

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
VERICA TRSTENJAK
vom 3. September 2009¹

Inhaltsverzeichnis

I	— Einleitung	I - 220
II	— Rechtlicher Rahmen	I - 221
	A — Gemeinschaftsrecht	I - 221
	B — Nationales Recht	I - 223
III	— Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage	I - 224
IV	— Verfahren vor dem Gerichtshof	I - 226
V	— Wesentliches Vorbringen der Parteien	I - 226
VI	— Rechtliche Würdigung	I - 229
	A — Einleitende Ausführungen	I - 229
	B — Zulässigkeit der Vorlage	I - 231
	1. Zuständigkeit des Gerichtshofs	I - 231
	2. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage	I - 233
	C — Untersuchung der Vorlagefrage	I - 236
	1. Der Begriff der „Geschäftspraktiken“ in Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29	I - 236
	2. Persönlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29	I - 237

1 — Originalsprache: Deutsch.

3. Untersuchung der Strukturen beider Regelungswerke	I - 238
a) Die Regelungen der Richtlinie 2005/29	I - 238
i) Vollständige und maximale Angleichung der nationalen Regelungen als Regelungsziel	I - 238
ii) Regelungsstruktur der Richtlinie 2005/29	I - 240
b) Die Regelungen des UWG	I - 240
i) Darstellung der Regelungsstruktur des Verbots in §§ 3, 4 Nr. 6 UWG	I - 241
c) Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Regelung mit der Richtlinie 2005/29	I - 242
i) Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung	I - 242
ii) Prüfung am Maßstab der Richtlinienbestimmungen	I - 244
— Art. 5 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2005/29	I - 244
— Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29	I - 244
4. Schlussfolgerungen	I - 252
VII — Ergebnis	I - 253

I — Einleitung

ken im Binnenmarkt² (im Folgenden: Richtlinie 2005/29). Dabei geht es im Wesentlichen

1. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG befasst der Bundesgerichtshof (im Folgenden: vorlegendes Gericht) den Gerichtshof mit einer Vorlagefrage zur Auslegung von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftsprakti-

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).

um die Frage der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht, nach der eine Geschäftspraxis, die die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, grundsätzlich verboten ist.

...

2. Das Vorabentscheidungsersuchen geht auf eine Klage der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (im Folgenden: Klägerin des Ausgangsverfahrens) zurück, mit der diese die Einzelhandelskette Plus Warenhandelsgesellschaft mbH (im Folgenden: Beklagte des Ausgangsverfahrens) wegen wettbewerbswidriger Bewerbung einer Bonusaktion auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch nimmt.

- 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;

...“

II — Rechtlicher Rahmen

A — Gemeinschaftsrecht

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

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

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

„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“.

5. Art. 4 der Richtlinie lautet:

„Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Warenverkehr nicht aus Gründen, die mit dem durch diese Richtlinie angeglichenen Bereich zusammenhängen, einschränken“.

- 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.

6. Art. 5 der Richtlinie, der mit „Verbot unlauterer Geschäftspraktiken“ übertitelt ist, bestimmt:

„(1) Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten.“

(3) Geschäftspraktiken, die voraussichtlich in einer für den Gewerbetreibenden vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die aufgrund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese Praktiken oder die ihnen zugrunde liegenden Produkte besonders schutzbedürftig sind, werden aus der Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe beurteilt. Die übliche und rechtmäßige Werbepraxis, übertriebene Behauptungen oder nicht wörtlich zu nehmende Behauptungen aufzustellen, bleibt davon unberührt.

(2) Eine Geschäftspraxis ist unlauter, wenn

- a) sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht

(4) Unlautere Geschäftspraktiken sind insbesondere solche, die

und

- a) irreführend im Sinne der Artikel 6 und 7

oder

- b) aggressiv im Sinne der Artikel 8 und 9 sind.

ändert durch Art. 1 des Ersten Änderungssetzes vom 22. Dezember 2008⁴ (im Folgenden: UWG), dient gemäß seinem § 1 dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

(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. § 3 UWG a. F. bestimmt:

7. Die Kopplung von Preisausschreiben und Gewinnspielen mit Umsatzgeschäften ist nicht in Anhang I der Richtlinie als eine Geschäftspraxis, die unter allen Umständen als unlauter gilt, aufgeführt.

„Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig“.

B — Nationales Recht

8. Das deutsche Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004³, zuletzt ge-

10. Diese Bestimmung ist nach der Gesetzesänderung vom Dezember 2008 in § 3 Abs. 1 UWG n. F. behalten worden. Sie ist im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinie 2005/29 um zwei weitere Absätze ergänzt worden. § 3 UWG n. F. lautet daher nunmehr wie folgt:

3 — BGBl. I S. 1414.

4 — BGBl. I S. 2949.

„(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.

11. § 4 UWG a. F., der nach der Gesetzesänderung vom Dezember 2008 im Wesentlichen unverändert geblieben ist, sieht vor:

„Unlauter im Sinne von § 3 handelt insbesondere, wer

(2) Geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern sind jedenfalls dann unzulässig, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Dabei ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Auf die Sicht eines durchschnittlichen Mitglieds einer auf Grund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftigen und eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern ist abzustellen, wenn für den Unternehmer vorhersehbar ist, dass seine geschäftliche Handlung nur diese Gruppe betrifft.

...

6. die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder der Dienstleistung verbunden;

...“

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

(3) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig.“

12. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts warb die Beklagte, die in Deutschland etwa 2 700 Filialen unterhält, in der Zeit vom 16. September bis 13. November 2004 unter dem Hinweis „Einkaufen, Punkte sammeln,

gratis Lotto spielen“ für die Teilnahme an der Bonusaktion „Ihre Millionenchance“. Kunden konnten im genannten Zeitraum Bonuspunkte sammeln; sie erhielten bei jedem Einkauf für 5 Euro Einkaufswert je einen Bonuspunkt. Ab 20 Bonuspunkten bestand die Möglichkeit, kostenlos an den Ziehungen des Deutschen Lottoblocks am 6. oder 27. November 2004 teilzunehmen. Hierzu mussten die Kunden auf einer in den Filialen der Beklagten erhältlichen Teilnahmekarte u.a. die Bonuspunkte aufkleben und sechs Lottozahlen nach ihrer Wahl ankreuzen. Die Beklagte ließ die Teilnahmekarten in ihren Filialen einsammeln und leitete sie an ein Drittunternehmen weiter, das dafür sorgte, dass die entsprechenden Kunden mit den jeweils ausgewählten Zahlen an der Ziehung der Lottozahlen teilnahmen.

13. Auf der Grundlage von § 4 Nr. 6 UWG nahm die deutsche Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. in Frankfurt am Main an, dass die beschriebene Bonusaktion eine unzulässige Verknüpfung des Warenabsatzes mit einem Gewinnspiel sei. Auf die beim Landgericht Duisburg gegen sie erhobene Klage hin wurde die Beklagte antragsgemäß verurteilt, es zu unterlassen, zu Zwecken des Wettbewerbs in an den Letztverbraucher gerichteter Werbung oder sonst werblich den Verkauf von Waren mit der Ankündigung eines Gewinnspiels in der Weise zu bewerben, dass der Kunde beim Erwerb von Waren Bonuspunkte erhält, die ihm anschließend die Teilnahme an den Ausspielungen des Deutschen Lotto- und Totoblocks ermöglichen.

14. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten wies das Berufungsgericht (Ober-

landesgericht Düsseldorf) mit der Maßgabe zurück, dass der Unterlassungstenor durch die Einfügung des Wortes „kostenlos“ stärker der konkreten Verletzungsform angepasst wurde.

15. Mit der vom Ersten Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

16. Das vorlegende Gericht äußert Zweifel an der Vereinbarkeit der nationalen Regelung des § 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie 2005/29. Es hat deswegen das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken dahin auszulegen, dass diese Vorschrift einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der eine Geschäftspraktik, bei der die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, grundsätzlich unzulässig ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

17. Der Vorlagebeschluss mit Datum vom 5. Juni 2008 ist am 9. Juli 2008 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

18. Schriftliche Erklärungen haben die Parteien des Ausgangsverfahrens, die Regierungen der Bundesrepublik Deutschland, der Republik Finnland, des Königreichs Spanien, der Portugiesischen Republik, der Republik Polen, der Tschechischen Republik, des Königreichs Belgien und der Italienischen Republik sowie die Kommission innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs genannten Frist eingereicht.

19. Der Gerichtshof hat im Rahmen prozessleitender Maßnahmen eine Frage an die Verfahrensbeteiligten gerichtet, die diese beantwortet haben.

20. In der mündlichen Verhandlung, die am 11. Juni 2009 stattgefunden hat, haben der Prozessbevollmächtigte der Beklagten des Ausgangsverfahrens, die Bevollmächtigten der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland, der Portugiesischen Republik, der Republik Polen, der Tschechischen Republik, der Italienischen Republik und der Republik Österreich sowie der Bevollmächtigte der Kommission Ausführungen gemacht.

V — Wesentliches Vorbringen der Parteien

21. Die *spanische* und die *tschechische Regierung* schließen eine Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/29 auf den Ausgangsfall aus.

22. Die *spanische Regierung* rügt zunächst die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens, da ihrer Ansicht nach die Merkmale des Ausgangsverfahrens sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen. Sie verweist dabei auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs im Urteil Jägerskiöld⁵. Vorsorglich macht sie die Nichtanwendbarkeit der Richtlinie 2005/29 geltend, wobei sie vorbringt, der Sachverhalt, der den nationalen Rechtsbehelfen zugrunde liege, habe sich nicht nur vor Ablauf der Frist für die Umsetzung der Richtlinie 2005/29, sondern sogar vor deren Erlass ereignet. Nationale Rechtsvorschriften, die nicht das Ergebnis einer Umsetzung und darüber hinaus sogar vor dem Erlass der fraglichen Richtlinie ergangen seien, könnten nicht vom Gerichtshof ausgelegt werden. Des Weiteren erklärt die spanische Regierung, dass es im Ausgangsfall keine konkreten Anhaltspunkte dafür gebe, dass das wirtschaftliche Verhalten eines Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinflusst werden könnte.

23. Die *tschechische Regierung* erklärt, dass die streitgegenständlichen nationalen Bestimmungen, anders als die der Richtlinie 2005/29, nicht den Schutz der Verbraucher vor un-

⁵ — Urteil vom 21. Oktober 1999, Jägerskiöld (C-97/98, Slg. 1999, I-7319, Randnr. 45)

lauteren Geschäftspraktiken, sondern den Schutz des Wettbewerbs und daher der einzelnen Mitbewerber vor solchen Praktiken bezwecken. Demzufolge fielen diese Vorschriften nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 und könnten nicht gegen deren Bestimmungen verstoßen.

24. Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* sowie die *finnische*, die *portugiesische*, die *belgische*, die *deutsche* und die *italienische Regierung* vertreten die Auffassung, dass die Richtlinie 2005/29 einem Verbot wie dem im UWG vorgesehenen nicht entgegensteht.

25. Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* trägt vor, dass das in § 4 Nr. 6 UWG normierte Kopplungsverbot im Einzelfall nur eingreifen könne, wenn die Geschäftspraxis zum einen gemäß § 3 UWG geeignet sei, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen und zum anderen geeignet sei, die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Das vorlegende Gericht halte zu Unrecht die Vereinbarkeit von § 4 Nr. 6 UWG mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29 für zweifelhaft.

26. Die *finnische Regierung* weist zunächst darauf hin, dass ein hohes Verbraucherschutzniveau eines der Ziele der Richtlinie ist. Die Richtlinie enthalte allgemeine Regeln, die es gestatteten, die unlauteren Geschäftspraktiken zu identifizieren und zu verbieten, wobei den Mitgliedstaaten die Möglichkeit

offenstehe, eingehendere Regelungen über verbotene Verkaufsförderungsmaßnahmen zu erlassen. Die finnische Regierung ist der Auffassung, dass eine nationale Regelung wie diejenige, um die es im vorliegenden Fall geht, das Verbot des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2005/29 konkretisiert, ohne dabei über die Bestimmung des Art. 5 Abs. 2 hinauszugehen. Die nationale Regelung stehe daher mit Art. 5 Abs. 2 in Einklang.

27. Die *portugiesische Regierung* weist darauf hin, dass Anhang I der Richtlinie 2005/29 die verschiedenen Typen von Geschäftspraktiken aufführt, die unter allen Umständen als unlauter gelten, wobei er in Nr. 16 die Geschäftspraxis der „Behauptung, Produkte könnten die Gewinnchancen bei Glücksspielen erhöhen“ verbietet. Die portugiesische Regierung scheint jedoch auszuschließen, dass die streitige Werbekampagne einer solchen Geschäftspraxis entspreche, da der bloße Kauf einer Ware oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung an sich nicht bereits eine Gewinnchance eröffne. Die portugiesische Regierung kommt zu dem Ergebnis, dass die deutschen Vorschriften, insbesondere die §§ 3 und 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie 2005/29 in Einklang stehen, da die Verbote, die sich aus diesen Vorschriften — in Verbindung miteinander — ergeben, nicht gegen Art. 5 Abs. 2 dieser Richtlinie verstoßen.

28. Die *belgische Regierung* ist der Ansicht, dass das in § 4 Nr. 6 UWG vorgesehene Verbot der Kopplung eines Preisausschreibens mit Umsatzgeschäften nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 fällt. Zudem betreffe ein solches Verbot von Kopplungsangeboten eine Verkaufsmodalität, die gemäß

der Rechtsprechung Keck und Mithouard⁶ nicht geeignet sei, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern. Einzig und allein die an die Verbraucher adressierten kommerziellen Mitteilungen könnten unlautere Geschäftspraktiken im Sinne des Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29 darstellen. In diesem Fall hätten die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung der Umstände des ihnen vorgelegten Einzelfalls zu entscheiden, ob die Bestimmungen und Kriterien der Richtlinie 2005/29 eingehalten worden sind.

29. Die *deutsche* und die *italienische Regierung* sind der Ansicht, dass aus dem Wortlaut und der Systematik der Richtlinie 2005/29 hervorgeht, dass die Mitgliedstaaten in rechtmäßiger Weise andere Geschäftspraktiken als die in Anhang I aufgeführten generell verbieten dürfen, sofern das entsprechende Verhalten des Gewerbetreibenden im Licht der in Art. 5 aufgeführten Kriterien als unlauter anzusehen ist.

30. Was konkret die streitgegenständliche Geschäftspraxis betrifft, ist die *deutsche Regierung* der Auffassung, dass die Kopplung der Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel mit dem Erwerb einer Ware ohne Zweifel eine unlautere Geschäftspraxis darstellt, die ebenjene Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt. Daraus folge, dass eine Regelung, die eine solche Form der Kopplung generell verbiete, mit dem Sinn und Zweck der Richtlinie 2005/29 vereinbar sei.

31. Die *italienische Regierung* weist im Hinblick auf das im siebten Erwägungsgrund der

Richtlinie 2005/29 erwähnte Erfordernis, vor dem Verbot bestimmter Geschäftspraktiken die konkreten Umstände des Einzelfalls zu würdigen, darauf hin, dass dieses Erfordernis erfüllt werden könne, indem dem Gewerbetreibenden die Möglichkeit gegeben werde, den gegenteiligen Beweis für die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu erbringen. Folglich steht das Kopplungsverbot des § 4 Nr. 6 UWG nach Auffassung der italienischen Regierung in Einklang mit den Richtlinienbestimmungen.

32. Dagegen vertreten die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* und die *Kommission* die Auffassung, dass eine nationale Regelung wie die des § 4 Nr. 6 UWG, nach der eine Geschäftspraxis, die die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, grundsätzlich verboten ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt, mit der Richtlinie unvereinbar ist. Da diese Geschäftspraxis nicht in der Liste in Anhang I aufgeführt sei, könne sie nur verboten werden, wenn sie auf der Basis einer Einzelfallbetrachtung im Licht der in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29 genannten Kriterien als unlauter eingestuft werden sollte.

33. Die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* trägt vor, dass das Vorhaben betreffend ein allgemeines Verbot der Teilnahme an Gewinnspielen verbunden mit einer Verpflichtung zum vorherigen Kauf einer Ware bereits im Zusammenhang mit dem Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt diskutiert worden sei, was zeige, dass die Problematik dem Gemeinschaftsgesetzgeber sehr wohl bekannt gewesen sei. Wenn der Gemeinschaftsgesetz-

⁶ — Urteil vom 24. November 1993, Keck und Mithouard (C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097).

geber ein solches generelles Verbot in die Richtlinie hätte aufnehmen wollen, dann hätte er diese Geschäftspraxis ausdrücklich in Anhang I der Richtlinie 2005/29 aufgeführt.

34. Nach Auffassung der *polnischen Regierung* hängt die Frage der Vereinbarkeit der streitgegenständlichen UWG-Bestimmung mit der Richtlinie 2005/29 vom Regelungsziel dieses Gesetzes ab. Indem sie sich allen voran auf den fünften Erwägungsgrund der Richtlinie stützt, weist die polnische Regierung darauf hin, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber eine klare Unterscheidung zwischen, einerseits, den Geschäftspraktiken betreffend das Verhältnis zwischen den Unternehmen und den Verbrauchern, die sich nachteilig auf Letztere auswirkten — welche die Richtlinie habe regeln wollen —, und, andererseits, den Geschäftspraktiken betreffend das Verhältnis zwischen Unternehmen, die sich nachteilig auf die wirtschaftlichen Interessen der Mitbewerber auswirkten — welche wiederum nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 fielen —, habe vornehmen wollen. Dementsprechend könne die Vereinbarkeit einer nationalen Regelung, die den Schutz der Mitbewerber bezwecke, mit der Richtlinie 2005/29 nicht in Frage gestellt werden.

35. Die *österreichische Regierung* hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung teilweise unter Bezugnahme auf das Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs Österreichs in der noch anhängigen Rechtssache C-540/08 (Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag) die Auffassung vertreten, dass die Richtlinie 2005/29 in erster Linie Verbraucherschutzpolitischen Zielen dient und daher auf nationale Regelungen, die den Schutz der Interessen von Mitbewerbern bezwecken, keine Anwendung findet. Letztere bleiben ihrer Ansicht nach von der Richtlinie 2005/29 unberührt. Die österrei-

chische Regierung stützt ihre Rechtsauffassung insbesondere auf den achten Erwägungsgrund der Richtlinie, aber auch auf den Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt. Vorsorglich hat sie vorgetragen, falls der Gerichtshof dennoch die Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/29 bejahen sollte, er zugleich feststellen möge, dass sie einer nationalen Regelung wie §§ 3, 4 Nr. 6 UWG nicht entgegenstehe.

VI — Rechtliche Würdigung

A — Einleitende Ausführungen

36. Die vorliegende Rechtssache eröffnet dem Gerichtshof die Möglichkeit, seine Rechtsprechung zur Frage der Vereinbarkeit von mitgliedstaatlichen Verboten von Kopplungsangeboten mit dem Gemeinschaftsrecht fortzuentwickeln. Nützliche Hinweise für die Beantwortung der Vorlagefrage lassen sich aus dem am 23. April 2009 verkündeten Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-261/07 (VTB-VAB) und C-299/07 (Galatea)⁷ entnehmen, in denen der Gerichtshof ebenfalls um Auslegung der Richtlinie 2005/29 ersucht worden ist. Ähnlich wie in jenen Rechtssachen stellt sich vorliegend die Frage, ob und inwieweit den Mitgliedstaaten angesichts der gemeinschaftsweiten Harmonisierung eines Teils des Lauterkeitsrechts durch die Richtlinie 2005/29 eine Kompetenz zum Erlass von Normen verbleibt, die Kopplungsangebote grundsätzlich verbieten, ohne dass es maßgeblich auf eine Einzelfallwürdigung der betreffenden Geschäftspraxis ankäme.

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

37. Wie ich bereits in meinen Schlussanträgen vom 21. Oktober 2008 in den oben genannten Rechtssachen erläutert habe⁸, zielt die am 11. Mai 2005 vom Europäischen Parlament und vom Rat verabschiedete Richtlinie 2005/29 darauf ab, einen einheitlichen Rechtsrahmen für die Regelung unlauterer Geschäftspraktiken im Verhältnis zum Verbraucher zu schaffen. Dieses Ziel soll ausweislich ihres fünften Erwägungsgrundes durch eine Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft im Interesse einer Beseitigung von Hemmnissen im Binnenmarkt erreicht werden⁹. Ihr Regelungsziel besteht somit in einer

vollständigen Harmonisierung dieses Lebensbereichs auf Gemeinschaftsebene¹⁰.

8 — Vgl. meine Schlussanträge vom 21. Oktober 2008, VTB-VAB und Galatea (C-261/07 und C-299/07, Urteil angeführt in Fn. 7, Nr. 48).

9 — Die Richtlinie 2005/29 setzt auf normativer Ebene die Vorstellungen der Kommission hinsichtlich der Zukunft des Verbraucherschutzes in der Europäischen Union um, wie sie in ihrem Grünbuch vom 2. Oktober 2001 (KOM[2001] 531 endg.) erörtert werden. Darin beklagt die Kommission, dass der Binnenmarkt für Verbraucher weder seine potenziellen Möglichkeiten realisiert habe, noch in Sachen B2C-Transaktionen („B2C“ steht für „Business to Consumer“, d. h. Kommunikations- und Handelsbeziehungen zwischen Unternehmen und Privatpersonen, im Gegensatz zu den Kommunikations- und Handelsbeziehungen zwischen Unternehmen oder zwischen diesen Unternehmen und Behörden, dem sogenannten „B2B“-Bereich) mit der fortschreitenden Entwicklung des Binnenmarkts Schritt halte. Nur in den wenigsten Fällen nutzten die Verbraucher die unmittelbaren Vorzüge des Binnenmarkts durch grenzübergreifende Einkäufe. Die Kommission sieht die Ursache in der Vielzahl disparater Regelungen in den Mitgliedstaaten sowie in einem fragmentierten Maßnahmenvollzug, was die Verbraucher abschrecke. Sie schlägt darin u. a. den Erlass einer EU-Rahmenrichtlinie zur Harmonisierung der einzelstaatlichen Lauterkeitsregelungen für Geschäftspraktiken im B2C-Bereich vor. Ihre Ansätze zur Ausgestaltung dieser Rahmenrichtlinie haben in die heutige Richtlinie 2005/29 Eingang gefunden.

Laut Wendehorts, C., „Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte“, *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?* (hrsg. von Brigitta Jud/Christiane Wendehorts), Wien 2009, S. 166, sei die von der Mindestharmonisierung erhoffte Belebung des Binnenmarkts im Bereich Konsumentengeschäfte weitgehend ausgeblieben. Die Gründe dafür werden u. a. in den massiven Unterschieden in der Umsetzung zwischen den einzelnen Rechtsordnungen gesehen. Diese Unterschiede seien deswegen ein Binnenmarkthindernis, weil der durchschnittliche Verbraucher die europaweit garantierten Mindeststandards gar nicht kenne. Zudem seien Unternehmer daran gehindert, grenzüberschreitend anzubieten, weil die Anpassung an viele unterschiedliche Schutzstandards hohe Kosten verursache. Daher gehe der europäische Gesetzgeber dazu über, in den Richtlinienbestimmungen nicht nur Mindeststandards, sondern zugleich auch Maximalstandards des Verbraucherschutzes im Wege der sogenannten Vollharmonisierung festzulegen.

38. In Kraft getreten ist die Richtlinie 2005/29 laut ihrem Art. 20 bereits am Tag nach ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union*, d. h. am 12. Juni 2005. Gemäß ihrem Art. 19 Abs. 1 waren die Mitgliedstaaten verpflichtet, sie bis zum 12. Juni 2007 durch Erlass der erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in das nationale Recht umzusetzen, allerdings mit einer weiteren sechsjährigen Übergangsfrist für bestimmte strengere nationale Regelungen. Angewandt werden mussten diese Rechts- und Verwaltungsvorschriften jedoch erst ab dem 12. Dezember 2007.

10 — So auch Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, Heft 8/9, S. 629, 630; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal — La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor 2006, S. 14, 51, 53; Micklitz, H.-W., „Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG“, *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel 2006, S. 299, 306; Kessler, J., „Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung — Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich“, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, Heft 7, 2007, S. 716; De Cristofaro, G., „La direttiva 2005/29/CE — Contenuti, rationes, caratteristiche“, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turin 2007, S. 32 f.; Di Mauro, L., „L'iter normativo: Dal libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali“, *Le pratiche commerciali — Direttive comunitaria ed ordinamento italiano*, Mailand 2007, S. 26, nach deren Ansicht Ziel der Richtlinie 2005/29 eine Vollharmonisierung der nationalen Regeln ist.

39. Die Bundesrepublik Deutschland ist dieser Umsetzungspflicht formal durch die Verabschiedung des Ersten Änderungsgesetzes zum UWG vom 22. Dezember 2008, das am 30. Dezember 2008 in Kraft getreten ist, nachgekommen¹¹. Die streitgegenständliche Bestimmung in § 4 Nr. 6 UWG ist allerdings nicht in Umsetzung der Richtlinie 2005/29 erlassen worden, sondern geht auf eine frühere nationale Gesetzgebung zurück. In seinem Vorlagebeschluss äußert das vorliegende Gericht Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit dem Gemeinschaftsrecht. Wie vom vorlegenden Gericht anhand der ihm zur Verfügung stehenden Gesetzesmaterialien vorausgesehen¹², ist es im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2005/29 in nationales Recht weder zu einer Änderung noch zu einer Streichung von § 4 Nr. 6 UWG gekommen.

dem Fehlen einer gemeinschaftlichen Dimension der Vorlagefrage. Sie beruft sich dabei auf das Urteil Jägerskiöld¹³, in dem es in Randnr. 45 heißt, dass „die Bestimmungen des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr keine Anwendung auf einen Sachverhalt wie denjenigen des Ausgangsverfahrens finden, dessen Merkmale sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen“. Sofern die spanische Regierung damit das Fehlen eines grenzüberschreitenden Bezugs des Sachverhalts andeutet, ist dieses Vorbringen prozessual dahin gehend zu verstehen, dass sie damit im Grunde die Zuständigkeit des Gerichtshofs bestreitet.

B — Zulässigkeit der Vorlage

1. Zuständigkeit des Gerichtshofs

40. Die spanische Regierung begründet ihre Unzulässigkeitseinrede in erster Linie mit

41. Zunächst ist festzustellen, dass das Vorabentscheidungsersuchen, das Gegenstand der besagten Rechtssache war, ausschließlich die Auslegung der primärrechtlichen Bestimmungen über den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr betraf. Ein grenzüberschreitender Bezug ist in der Tat Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit¹⁴. In der vorliegenden Rechtssache wird der Gerichtshof jedoch um Auslegung einer Richtlinie als Rechtsakt des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts im Sinne des Art. 249 Abs. 3 EG ersucht. Insofern besteht bereits darin ein Unterschied zwischen beiden Rechtssachen.

11 — Aufgrund der verspäteten Umsetzung der Richtlinie 2005/29 hat die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet (Vertragsverletzung-Nr. 2007/0890) und am 16. Juli 2008 gemäß Art. 226 Abs. 2 EG Klage beim Gerichtshof erhoben. Auf diese Klage hat die deutsche Regierung mit Schreiben vom 6. Oktober 2008, eingegangen bei der Kanzlei des Gerichtshofs am 13. Oktober 2008, geantwortet. Mit Schreiben, das am 24. Februar 2009 eingegangen ist, hat die Kommission gegenüber dem Gerichtshof nach Art. 78 der Verfahrensordnung erklärt, dass sie die Klage zurücknimmt. Mit Beschluss vom 20. März 2009 hat der Präsident des Gerichtshofs beschlossen, die Rechtssache C-326/08 (Kommission/Deutschland) im Register des Gerichtshofs zu streichen und der Bundesrepublik Deutschland die Kosten aufzuerlegen.

12 — Siehe die Ausführungen des vorlegenden Gerichts in Randnr. 8 des Vorlagebeschlusses.

13 — Urteil Jägerskiöld (oben in Fn. 5 angeführt, Randnr. 45).

14 — In diesem Sinne Becker, U., *EU-Kommentar* (hrsg. von Jürgen Schwarze), 1. Aufl., Baden-Baden 2000, Art. 28, Randnr. 19, S. 437. Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. Aufl., London 2006, Randnr. 6-024, S. 191, weisen darauf hin, dass der Gerichtshof bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit den primärrechtlichen Bestimmungen zur Personen-, Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit stets überprüfen wird, ob der Sachverhalt einen Gemeinschaftsbezug aufweist. Stellt sich nämlich heraus, dass der Sachverhalt sich lediglich in ein und demselben Mitgliedstaat abspielt, so scheidet eine Anwendbarkeit dieser Vertragsbestimmungen aus.

42. Davon abgesehen ist daran zu erinnern, dass es im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten nach Art. 234 EG allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts ist, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der bei ihm anhängigen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung zum Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen¹⁵.

43. Sofern die von den nationalen Gerichten vorgelegten Fragen die Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts betreffen, ist der Gerichtshof somit grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden¹⁶, es sei denn, er soll offensichtlich in Wirklichkeit dazu veranlasst werden, über einen konstruierten Rechtsstreit zu entscheiden oder Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben, die begehrte Auslegung des Gemeinschaftsrechts steht in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Rechtsstreits oder der Gerichtshof verfügt nicht über die tatsächlichen oder

rechtlichen Angaben, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind¹⁷.

44. Auf das Vorbringen der spanischen Regierung ist somit zu erwidern, dass die Beurteilung, ob ein „rein innerstaatlich“ zu betrachtender Sachverhalt vorliegt, nicht die Zulässigkeit der Vorlagefrage, sondern eine Frage der Auslegung des Gemeinschaftsrechts betrifft¹⁸. Darüber hinaus ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof seine Zuständigkeit auch mit dem offensichtlichen Interesse daran begründet hat, dass jede Bestimmung des Gemeinschaftsrechts eine einheitliche Auslegung erhält, und zwar unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden soll, damit künftige unterschiedliche Auslegungen verhindert werden¹⁹.

45. Folglich ist das Vorbringen der spanischen Regierung zurückzuweisen.

15 — Vgl. u. a. Urteile vom 18. Oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 und C-197/89, Slg. 1990, I-3763, Randnrn. 33 und 34), vom 8. November 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Slg. 1990, I-4003, Randnrn. 18 und 19), vom 17. Juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Slg. 1997, I-4161, Randnr. 24), und vom 29. Januar 2008, Promusicae (C-275/06, Slg. 2008, I-271, Randnr. 36).

16 — Vgl. u. a. Urteile vom 13. März 2001, PreussenElektra (C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 38), vom 22. Mai 2003, Korhonen u. a. (C-18/01, Slg. 2003, I-5321, Randnr. 19), vom 5. Februar 2004, Schneider (C-380/01, Slg. 2004, I-1389, Randnr. 21), vom 19. April 2007, Asemfo (C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Randnr. 30), und Urteil VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 7 angeführt, Randnr. 32).

17 — Vgl. u. a. Urteile vom 16. Dezember 1981, Foglia/Novello (244/80, Slg. 1981, 3045, Randnr. 18), vom 15. Juni 1995, Zabala Erasun u. a. (C-422/93 bis C-424/93, Slg. 1995, I-1567, Randnr. 29), vom 15. Dezember 1995, Bosman (C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 61), vom 12. März 1998, Djabali (C-314/96, Slg. 1998, I-1149, Randnr. 19), PreussenElektra (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 39), Schneider (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 22), vom 1. April 2008, Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon (C-212/06, Slg. 2008, I-1683, Randnr. 29), und VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 7 angeführt, Randnr. 33).

18 — Vgl. meine Schlussanträge vom 11. September 2008, CEPAV DUE u. a. (C-351/07, Nr. 43).

19 — Vgl. Urteile Dzodzi (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 37), Leur-Bloem (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 32), vom 11. Januar 2001, Kofisa Italia (C-1/99, Slg. 2001, I-207, Randnr. 32), vom 29. April 2004, British American Tobacco (C-222/01, Slg. 2004, I-4683, Randnr. 40), vom 16. März 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, Slg. 2006, I-2505, Randnr. 16), und vom 11. Dezember 2007, ETI u. a. (C-280/06, Slg. 2007 Seite I-10893, Randnr. 21).

2. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

46. Die Geltendmachung der Unanwendbarkeit der Richtlinie 2005/29 auf den vorliegenden Fall seitens der spanischen Regierung ist prozessrechtlich als ein Bestreiten der Erheblichkeit der Vorlagefrage für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits zu verstehen.

47. Wie bereits oben dargelegt, kann die Vermutung der Erheblichkeit der von den nationalen Gerichten zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen nur in Ausnahmefällen ausgeräumt werden, und zwar u. a. dann, wenn die erbetene Auslegung der in diesen Fragen erwähnten Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht²⁰.

48. Im vorliegenden Fall ist die Vorlagefrage für die vom vorlegenden Gericht zu treffende Entscheidung nicht offensichtlich unerheblich, denn, wie es in seinem Vorlagebeschluss ausführlich darlegt, hängt der Erfolg der Revision, soweit die Verurteilung zur Unterlassung in Rede steht, davon ab, ob die Regelung in §§ 3, 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie 2005/29 in Einklang steht²¹. Ist dies der Fall, hat das vorlegende Gericht die Revision zurückzuweisen. Würde das in § 4 Nr. 6 UWG vorgesehene Verbot des mit einem Umsatzgeschäft gekoppelten Preisausschreibens oder Gewinnspiels dagegen über

den von der Richtlinie gesetzten Schutz hinausgehen, wäre die Klage — soweit die Klägerin Unterlassung begehrt — vom vorlegenden Gericht abzuweisen und das angegriffene Urteil aufzuheben.

49. Unbeachtlich für die Frage der Anwendbarkeit der Richtlinie 2005/29 auf den Ausgangsfall — soweit dies für die Prüfung der Zulässigkeit der Vorlage relevant ist — ist aus meiner Sicht der von der spanischen Regierung erhobene Einwand, dass die Ereignisse, die zum Ausgangsverfahren führten, sich in einer Zeit vor Inkrafttreten und sogar noch vor Erlass der Richtlinie 2005/29 abgespielt haben, denn jedenfalls ist der Unterlassungsanspruch der Klägerin des Ausgangsverfahrens, den sie gegen die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren erwirkt hat, wie das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluss erklärt²², auf die Abwehr künftiger Verletzungshandlungen gerichtet. Dies hat, wenn man die Ausführungen des vorlegenden Gerichts zum anwendbaren innerstaatlichen Recht richtig deutet, zur Folge, dass der Unterlassungsanspruch bis in die Gegenwart hinein Rechtswirkungen für die betroffene Beklagte entfaltet. Angesichts der fortwährenden Wirkung des Unterlassungsanspruchs²³ erweist sich die Frage der Vereinbarkeit einer Regelung wie der des § 4 Nr. 6

22 — Siehe Randnr. 9 des Vorlagebeschlusses.

23 — Der in § 8 Abs. 1 UWG geregelte Unterlassungsanspruch ist ein vermögensrechtlicher materiell-rechtlicher Anspruch, kein lediglich prozessualer Rechtsbehelf. Er gewährt als Verletzungsunterlassungsanspruch bei Wiederholungsgefahr (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG) und als vorbeugender Unterlassungsanspruch bei Erstbegehungsgefahr (§ 8 Abs. 1 Satz 2 UWG) einen Abwehrensanspruch. Der Anspruch entsteht, sobald vom Unterlassungspflichtigen die drohende Gefahr einer zukünftigen Rechtsverletzung ausgeht. Das verlangt nicht, dass sich die Beeinträchtigung des fremden Interesses bereits effektiv vollzogen haben muss und eine erneute Störung droht (Wiederholungsgefahr). Für die Entstehung des Anspruchs genügt es, dass eine Störung erstmals unmittelbar bevorsteht (Erstbegehungsgefahr). Rechtsgrundlage für die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, d. h. für die Abwehr der Störung, ist § 3 in Verbindung mit den Beispieltatbeständen des § 4 und den Sonderregelungen der §§ 5 bis 7 UWG (vgl. dazu Piper, H., *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* [Hrsg. von Henning Piper/Ansgar Ohly], 4. Aufl., München 2006, § 8, Randnrn. 3 und 5).

20 — Vgl. u. a. Urteile Foglia/Novello (oben in Fn. 17 angeführt, Randnr. 18), Zabala Erasun u. a. (oben in Fn. 17 angeführt, Randnr. 29), Bosman (oben in Fn. 17 angeführt, Randnr. 61), Djabali (oben in Fn. 17 angeführt, Randnr. 19), Schneider (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 22), Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon (oben in Fn. 17 angeführt, Randnr. 29) und VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 7 angeführt, Randnr. 33).

21 — Siehe Randnr. 7 des Vorlagebeschlusses.

UWG mit der Richtlinie 2005/29 weiterhin als aktuell und relevant für die Parteien des Ausgangsverfahrens sowie für das nationale Gericht, das über den Rechtsstreit zu befinden hat.

50. Diese Frage ist umso relevanter, als zum Zeitpunkt der Vorlageentscheidung am 5. Juni 2008 sowohl die Umsetzungsfrist am 12. Juni 2007 als auch die Frist für die späteste Anwendung der Richtlinienbestimmungen am 12. Dezember 2007 längst überschritten war. Zu diesem Zeitpunkt war das nationale Recht weder angepasst worden, noch schien der deutsche Gesetzgeber eine Aufhebung des grundsätzlichen Verbots von Kopplungsangeboten in § 4 Nr. 6 UWG in Erwägung zu ziehen, was auch dem nationalen Gericht bewusst war, wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht.

51. In seiner Eigenschaft als funktionelles Gemeinschaftsgericht wäre das nationale Gericht bei einer nicht auszuschließenden Unvereinbarkeit von § 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie 2005/29 aufgrund der Zukunftsgerichtetheit nationaler wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche notfalls noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist dazu verpflichtet gewesen, die entsprechenden nationalen Bestimmungen unangewendet zu lassen. Dies folgt aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht²⁴, vor allem aber aus der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannten Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Art. 10 Abs. 2 EG und Art. 249 Abs. 3 EG, alle

Maßnahmen zu treffen, die zur Erreichung des durch die betreffende Richtlinie vorgeschriebenen Ziels erforderlich sind.

52. Wie ich in meinen Schlussanträgen in den verbundenen Rechtssachen C-261/07 (VTB-VAB) und C-299/07 (Galatea) ausgeführt habe²⁵, ist damit auch die Pflicht verbunden, alles zu unterlassen, was das Ziel einer Richtlinie vereiteln könnte. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich aus den oben genannten Bestimmungen des Vertrags in Verbindung mit der betreffenden Richtlinie, dass die Mitgliedstaaten, an die die Richtlinie gerichtet ist, während der Frist für deren Umsetzung keine Vorschriften erlassen dürfen, die geeignet sind, die Erreichung des in der Richtlinie vorgeschriebenen Ziels ernstlich zu gefährden²⁶. Diese Unterlassungspflicht erstreckt sich auf alle Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten einschließlich der Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit²⁷. Diesen obliegt es gegebenenfalls zu prüfen, ob vor Ablauf der Umsetzungsfrist erlassene nationale Rechtsakte das Erreichen des Richtlinienziels beeinträchtigen²⁸.

²⁵ — Oben in Fn. 8 angeführt, Nr. 60.

²⁶ — Urteile vom 18. Dezember 1997, *Inter-Environnement Wallonie* (C-129/96, Slg. 1997, I-7411, Randnr. 45), vom 8. Mai 2003, *ATRAL* (C-14/02, Slg. 2003, I-4431, Randnr. 58), vom 22. November 2005, *Mangold* (C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Randnr. 67), und vom 4. Juli 2006, *Adeneler u. a.* (C-212/04, Slg. 2006, I-6057, Randnr. 121).

²⁷ — Urteile vom 13. November 1990, *Marleasing* (C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8), vom 14. Juli 1994, *Faccini Dori* (C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 26), *Inter-Environnement Wallonie* (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 40), vom 25. Februar 1999, *Carbonari u. a.* (C-131/97, Slg. 1999, I-1103, Randnr. 48), und vom 5. Oktober 2004, *Pfeiffer u. a.* (C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Randnr. 110).

²⁸ — Urteil *Inter-Environnement Wallonie* (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 46). In diesem Sinne auch Vclouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (hrsg. von Heinz Mayer), Wien 2004, Art. 249, Randnr. 45, S. 16.

²⁴ — Vgl. u. a. Urteile vom 5. Februar 1963, *Van Gend & Loos* (26/62, Slg. 1963, 3), vom 15. Juli 1964, *Costa/E.N.E.L.* (6/64, Slg. 1964, 1253), vom 17. Dezember 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, Slg. 1970, 1125), und vom 9. März 1978, *Simmenthal* (106/77, Slg. 1978, 629).

53. Dementsprechend hat der Gerichtshof im Urteil Adeneler²⁹ entschieden, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Richtlinie es so weit wie möglich unterlassen müssen, das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, die die Erreichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Ziels nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde.

54. Zudem ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Anwendungsbereich einer Richtlinie nicht nur die nationalen Vorschriften, die als ausdrückliches Ziel die Umsetzung der Richtlinie verfolgen, sondern — vom Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie an — auch die schon vorher bestehenden nationalen Vorschriften fallen, die geeignet sind, die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit der Richtlinie zu gewährleisten³⁰. Dazu gehören im vorliegenden Fall auch die vor Inkrafttreten der Richtlinie 2005/29 bestehenden Bestimmungen des UWG, einschließlich der Regelungen in §§ 3, 4, Nr. 6 UWG.

55. Drängt sich also bei dem nationalen Richter der Verdacht auf, dass eine nationale Gesetzgebung geeignet ist, das Ziel einer

bevorstehend umzusetzenden Richtlinie nach Ablauf der Umsetzungsfrist zu vereiteln³¹, so ist er gehalten, bereits während der Umsetzungsphase die erforderlichen Maßnahmen, die die Verwirklichung des Ziels der Richtlinie ermöglichen, zu ergreifen.

56. Demzufolge waren die deutschen Gerichte aufgrund der Zukunftsgerichtetheit des Unterlassungsanspruchs befugt, ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie 2005/29 die Vereinbarkeit von § 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie zu prüfen und im Zweifelsfall dem Gerichtshof eine entsprechende Frage zur Auslegung der Richtlinie 2005/29 gemäß Art. 234 Abs. 1 Buchst. b EG zur Vorabentscheidung vorzulegen.

57. Nach alledem kann der Vorlagefrage nicht die Entscheidungserheblichkeit abgesprochen werden. Also ist das Vorabentscheidungsersuchen als zulässig anzusehen.

29 — Urteil Adeneler u. a. (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 123).

30 — Urteile vom 7. September 2006, Cordero Alonso (C-81/05, Slg. 2006, I-7569, Randnr. 29) und VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 7 angeführt, Randnr. 35).

31 — Voraussetzung für ein Eingreifen des nationalen Gerichts ist, dass die Gefahr besteht, dass die Richtlinienziele nach Ablauf der Umsetzungsfrist beeinträchtigt werden (in diesem Sinne auch Hoffmann, C., „Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung“, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, Heft 46, S. 2116). Ähnlich auch Schroeder, W., *EU/EGV Kommentar* (hrsg. von Rudolf Streinz), München 2003, Art. 249 EGV, Randnr. 139, S. 2197, nach dessen Ansicht eine Verpflichtung der Behörden und Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung nur ausnahmsweise in Betracht kommt, wenn gesetzgeberische Umsetzungsmaßnahmen vermuten lassen, dass die Verwirklichung der Richtlinienziele endgültig vereitelt werden soll.

C — Untersuchung der Vorlagefrage

58. Vorab ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof in einem nach Art. 234 EG eingeleiteten Verfahren nicht zur Entscheidung über die Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht befugt ist. Er kann jedoch dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts geben, die es diesem ermöglichen, die Frage der Vereinbarkeit bei der Entscheidung des bei ihm anhängigen Verfahrens zu beurteilen³².

59. Die Vorlagefrage zielt darauf ab, feststellen zu lassen, ob die Richtlinie 2005/29 einer nationalen Bestimmung wie § 4 Nr. 6 UWG entgegensteht. Zu diesem Zweck muss zunächst geprüft werden, ob diese Bestimmung von ihrem Regelungsgegenstand her in den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 fällt. Anschließend ist zu prüfen, ob die Richtlinie 2005/29 so auszulegen ist, dass ein Verbot der streitgegenständlichen Geschäftspraxis wie das in §§ 3, 4 Nr. 6 UWG vorgesehene von ihr gedeckt ist.

32 — Vgl. u. a. Urteile Costa/ E.N.E.L. (oben in Fn. 24 angeführt), 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).

1. Der Begriff der „Geschäftspraktiken“ in Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29

60. Die Regelung in § 4 Nr. 6 UWG in Verbindung mit § 3 UWG untersagt einem Gewerbetreibenden, die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig zu machen, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder der Dienstleistung verbunden. Mit anderen Worten, sie verbietet die Verknüpfung zweier unterschiedlicher Waren oder Dienstleistungen zum Zweck der Absatzförderung und ist dementsprechend als ein grundsätzliches Verbot von Kopplungsangeboten zu verstehen³³.

61. Wie ich in meinen Schlussanträgen in den verbundenen Rechtssachen C-261/07 (VTB-VAB) und C-299/07 (Galatea) ausführlich dargelegt habe³⁴ und wie der Gerichtshof im Urteil in denselben Rechtssachen bestätigt hat³⁵, sind Kopplungsangebote geschäftliche Handlungen, die eindeutig in den Rahmen der Geschäftsstrategie eines Gewerbetreibenden gehören und unmittelbar mit der Absatzförderung und dem Verkauf zusammenhängen.

33 — In diesem Sinne Köhler, H., *Wettbewerbsrecht — Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München 2007, § 4, Randnr. 6.6, S. 308; Seichter, D., „Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken“, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, S. 1095, die im Zusammenhang mit § 4 Nr. 6 UWG ausdrücklich von einem Kopplungsverbot sprechen.

34 — Oben in Fn. 8 angeführt, Nrn. 68 bis 70.

35 — Urteil VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 6 angeführt, Randnrn. 48 und 50).

62. Sie stellen daher Geschäftspraktiken im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29 dar und fallen damit in deren sachlichen Anwendungsbereich.

2. Persönlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29

63. Ob die streitgegenständliche nationale Regelung in § 4 Nr. 6 UWG in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, ist, wie die polnische Regierung zutreffend erklärt, davon abhängig, dass sie, wie die Richtlinie selbst, den Schutz der Verbraucher bezweckt.

64. Die Richtlinie regelt nämlich nur den Bereich B2C (business to consumer), d. h. das Verhältnis zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern. Besonders betont wird dieser Zusammenhang im achten Erwägungsgrund, wonach die Richtlinie unmittelbar nur die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher schützt³⁶. Allerdings werden die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber deshalb nicht für weniger

schutzwürdig gehalten, wie aus ihrem sechsten, vor allem aber aus ihrem achten Erwägungsgrund hervorgeht³⁷.

65. Anders als die tschechische Regierung³⁸ habe ich keinerlei Zweifel, dass es Sinn und Zweck der Regelung in § 4 Nr. 6 UWG ist, den Verbraucher zu schützen.

66. Erstens besagt § 1 UWG ausdrücklich, dass dieses Gesetz neben dem Schutz der Mitbewerber sowie der sonstigen Marktteilnehmer auch dem Schutz des Verbrauchers vor unlauterem Wettbewerb dient³⁹. Zweitens sprechen sowohl die Entstehungsgeschichte als auch der Sinn und Zweck von § 4 Nr. 6 UWG für ein solches Verständnis der Bestimmung. Diese innerstaatliche Regelung kodifiziert nämlich die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁴⁰ zu § 1 UWG a. F., nach der es wettbewerbswidrig war, die Teilnahme an Preisausschreiben oder Gewinnspielen vom Kauf einer Ware oder der Bestellung einer Dienstleistung abhängig zu

36 — So auch Hoeren, T., „Das neue UWG — der Regierungsentwurf im Überblick“, *Betriebs-Berater*, 2008, S. 1183; Stuyck, J., „The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition“, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, S. 166.

37 — Vgl. dazu meine Schlussanträge VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 8 angeführt, Nrn. 71 und 72).

38 — Siehe Randnr. 13 des Schriftsatzes der tschechischen Regierung.

39 — Lutz, R., „Veränderungen des Wettbewerbsrechts im Zuge der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2006, Heft 11, S. 909, weist darauf hin, dass das deutsche UWG keine solche Beschränkung auf den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher wie die der Richtlinie 2005/29 kennt, sondern auch dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher und der sonstigen Marktteilnehmer dient, wie aus § 1 UWG hervorgehe. Das deutsche UWG erfasse daher die Bereiche B2C und B2B.

40 — Vgl. u. a. Urteile des Bundesgerichtshofs vom 17. November 1972, I ZR 71/71 (Preisausschreiben), vom 17. Februar 2000, I ZR 239/97 (Space Fidelity Peep-Show), vom 13. Juni 2002, I ZR 173/01 (Kopplungsangebot I), und vom 13. November 2003, I ZR 40/01 (Umgekehrte Versteigerung II).

machen. Ihr gesetzgeberischer Zweck besteht ausweislich der Gesetzesmaterialien⁴¹ darin, den Verbraucher davor zu schützen, durch Ausnutzung der Spiellust in seiner Entscheidungsfreiheit unangemessen beeinträchtigt zu werden. Ihr liegt die Überlegung zugrunde, dass durch die Kopplung von Gewinnspielteilnahme und Warenabsatz auch ein verständiger Durchschnittsverbraucher in seiner Kaufentscheidung so nachhaltig beeinflusst werden kann, dass sich diese nicht mehr nach rationalen Erwägungen richtet, sondern durch das Streben nach dem ausgelobten Gewinn bestimmt wird. Dies entspricht auch der einhelligen Auffassung des rechtswissenschaftlichen Schrifttums⁴².

67. Folglich fällt diese nationale Regelung ebenfalls in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29.

3. Untersuchung der Strukturen beider Regelungswerke

68. Um feststellen zu können, ob die Richtlinie 2005/29 einer nationalen Bestimmung wie § 4 Nr. 6 UWG entgegensteht, ist es erforderlich, beide Regelungswerke im Hinblick auf ihre normative Zielsetzung und ihre Regelungsstruktur zu untersuchen und anschließend zu vergleichen.

a) Die Regelungen der Richtlinie 2005/29

i) Vollständige und maximale Angleichung der nationalen Regelungen als Regelungsziel

69. Wie eingangs ausgeführt⁴³ zielt die Richtlinie 2005/29 auf eine vollständige Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften über unlautere Geschäftspraktiken ab. Angestrebt wird zudem, anders als es in den sektorspezifischen Rechtsinstrumenten zur Harmonisierung des Verbraucherschutzes bisher der Fall war, nicht nur eine Mindestharmonisierung, sondern eine maximale Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften, die den Mitgliedstaaten, von bestimmten Ausnahmen abgesehen, verwehrt, strengere Regelungen beizubehalten oder einzuführen, und zwar unabhängig davon, ob damit die Erreichung eines höheren Verbraucherschutzniveaus bezweckt wird⁴⁴. Beides ergibt sich sowohl aus der Präambel als

⁴³ — Siehe Nr. 37 dieser Schlussanträge.

⁴⁴ — Vgl. Urteil VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 7 angeführt, Randnr. 52). In diesem Sinne Massaguer, J., a. a. O. (Fn. 10), S. 15; Abbamonte, G., „The unfair commercial practices Directive and its general prohibition“, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, S. 19, sowie De Brouwer, L., „Droit de la Consommation — La Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales“, *Revue de Droit Commercial Belge*, Heft 7, September 2005, S. 796, der aus dem Umstand der maximalen Harmonisierung durch die Richtlinie 2005/29 den Schluss zieht, dass die Mitgliedstaaten nicht befugt sind, strengere Regelungen zu erlassen, auch wenn Letztere sogar darauf abzielen, ein höheres Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten. De Cristofaro, G., a. a. O. (Fn. 10), S. 32, ist der Ansicht, dass Mitgliedstaaten weder von den Bestimmungen der Richtlinie abweichen noch ein höheres Verbraucherschutzniveau festsetzen dürfen. Nach Auffassung von Kessler, J., a. a. O. (Fn. 10), S. 716, setzt die Richtlinie nicht nur Mindeststandards, sondern hindert zugleich die Mitgliedstaaten, Regelungen aufrechtzuerhalten, die im Interesse einer postulierten Verbraucherorientierung über die materiellen Vorgaben der Richtlinie hinausgehen und somit strengere Anforderungen beinhalten.

⁴¹ — Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucksache 15/1487, S. 17).

⁴² — Vgl. Piper, H., a. a. O. (Fn. 23), § 4.6, Randnr. 1, S. 348; Hecker, M., *Lauterkeitsrecht — Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (hrsg. von Karl-Heinz Fezer), München 2005, Band 1, § 4-6, Randnr. 33, S. 707.

auch aus den allgemeinen Bestimmungen dieser Richtlinie.

Binnenmarktklausel in Art. 4 der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Warenverkehr nicht aus Gründen, die mit dem durch diese Richtlinie *angeglichenen* Bereich zusammenhängen, einschränken dürfen.

70. Zum einen folgt dies aus ihrem elften Erwägungsgrund, wonach die *Angleichung* der nationalen Rechtsvorschriften durch diese Richtlinie ein hohes allgemeines Verbraucherschutzniveau schaffen soll. Zum anderen spricht ihr zwölfter Erwägungsgrund davon, dass die Verbraucher und die Unternehmer in die Lage versetzt werden sollen, sich an einem *einzigsten Rechtsrahmen* zu orientieren, der auf einem klar definierten Rechtskonzept beruht, das alle Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken in der Europäischen Union regelt. Auf die Methode der *Rechtsangleichung* wird erneut in Art. 1 der Richtlinie Bezug genommen, aus dem hervorgeht, dass sie dem Zweck der Verbesserung des Verbraucherschutzes und der Perfektionierung des Binnenmarkts dienen soll.

72. Als Ausnahme sieht Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie vor, dass die Mitgliedstaaten für einen Zeitraum von sechs Jahren ab dem 12. Juni 2007 in dem durch diese Richtlinie angeglichenen Bereich nationale Vorschriften beibehalten dürfen, die restriktiver oder strenger sind als die Richtlinie. Allerdings ist diese Ausnahme auf jene nationalen Regelungen beschränkt, die zur Umsetzung von Richtlinien erlassen wurden und die Klauseln über eine Mindestangleichung enthalten⁴⁵. Eine weitere Ausnahme von der vollständigen Harmonisierung findet sich schließlich in Art. 3 Abs. 9 im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen im Sinne der Richtlinie 2002/65/EG und Immobilien.

71. Das Ziel einer umfassenden und maximalen Regelung auf Gemeinschaftsebene in dem vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfassten Lebensbereich wird wiederum in den Aussagen in ihren Erwägungsgründen 14 und 15 deutlich, in denen ausdrücklich von einer *vollständigen Angleichung* die Rede ist. Darüber hinaus ergibt sich dies aus der

45 — Zu den Richtlinien im Sinne von Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29, die Klauseln über eine Mindestangleichung enthalten, zählen folgende: Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372, S. 31), Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen (ABl. L 158, S. 59), Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitznutzungsrechten an Immobilien (ABl. L 280, S. 83), Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. L 144, S. 19), Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse (ABl. L 80, S. 27), Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (ABl. L 298, S. 23).

ii) 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 geltenden

Beispielsfälle 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 Anwendung⁴⁶.

b) Die Regelungen des UWG

75. Nach ständiger Rechtsprechung hat jeder Mitgliedstaat, der Adressat einer Richtlinie ist, die Verpflichtung, in seiner nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten⁴⁷. Damit verbunden ist die Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers, die betreffende Richtlinie ordnungsgemäß in nationales Recht umzusetzen⁴⁸. Nach seinem

46 — So auch das Prüfungsschema von De Cristofaro, G., a. a. O. (Fn. 10), S. 12, und Henning-Bodewig, F., a. a. O. (Fn. 10), S. 631.

47 — Vgl. u. a. Urteile vom 1. Februar 1977, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen* (51/76, Slg. 1977, 113, Randnr. 22), vom 26. Februar 1986, *Marshall* (152/84, Slg. 1986, 723, Randnr. 48), vom 24. Oktober 1996, *Kraaijeveld u. a.* (C-72/95, Slg. 1996, I-5403, Randnr. 55), vom 17. Juni 1999, *Kommission/Italien* (C-336/97, Slg. 1999, I-3771, Randnr. 19), vom 8. März 2001, *Kommission/Frankreich* (C-97/00, Slg. 2001, I-2053, Randnr. 9), vom 7. Mai 2002, *Kommission/Schweden* (C-478/99, Slg. 2002, I-4147, Randnr. 15), und vom 26. Juni 2003, *Kommission/Frankreich* (C-233/00, Slg. 2003, I-6625, Randnr. 75).

48 — Die Richtlinienumsetzung ist Bestandteil eines zweistufigen Rechtsetzungsverfahrens, wobei die zweite Stufe auf der Ebene des nationalen Rechts zu setzen ist. Durch die materielle Umsetzung auf der Ebene des nationalen Rechts erfährt das Richtlinienrecht eine Konkretisierung (vgl. dazu Vclouch, P., a. a. O. [Fn. 28], Art. 249, Randnrn. 48 und 50, S. 17 und 18).

Wortlaut überlässt Art. 249 Abs. 3 EG jedoch den mitgliedstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Diese Wahlfreiheit steht insbesondere dem nationalen Gesetzgeber zu.

rung der wesentlichen Eckpunkte dieser innerstaatlichen Regelung.

76. Aus diesem Grund ist es in der Rechtsprechung anerkannt, dass die ordnungsgemäße Umsetzung einer Richtlinie nicht notwendigerweise die wörtliche Übernahme der Richtlinienbestimmungen in einer ausdrücklichen, besonderen Gesetzesvorschrift verlangt⁴⁹. Vielmehr kommt es darauf an, dass das innerstaatliche Recht, das in Umsetzung der Richtlinie in Kraft gesetzt wird, den Erfordernissen der Rechtsklarheit und -sicherheit genügt, um sicherzustellen, dass das gesamte Richtlinienprogramm bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts durch Gerichte und Behörden des jeweiligen Mitgliedstaats verwirklicht wird⁵⁰.

i) Darstellung der Regelungsstruktur des Verbots in §§ 3, 4 Nr. 6 UWG

78. Die Vorschrift des § 3 UWG in der zum Zeitpunkt des Vorabentscheidungsersuchens geltenden und daher hier maßgeblichen Fassung vom 3. Juli 2004 normiert das Verbot unlauteren Wettbewerbs. Diese Fundamentalnorm des Lauterkeitsrechts ist als eine Generalklausel gestaltet, der ein umfassender Geltungsanspruch zur Sanktionierung des wettbewerbsrechtlichen Unrechts zukommt. Diese Generalklausel besteht auch nach der Gesetzesänderung vom Jahr 2008 in § 3 Abs. 1 UWG n. F. mit lediglich geringfügigen Wortlautänderungen fort.

77. Eine Untersuchung der Frage, ob und inwiefern die streitgegenständliche Regelung in § 4 Nr. 6 UWG den Vorgaben der Richtlinie genügt, erfordert zuerst eine kurze Erläute-

79. Das materielle Wettbewerbsdeliktsrecht wird anhand des Begriffs der „Unlauterkeit im Wettbewerb“ umschrieben. Der Systematik im Aufbau des UWG folgend, das in den allgemeinen Bestimmungen des Kapitels 1 (§§ 1 bis 7) neben der Schutzzweckklausel des § 1 UWG und den Definitionen des § 2 UWG die Verbotsnormen (§§ 3 bis 7) enthält, werden die Rechtsfolgen (§§ 8 bis 10) eines Verstoßes gegen eine Verbotsnorm und die Verjährung (§ 11) in Kapitel 2 und das formelle Verfahrensrecht in Kapitel 3 geregelt. Kapitel 4 (§§ 16 bis 19) enthält das Wettbewerbsstrafrecht und Kapitel 5 (§§ 20 bis 22) die Schlussbestimmungen.

49 — Vgl. Urteile vom 28. Februar 1991, Kommission/Deutschland (C-131/88, Slg. 1991, I-825, Randnr. 6), vom 20. März 1997, Kommission/Deutschland (C-96/95, Slg. 1997, I-1653, Randnr. 35), vom 15. November 2001, Kommission/Italien (C-49/00, Slg. 2001, I-8575, Randnrn. 21 und 22), vom 28. April 2005, Kommission/Italien (C-410/03, Slg. 2005, I-3507, Randnr. 60). Darauf weist Seichter, D., a. a. O. (Fn. 33), S. 1088, im Zusammenhang mit dem Umsetzungsbedarf der Richtlinie 2005/29 in deutsches Recht zutreffend hin.

50 — In diesem Sinne Ruffert, M., in Calliess/Ruffert (Hrsg.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3. Aufl., 2007, Art. 249, Randnr. 49, S. 2135. Nach ständiger Rechtsprechung muss die Umsetzung einer Richtlinie deren vollständige Anwendung tatsächlich gewährleisten. Vgl. u. a. Urteile vom 9. September 1999, Kommission/Deutschland (C-217/97, Slg. 1999, I-5087, Randnr. 31), vom 16. November 2000, Kommission/Griechenland (C-214/98, Slg. 2000, I-9601, Randnr. 49), und vom 11. Juli 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Slg. 2002, I-6325, Randnr. 26).

80. § 4 UWG enthält einen Katalog von Beispielen, darunter die streitgegenständliche Fallgestaltung der Teilnahme von Verbrauchern an Preisausschreiben bzw. Gewinnspielen, welche das allgemeine Verbot unlauterer Wettbewerbshandlungen aus der Generalklausel des § 3 UWG konkretisieren⁵¹. Übernommen wurden damit die im Wesentlichen von der deutschen Rechtsprechung und Rechtslehre herausgearbeiteten Fallgruppen. Durch die Aufstellung eines Katalogs von Beispielen hat der nationale Gesetzgeber den Richter von der Aufgabe einer Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der „Unlauterkeit“ weitgehend entlasten⁵² und eine größere Transparenz⁵³ schaffen wollen. Da § 4 Nr. 6 UWG nur das Tatbestandsmerkmal der „Unlauterkeit“ konkretisiert, müssen deshalb neben den Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung — wie bei den übrigen Regelbeispielen — immer auch die Voraussetzungen von § 3 UWG vorliegen, um eine Maßnahme als wettbewerbswidrig zu beurteilen⁵⁴. Diese sehen vor, dass die unlauteren Wettbewerbshandlungen (bzw. die geschäftlichen Handlungen nach § 3 Abs. 1 UWG n. F.) geeignet sein müssen, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer nicht unerheblich zu verfälschen. Dementsprechend muss die Wettbewerbshandlung (bzw. die geschäftliche Handlung nach § 3 Abs. 1 UWG n. F.), über die Beschwerde geführt wird, nicht nur innerhalb eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses begangen worden

sein, sondern auch eine bestimmte Schwelle überschreiten, also von einem gewissen Gewicht für das Wettbewerbsgeschehen sein und die Interessen der geschützten Personenkreise erheblich tangieren.

81. Durch die Einführung einer „Bagatellschwelle“ bzw. eines „Spürbarkeitserfordernisses“ werden die nationalen Gerichte insofern entlastet, als sie sich nicht mit unwichtigen Fällen missbräuchlichen Verhaltens zu befassen brauchen⁵⁵. Entscheidend für die Untersuchung der Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Regelung mit der Richtlinie 2005/29 ist aus meiner Sicht, wie hoch oder wie niedrig die nationalen Wettbewerbsgerichte diese Schwelle ansetzen.

c) Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Regelung mit der Richtlinie 2005/29

i) Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung

51 — Laut Köhler, H., „Die UWG-Novelle“, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2009, S. 112, sind die Beispielstatbestände unlauterer Verhaltensweisen in den §§ 4 bis 6 UWG zur Konkretisierung des Begriffs der Lauterkeit in § 3 UWG heranzuziehen.

52 — In diesem Sinne Köhler, H., *Wettbewerbsrecht — Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, a. a. O. (Fn. 33), § 3, Randnr. 6, S. 152; Piper, H., a. a. O. (Fn. 23), § 4, Randnr. 2, S. 243.

53 — Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucksache 15/1487, S. 18).

54 — Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucksache 15/1487, S. 17). In diesem Sinne auch Hecker, M., a. a. O. (Fn. 42), § 4-6, Randnr. 25, S. 704; Köhler, H., *Wettbewerbsrecht — Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, a. a. O. (Fn. 34), § 4, Randnr. 6.4, S. 309.

82. Bei der Untersuchung der Frage, ob eine Bestimmung des nationalen Rechts im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht steht, ist

55 — In diesem Sinne Charaktiniotis, S., *Die lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitsschranken der Kopplungsangebote nach der Aufhebung der Zugabenverordnung*, Frankfurt am Main 2006, S. 164. Laut Köhler, H., „Die Bagatellklausel in § 3 UWG“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1/2005, S. 1, soll durch die oben genannten Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 UWG die Verfolgung von Bagatellfällen ausgeschlossen werden.

nämlich nicht nur der Wortlaut dieser Bestimmung maßgeblich, sondern darüber hinaus muss die Auslegung berücksichtigt werden, welche die nationalen Gerichte dieser Bestimmung zugrunde legen⁵⁶. Dadurch, dass sie die für alle Rechtsunterworfenen verbindliche Auslegung des Gesetzes wiedergibt, erweist sich die Rechtsprechung in einem Mitgliedstaat als unerlässlicher Maßstab für die Beurteilung der gemeinschaftsrechtskonformen Umsetzung und Auslegung des nationalen Rechts⁵⁷.

83. Denn obwohl bei Verwirklichung des Tatbestands des § 4 Nr. 6 UWG allein das Tatbestandsmerkmal der „Unlauterkeit“ erfüllt wird, eine Handlung insoweit nach nationalem Recht erst dann verboten ist, wenn die Voraussetzungen des § 3 UWG gegeben sind, wird ausweislich der Ausführungen des vorlegenden Gerichts⁵⁸ offenbar in der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung angenommen, dass im Fall des § 4 Nr. 6 UWG stets von der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist⁵⁹. Dies geht aus dem Verweis auf entsprechende

Stimmen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum⁶⁰, den Erläuterungen der innerstaatlichen Bestimmungen im Vorlagebeschluss, aber auch aus der Formulierung der Vorlagefrage selbst hervor, nach der die streitgegenständliche Regelung Kopplungsangebote verbietet, „ohne dass es darauf ankommt, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt“. Diese Formulierung deutet darauf hin, dass § 4 Nr. 6 UWG so ausgelegt wird, als habe der nationale Richter im Einzelfall kaum einen Beurteilungsspielraum. Auch die deutsche Regierung geht in ihren früheren schriftlichen Ausführungen offensichtlich von dieser Annahme aus, wenn sie im Zusammenhang mit dieser innerstaatlichen Regelung von einem „absoluten“ bzw. „generellen“ Verbot⁶¹ spricht.

56 — Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., a. a. O. (Fn. 14), Randnr. 5-056, S. 162, weisen darauf hin, dass die Tragweite nationaler Gesetze, Verordnungen oder Verwaltungsbestimmungen im Licht der Auslegung beurteilt werden muss, die ihnen nationale Gerichte zuordnen. Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts war Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens des deutschen Bundesgerichtshofs in der Rechtssache C-42/95, Siemens/Nold (Urteil vom 19. November 1996, Slg. 1996, I-6017), sowie des belgischen Hof van beroep te Gent in der Rechtssache C-205/07, Gysbrechts (Urteil vom 16. Dezember 2008, Slg. 2008, I-9947).

57 — Vgl. dazu meine Schlussanträge vom 4. September 2008, Kommission/Spanien (C-338/06, Urteil vom 18. Dezember 2008, Slg. 2008, I-10139, Nr. 89).

58 — Siehe Randnrn. 10, 15, 20 und 21 des Vorlagebeschlusses.

59 — Vgl. z. B. das Urteil des Oberlandesgerichts Celle vom 10. Januar 2008 (Az.: 13 U 118/07). Darin weist das Oberlandesgericht darauf hin, dass § 4 Nr. 6 UWG, im Gegensatz zu § 4 Nr. 1 UWG, nach seinem Wortlaut eine Eignung zur Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit der Verbrauchers ausdrücklich gar nicht voraussetzt. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts ist der Gesetzgeber vielmehr davon ausgegangen, dass bei Vorliegen der in § 4 Nr. 6 UWG genannten Tatbestandsvoraussetzungen grundsätzlich eine derartige Beeinträchtigung vorliegt.

60 — Nach Ansicht von Köhler, H., „Die Bagatelldisklausel in § 3 UWG“, a. a. O. (Fn. 55), S. 6, auf den das vorlegende Gericht verweist, stellt der Umstand, dass die Teilnahme an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Bezug einer Ware oder Dienstleistung abhängig gemacht wird, stets eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung der Interessen der Umworbenen dar, da sie gezwungen werden, eine sonst nicht vorgesehene Anschaffung zu tätigen, um teilnehmen zu können. Daraus schließt der Autor, dass eine zusätzliche Prüfung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Nachteil der Mitbewerber, Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer nach § 3 UWG entbehrlich sei.

61 — Siehe Randnrn. 9 und 14 des Schriftsatzes der deutschen Regierung vom 14. Oktober 2008. Darin vertritt sie zum einen die Auffassung, dass „mit der Systematik der Richtlinie zusätzliche absolute Verbote unlauterer Geschäftspraktiken vereinbar sind“, und zum anderen, dass „eine nationale Regelung, die eine solche Kopplung generell verbietet, mit Sinn und Zweck der Richtlinie vereinbar [ist]“. Dabei fällt auf, dass diese Ausführungen teilweise im Widerspruch zu den späteren Ausführungen der deutschen Regierung in ihrem Schriftsatz vom 19. Mai 2009 stehen, in dem sie wiederum die Auffassung vertritt, dass „sowohl § 3 UWG in der Fassung vom 3. Juli 2004 als auch § 3 Abs. 1 und 2 UWG in der Fassung vom 22. Dezember 2008 sicherstellen, dass die Zulässigkeit von Kopplungsangeboten im Sinne des § 4 Nr. 6 UWG in der jeweiligen Fassung anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen ist“ (siehe Randnrn. 15 bis 17). Des Weiteren behauptet die deutsche Regierung darin, dass es sich bei dem in § 4 UWG vom 3. Juli 2004 enthaltenen Verbot von Verkaufsfördermaßnahmen nicht um ein allgemeines und automatisch zur Anwendung kommendes Verbot handle. Seine Anwendung erfolge vielmehr unter den Voraussetzungen des § 3 UWG. Diese setzten eine Prüfung der Wettbewerbsbehandlung anhand der Umstände des Einzelfalls voraus. Nichts anderes gelte im Ergebnis für die Neufassung des § 3 UWG im Zuge der Umsetzung der Richtlinie.

ii) Prüfung am Maßstab der Richtlinienbestimmungen

84. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob diese Auslegung von § 4 Nr. 6 UWG, die im Ergebnis einem grundsätzlichen Verbot von Kopplungsangeboten im Zusammenhang mit Preisausschreiben bzw. Gewinnspielen gleichkommt, mit der Richtlinie vereinbar ist. Zu diesem Zweck ist das in Nr. 74 dieser Schlussanträge beschriebene Prüfungsschema zugrunde zu legen.

— Art. 5 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2005/29

85. Zunächst ist festzustellen, dass die Geschäftspraxis, die § 4 Nr. 6 UWG verbietet, keinem der in Anhang I der Richtlinie aufgeführten Fälle unlauterer Geschäftspraktiken entspricht⁶². Nicht einschlägig ist insbesondere die in Nr. 16 aufgeführte Fallkonstellation, in der damit geworben wird, bestimmte Produkte könnten die Gewinnchancen bei Glücksspielen erhöhen. Sie betrifft eine besondere Form der Werbung, jedoch nicht die Verwendung von Kopplungsangeboten an sich. Davon abgesehen wirbt die Beklagte des Ausgangsverfahrens, worauf die portugiesische Regierung zutreffend hinweist, keinesfalls damit, der bloße Kauf einer Ware eröffne bereits eine Gewinnchance. Ange-

boten wird lediglich die Möglichkeit der Teilnahme an einem ohnehin jedem zugänglichen Glücksspiel, ohne dass dadurch eine höhere Gewinnchance für den Käufer versprochen würde.

86. Da Kopplungsangebote allgemein nicht zu den in Anhang I genannten Geschäftspraktiken gezählt werden, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind, dürfen sie im Prinzip nur verboten werden, wenn sie unlautere Geschäftspraktiken darstellen, etwa weil sie irreführend oder aggressiv im Sinne der Richtlinie sind⁶³. Indes kann die Geschäftspraxis, die § 4 Nr. 6 UWG verbietet, weder als irreführend noch als aggressiv im Sinne des Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie bezeichnet werden.

— Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29

87. Nach der Richtlinie kommt ein Verbot ferner nur in Frage, wenn eine Geschäftspraxis deshalb als unlauter zu bewerten ist, weil sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht und sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers

62 — Lutz, R., a. a. O. (Fn. 39), S. 910, stellt ebenfalls fest, dass § 4 Nr. 6 UWG keine Entsprechung in den Beispieltatbeständen der Richtlinie hat. Der Autor fragt sich deshalb, ob diese Norm aufrechterhalten bleiben kann.

63 — Vgl. meine Schlussanträge VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 8 angeführt, Nr. 82).

wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen. Dazu müssen die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Buchst. a und b kumulativ erfüllt sein⁶⁴.

88. Nach Auffassung der deutschen Regierung ist dies im Hinblick auf die von § 4 Nr. 6 UWG verbotene Geschäftspraxis der Fall, wobei sie zur Begründung im Wesentlichen auf die Manipulationsgefahr hinweist, die daraus erwachse, dass an die Spiellust des Verbrauchers appelliert werde.

Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflicht

89. Der Begriff „berufliche Sorgfalt“ ist in Art. 2 Buchst. h der Richtlinie definiert als „der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, bei denen billigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Gewerbetreibende sie gegenüber dem Verbraucher gemäß den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Tätigkeitsbereich anwendet“.

90. Diese Definition, die u. a. an den unbestimmten Rechtsbegriff der „anständigen Marktgepflogenheiten“ anknüpft, schließt

eine Wertung ein, die von einem Mitgliedstaat zum anderen, bedingt durch die jeweils herrschenden kulturellen Gegebenheiten und sittlichen Vorstellungen, durchaus variieren kann⁶⁵. Dem steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Richtlinie gemäß ihrem 13. Erwägungsgrund darauf abzielt, im Wege der Rechtsangleichung Hemmnisse für den Binnenmarkt zu beseitigen, die aus der Anwendung unterschiedlicher Generalklauseln und Rechtsgrundsätze resultieren, zumal den Mitgliedstaaten offensichtlich ein gewisser Regelungsspielraum in einem eng umgrenzten Bereich eingeräumt wird⁶⁶. Dies wird von der Richtlinie ausdrücklich anerkannt, denn aus dem siebten Erwägungsgrund geht hervor, dass „die Richtlinie sich nicht auf die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands bezieht, die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind“. Darin wird als Beispiel das in manchen Mitgliedstaaten unerwünschte Ansprechen von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken angeführt. Deshalb besagt derselbe Erwägungsgrund auch, dass „die Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht in ihrem Ho-

65 — So auch Micklitz, H.-W., a. a. O. (Fn. 10), S. 308, sowie Massaguer, J., a. a. O. (Fn. 10), S. 69, nach dessen Ansicht die Definition der „beruflichen Sorgfalt“ in Art. 2 Buchst. h der Richtlinie angesichts der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie der „anständigen Marktgepflogenheiten“ und „Treu und Glauben“ geeignet ist, zu unterschiedlichen Auslegungen zu führen.

66 — Glöckner, J./Henning-Bodewig, F., „EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem ‚neuen‘ UWG?“, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 11/2005, S. 1323, weist auf das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie hin, das umso größer sei, je unbestimmter die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben seien. Angesichts der Unbestimmtheit des Begriffs der Unlauterkeit hätten die nationalen Gesetzgeber wohl die Freiheit behalten, bei der Umsetzung der Generalklausel ihren nationalen Traditionen folgend gegen die guten Sitten, Treu und Glauben oder gegen die anständigen Gepflogenheiten verstoßende Geschäftspraktiken zu ahnden, solange die Ausfüllung dieser Begriffe nicht von dem der Unlauterkeit in Art. 5 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 Buchst. h der Richtlinie 2005/29 abweiche. Ähnlich im Zusammenhang mit dem Begriff der „anständigen Marktgepflogenheiten“ Micklitz, H.-W., a. a. O. (Fn. 10), S. 309 f. Der Autor spricht von einem Spielraum der Mitgliedstaaten in Fragen des Geschmacks und des Anstands.

64 — In diesem Sinne Abbamonte, G., a. a. O. (Fn. 44), S. 21; Massaguer, J., a. a. O. (Fn. 10), S. 58.

heitsgebiet weiterhin Geschäftspraktiken aus Gründen der guten Sitten und des Anstands verbieten können sollten, auch wenn diese Praktiken die Wahlfreiheit des Verbrauchers nicht beeinträchtigen“.

91. Dass Glücksspiele ein potenzielles Risiko für die Gesellschaften der Mitgliedstaaten bergen⁶⁷ und Letztere deshalb in der Lage sein müssen, entsprechende Maßnahmen zur Eindämmung der Gefahren der Spielsucht zu ergreifen, zeigt auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs in den sogenannten Glücksspielurteilen. Im Mittelpunkt dieser Urteile stand die Abwägung zwischen einerseits der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit und andererseits dem Schutz zwingender Gründe des Allgemeininteresses, nämlich der Ziele des Verbraucherschutzes, der Betrugsvermeidung und der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen sowie der Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen⁶⁸. Darin hat der Gerichtshof die Kompetenz der Mitgliedstaaten anerkannt, die „Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet

der Glücksspiele festzulegen und gegebenenfalls das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen“. Nach Auffassung des Gerichtshofs können „die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen, festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben“, sofern die getroffenen Maßnahmen verhältnismäßig sind⁶⁹.

92. Meines Erachtens ist es im Interesse einer kohärenten Rechtsprechung geboten, die oben genannten Grundsätze auch bei der Auslegung von Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie, insbesondere des Tatbestandsmerkmals der „anständigen Marktgepflogenheiten“, anzuwenden und den Mitgliedstaaten — innerhalb der gemeinschaftsrechtlich festgelegten Grenzen — ein ausreichendes Ermessen beim Erlass von Maßnahmen zur Eindämmung der Gefahren der Spielsucht einzuräumen.

93. Die von der deutschen Regierung geäußerten allgemeinen Bedenken gegenüber einer Geschäftspraxis, die sich der Anlockwirkung von Glücksspielen bedient, lassen sich dieser Kategorie sittlicher Vorbehalte

67 — In seinen Schlussanträgen vom 14. Oktober 2008, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional* (C-42/07, Nrn. 28 bis 33), weist Generalanwalt Bot auf die Gefahren der Glücks- und Geldspiele für die Gesellschaft hin. Nach eigenen Angaben können die Spiele zum einen dazu führen, dass Spieler ihre wirtschaftliche und familiäre Situation, möglicherweise sogar ihre Gesundheit gefährden. Zum anderen können sich die Glücks- und Geldspiele angesichts der sehr hohen Einsätze, die mit ihnen verbunden sind, für Manipulationen seitens des Veranstalters eignen, der erreichen möchte, dass das Ergebnis der Ziehung oder des Sportwettkampfs möglichst günstig für ihn ausfällt. Schließlich können die Glücks- und Geldspiele ein Mittel zum „Waschen“ rechtswidrig erworbener Geldbeträge sein.

68 — Vgl. Urteile vom 24. März 1994, *Schindler* (C-275/92, Slg. 1994, I-1039, Randnrn. 57 bis 60), vom 21. September 1999, *Läärä u. a.* (C-124/97, Slg. 1999, I-6067, Randnrn. 32 und 33), vom 21. Oktober 1999, *Zenatti* (C-67/98, Slg. 1999, I-7289, Randnrn. 30 und 31), vom 6. November 2003, *Gambelli* (C-243/01, Slg. 2003, I-12971, Randnrn. 60 bis 67), vom 6. März 2007, *Placanica u. a.* (C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Randnrn. 45 bis 49). Vgl. ferner die Urteile des EFTA-Gerichtshofs vom 14. März 2007, *EFTA Surveillance Authority/Norwegen* (E-1/06, EFTA Court Report 2007, Randnr. 34), und vom 30. Mai 2007, *Ladbrokes Ltd./The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food* (E-3/06, EFTA Court Report 2007, Randnr. 44).

69 — Vgl. Urteile *Schindler* (oben in Fn. 69 angeführt, Randnrn. 61), *Läärä u. a.* (oben in Fn. 69 angeführt, Randnrn. 35), *Zenatti* (oben in Fn. 69 angeführt, Randnrn. 33), *Gambelli* (oben in Fn. 69 angeführt, Randnrn. 63) und *Placanica u. a.* (oben in Fn. 69 angeführt, Randnrn. 47). Vgl. ferner die Urteile des EFTA-Gerichtshofs vom 14. März 2007, *EFTA Surveillance Authority/Norwegen* (E-1/06, EFTA Court Report 2007, Randnr. 29), und vom 30. Mai 2007, *Ladbrokes Ltd./The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food* (E-3/06, EFTA Court Report 2007, Randnr. 42).

zuordnen. Wie die deutsche Regierung zutreffend bemerkt, ist der Einsatz von Gewinnspielen in der Werbebranche durchaus geeignet, die menschliche Spiellust zu wecken. Solche Spiele üben nicht zuletzt aufgrund der Aussicht auf unter Umständen sehr hohe Gewinne eine gewisse Anziehungskraft auf den Menschen aus. Ihr Einsatz vermag die Aufmerksamkeit potenzieller Kunden zu wecken und diese im Rahmen der gewählten Werbestrategie auf bestimmte Ziele zu lenken. Das vorgebrachte Argument, eine solche Geschäftspraxis weise manipulatorische Elemente auf und könne dadurch unter Umständen eine Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflicht darstellen, ist daher, allgemein betrachtet, nicht von der Hand zu weisen.

94. Folglich kann eine Geschäftspraxis, die die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, unter bestimmten Umständen den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht gemäß Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie widersprechen.

Geeignetheit, das Verhalten des Durchschnittsverbrauchers maßgeblich zu beeinflussen

95. Unter einer „wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Buchst. b ist gemäß der in Art. 2 Buchst. e enthaltenen Legaldefinition „die Anwendung einer Geschäftspraxis, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und damit den

Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“, zu verstehen. Schutzgut dieser Regelung ist die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers⁷⁰.

96. Die Kopplung von Preisausschreiben und Gewinnspielen mit Umsatzgeschäften ist in Anbetracht der bereits dargestellten Risiken⁷¹ und unter Zugrundelegung eines angemessenen mitgliedstaatlichen Entscheidungsermessens grundsätzlich geeignet, das Einkaufsverhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Es ist, wie die deutsche Regierung zutreffend erklärt⁷², nicht auszuschließen, dass die Aussicht auf kostenlose Teilnahme an dem Gewinnspiel den Verbraucher dazu veranlassen kann, für höhere Beträge als geplant einzukaufen, um sich eine Teilnahme an dem Gewinnspiel zu ermöglichen. Sie ist ebenso grundsätzlich geeignet, ihn dahin gehend zu beeinflussen, dass er weitere Einkäufe bei dem solcherart werbenden Gewerbetreibenden vornimmt, um weiter am Gewinnspiel teilzunehmen.

97. Insofern wäre der Tatbestand des Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie bei Zugrundelegung einer allgemeinen Betrachtungsweise grundsätzlich erfüllt.

70 — Nicht jedoch das wirtschaftliche Interesse des Verbrauchers. Laut Abbamonte, G., a. a. O. (Fn. 44), S. 23, geht diese Regelung von der Grundannahme aus, dass unlautere Geschäftspraktiken in der Regel die Vorlieben des Verbrauchers verzerren, indem sie dessen Entscheidungsfreiheit bzw. -fähigkeit beeinträchtigen. Infolgedessen würden Verbraucher Waren kaufen, die sie nicht benötigten, oder welche, die sie andernfalls — ohne die Beeinträchtigung — als minderwertig angesehen hätten. Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2005/29 setze allerdings keinen wirtschaftlichen Schaden des Verbrauchers voraus. Ein solches Tatbestandserfordernis wäre nach Ansicht des Autors unangemessen gewesen, da es das Verbraucherschutzniveau innerhalb der Europäischen Union wesentlich gesenkt hätte.

71 — Siehe Nr. 93 dieser Schlussanträge.

72 — Siehe Randnr. 23 des Schriftsatzes der deutschen Regierung.

Notwendigkeit einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls

98. Indes ist zweifelhaft, ob diese allgemeine Betrachtungsweise dem Sinn und Zweck der Richtlinie sowie dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers tatsächlich entspricht. Wie ich bereits in meinen Schlussanträgen in den verbundenen Rechtssachen C-261/07 (VTB-VAB) und C-299/07 (Galatea) erklärt habe⁷³, lässt sich die Frage, ob Kopplungsverbote deshalb als unlauter zu bewerten sind, weil sie die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie erfüllen, nämlich nicht allgemeingültig beantworten, sondern es bedarf hierzu vielmehr einer Beurteilung der konkreten Geschäftspraxis im Einzelfall.

99. Dies geht aus dem siebten Erwägungsgrund der Richtlinie unmissverständlich hervor, wonach bei der Anwendung dieser Richtlinie, insbesondere der Generalklauseln, die Umstände des Einzelfalls umfassend gewürdigt werden sollten. Das Wort „insbesondere“ zeigt auch, dass die jeweilige Einzelfallbeurteilung sich nicht auf die Anwendung der Generalklausel des Art. 5 Abs. 1 beschränkt, sondern sich ebenfalls auf die Anwendung der sie konkretisierenden Bestimmungen der Art. 5 bis 9 der Richtlinie

erstreckt. Von der Notwendigkeit einer Einzelfallbeurteilung anhand der Bestimmungen der Art. 5 bis 9 der Richtlinie für den Fall, dass eine Geschäftspraxis nicht unter die in Anhang I aufgeführten Geschäftspraktiken fällt, geht auch der Gemeinschaftsgesetzgeber ausweislich des 17. Erwägungsgrundes aus. Dies folgt aus einem Umkehrschluss aus Satz 3 des 17. Erwägungsgrundes, der nämlich besagt, dass es sich bei den in Anhang I aufgelisteten Geschäftspraktiken um die einzigen Geschäftspraktiken handelt, die „ohne eine Beurteilung des Einzelfalls anhand der Bestimmungen der Artikel 5 bis 9 als unlauter gelten können“.

100. Das grundsätzliche Kopplungsverbot des § 4 Nr. 6 UWG in der oben beschriebenen Auslegung läuft im Ergebnis darauf hinaus, die in Anhang I der Richtlinie enthaltene Liste verbotener Geschäftspraktiken zu erweitern, was den Mitgliedstaaten angesichts der mit der Richtlinie 2005/29 einhergehenden vollständigen und maximalen Harmonisierung jedoch gerade verwehrt ist⁷⁴. Einseitige Erweiterungen dieser Liste seitens der Mitgliedstaaten sind zudem, vor dem Hintergrund dessen, dass sie gemäß Art. 5 Abs. 5 nur durch eine Änderung der Richtlinie selbst, d. h. nach dem in Art. 251 EG vorgeschriebenen Verfahren der Mitentscheidung, abgeändert werden kann, verboten.

⁷⁴ — Abbamonte, G., a. a. O. (Fn. 44), S. 21, weist darauf hin, dass die Mitgliedstaaten die in Anhang I der Richtlinie 2005/29 enthaltene abschließende Liste verbotener Geschäftspraktiken nicht selbst erweitern dürfen. Wäre es ihnen gestattet, dies zu tun, so hätte dies eine Umgehung der mit der Richtlinie bezweckten maximalen Harmonisierung zur Folge, was das Ziel der Rechtssicherheit vereiteln würde. Nach Ansicht von Seichter, D., a. a. O. (Fn. 33), S. 1095, ist das in § 4 Nr. 6 UWG geregelte Kopplungsverbot zu streichen, da es über die in Anhang I geregelten Fallgruppen hinausgeht.

⁷³ — Oben in Fn. 8 angeführt, Nr. 83.

101. Die Aufgabe der Beurteilung der Lauterkeit einer Geschäftspraxis anhand konkreter Umstände, insbesondere im Hinblick auf ihre Wirkung auf das wirtschaftliche Verhalten eines Durchschnittsverbrauchers, überträgt der Gemeinschaftsgesetzgeber den nationalen Gerichten bzw. Verwaltungsbehörden. Darauf weist der Wortlaut des 18. Erwägungsgrundes der Richtlinie ausdrücklich hin⁷⁵. Ihnen obliegt gemäß den Art. 11 und 12 der Richtlinie die Aufgabe, im Rahmen der auf nationaler Ebene zu schaffenden Sanktionssysteme die Einhaltung dieser Richtlinie durchzusetzen⁷⁶. Wenn der deutsche Gesetzgeber aber über die in Anhang I der Richtlinie enthaltene Liste hinausgehende grundsätz-

liche Verbote festlegt und den Organen der gesetzesauslegenden und -ausführenden Staatsgewalt, die insofern gleichermaßen Adressaten der Richtlinie 2005/29 sind, keine Beurteilungsspielräume belässt, wird das Ziel der effektiven Umsetzung dieser Richtlinie auf mitgliedstaatlicher Ebene vereitelt⁷⁷.

75 — So auch Bernitz, U., „The Unfair Commercial Practices Directive: Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition“, *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 — New Rules and New Techniques*, Norfolk 2007, S. 39, der sich ebenfalls auf den 18. Erwägungsgrund der Richtlinie beruft. Dort heißt es: „Die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden müssen sich bei der Beurteilung der Frage, wie der Durchschnittsverbraucher in einem gegebenen Fall typischerweise reagieren würde, auf ihre eigene Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs verlassen.“ Ferner ist im 20. Erwägungsgrund von der Inanspruchnahme der Verwaltungsbehörden und der Gerichte die Rede.

76 — In den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft sind — bedingt durch historische Entwicklungen und unterschiedliche Strukturen der Rechtsordnungen — verschiedene lauterkeitsrechtliche Sanktionssysteme anzutreffen. Das Gemeinschaftsrecht hat die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Mitgliedstaaten bislang lediglich punktuell vereinheitlicht und schreibt kein bestimmtes System der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken vor. An dieser gemeinschaftsrechtlichen Akzeptanz verschiedener nationaler Durchsetzungssysteme ändert die Richtlinie 2005/29 nichts. Es bleibt Sache der nationalen Gesetzgeber, ob die Bekämpfung von unlauteren Geschäftspraktiken auf verwaltungsrechtlichem, strafrechtlichem oder zivilrechtlichem Wege erfolgt, wie Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 3 der Richtlinie bestätigt. Dabei sind Kombinationen verschiedener Sanktionssysteme zulässig. Ihnen steht ebenfalls die Befugnis zu, festzulegen, ob ein gerichtliches und/oder ein verwaltungsbehördliches Verfahren stattfinden soll (vgl. dazu Alexander, C., „Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt — Umsetzungsbedarf in Deutschland?“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, Heft 10, S. 810, und Massaguer, J., a. a. O. [Fn. 10], S. 144).

102. Eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie ist umso mehr erforderlich, als nicht davon ausgegangen werden kann, dass jede Verknüpfung des Warenabsatzes mit einem Gewinnspiel grundsätzlich und *per se* die von der deutschen Regierung angeführte manipulatorische Wirkung aufweisen wird. Das Tatbestandsmerkmal der „Wesentlichkeit“ in Art. 5

77 — Stuyck, J., a. a. O. (Fn. 36), S. 170, weist darauf hin, dass die Richtlinie 2005/29 eine einzelfallbezogene Prüfung der Unlauterkeit einer Geschäftspraktik verlangt. Er vertritt daher die Auffassung, dass eine nationale Regelung, die ein grundsätzliches Verbot bestimmter Formen der Absatzförderung wie des Verkaufs mit Verlust, von Gewinnangeboten, Coupons, Räumungsverkäufen usw. verhängt bzw. auf abstrakte Weise regelt, ohne dem Richter die Befugnis einzuräumen, im Einzelfall zu beurteilen, ob die jeweilige Geschäftspraktik als unlauter gegenüber den Verbrauchern anzusehen ist, angesichts der Richtlinie 2005/29 nicht länger aufrechterhalten werden kann.

Abs. 2 Buchst. b setzt begriffsnotwendig eine Einzelfallprüfung voraus⁷⁸. Indes lassen sich Fallgestaltungen ersinnen, in denen der Anreiz, an einem Gewinnspiel oder Preisausschreiben teilzunehmen, das Kaufverhalten des Verbrauchers nicht oder nur unwesentlich beeinflussen wird.

103. So lässt sich im Hinblick auf den Ausgangsfall — ohne einer entsprechenden Würdigung durch die nationalen Gerichte, denen die Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Ausgangsrechtsstreit obliegt⁷⁹, vorgreifen zu wollen — behaupten, dass die Aussicht, Lotto zu spielen, kaum dazu geeignet ist, einen Durchschnittsverbraucher stets dazu zu bringen, Einkäufe in Höhe von 100 Euro zu tätigen, zumal erstens dieser Betrag relativ hoch ist und zweitens der Zugang zum Spiel letztlich jedem offensteht. Insofern ist der

spanischen Regierung darin zuzustimmen, dass ein Durchschnittsverbraucher, der Lotto spielen möchte, in der Regel keine Einkäufe für 100 Euro abwarten wird, um Zugang zum Spiel zu bekommen⁸⁰. Der Durchschnittsverbraucher wird also in der Streitgegenständlichen Fallgestaltung durchaus erkennen können, dass sich der Vorteil auf eine kostenlose Lottoteilnahme beschränkt und er hierfür mindestens Waren im Wert von 100 Euro erwerben muss. Vor diesem Hintergrund kann er frei entscheiden, ob er an der Aktion teilnimmt oder seinen Bedarf bei einem Mitbewerber deckt⁸¹.

104. Zusammenfassend ist festzustellen, dass eine nationale Regelung wie § 4 Nr. 6 UWG in der ihr zugeschriebenen Auslegung, die ein grundsätzliches Verbot von Kopplungsangeboten verhängt, ohne die Möglichkeit vorzusehen, die Umstände des jeweils konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen, von ihrem Wesen her restriktiver und strenger als die Regelungen der Richtlinie 2005/29 ist.

105. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass § 4 Nr. 6 UWG einen Bereich betrifft, der der vollständigen Harmonisierung unterliegt und für den die Übergangsregelungen des Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie nicht

78 — In diesem Sinne Bloß, A., „Zum Kopplungsverbot für Preisausschreiben und Gewinnspiele“, *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, Heft 5, 2008, S. 487. Nach Ansicht der Autorin ist nach der Richtlinie eine Einzelfallprüfung insbesondere an dem Merkmal der Wesentlichkeit vorzunehmen. Hätte der Gemeinschaftsrechtgeber das Verbot der gekoppelten Gewinnspiele erfassen wollen, hätte es nahegelegen, diese in den Anhang I zur Richtlinie explizit mit aufzunehmen. Sie vertritt die Auffassung, dass eine Kaufkopplung bei Gewinnspielen nicht grundsätzlich und *per se* geeignet ist, das Kaufverhalten der Verbraucher wesentlich zu beeinflussen. Indes ermögliche § 4 Nr. 6 UWG keine Einzelfallbetrachtung, was aber die Unlauterkeitstatbestände der Richtlinie erlaubten. Insofern sei es unwahrscheinlich, dass das generelle Kopplungsverbot in § 4 Nr. 6 UWG aufrechterhalten werden könne. Nach Auffassung von Leible, S., „BGH: Vereinbarkeit des deutschen Gewinnspiel-Kopplungsverbots mit der EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken“, *Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung*, 2008, 269 263, hätte es, wenn der Gemeinschaftsrechtgeber beabsichtigt hätte, ein Per-se-Verbot für gekoppelte Preisausschreiben und Gewinnspiele auszusprechen, und zwar unabhängig davon, ob die Kopplung zu einer unsachlichen Beeinflussung des Verbrauchers führt, nahegelegen, Preisausschreiben und Gewinnspiele, die mit einem Umsatzgeschäft gekoppelt sind, als eine Geschäftspraxis, die unter allen Umständen als unlauter gilt, in Anhang I der Richtlinie 2005/29 aufzunehmen.

79 — Laut Craig, P./De Búrca, G., *EU Law*, 4. Aufl., Oxford 2008, S. 492, räumt Art. 234 EG dem Gerichtshof zwar die Befugnis zur Auslegung des Vertrags, jedoch nicht ausdrücklich zur Anwendung desselben auf den Ausgangsfall ein. Die Abgrenzung zwischen Auslegung und Anwendung zeichne die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten aus. Danach legt der Gerichtshof den Vertrag aus, und Letztere wenden diese Auslegung auf den konkreten Fall an.

80 — Siehe Randnr. 10 des Schriftsatzes der spanischen Regierung.

81 — In diesem Sinne auch Seichter, D., „EuGH-Vorlage zum Kopplungsverbot („Millionen-Chance“)“, *juris PraxisReport Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*, 8/2008, Anmerkung 2.

gelten. Ebenso wenig anwendbar ist die Ausnahmebestimmung des Art. 3 Abs. 9 der Richtlinie.

trat, auf den geänderten Kommissionsvorschlag bezogen und in der Begründung zu § 4 Nr. 6 UWG die Argumentation des Europäischen Parlaments aufgenommen. Danach werde die Wettbewerbswidrigkeit damit begründet, dass die Maßnahme darauf abziele, die Spielsucht auszunutzen und das Urteil des Verbrauchers hierdurch zu trüben.

Zur Rücknahme des Kommissionsvorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt

106. Es fragt sich, welche Folgen die Rücknahme des Kommissionsvorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt⁸² für diese Auslegung hat. Die deutsche Regierung beruft sich im Wesentlichen auf die einzelnen Änderungen, die dieser Kommissionsvorschlag im Rahmen des Rechtsetzungsverfahrens erfahren hat⁸³ und die ihrer Ansicht nach den Schluss auf einen breiten Konsens unter den Mitgliedstaaten und im Europäischen Parlament bezüglich der Notwendigkeit eines grundsätzlichen Kopplungsverbots zulassen⁸⁴.

108. Entgegen der Ansicht der deutschen Regierung lassen sich jedoch weder aus dem Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt noch aus den im Rahmen des Rechtsetzungsverfahrens unterbreiteten Änderungsvorschlägen Schlussfolgerungen für eine Auslegung der Richtlinie 2005/29 ziehen, denn sie beruft sich dabei auf einen Vorschlag für eine Gemeinschaftsrechtsnorm, die letztlich nie in Kraft getreten ist. Sie kann sich daher nicht mit Erfolg auf Vertrauensschutz berufen⁸⁵. Wie sie selbst erklärt, verliefen die Rechtsetzungsverfahren zu der Verordnung und der Richtlinie 2005/29 teilweise zeitgleich. Als verfassungsmäßige Vertreterin eines im Rat repräsentierten Mitgliedstaats war die deutsche Regierung maßgeblich an beiden Rechtsetzungsverfahren beteiligt und deshalb stets über deren Fortgang informiert⁸⁶. Auf Unkenntnis über die Vorgänge in beiden Recht-

107. Nach Angaben der deutschen Regierung hatte sich der deutsche Gesetzgeber beim Erlass des UWG, das am 8. Juli 2004 in Kraft

82 — Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt vom 15. Januar 2002, KOM (2001) 546 endg.

83 — Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Verkaufsförderung im Binnenmarkt vom 25. Oktober 2002, KOM (2002) 585 endg.

84 — Siehe Randnrn. 18 bis 21 des Schriftsatzes der deutschen Regierung.

85 — Vgl. meine entsprechenden Ausführungen zum teilweise ähnlichen Vorbringen der belgischen und der französischen Regierung in meinen Schlussanträgen VTB-VAB und Gala-tea (oben in Fn. 8 angeführt, Nr. 91).

86 — Aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucksache 15/1487, S. 12) geht hervor, dass sie Kenntnis davon hatte, dass zu dem damaligen Zeitpunkt in den Organen der Europäischen Gemeinschaft zwei lauterkeitsrechtliche Vorhaben erörtert wurden. Dabei handelte es sich zum einen um den nach Befassung des Europäischen Parlaments geänderten Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, der nach eigenen Angaben „von der Bundesregierung und auch den meisten anderen Mitgliedstaaten abgelehnt wird“. Zum anderen verweist die Bundesregierung auf einen Entwurf für eine Rahmenrichtlinie, der nach eigenen Angaben „den Vorstellungen der Bundesregierung mehr entgegenkommt“.

setzungsverfahren kann sie sich daher nicht rechtswirksam berufen⁸⁷.

109. Der Gerichtshof hat die besondere Verantwortung der im Rat vertretenen Regierungen der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien unterstrichen. So hat er aus dem Umstand, dass diese an den vorbereitenden Arbeiten für die Richtlinien teilnehmen, gefolgert, dass sie in der Lage sein müssen, innerhalb der festgesetzten Frist die zu ihrer Durchführung erforderlichen Gesetzestexte auszuarbeiten⁸⁸.

110. Spätestens zum Zeitpunkt der Rücknahme des Kommissionsvorschlags⁸⁹ hätte die deutsche Regierung daher gegebenenfalls prüfen müssen, inwiefern der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 sich auch auf bisher von der geplanten Verordnung abgedeckte Bereiche erstrecken würde. Die Notwendigkeit eines solchen Vorgehens lag nahe, zumal die Richtlinie ihrem ursprünglichen Konzept zufolge dazu bestimmt war, zum einen allgemeine, subsidiäre Regelungen im Bereich des Verbraucherschutzes der Gemeinschaft einzuführen und zum anderen eine Vollharmonisierung der

mitgliedstaatlichen Regeln über unlautere Geschäftspraktiken zu erreichen⁹⁰. Vor dem Hintergrund, dass die Rücknahme zu einem Zeitpunkt erfolgte, als die Frist für die Umsetzung der Richtlinie noch lief, oblag es dem deutschen Gesetzgeber, diesen Erkenntnissen bei der Anpassung des nationalen Rechts Rechnung zu tragen.

111. Folglich ist dieses Vorbringen zurückzuweisen.

4. Schlussfolgerungen

112. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen komme ich zu dem Ergebnis, dass eine Auslegung von §§ 3, 4 Nr. 6 UWG, wie sie in der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung vertreten wird, die aus dieser innerstaatlichen Regelung ein grundsätzliches Verbot von Kopplungsangeboten im Zusammenhang mit Preisausschreiben bzw. Gewinnspielen macht⁹¹, einer richtlinienkonformen Auslegung nicht entspricht.

113. Aus alledem folgt, dass Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass diese Vorschrift einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der eine Geschäftspraktik, bei

87 — Vgl. meine Schlussanträge vom 13. September 2007 in der Rechtssache Kommission/Luxemburg (C-319/06, Urteil vom 19. Juni 2008, Slg. 2008, I-4323, Nr. 45), in denen ich die Auffassung vertreten habe, dass eine Regierung aufgrund ihrer Stellung als verfassungsmäßige Vertreterin eines im Rat repräsentierten Mitgliedstaats sich entgegenhalten lassen muss, Kenntnis der auslegenden Erklärungen zu haben, die von diesem Organ im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens abgegeben wurden.

88 — Urteile vom 1. März 1983, Kommission/Belgien (301/81, Slg. 1983, 467, Randnr. 11), und vom 23. November 2000, Kommission/Frankreich (C-319/99, Slg. 2000, I-10439, Randnr. 10).

89 — Die Entscheidung der Kommission, ihren Vorschlag für die Verordnung zurückzunehmen, wurde im ABl. 2006, C 64, S. 3, veröffentlicht. Allerdings hatte die Kommission diese Entscheidung bereits in ihrer Mitteilung „Ergebnis der Überprüfung von Vorschlägen, die sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befinden“, KOM(2005) 462 endg., S. 10, vom 27. September 2005 angekündigt.

90 — So auch Stuyck, J., a. a. O. (Fn. 36), S. 161, der die Vermutung äußert, dass manche Mitgliedstaaten sich offenbar nicht im Klaren darüber waren, dass die Regelungen des zurückgenommenen Vorschlags für die Verordnung, die das Verhältnis zwischen dem Gewerbetreibenden und dem Verbraucher betrafen, letztlich doch von der Richtlinie 2005/29 (angesichts ihrer vollharmonisierenden Zielsetzung) wieder aufgefangen wurden.

91 — Siehe Nrn. 81 bis 83 dieser Schlussanträge.

der die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig

gemacht wird, grundsätzlich unzulässig ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt.

VII — Ergebnis

114. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des Bundesgerichtshofs wie folgt zu antworten:

Art. 5 Abs. 2 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) ist dahin auszulegen, dass diese Vorschrift einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der eine Geschäftspraktik, bei der die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig gemacht wird, grundsätzlich unzulässig ist, ohne dass es darauf ankommt, ob die Werbemaßnahme im Einzelfall Verbraucherinteressen beeinträchtigt.