigung aller betroffenen Interessen und insbesondere des öffentlichen Interesses für erforderlich halten,

- a) die Einstellung der unlauteren Geschäftspraktiken anzuordnen oder ein geeignetes gerichtliches Verfahren zur Anordnung der Einstellung der betreffenden unlauteren Geschäftspraxis einzuleiten,
oder
- b) falls die unlautere Geschäftspraxis noch nicht angewandt wurde, ihre Anwendung jedoch bevorsteht, diese Praxis zu verbieten oder ein geeignetes gerichtliches Verfahren zur Anordnung des Verbots dieser Praxis einzuleiten,

auch wenn kein tatsächlicher Verlust oder Schaden bzw. Vorsatz oder Fahrlässigkeit seitens des Gewerbetreibenden nachweisbar ist.

Die Mitgliedstaaten sehen ferner vor, dass die in Unterabsatz 1 genannten Maßnahmen im Rahmen eines beschleunigten Verfahrens mit

— vorläufiger Wirkung

oder

— endgültiger Wirkung

getroffen werden können, wobei jedem Mitgliedstaat vorbehalten bleibt zu entscheiden, welche dieser beiden Möglichkeiten gewählt wird.

Außerdem können die Mitgliedstaaten den Gerichten oder Verwaltungsbehörden Befugnisse übertragen, die sie ermächtigen, zur Beseitigung der fortdauernden Wirkung unlauterer Geschäftspraktiken, deren Einstellung durch eine rechtskräftige Entscheidung angeordnet worden ist,

- a) die Veröffentlichung dieser Entscheidung ... zu verlangen;
- b) außerdem die Veröffentlichung einer berichtigenden Erklärung zu verlangen.

...

Werden die in Absatz 2 genannten Befugnisse ausschließlich von einer Verwaltungsbehörde ausgeübt, so sind die Entscheidungen stets zu begründen. In diesem Fall sind ferner Verfahren vorzusehen, in denen eine fehlerhafte oder unsachgemäße Ausübung der Befugnisse durch die Verwaltungsbehörde oder eine fehlerhafte oder unsachgemäße Nichtausübung dieser Befugnisse von den Gerichten überprüft werden kann.“

10. In Anhang I der Richtlinie („Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten“) sind insbesondere folgende irreführende Geschäftspraktiken genannt:

„4. Die Behauptung, dass ein Gewerbetreibender (einschließlich seiner Geschäftspraktiken) oder ein Produkt von einer öffentlichen oder privaten Stelle bestätigt, gebilligt oder genehmigt worden sei, obwohl dies nicht der Fall ist, oder die Aufstellung einer solchen Behauptung, ohne dass den Bedingungen für die Bestätigung, Billigung oder Genehmigung entsprochen wird.

...

7. Falsche Behauptung, dass das Produkt nur eine sehr begrenzte Zeit oder nur eine sehr begrenzte Zeit zu bestimmten Bedingungen verfügbar sein werde, um so den Verbraucher zu einer sofortigen Entscheidung zu verleiten, so dass er weder Zeit noch Gelegenheit hat, eine informierte Entscheidung zu treffen.

...

15. Behauptung, der Gewerbetreibende werde demnächst sein Geschäft aufgeben oder seine Geschäftsräume verlegen, obwohl er dies keineswegs beabsichtigt.“

2. Nationales Recht

11. Die Richtlinie 2005/29 wurde in Österreich mit Wirkung zum 12. Dezember 2007 durch eine Änderung³ des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984⁴ (im Folgenden: UWG) umgesetzt.

12. Ziff. 7 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29 wurde im Rahmen der UWG-Novelle 2007 wörtlich in Ziff. 7 des Anhangs des UWG übernommen.

Unterabschnitt 4a des UWG (§§ 33a bis 33f), der bereits im Jahr 1992 in das UWG eingefügt worden war, enthält folgende Vorschriften über die „Ankündigung von Ausverkäufen“:

„§ 33a.

(1) Unter Ankündigung eines Ausverkaufes im Sinne dieses Bundesgesetzes werden alle öffentlichen Bekanntmachungen oder für einen größeren Kreis von Personen bestimmten Mitteilungen verstanden, die auf die Absicht schließen lassen, Waren in größeren Mengen beschleunigt im Kleinverkauf abzusetzen, und zugleich geeignet sind, den Eindruck zu erwecken, dass der Gewerbetreibende durch

3 — BGBl. I Nr. 79/2007.

4 — BGBl. I Nr. 448/1984.

besondere Umstände genötigt ist, beschleunigt zu verkaufen, und deshalb seine Waren zu außerordentlich vorteilhaften Bedingungen oder Preisen anbietet. Bekanntmachungen oder Mitteilungen, in denen die Worte ‚Ausverkauf‘, ‚Liquidationsverkauf‘, ‚Räumungsverkauf‘, ‚Schnellverkauf‘, ‚Verkauf zu Schleuderpreisen‘, ‚Wir räumen unser Lager‘ oder Worte ähnlichen Sinnes vorkommen, gelten jedenfalls als Ankündigung eines Ausverkaufes.

(2) Nicht unter die Bestimmungen der §§ 33a bis 33e fallen jedoch Bekanntmachungen und Mitteilungen über Saisonschlussverkäufe, Saisonräumungsverkäufe, Inventurverkäufe und dergleichen und im bezüglichen Geschäftszweig und zu bestimmten Jahreszeiten allgemein übliche Sonderverkäufe (z. B. ‚Weiße Woche‘, ‚Mantelwoche‘).

(3) Z 7 des Anhangs bleibt davon unberührt.

§ 33b.

Die Ankündigung eines Ausverkaufes ist nur mit Bewilligung der nach dem Standorte des Ausverkaufes zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zulässig. Das Ansuchen um die Bewilligung ist schriftlich einzubringen und hat nachstehende Angaben zu enthalten:

1. die zu veräußernden Waren nach Menge, Beschaffenheit und Verkaufswert;
2. den genauen Standort des Ausverkaufes;
3. den Zeitraum, währenddessen der Ausverkauf stattfinden soll;
4. die Gründe, aus denen der Ausverkauf stattfinden soll, wie Ableben des Geschäftsinhabers, Einstellung des Gewerbebetriebes oder Auflassung einer bestimmten Warengattung, Übersiedlung des Geschäftes, Elementarereignisse und dergleichen;
5. ...

§ 33c.

(1) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat vor der Entscheidung über das Ansuchen die nach dem Standort des Ausverkaufes zuständige Landeskommission der gewerblichen Wirtschaft aufzufordern, innerhalb einer Frist von zwei Wochen ein Gutachten abzugeben.

(2) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat über das Ansuchen binnen einem Monat nach dessen Einlangen zu entscheiden.

(3) Die Bewilligung ist zu verweigern, wenn keine Gründe im Sinne des § 33b Z 4 vorliegen oder wenn der Verkauf nicht für einen durchgehenden Zeitraum angekündigt werden soll. Die Bewilligung ist außerdem zu verweigern, wenn der Verkauf in die Zeit vom Beginn der vorletzten Woche vor Ostern bis Pfingsten, vom 15. November bis Weihnachten fallen oder länger als ein halbes Jahr dauern soll, es sei denn, es handelt sich um die Fälle des Todes des Gewerbetreibenden, um Elementarereignisse oder andere ebenso rücksichtswürdige Fälle. Besteht der Gewerbebetrieb noch nicht volle drei Jahre, so ist die Bewilligung nur in den Fällen des Todes des Gewerbetreibenden, von Elementarereignissen oder in anderen ebenso rücksichtswürdigen Fällen zu erteilen.

(4) ...

§ 33d.

(1) Jede Ankündigung des Ausverkaufes hat die Gründe des beschleunigten Verkaufes, den Zeitraum, währenddessen der Ausverkauf stattfinden soll, und eine allgemeine Bezeichnung der zum Verkauf gelangenden Waren zu enthalten. Diese Angaben müssen dem Bewilligungsbescheid entsprechen.

(2) Nach Ablauf des im Bewilligungsbescheid angegebenen Verkaufszeitraumes ist jede Ankündigung eines Ausverkaufes zu unterlassen.

(3) Während des im Bewilligungsbescheid angegebenen Verkaufszeitraumes ist der Verkauf der in der Ankündigung bezeichneten Waren nur in der im Bewilligungsbescheid angegebenen Menge gestattet. Jeder Nachschub von Waren dieser Gattungen ist verboten.

(4) ...“

13. § 34 Abs. 3 UWG enthält folgende Bestimmung betreffend u. a. Unterabschnitt 4a:

„Wer den Vorschriften dieses Abschnittes zuwiderhandelt, kann unbeschadet der Strafverfolgung auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Der Anspruch kann nur im ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht werden. ...“

III – Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

14. Herr Köck betreibt ein Einzelhandelsunternehmen in Innsbruck. Er kündigte in einem Inserat einen „Totalabverkauf“ seiner Waren an und warb dafür vor seinem Verkaufslokal mit Plakatständern und Scheibenklebern. Neben dem Ausdruck „Totalabverkauf“ verwendete er dort auch Formulierungen wie „Alles muss raus!“ und „bis zu minus 90%“. Eine Bewilligung der Bezirksverwaltungsbehörde hatte Herr Köck für die Ankündigung des Ausverkaufes nicht eingeholt.

15. Nach Auffassung des Schutzverbands verstößt die Ankündigung gegen die §§ 33a ff. UWG. Danach sei die von Herrn Köck vorgenommene Ankündigung eines Ausverkaufes nur nach vorheriger Bewilligung durch die Bezirksverwaltungsbehörde zulässig. Diese Regelung sei mit der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vereinbar und daher weiterhin anzuwenden.

16. Der Schutzverband beantragte daher beim Landesgericht Innsbruck, Herrn Köck durch einstweilige Verfügung zu untersagen, einen Ausverkauf anzukündigen, ohne über die erforderliche Bewilligung durch die Bezirksverwaltungsbehörde zu verfügen. Herr Köck bestreitet eine Verletzung der Ausverkaufsbestimmungen. Er habe lediglich einen nicht bewilligungspflichtigen Abschnittsverkauf im Sinne von § 33a Abs. 2 UWG vorgenommen. Das Landesgericht Innsbruck folgte durch Beschluss vom 15. Juni 2010 der Rechtsauffassung von Herrn Köck.

17. Auf den Rekurs des Schutzverbands erließ das Oberlandesgericht Innsbruck durch Beschluss vom 6. August 2010 antragsgemäß die einstweilige Verfügung. Nach Auffassung des Rekursgerichts hat der Beklagte einen bewilligungspflichtigen Ausverkauf im Sinne des § 33a Abs. 1 UWG angekündigt. Da er nicht über eine Bewilligung nach § 33b UWG verfügt habe, sei dem Unterlassungsbegehren nach § 34 Abs. 3 UWG stattzugeben.

18. Hiergegen legte Herr Köck Revisionsrekurs zum Obersten Gerichtshof ein. Nach der vorläufigen Beurteilung des Obersten Gerichtshofs müsste dieses Rechtsmittel bei Anwendung der §§ 33a ff. UWG erfolglos bleiben. Der Oberste Gerichtshof hat allerdings Zweifel, ob diese Bestimmungen mit der Richtlinie 2005/29 vereinbar sind. Er hat daher das Verfahren über den Revisionsrekurs ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Stehen Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29 oder andere Bestimmungen dieser Richtlinie einer nationalen Regelung entgegen, wonach die Ankündigung eines Ausverkaufs ohne Bewilligung der zuständigen Verwaltungsbehörde unzulässig und daher in einem gerichtlichen Verfahren zu untersagen ist, ohne dass das Gericht in diesem Verfahren den irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Charakter dieser Geschäftspraktik prüfen müsste?

IV – Verfahren vor dem Gerichtshof

19. Die Vorlageentscheidung mit Datum vom 12. April 2011 ist am 2. Mai 2011 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

20. Schriftliche Erklärungen haben die Parteien des Ausgangsverfahrens, die Regierungen der Republik Österreich und des Königreichs Belgien sowie die Europäische Kommission innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs genannten Frist eingereicht.

21. In der mündlichen Verhandlung vom 21. Mai 2012 sind die Prozessbevollmächtigten der Parteien des Ausgangsverfahrens, die Bevollmächtigten der Regierungen der Republik Österreich und des Königreichs Belgien sowie der Bevollmächtigte der Kommission erschienen, um Ausführungen zu machen.

V – Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

22. *Herr Köck* schlägt dem Gerichtshof vor, die Vorlagefrage zu bejahen. Seiner Ansicht nach ist eine gesetzliche Regelung wie die streitgegenständliche, die den Verwaltungsbehörden gestattet, eine Bewilligung für die Ankündigung eines Ausverkaufs zu verweigern, auch wenn die fragliche Geschäftspraktik weder irreführend noch aggressiv oder in irgendeiner Form unlauter ist, mit der Richtlinie 2005/29 nicht vereinbar.

23. Er hält die Richtlinie 2005/29 im Ausgangsfall für anwendbar, da zum einen die Ankündigung eines Ausverkaufs der Definition einer Geschäftspraktik entspreche und zum anderen die streitgegenständlichen nationalen Bestimmungen darauf abzielten, nicht nur die Mitbewerber, sondern auch die Verbraucher zu schützen. Vorsorglich macht er geltend, bei den von ihm vorgenommenen Ankündigungen habe es sich nicht um die Ankündigung eines bewilligungspflichtigen Ausverkaufs im Sinne des § 33a Abs. 1 UWG, sondern vielmehr um einen nicht bewilligungspflichtigen Abschnittsverkauf gemäß § 33a Abs. 2 UWG gehandelt.

24. Ferner trägt er vor, Ziff. 7 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29 sei auf den Ausgangsfall nicht anwendbar, da er keine ausdrückliche Behauptung über eine besondere Dauer des Ausverkaufs, der in Wirklichkeit ein Abschnittsverkauf sei, erhoben habe. Des Weiteren macht er geltend, der Rechtsschutz des Einzelnen durch das nationale Recht sei nicht gewahrt, weil die Durchsetzung der Nichtanwendung des § 33c Abs. 3 UWG wegen Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht im Wege des Verwaltungsverfahrens für die betroffenen Unternehmen unzumutbar sei.

25. Sowohl der *Schutzverband* als auch die *österreichische Regierung* vertreten die Auffassung, dass die streitgegenständlichen nationalen Bestimmungen betreffend die behördliche Bewilligung von Ausverkäufen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 fielen. Diese Auffassung werde sowohl durch den neunten Erwägungsgrund als auch durch Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie bestätigt, wonach diese Richtlinie „alle Niederlassungs- oder Genehmigungsbedingungen“ unberührt lasse. Die Nichtanwendbarkeit der Richtlinie 2005/29 folge, so die österreichische Regierung, auch daraus, dass diese nicht die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmen und Behörden regele.

26. Beide Verfahrensbeteiligten machen vorsorglich Ausführungen für den Fall, dass der Gerichtshof die Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/29 dennoch bejahen sollte. So weisen sie u. a. darauf hin, dass die meisten Ausverkäufe wie z. B. Saisonschlussverkäufe, Inventurverkäufe usw. in Österreich weder verboten noch bewilligungspflichtig seien. Nur die Ankündigung bestimmter Sonderausverkäufe bedürfe einer Bewilligung. Somit stelle die streitgegenständliche nationale Regelung kein grundsätzliches allgemeines Verbot bestimmter Geschäftspraktiken dar. Im Übrigen ermächtige Art. 11 der Richtlinie die Mitgliedstaaten dazu, geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken einzuführen. Dazu gehört nach Ansicht der österreichischen Regierung auch eine *Ex-ante*-Prüfung unlauterer Geschäftspraktiken, die Vorteile gegenüber einer bloßen *Ex-post*-Prüfung aufweise. Letztere werde zumindest im Fall der Ankündigung von Ausverkäufen der in Art. 13 der Richtlinien festgeschriebenen Zielsetzung, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zur Ahndung von Verstößen gegen das nationale Umsetzungsrecht festzulegen, nicht ausreichend gerecht.

27. Beide Verfahrensbeteiligten nehmen zur Ausgestaltung des Verwaltungs- und des Gerichtsverfahrens im österreichischen Recht Stellung, wobei der Schutzverband auf die Verpflichtung der österreichischen Behörden hinweist, im Rahmen des Verfahrens zur Prüfung des Antrags auf eine Bewilligung die nationalen Bestimmungen anhand des Zwecks der Richtlinie 2005/29 auszulegen, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen. Ferner weist er darauf hin, dass das mit einem Unterlassungsklageverfahren befasste Gericht im Regelfall prüfen werde, ob eine Ankündigung im Sinne von § 33a UWG vorliege. Liege eine bewilligungspflichtige Verkaufsankündigung ohne entsprechende verwaltungsbehördliche Bewilligung vor, so dürfte dies jedenfalls den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2005/29 widersprechen. Die österreichische Regierung weist ihrerseits darauf hin, dass die österreichischen Verwaltungsbehörden die Ankündigung eines Ausverkaufs bewilligen müssten, sofern diese Ankündigung nicht irreführend sei und nicht gegen die Bestimmungen der Art. 8 und 9 der Richtlinie 2005/29 verstoße.

28. Der Schutzverband schlägt dem Gerichtshof vor, die Vorlagefrage zu verneinen. Die österreichische Regierung schlägt ihrerseits vor, die Vorlagefrage dahin gehend zu beantworten, dass die Richtlinie 2005/29 einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, wonach die Ankündigung bestimmter Sonderausverkäufe einer behördlichen Bewilligung bedarf.

29. Die *belgische Regierung* schlägt dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 2005/29 einer nationalen Regelung, die die Ankündigung eines Ausverkaufs von einer vorherigen Bewilligung abhängig macht, nicht entgegensteht, sofern mit dieser Bewilligung allein die Interessen der Mitbewerber geschützt werden sollen. Es sei jedoch Sache des nationalen Gerichts, Letzteres zu beurteilen. Im Übrigen weist die belgische Regierung darauf hin, dass die oben genannte Geschäftspraktik nicht in der Liste des Anhangs I der Richtlinie aufgeführt sei.

30. Die *Kommission* schlägt dem Gerichtshof vor, die Vorlagefrage zu bejahen. Hinsichtlich der Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/29 auf den Ausgangsfall weist sie darauf hin, dass die Ankündigungen von Ausverkäufen als Geschäftspraktiken einzustufen seien. Zudem dienten die streitgegenständlichen Bestimmungen nicht nur dem Schutz von Wettbewerbern, sondern auch dem der Verbraucher. Ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, wie es die streitgegenständliche nationale Regelung vorsehe, sei jedoch nicht mit Art. 5 Abs. 2, 4 und 5 der Richtlinie 2005/29 sowie

mit den Ziff. 7 und 15 ihres Anhangs I vereinbar. Darüber hinaus stehe ein solcher Mechanismus nicht in Einklang mit dem Ansatz der Vollharmonisierung, den die Richtlinie verfolge. Ferner sehe Art. 11 der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken einführen müssen, keine derartige *Ex-ante*-Prüfung aller betreffenden Geschäftspraktiken durch die nationalen Verwaltungsbehörden vor. Ebenso wenig könnten die streitgegenständlichen nationalen Bestimmungen durch Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie gerechtfertigt werden, da diese Richtlinienbestimmung nur für reglementierte Berufe gelte, was nicht auf den Ausgangsfall zutreffe. Nach Auffassung der Kommission kann aus Ziff. 4 des Anhangs I der Richtlinie auch kein Argument für die Zulässigkeit eines generellen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt abgeleitet werden.

VI – Rechtliche Würdigung

A – Einleitende Bemerkungen

31. Der Unionsgesetzgeber hat den Mitgliedstaaten eine Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29 bis zum 12. Juni 2007 gesetzt, wobei ihre endgültige Anwendung ab dem 12. Dezember 2007 zu erfolgen hatte. Nachdem mittlerweile alle Mitgliedstaaten dieser Pflicht zur fristgemäßen Umsetzung und Anwendung nachgekommen sind⁵, ist es an der Zeit, sich der Frage der ordnungsgemäßen Umsetzung in den einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zuzuwenden. Denn nur eine optimale Umsetzung kann sicherstellen, dass das Richtlinienziel, mittels Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen, erreicht wird⁶.

32. Der Gerichtshof hat in mehreren Vorabentscheidungen Gelegenheit gehabt, mittelbar zur richtlinienkonformen Umsetzung in Belgien⁷, Deutschland⁸, Polen⁹, Österreich¹⁰ und Schweden¹¹ Stellung zu nehmen¹². Denn obwohl seine Kompetenz im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 267 AEUV darin besteht, das Unionsrecht auszulegen und nicht etwa sich zur Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit dem Unionsrecht auszusprechen¹³, hat gerade diese

5 – Vgl. zum Stand der Umsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten Henning-Bodewig, F., „Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in den EU-Mitgliedstaaten: eine Bestandsaufnahme“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2010, S. 273 f.

6 – Die Rechtsangleichung des Lauterkeitsrechts mittels Richtlinien trägt dazu bei, das Ziel der Errichtung des Binnenmarkts unter Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus zu erreichen. Ein Vorteil dieser Methode besteht darin, dass sich damit kaum mehr Konflikte zwischen den betreffenden Grundfreiheiten und nationalen Verbraucherschutzmaßnahmen stellen, da der Unionsgesetzgeber bereits beide Interessen in Einklang gebracht hat (vgl. allein zur Problematik der Verkaufsmodalitäten im Bereich des Warenverkehrsrechts Picod, F., „La jurisprudence Keck et Mithouard, a-t-elle un avenir“, *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Brüssel 2011, S. 47).

7 – Urteil vom 23. April 2009, VTB-VAB und Galatea (C-261/07 und C-299/07, Slg. 2009, I-2949).

8 – Urteil vom 14. Januar 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, Slg. 2010, I-217).

9 – Urteil vom 11. März 2010, Telekomunikacja Polska (C-522/08, Slg. 2010, I-2079).

10 – Urteil vom 9. November 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, Slg. 2010, I-10909; im Folgenden: Urteil Mediaprint). Vgl. im Zusammenhang mit der Pflicht der Mitgliedstaaten zur ordnungsgemäßen Umsetzung Griller, S., „Direktwirkung und richtlinienkonforme Auslegung“, *10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich*, Wien/Graz 2006, S. 91, der sich eingehend mit der Wirkung von Richtlinien innerhalb der österreichischen Rechtsordnung befasst.

11 – Urteil vom 12. Mai 2011, Ving Sverige (C-122/10, Slg. 2011, I-3903).

12 – Für eine Übersicht der Rechtsprechung vgl. Namysłowska, M., „Trifft die Schwarze Liste der unlauteren Geschäftspraktiken ins Schwarze? Bewertung im Lichte der EuGH-Rechtsprechung“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2010, S. 1033.

13 – Vgl. u. a. Urteile vom 15. Juli 1964, Costa (6/64, Slg. 1964, 1251, 1268), vom 29. November 2001, De Coster (C-17/00, Slg. 2001, I-9445, Randnr. 23), und vom 16. Januar 2003, Pansard u. a. (C-265/01, Slg. 2003, I-683, Randnr. 18).

Auslegungstätigkeit zu einem besseren Verständnis der Bedeutung und der Tragweite der einzelnen Richtlinienbestimmungen beigetragen. Dies hat es den Mitgliedstaaten wiederum ermöglicht, ihre Umsetzungsregelungen nachträglich anzupassen, um den unionsrechtlichen Vorgaben zu genügen¹⁴.

33. Bislang bezogen sich die Ersuchen mitgliedstaatlicher Gerichte um Vorabentscheidung allein auf jene Richtlinienbestimmungen, auf deren Grundlage sich die Unlauterkeit von Geschäftspraktiken beurteilen lässt. Dabei konnte festgestellt werden, dass die Unvereinbarkeit der jeweiligen nationalen Bestimmungen im Wesentlichen darauf zurückzuführen war, dass sie dem Vollharmonisierungsansatz, den die Richtlinie auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts verfolgt, zuwiderliefen¹⁵. Durch den Erlass allgemeiner Verbote für einzelne Geschäftspraktiken hatten die Mitgliedstaaten auf unzulässige Weise die in Anhang I der Richtlinie enthaltene abschließende Liste verbotener Geschäftspraktiken erweitern wollen¹⁶. Dies war auch Gegenstand der Rechtssache C-540/08 (Mediaprint), die ein im österreichischen UWG verankertes Zugabeverbot betraf. Infolgedessen hat der Gerichtshof auch festgestellt, dass die Richtlinie einer solchen als allgemeines Verbot gefassten nationalen Regelung entgegensteht¹⁷.

B – Analyse der Rechtsfragen

34. Gewisse Parallelen zwischen jener und der vorliegenden Rechtssache bestehen insofern, als dieses Vorabentscheidungsersuchen darauf abzielt, vom Gerichtshof feststellen zu lassen, ob die streitgegenständliche nationale Regelung über die Ankündigung von Ausverkäufen ebenfalls als allgemeines Verbot ausgestaltet ist, das im Widerspruch zur Richtlinie 2005/29 steht. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die aufgeworfene Problematik darüber hinaus auch eine verfahrensrechtliche Komponente hat: Das vorlegende Gericht begehrt nämlich Aufschluss darüber, ob ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, wie es das österreichische Recht vorsieht, den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Damit verbunden ist die Frage der verfahrensmäßigen Ausgestaltung der Instrumente zur Bekämpfung von unlauteren Geschäftspraktiken, wobei zu untersuchen sein wird, ob die Richtlinie eine *Ex-ante*-Kontrolle solcher Geschäftspraktiken seitens der Verwaltungsbehörden zulässt. In Anbetracht dessen, dass diese Frage bislang nicht Gegenstand der Rechtsprechung des Gerichtshofs war, verdient sie eine gesonderte Analyse.

35. Um dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben sowie im Interesse der Übersichtlichkeit, werde ich meine Untersuchung der Vorlagefrage in drei verschiedene Themenkomplexe gliedern: Zunächst werde ich prüfen, ob die Richtlinie 2005/29 auf den Ausgangsfall anwendbar ist und somit als Maßstab für die Beurteilung der ordnungsgemäßen Umsetzung von Unionsrecht in nationales Recht in Frage kommt. Anschließend werde ich mich der oben genannten verfahrensrechtlichen Problematik zuwenden. Zum Schluss werde ich untersuchen, ob die nationalen Bestimmungen über die Bewilligung der Ankündigung von Ausverkäufen den materiell-rechtlichen Vorgaben der Richtlinie entsprechen.

14 — Bernitz, U., „The unfair commercial practices directive: its scope, ambitions and relation to the law of unfair competition“, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and techniques* (hrsg. von Stephen Weatherill/Ulf Bernitz), geht davon aus, dass eine beträchtliche Zahl von Vorabentscheidungsersuchen notwendig sein wird, um sicherzustellen, dass die Richtlinie 2005/29 in den Mitgliedstaaten richtig umgesetzt wird. Nach Auffassung des Autors dürfte dieser Prozess auch Vertragsverletzungsklagen der Kommission gegen Mitgliedstaaten einbeziehen, die spezifische richtlinienwidrige nationale Bestimmungen beizubehalten suchen.

15 — Nach Auffassung von Zimmermann, R., „The present state of European private law“, *American Journal of comparative law*, 2009, S. 479, wird der Übergang von der Mindest- zur Vollharmonisierung auf einigen Gebieten des Unionsrechts den Mitgliedstaaten Schwierigkeiten bereiten. Basedow, J., „Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, S. 190, rechnet damit, dass dieser Übergang zu zahlreichen Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof führen wird. Diese Vorhersage scheint sich im Zusammenhang mit der Richtlinie 2005/29 allmählich zu bewahrheiten.

16 — Wie Micklitz, H.-W., „Full Harmonisation of Unfair Commercial Practices under Directive 2005/29“, *International review of intellectual property and competition law*, Band 40 (2009), Nr. 4, S. 371, zutreffend erklärt, dürften die Mitgliedstaaten beim Erlass der Richtlinie 2005/29 sich nicht ganz im Klaren darüber gewesen sein, welchen erheblichen Einfluss der Vollharmonisierungsansatz auf ihr nationales Recht haben würde.

17 — Urteil Mediaprint (oben in Fn. 10 angeführt, Randnr. 38).

1. Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/29

a) Sachlicher Anwendungsbereich

36. Um vom sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 erfasst zu werden, müsste die streitgegenständliche nationale Regelung eine Geschäftspraktik im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbraucher zum Gegenstand haben. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art. 2 Buchst. d der Richtlinie den Begriff der Geschäftspraktik durch eine besonders weite Formulierung definiert als „jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt“¹⁸. Werbemaßnahmen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, welche sich auf den Verkauf von Waren an Verbraucher aus besonderem Anlass zu gesenkten Preisen beziehen, fügen sich eindeutig in den Rahmen der Geschäftsstrategie eines Gewerbetreibenden ein und hängen unmittelbar mit der Absatzförderung und dem Verkauf zusammen. Sie stellen folglich Geschäftspraktiken im Sinne der oben genannten Definition dar, so dass nationale Bestimmungen wie die in Rede stehenden, die ihre Ausübung im Einzelnen regeln, in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

b) Persönlicher Anwendungsbereich

37. Ob die streitgegenständliche nationale Regelung in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 fällt, hängt davon ab, ob sie, ebenso wie die Richtlinie selbst, auch den Schutz der Verbraucher bezweckt. Im Urteil *Mediaprint*¹⁹ hat der Gerichtshof festgestellt, dass eine nationale Regelung betreffend unlautere Geschäftspraktiken auch dann in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, wenn sie nicht nur Verbraucher schützen will, sondern auch andere Ziele verfolgt. Wie nämlich aus dem sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie hervorgeht, sind nur solche nationalen Rechtsvorschriften vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen, die *lediglich* die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern beeinträchtigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen. Selbst wenn daher die Regelung über die Ankündigung von Ausverkäufen in den §§ 33a ff. UWG nicht nur Verbraucher, sondern auch Mitbewerber oder sogar überwiegend Mitbewerber schützen wollte, würde dies die Anwendbarkeit der Richtlinie nicht ausschließen.

38. Wie der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung²⁰ mehrfach erklärt hat, ist es Sache des vorlegenden Gerichts, dem auch die Auslegung des nationalen Rechts obliegt, zu klären, ob die fragliche nationale Vorschrift tatsächlich dem Verbraucherschutz dient, damit festgestellt werden kann, ob eine solche Bestimmung in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Dazu ist festzustellen, dass das vorlegende Gericht es in seiner Vorlageentscheidung²¹ weitgehend bei der Feststellung belässt, bei der Ankündigung eines Ausverkaufs gemäß der in Art. 33a Abs. 1 UWG enthaltenen Definition handele es sich „zweifelloso um eine Geschäftspraktik im Sinne der Richtlinie 2005/29“, womit offenbar unterstellt wird, dass die streitgegenständliche Regelung in deren Anwendungsbereich fällt. Damit wird implizit angenommen, dass die streitgegenständliche Regelung jedenfalls auch dem Schutz der Verbraucher dient.

18 — Vgl. Urteile *VTB-VAB* und *Galatea* (oben in Fn. 7 angeführt, Randnr. 50), *Plus Warenhandels-gesellschaft* (oben in Fn. 8 angeführt, Randnr. 36) und *Mediaprint* (oben in Fn. 10 angeführt, Randnr. 17) sowie Beschluss vom 30. Juni 2011, *Wamo* (C-288/10, Slg. 2011, I-5835, Randnr. 30).

19 — Urteil *Mediaprint* (oben in Fn. 10 angeführt, Randnrn. 21 bis 24).

20 — Vgl. Beschluss *Wamo* (oben in Fn. 18 angeführt, Randnr. 28).

21 — Vgl. S. 7 der Vorlageentscheidung.

39. Für eine solche Schlussfolgerung sprechen einige Anhaltspunkte. Wie den Ausführungen der österreichischen Regierung²² und des Schutzverbands²³, der Rechtsprechung österreichischer Gerichte²⁴ und dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum²⁵ zu entnehmen ist, besteht der Zweck der Regelung über Ausverkäufe in § 33a Abs. 1 UWG darin, dem Missbrauch von (Schein-)Ausverkäufen unter dem Deckmantel der Anziehungskraft von öffentlichen Ankündigungen, dass ein Unternehmer durch außergewöhnliche nötigende Umstände zu einem Ausverkauf zu außerordentlich vorteilhaften Bedingungen oder Preisen gezwungen ist, zu begegnen. Diese Regelung erfasst nur angekündigte Ausverkäufe, zumal hierdurch der Eindruck besonderer Kaufvorteile hervorgerufen wird. Derartige Ankündigungen können leicht zur psychologischen Beeinflussung des Käuferpublikums und zum Nachteil der Mitbewerber missbraucht werden. Um dem entgegenzuwirken, knüpft § 33a Abs. 1 UWG die Zulässigkeit einer solchen Ankündigung an die Einholung einer behördlichen Genehmigung. Auf diese Weise soll dem Schutz einerseits der Gewerbetreibenden und Mitbewerber vor unlauterem Wettbewerb, andererseits der Kunden vor psychischer Beeinflussung Rechnung getragen werden.

40. Folglich ist jedenfalls für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens davon auszugehen, dass diese Regelung auch in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 fällt, was allerdings noch vom vorlegenden Gericht bestätigt werden muss.

c) Kein Ausnahmetatbestand

41. Eine Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/29 dürfte erst dann zu bejahen sein, wenn im Ausgangsfall kein Ausnahmetatbestand einschlägig ist. In seinen Ausführungen stellt der Schutzverband die Anwendbarkeit der Richtlinie unter Berufung auf Art. 3 Abs. 8 in Frage. Nach dieser Vorschrift, die bestimmte Gegenstände vom sachlichen Anwendungsbereich ausnimmt, „[lässt die] Richtlinie alle Genehmigungsbedingungen ... oder andere spezifische Regeln für reglementierte Berufe unberührt“. Der Schutzverband schließt daraus, dass Genehmigungsregelungen, wie behördliche Prüfvorbehalte, einschließlich der Regelungen in den §§ 33b ff. UWG über das von der Behörde durchzuführende Bewilligungsverfahren und den notwendigen Bescheidinhalt, nicht vom Anwendungsbereich umfasst seien. Diesem Vorbringen ist indes entgegenzuhalten, dass es im Ausgangsfall nicht um eine spezifische nationale Regelung für einen „reglementierten Beruf“ im Sinne dieser Vorschrift geht. Demnach ist dieser Ausnahmetatbestand nicht einschlägig.

d) Zwischenergebnis

42. Nach alledem ist festzustellen, dass nichts im Ausgangsfall darauf hindeutet, dass die Richtlinie 2005/29 keine Anwendung auf den Ausgangsfall finden könnte. Dies zu prüfen obliegt jedoch dem vorlegenden Gericht.

22 — Vgl. Randnrn. 7 und 8 des Schriftsatzes der österreichischen Regierung.

23 — Vgl. Randnr. 6 des Schriftsatzes des Schutzverbands.

24 — Vgl. Urteile des Verwaltungsgerichtshofs vom 25. Februar 1993 (Geschäftszahl: 93/04/0011) und vom 14. April 1999 (Geschäftszahl: 98/04/0159, Sammlungsnummer: 15123 A/1999); Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 25. März 2003 (Geschäftszahl: 4Ob48/03t).

25 — Vgl. Duursma, D., in: *UWG – Kommentar* (hrsg. von Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Wien 2006, § 33a, Randnr. 1, S. 1185, Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, 2. Aufl., Wien 2007, § 33a-f, Randnr. 1, S. 1034, und Feik, R., *Öffentliches Wirtschaftsrecht* (hrsg. von Michael Holoubek/Michael Potacs), Wien 2002, S. 177.

2. Verfahrensrechtliche Aspekte der Vorlagefrage

43. Nachdem die Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/29 grundsätzlich bejaht worden ist, gilt es weiter zu prüfen, ob der österreichische Gesetzgeber bei der Schaffung der verfahrensrechtlichen Mittel zur Durchsetzung der Richtlinie auf nationaler Ebene auch die darin enthaltenen unionsrechtlichen Vorgaben beachtet hat. Angesichts der vielfältigen Rechtsfragen, die das Vorabentscheidungsersuchen aufwirft, werde ich diese Rechtsfragen im Interesse der Übersichtlichkeit der Reihe nach behandeln.

a) Überprüfungscompetenz nationaler Verwaltungsbehörden

44. Die erste Frage verfahrensrechtlicher Art, die das Vorabentscheidungsersuchen aufwirft, geht dahin, ob die Richtlinie 2005/29 eine Überprüfung von Geschäftspraktiken auf ihre Unlauterkeit durch Verwaltungsbehörden zulässt. Die Antwort darauf ergibt sich meines Erachtens aus den Bestimmungen in den Art. 11 und 12 der Richtlinie, aus denen folgt, dass die Mitgliedstaaten dazu ermächtigt werden, gerichtliche Verfahren bzw. Verfahren bei Verwaltungsbehörden zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken einzuführen, um die Einhaltung dieser Richtlinie durchzusetzen. Der Alternativcharakter beider Verfahrensarten, der im Wortlaut („Gerichte oder Verwaltungsbehörden“) der einzelnen Bestimmungen deutlich zum Ausdruck kommt, zeigt, dass die Wahl des geeigneten Verfahrens grundsätzlich dem Ermessen der Mitgliedstaaten überlassen worden ist²⁶. Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass die Richtlinie 2005/29 es durchaus zulässt, dass Verwaltungsbehörden die Aufgabe der Überprüfung von Geschäftspraktiken auf ihre Lauterkeit übertragen wird.

b) Behördliche Kompetenz zur Vornahme einer *Ex-ante*-Kontrolle

45. Eine weitere Frage verfahrensrechtlicher Art, die sich hier stellt, ist, wie bereits erwähnt, ob die Richtlinie 2005/29 eine *Ex-ante*-Kontrolle solcher Geschäftspraktiken durch Verwaltungsbehörden gestattet. Dazu ist, wie das vorlegende Gericht in seiner Vorlageentscheidung²⁷ zutreffend ausgeführt hat, festzustellen, dass die Richtlinie dies jedenfalls nicht ausdrücklich verbietet. Der Richtlinie ist nicht zu entnehmen, dass sie nur *Ex-post*-Kontrollen zuließe und es daher ausschliesse, für bestimmte Geschäftspraktiken eine Vorabgenehmigung durch eine Verwaltungsbehörde vorzusehen. Wie ich im Folgenden darlegen werde, lassen sich im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung des Wortlauts und der Systematik einschlägiger Bestimmungen sogar Argumente für die Vereinbarkeit einer solchen *Ex-ante*-Kontrolle mit der Richtlinie anführen.

46. Zunächst ergibt sich aus der zentralen Vorschrift in Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2005/29 die unionsrechtliche Verpflichtung für die Mitgliedstaaten, „im Interesse der Verbraucher [sicherzustellen], dass geeignete und wirksame Mittel zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorhanden sind, um die Einhaltung dieser Richtlinie durchzusetzen“. Das bedeutet, dass die

26 — Vgl. Holzmayr-Schrenk, T., *Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, München 2010, S. 68, dem zufolge die Richtlinie 2005/29 zwar auf eine Vollharmonisierung abzielt, jedoch für den Bereich der Bekämpfung von unlauteren Geschäftspraktiken kein bestimmtes System vorschreibt. Stolze, C., *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU – Unter besonderer Berücksichtigung der Sanktionssysteme*, Hamburg 2010, S. 159, weist auf die Art. 11 und 12 der Richtlinie 2005/29 hin, aus denen sich ergebe, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, den Schutz vor unlauteren Geschäftspraktiken entweder verwaltungsrechtlich oder zivilrechtlich auszugestalten. Alexander, C., „Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, S. 810, hebt hervor, dass das Unionsrecht die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Mitgliedstaaten bislang lediglich punktuell vereinheitlicht habe und kein bestimmtes System der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vorschreibe. An dieser unionsrechtlichen Akzeptanz verschiedener Rechtsetzungssysteme ändere die Richtlinie 2005/29 nichts. Es bleibe weiterhin Sache der nationalen Gesetzgeber, ob die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken auf verwaltungsrechtlichem, strafrechtlichem oder zivilrechtlichem Wege erfolge. Ciatti, A., „La tutela amministrativa e giurisdizionale“, *La pratica commerciale sleali tra imprese e consumatori* (hrsg. von Giovanni De Cristofaro), Turin 2007, S. 267, erklärt, während die Richtlinie 2005/29 ein hohes Maß an Präzision und Detailliertheit in Bezug auf die materiell-rechtlichen Anforderungen an das nationale Umsetzungsrecht aufweise, sei dies nicht der Fall bei den Durchsetzungs- und Sanktionsmechanismen, zumal dem nationalen Gesetzgeber ein weiter Ausgestaltungsspielraum eingeräumt werde.

27 — Siehe Randnr. 3 der Vorlageentscheidung.

Vereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme mit der Richtlinie unter dem Vorbehalt steht, dass diese „geeignet“ und „wirksam“ ist, um unlauteren Geschäftspraktiken ein Ende zu setzen. Damit wird, wie ich bereits in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Banco Español de Crédito*²⁸ dargelegt habe, den Mitgliedstaaten ein weiter Ausgestaltungsspielraum eingeräumt²⁹, zumal theoretisch verschiedene Maßnahmen in Betracht kommen, die beide Voraussetzungen erfüllen. Letztlich dürften nur offensichtlich ungeeignete und unwirksame Maßnahmen ausscheiden. Diese Bestimmung trägt, wie auch im Fall anderer Rechtsinstrumente auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes festzustellen ist³⁰, den unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten Rechnung.

47. Um welche konkreten Maßnahmen es sich dabei handeln kann, legt die Richtlinie in Art. 11 Abs. 1 und 2 fest, indem sie beispielsweise die Befugnis einer Person oder Organisation, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken hat, gerichtlich gegen solche Geschäftspraktiken vorzugehen³¹ und/oder ein Verfahren bei einer Verwaltungsbehörde einzuleiten, vorsieht. Darüber hinaus sieht Art. 11 Abs. 2 eine Reihe von Befugnissen nationaler Gerichte bzw. Verwaltungsbehörden vor, mit denen diese ausgestattet werden müssen, um unlautere Geschäftspraktiken zu verbieten. Hinzu kommen die Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz sowie die Anordnung von Maßnahmen, um die Folgewirkung dieser Art von Geschäftspraktiken zu beseitigen. Dass die Liste solcher Maßnahmen keineswegs abschließend ist³², sondern allenfalls einen von allen Mitgliedstaaten einzuhaltenden Mindeststandard darstellt³³, zeigt sich zum einen an der zentralen Vorschrift des Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1, die allgemein von „Mitteln“ spricht, ohne auf einzelne Maßnahmen einzugehen. Sie wird erst durch die Bestimmung in Unterabs. 2 präzisiert, in der es heißt, dass die fraglichen Mittel die anschließend näher genannten Maßnahmen „umfassen“. Der Wortlaut dieser Bestimmung deutet darauf hin, dass die Mitgliedstaaten jedenfalls die ausdrücklich genannten Maßnahmen in ihren Rechtsordnungen einführen müssen. Er lässt jedoch nicht den Schluss zu, dass es ihnen rechtlich verwehrt wäre, andere möglicherweise ebenso geeignete und wirksame Verfahren oder Rechtsbehelfe einzuführen.

28 — Vgl. Schlussanträge vom 14. Februar 2012 in der Rechtssache *Banco Español de Crédito* (C-618/10, Urteil vom 14. Juni 2012, Nr. 105).

29 — Vgl. Stolze, C., a. a. O. (Fn. 26), S. 158, nach dessen Ansicht der elastische Wortlaut der Richtlinie 2005/29 den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Rechtsdurchsetzungsregelungen im Sinne der Art. 11 f. weite Gestaltungsmöglichkeiten lässt. Ähnlich auch Koch, E., *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken – Aggressives Geschäftsgebaren in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie*, Hamburg 2006, S. 55. Vgl. Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, S. 633, die darauf hinweist, dass die Richtlinie 2005/29 im Wesentlichen die Regelungen der Richtlinie 84/450/EWG wiederhole. Diese ließen bekanntlich weiten Spielraum für alle Arten von zivilrechtlichen, strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Systemen, solange diese nur unlauteren Wettbewerb auf adäquate und effektive Weise bekämpften. Eine weitere Harmonisierung zwischen den gerade im Bereich der Rechtsdurchsetzung sehr unterschiedlichen Systemen werde durch die Richtlinie nicht erreicht. De Cristofaro, G., „Die zivilrechtlichen Folgen des Verstoßes gegen das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken: eine vergleichende Analyse der Lösungen der EU-Mitgliedstaaten“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2010, S. 1023, beklagt die unterschiedlichen Regelungen, die aufgrund von Art. 11 der Richtlinie 2005/29 erlassen worden seien, und schließt daraus, dass der ehrgeizig angestrebte Versuch einer Vollharmonisierung der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der unlauteren Geschäftspraktiken gescheitert sei.

30 — Die Art. 11 und 12 der Richtlinie 2005/29 sind wortgleich mit den Art. 4 bis 6 der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 über irreführende und vergleichende Werbung (ABl. L 250, S. 17). Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 2005/29 weist wiederum eine gewisse Ähnlichkeit mit Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95, S. 29) auf, wonach „[d]ie Mitgliedstaaten ... dafür [sorgen], dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird“. Vgl. dazu meine Ausführungen in den Schlussanträgen vom 6. Dezember 2011 in der Rechtssache *Invitel* (C-472/10, Urteil vom 26. April 2012, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Nr. 38).

31 — Vgl. zur Bedeutung der Verbandsklage auf dem Gebiet des Verbraucherschutzrechts meine Schlussanträge in der Rechtssache *Invitel* (oben in Fn. 30 angeführt, Nrn. 36 f.).

32 — Vgl. Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Madrid 2006, S. 144.

33 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache *Banco Español de Crédito* (oben in Fn. 28 angeführt, Nr. 105). Vgl. Stuyck, J., „Enforcement of consumer rights and legal redress for consumers in the EU: An institutional model“, *New frontiers of consumer protection* (hrsg. von Fabrizio Cafaggi/H.-W. Micklitz), Oxford 2009, S. 72 f., der einerseits auf die Kompetenz der Mitgliedstaaten bei der freien Ausgestaltung der Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten auf nationaler Ebene, andererseits auf den Umstand aufmerksam macht, dass die Richtlinie 2005/29 bestimmte unionsrechtliche Mindeststandards setzt, welche die Mitgliedstaaten zwingend einhalten müssen.

48. Darüber hinaus sieht Art. 11 Abs. 2 Buchst. b ausdrücklich die Befugnis von Verwaltungsbehörden vor, eine unlautere Geschäftspraxis zu verbieten, wenn sie zwar „noch nicht angewandt wurde, ihre Anwendung jedoch bevorsteht“. Gemeint ist damit ein präventives behördliches Verbot. Sowohl die Ähnlichkeit mit diesem Mechanismus eines präventiven Verbots als auch die nicht abschließende Aufzählung von Maßnahmen zur Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken legen die Vereinbarkeit eines Mechanismus der *Ex-ante*-Kontrolle mit der Richtlinie 2005/29 bereits nahe. Dasselbe gilt im Hinblick auf die Erfüllung der Kriterien der Geeignetheit und der Wirksamkeit in Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie, zumal kaum Zweifel daran bestehen dürften, dass eine frühestmögliche Erkennung von unlauteren Handelspraktiken im Geschäftsverkehr dazu beiträgt, sie zu unterbinden, noch bevor sie ihre wettbewerbsverzerrenden Wirkungen entfalten.

49. Die Ausführungen der österreichischen Regierung³⁴ zum gesetzgeberischen Zweck der Regelungen über die Ankündigung von Ausverkäufen erscheinen mir in diesem Zusammenhang von Relevanz. Diese weist darauf hin, dass bei Ausverkäufen, die unter die Bewilligungspflicht der §§ 33a ff. UWG fallen, eine *Ex-post*-Beurteilung von unlauteren Geschäftspraktiken nicht wirksam wäre, da das Unternehmen in den meisten Fällen nach Abschluss des Ausverkaufs nicht mehr existiere. Gemeint sind damit gemäß § 33a UWG „alle öffentlichen Bekanntmachungen oder für einen größeren Kreis von Personen bestimmten Mitteilungen ..., die auf die Absicht schließen lassen, Waren in größeren Mengen beschleunigt im Kleinverkauf abzusetzen, und zugleich geeignet sind, den Eindruck zu erwecken, dass der Gewerbetreibende durch besondere Umstände genötigt ist, beschleunigt zu verkaufen, und deshalb seine Waren zu außerordentlich vorteilhaften Bedingungen oder Preisen anbietet. Bekanntmachungen oder Mitteilungen, in denen die Worte ‚Ausverkauf‘, ‚Liquidationsverkauf‘, ‚Räumungsverkauf‘, ‚Schnellverkauf‘, ‚Verkauf zu Schleuderpreisen‘, ‚Wir räumen unser Lager‘ oder Worte ähnlichen Sinnes vorkommen, gelten jedenfalls als Ankündigung eines Ausverkaufes“.

50. Unabhängig von der Frage, ob solche öffentlichen Bekanntmachungen als „unlautere Geschäftspraktiken“ im Sinne der Richtlinie 2005/29 einzuordnen sind, was letztlich einer Einzelfallbeurteilung vorbehalten ist, erscheint ein frühzeitiges Eingreifen der Behörden durch die vorgebrachten Umstände eines Ausverkaufs, die eine besondere Eilbedürftigkeit begründen, gerechtfertigt. Somit erfüllt eine Regelung, die Verwaltungsbehörden die Kompetenz zur *Ex-ante*-Kontrolle von Geschäftspraktiken einräumt, die Voraussetzungen der Geeignetheit und der Wirksamkeit gemäß Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2005/29.

51. Demnach lässt es die Richtlinie 2005/29 im Prinzip zu, dass Mitgliedstaaten ihren Verwaltungsbehörden eine Kompetenz zur Vornahme einer *Ex-ante*-Kontrolle von Geschäftspraktiken einräumen.

c) Vereinbarkeit eines strafbewehrten gesetzlichen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt mit der Richtlinie

52. Räumt man den Mitgliedstaaten eine entsprechende Befugnis ein, so müsste ihnen folgerichtig zugleich auch die grundsätzliche Befugnis zugestanden werden, ihr nationales Verfahrensrecht so zu gestalten, dass die Anwendung bestimmter, unter Umständen als unlauter zu qualifizierender Geschäftspraktiken einem gesetzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterworfen wird. Es verstößt grundsätzlich nicht gegen die Richtlinie 2005/29, wenn Gewerbetreibende gesetzlich dazu verpflichtet werden, vor Durchführung eines öffentlichen Ausverkaufs eine behördliche Bewilligung einzuholen, zumal diese gesetzliche Anforderung lediglich eine Verfahrensmodalität darstellt, die dazu dient, die *Ex-ante*-Kontrolle der Verwaltungsbehörden überhaupt zu ermöglichen. Ohne Kenntnisnahme der Absicht eines Gewerbetreibenden, einen Ausverkauf anzukündigen, wäre nämlich, wie bereits

34 — Vgl. Randnr. 18 des Schriftsatzes der österreichischen Regierung.

erwähnt³⁵, die Durchführung einer solchen Prüfung aller Voraussicht nach zwecklos. Insofern genügt eine solche gesetzliche Ausgestaltung der innerstaatlichen Verfahrensmodalitäten den in Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie festgelegten Kriterien der Geeignetheit und der Wirksamkeit, um unlautere Geschäftspraktiken zu bekämpfen.

53. Des Weiteren spricht nichts in der Richtlinie 2005/29 dagegen, dass bei der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung eines solchen gesetzlichen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt die Mitgliedstaaten in ihren Rechtsvorschriften vorsehen dürfen, dass sich die Verwaltungsbehörden im Fall eines Verstoßes gegen das betreffende Verbot darauf zu beschränken haben, das Fehlen einer Bewilligung festzustellen, ohne bereits in diesem Verfahrensstadium in der Sache selbst zu entscheiden. Dies gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass dem Gewerbetreibenden die Möglichkeit offengelassen wird, anschließend das ordnungsgemäße Verwaltungsverfahren zu beschreiten und einen Antrag auf Erteilung einer Bewilligung zu stellen, damit in der Sache entschieden wird, wovon im Folgenden auszugehen ist.

54. Denn nur in einem solchen Fall käme der gesetzlichen Konstruktion eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt eine Funktion als Teil eines verfahrensrechtlichen Mechanismus zur Sicherstellung einer *Ex-ante*-Kontrolle zu. Wäre dem Gewerbetreibenden eine entsprechende Möglichkeit genommen – wofür im Ausgangsfall allerdings keine Anhaltspunkte bestehen –, würde sich eine solche Konstruktion als ein endgültiges Verbot auswirken, das einem allgemeinen Verbot der Ausübung von Geschäftspraktiken gleichkäme, wofür es in der Richtlinie 2005/29 keine Grundlage gibt. Ein solches endgültiges nachträgliches Verbot würde nicht nur der liberalen Ausrichtung der Richtlinie zugunsten der unternehmerischen Freiheit³⁶ widersprechen, sondern auch der Regelungsstruktur der Richtlinie, wonach Geschäftspraktiken grundsätzlich erlaubt sind, sofern sie nicht die Kriterien der Unlauterkeit erfüllen. Wie der Gerichtshof nämlich im Urteil *Mediaprint* erklärt hat, kann eine in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallende Geschäftspraktik, wenn sie nicht in ihrem Anhang I aufgeführt ist, nur nach einer konkreten Beurteilung, insbesondere im Licht der in den Art. 5 bis 9 der Richtlinie genannten Kriterien, als unlauter gelten und somit auch verboten werden³⁷. Zudem wäre dies eine Sanktion, die außer Verhältnis zu dem Ziel stünde, die Durchsetzung der Richtlinie sicherzustellen. Darauf werde ich im Rahmen der Untersuchung der materiell-rechtlichen Rechtsfragen näher eingehen.

55. Der Umstand, dass Zuwiderhandlungen gemäß § 33f UWG mit einer Geldstrafe geahndet werden, spricht für sich allein nicht für eine Unvereinbarkeit mit der Richtlinie 2005/29, zumal Art. 13 der Richtlinie die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu verpflichtet, „Sanktionen [festzulegen], die bei Verstößen gegen die nationalen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie anzuwenden sind“. Ferner sieht diese Richtlinienbestimmung vor, dass die Mitgliedstaaten „alle geeigneten Maßnahmen [treffen]“, um die Durchsetzung der Richtlinie sicherzustellen. Diese Sanktionen müssen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein³⁸. In Anbetracht der Tatsache, dass die Androhung einer Geldstrafe grundsätzlich dazu geeignet ist, Gewerbetreibende zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuhalten und jede – eventuell die Voraussetzungen einer unlauteren Geschäftspraktik im Sinne der Richtlinie erfüllende – Ankündigung eines Ausverkaufs den Behörden zu melden, bestehen keine Zweifel, dass eine solche Sanktion wirksam und zugleich abschreckend ist. Anhaltspunkte dafür, dass eine solche Geldstrafe außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stünde, unlautere Geschäftspraktiken zu bekämpfen, bestehen nicht.

35 — Siehe Nr. 49 der vorliegenden Schlussanträge.

36 — Vgl. meine Schlussanträge in den Rechtssachen *VTB-VAB* und *Galatea* (Urteil oben in Fn. 7 angeführt, Nr. 81) und *Mediaprint* (Urteil oben in Fn. 10 angeführt, Nr. 74).

37 — Urteil *Mediaprint* (oben in Fn. 10 angeführt, Randnr. 43).

38 — Will man dem Unionsgesetzgeber nicht eine überflüssige Doppelregelung unterstellen, wird man Art. 13 der Richtlinie 2005/29 als spezielle Vorgabe für die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtsfolgen eines Lauterkeitsverstoßes (Sanktionen) ansehen können, während Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie eher auf Durchsetzungs- und Verfahrensfragen bezogen ist. Eine trennscharfe Unterscheidung beider Bereiche wird im Text der Richtlinie allerdings nicht durchgehalten, ist aber für die Umsetzung in das nationale Recht auch nur von untergeordneter Bedeutung. In diesem Sinne Alexander, C., a. a. O. (Fn. 26), S. 811.

d) Gerichtliche Kontrolle der behördlichen Entscheidung

i) Darstellung der Problematik

56. Ein weiterer verfahrensrechtlicher Aspekt, den das vorliegende Gericht mit seinem Ersuchen aufwirft, betrifft den Umfang der Beurteilungskompetenz nationaler Gerichte im Rahmen von Unterlassungsklagen von Mitbewerbern nach § 34 Abs. 3 UWG. Es möchte im Wesentlichen wissen, ob ein nationales Gericht gesetzlich verpflichtet werden darf, die Ankündigung eines Ausverkaufs allein deshalb zu untersagen, weil der Gewerbetreibende nicht im Besitz einer Bewilligung war, ohne dass das Gericht in diesem Verfahren den irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Charakter dieser Geschäftspraktik prüfen müsste.

57. Bei der Beantwortung dieser Frage müssen meines Erachtens in erster Linie die Rechtswirkungen berücksichtigt werden, die eine solche gerichtliche Untersagung innerhalb der nationalen Rechtsordnung entfaltet. Eine verfahrensrechtliche Regelung wie die in Rede stehende genügt den Vorgaben der Richtlinie jedenfalls dann nicht, wenn sie darauf hinausläuft, eine bestimmte Geschäftspraktik mit endgültiger Wirkung verbieten zu lassen, ohne dass deren unlauterer Charakter zuvor im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung festgestellt worden wäre. Auf das zwingende Erfordernis einer Einzelfallbeurteilung, um überhaupt ein entsprechendes Verbot verhängen zu können, ist bereits hingewiesen worden³⁹.

58. Wie ich im Rahmen meiner Ausführungen erläutern werde, sind einige Fallgestaltungen denkbar, in denen die Durchführung einer solchen Beurteilung nicht uneingeschränkt gewährleistet ist. Insofern würde die Richtlinie 2005/29 den Mitgliedstaaten verbieten, ihren Gerichten gesetzlich vorzuschreiben, dass sie sich in solchen Fällen auf eine Prüfung der Einhaltung der Bewilligungspflicht zu beschränken haben.

ii) Mitgliedstaatliches Ausgestaltungsermessen in Verfahrensfragen

59. Vor einer Erörterung dieser spezifischen Fallkonstellationen empfiehlt sich jedoch, einige Aspekte der mitgliedstaatlichen Kompetenz bei der Ausgestaltung von Unterlassungsklagen zu klären. Dabei ist vor allem die Frage zu untersuchen, welche Art von Rechtskontrolle die für solche Klagen zuständigen nationalen Gerichte durchführen müssen. Mit anderen Worten: Dürfen die mit einer Unterlassungsklage befassten Gerichte sich darauf beschränken, die Einhaltung einer Formalität wie die Erteilung einer Bewilligung zu prüfen, oder sind sie vielmehr unionsrechtlich verpflichtet, zu prüfen, ob die fragliche Geschäftspraktik tatsächlich unlauter im Sinne der Richtlinie 2005/29 ist?

60. Wie bereits dargelegt, steht den Mitgliedstaaten grundsätzlich ein weites Ermessen bei der verfahrensmäßigen Ausgestaltung der Instrumente zur Bekämpfung von unlauteren Handelspraktiken im Geschäftsverkehr zu⁴⁰. Gesteht man den Mitgliedstaaten – wie hier vertreten – die unionsrechtliche Befugnis zu, die Lauterkeit im Geschäftsverkehr mittels einer *Ex-ante*-Prüfungskompetenz der nationalen Behörden zu überwachen, so ist es konsequent, ihnen ebenfalls die Befugnis einzuräumen, in ihren Rechtsordnungen vorzusehen, dass Gerichte im Rahmen von Unterlassungsklagen denselben rechtlichen Maßstab anzulegen haben wie Behörden. Letzteres trifft umso mehr zu, als eine gerichtliche Untersagung der Ankündigung von Ausverkäufen auf die Klage eines Mitbewerbers nach § 34 Abs. 3 UWG hin im Wesentlichen dazu dient, die Wirksamkeit einer gesetzlichen Konstruktion wie der hier in Rede stehenden mit den Mitteln der ordentlichen

39 – Siehe Nr. 53 der vorliegenden Schlussanträge.

40 – Siehe Nr. 46 der vorliegenden Schlussanträge.

Gerichtsbareit⁴¹ zu sichern. Unterlassungsklagen stellen nichts anderes als „Mittel“ im Sinne von Art. 11 der Richtlinie 2005/29 dar, auf die Mitbewerber zurückgreifen können, um Verstöße gegen die Bewilligungspflicht zu rügen. Die gesetzliche Androhung einer gerichtlichen Untersagungsanordnung dient letzten Endes dazu, wie der Schutzverband in seinen mündlichen Ausführungen überzeugend dargelegt hat, den Gewerbetreibenden zu zwingen, sich an das Bewilligungsverfahren nach § 33b UWG zu halten.

61. Um den Rechtsschutz auf nationaler Ebene kohärent zu gestalten, ist es notwendig, dass Behörden und Gerichte bei der Prüfung, ob der Gewerbetreibende rechtmäßig gehandelt hat, denselben rechtlichen Maßstab anlegen. Hat der Gewerbetreibende gegen die in § 33b UWG verankerte Bewilligungspflicht verstoßen, so ist es grundsätzlich legitim, im nationalen Recht vorzusehen, dass die gerichtliche Prüfung im Rahmen eines Verfahrens nach § 34 Abs. 3 UWG sich auf die Frage zu beschränken hat, ob die geplante Ankündigung nach Maßgabe des nationalen Rechts bewilligungspflichtig war und eine entsprechende Bewilligung eingeholt wurde, ohne dass das Gericht dabei schon zwingend über den unlauteren Charakter der fraglichen Geschäftspraktik zu entscheiden hätte.

62. Es ist somit festzuhalten, dass die Richtlinie 2005/29 den Mitgliedstaaten grundsätzlich gestattet, gesetzlich vorzusehen, dass nationale Gerichte im Rahmen von Unterlassungsklagen ihre Rechtskontrolle auf die Prüfung der Einhaltung der Bewilligungspflicht beschränken müssen.

iii) Verbot der Außerachtlassung der Pflicht zur Vornahme einer Einzelfallbeurteilung

63. Der Spielraum, der den Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung solcher „Mittel“ zugestanden wird, ist jedoch nicht unbegrenzt. Er darf nur innerhalb der Grenzen wahrgenommen werden, die die Richtlinie 2005/29 festlegt. Für die hier zu behandelnde Problematik bedeutet dies, dass Unterlassungsklagen keineswegs so ausgestaltet werden dürfen, dass die unionsrechtliche Pflicht zur Vornahme einer Einzelfallbeurteilung – sei es im gerichtlichen Verfahren selbst oder nachträglich – vereitelt wird.

64. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen in Bezug auf das Verwaltungsverfahren⁴² darf die gerichtliche Untersagung nicht dazu führen, dass dem Gewerbetreibenden beispielsweise das Recht verwehrt wird, anschließend das ordnungsgemäße Verwaltungsverfahren zu beschreiten und einen Antrag auf Erteilung einer Bewilligung zu stellen. Denn erst dann käme einer gerichtlichen Untersagung nicht mehr die Funktion zu, die Einhaltung der *Ex-ante*-Prüfungskompetenz der Behörden verfahrensrechtlich sicherzustellen. Vielmehr würde es sich um eine endgültige gerichtliche Untersagung handeln, die einem allgemeinen Verbot der Ausübung von Geschäftspraktiken gleichkäme.

65. In Anbetracht dieser Erwägungen wäre eine nationale Regelung wie die in Rede stehende jedenfalls dann nicht mit der fraglichen Richtlinie vereinbar, wenn der Umstand, dass eine *Ex-ante*-Bewilligung nicht eingeholt wurde, unwiederbringlich zu einem Verbot der in Rede stehenden Praktik führen würde, ohne dass deren Lauterkeit einer sachlichen Prüfung – auf gerichtlicher oder behördlicher Ebene – unterzogen wird. Mit anderen Worten, dem Unternehmer muss es möglich bleiben, entweder in einem gerichtlichen oder in einem behördlichen Verfahren auch dann noch eine Einzelfallbeurteilung in der Sache zu erlangen, wenn er sich zunächst verfahrenswidrig verhalten und die *Ex-ante*-Bewilligung nicht eingeholt hat. Hieraus darf nicht zwingend das dauerhafte Verbotensein

41 — Wie aus § 34 Abs. 3 UWG hervorgeht, kann der Unterlassungsanspruch nur im ordentlichen Rechtsweg, demnach vor den Zivilgerichten, geltend gemacht werden. Für den Unterlassungsanspruch nach dieser Rechtsvorschrift kommt es auf ein Verschulden ebenso wenig an wie auf die Absicht, durch den Rechtsbruch einen Vorsprung gegenüber den gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen. Entsprechendes gilt für den Beseitigungsanspruch nach § 15 UWG. Darüber hinaus kommt auch bei Zuwiderhandlungen gegen die im II. Abschnitt geregelten Verwaltungsvorschriften, zu denen die streitgegenständlichen Bestimmungen gehören, der einstweilige Rechtsschutz des § 24 UWG in Betracht (vgl. Duursma, D., in *UWG – Kommentar*, a. a. O. [Fn. 25], § 34, Randnr. 4, S. 1203).

42 — Siehe Nr. 53 der vorliegenden Schlussanträge.

einer an sich lauterer Geschäftspraktik folgen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob es zulässig ist, den Unternehmer schon deswegen mit einer Sanktion zu belegen, weil er den nationalen Verfahrensvorschriften zuwidergehandelt hat. Letzteres ist im Rahmen der Verfahrensautonomie, die die Richtlinie 2005/29 den Mitgliedstaaten zuerkennt, grundsätzlich nicht zu beanstanden⁴³. Zu beanstanden wäre es allerdings, wenn aus den nationalen Verfahrensvorschriften rechtlich oder praktisch eine Vereitelung einer an sich unbedenklichen, weil lauterer Geschäftspraktik folgen würde⁴⁴.

66. Ein erhöhtes Vereitelungsrisiko bestünde z. B. in Fallkonstellationen, in denen der Zeitfaktor von besonderer Bedeutung für den Gewerbetreibenden ist. Dies wäre etwa bei einem Ausverkauf von Saisonartikeln⁴⁵ der Fall, die naturgemäß nur zu bestimmten Zeiten im Jahr Absatz finden. Eine gerichtliche Untersagung der Ankündigung des Ausverkaufs für den betreffenden Zeitraum allein aufgrund des Fehlens einer Bewilligung hätte faktisch die Wirkung eines absoluten Verbots. Zwar wäre dem Gewerbetreibenden die nachträgliche Beantragung einer Bewilligung im Prinzip möglich. Allerdings würde die Durchführung eines Ausverkaufs außerhalb des relevanten Zeitraums aus seiner Sicht keinen Sinn mehr ergeben. Infolgedessen würde jede gerichtliche Entscheidung, mit der ausschließlich die Verletzung der Bewilligungspflicht festgestellt wird, letztlich schon zu einer dauerhaften Untersagung einer an sich unbedenklichen Maßnahme führen. Indes ist zu bedenken, dass die Verhängung eines dauerhaften Verbots aufgrund einer bloßen verfahrensmäßigen Unregelmäßigkeit dem Ziel der Richtlinie 2005/29 widerspricht, nur jene Geschäftspraktiken verbieten zu lassen, die tatsächlich aggressiv, irreführend oder sonst unlauter sind.

67. Dieser spezifischen Fallkonstellation scheint der österreichische Gesetzgeber Rechnung getragen zu haben, indem er in § 33a Abs. 2 UWG sogenannte „Saisonschlussverkäufe“ von vornherein von der Bewilligungspflicht befreit hat. Zweck dieser aus kaufmännischer Übung erwachsenden Saisonabschlussverkäufe ist es, den Kaufleuten das Abstoßen ihrer Restbestände, insbesondere an typischen Saison- und Modeartikeln, zu ermöglichen. Sie dienen somit der Bereinigung der Warenlager, sollen einer Warenentwertung vorbeugen und die Liquidität erhöhen⁴⁶. Wie sowohl den mündlichen Ausführungen der österreichischen Regierung als auch der Rechtsprechung österreichischer Gerichte⁴⁷ zu entnehmen ist, erfassen solche Saisonabschlussverkäufe die oben genannten Saisonartikel, aber auch andere Waren, die nicht zwingend unter diese Kategorie fallen⁴⁸, so dass wohl von einem weiten Verständnis dieser Ausnahmeregelung innerhalb der österreichischen Rechtsordnung auszugehen ist. Die Richtigkeit dieser Aussage unterstellt, würde § 33a Abs. 2 UWG letztlich dazu beitragen, das Risiko, dass die Ausübung einer lauterer Geschäftspraktik praktisch vereitelt wird, zu entschärfen. Die geschäftliche Tätigkeit des Gewerbetreibenden würde nämlich dann schon von vornherein als nicht bewilligungspflichtig gelten, was zur Folge hätte, dass sie keinen

43 — Siehe Nr. 55 der vorliegenden Schlussanträge.

44 — Das Zivilprozessrecht der Mitgliedstaaten ist den Vorgaben des Unionsrechts keineswegs entzogen. Vor allem darf es die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechtspositionen nicht praktisch unmöglich machen oder vereiteln. Es muss Rechtsbehelfe vorsehen, die eine wirksame Durchsetzung des Unionsrechts ermöglichen (vgl. Hess, B., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg 2010, § 11, S. 621, Randnr. 7). Was die vorliegende Problematik angeht, würde das Ziel der Richtlinie 2005/29 vereitelt, wenn zugelassen würde, dass eine an sich lauterer Geschäftspraktik allein aus dem Grund endgültig verboten wird, dass ein Verfahrenserfordernis (hier: die Bewilligungspflicht) nicht beachtet wurde. Bei der Schaffung von Verfahren gilt es, den Interessen des nationalen Gesetzgebers (hier: rechtzeitige Benachrichtigung der Behörden über eine potenziell unlautere Geschäftspraktik) mit dem Interesse des Unionsgesetzgebers daran, dass allein tatsächlich unlautere Geschäftspraktiken verboten werden, miteinander in Einklang zu bringen. Um zu gewährleisten, dass eine Rechtsposition (hier: die freie Ausübung einer lauterer Geschäftspraktik) nicht irreparabel beeinträchtigt wird, muss der nationale Gesetzgeber für die notwendigen Rechtsbehelfe sorgen.

45 — Dazu gehören u. a. solche Artikel, die typischerweise bei traditionellen Anlässen wie Weihnachten, Silvester, Karneval und Ostern verwendet werden (z. B. Dekoration, Kostüme, bestimmte Nahrungs- und Genussmittel, Feuerwerkskörper).

46 — Vgl. Duursma, D., in *UWG – Kommentar*, a. a. O. (Fn. 25), § 33a, Randnr. 11, S. 1189, und Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, a. a. O. (Fn. 25), § 33a-f, Randnr. 59, S. 1039.

47 — Vgl. Urteile des Obersten Gerichtshofs vom 16. Juni 1987 (Geschäftszahl: 4 Ob 342/87) und vom 29. Juni 1993 (Geschäftszahl: 4 Ob 54/93). Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 16. Dezember 1998 (Geschäftszahl: 97/04/0090).

48 — Vgl. Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 29. Juni 1993 (Geschäftszahl: 4 Ob 54/93), in dem der Verkauf von Orientteppichen im Rahmen eines Saisonabschlussverkaufs als zulässig erachtet wurde, obwohl es sich bei dieser Art von Waren nicht um typische Saisonwaren handelte.

verfahrensrechtlichen Anforderungen und somit keinen Beschränkungen unterliegen würde, solange seine Geschäftspraktiken nicht für unlauter im rechtlichen Sinne erklärt werden. Insoweit würde die in Rede stehende nationale Regelung, jedenfalls was die hier erörterte Fallkonstellation angeht, grundsätzlich den Vorgaben der Richtlinie 2005/29 genügen.

68. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die in Rede stehende nationale Regelung nicht dazu führen darf, dass dem Gewerbetreibenden definitiv und auf Dauer die Ausübung einer an sich lautereren Geschäftspraktik untersagt wird. Vielmehr muss dem Gewerbetreibenden die Möglichkeit gegeben werden, eine Entscheidung durch die zuständigen Stellen in der Sache anhand von Anhang I sowie der in den Art. 5 bis 9 der Richtlinie 2005/29 verankerten Kriterien herbeizuführen. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, das über eine unmittelbare Kenntnis der örtlichen Gegebenheiten verfügt und für die Auslegung des nationalen Rechts ausschließlich zuständig ist, festzustellen, ob das nationale Verfahrensrecht ausreichende Garantien dafür vorsieht.

e) Zwischenergebnis

69. Die vorstehende Untersuchung der verfahrensrechtlichen Aspekte der Vorlagefrage hat ergeben, dass die Richtlinie 2005/29 einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, wonach die Ankündigung eines Ausverkaufs ohne Bewilligung der zuständigen Verwaltungsbehörde unzulässig und daher in einem gerichtlichen Verfahren zu untersagen ist, ohne dass das Gericht in diesem Verfahren den irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Charakter dieser Geschäftspraktik prüfen müsste, grundsätzlich nicht entgegensteht, sofern sichergestellt wird, dass eine an sich lautere Geschäftspraktik nicht endgültig verboten bleibt. Dem Gewerbetreibenden muss die Möglichkeit offenstehen, eine einzelfallbezogene Lauterkeitsprüfung der betreffenden Geschäftspraktik entweder in einem gerichtlichen oder in einem behördlichen Verfahren herbeizuführen⁴⁹.

3. Materiell-rechtliche Aspekte der Vorlagefrage

a) Allgemeines

70. Die ordnungsgemäße Umsetzung der materiell-rechtlichen Bestimmungen der Richtlinie 2005/29 in österreichisches Recht – jedenfalls was den spezifischen Bereich der Ankündigung von Ausverkäufen angeht – stellt eine der zentralen Fragen der vorliegenden Rechtssache dar. Die Frage nach der Vereinbarkeit der in den §§ 33a ff. UWG enthaltenen Bestimmungen mit der Richtlinie stellt sich deshalb, weil diese die Rechtsgrundlagen sind, auf deren Basis die Verwaltungsbehörden letztlich eine Entscheidung darüber zu treffen haben, ob sie dem Gewerbetreibenden eine Bewilligung erteilen oder nicht. Die auf eine richtlinienwidrige Rechtsgrundlage gestützte Verweigerung einer Bewilligung wäre eine Verwaltungsentscheidung, die ebenfalls im Widerspruch zur Richtlinie stünde. Das vorlegende Gericht möchte nicht ausschließen, dass einige dieser Rechtsgrundlagen nicht im Einklang mit der Richtlinie stehen⁵⁰.

49 — Am Beispiel der verfahrensrechtlichen Vorgaben, welche die Richtlinie 2005/29 zwecks ihrer Durchsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten enthält, erkennt man deutlich die enge Verbindung zwischen der supranationalen und der nationalen Regelungsebene. Der Richtliniengeber beschränkt sich darauf, allgemeine Regelungen sowie Mindestvoraussetzungen festzulegen, und überlässt im Übrigen dem nationalen Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung der Durchsetzungsmittel. Beide Regelungsebenen sind Bestandteil eines ineinander verwobenen „Zweiebenensystems“, wie Grundmann, S., „Systemdenken und Systembildung“, in: *Europäische Methodenlehre* (hrsg. von Karl Riesenhuber), 2. Aufl., Berlin 2010, § 10, Randnr. 2, S. 287, es beschreiben würde.

50 — Vgl. Randnr. 5 der Vorlageentscheidung.

71. Die Unvereinbarkeit der fraglichen nationalen Bestimmungen könnte sich daraus ergeben, dass sie den Verwaltungsbehörden ein Entscheidungsprogramm vorgeben, das nicht dem der Richtlinie 2005/29 entspricht. Zu diesem Entscheidungsprogramm könnten auch die Kriterien gehören, anhand deren die Verwaltungsbehörden den unlauteren Charakter von Geschäftspraktiken beurteilen müssen. Bedenkt man, dass die Richtlinie eine Vollharmonisierung der materiell-rechtlichen Bestimmungen des Lauterkeitsrechts anstrebt, wäre jede Abweichung von den unionsrechtlichen Vorgaben als ein Verstoß gegen das Unionsrecht zu werten. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts dürften in einem solchen Fall, wie das vorliegende Gericht unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs zutreffend erklärt⁵¹, die entgegenstehenden nationalen Vorschriften von den Verwaltungsbehörden im Verhältnis zum Bürger nicht angewandt werden.

b) Untersuchung der Struktur beider Regelungswerke

72. Um feststellen zu können, ob die Richtlinie 2005/29 den in den §§ 33a ff. UWG enthaltenen Bestimmungen über die Ankündigung von Ausverkäufen entgegensteht, ist es erforderlich, die Regelungsstruktur der wesentlichen Vorschriften beider Regelungswerke zu untersuchen und anschließend zu vergleichen.

i) Regelungsstruktur der Richtlinie 2005/29

73. Herzstück der Richtlinie 2005/29 ist die Generalklausel in Art. 5 Abs. 1, die das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken statuiert. Was im Einzelnen unter „unlauter“ zu verstehen ist, wird in Art. 5 Abs. 2 präzisiert. Danach ist eine Geschäftspraktik unlauter, wenn sie zum einen den Erfordernissen der „beruflichen Sorgfaltspflicht“ widerspricht und zum anderen geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers „wesentlich zu beeinflussen“. Gemäß Abs. 4 sind unlautere Geschäftspraktiken insbesondere solche, die irreführend (Art. 6 und 7) oder aggressiv (Art. 8 und 9) sind. Abs. 5 verweist auf den Anhang I und die dort genannten Geschäftspraktiken, die „unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind“. Diese Liste gilt einheitlich in allen Mitgliedstaaten und kann nur durch eine Änderung der Richtlinie abgeändert werden.

74. Für die Rechtsanwendung durch die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden folgt daraus, dass zunächst an die in Anhang I enthaltene Liste der 31 Fälle unlauterer Geschäftspraktiken anzuknüpfen ist. Ist eine Geschäftspraktik unter einen der Tatbestände subsumierbar, muss sie verboten werden; auf eine weitere Prüfung, z. B. der Auswirkungen, kommt es nicht an. Fällt der konkrete Sachverhalt nicht unter diese Verbotsliste, ist zu prüfen, ob einer der geregelten Beispielfälle der Generalklausel – irreführende und aggressive Geschäftspraktiken – vorliegt. Nur wenn dies nicht der Fall ist, kommt unmittelbar die Generalklausel in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Anwendung.

ii) Die materiellen Regelungen des UWG über die Ankündigung von Ausverkäufen

75. Gemäß § 33b UWG ist die Ankündigung eines Ausverkaufs nur mit Bewilligung der nach dem Ort des Ausverkaufs zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zulässig. § 33a Abs. 1 UWG definiert, was unter einer „Ankündigung von Ausverkäufen“ zu verstehen ist. Außerdem listet diese Bestimmung eine Reihe von Schlagworten auf, die in der Regel anlässlich solcher Bekanntmachungen gebraucht werden. Wie den Erläuterungen der österreichischen Regierung⁵² und des Schutzverbands⁵³ zu

51 — Vgl. Randnr. 6 der Vorlageentscheidung.

52 — Vgl. Randnr. 2 des Schriftsatzes der österreichischen Regierung.

53 — Vgl. Randnrn. 4 f. des Schriftsatzes des Schutzverbands.

entnehmen ist, unterliegen jedoch nicht alle Ankündigungen der Bewilligungspflicht. Davon ausgenommen sind die in § 33a Abs. 2 UWG genannten Bekanntmachungen und Mitteilungen über Saisonschlussverkäufe, Saisonräumungsverkäufe, Inventurverkäufe und dergleichen sowie im betreffenden Geschäftszweig und zu bestimmten Jahreszeiten allgemein übliche Sonderverkäufe.

76. Gemäß § 33b Nr. 4 muss das Ansuchen um die betreffende Bewilligung die Gründe enthalten, aus denen der Ausverkauf stattfinden soll, wie Ableben des Geschäftsinhabers, Einstellung des Gewerbebetriebs oder Auflassung einer bestimmten Warengattung, Übersiedlung des Geschäfts, Elementarereignisse und dergleichen.

77. Gemäß § 33c Abs. 3 ist die Bewilligung zu verweigern, wenn keiner der oben angeführten Gründe vorliegt oder wenn der Verkauf nicht für einen durchgehenden Zeitraum angekündigt werden soll. Die Bewilligung ist außerdem zu verweigern, wenn der Verkauf in die Zeit vom Beginn der vorletzten Woche vor Ostern bis Pfingsten, vom 15. November bis Weihnachten fallen oder länger als ein halbes Jahr dauern soll, es sei denn, es handelt sich um den Fall des Todes des Gewerbetreibenden, um Elementarereignisse oder andere ebenso rücksichtswürdige Fälle. Besteht der Gewerbebetrieb noch nicht volle drei Jahre, so ist die Bewilligung nur im Fall des Todes des Gewerbetreibenden, von Elementarereignissen oder in anderen ebenso rücksichtswürdigen Fällen zu erteilen.

c) Vereinbarkeit der materiellen Regelungen mit der Richtlinie 2005/29

i) Verhängung von allgemeinen Verboten

78. Vergleicht man die Regelungsstruktur beider Regelungswerke miteinander, so fällt als Erstes auf, dass das UWG eine Reihe von allgemeinen Verboten auflistet, die keine Entsprechung in der Richtlinie 2005/29 haben.

79. Erkennbar wird dies erst, wenn die betreffenden nationalen Bestimmungen in Bezug zueinander betrachtet werden. Dabei muss die gesetzliche Bestimmung des § 33b UWG, in der die Bewilligungspflicht für die Ankündigung von Ausverkäufen aufgestellt wird, in Verbindung mit § 33c Abs. 3 UWG ausgelegt werden. Der Verbotscharakter kommt zum Ausdruck in der gesetzlichen Anweisung an die Verwaltungsbehörden in § 33c Abs. 3 UWG, die Bewilligung zu verweigern, wenn der Verkauf die in dieser Bestimmung näher bezeichneten Merkmale aufweist. Danach ist die Bewilligung zu verweigern, wenn der Verkauf nicht für einen durchgehenden Zeitraum angekündigt wird, der Verkauf zu bestimmten Zeiten im Jahr erfolgen soll (anlässlich von religiösen Festen wie Ostern, Pfingsten und Weihnachten) oder der Gewerbetreibende eine Mindestbetätigungszeit von drei Jahren nicht erfüllt⁵⁴. Weder sind die in dieser gesetzlichen Bestimmung enthaltenen Kriterien in der Liste von unlauteren Geschäftspraktiken in Anhang I der Richtlinie 2005/29 angeführt, noch knüpfen sie am konkret irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Charakter dieser Geschäftspraktik an, wie den Erläuterungen des vorlegenden Gerichts⁵⁵ zu entnehmen ist.

80. Bei lebensnaher Betrachtung ist diese Regelung als ein allgemeines Verbot bestimmter Geschäftspraktiken zu verstehen, zumal der Gewerbetreibende nur bei Vorliegen besonderer Umstände mit einer Bewilligung rechnen kann. Diese Umstände werden ihrerseits zum einen sehr restriktiv („Tod des Gewerbetreibenden“), zum anderen generalklauselartig („Elementarereignisse“, „andere ebenso rücksichtswürdige Fälle“) umschrieben, so dass für den Bürger kaum ersichtlich sein dürfte, welches die Fallkonstellationen sind, in denen eine Bewilligung ausnahmsweise erteilt werden

54 — Vgl. Seidelberg, H., „Überblick über das aktuelle Ausverkaufsrecht“, *Recht und Wettbewerb*, Nr. 162, 2003, S. 2, der im Zusammenhang mit dieser bereits vor Umsetzung der Richtlinie 2005/29 in die österreichische Rechtsordnung bestehenden Regelung von „gesetzlichen Sperrfristen“ für Ausverkaufsankündigungen spricht. Dieser Bezeichnung liegt offensichtlich die Vorstellung zugrunde, dass die fragliche Regelung ein grundsätzliches Verbot aufstellt.

55 — Vgl. Randnr. 5 der Vorlageentscheidung.

kann. Dabei sind die Mitgliedstaaten, wie der Gerichtshof abermals erklärt hat, verpflichtet, um die volle Anwendung des Unionsrechts zu gewährleisten, nicht nur ihr Recht mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen, sondern darüber hinaus eine so bestimmte, klare und transparente Lage zu schaffen, dass der Einzelne seine Rechte in vollem Umfang erkennen und sich vor den nationalen Gerichten auf sie berufen kann⁵⁶. Erinnert sei in diesem Zusammenhang ferner daran, dass die Erhöhung der Rechtssicherheit sowohl für Verbraucher als auch für Unternehmen eines der Ziele war, die mit dem Erlass der Richtlinie verfolgt wurden, wie aus dem zwölften Erwägungsgrund hervorgeht. Sie sollten in die Lage versetzt werden, sich an einem einzigen Rechtsrahmen zu orientieren, der auf einem klar definierten Rechtskonzept beruht, das alle Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken in der Europäischen Union regelt. Beseitigt werden sollten dadurch die Handelshemmnisse, die aus der Fragmentierung der mitgliedstaatlichen Vorschriften über unlautere Geschäftspraktiken herrühren. Die streitgegenständliche Regelung trägt diesen Zielen, wie die Kommission zu Recht darlegt⁵⁷, jedoch unzureichend Rechnung.

81. Der Mangel an Rechtssicherheit wirkt sich zulasten des Verbrauchers, vor allem aber zulasten des Gewerbetreibenden aus. Verweigert die Verwaltungsbehörde nämlich die beantragte Bewilligung in Einklang mit diesem Regel-Ausnahme-Prinzip, kann der Gewerbetreibende einen Ausverkauf nicht ankündigen, ohne dabei gegen das Gesetz zu verstoßen und eine Geldstrafe zu riskieren. Aus seiner Perspektive stellt sich diese Regelung daher als ein allgemeines Verbot der Ankündigung von Ausverkäufen der in § 33a Abs. 1 UWG definierten Art dar.

82. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Regelung in § 33c Abs. 3 UWG Sachverhaltskonstellationen erfasst, die über das hinausgehen, was Anhang I zur Richtlinie 2005/29 als unter allen Umständen unlautere Geschäftspraktiken definiert. Betrachtet man allein die Gesetzssystematik des UWG, so ist dies beispielsweise daran zu erkennen, dass der österreichische Gesetzgeber zwar die Liste in Anhang I fast wortgleich in das UWG inkorporiert hat, zugleich aber die zeitlich ältere Regelung des § 33c Abs. 3 UWG beibehalten hat. Somit bestehen derzeit beide Regelungen parallel zueinander, ohne dass sie regelungstechnisch aufeinander abgestimmt worden wären. Da dies im Ergebnis darauf hinausläuft, die in Anhang I zur Richtlinie 2005/29 enthaltene abschließende Liste von Fallgestaltungen einseitig zu erweitern, muss die nationale Regelung als im Widerspruch zu den Vorgaben der Richtlinie stehend angesehen werden.

ii) Erfordernis von Gründen für die Ankündigung eines Ausverkaufs

83. Des Weiteren ist festzustellen, dass das UWG die Erteilung der Bewilligung von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig macht. Eine wesentliche formale Voraussetzung für die Entscheidung der zuständigen Behörde über den Antrag besteht gemäß § 33b Nr. 4 UWG in der Angabe von „Gründen“, aus denen der Ausverkauf stattfinden soll. Diese Bestimmung nennt einige der Gründe, die die Erteilung einer Bewilligung rechtfertigen. Ihrem Wortlaut („und dergleichen“) lässt sich entnehmen, dass die darin enthaltene Aufzählung nicht abschließend ist, so dass den Verwaltungsbehörden im Hinblick auf andere in Betracht kommende Gründe offenbar ein Ermessen zusteht⁵⁸.

56 — Vgl. in diesem Sinne, bezogen auf Richtlinien, Urteile vom 28. Februar 1991, Kommission/Italien (C-360/87, Slg. 1991, I-791, Randnr. 12), und vom 15. Juni 1995, Kommission/Luxemburg (C-220/94, Slg. 1995, I-1589, Randnr. 10). Vgl. ferner Urteile vom 18. Januar 2001, Kommission/Italien (C-162/99, Slg. 2001, I-541, Randnrn. 22 bis 25), und vom 6. März 2003, Kommission/Luxemburg (C-478/01, Slg. 2003, I-2351, Randnr. 20). Siehe ausführlich zu den Anforderungen an einer ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht Schweitzer, M./Hummer, W./Obwexer, W., *Europarecht*, Wien 2007, S. 73, Randnr. 268.

57 — Vgl. Randnr. 45 des Schriftsatzes der Kommission.

58 — Vgl. Duursma, D., in *UWG – Kommentar*, a. a. O. (Fn. 25), § 33b, Randnr. 3, S. 1191. Der Autor weist darauf hin, dass neben den ausdrücklich angeführten Bewilligungsgründen nur solche Umstände als Gründe für die Bewilligung in Betracht kommen, die den in § 33b Nr. 4 UWG genannten Tatbeständen vergleichbar sind, die also für den Antragsteller eine gegenüber der Wettbewerbslage seiner Konkurrenten abweichende Sondersituation schaffen. Dagegen vermögen Umstände, die alle Mitarbeiter des Antragstellers in gleicher Weise treffen, auch wenn es sich um Ereignisse handelt, die das Merkmal einer „höheren Gewalt“ in sich tragen, die Bewilligung der Ankündigung eines Ausverkaufs für einen einzelnen Antragsteller nicht zu rechtfertigen.

84. Die Verpflichtung zur Angabe von Gründen wirft als formales Erfordernis an sich keine Bedenken im Hinblick auf eine Vereinbarkeit mit der Richtlinie 2005/29 auf, zumal sie lediglich dazu dient, die Verwaltungsbehörde im Voraus über die geplante Ankündigung eines Ausverkaufs zu informieren. Insofern stellt sie eine verfahrensmäßige Notwendigkeit dar, um die Behörden vorab in Kenntnis über die Ausgangssituation zu setzen und ihnen eine Entscheidung in der Sache zu ermöglichen. Mit anderen Worten, sie dient dazu, eine *Ex-ante*-Prüfung der betreffenden Geschäftspraktik durch die Behörden überhaupt zu gestatten.

85. In materiell-rechtlicher Hinsicht sind die beispielhaft angeführten gesetzlichen „Gründe“ jedoch relevant, da sie Kriterien darstellen, anhand deren die Behörden auf den eventuell unlauteren Charakter der Ankündigung schließen können. Liegen sie im konkreten Fall vor, muss die Bewilligung erteilt werden. Zwar haben diese Kriterien keine exakte Entsprechung in den in Anhang I zur Richtlinie enthaltenen Geschäftspraktiken, gleichwohl lässt sich nicht ausschließen, dass sie sich den in den Ziff. 7 und 15 jenes Anhangs angeführten Kriterien zuordnen lassen, was im Einzelnen zu untersuchen ist.

– Ankündigung der Einstellung und Übersiedlung des Gewerbebetriebs

86. Laut Ziff. 15 des Anhangs I zur Richtlinie stellt die „Behauptung, der Gewerbetreibende werde demnächst sein Geschäft aufgeben oder seine Geschäftsräume verlegen, obwohl er dies keineswegs beabsichtigt“, eine Geschäftspraktik dar, die unter allen Umständen als unlauter gilt. § 33b Nr. 4 UWG setzt diesen Regelfall in nationales Recht dahin gehend um, dass ein Antragsteller die geplante Ankündigung eines Ausverkaufs u. a. auch damit begründen kann, dass er die Einstellung bzw. die Übersiedlung seines Gewerbebetriebes vorsieht. Die Verwaltungsbehörde wäre bei der Prüfung des Antrags befugt, den Wahrheitsgehalt dieser Aussage zu überprüfen und gegebenenfalls die Bewilligung zu verweigern, falls dies nicht den Tatsachen entspricht. Das Vorliegen einer materiellen Prüfungskompetenz der Behörde erscheint umso zwingender, als der österreichische Gesetzgeber diese Fallkonstellation in Ziff. 15 des Anhangs zum UWG fast wörtlich übernommen hat. Unter solchen Umständen erscheint eine ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinienvorgaben gewährleistet zu sein. Insoweit bestehen also keine Bedenken in Bezug auf die Vereinbarkeit dieser Regelung mit der Richtlinie 2005/29.

– Sonstige in § 33b Nr. 4 UWG angeführte Gründe

87. In Bezug auf die anderen in § 33b Nr. 4 UWG angeführten Kriterien („Ableben des Geschäftsinhabers, ... Auflassung einer bestimmten Warengattung, ... Elementarereignisse und dergleichen“) ist festzustellen, dass es sich dabei in regelungstechnischer Hinsicht um Ausnahmetatbestände handelt, bei deren Vorliegen die Ankündigung eines Ausverkaufs ausnahmsweise gestattet ist. Bei der hier in Rede stehenden nationalen Regelung handelt es sich also nicht lediglich um die verfahrensmäßige Ausgestaltung eines behördlichen Prüfungsvorbehalts im Rahmen einer *Ex-ante*-Kontrolle, sondern um ein echtes allgemeines materiell-rechtliches Verbot, von dem nur in genau festgelegten Fällen abgewichen werden darf. Indes widerspricht eine gesetzliche Konstruktion, bei der eine bestimmte Geschäftspraktik grundsätzlich verboten und nur in Ausnahmefällen erlaubt ist – wie ich bereits in meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen C-261/07 (VTB-VAB) und C-299/07 (Galatea)⁵⁹ sowie in der Rechtssache C-540/08 (Mediaprint)⁶⁰ ausführlich dargelegt habe –, sowohl der Regelungsstruktur als auch der liberalen Ausrichtung der Richtlinie 2005/29. Dies ist vom Gerichtshof in den hierzu ergangenen Urteilen⁶¹ auch bestätigt worden.

59 – Vgl. meine Schlussanträge vom 21. Oktober 2008 in den Rechtssachen VTB-VAB und Galatea (Urteil oben in Fn. 7 angeführt), Nrn. 84 bis 89.

60 – Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Mediaprint (Urteil oben in Fn. 10 angeführt), Nr. 76.

61 – Urteile VTB-VAB (oben in Fn. 7 angeführt, Randnrn. 64 und 65) und Mediaprint (oben in Fn. 10 angeführt, Randnrn. 39 und 40).

88. Anders als die hier in Rede stehende nationale Regelung geht die Richtlinie nämlich von der Lauterkeit von Geschäftspraktiken aus, solange die näher umschriebenen rechtlichen Voraussetzungen für ein Verbot nicht gegeben sind. Dieser wesentliche Unterschied in der Regelungsstruktur⁶² wird nicht etwa dadurch kompensiert, dass § 33b Nr. 4 UWG eine Reihe von typisierten, unter Umständen sogar im Wege der Verwaltungspraxis erweiterbaren Ausnahmetatbestände vorsieht, zumal Ausnahmetatbestände zu grundsätzlichen Verboten wie die hier in Rede stehenden nicht geeignet sind, alle Fallkonstellationen abzudecken, bei denen nach den Bestimmungen der Richtlinie 2005/29 eine zulässige Geschäftspraktik anzunehmen ist, da sie eine Einzelfallbeurteilung durch die zuständigen nationalen Gerichte und Behörden nicht ermöglichen.

89. Der in der Richtlinie zum Ausdruck kommende liberale Ansatz hat einen konkreten regelungspolitischen Hintergrund, der darin besteht, sicherzustellen, dass das im vierten und im fünften Erwägungsgrund sowie in Art. 1 der Richtlinie verankerte Ziel des Unionsgesetzgebers verwirklicht wird, durch einheitliche Regeln auf Gemeinschaftsebene Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Dienstleistungs- und Warenverkehr oder die Niederlassungsfreiheit abzubauen, die aus der Vielzahl von nationalen Regeln über unlautere Geschäftspraktiken resultieren, und zwar in dem Maße, wie es für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts und die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus notwendig ist.

90. Nach alledem ist festzustellen, dass die Regelung in § 33b Nr. 4 UWG insofern über die Vorgaben der Richtlinie 2005/29 hinausgeht, als sie Kriterien festlegt, die u. a. auch Ankündigungen von Ausverkäufen erfassen können, die möglicherweise nicht als unlautere Geschäftspraktiken anzusehen sind.

d) Zwischenergebnis

91. Eine nationale Regelung wie die streitgegenständliche, die ein grundsätzliches Verbot von Ankündigungen von Ausverkäufen aufstellt und diese allein von der Erfüllung bestimmter Ausnahmetatbestände abhängig macht, ohne die Möglichkeit vorzusehen, alle Umstände des jeweils konkreten Einzelfalls hinreichend zu berücksichtigen, ist ihrem Wesen nach restriktiver und strenger als die Regelungen der Richtlinie 2005/29.

92. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Regelung in den §§ 33a UWG ff. einen Bereich betrifft, der der vollständigen Harmonisierung unterliegt und für den die Übergangsregelungen des Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie nicht gelten.

93. Es sind auch keine der in der Richtlinie 2005/29 ausdrücklich geregelten Ausnahmen einschlägig. So ist beispielsweise weder von der österreichischen Regierung noch vom Schutzverband überzeugend dargetan worden, die streitgegenständliche nationale Regelung sei einem der Bereiche zuzuordnen, die im neunten Erwägungsgrund der Richtlinie („Niederlassungsbedingungen und Genehmigungsregelungen“) aufgeführt sind. Jedenfalls kann diesem Erwägungsgrund in rechtsmethodischer Hinsicht keine von der Rechtsvorschrift des Art. 3 Abs. 8 abweichende rechtliche Bedeutung zugesprochen werden, zumal Letztere die wesentlichen Aussagen dieses Erwägungsgrundes in den verfügbaren Teil der Richtlinie aufnimmt und dabei die eigentliche Regelungsabsicht des Richtliniengebers deutlicher zu erkennen gibt. Dass diese Ausnahmenvorschrift auf den Ausgangsfall

62 — Vgl. Wiebe, A., „Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform“, *Juristische Blätter*, 2/2007, S. 79, der zu der Schlussfolgerung kommt, dass die Richtlinie 2005/29 eine andere systematische Struktur aufweist als das derzeit geltende UWG. Seiner Ansicht nach kann der österreichische Gesetzgeber diese andersartige Struktur bei der Umsetzung nicht ignorieren. Man müsse sich der Aufgabe der Umsetzung stellen und die vielfältigen Probleme angehen, die sich angesichts des beschränkten Anwendungsbereichs, des Inhalts und der Struktur der Richtlinie für den Gesetzgeber stellen. Nach Auffassung des Autors ist es nicht mit einigen Ergänzungen getan, sondern es bedarf einer größeren Strukturreform. Der von der europäischen Ebene ausgehende Liberalisierungsdruck, den auch der Oberste Gerichtshof bereits aufgegriffen habe, könne vom Gesetzgeber zu einer umfassenderen Reform genutzt werden, deren Ergebnis nicht nur den Erfordernissen von Rechtsklarheit und Transparenz genüge, sondern auch dauerhaft Bestand habe.

keine Anwendung findet, ist bereits festgestellt worden⁶³. Anders als von der österreichischen Regierung in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, darf sich ein Mitgliedstaat auch nicht pauschal auf den Verbotstatbestand in Ziff. 4 des Anhangs I der Richtlinie berufen, um wie im Ausgangsfall Geschäftspraktiken generell unter den Vorbehalt einer behördlichen Erlaubnis zu stellen. Vielmehr müssen nationale Regelungen stets und ganz den Richtlinienvorgaben genügen. Davon abgesehen ist darauf hinzuweisen, dass der besagte Verbotstatbestand andere Sachverhalte erfasst als von der österreichischen Regierung angenommen, nämlich jene Verfahren, mit denen die Qualität eines Gewerbetreibenden (z. B. die Seriosität oder die Befähigung zur Berufsausübung) bzw. seiner Produkte (z. B. Gütesiegel, Unbedenklichkeitsbescheinigungen) von einer öffentlichen oder privaten Stelle anerkannt wird. Dieser Verbotstatbestand zielt von seinem Regelungszweck her darauf ab, den Verbraucher vor wahrheitswidrigen und damit irreführenden Behauptungen des Gewerbetreibenden zu schützen, ihm oder dem angebotenen Produkt sei eine solche Anerkennung zuteil geworden⁶⁴. Dass das Bewilligungsverfahren nach den Vorschriften des UWG diesen Zweck verfolgt, hat die österreichische Regierung in ihren mündlichen Ausführungen nicht dargetan.

94. Die österreichische Regelung betreffend die Ankündigung von Ausverkäufen in den §§ 33a UWG ff. in ihrer konkreten Ausgestaltung als allgemeines Verbot mit Erlaubnisvorbehalt läuft im Ergebnis also darauf hinaus, die in Anhang I der Richtlinie enthaltene abschließende Liste verbotener Geschäftspraktiken zu erweitern, was den Mitgliedstaaten angesichts der mit der Richtlinie 2005/29 erfolgten vollständigen und maximalen Harmonisierung jedoch gerade verwehrt ist. Einseitige Erweiterungen dieser Liste seitens der Mitgliedstaaten sind angesichts dessen, dass diese gemäß Art. 5 Abs. 5 nur durch eine Änderung der Richtlinie selbst abgeändert werden kann, verboten.

95. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen komme ich zu dem Ergebnis, dass eine nationale Regelung wie die hier in Rede stehende den materiell-rechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2005/29 nicht entspricht⁶⁵.

4. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

96. Die vorstehende Untersuchung hat ergeben, dass die Richtlinie 2005/29 einer nationalen Regelung wie der in Rede stehenden nicht entgegensteht, die Verwaltungsbehörden die Kompetenz zur Überprüfung von Geschäftspraktiken – im konkreten Fall die Ankündigung von Ausverkäufen – auf ihre Unlauterkeit überträgt⁶⁶.

97. Ebenso wenig steht die Richtlinie einer Regelung entgegen, die vom Gewerbetreibenden die Einholung einer behördlichen Bewilligung verlangt, bevor dieser bestimmte Geschäftspraktiken anwendet, denen der Verdacht der Unlauterkeit anhaftet. Diese verfahrensrechtliche Konstruktion muss allerdings durch besondere Umstände gerechtfertigt sein. Sie muss dem Zweck dienen, den Verwaltungsbehörden eine *Ex-ante*-Kontrolle in Situationen zu gestatten, in denen Störungen des lautereren Wettbewerbs zu erwarten sind, die nachträglich kaum unterbunden werden können⁶⁷.

63 — Siehe Nr. 41 der vorliegenden Schlussanträge.

64 — Vgl. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München 2008, S. 53 f.

65 — Vgl. Schuhmacher, W., „Das Ende der österreichischen per-se-Verbote von Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern“, *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2010, Nr. 12, S. 615 f., der die Auffassung vertritt, dass die Bestimmungen in den §§ 33a ff. UWG ein sehr weit gefasstes *Per-se*-Verbot der von ihnen erfassten Ankündigungen enthalten. Da § 33b UWG auch die wahrheitsgemäße öffentliche Ankündigung von echten Ausverkäufen ohne vorhergehende Bewilligung verbietet, gehe die Vorschrift über die einschlägigen Bestimmungen des Anhangs UWG hinaus und sei damit unanwendbar. Der Autor kommt zu dem Ergebnis, dass damit auch der Bewilligungszwang insgesamt hinfällig geworden sei.

66 — Siehe Nr. 44 der vorliegenden Schlussanträge.

67 — Ebd., Nr. 51.

98. Die Richtlinie steht mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften, die Verstöße gegen die gesetzliche Bewilligungspflicht ahnden, grundsätzlich nicht entgegen⁶⁸.

99. Auch dürfen die Mitgliedstaaten nach der Richtlinie im Prinzip vorsehen, dass die zuständigen Behörden und Gerichte allein die Einhaltung der Bewilligungspflicht zu überprüfen haben, ohne dabei die Frage der Lauterkeit der betreffenden Geschäftspraktik selbst zu beurteilen⁶⁹. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass dem Gewerbetreibenden die Ausübung einer an sich lauterer Geschäftspraktik endgültig untersagt wird. Vielmehr muss dem Gewerbetreibenden stets die Möglichkeit gegeben werden, eine Entscheidung durch die zuständigen Behörden und Gerichte in der Sache anhand des Anhangs I sowie der in den Art. 5 bis 9 der Richtlinie verankerten Kriterien herbeizuführen⁷⁰. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, das über eine unmittelbare Kenntnis der örtlichen Gegebenheiten verfügt und für die Auslegung des nationalen Rechts ausschließlich zuständig ist, festzustellen, ob das nationale Verfahrensrecht ausreichende Garantien dafür vorsieht⁷¹. Um den Vorgaben der Richtlinie Rechnung zu tragen, muss sichergestellt werden, dass die Lauterkeit der betreffenden Geschäftspraktik entweder im Rahmen des Verfahrens selbst oder nachträglich beurteilt werden kann.

100. Dagegen steht die Richtlinie 2005/29 nationalen materiell-rechtlichen Bestimmungen wie den in Rede stehenden entgegen, die die Ankündigung von Ausverkäufen generell verbieten und nur in bestimmten Ausnahmefällen gestatten⁷².

VII – Ergebnis

101. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die vom Obersten Gerichtshof gestellte Frage wie folgt zu antworten:

Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 5 der 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) stehen einer verfahrensrechtlichen Regelung des nationalen Rechts wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, wonach die Ankündigung eines Ausverkaufs ohne Bewilligung der zuständigen Verwaltungsbehörde unzulässig und daher in einem gerichtlichen Verfahren zu untersagen ist, ohne dass das Gericht in diesem Verfahren den irreführenden, aggressiven oder sonst unlauteren Charakter dieser Geschäftspraktik prüfen müsste, grundsätzlich nicht entgegen, sofern sichergestellt ist, dass eine an sich lautere Geschäftspraktik nicht endgültig verboten bleibt. Dem Gewerbetreibenden muss die Möglichkeit offenstehen, eine einzelfallbezogene Lauterkeitsprüfung der betreffenden Geschäftspraktik entweder in einem gerichtlichen oder in einem behördlichen Verfahren herbeizuführen.

Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29 stehen einer materiell-rechtlichen Regelung des nationalen Rechts wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegen, die ein grundsätzliches Verbot von Ankündigungen von Ausverkäufen aufstellt und diese allein von der Erfüllung bestimmter Ausnahmetatbestände abhängig macht, ohne die Möglichkeit vorzusehen, alle Umstände des jeweils konkreten Einzelfalls hinreichend zu berücksichtigen.

68 — Ebd., Nr. 55.

69 — Ebd., Nrn. 53 und 61.

70 — Ebd., Nrn. 53 f. und 63 f.

71 — Ebd., Nr. 68.

72 — Ebd., Nr. 95.