

Sonderdruck aus:

Lukas Fahrländer / Reto A. Heizmann (Hrsg.)

Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung



DIKE Zürich / St. Gallen 2013

ISBN 978-3-03751-587-7

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Grundkonzeption und Verbraucherleitbild

*Leander D. Loacker/Verena Loacker**

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkung	585
II. Grundsätzliches zur UGP-RL	586
A. Zielsetzung, Anwendungsbereich, Begriffsklärungen	586
B. Prüfungsschema der Unlauterkeitsbestimmung	588
III. Referenzverbraucher	592
A. Zweck und Konkretisierung	592
B. Gruppenspezifische Differenzierung	596
C. Kinder als besonders schutzwürdige Verbrauchergruppe	600
IV. Perspektiven	603
Literaturverzeichnis	606
Materialienverzeichnis	611

I. Vorbemerkung

Es ist gesagt worden, ein konzeptioneller Unterschied zwischen schweizerischem und unionsrechtlichem Lauterkeitsrecht sei in der durch ersteres erfolgenden Prononcierung des *objektiven Schutzes* des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs begründet, während bei letzterem der *Subjektschutz* von Verbrauchern und Mitbewerbern im Vordergrund stehe.¹ Da der europäische Gesetzgeber diesen Subjektschutz zunehmend in inhaltlich getrennter Form realisiere, stünden umsetzungspflichtige Mitgliedstaaten, die an einem gesetzestechnisch einheitlichen Lauterkeitsrecht festhalten wollen, ferner vor der Herausforderung, einen „Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen“² in ihren jeweiligen nationalen Lauterkeitsgesetze zu bewältigen.³

* Der Erstautor widmet die nachstehende Untersuchung Herrn Dr. Reto A. Heizmann in kollegialer Freundschaft, schöner Erinnerung an die gemeinsamen „Zürcher Jahre“ und mit allen guten Wünschen zum Antritt des Richteramtes. Die Zweitautorin widmet die Untersuchung dem dankbaren Gedenken an ihren Doktorvater, den vormaligen Vizepräsidenten des österr. Obersten Gerichtshofs, Herrn Univ.-Prof. Dr. Helmut Gamerith (1931–2013).

¹ JUNG, in: JUNG/SPITZ, Einleitung N 169.

² Sowohl Feststellung als auch Terminologie gehen auf FEZER zurück (vgl. etwa DENS., WRP 2009, 1163 ff.). Hiergegen mit fundamentaler Kritik PEUKERT, 345 f. und 351 („einheitliches Modell“).

³ FEZER, WRP 2009, 1163, 1165 f. Siehe zum Ganzen zuletzt die Untersuchung von V. LOACKER, Mitbewerberschutz versus Verbraucherschutz, auf der Teile der vorliegenden Abhandlung basieren.

Ohne auf diese Befunde näher einzugehen,⁴ soll es im vorliegenden Beitrag um einen ausgewählten Aspekt des angesprochenen Subjektschutzes gehen, nämlich um jenen des Verbrauchers. Da die zu diesem Zweck erörterte Richtlinie 2005/29/EG⁵ (im Folgenden: UGP-RL) in jüngerer Zeit als ein „Argumentationsschatz“ des europäischen Lauterkeitsrechts bezeichnet wurde, welcher auch mit Blick auf das schweizerische Recht von Interesse sei,⁶ verbindet sich damit die Hoffnung auf eine Existenzberechtigung der Abhandlung – auch aus drittstaatlicher Sicht.

II. Grundsätzliches zur UGP-RL

A. Zielsetzung, Anwendungsbereich, Begriffsklärungen

Ausweislich ihres Artikels 1 verfolgt die UGP-RL das Ziel, durch Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften über unlautere Geschäftspraktiken⁷ (einschliesslich der unlauteren Werbung), das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts und das Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus zu fördern.⁸ Verbraucher wie Unternehmen sollen in die Lage versetzt werden, sich an einem „einzigem Rechtsrahmen zu orientieren, der auf einem klar definierten Rechtskonzept beruht, das alle Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken in der EU regelt“.⁹ Beseitigt werden sollen demnach Unsicherheiten und Handelshemmnisse, die aus der Fragmentierung der bisherigen lauterkeitsrechtlichen Regelungen resultieren.¹⁰

Der sachlich-persönliche Anwendungsbereich der UGP-RL beschränkt sich generell auf *Geschäftspraktiken*¹¹ im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern

⁴ Lehrreich stattdessen LEISTNER, ZEuP 2009, 56, 58 ff.

⁵ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt 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. Nr. L 149 S. 22, ber. ABl. 2009 Nr. L 253 S. 18.

⁶ So JUNG, in: JUNG/SPITZ, Einleitung N 188.

⁷ Zur Auslegung des Begriffs der Geschäftspraktik eingehend etwa KÖHLER, WRP 2007, 1393, 1394 ff.

⁸ Zum Verhältnis zwischen Binnenmarkt und *consumer policy* zuletzt allgemein DE VRIES, euvr 2012, 228, 229 ff.

⁹ ErwGr. 12.

¹⁰ Vgl. ErwGr. 12 und 4. Zu den Implikationen eines Mangels an Klarheit und Rechtssicherheit für das Funktionieren des Binnenmarktes siehe schon das *Grünbuch zum Verbraucherschutz in der EU*, KOM (2001) 531 endg., 11.

¹¹ In Art. 2 lit. d UGP-RL definiert als: „jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschliesslich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt.“ Zur (weiten) Auslegung des Begriffes durch die Rechtsprechung etwa EuGH, verb. Rs. C-261/07, *VTB-VAB* und C-299/07, *Galatea*, Slg. 2009, I-02919 sowie Rs. C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, Slg. 2010, I-00217 und Rs. C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, Slg. 2010, I-10909.

(*b2c-Transaktionen*).¹² Obwohl die UGP-RL damit eine Harmonisierungsmassnahme des verbraucherbezogenen Lauterkeitsrechts darstellt und unmittelbar nur den Schutz der Marktgegenseite bezweckt, sind mittelbare Schutzwirkungen zugunsten rechtmässig handelnder Unternehmer gegenüber rechtswidrig agierenden Mitwerbern vom Richtliniengeber durchaus beabsichtigt.¹³

Innerhalb dieses *b2c*-Bereichs wird der Anwendungsbereich durch eine Reihe von *Ausnahmen* eingeschränkt.¹⁴

Zunächst bezieht sich die UGP-RL nur auf solche Geschäftspraktiken, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung *geschäftlicher Verbraucherentscheidungen*¹⁵ in Bezug auf Produkte stehen,¹⁶ wobei auch Dienstleistungen als „Produkt“ gelten.¹⁷ Als Beispiele für Geschäftspraktiken, die *nicht* von der Richtlinie erfasst werden, führen die Erwägungsgründe insbesondere – rechtmässige – Produktplatzierungen¹⁸ und für Investoren gedachte Jahresberichte und Unternehmensprospekte¹⁹ an. Mag das letzte Beispiel auch nur beschränkt überzeugen, wenn man an die (von der UGP-RL u.E. erfasste²⁰) Konstellation des Verbrauchers denkt, der aufgrund der genannten Unterlagen eine informierte Entscheidung über ein Altersvorsorgeprodukt treffen möchte, so ist die generelle Stossrichtung doch völlig klar: es geht um den Schutz des Wettbewerbs durch den Schutz der Konsumentensouveränität.²¹ Und das wiederum geht einher mit der Verfolgung des tradierten Ideals der Verbraucherentscheidung, die wohlinformiert und von äusseren oder inneren Zwängen frei sein soll.

Vermeiden möchte es die Richtlinie, sich mit der Vereinbarkeit bestimmter Geschäftspraktiken mit „Fragen der guten Sitten und des Anstands“²² zu befassen. Das vom Richtliniengeber insofern zur Illustrierung herangezogene Beispiel des in Verkaufsabsicht erfolgenden Ansprechens von Personen auf der Strasse soll offenkundig einen Vorbehalt sozio-kultureller Gepflogenheiten zum Ausdruck bringen, zumal ein derarti-

¹² Zu diesem Regulierungsansatz FEZER, WRP 2009, 1163, 1163 ff.; DERS., WRP 2010, 677, 680. Kritisch etwa BEATER, ZEuP 2003, 11, 46 ff.; GAMERITH, WRP 2005, 391, 412 ff.

¹³ Siehe ErwGr. 6 und 8.

¹⁴ Eine detaillierte Auflistung der Ausnahmen findet sich etwa bei STUBY, 33 f.

¹⁵ In Art. 2 lit. k definiert als: „jede Entscheidung eines Verbraucher darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen Kauf tätigen, eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschliesst, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen.“

¹⁶ Siehe ErwGr. 7.

¹⁷ Vgl. die Legaldefinition in Art. 2 lit. c.

¹⁸ Siehe ErwGr. 6. Dazu abl. KÖHLER/LETTL, WRP 2003, 1019, 1036 (unter Bezugnahme auf den insofern unveränderten Richtlinienvorschlag).

¹⁹ Siehe ErwGr. 7.

²⁰ Ebenso wohl etwa HASSELBLATT, in: GLOY/LOSCHELDER/ERDMANN, § 54 Rn. 15. Nach SCHORK, 145 setze die UGP-RL in diesem Fall zusätzlich eine Beeinträchtigung der Wahlfreiheit des Verbrauchers voraus.

²¹ LEISTNER, ZEuP 2009, 56, 59.

²² ErwGr. 7. Zur missglückten Übersetzung von *taste* bzw. *bon goût* mit *guten Sitten* siehe HENNIG-BODEWIG, GRUR Int. 2005, 629, 633 in der dortigen FN 25.

ges Ansprechen schon *per se* mancherorts unerwünscht sei.²³ Man mag diese Zurückhaltung des europäischen Gesetzgebers kritisieren,²⁴ doch eines stellt sie jedenfalls nicht dar, nämlich einen Bruch mit dem *Vollharmonisierungskonzept* der Richtlinie. Denn ein Rückgriff auf die beschriebenen mitgliedstaatlichen Sittlichkeitsvorstellungen kommt nur dort in Betracht, wo es um Geschäftspraktiken ausserhalb des – vollharmonisierten – Anwendungsbereichs der UGP-RL geht.²⁵ Anderes könnte wohl nur gelten, wenn man schon im blossen Ansprechen eine aggressive Geschäftspraktik i.S.d. Art. 8 UGP-RL erblicken würde, was jedoch zweifelhaft erschiene.²⁶ Insgesamt ist davon auszugehen, dass das Beispiel des Richtliniengebers (wiederum) Missverständnisse eher erzeugt als beseitigt hat.

Nicht „berühren“ möchte der Richtliniengeber mit der UGP-RL schliesslich auch das Vertragsrecht, insbesondere die Bestimmungen über die Wirksamkeit, das Zustandekommen oder die Wirkungen eines Vertrags.²⁷ Tatsächlich wird man jedoch davon ausgehen müssen, dass Berührungspunkte zum (Verbraucher-)Vertragsrecht geradezu unvermeidlich sind.²⁸ Dies folgt u.a. schon aus dem Verbot unlauterer Geschäftspraktiken (auch) nach Abschluss und während der Ausführung eines Vertrages,²⁹ wozu beispielsweise schikanöses Vorgehen bei der Regulierung von Versicherungsansprüchen gezählt wird.³⁰ Derartiges wäre mit einer konzeptionellen Beschränkung auf das rein ausservertragliche Geschehen unvereinbar. Auch die explizite Bezugnahme auf verbrauchervertragsrechtliche Informationspflichten³¹ und die damit verbundene Erhebung derselben (auch) zu lauterkeitsrechtlichen Standards³² unterstreicht den Befund, wonach die Abgrenzung von unionsrechtlichem Vertrags- und Lauterkeitsrecht alles andere als trennscharf³³ und auf europarechtlicher Ebene auch künftig eine weitere Annäherung der beiden Rechtsbereiche zu erwarten ist.³⁴

B. Prüfungsschema der Unlauterkeitsbestimmung

Die Grundstruktur der UGP-RL entspricht einem *gestaffelten System der Lauterkeitsgebote*³⁵: Zunächst normiert Abs. 1 des Art. 5 ein sehr knapp formuliertes, allgemeines

²³ ErwGr. 7.

²⁴ Vgl. MÄSCH, EuR 2005, 625, dortige FN 57 und AUGENHOFER, ZfRV 2005, 204, 207.

²⁵ So völlig zu Recht BRÖMMELMEYER, GRUR 2007, 295, 299. A.A. SOSNITZA, WRP 2006, 1, 4 („versteckte Öffnungsklausel“); GLÖCKNER, 74 („Totalharmonisierung aufs Spiel gesetzt“).

²⁶ Ebenso BRÖMMELMEYER, GRUR 2007, 295, 299.

²⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 2 sowie ErwGr. 9.

²⁸ BUSCH, GPR 2008, 158, 158 spricht insofern von einem „lakonischen“ bzw. „sibyllinischen“ Charakter des Art. 3 Abs. 2 UGP-RL.

²⁹ Siehe ErwGr. 13 sowie AHRENS, in: HARTE-BAVENDAMM/HENNING-BODEWIG, Rn. 159.

³⁰ Vgl. Anhang I Z 27 UGP-RL.

³¹ Vgl. Art. 7 Abs. 5 i.V.m. Anhang II. Dazu MARLENE SCHMIDT, JZ 2007, 78, 80.

³² VON VOGEL, in: RIESENHUBER/NISHITANI, 135, 137.

³³ BUSCH, GPR 2008, 158, 158.

³⁴ Vgl. MARLENE SCHMIDT, JZ 2007, 78, 84. Zum Verhältnis zwischen Lauterkeits- und Vertragsrecht nach der UGP-RL im Übrigen THÖNI, ÖJZ 2010, 698, 699 f.

³⁵ Vgl. SCHULTE-NÖLKE/BUSCH, ZEuP 2004, 99, 101.

Verbot unlauterer Geschäftspraktiken, das in Abs. 2 seine tatsächliche Konturierung erfährt. Diese Generalklausel³⁶ wird in Abs. 4 UGP-RL sodann durch *zwei Spezialtatbestände* „konkretisiert“³⁷, die nach den Erwägungsgründen die „bei weitem am meisten verbreiteten Arten von Geschäftspraktiken“³⁸ sind: In diesem Sinne sind unlautere Geschäftspraktiken „insbesondere“ solche, die entweder „irreführend“ i.S.d. Artikel 6 und 7 oder „aggressiv“ i.S.d. Artikel 8 und 9 sind. Abschliessend verweist Art. 5 Abs. 5 auf die in Anhang I der Richtlinie enthaltene, Vollständigkeit beanspruchende³⁹ *black list* von insgesamt 31 Geschäftspraktiken, die jedenfalls als unlauter anzusehen sind.

Aus diesem Aufbau leitet sich als Prüfungsschema ein dreistufiger *unfairness test*⁴⁰ ab, bei dem – aus systematischer Sicht: von hinten beginnend – zunächst zu prüfen ist, ob die fragliche Geschäftspraktik unter den Anhang I der UGP-RL fällt. Ist dies nicht der Fall, so ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob eine irreführende Handlung/Unterlassung oder eine aggressive Geschäftspraktik i.S.d. Artikel 6 bis 9 vorliegt. Sofern auch das nicht der Fall ist, ist in einem dritten Schritt die Vereinbarkeit mit der in Art. 5 Abs. 1 und 2 normierten Generalklausel zu prüfen.

Ausser Zweifel sollte stehen, dass Geschäftspraktiken, die unter die *black list* des Anhangs I fallen, ohne weitere Prüfung des Einzelfalls als unzulässig zu qualifizieren sind. Es gilt insofern ein „Alles-oder-nichts-Prinzip“.⁴¹ Gelegentlich vertretenen Auffassungen, wonach auch dort Raum für die Ausnahme von Bagatellfällen⁴² und die Anstellung von Verhältnismässigkeitserwägungen⁴³ sei, ist demnach nicht zu folgen. Zu eindeutig erscheint der Wortlaut des Art. 5 Abs. 5⁴⁴ („unter allen Umständen“⁴⁵) i.V.m. ErwGr. 17 („ohne eine Beurteilung des Einzelfalls“) und die darin klar zum Ausdruck kommende Absicht des Richtliniengebers. Mit der Ablehnung einer *zusätzlichen* Verhältnismässigkeitserwägung auf *Tatbestandsebene* ist freilich nicht gesagt, dass solche Verhältnismässigkeitserwägungen nicht ohnehin bereits in verschiedenen *black-list*-Konstellationen enthalten wären – sei es, weil sie vom Richtliniengeber von vorneherein besonders ausdifferenziert ausgestaltet wurden; sei es, weil Verhältnismässigkeitserwägungen im Rahmen der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe einfließen können.⁴⁶ Ebenso we-

³⁶ Die UGP-RL bezeichnet das generelle Verbot des Art. 5 Abs. 1 UGP-RL nicht ausdrücklich als Generalklausel, doch findet sich dieser Begriff mehrfach noch im RL-Vorschlag vom 18. Juni 2003 (siehe bspw. die Rn. 37, 50, 53 und 56 der dortigen Begründung).

³⁷ ErwGr. 13.

³⁸ ErwGr. 13.

³⁹ Vgl. ErwGr. 17 S. 2 UGP-RL („umfassende Liste“); noch deutlicher formulieren es die englische bzw. französische Sprachfassung: *full list of all such practices* bzw. *liste complète de toutes ces pratiques*.

⁴⁰ Dazu RÖTTINGER, MR 2003, 246, 249.

⁴¹ HENNING-BODEWIG, GRUR 2005, 629, 631.

⁴² So etwa WILTSCHEK/MAJCHRZAK, ÖBI 2008, 4, 9 und 11 und WILTSCHEK, § 1a Rn. 6 und § 2 Rn. 17.

⁴³ So etwa OHLY, in: PIPER/OHLY/SOSNITZA, Einführung C III Rn. 53 und SCHÖTTLE, WRP 2009, 673, 674.

⁴⁴ Ebenso schon GAMERITH, WRP 2005, 391, 415.

⁴⁵ Dazu EuGH, verb. Rs. C-261/07, *VTB-VAB* und C-299/07, *Galatea*, Slg. 2009, I-02919, Rn. 56 sowie EuGH, Rs. C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, Slg. 2010, I-00217, Rn. 45.

⁴⁶ So jeweils zu Recht SCHERER, WRP 2011, 393, 399.

nig ist damit etwas über die Ausgestaltung der *Sanktionen* für die Verwirklichung von *black-list*-Tatbeständen gesagt – diese müssen selbstverständlich nicht nur wirksam und abschreckend, sondern auch verhältnismässig sein.⁴⁷ Im Übrigen müssen grundsätzliche Kritikpunkte an der Konzeption der *black list* an dieser Stelle raumbedingt unterbleiben.⁴⁸

Die zweite Prüfungsstufe, also jene, in der zu prüfen ist, ob eine irreführende Handlung/Unterlassung oder eine aggressive Geschäftspraktik i.S.d. Artikel 6 bis 9 vorliegt, hat bisher zu vergleichsweise grösseren Unsicherheiten in der Rechtsanwendung geführt. Im Zentrum der Diskussion steht dabei das Verhältnis der in Art. 5 Abs. 4 enthaltenen Spezialtatbestände zu Abs. 2 und damit regelmässig die Frage, ob die Unlauterkeitskriterien des Abs. 2 die Anwendbarkeit der Spezialtatbestände des Abs. 4 im Ergebnis einschränken können. Die gegenwärtige Unsicherheit mag zu einem Gutteil auf Formulierungen des Richtliniengebers selbst zurückzuführen sein. Hierzu zählt seine bereits erwähnte Feststellung, wonach das generelle Verbot unlauterer Geschäftspraktiken durch Abs. 4 „konkretisiert“⁴⁹ werde. Da der allgemeine Verbotstatbestand des Abs. 1 eng mit den Unlauterkeitskriterien des Abs. 2 verzahnt ist, könnte man deshalb *prima vista* annehmen, auch die Spezialtatbestände seien am Grundtatbestand und den ihn bestimmenden Kriterien zu messen.⁵⁰ Weiteren Vorschub leistet dieser Auffassung Erwägungsgrund 17, nach dem die *black-list*-Konstellationen „die einzigen“ sind, die ohne Beurteilung des Einzelfalls anhand der Artikel 5 bis 9 als unlauter gelten können. Ungeachtet dessen erscheint indes jener Ansatz vorzugswürdig, der die drei Prüfungsebenen unabhängig voneinander begreift, d.h. bei der Anwendung des Artikels 5 weder bei dessen Abs. 5 noch bei dessen Abs. 4 auf die Unlauterkeitskriterien des Abs. 2 zurückgreift. Während ersteres kaum umstritten sein dürfte, ist zweiteres – trotz überzeugender Grundlegung⁵¹ – namhafter Opposition ausgesetzt⁵² und dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.⁵³ Die (unmittelbar bei Manuskriptabschluss) veröffentlichten⁵⁴ Schlussanträge des Generalanwalts WAHL bestätigen die hier geteilte und von der bisherigen EuGH-Rechtsprechung vorgezeichnete⁵⁵ Emanzipation des Abs. 4 gegenüber Abs. 2: Nach den Ausführungen des Generalanwalts seien Geschäftspraktiken i.S.d. Abs. 4 „auch für sich genommen unlautere Geschäftspraktiken“.⁵⁶ Demnach sei namentlich „der Umstand, dass ein Gewerbetreibender seine berufliche Sorgfaltspflicht nach

⁴⁷ Siehe ErwGr. 22 und die treffenden Hinweise von SCHERER, WRP 2011, 393, 399.

⁴⁸ Dazu stattdessen SCHERER, WRP 2011, 393, 393 ff.; DIES., NJW 2009, 324, 325; WILTSCHKEK/MAJCHRZAK, ÖBl 2008, 4, 5; KÖHLER/LETTL, WRP 2003, 1019, 1054.

⁴⁹ ErwGr. 13 a.E.

⁵⁰ So etwa FEZER, WRP 2010, 677, 686 a.E.

⁵¹ Siehe nur SCHERER, WRP 2010, 586, 589.

⁵² Vgl. FEZER, WRP 2010, 677, 686.

⁵³ EuGH, Rs. C-435/11, *CHS Tour Services*, ABl. C. 340/13. Die Vorlage geht auf einen österreichischen Anlassfall (OGH vom 5.7.2011, 4 Ob 27/11s, GRUR Int. 2012, 268) zurück.

⁵⁴ Schlussanträge vom 13. Juni 2013 in der Rs. C-435/11.

⁵⁵ Vgl. die Nachw. oben in FN 45 sowie die Analyse bei SCHERER, WRP 2010, 586, 589. A.A. FEZER, WRP 2010, 677, 686.

⁵⁶ Schlussanträge vom 13. Juni 2013, Rn. 20. Hervorhebung hinzugefügt.

Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie erfüllt hat, bei Vorliegen irreführender (oder aggressiver) Geschäftspraktiken ohne Bedeutung.⁵⁷

Damit ist noch die dritte und letzte Prüfungsebene bei der Beurteilung unlauterer Geschäftspraktiken in den Blick zu nehmen. Die Kriterien hierfür geben Art. 5 Abs. 2 lit. a und b vor.⁵⁸ Nach ihnen ist eine Geschäftspraktik unlauter, wenn sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht (lit. a) widerspricht und (kumulativ) zu einer wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verbraucherverhaltens führt oder hierzu zumindest geeignet ist (lit. b).

Massstab der zuletzt angesprochenen „Verbraucher-Benachteiligungsprüfung“⁵⁹ ist der (noch im Detail zu erörternde) „Durchschnittsverbraucher“. Für die erforderliche *Wesentlichkeit* der Beeinflussung des wirtschaftlichen Verbraucherverhaltens setzt Art. 2 lit. e die spürbare Beeinträchtigung der Verbraucherefähigkeit voraus, eine informierte Entscheidung zu treffen und (damit einhergehend) dessen Veranlassung zu einer geschäftlichen Entscheidung, die er sonst nicht getroffen hätte. Der Konnex zwischen beeinträchtigter Entscheidungsfindung und der Entscheidung selbst ist als „normatives Kausalitätskriterium“⁶⁰ charakterisiert worden. Auffallend ist neben der sichtbar engen Verknüpfung von Verbraucherleitbild und Informationsparadigma die Prägung der Benachteiligungsprüfung durch das im Spürbarkeitserfordernis zum Ausdruck kommende Verhältnismässigkeitsprinzip.⁶¹ Sie bringt die Nichterfassung sog. Bagatellfälle mit sich.⁶² Im Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 4 sowie in *black-list*-Konstellationen⁶³ sollte wie gezeigt anderes gelten.

Das andere Kriterium der Unlauterkeitsbestimmung, der *Verstoss gegen die berufliche Sorgfalt*, wird in Art. 2 lit. h legaldefiniert als jener Kenntnis- und Sorgfältigkeitsstandard des Unternehmers, dessen Anwendung nach den anständigen Marktgepflogenheiten und/oder nach Treu und Glauben vom Verbraucher erwartet werden kann. Die Bindung der Unlauterkeitsbestimmung an Sorgfaltsstandards findet in der lauterkeitsrechtlichen Tradition der Mitgliedstaaten weitgehend⁶⁴ keine Entsprechung.⁶⁵ Sie ist aber auch sonst

⁵⁷ Schlussanträge vom 13. Juni 2013, Rn. 25.

⁵⁸ Kritik zu deren Wortreichtum äussern GLÖCKNER/HENNING-BODEWIG, WRP 2005, 1311, 1327 und VEELKEN, WRP 2004, 1, 15 ff.

⁵⁹ Folgemassnahmen zum Grünbuch Verbraucherschutz vom 11. Juni 2002, 10.

⁶⁰ FEZER, WRP 2010, 677, 679.

⁶¹ Vgl. auch ErwGr. 6 S. 2.

⁶² Der Richtlinienentwurf vom 18. Juni 2003, Rn. 54, führt beispielhaft das unentgeltliche Anbieten von Tee/Kaffee oder die kostenlose Beförderung zum Betrieb an, zumal es dem Verbraucher freigestellt bleibe, ob er solche Anreize in Anspruch nehmen wolle oder nicht. In besonders aggressiven Varianten und bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen könnten solche Konstellationen freilich von Art. 8 bzw. Art. 9 erfasst werden.

⁶³ So zuletzt explizit auch der österr. OGH in seiner Entscheidung 4 Ob 244/12d vom 19.3.2013, Rn. 1.3.

⁶⁴ In Italien war der Begriff der „beruflichen Redlichkeit“ (*correttezza professionale*, siehe Art. 2598 Nr. 3 Codice Civile) bereits bekannt.

⁶⁵ Vgl. die Übersicht über die gebräuchlichsten mitgliedstaatlichen Unlauterkeitskriterien vor Umsetzung der UGP-RL bei SCHRICKER/HENNING-BODEWIG, WRP 2001, 1367, 1379 f.

kritikwürdig.⁶⁶ Ohne an dieser Stelle auf Einzelheiten eingehen zu können, besteht jedenfalls in Anbetracht der „hohen Dichte wertausfüllungsbedürftiger Begriffe“⁶⁷ innerhalb der Legaldefinition beträchtlicher Konturierungsbedarf durch die Rechtsprechung, naturgemäss insbesondere durch jene des EuGH. Betonen kann man indessen schon jetzt, dass für die Beurteilung der beruflichen Sorgfaltsstandards nicht die „üblichen“, sondern wortlautgemäss die „anständigen“ Marktgepflogenheiten massgeblich sind und (branchen)übliches Verhalten allenfalls ein *Indiz* für die Einhaltung der gebotenen Sorgfaltspflicht darstellen kann.⁶⁸ Üblichkeit schützt also nicht vor Unlauterkeit.

III. Referenzverbraucher

A. Zweck und Konkretisierung

Was die „Grobabgrenzung“ für die *Konkretisierung des Anwendungsbereichs* der UGP-RL betrifft, so ist ein *Verbraucher* nach Art. 2 lit. a „jede natürliche Person, die im Geschäftsverkehr [...] zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.“ Diese Definition entspricht im Wesentlichen derjenigen der meisten gegenwärtigen Verbraucherschutzrichtlinien.⁶⁹ Was die „Feinabstimmung“ für die *Konkretisierung der Unlauterkeit* angeht, so wird auf den *Durchschnittsverbraucher* abgestellt. Eine Legaldefinition dieses Referenzverbrauchers war zwar im Richtlinienentwurf noch enthalten,⁷⁰ in der UGP-RL fehlt sie hingegen. Die Abstandnahme von einer solchen Legaldefinition mag für manche (bei Konkretisierungsabhängigen⁷¹ Rechtsbegriffen tatsächlich allerdings ohnehin unvermeidbar) auf Kosten der Rechtssicherheit gehen, sie hat jedoch den ausschlaggebenden Vorteil, eine dynamische Fortschreibung und Verfeinerung des Durchschnittsverbraucherkonzepts durch den EuGH zu erleichtern.⁷² Sie ist daher zu begrüssen.

Allerdings wollte es sich der Richtliniengeber offenbar nicht völlig nehmen lassen, zumindest gewisse Eckpunkte vorzugeben. Er tut dies, indem er in den Erwägungsgrün-

⁶⁶ Vgl. KÖHLER/LETTL, WRP 2003, 1019, 1036; GLÖCKNER, 74; DENS., WRP 2004, 936, 939; SEICHTER, WRP 2005, 1087, 1090; HENNING-BODEWIG, GRUR Int. 2005, 629, 631; GAMERITH, WRP 2005, 391, 412 m.w.N.; SCHUHMACHER, wbl 2007, 557, 560. Positiver demgegenüber KEBLER/MICKLITZ, BB 2003, 2072, 2077 und DIES., BB-Special 2005, 1, 14.

⁶⁷ BUSCH, in: SCHMIDT-KESSEL/SCHUBMEHL, 20.

⁶⁸ GAMERITH, Wettbewerbsrecht, 89; KÖHLER, in: KÖHLER/BORNKAMM, § 3 Rn. 46; OHLY, in: PIPER/OHLY/SOSNITZA, Einführung C III Rn. 51 a.E.

⁶⁹ Siehe zuletzt KAUFMANN-MOHI/L. LOACKER, in: L. LOACKER/ZELLWEGER-GUTKNECHT, 147, 158 ff. (mit Vergleich zur schweizerischen, französischen und deutschen Rechtslage: 164 ff.). Im Übrigen schon L. LOACKER, 45 ff.; RÖSLER, 107 ff. sowie eingehend ULTSCH, 64 ff.

⁷⁰ Siehe Art. 2 lit. b des RL-Vorschlags vom 18. Juni 2003 („der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher“).

⁷¹ Zum Wertungshintergrund des Verbraucherleitbildes in den einzelnen Rechtsgebieten MARTIN SCHMIDT, 144 ff.

⁷² In diesem Sinne auch die Begründung der Kommission in ihrer Mitteilung KOM (2004) 753 endg., 3.

den⁷³ betont, dass der Referenzverbraucher „angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch“ sei und überdies „soziale, kulturelle und sprachliche Faktoren in der Auslegung des Gerichtshofs“ berücksichtigt werden müssten. Entscheidend ist vor allem der Hinweis auf die Auslegungspraxis des EuGH, auf dessen Kriterien eines europäischen Verbraucherleitbildes⁷⁴ die Richtlinie ganz offenkundig⁷⁵ fusst. An dieser Verwurzelung in der einschlägigen (im Detail freilich nicht immer ganz widerspruchsfreien) Rechtsprechung ändert weder der nicht restlos geglückte Wortlaut der Erwägungsgründe⁷⁶ noch der Entfall des Kriteriums der „Verständigkeit“ in der deutschen Sprachfassung der Richtlinie etwas.⁷⁷

Auch die im Angemessenheitskriterium zum Ausdruck kommende Einsicht, wonach die Aufmerksamkeit des Referenzverbraucher je nach Art der ins Auge gefassten Waren oder Dienstleistungen variieren kann, ist keine Pionierleistung des Richtliniengebers.⁷⁸ Nichts anderes gilt für die Mitberücksichtigung sozialer, kultureller oder sprachlicher Aspekte bei der Bestimmung des Referenzverbraucher. Sie entspricht der Linie des EuGH in Zusammenhang mit Werbeaussagen bei Kosmetika, zu der der Gerichtshof explizit festhielt, dass Produktbezeichnungen und Werbeaussagen in verschiedenen Mitgliedstaaten durchaus unterschiedlich verstanden werden können.⁷⁹

Sofern der Richtliniengeber festhalten zu müssen glaubt,⁸⁰ die Einschätzung der typischen Reaktion des Referenzverbraucher auf eine Geschäftspraktik obliege den nationalen Gerichten unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung, so ist ihm schon deshalb nicht zu widersprechen, weil der Gerichtshof etwa bei der Beurteilung der Irreführungseignung von Werbeaussagen schon bisher genau das judiziert hat.⁸¹ Wenn der

⁷³ Siehe ErwGr. 18.

⁷⁴ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-210/96, *Gut Springenheide*, Slg. 1998, I-4657, Rn. 31; Rs. C-220/98, *Estée Lauder*, Slg. 2000, I-117, 147, Rn. 27 und Rs. C-112/99, *Toshiba*, Slg. 2001, I-7945, Rn. 52.

⁷⁵ Vgl. bspw.: „an average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect“ (EuGH in *Gut Springenheide*, Rn. 31) und „the average consumer, who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect“ (ErwGr. 18 der UGP-RL).

⁷⁶ So scheint ErwGr. 18 Satz 1 HS 2 auf den ersten Blick einen besonderen Gegensatz zur EuGH-Rechtsprechung zu suggerieren. Tatsächlich soll aber wohl nur die gruppenspezifische Konkretisierung des Referenzverbraucher hervorgehoben werden.

⁷⁷ Ebenso SEICHTER, WRP 2005, 1087, 1091; KÖHLER, in: KÖHLER/BORNKAMM, § 1 Rn. 23 sowie aus der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten OGH 4 Ob 177/07v, Rn. 3.3, ÖBl 2008, 287 (GAMERITH). A.A. hingegen HELM, WRP 2005, 931, 935 ff., der annimmt, der Begriff des „verständigen“ Verbrauchers bedeute gegenüber jenem des „kritischen“ Verbrauchers eine sachliche Einschränkung (936). Ebenso DERS., WRP 2013, 710, 713. Rein sprachlich erscheint – wenn überhaupt – der umgekehrte Schluss näherliegend. Tatsächlich ist kein Unterschied beabsichtigt (siehe oben).

⁷⁸ Siehe stattdessen EuGH, Rs. C-342/97, *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, Slg. 1999, I-3819, Rn. 26; dazu LETTL, GRUR 2004, 449, 453 ff. Aus der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten etwa BGH NJW-RR 2000, 1490 (zust. NORDEMANN, WRP 2000, 977 ff.). Im Übrigen APOSTOLOPOULOS, GRUR Int. 2005, 292, 295 m.w.N.

⁷⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-220/98, *Estée Lauder*, Slg. 2000, I-117, 147, Rn. 29.

⁸⁰ Vgl. ErwGr. 18 a.E.

⁸¹ Vgl. für viele EuGH, Rs. C-210/96, *Gut Springenheide*, Slg. 1998, I-4657, Rn. 33 m.w.N. und EuGH, Rs. C-220/98, *Estée Lauder*, Slg. 2000, I-117, 147, Rn. 30.

Richtliniengeber hingegen explizit ausführt,⁸² das Durchschnittsverbraucherkonzept beruhe schlechterdings „nicht“ auf einer statistischen Grundlage, so fragt sich, ob daraus – sofern mit der Feststellung nicht nur die absurde Vorstellung eines ausschliesslich empirisch determinierten Referenzverbrauchers ausgeschlossen werden soll – eine Absage an *jede* Form empirischer Fundierung abgeleitet werden soll. Dies wäre jedenfalls abzulehnen. Es verwundert deshalb nicht, wenn manche Autoren den Wortlaut des massgeblichen Erwägungsgrundes kurzerhand selbst ergänzen und ihm unterstellen, das Durchschnittsverbraucherkonzept dürfe bloss nicht auf einer „rein“ statistischen Grundlage beruhen.⁸³ So wenig diese Lesart eine Grundlage im Wortlaut des Erwägungsgrundes findet, so wenig erschiene es u.E. aus rechtspolitischer Perspektive geboten, *jeglicher* (also auch nur unterstützend-ergänzender) Beachtung der Empirie eine glatte Generalabsage zu erteilen.⁸⁴

In diesem Sinne ist es u.E. erfreulich, wenn der EuGH in einer aktuellen Entscheidung⁸⁵ explizit (auch) auf die „psychologische Wirkung“⁸⁶ von Gewinnen abstellt und betont, dass Verbraucherentscheidungen „nicht immer rational“⁸⁷ sind. Auf diese Weise berücksichtigt der Gerichtshof offenkundig (auch) empirische Erkenntnisse, wie sie im Bereich des Verbraucherverhaltens ganz massgeblich etwa von der Verhaltensökonomik⁸⁸ zutage gefördert wurden.⁸⁹ Vielleicht etwas übereuphorisch könnte man die Entscheidung deshalb auch als richtigen Schritt in Richtung eines realitätsnäheren Referenzverbrauchers deuten. Übereuphorisch deshalb, weil noch unklar ist, ob das Judikat ein singuläres bleibt (wie dies manche erhoffen⁹⁰) oder eine behutsame Öffnung in Richtung einer Mitberücksichtigung empirischer Beobachtungen markiert. Eine solche Öffnung gegenüber empirischen Erkenntnissen⁹¹ ist freilich keineswegs gleichzusetzen mit einem Abschied vom normativen Charakter des Referenzverbrauchers.⁹² Im Gegenteil: Der Referenzverbraucher bleibt weiterhin notwendig eine normative Grösse,⁹³ doch seine empirische Unterfütterung soll verhindern, dass er hinsichtlich seiner Informiertheit, Informierbarkeit, Aufmerksamkeit und Kritikfähigkeit derart weitgehend idealisiert

⁸² Vgl. ErwGr. 18 a.E.

⁸³ So LURGER/AUGENHOFER, 42.

⁸⁴ Siehe auch METZ, 125 und MARTIN SCHMIDT, 148, die darauf hinweisen, dass der EuGH bisher in diesem Zusammenhang empirische Ermittlungen durch die nationalen Gerichte zwar zulässt, aber kaum je für erforderlich hält. Offener auch FEZER, WRP 2010, 577, 579, nach dem ungeachtet der normativen Natur des Referenzverbrauchers ein Rückgriff auf die empirischen Tatsachen des Verbraucherverhaltens keineswegs ausgeschlossen ist.

⁸⁵ EuGH, Rs. C-428/11, *Purely Creative* [noch nicht in der Slg. veröffentlicht].

⁸⁶ EuGH (FN 85), Rn. 38.

⁸⁷ EuGH (FN 85), Rn. 49.

⁸⁸ Vgl. etwa den Überblick bei L. LOACKER, in: VERSCHRAEGEN, 45, 49 ff.

⁸⁹ Beispielsweise zu den Implikationen von (Preis-)Transparenz und Entscheidungen des Durchschnittsverbrauchers VAN BOOM, JCP 2011, 359, 369 ff.

⁹⁰ Vgl. SCHERER, WRP 2013, 705, 709.

⁹¹ Kritisch zu deren Ermittelbarkeit jedoch METZ, 129 ff.

⁹² Ebenso LEISTNER, ZEuP 2009, 56, 75 f.

⁹³ A.A. nur SCHWEIZER, GRUR 2000, 923, 923 ff. (Mindermeinung).

wird, dass letztlich nur mehr ein „Zerrbild“⁹⁴ übrig bleibt, das – auch – als normativer Referenzmasstab untauglich ist.⁹⁵

Gerade das Operieren der UGP-RL mit dem erst richterrechtlich konturierten Referenzverbraucher bietet jedenfalls eine gute Möglichkeit, empirische Aspekte bei der Herausbildung des normativen Leitbildes einfließen zu lassen, ohne mit der Grundkonzeption der Richtlinie in unauflösbaren Konflikt zu geraten.⁹⁶ Dadurch entsteht eine gewisse Flexibilität in der praktischen Handhabung eines Referenzmassstabs, die jenen, die diesen (tief in der *informed-choice*-Idee) verankerten Massstab in seiner strengsten Ausprägung für unzulänglich und wissenschaftlich überholt halten,⁹⁷ dringend geboten erscheint. Klar ist freilich, dass dabei mit Bedacht vorzugehen ist.

Der genannten EuGH-Entscheidung ist vorgeworfen worden, sie lege kein normatives Korrektiv an ihre empirischen Erwägungen⁹⁸ und schreibe den Verbrauchern ausdrücklich irrationale Verhaltensweisen zu.⁹⁹ U.E. kann man – ungeachtet aller Urteilskritik unter anderen Gesichtspunkten¹⁰⁰ – die vom Gerichtshof in puncto Referenzverbraucher angestellten Überlegungen jedoch auch positiv sehen: Auffallend ist nämlich, dass der Gerichtshof kein einziges Mal das Wort „irrational“ verwendet und stattdessen von „nicht immer rationalen“ Handlungsweisen und Entscheidungen gesprochen hat.¹⁰¹ Das wiederum erinnert zumindest an das Konzept eines *beschränkt rationalen*¹⁰² Verbrauchers, auf dem die Verhaltensökonomik¹⁰³ und die von ihr inspirierte Rechtsanalyse beruht. Und das wiederum würde bedeuten, dass bei der Konturierung des Referenzverbrauchers zwar schlechthin irrationale Verhaltensweisen ausser Betracht zu bleiben haben, dass dies aber nicht zwingend für jene Verhaltensmuster gilt, die zwischen Irrationalität und Superrationalität¹⁰⁴ liegen und deren Auftreten systematisch beobachtbar ist. Anders formuliert und losgelöst vom Ausgangsfall könnte man sagen: „Anstrengung darf vom Einzelnen verlangt werden, Unmögliches nicht. Der Mensch bleibt das Maß.“¹⁰⁵

⁹⁴ STRÜNCK, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 129 (2011), 6, 7.

⁹⁵ Vgl. L. LOACKER, in: VERSCHRAEGEN, 45, 65 m.w.N.; spezifisch zur UGP-RL überzeugend LEISTNER, ZEuP 2009, 56, 75.

⁹⁶ Zur Wechselwirkung zwischen Empirie und Privatautonomie LEISTNER, in: RIESENHUBER, 101, 115 ff.

⁹⁷ Vgl. für viele LEISTNER, ZEuP 2009, 56, 74 f. und L. LOACKER, in: VERSCHRAEGEN, 45, 64 ff. m.w.N.

⁹⁸ SCHERER, WRP 2013, 705, 709.

⁹⁹ SCHERER, WRP 2013, 705, 706.

¹⁰⁰ Vgl. etwa LEIBLE/GÜNTHER, LMK 2013, 342067; KÖHLER, GRUR 2012, 1211, 1212 f. sowie SCHERER, WRP 2013, 705, 706 (die – zu Recht – insbesondere die fehlende Erörterung der Beziehung zwischen empirischen Befunden und normativem Referenzmodell moniert).

¹⁰¹ Vgl. FN 85.

¹⁰² Zum Konzept beschränkter Rationalität grundlegend SIMON, 69 Q.J.Econ. (1955) 99 ff.

¹⁰³ Vgl. etwa THALER/MULLAINATHAN, in: HENDERSON, 34 ff. und die Übersicht bei L. LOACKER, in: VERSCHRAEGEN, 45, 51 ff. m.w.N.; CONLISK, 34 J. Econ. Lit. 34 (1996) 669 f.; SELTEN, 146 JITE (1996) 649 ff.

¹⁰⁴ Siehe den Beitragstitel von EICHENBERGER, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie XII, 1994, 50.

¹⁰⁵ BUCHNER/REHBERG, GRUR Int. 2007, 394, 401.

Nun soll hier nicht unterstellt werden, der Gerichtshof hätte in seiner Entscheidung *Purely Creative* tatsächlich verhaltensökonomische Erwägungen angestellt (mag dies bisweilen auch unbewusst geschehen¹⁰⁶). Jedoch wäre es u.E. durchaus sinnvoll, *künftig* die normativen Elemente des Referenzverbrauchers verstärkt einer Art *Gegenprobe* durch gefestigte empirische Erkenntnisse dort zu unterziehen, wo solche bereits in geeigneter Form vorliegen¹⁰⁷ oder deren Neugewinnung geboten erscheint. Diese Gegenprobe muss sodann keineswegs ausschlaggebend sein, sondern kann durchaus dazu führen, dass ihrer ungeachtet die zu treffende Wertungsentscheidung zugunsten eines bestimmten normativen Standards ausschlägt, der von den gemachten Beobachtungen abweicht. Insofern sollte nicht der Referenzverbraucher als normatives Konstrukt das Korrektiv für die Empirie bilden,¹⁰⁸ sondern – wenn und soweit dies wertungsmässig sinnvoll erscheint – der umgekehrte Weg gewählt werden.

Bei allem gilt es keineswegs die zentrale Rolle des Verbrauchers als marktlenkende Institution aus dem Blick zu verlieren.¹⁰⁹ Klärungsbedürftig ist dabei letztlich, wie viel an Rationalität tatsächlich erforderlich ist, damit die Funktionsfähigkeit von Wettbewerb und Markt gewährleistet bleibt. U.E. gefährdet man keines von beidem, wenn man – mit der Verhaltensökonomik – allgemein davon ausgeht, dass (ungeachtet aller notwendigen Präzisierung und Abstufung im Einzelnen) grundsätzlich *alle*¹¹⁰ Marktteilnehmer Merkmale beschränkter Rationalität aufweisen. Für den Verbraucher gilt das freilich zuvörderst. Wenn diese Annahme wiederum im Grundsatz zutrifft, dann muss man auch nicht die Gefährdung der Steuerungsfunktion des Verbrauchers befürchten, nur weil man bei entsprechender Veranlassung dessen normatives Referenzmodell auf seine Überzeugungskraft im Lichte empirischer Erkenntnisse (ergebnisoffen!¹¹¹) überprüft. Zu meinen, durch besonders hohe Anforderungen an das *Sollen* (hier: Eigenschaften des Referenzverbrauchers) das *Sein* (hier: Wettbewerb und Markt) zu fördern, hiesse u.E. nur, die faktische Kraft des Normativen zu überschätzen.

B. Gruppenspezifische Differenzierung

Für das schweizerische Lauterkeitsrecht wird gesagt, es gehöre nicht zu seinen Aufgaben, den Schutz von *besonders* unerfahrenen oder leichtgläubigen Personen sicherzustellen, da es um Markt- und nicht um Minderheitenschutz gehe.¹¹² Dennoch wird auch dort bei besonders schutzwürdigen Personengruppen der Massstab des Referenzverbrauchers differenziert angewandt.¹¹³

¹⁰⁶ Vgl. LEISTNER, in: RIESENHUBER, 101, 116 m.w.N. in der dortigen FN 55.

¹⁰⁷ Zum Problem fehlender oder ungeeigneter empirischer Daten anschaulich RÜHL, 118 ff.

¹⁰⁸ So aber wohl SCHERER, WRP 2013, 705, 709.

¹⁰⁹ Darauf weisen zu Recht etwa SCHERER, WRP 2013, 705, 709 und METZ, 146 hin.

¹¹⁰ Dass auch *unternehmerisches* Handeln beschränkt rational sein kann, wird gelegentlich ausser Betracht gelassen.

¹¹¹ Es kann nur nochmals betont werden: Die Berücksichtigung der Realität ist keineswegs mit „maximalem Verbraucherschutz“ odgl. gleichzusetzen!

¹¹² JUNG, in: JUNG/SPITZ, Art. 1 UWG N 39 a.E. Ähnlich zuletzt auch WEBER, sic! 2012, 231, 236.

¹¹³ Vgl. etwa JUNG, in: JUNG/SPITZ, Art. 1 UWG N 40 m.w.N.

Die UGP-RL sieht die Möglichkeit gruppenspezifischer Differenzierungen des allgemeinen Referenzverbrauchermodells mehrfach vor.¹¹⁴ Besonders auffällig geschieht dies, indem sie anerkennt, dass bestimmte Verbrauchergruppen infolge spezifischer Charakteristika wie etwa (erhöhtem oder geringem) Alter oder geistiger bzw. körperlicher Einschränkungen¹¹⁵ gegenüber dem allgemeinen Referenzverbraucher Defizite aufweisen, die sie besonders verletzlich und damit schutzwürdig machen. In der Beachtung solcher (im Übrigen empirisch überprüfbarer) Defizite und der Lockerung normativer Anforderungen des sonst massgeblichen Referenzmodells unter bestimmten Voraussetzungen ist eine begrüssenswerte Berücksichtigung real vorhandener Restriktionen bei der Ausgestaltung normativer Leitbilder zu sehen.¹¹⁶ Anstatt auf einer einschränkungslosen Massgeblichkeit des allgemeinen Referenzmodells zu beharren, wird einer systematischen Verletzlichkeit¹¹⁷ bestimmter Verbraucheraggregate Rechnung getragen.

Rechtstechnisch wird dies von der UGP-RL dadurch bewerkstelligt, indem es für die Beurteilung der jeweiligen Geschäftspraktik auf die Perspektive eines typischen Mitglieds der Gruppe besonders verletzlicher Verbraucher ankommt (Art. 5 Abs. 3). Dies entspricht jenem Ansatz, den die Richtlinie schon generell – ohne dass es auf die systematisch beobachtbare Verletzlichkeit ankäme – für Geschäftspraktiken vorsieht, die sich speziell an ausgewählte Verbrauchergruppen richten (Art. 5 Abs. 2 lit. b). Auch dort kommt es auf das durchschnittliche Gruppenmitglied an. Man kann deshalb festhalten, dass die UGP-RL den gruppenspezifischen Modellansatz sowohl im Besonderen (bei den verletzlichen Verbrauchergruppen) als auch im Allgemeinen (etwa bei Geschäftspraktiken gegenüber bestimmten Verbrauchergruppen, die jedoch nicht gleichzeitig verletzlich sind) konsequent verfolgt.

Bei der besonderen Differenzierung und Konkretisierung des verletzlichen Referenzverbrauchers sind unabhängig von ihrer grundsätzlichen Überzeugungskraft im Anwendungsbereich der UGP-RL eine Reihe von Vorfragen klärungsbedürftig.

Dies gilt zunächst schon für die Anwendungsvoraussetzung der *vernünftigen Vorhersehbarkeit*¹¹⁸ der Beeinflussung. Hier scheinen *spill-over*-Effekte geradezu vorprogrammiert,¹¹⁹ wenn man nur einmal an Werbemassnahmen in Massenmedien denkt, die Kinder, Erwachsene, Behinderte usw. gleichermassen erreichen. Genau genommen ist es für Unternehmer durchaus nicht unvorhersehbar, dass solche Werbemassnahmen *auch* von besonders schutzbedürftigen Verbrauchern wahrgenommen werden und diese in ihrem Entscheidungsprozess wesentlich beeinflussen. Lässt man eine solche, bloss „Miterreichung“ verletzlicher Verbrauchergruppen genügen, so ist regelmässig die Beurteilung aus der Perspektive des typischen Mitglieds der jeweiligen verletzlichen Verbraucher-

¹¹⁴ Zur möglichen Vorbildwirkung dieses Ansatzes für allgemeine Verbraucher-Richtlinien zuletzt MAK, ERPL 2011, 25, 39 ff.

¹¹⁵ Vgl. ErwGr. 18 S. 3 und ErwGr. 19.

¹¹⁶ In diesem Sinne positiv etwa LEISTNER, ZEuP 2009, 56, 76.

¹¹⁷ Wegbereitend EuGH, Rs. 382/87, *Buet*, Slg. 1989, 1235, Rn. 13 ff. Zum Konzept des verletzlichen (im Gegensatz zum vertrauenden und verantwortlichen) Verbrauchers zuletzt allgemein MICKLITZ, A 38 ff.

¹¹⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 3 S. 1.

¹¹⁹ Vgl. etwa HEIDINGER, in: WIEBE/KODEK, § 1 Rn. 77.

gruppe geboten.¹²⁰ Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 setzt für diesen Perspektivwechsel und die damit verbundene Änderung des Beurteilungsmassstabes¹²¹ die wesentliche Beeinflussung „nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern“¹²² voraus. Während dies bei subjektiv gewollter Ausnutzung von Defiziten der wesentlich beeinflussten, verletzlichen Verbrauchergruppe zweifellos gegeben ist,¹²³ bestehen bei den konkreten Massstäben für die Bejahung der *objektiven Vorhersehbarkeit* nach wie vor unterschiedliche Auffassungen.¹²⁴ Insgesamt wird man Art. 5 Abs. 3 nicht leichtfertig, sondern mit klarem Blick auf die Zielsetzungen des Richtliniengebers heranziehen müssen, der jedenfalls grundsätzlich den Unternehmer in seinem Vertrauen auf den allgemeinen Referenzverbraucher bestärken wollte, anstatt ihn mit unbotmässigen Unwägbarkeiten im Vorfeld übermässig zu belasten.¹²⁵ Die Rechtsanwendung steht damit vor der anspruchsvollen Aufgabe, das rechte Mass dahingehend zu finden, dass einerseits das Vorhersehbarkeitskriterium bspw. bei der Lebensmittelvermarktung nicht so restriktiv gehandhabt wird, dass dort die gruppenspezifischen Differenzierungen bei Kindern und alten Menschen¹²⁶ beschnitten werden, und es andererseits nicht so extensiv ausgelegt wird, dass etwa die Werbung in Massenmedien¹²⁷ erheblich erschwert wird. Letzteres lässt sich etwa vermeiden, indem die Vorhersehbarkeit dort verneint wird, wo die Empfänger objektiv ungeeignet zu deren Verarbeitung sind (bspw. weil sie an Wahrnehmungsstörungen leiden).¹²⁸

Weitere Einschränkungen des sachlichen Anwendungsbereiches des Art. 5 Abs. 3 ergeben sich ausweislich seines Wortlautes daraus, dass die „*übliche und rechtmässige Werbepraxis, übertriebene Behauptungen oder nicht wörtlich zu nehmende Behauptungen aufzustellen*,“ von der Bestimmung unberührt bleiben sollen. Daraus folgt insbesondere, dass auch gegenüber verletzlichen Verbrauchergruppen marktschreierische Anpreisungen, wie etwa überzogene Aussagen über bestimmte Eigenschaften eines Produkts (bspw., dass ein Getränk „Flügel“ verleihe), zulässig sind, sofern sie – vom sonst mass-

¹²⁰ Siehe jeweils SCHERER, WRP 2008, 563, 564.

¹²¹ FEZER, WRP 2010, 577, 580 weist zu Recht darauf hin, dass der eigentliche Regelungsgegenstand des Art. 5 Abs. 3 nicht die Schutzwürdigkeit besonderer Verbrauchergruppen, sondern der (geänderte) Beurteilungsmassstab ist.

¹²² Art. 5 Abs. 3 S. 1.

¹²³ A.A. PODSZUN, in: HARTE-BAVENDAMM/HENNING-BODEWIG, § 3 Rn. 72 nach dem ein Abstellen auf subjektive Motive im Rahmen des Vorhersehbarkeitserfordernisses grundsätzlich verfehlt sei. Demgegenüber lässt sich u.E. argumentieren, dass bestimmte subjektive Motive wie etwa das gezielte Ausnutzen körperlicher Defizite die Vorhersehbarkeit notwendig inkludieren. Wie hier schon SCHERER, WRP 2008, 563, 571.

¹²⁴ Vgl. etwa DOHRN, 253 f. Rz. 868 im Gegensatz zu HEIDINGER, in: WIEBE/KODEK, § 1 Rn. 79. Siehe im Übrigen aus dem umfangreichen Schrifttum etwa SOSNITZA, in: PIPER/OHLY/SOSNITZA, § 3 Rn. 84; SEICHTER, WRP 2005, 1087, 1091; WIEBE, JBI 2007, 69, 75; WILTSCHKE/MAJCHRZAK, ÖBI 2008, 4, 7 f.

¹²⁵ GLÖCKNER/HENNING-BODEWIG, WRP 2005, 1311, 1330; DOHRN, 254 Rz. 872; SCHERER, WRP 2008, 563, 571.

¹²⁶ Vgl. FEZER, WRP 2010, 577, 580.

¹²⁷ Vgl. allgemein SCHERER, WRP 2008, 563, 569.

¹²⁸ Statt aller SCHERER, WRP 2008, 563, 571.

geblichen Referenzverbraucher¹²⁹ – als nicht ernst gemeinte Übertreibung erkannt werden können.¹³⁰ Im Übrigen gilt mit Blick auf die üblichen Werbepraktiken das, was bereits oben¹³¹ ausgeführt wurde: Üblichkeit *per se* schützt nicht vor Unlauterkeit; der zusätzliche Hinweis auf die „Rechtmässigkeit“ unterstreicht dies.

Von den in Art. 5 Abs. 3 und ErwGr. 19 genannten Defiziten, die bestimmte Verbrauchergruppen besonders verletzlich und schutzwürdig machen, erscheint jenes der *Leichtgläubigkeit* am klärungsbedürftigsten. Während bei (körperlich oder psychisch bedingter) gestörter Wahrnehmungsfähigkeit, bei Sprach-, Schreib- oder Lesebeeinträchtigungen¹³² udgl. die Beeinträchtigung der Entscheidungsfindung offenkundig und die Schutzwürdigkeit nahe liegend ist, verlangt die schlichte Leichtgläubigkeit nach Einschränkungen: Mag Leichtgläubigkeit an sich für viele Verbraucher „typisch“ sein – nach dem Gesamtkonzept der UGP-RL rechtfertigt sie u.E. noch keine automatische Verletzlichkeitsannahme, die in ein Abweichen vom normativen Standard des allgemeinen Referenzverbrauchers münden müsste. Ein gegenteiliges Verständnis käme einer Aufgabe des Grundmodells des angemessen gut unterrichteten, angemessen aufmerksamen und kritischen Referenzverbrauchers gleich.¹³³ Gefragt ist deshalb eine Unterscheidung, die man im konkreten Kontext auch als eine solche zwischen *Nicht-Können* und *Nicht-Wollen* auf den Punkt bringen könnte.¹³⁴ Um es am häufig ins Treffen geführten Beispiel der Kaffeefahrt zu illustrieren: Wer an einer derartigen Fahrt teilnimmt, ohne an besonderen Defiziten zu leiden, die eine angemessene Entscheidungsfindung verhindern würde, ist u.E. keineswegs *per se* als „leichtgläubig“ i.S.d. Art. 5 Abs. 3 zu qualifizieren.¹³⁵ Und zwar auch dann nicht, wenn sein Entscheidungsverhalten an das erinnert, was man landläufig durchaus als „leichtgläubig“ einstufen würde. Stattdessen wird man jene Leichtgläubigkeit, die auf situations- oder produktinadäquater Nachlässigkeit, Unaufmerksamkeit oder schlichter Gleichgültigkeit, also kurzum: einem problematischen Nicht-Wollen, beruht, mit Blick auf die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 3 als *nicht* ausreichend qualifizieren müssen.¹³⁶ Anderes gilt dort, wo die Grenze zum Nicht-Können

¹²⁹ Darauf, ob etwa ein (Referenz-)Kind an die „Flügelverleihung“ durch das beworbene Getränk glaubt, wird es u.E. nicht ankommen können.

¹³⁰ Nach GAMERITH, Wettbewerbsrecht, 28 setzt dies die klare Erkennbarkeit der Übertreibung und das Fehlen eines täuschenden Tatsachenkerns voraus.

¹³¹ Siehe Abschnitt II.B. am Ende.

¹³² Siehe die Beispiele bei SCHERER, WRP 2004, 1355, 1358.

¹³³ Manche befürchteten deshalb schon die Rückkehr überkommener Verbraucherleitbilder „durch die Hintertüre“ – vgl. SCHUHMACHER, wbl 2005, 506, 510 sowie DENS., in: FS Koppensteiner, 139, 146 f. Zu Recht a.A. SCHERER, WRP 2004, 1355, 1356; GLÖCKNER/HENNING-BODEWIG, WRP 2005, 1311, 1330; ähnlich bereits ENGELS/SALOMON, WRP 2004, 32, 36.

¹³⁴ So schon SCHERER, WRP 2008, 563, 571.

¹³⁵ In diese Richtung aber wohl WIEBE, JBl 2007, 69, 76. Insofern eindeutig noch die frühere Rechtsprechung in Deutschland und Österreich, die Kaffeefahrtenteilnehmern regelmässig besondere Leichtgläubigkeit attestierte – vgl. etwa BGH GRUR 1986, 13; GRUR 1988, 130 sowie OGH ÖBl. 1975, 81; ÖBl. 1985, 94. Zum Verhältnis dieser nationalen Verbraucherleitbild-Rechtsprechung zu jener des EuGH schon SCHERER, WRP 1999, 991, 991 ff.

¹³⁶ Statt aller SCHERER, WRP 2004, 1355, 1358: „keinen Schutz für Leichtgläubigkeit und geschäftliche Unerfahrenheit, die daraus resultier[t], dass die betreffenden Verbraucher zu träge, zu

überschritten ist, etwa weil die Leichtgläubigkeit Folge altersbedingter Erkrankungen oder sonstiger Defizite der Kaffeefahrtenteilnehmer ist.¹³⁷ Wo dies der Fall ist, ist die Schiedsrichter-¹³⁸ und Nachfragesteuerungsfunktion des Verbrauchers gestört und daher besonderer Schutz geboten; wo hingegen auf eine angemessene Entscheidungsfindung etwa aus reinen Bequemlichkeitsgründen verzichtet wird, gibt die UGP-RL der Eigenverantwortung den Vorrang. Möglicherweise wäre es insgesamt vorteilhafter gewesen, die Richtlinie hätte von „Gutgläubigkeit“ gesprochen, da „Leichtgläubigkeit“ zumindest teilweise eine Vorwerfbarkeit gegenüber dem Verbraucher impliziert. Die subjektive Vorwerfbarkeit sollte indes nach hier vertretener Auffassung gerade nicht besonderen Schutz begründen.

Die Europäische Kommission scheint demgegenüber in einem jüngeren Arbeitspapier¹³⁹ (namentlich mit Blick auf ältere Menschen) einen besonders grosszügigen Massstab zugrunde legen zu wollen. U.E. müsste dabei behutsam(er) vorgegangen werden, denn „Alter“ für sich alleine genommen ist weder ein Gebrechen noch macht es zwingend schutzwürdig. Schutzwürdigkeit entsteht vielmehr nur dort, wo das Alter zu einer erhöhten Verletzlichkeit gegenüber bestimmten Geschäftspraktiken führt. Dass dies nicht ohne Weiteres bejaht werden kann, ergibt sich empirisch betrachtet etwa aus der Beobachtung, dass ältere Verbraucher gegenüber jüngeren sogar weniger anfällig sein können, wenn es um bestimmte betrügerische Praktiken geht.¹⁴⁰ Und auch wenn ältere Menschen der Vermarktung bestimmter Produkte wie bspw. jener von Alarmanlagen besonders zugänglich sein sollten,¹⁴¹ so muss dies keineswegs zwingend für Naivität sprechen, sondern kann durchaus das Ergebnis einer sinnvollen Befriedigung individuell erhöhter Präferenzen für erhöhte Sicherheitsmassnahmen sein. Anderes gilt natürlich im Fall tatsächlich aggressiver oder irreführender Geschäftspraktiken, die allerdings grundsätzlich vom Alter der Adressaten unabhängig sind. Eine legislative Generalvermutung besonders ausgeprägter Leichtgläubigkeit älterer Menschen ist u.E. vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt.

C. Kinder als besonders schutzwürdige Verbrauchergruppe

Bei der Aufzählung der für unlautere Geschäftspraktiken besonders anfälligen Verbrauchergruppen führen die Erwägungsgründe der UGP-RL an allererster Stelle „Kinder“ an.¹⁴² Während die Gründe für deren Schutzwürdigkeit ohne Weiteres einleuchten¹⁴³ und auch die gruppenspezifische Bestimmung eines Referenzkindes keine unbewältigbaren

gleichgültig, zu passiv und zu nachlässig sind, um sich zu informieren und sich situationsangemessen aufmerksam und verständig zu verhalten“.

¹³⁷ So überzeugend SCHERER, WRP 2008, 563, 570.

¹³⁸ Dazu DREXL, 91 ff., 128 ff. und 133 ff. und BEATER, in: FS Tilmann, 87 ff., jeweils m.w.N.

¹³⁹ „Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken“ vom 3. Dezember 2009, 34.

¹⁴⁰ Vgl. die Nachweise auf Studien in den USA bei LEISTNER, ZGE 2009, 3, 43, dortige FN 140.

¹⁴¹ So die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (FN 139), 34.

¹⁴² Siehe ErwGr. 18.

¹⁴³ Vgl. zuletzt den Bericht von NEZIK, Fette Kinderfänger, Der Spiegel 29/2013, 68.

Schwierigkeiten¹⁴⁴ mit sich bringen dürfte, fällt eines sofort ins Auge: Wer „Kind“ ist, sagt die Richtlinie – ungeachtet der prominenten Erwähnung i.Z.m. den Erwägungen zu Art. 5 Abs. 3 und eines Sondertatbestandes in Ziff. 28 der *black list* – nicht.

Unnötigerweise verharrt ein Teil der bisher geführten Diskussion um kinderbezogene Geschäftspraktiken deshalb nach wie vor auf der untersten Auslegungsstufe, nämlich jener der Anwendungsvoraussetzung „Kind“. Dass das Schweigen des Gesetzgebers zu eben dieser Anwendungsvoraussetzung für das Unionsrecht durchaus nicht untypisch ist,¹⁴⁵ tröstet wenig. Frühere Definitionsversuche sind jedenfalls gescheitert.¹⁴⁶ Wenig hilfreich erscheint auch der in jüngerer Zeit von der Europäischen Kommission in die Diskussion eingebrachte Begriff des „Teenagers“, der offenkundig vom „Kind“ zu unterscheiden und dennoch von der UGP-RL erfasst sein soll.¹⁴⁷ Art. 24 der Charta der Grundrechte der EU heranzuziehen, wonach als „Kind“ nach ganz h.A. jeder Mensch, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat,¹⁴⁸ anzusehen ist, erscheint schon aufgrund der ganz anderen Stossrichtung überaus zweifelhaft; im Übrigen verwendet die Charta selbst unterschiedliche Kindesbegriffe, wie aus ihrem Art. 32 ersichtlich wird, der gegenüber Art. 24 wesentlich enger ist.¹⁴⁹

Der vielleicht nahe liegendste (wenngleich sachlich keineswegs zwingende) Lösungsansatz liegt darin, den schon genannten Verbotstatbestand in Ziff. 28 der *black list* heranzuziehen, der in seinem letzten Satz auf die (mittlerweile aufgehobene) Fernsehrichtlinie 89/552/EWG (nunmehr: RL 2007/65/EG über audiovisuelle Mediendienste) verweist. Da die dort in Bezug genommene Bestimmung¹⁵⁰ an „Minderjährige“ anknüpft und dieser Begriff gegenüber jenem des „Kindes“ der weitere ist, spricht manches für die mittlerweile wohl überwiegende Meinung,¹⁵¹ wonach im marktbezogenen Unionsrecht unter „Kindern“ Personen unter 14 Jahren zu verstehen sind, während der Begriff der „Minderjährigen“ jene unter 18 Jahren erfasst. So stimmig dieser Ansatz in seinem Ergebnis sein mag, seine Herleitung steht unionsrechtlich u.E. auf tönernen Füßen. Klar sollte ungeachtet aller verbleibenden Unsicherheiten zumindest sein, dass in Anbetracht der gebotenen autonomen Auslegung kein Raum für einen Rückgriff auf nationale Begriffs-

¹⁴⁴ A.A. wohl MARTIN SCHMIDT, 148.

¹⁴⁵ Vgl. MANKOWSKI, WRP 2007, 1398, 1400, nach dem der Begriff „Kind“ zwar in über 4000 Normstellen des Unionsrechts Erwähnung findet, jedoch zum Zeitpunkt seiner Untersuchung nirgends legaldefiniert war.

¹⁴⁶ Vgl. Art. 2 lit. j des geänderten (und später zurückgezogenen) VO-Vorschlags zur Verkaufsförderung im Binnenmarkt vom 25. Oktober 2002, nach dem als Kind „eine Einzelperson unter 14 Jahren [gilt], wenn keine abweichenden Altersgrenzen für den Verkauf spezifischer Produkte gelten“.

¹⁴⁷ Vgl. das Arbeitspapier „Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken“ vom 3. Dezember 2009, 34.

¹⁴⁸ Vgl. z.B. KINGREEN, in: CALLIESS/RUFFERT, Art. 24 GR-Charta Rn. 2.

¹⁴⁹ Vgl. z.B. JARASS, Art. 32 Rn. 5.

¹⁵⁰ Vgl. Art. 3e Abs. 1 lit. g der RL 2007/65/EG über audiovisuelle Mediendienste vom 11. Dezember 2007 (vormals: Art. 16 FernsehRL 89/552/EWG).

¹⁵¹ So eingehend SCHERER, WRP 2008, 430, 432. Ebenso etwa SOSNITZA, in: PIPER/OHLY/SOSNITZA, Anhang (zu § 3 Abs. 3) Rn. 59; KÖHLER, WRP 2008, 700, 707. A.A. etwa MANKOWSKI, WRP 2007, 1398, 1403 (bis 18 Jahre).

verständnisse besteht. Versuchen,¹⁵² die unter Verweis auf die Berücksichtigungsfähigkeit¹⁵³ nationaler, sozialer und kultureller Faktoren einer unterschiedlichen Altersgrenze für den Kinderbegriff in den verschiedenen Mitgliedstaaten das Wort reden wollen, ist eine klare Absage zu erteilen.

Auf den Punkt gebracht bestehen Unsicherheiten bis zu einer verbindlichen Auslegung des Kindesbegriffes der UGP-RL lediglich für die Personengruppe der zwischen 14- und 18-Jährigen, während dessen Bejahung für die Gruppe der unter 14-Jährigen unbestritten geblieben ist.¹⁵⁴ Allerdings handelt es sich gerade bei der strittigen Personengruppe um eine (aufgrund grösserer finanzieller Möglichkeiten) besonders interessante Zielgruppe.

Wo die Anwendungsvoraussetzung „Kind“ bejaht wird, ist bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 eine gruppenspezifische Konkretisierung des durch die Kindereigenschaft geprägten Referenzverbrauchers vorzunehmen und (sofern nach Lage des Sachverhalts einschlägig) Ziff. 28 des Anhang I der UGP-RL zu beachten. Nach überzeugender Auffassung gliedert sich dieser Verbotstatbestand in zwei Teile,¹⁵⁵ nämlich einen, der die Aufforderung zum Erwerb eines Produkts¹⁵⁶ durch das Kind selbst zum Gegenstand hat, und einen, der die Überredung Dritter durch das Kind erfasst.

Der *erste* Tatbestandsteil, der *unmittelbare* Aufforderungen¹⁵⁷ wie „Hol Dir das Buch dazu!“¹⁵⁸ oder „Schnapp Dir die günstige Gelegenheit und verpasse Deiner Rüstung das gewisse Etwas“¹⁵⁹ an Kinder verbietet, überzeugt sowohl entwicklungspsychologisch¹⁶⁰ als auch mit Blick auf seine Konformität zum Gesamtsystem der UGP-RL. Ein solches Verbot ist nämlich – jedenfalls wenn man als Schutzsubjekte Personen bis zu 14 Jahren annimmt – notwendig, um eine unmittelbare Schädigung ihrer wirtschaftlichen Interessen durch unlautere Geschäftspraktiken zu verhindern.¹⁶¹ Nicht zu übersehen ist freilich, dass mit der Regelung weder „Kinderwerbung“ an sich noch *mittelbare* Aufforderungen oder für Kinder besonders reizvolle Produktdarstellungen¹⁶² verboten werden. Sie alle

¹⁵² So in der Tat PRUNBAUER-GLASER, ÖBl 2008, 164, 166 f.

¹⁵³ Siehe ErwGr. 18.

¹⁵⁴ Ebenso zuletzt der österreichische OGH 4 Ob 110/12y vom 18.9.2012, wbl 2012, 655, Pkt. 2.3.

¹⁵⁵ Vgl. nur SCHERER, WRP 2008, 430, 433.

¹⁵⁶ Zur Miterfassung von Dienstleistungen durch den Produktbegriff der UGP-RL siehe bereits oben Abschnitt II.A.

¹⁵⁷ Zum Begriff SCHERER, WRP 2008, 430, 433.

¹⁵⁸ Vgl. OGH, wbl 2012, 655, Pkt. 3.2. Zur Unterscheidung zwischen *unmittelbaren* Aufforderungen und bloss *mittelbaren* Werbebotschaften (z.B. „Du bekommst das Buch nur, wenn deine Eltern den Bestellschein unterschreiben“) etwa KÖHLER, WRP 2008, 700, 702.

¹⁵⁹ Vgl. unmittelbar bei Manuskriptabschluss BGH I ZR 34/12 vom 17. 7. 2013 (Urteilsbegründung noch nicht verfügbar), wonach Links zu kostenpflichtigem Zubehör in kostenlosen Online-Spielen gem. Ziff. 28 des Anhang I der UGP-RL unzulässig sind. Vgl. demgegenüber die jüngste Entscheidung des österreichischen OGH 4 Ob 95/13v vom 9.7.2013.

¹⁶⁰ Dazu eingehend SCHERER, WRP 2008, 430, 434 f.

¹⁶¹ Statt aller SCHERER, WRP 2008, 430, 436.

¹⁶² Für Mitgliedstaaten, in denen an Kinder gerichtete Werbung vor Inkrafttreten der UGP-RL generell untersagt war, bedeutete die Richtlinienumsetzung deshalb naturgemäss eine Absenkung des Schutzniveaus – darauf weist etwa STUBY, 87 zu Recht hin.

sind stattdessen anhand der Auswirkungen auf das gruppenspezifisch konkretisierte Referenzkind zu beurteilen.

Der *zweite* Tatbestandsteil, der Dritte („Eltern“ werden beispielhaft im Tatbestand benannt) vor dem „Quengelfaktor“¹⁶³ schützen soll, erscheint demgegenüber durchaus kritikwürdig: Zum einen ist fraglich, ob ein Kind tatsächlich in der Lage ist bzw. sein sollte, einen Erwachsenen derart zu drangsalieren, dass dieser nicht mehr imstande ist, eine informierte Entscheidung zu treffen, die seine eigenen wirtschaftlichen Interessen wahrt, und er stattdessen eine Entscheidung trifft, die er sonst nicht getroffen hätte. Bei dem allein massgeblichen Referenzverbraucher wird man eine derartige Qualität der Einschränkung der Entscheidungsfreiheit durch das Quengeln eines Kindes ausschliessen müssen.¹⁶⁴ Zum anderen ist der zweite Tatbestandsteil in seiner „Familien- und Erziehungsorientiertheit mit Blick auf die Gesamtkonzeption der UGP-RL systemwidrig“¹⁶⁵ und deshalb richtigerweise nur mit Zurückhaltung als eröffnet zu betrachten.¹⁶⁶

IV. Perspektiven

Die fundamentale Bedeutung des Verbraucherleitbildes oder genauer: der (gruppenspezifisch zu ermittelnden) Verbraucherleitbilder für die Beurteilung von Lauterkeitsfragen durch die UGP-RL ist evident. Sie sind es, die den Dreh- und Angelpunkt des verbraucherbezogenen Lauterkeitsschutzes unionsrechtlicher Provenienz bilden. Die grosse künftige Herausforderung liegt u.E. in einer Konkretisierung dieser Leitbilder in einer Weise, die aus normativ-juristischer Sicht sinnvoll ist, ohne von empirischer Warte aus betrachtet geradezu absurd anzumuten oder an Mythen¹⁶⁷ zu erinnern. Wünschenswert ist deshalb eine verstärkte *wechselseitige Standortbestimmung* und damit verbunden eine konsequente und unvoreingenommene konzeptionelle Hinterfragung der jeweils ermittelten Positionen.¹⁶⁸ Damit ist keineswegs einer plumpen Gleichschaltung von Sein und

¹⁶³ So in der Tat wörtlich GD GESUNDHEIT & VERBRAUCHERSCHUTZ, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, 17. Die Informationsbroschüre ist abrufbar unter <ec.europa.eu/consumers/rights/index_en.htm>.

¹⁶⁴ Siehe nur SCHERER, WRP 2008, 430, 436. Der österreichische OGH hat sich dieser Ansicht in seiner Entscheidung 4 Ob 57/08y vom 8.7.2008, SZ 2008/96, Pkt. 1.2.2 ausdrücklich angeschlossen und hervorgehoben, dass es Eltern grundsätzlich zugemutet werden könne, den Wünschen ihrer Kinder auch dann Grenzen zu setzen, wenn diese Wünsche durch die Werbung veranlasst oder verstärkt würden. Für andere Erwachsene wird man nichts anderes annehmen können. Ebenso zuletzt OGH 4 Ob 244/12d vom 19.3.2013, Rn. 2.2.

¹⁶⁵ SCHERER, WRP 2008, 430, 436.

¹⁶⁶ So überzeugend SCHERER, WRP 2008, 430, 437.

¹⁶⁷ Siehe den Titel einer Stellungnahme des wiss. Beirates „Verbraucher und Ernährungspolitik“ des (deutschen) Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz: „Ist der ‚mündige Verbraucher‘ ein Mythos?“, abrufbar unter <www.bmelv.de>. Ebenso der Titel der Untersuchung von STRÜNCK, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 129 (2011), 6.

¹⁶⁸ Weitsichtig schon BEATER, in: FS Tilmann, 87, 104: „Es ist zur Gewährleistung der Schiedsrichterfunktion, die der Verbraucher im Wettbewerb hat, unverzichtbar, die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen grundsätzlich auf das tatsächliche Verbraucherverhalten abzustimmen. [...] Es gibt [...] keine allgemeinen Regeln dafür, wie die gebotene Abstimmung inhaltlich zu geschehen

Sollen das Wort geredet, doch ein schlichtes gegenseitiges Ignorieren unter Verweis auf die unterschiedliche Verortung der Erkenntnisse scheint ebenso wenig überzeugend.

Wer die vermeintliche „Reinheit“ der exklusiv normativen Betrachtungsweise nicht zum Mass aller Dinge verklärt, für den bieten die Verhaltenswissenschaften und insbesondere die Verhaltensökonomik wertvolle Orientierungspunkte und Hilfslinien bei der Fest- und Auslegung normativer Verhaltensstandards. Gerade das verhaltensökonomische Konzept des beschränkt rationalen Verbrauchers, der zwar um Rationalität bemüht ist, ihr aber nicht immer gerecht zu werden vermag, erscheint uns als Gegenprobe für normative Verbraucherstandards besonders geeignet. Dies nicht zuletzt deshalb, weil das Konzept des beschränkt rationalen Verbrauchers Extreme sowohl in Richtung Hyperrationalität als auch in Richtung grenzenloser Naivität vermeidet. Klar ist aber auch, dass dieses Modell häufig nur für ganz ausgewählte Einzelkonstellationen und -aspekte verwertbare Erkenntnisse bietet.¹⁶⁹ Ein stichhaltiges Argument gegen seine Berücksichtigung ist dies jedoch nicht: Einerseits kann die beschränkte Verwertbarkeit wohl kaum für eine Nichtbeachtung auch dort sprechen, wo berücksichtigungswürdige Erkenntnisse vorliegen. Und andererseits bedeutet eine grundsätzliche Offenheit gegenüber der Verhaltensökonomik keine „*Grundsatzentscheidung*“ in dem Sinn, dass andere Erkenntnisquellen damit ausgeschlossen wären oder die Verhaltensökonomik generell einzubeziehen wäre. U.E. spricht vielmehr nichts gegen eine (nur) situations- und fallspezifische Berücksichtigung verhaltensökonomischer Einsichten, etwa dort, wo sich systematisch auftretende Verhaltensmuster, Entscheidungspfade udgl. beobachten lassen. Insgesamt könnte sich bei Vorliegen entsprechend verwertbarer Ergebnisse ohne Weiteres ein *Mosaik verschiedener Erkenntnisquellen* ergeben, ohne dass dies *per se* problematisch erschiene.¹⁷⁰ Problematisch können nur die *Schlussfolgerungen* sein, die aus diesen Erkenntnissen gezogen werden. Dabei sind dem Gesetzgeber nahe liegender Weise weit weniger Grenzen gesetzt als dem rechtsanwendenden Richter, was auch den klaren Schwerpunkt der verhaltensökonomischen Rechtsanalyse im Bereich der Rechtsetzung erklärt.¹⁷¹ Gleichzeitig ist nicht zu übersehen, dass gerade die Rechtsprechung im Bereich des Lauterkeitsrechts durch das verstärkte Abstellen auf gruppen-, situations-¹⁷²

hat. [...] Die Verhaltenswissenschaft kann aber jedenfalls für Einzelkonstellationen konkrete Aussagen machen und das Wettbewerbsrecht [...] um wichtige Erkenntnisse bereichern.“

¹⁶⁹ Vgl. auch schon BEATER, in: FS Tilmann, 87, 104, der mit Blick auf die Beschränktheit auf Einzelkonstellationen zutreffend feststellt, dass die Berücksichtigung verhaltenswissenschaftlicher Aspekte dennoch „zu einem ‚richtigeren‘ bzw. einem Wettbewerbsrecht bei[trägt], das seiner Aufgabe besser gerecht wird“.

¹⁷⁰ Zur hingegen beachtlichen Frage der praktischen Handhabbarkeit (der allerdings – schon aufgrund ganz unterschiedlicher zeitlicher und sonstiger Ressourcen – bei der richterlichen Berücksichtigung weitaus grössere Bedeutung zukommt als bei der gesetzgeberischen) LEISTNER, ZGE 2009, 3, 34.

¹⁷¹ Siehe für viele LEISTNER, ZGE 2009, 3, 33 und 54; zu konkreten Anwendungsmöglichkeiten in der allgemeinen Rechtsetzung zuletzt etwa L. LOACKER, in: VERSCHRAEGEN, 45 ff.

¹⁷² Insofern aus jüngster Zeit vorbildhaft etwa OLG Frankfurt vom 20. Oktober 2011, 6 U 40/11, nach dem auch der Referenzverbraucher bei der Kaufentscheidung über ein Glas Schokoladencreme „schon aus Zeitgründen“ prozentuale Inhaltsstoffangaben, die sich auf unterschiedliche

und produktspezifische Aspekte schon früh Ergebnisse erzielt hat, die aus verhaltensökonomischer Perspektive durchaus Zustimmung verdienen.¹⁷³ Im Bereich der UGP-RL hat zuletzt etwa der EuGH explizit die „psychologische Wirkung“¹⁷⁴ von Gewinnzusagen hervorgehoben, die das Verbraucherentscheidungsverhalten erheblich beeinflussen kann.

Der Referenzverbraucher der UGP-RL befindet sich gegenwärtig in einer wichtigen Konturierungs- und Konkretisierungsphase. Ungeachtet seines unübersehbar „konservativen“ Zuschnitts und der in Einzelaspekten wie etwa seiner Informierbarkeit schlicht verfehlten Konzeption¹⁷⁵ bietet die Richtlinie vor allem durch ihre zahlreichen offenen Tatbestandselemente der Rechtsprechung einigen Spielraum für eine Konkretisierung, die auch mit Blick auf den heutigen Erkenntnisstand zum Verbraucherentscheidungsverhalten noch zu vertreten ist.¹⁷⁶ Eine solche *Vertretbarkeit* ist freilich von einer schlichten „Übersetzung“ empirischer Einsichten in Rechtsregeln und normative Leitbilder streng zu unterscheiden.¹⁷⁷ Sie bedeutet aber auch eine Absage an ein allzu leichtfertiges Vertrauen in die Erziehungsfunktion des Rechts¹⁷⁸ oder jene des Marktes. Denn gerade das Beispiel der Endverbrauchermärkte zeigt nachdrücklich, dass es dort selbst bei anhaltend inadäquatem Entscheidungsverhalten fast nie zu einer tatsächlichen Marktverdrängung der Verbraucher kommt¹⁷⁹ und auch die Voraussetzungen für die Entstehung von Lerneffekten weitaus seltener gegeben sind,¹⁸⁰ als dies bisweilen angenommen wird.¹⁸¹

Insgesamt scheint demnach *Offenheit* und *Zurückhaltung* gleichermaßen angezeigt. Was zunächst wie ein Widerspruch anmutet, gewinnt bei näherem Hinsehen an Überzeugungskraft: Zurückhaltung gebietet im Allgemeinen (d.h. für Rechtsetzung und Rechtsprechung gleichermaßen) schon die nur beschränkte Verfügbarkeit und Verwertbarkeit empirischer Erkenntnisse für spezifische Rechtsprobleme. Im Besonderen (d.h. insbesondere für die Rechtsprechung) folgt sie daraus, dass es selbst bei entsprechender Verfügbarkeit nicht selten an den Voraussetzungen für ihre Berücksichtigung mangeln wird. Unabhängig davon ist Zurückhaltung auf jeder Ebene der Rechtsschöpfung eine sinnvolle Erinnerung daran, zu hinterfragen, ob durch die selektive Berücksichtigung ausserrechtlicher Aspekte nicht möglicherweise nur ein subjektives Wunschdenken abgestützt werden soll, das bei nüchterner Betrachtung den Eindruck der Beliebigkeit oder

Grundmengen beziehen, nicht jeweils „umrechnen“ wird. Ohne eine solche Umrechnung entstehende Fehlvorstellungen seien deshalb irreführend (krit. EGGERS, ZLR 2012, 69).

¹⁷³ Siehe (insbesondere mit Blick auf das deutsche Recht) LEISTNER, ZGE 2009, 3, 37 f.

¹⁷⁴ EuGH (FN 85), Rn. 38.

¹⁷⁵ Zum Informationspflichtenmodell der UGP-RL etwa VON VOGEL, in: RIESENHUBER/NISHITANI, 135 ff. und BUSCH, 91 ff. Kritisch zu diesem Modell etwa LEISTNER, ZGE 2009, 3, 48 f.

¹⁷⁶ LEISTNER, ZGE 2009, 3, 49 plädiert für eine „gewisse *korrektive*, klare Fehlentwicklungen identifizierende Funktion“ des europäischen Richterrechts.

¹⁷⁷ So überzeugend CSERNE, 19.

¹⁷⁸ Diese wird besonders betont etwa bei CSERNE, 20. Differenzierend BUCHNER/REHBERG, GRUR Int. 2007, 394, 401.

¹⁷⁹ Treffend MORELL, 210 m.w.N., in der dortigen FN 399.

¹⁸⁰ Vgl. für viele MORELL, 211.

¹⁸¹ Positiver etwa CSERNE, 20.

der „Scheinverobjektivierung“¹⁸² erwecken muss.¹⁸³ Wenn jedoch diesen *caveats* Rechnung getragen ist, kann eine auf verhaltensökonomischem „Ausgangsmaterial“¹⁸⁴ basierende Konkretisierung des Referenzverbrauchers letztlich nur an Überzeugungskraft gewinnen. Das gilt nahe liegender Weise für den Fall, in dem solches „Ausgangsmaterial“ bestehende Schutzbedürfnisse identifiziert und darauf abzielende rechtliche Lösungen empirisch unterfüttert, aber u.E. selbst dann, wenn sie im Ergebnis offen von empirischen Befunden abweicht und sich so jedenfalls den Vorwurf des „Räsonierens im luftleeren Raum“ erspart. Klar ist: Die hier befürwortete, *kritische Standortbestimmung* meint weder Standortaufgabe noch -übernahme. Stattdessen geht es ihr primär um die Ausbildung eines Bewusstseins um die konkreten Herausforderungen, die „die“ Realität an „das“ Recht stellt. Erstrebt wird damit nichts anderes als ein *verfeinertes Vorverständnis* jenes tatsächlichen Kontexts, in dem rechtliche Konstrukte wie jenes des Referenzverbrauchers angewendet werden und dabei für sich in Anspruch nehmen, zu angemessenen Ergebnissen zu führen.¹⁸⁵

Literaturverzeichnis

- AHRENS HANS-JÜRGEN, Stellung des Wettbewerbsrechts im Gesamtsystem, in: HARTEBAVENDAMM HENNING/HENNING-BODEWIG FRAUKE (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3. Aufl., München 2013
- APOSTOLOPOULOS HARIS, Das europäische Irreführungsverbot: Liberalisierung des Marktgeschehens oder Einschränkung für die Anbieterseite?, GRUR Int. 2005, 292
- AUGENHOFER SUSANNE, Ein „Flickenteppich“ oder doch der „grosse Wurf“?: Überlegungen zur neuen RL über unlautere Geschäftspraktiken, ZfRV 2005, 204
- BEATER AXEL, Verbraucherverhalten und Wettbewerbsrecht, in: KELLER ERHARD/PLASSMANN CLEMENS/VON FALCK ANDREAS (Hrsg.), FS Wilfried Tilmann: Zum 65. Geburtstag, Köln 2003, 87
- BEATER AXEL, Europäisches Recht gegen unlauteren Wettbewerb: Ansatzpunkte, Grundlagen, Entwicklung, Erforderlichkeit, ZEuP 2003, 11
- BRÖMMELMEYER CHRISTOPH, Der Binnenmarkt als Leitstern der Richtlinie über unlautere Praktiken, GRUR 2007, 295
- BUCHNER BENEDIKT/REHBERG MARKUS, Wann ist der Verbraucher ein „mündiger“ Verbraucher ?, GRUR Int 2007, 394

¹⁸² LEISTNER, ZGE 2009, 3, 34.

¹⁸³ Nur am Rande sei hier bemerkt, dass freilich auch die richterliche Beurteilung „aus eigener Sachkunde und Lebenserfahrung“ alles andere als immun gegen den Einwand der blossen „Scheinverobjektivierung“ ist. Aus verhaltensökonomischer Sicht können derlei richterliche Einschätzungen etwa vor dem Hintergrund von überoptimistischer Selbsteinschätzung und Rückschaufehlern problematisch sein. Aus methodologischer und rechtssoziologischer Sicht warnt SCHWEIZER, GRUR 2000, 923, 929 vor möglichen Auswüchsen, die in eine „Der Sachverhalt bin ich“-Maxime münden könnten.

¹⁸⁴ So pointiert LEISTNER, ZGE 2009, 3, 38.

¹⁸⁵ Zur praktischen Schwierigkeit der Gewinnung eines solchen Vorverständnisses siehe die Beobachtung von ENGEL, JZ 2007, 84, 84: „Uns leuchtet intuitiv ein, dass man die Menschen verstehen muss, bevor man sie mit Hilfe des Rechts lenken kann. Aber dann sollen uns die Psychologen doch bitte auch den ganzen Menschen erklären. Wenn möglich auf handlichen 200 bis 300 Seiten.“

- BUSCH CHRISTOPH, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht: Parallelen in UWG und BGB, Tübingen 2008
- BUSCH CHRISTOPH, Welche Folgen hat die Umsetzung der Lauterkeitsrichtlinie für das Vertragsrecht? Der Regierungsentwurf zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts, GPR 2008, 158
- CALLIESS CHRISTIAN/RUFFERT MATTHIAS (Hrsg.), EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl., München 2011 (zit. als BEARBEITER, in: CALLIESS/RUFFERT)
- CONLISK JOHN, Why Bounded Rationality? 34 J. Econ. Lit. (1996) 669
- CSERNE PÉTER, Objectivity and the Law's Assumptions about Human Behaviour, 2012; abrufbar unter <works.bepress.com/peter_cserne/57/>
- DE VRIES SYBE, Consumer protection and the EU Single Market rules – the search for the „paradigm consumer“, euvr 2012, 228
- DOHRN THOMAS, Die Generalklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: ihre Interpretation und Umsetzung, Karlsruher Schriften zum Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Köln 2008
- DREXL JOSEF, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998
- EGGERS CHRISTOFER, Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG Frankfurt zur Gestaltung einer Nährwerttabelle, ZLR 2012, 69
- EICHENBERGER REINER, „Superrationalität“ oder: Vom rationalen Umgang mit dem Irrationalen, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie XII, 1994, 50
- ENGEL CHRISTOPH, Wiedergelesen: John Dewey, Human Nature and Conduct. An Introduction to Social Psychology, JZ 2007, 84
- ENGELS STEFAN/SALOMON THOMAS, Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz: UWG-Reform 2003, WRP 2004, 32
- FEZER KARL-HEINZ, Der Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen des b2c-Geschäftsverkehrs und des b2b-Geschäftsverkehrs im UWG, WRP 2009, 1163
- FEZER KARL-HEINZ, Lebensmittelimitate, gentechnisch veränderte Produkte und CSR-Standards als Gegenstand des Informationsgebots im Sinne des Art. 7 UGP-RL, WRP 2010, 577
- FEZER KARL-HEINZ, Eine Replik: Die Auslegung der UGP-RL vom UWG aus? Methodensynkretismus zur Abwehr des rechtsverbindlichen Richtlinienbegriffs der Unlauterkeit im Sinne des Art. 5 Abs. 2 lit. a und b UGP-RL, WRP 2010, 677
- GAMERITH HELMUT, Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Möglichkeit einer harmonischen Umsetzung, Studie für den Arbeitskreis „UWG“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, WRP 2005, 391
- GAMERITH HELMUT, Wettbewerbsrecht I – UWG: Unlauterer Wettbewerb, 7. Aufl., Wien 2011 (zit. als GAMERITH, Wettbewerbsrecht)
- GLÖCKNER JOCHEN, Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln, WRP 2004, 936
- GLÖCKNER JOCHEN, Europäisches Lauterkeitsrecht, München 2006
- GLÖCKNER JOCHEN/HENNING-BODEWIG FRAUKE, EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG?, WRP 2005, 1311
- GLOY WOLFGANG/LOSCHOLDER MICHAEL/ERDMANN WILLI (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., München 2010 (zit. als BEARBEITER, in: GLOY/LOSCHOLDER/ERDMANN)
- HELM HORST, Der Abschied vom „verständigen“ Verbraucher, WRP 2005, 931
- HELM HORST, Hohes Verbraucherschutzniveau – Zur Umsetzung der UGP-Richtlinie 2005/29/EG, WRP 2013, 710

- HENNING-BODEWIG FRAUKE, Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR Int. 2005, 629
- JARASS HANS D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK, 2. Aufl., München 2013
- JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2001 (zit. als BEARBEITER, in: JUNG/SPITZ)
- KAUFMANN-MOHI EMESE/LOACKER LEANDER D., Une fois consommateur, toujours consommateur? La réglementation des contrats dit à usage mixte au niveau européen et national, in: LOACKER LEANDER D./ZELLWEGEER-GUTKNECHT CORINNE (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich/St. Gallen 2012, 147
- KEBLER JÜRGEN/MICKLITZ HANS-W., Der Richtlinienentwurf über unlautere Praktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr, BB 2003, 2072
- KEBLER JÜRGEN/MICKLITZ HANS-W., Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, BB-Special 2005, 1
- KÖHLER HELMUT, „Wettbewerbsbehandlung“ und „Geschäftspraktiken“: Zur richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs der Wettbewerbsbehandlung und zu seiner Definition im künftigen UWG, WRP 2007, 1393
- KÖHLER HELMUT, Werbung gegenüber Kindern: Welche Grenzen zieht die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken?, WRP 2008, 700
- KÖHLER HELMUT/BORNKAMM JOACHIM (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 30. Aufl., München 2012 (zit. als BEARBEITER, in: KÖHLER/BORNKAMM)
- KÖHLER HELMUT/LETTL TOBIAS, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 2003, 1019
- LEIBLE STEFAN/GÜNTHER LUCAS, EuGH: Verbrauchern dürfen zur Inanspruchnahme eines Gewinns keinerlei Kosten auferlegt werden, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 18.10.2012 – C-428/11, in: Lindenmaier-Möhring-Kommentierung, München 2013, 342067 (zit. als LEIBLE/GÜNTHER, LMK 2013)
- LEISTNER MATTHIAS, Bestand und Entwicklungsperspektiven des Europäischen Lauterkeitsrechts, ZEuP 2009, 56
- LEISTNER MATTHIAS, Behavioural Economics und Lauterkeitsrecht: Versuch einer Annäherung, ZGE 2009, 3
- LEISTNER MATTHIAS, Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verhaltensökonomische Grundlagen, in: RIESENHUBER KARL (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung, Tübingen 2011, 101
- LETTL TOBIAS, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, GRUR 2004, 449
- LOACKER LEANDER D., Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht. Zum Anwendungsbereich des Artikel 5 des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens aus österreichischer und deutscher Sicht, München 2006
- LOACKER LEANDER D., Verhaltensökonomik als Erkenntnisquelle für die Rechtsetzung, in: VERSCHRAEGEN BEA (Hrsg.), Interdisziplinäre Studien zur Komparatistik und zum Kollisionsrecht, Band III, Wien 2012, 45
- LOACKER VERENA, Mitbewerberschutz versus Verbraucherschutz: Zur konzeptionellen Dichotomie des UWG nach Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, unveröff. Diss., Innsbruck 2012
- LURGER BRIGITTA/AUGENHOFER SUSANNE, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht, 2. Aufl., Wien 2005
- MAK VANESSA, Standards of Protection: In Search of the „Average Consumer“ of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, ERPL 2011, 25

- MANKOWSKI PETER, Wer ist ein „Kind“?: Zum Begriff des Kindes in der deutschen und der europäischen black list, WRP 2007, 1398
- MÄSCH GERALD, Europäisches Lauterkeitsrecht: von Gesetzen und Würsten, EuR 2005, 625
- METZ ALEXANDER, Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung: eine Analyse rechtlicher und ökonomischer Rahmenbedingungen, München 2008
- MICKLITZ HANS-W., Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, München 2012
- MORELL ALEXANDER, (Behavioral) Law and Economics im europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2011
- NEZIK ANN-KATHRIN, Fette Kinderfänger, Der Spiegel 29/2013, 68
- NORDEMANN WILHELM, Wie sich die Zeiten ändern: Der Wandel der Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild in § 3 UWG, WRP 2000, 977
- PEUKERT ALEXANDER, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008
- PIPER HENNING/OHLY ANSGAR/SOSNITZA OLAF (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG-Kommentar, 5. Aufl., München 2010 (zit. als BEARBEITER, in: PIPER/OHLY/SOSNITZA)
- PODSZUN RUPPRECHT, § 3: Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen, in: HARTE-BAVENDAMM HENNING/HENNING-BODEWIG FRAUKE (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3. Aufl., München 2013
- PRUNBAUER-GLASER MARCELLA, Kinder, Kinder!: Zum „Kind“ in der Werbung nach der UWG-Novelle 2007, Sonderheft: Lothar Wiltschek zum 60. Geburtstag, ÖBI 2008, 164
- RÖSLER HANNES, Europäisches Konsumentenvertragsrecht: Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung, München 2004
- RÖTTINGER MORITZ, „Unfair commercial practices“: Ein Beispiel europarechtlicher Rechtsetzung mit vielen offenen Fragen, MR 2003, 246.
- RÜHL GIESELA, Statut und Effizienz. Ökonomische Grundlagen des internationalen Privatrechts, Tübingen 2011
- SCHERER INGE, Divergenz und Kongruenz der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zur Verbraucherwerbung, WRP 1999, 991
- SCHERER INGE, Schutz „leichtgläubiger“ und „geschäftlich unerfahrener“ Verbraucher in § 4 Nr. 2 UWG n.F.: Wiederkehr des alten Verbraucherleitbildes „durch die Hintertür“?, WRP 2004, 1355
- SCHERER INGE, Kinder als Konsumenten und Kaufmotivatoren, WRP 2008, 430
- SCHERER INGE, Ende der Werbung in Massenmedien?, WRP 2008, 563
- SCHERER INGE, „Case law“ in Gesetzesform: Die „Schwarze Liste“ als neuer UWG-Anhang, NJW 2009, 324
- SCHERER INGE, Die „Verbrauchergeneralklausel“ des § 3 II 1 UWG – eine überflüssige Norm, WRP 2010, 586
- SCHERER INGE, Was bringt die „Schwarze Liste“ tatsächlich? Bestandsaufnahme und Konsequenzen, WRP 2011, 393
- SCHERER INGE, Der EuGH und der mündige Verbraucher – eine Beziehungskrise?, WRP 2013, 705
- SCHMIDT MARLENE, Zur Annäherung von Lauterkeitsrecht und Verbraucherprivatrecht, JZ 2007, 78
- SCHMIDT MARTIN, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht, Berlin 2009
- SCHMIDT-KESSEL MARTIN/SCHUBMEHL SILVAN (Hrsg.), Lauterkeitsrecht in Europa: Eine Sammlung von Länderberichten zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb, München 2011 (zit. als BEARBEITER, in: SCHMIDT-KESSEL/SCHUBMEHL)
- SCHORK DANIELA, Imitationsmarketing: die irreführende Produktvermarktung nach Art. 6 Abs. 2 lit. a UGP-RL, § 5 Abs. 2 UWG, Tübingen 2011

- SCHÖTTLE HENDRIK, Die Schwarze Liste: Übersicht über die neuen Spezialtatbestände des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG, WRP 2009, 673
- SCHRICKER GERHARD/HENNING-BODEWIG FRAUKE, Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der EU, WRP 2001, 1367
- SCHUHMACHER WOLFGANG, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, wbl 2005, 506
- SCHUHMACHER WOLFGANG, Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, in: GRUBER MICHAEL/RÜFFLER FRIEDRICH (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht und Europarecht: Hans-Georg Koppensteiner zum 70. Geburtstag, Wien 2007, 139 (zit. als SCHUHMACHER, in: FS Koppensteiner)
- SCHUHMACHER WOLFGANG, Die UWG-Novelle 2007, wbl 2007, 557
- SCHULTE-NÖLKE HANS/BUSCH CHRISTOPH, Der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken KOM (2003) 356 endg., ZEuP 2004, 99
- SCHWEIZER ROBERT, Die „normative Verkehrsauffassung“ – ein doppeltes Missverständnis. Konsequenzen für das Leitbild des „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“, GRUR 2000, 923
- SEICHTER DIRK, Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2005, 1087
- SELTEN REINHARD, Bounded Rationality, 146 JITE (1990) 649
- SIMON HERBERT A., A Behavioral Model of Rational Choice, 69 Q.J.Econ. (1955) 99
- SOSNITZA OLAF, Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Voll- oder Teilharmonisierung?, WRP 2006, 1
- STRÜNCK CHRISTOPH, Der Mythos vom mündigen Verbraucher, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 129 (2011), 6
- STUBY CLAUDIA, Unlautere Praktiken: Die neuen europäischen Vorgaben für das UWG, Wien 2007
- THALER RICHARD H./SENDHIL MULLAINATHAN, Behavioral Economics, in: HENDERSON DAVID R. (Hrsg.), The Concise Encyclopedia of Economics (2008) 34
- THÖNI WILFRIED, Vertragsrechtliche Relevanz von Verstößen gegen § 2 Abs. 6 UWG?, ÖJZ 2010, 698
- ULTSCH MICHAEL L., Der einheitliche Verbraucherbegriff: §§ 13, 14 BGB – nationale Vereinheitlichung im Lichte europäischer Vorgaben, Baden-Baden 2006
- VAN BOOM WILLEM H., Price Intransparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law, JCP 2011, 359
- VEELKEN WINFRIED, Kundenfang gegenüber dem Verbraucher: Bemerkungen zum EG-Richtlinienentwurf über unlauterer Geschäftspraktiken, WRP 2004, 1
- VON VOGEL ALEXANDER, „If you understand everything, you must be misinformed“ – Die Informationspflicht des Gewerbetreibenden nach der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, in: RIESENHUBER KARL/NISHITANI YUKO (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie: deutsch-japanische Perspektiven des Vertragsrechts, Berlin 2007, 135
- WEBER ROLF H., Welches Lauterkeitsrecht braucht die Schweiz?, sic! 2012, 231
- WIEBE ANDREAS, Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform, JBl 2007, 69
- WIEBE ANDREAS/KODEK GEORG E. (Hrsg.), Kommentar zum UWG: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl., Wien 2012 (zit. als BEARBEITER, in: WIEBE/KODEK)
- WILTSCHKE LOTHAR (Hrsg.), UWG: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb i.d.F. der UWG-Novelle 2007, 2. Aufl., Wien 2007
- WILTSCHKE LOTHAR/MAJCHRZAK KATHARINA, Die UWG-Novelle 2007: Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Österreich, ÖBl 2008, 4

Materialienverzeichnis

- Grünbuch zum Verbraucherschutz in der EU vom 2. Oktober 2001, KOM (2001) 531 endg.
- Mitteilung der Kommission (Verbraucherpolitische Strategie 2002–2006) vom 7. Mai 2002, KOM (2002) 208 endg.
- Mitteilung der Kommission, Folgemaßnahmen zum Grünbuch, über Verbraucherschutz in der EU vom 11. Juni 2002, KOM (2002) 289 endg.
- Geänderter Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt vom 25. Oktober 2002, KOM (2002) 585 endg.
- Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 18. Juni 2003, KOM (2003) 356 endg.
- Mitteilung der Kommission vom 16. November 2004, KOM (2004) 753 endg.
- Gesetzentwurf der [deutschen] Bundesregierung: Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 20.08.2008, Bundestag-Drucksache 16/10145
- Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken“ vom 3. Dezember 2009, SEK (2009) 1666, 34
- (Deutsches) Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz/Wiss. Beirat „Verbraucher und Ernährungspolitik“, Ist der „mündige Verbraucher“ ein Mythos?; abrufbar unter <www.bmelv.de>