SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK vom 24. März 2010[1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung ..... I - 10913

II — Rechtlicher Rahmen ..... I - 10914

A — Gemeinschaftsrecht ..... I - 10914

B — Nationales Recht ..... I - 10916

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage ..... I - 10917

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof ..... I - 10918

V — Wesentliches Vorbringen der Parteien ..... I - 10919

A — Zur ersten Vorlagefrage ..... I - 10919

B — Zur zweiten Vorlagefrage ..... I - 10921

VI — Rechtliche Würdigung ..... I - 10922

A — Einleitende Ausführungen ..... I - 10922

B — Zur ersten Vorlagefrage ..... I - 10923

1. Der Begriff der „Geschäftspraktiken“ in Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29 ..... I - 10924

2. Persönlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 ..... I - 10924

a) Der von der Richtlinie 2005/29 abgedeckte Bereich ..... I - 10925

1 — Originalsprache: Deutsch.

b) Der Schutzweck des Verbots in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG ..... I - 10928

i) Zur unterschiedlichen Gewichtung der einzelnen Schutzgüter I - 10928

ii) Untersuchung der einschlägigen nationalen Bestimmungen und Rechtsprechung ..... I - 10930

c) Ergebnis ..... I - 10932

3. Untersuchung der Struktur beider Regelungswerke ..... I - 10932

a) Die Regelungen der Richtlinie 2005/29 ..... I - 10932

i) Vollständige und maximale Angleichung der nationalen Regelungen als Regelungsziel ..... I - 10933

ii) Regelungsstruktur der Richtlinie 2005/29 ..... I - 10934

b) Die Regelungen des UWG ..... I - 10935

i) Darstellung der Regelungsstruktur des Verbots in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG ..... I - 10936

4. Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Regelung mit der Richtlinie 2005/29 ..... I - 10937

a) Geschriebenes nationales Recht ..... I - 10937

i) Umkehrung der Regelungssystematik ..... I - 10937

ii) Unzulänglichkeit der Ausnahmeregelungen in § 9a Abs. 2 UWG ..... I - 10938

iii) Zwischenergebnis ..... I - 10939

b) Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung ..... I - 10940

i) Prüfung am Maßstab der Richtlinienbestimmungen ..... I - 10941

— Art. 5 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2005/29 ..... I - 10941

— Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29 ..... I - 10943

c) Ergebnis ..... I - 10950

5. Schlussfolgerungen ..... I - 10953

C — Zur zweiten Vorlagefrage ..... I - 10954

VII — Ergebnis ..... I - 10956

I — Einleitung

1. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG[2] befasst der Oberste Gerichtshof Österreichs (im Folgenden: vorlegendes Gericht) den Gerichtshof mit zwei Vorlagefragen zur Auslegung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt[3] (im Folgenden: Richtlinie 2005/29). Dabei geht es im Wesentlichen um die Frage der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht, wonach das Ankündigen, das Anbieten oder das Gewähren von unentgeltlichen Zugaben zu periodischen Druckschriften sowie das Ankündigen von unentgeltlichen Zugaben zu anderen Waren oder Dienstleistungen unzulässig ist, ohne dass im Einzelfall der irreführende Charakter dieser Geschäftspraxis geprüft werden müsste.

2 — Das Vorabentscheidungsverfahren ist gemäß dem Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 13. Dezember 2007 (ABl. C 306, S. 1) nunmehr in Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union geregelt.

3 — 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).

2. Das Vorabentscheidungsersuchen geht auf einen Antrag der Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (im Folgenden: Klägerin des Ausgangsverfahrens) auf vorläufigen Rechtsschutz zurück, mit der diese die „Österreich"-Zeitungsverlag GmbH (im Folgenden: Beklagte des Ausgangsverfahrens) wegen wettbewerbswidriger Verwendung einer nach nationalem Recht grundsätzlich unzulässigen Zugabe in Gestalt eines Preisausschreibens auf Unterlassung in Anspruch nimmt.

3. Die vorliegende Rechtssache ist nach den verbundenen Rechtssachen C-261/07 (VTB-VAB) und C-299/07 (Galatea)[4] sowie der Rechtssache C-304/08 (Plus)[5] bereits die dritte in einer Reihe von Vorlagen, mit denen nationale Gerichte dem Gerichtshof die Frage der Vereinbarkeit mitgliedstaatlicher Verbote von Kopplungsangeboten mit der Richtlinie 2005/29 stellen. Eine der Hauptfragen, die die vorliegende Rechtssache von den bisherigen unterscheidet und daher sorgfältig rechtlich geprüft werden muss, ist es, ob eine solche Vereinbarkeitsprüfung auch dann möglich ist, wenn das vermeintliche Regelungsziel der betreffenden nationalen Regelung im Schutz sowohl der Medienvielfalt als auch der Mitbewerber besteht.

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

5 — Urteil vom 14. Januar 2010, Plus (C-304/08, Slg. 2010, I-217).

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

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

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

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

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

…

d) ‚Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern' (nachstehend auch ‚Geschäftspraktiken' genannt) jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung,

kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt;

…“

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

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

7. 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.“

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

„(1) Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten.

(2) Eine Geschäftspraxis ist unlauter, wenn

a) sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht

und

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

(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.

(4) Unlautere Geschäftspraktiken sind insbesondere solche, die

a) irreführend im Sinne der Artikel 6 und 7

oder

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

(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. Das Ankündigen, das Anbieten oder das Gewähren von unentgeltlichen Zugaben zu periodischen Druckschriften ist nicht in Anhang I der Richtlinie als eine der Geschäftspraktiken aufgeführt, die unter allen Umständen als unlauter gelten.

B — *Nationales Recht*

10. § 9a Abs. 1 des österreichischen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)[6] lautet wie folgt:

„Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

1. in öffentlichen Bekanntmachungen oder anderen Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind, ankündigt, dass er Verbrauchern neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben (Prämien) gewährt, oder Verbrauchern neben periodischen Druckwerken unentgeltliche Zugaben (Prämien) anbietet, ankündigt oder gewährt oder

6 — Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG, BGBl. Nr. 448, geändert durch das Gesetz vom 13. November 2007, BGBl. I Nr. 79/2007.

2. Unternehmern neben Waren oder Leistungen unentgeltliche Zugaben (Prämien) anbietet, ankündigt oder gewährt, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Dies gilt auch dann, wenn die Unentgeltlichkeit der Zugabe durch Gesamtpreise für Waren oder Leistungen, durch Scheinpreise für eine Zugabe oder auf andere Art verschleiert wird."

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

11. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts hat es über einen Rechtsstreit zweier Wettbewerber auf dem österreichischen Markt für Tageszeitungen zu entscheiden, der darauf zurückgeht, dass die Beklagte des Ausgangsverfahrens in ihrer Zeitung die Wahl eines „Fußballers des Jahres" ankündigte. In der fettgedruckten Einleitung zu einem Artikel hieß es: „Mitmachen lohnt sich: Gewinnen Sie ein Abendessen mit dem Sieger der großen Kickerwahl." Links von dem Artikel befand sich ein „Wahl-Coupon" mit der Aufschrift „Ausschneiden und einsenden". Rechts wurde auf die Möglichkeit des Wählens im Internet hingewiesen. Ähnliche Artikel erschienen an den neun folgenden Tagen.

12. Auf Antrag der Klägerin hat das Erstgericht entschieden, dass die Ankündigung eine unzulässige Zugabe im Sinne des § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG darstelle, und dem Antrag auf Unterlassung der Ankündigung mit einstweiliger Verfügung stattgegeben. Das Rekursgericht hat hingegen entschieden, dass die Ankündigung keine relevanten Auswirkungen auf den Markt habe, wogegen die Klägerin das vorlegende Gericht mit dem Antrag angerufen hat, die vom Erstgericht erlassene einstweilige Verfügung wiederherzustellen. Nach vorläufiger Beurteilung durch das vorlegende Gericht wäre nach Anwendung des § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG dem Antrag der Klägerin stattzugeben. Allerdings hat dieses Gericht Zweifel, ob die Richtlinie der Anwendung des § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG entgegensteht, was von der Auslegung des Regelungsbereichs der Richtlinie abhänge.

13. Der Oberste Gerichtshof hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Stehen Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2005/29/EG oder andere Bestimmungen dieser Richtlinie einer nationalen Regelung, wonach das Ankündigen, Anbieten oder Gewähren von

unentgeltlichen Zugaben zu periodischen Druckschriften sowie das Ankündigen von unentgeltlichen Zugaben zu anderen Waren oder Dienstleistungen abgesehen von abschließend genannten Ausnahmen unzulässig ist, ohne dass im Einzelfall der irreführende, aggressive oder sonst unlautere Charakter dieser Geschäftspraxis geprüft werden müsste, auch dann entgegen, wenn diese Regelung nicht nur dem Verbraucherschutz, sondern auch anderen Zwecken dient, die nicht vom sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden, etwa der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt oder dem Schutz schwächerer Mitbewerber?

2. Wenn Frage 1 bejaht wird:

Ist die mit dem Erwerb einer Zeitung verbundene Ermöglichung der Teilnahme an einem Gewinnspiel allein deswegen eine unlautere Geschäftspraxis im Sinn von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Kreise zwar nicht das einzige, wohl aber das ausschlaggebende Motiv für den Erwerb der Zeitung bildet?

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof

14. Der Vorlagebeschluss mit Datum vom 18. November 2008 ist am 4. Dezember 2008 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

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

16. In der mündlichen Verhandlung, die am 19. Januar 2010 stattgefunden hat, haben die Prozessbevollmächtigten der Parteien des Ausgangsverfahrens, die Bevollmächtigten der Regierungen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland sowie der Bevollmächtigte der Kommission Ausführungen gemacht.

V — Wesentliches Vorbringen der Parteien

A — *Zur ersten Vorlagefrage*

17. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob eine mitgliedstaatliche Bestimmung, die den Verkauf von Waren unter Verwendung von Zugaben grundsätzlich verbietet, in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 fällt, obwohl diese Bestimmung nicht ausschließlich den Schutz der Verbraucher bezweckt.

18. Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* sowie die *österreichische* und die *belgische Regierung* schlagen dem Gerichtshof vor, diese Frage zu verneinen.

19. Dazu weisen sie zum einen darauf hin, dass die Verkaufsförderung Gegenstand eines Vorschlags für eine Verordnung gewesen sei, der die rechtliche Behandlung solcher Verkaufsförderungsmaßnahmen klar von der jener unlauteren Geschäftspraktiken unterschieden habe, die nunmehr von der Richtlinie 2005/29 geregelt würden. Gleichwohl sei jener Vorschlag im Jahr 2006 von der Kommission zurückgenommen worden, und zwar ein Jahr, nachdem die Richtlinie angenommen worden sei. Demnach könne nicht gesagt werden, dass die Verkaufsförderung implizit in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle. Des Weiteren könne die Richtlinie angesichts der Tatsache, dass sie ausweislich ihres sechsten Erwägungsgrundes den unmittelbaren Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher bezwecke, nicht auf mitgliedstaatliche Regelungen wie die im Ausgangsfall angewandt werden, die vorrangig andere Ziele verfolgten, nämlich den Schutz von Mitbewerbern und die Aufrechterhaltung der Medienvielfalt und nur mittelbar den Schutz der Verbraucher.

20. Vorsorglich erklären die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* und die *österreichische Regierung*, dass das in Art. 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG vorgesehene Verbot des Verkaufs unter Verwendung von Zugaben jedenfalls mit der Richtlinie vereinbar sei.

21. Die Richtlinie 2005/29 gestatte nämlich den Mitgliedstaaten, gemäß Art. 5 Abs. 2 solche Geschäftspraktiken als unlauter einzustufen und dementsprechend zu verbieten, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widersprächen und geeignet seien, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Indes finde das streitgegenständliche mitgliedstaatliche Verbot nur für den Fall Anwendung, dass der nationale Richter feststelle, dass der Verbraucher die Druckschrift aus unsachlichen, mit der Aussicht auf einen möglichen Genuss zusätzlicher Vorteile verknüpften Gründen gekauft habe, und sofern solche Vorteile nicht unter die in Art. 9a Abs. 2 UWG aufgeführten Ausnahmen fielen.

Darüber hinaus werde eine entsprechende Beurteilung im Einzelfall von den nationalen Gerichten vorgenommen.

22. Nach Ansicht der *Klägerin des Ausgangsverfahrens* unterscheidet sich die österreichische Regelung insofern wesentlich von den Regelungen, die Gegenstand der verbundenen Rechtssachen C-261/07 (VTB-VAB) und C-299/07 (Galatea) sowie der Rechtssache C-304/08 (Plus) gewesen seien, als diese allgemeine Verbote enthalten und deshalb den besonderen Umständen des jeweils konkreten Falls nicht Rechnung getragen hätten.

23. Die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* macht hingegen geltend, dass gemäß dem sechsten Erwägungsgrund allein jene nationalen Rechtsvorschriften dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 entzogen seien, die „lediglich" die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigten oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden bezögen. Indes sei dies eindeutig nicht der Fall bei der streitgegenständlichen Regelung, da Art. 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG vorrangig und unmittelbar den Schutz der Verbraucher bezwecke.

24. Sie vertritt ferner die Auffassung, dass das darin vorgesehene Verbot nicht mit dem Regelungskonzept der Richtlinie vereinbar sei, denn obwohl die Verkaufsförderung durch Zugaben nicht in der Liste jener Geschäftspraktiken in Anhang I zur Richtlinie 2005/29 aufgeführt sei, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen seien, unterliege sie dem allgemeinen Verbot durch das österreichische Recht, wie der Oberste Gerichtshof in seinem Vorlagebeschluss festgestellt habe.

25. Die *deutsche Regierung* hat in der mündlichen Verhandlung auf die Rechtssache C-304/08 (Plus) Bezug genommen und darauf hingewiesen, dass ungeachtet der mit der Richtlinie 2005/29 bezweckten Vollharmonisierung die mitgliedstaatlichen Umsetzungsspielräume unberührt bleiben. Dies gelte gerade im Hinblick auf die Umsetzung ausfüllungsbedürftiger Begriffe in nationales Recht, wie sie in den Legaldefinitionen der Richtlinie 2005/29 enthalten sind. Ferner hat die deutsche Regierung den Standpunkt vertreten, wonach die Richtlinie 2005/29 einer nationalen Regelung dann nicht entgegensteht, wenn Letztere einen anderen Zweck als die Richtlinie verfolgt.

26. Die *Kommission* vertritt demgegenüber eine eigene Rechtsauffassung, indem sie zum einen erklärt, dass die Richtlinie 2005/29 einem allgemeinen und abstrakten Verbot, wie dem in der streitgegenständlichen Rechtsvorschrift enthaltenen entgegenstehe, zum anderen aber zu dem Schluss kommt, dass diese Rechtsvorschrift nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle, da sie vorrangig anderen Zielen, nämlich der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt und

nur in einem geringeren Maß dem Schutz der Verbraucher sowie der Lauterkeit des Geschäftsverkehrs diene.

B — *Zur zweiten Vorlagefrage*

27. Falls die erste Vorlagefrage vom Gerichtshof bejaht werden sollte, fragt das vorlegende Gericht, ob der Verkauf unter Verwendung von Zugaben allein deswegen als eine unlautere Geschäftspraxis im Sinn von Art. 5 Abs. 2. der Richtlinie 2005/29 anzusehen ist, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Kreise zwar nicht das einzige, wohl aber das ausschlaggebende Motiv für den Erwerb der Hauptware bildet.

28. Da sowohl die *österreichische* als auch die *belgische Regierung* die erste Vorlagefrage verneint haben, nehmen sie zur zweiten Vorlagefrage nicht Stellung, während die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* sowie die *Kommission* jeweils vorsorglich Ausführungen dazu machen.

29. Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* beschränkt sich auf die Feststellung, dass das streitgegenständliche Handeln der Beklagten des Ausgangsverfahrens eine unlautere Geschäftspraxis darstellt, bringt jedoch keine Anhaltspunkte für diese Feststellung vor.

30. Nach Auffassung der *Kommission* erlaubt der Umstand, dass die Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel das ausschlaggebende Motiv des Verbrauchers für den Kauf einer Druckschrift darstelle, für sich allein nicht den Schluss auf eine unlautere Geschäftspraxis im Sinne der Richtlinie 2005/29, sondern stellt nur eines der Elemente dar, die der nationale Richter im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung berücksichtigen könne.

31. Die *Beklagte des Ausgangsverfahrens* unterstreicht ihrerseits, dass der Begriff der Geschäftspraxis auf den Durchschnittsverbraucher verweise, der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs als „normal informierter und angemessen aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher“ beschrieben werde. Der so beschriebene Verbraucher sei sich der Tatsache bewusst, dass die Werbung und die Verkaufsförderung in einer freien Marktwirtschaft darauf abzielten, Kunden für sich zu gewinnen, und zwar nicht nur durch den Preis und die Qualität eines Produkts, sondern ebenfalls durch das Inaussichtstellen weiterer Vorteile. Dementsprechend könne der Verkauf unter Verwendung von Zugaben nur ausnahmsweise eine unlautere Geschäftspraxis darstellen, nämlich dann, wenn das Angebot so gestaltet sei, dass es dazu geeignet sei, den Verbraucher dazu zu bringen, das Hauptprodukt nicht etwa aus sachlichen Erwägungen zu erwerben, sondern lediglich aufgrund der Aussicht auf einen zusätzlichen Vorteil.

VI — Rechtliche Würdigung

A — *Einleitende Ausführungen*

32. Die vorliegende Rechtssache ist bereits die dritte in einer Reihe von Vorlagen, mit denen nationale Gerichte den Gerichtshof um Aufschluss darüber ersuchen, inwieweit mitgliedstaatliche Verbote von Kopplungsangeboten noch als mit dem Gemeinschaftsrecht bei seinem heutigen Entwicklungsstand vereinbar angesehen werden können. Die Relevanz dieser Fragestellung ergibt sich nicht zuletzt aus dem Umstand, dass die am 11. Mai 2005 vom Europäischen Parlament und vom Rat verabschiedete Richtlinie 2005/29 darauf abzielt, einen einheitlichen Rechtsrahmen für die Regelung unlauterer Geschäftspraktiken im Verhältnis zum Verbraucher zu schaffen.

33. Angesichts der damit angestrebten vollständigen Harmonisierung der Regeln für unlautere Geschäftspraktiken zwischen Unternehmen und Verbrauchern [7] in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft steht die Gemeinschaftsrechtskonformität nicht nur jener Bestimmungen, welche die Mitgliedstaaten zum Zweck der Richtlinienumsetzung neu erlassen haben, sondern gerade auch jener Bestimmungen auf dem Prüfstand, die — wie im Fall der streitgegenständlichen Bestimmung in § 9a Abs. 1 UWG — zwar bereits vor Erlass der Richtlinie in Kraft waren, denen gleichwohl aus der Sicht des jeweiligen Mitgliedstaats Umsetzungsfunktion zukommt.

34. In Anbetracht des engen Ausgestaltungsspielraums, den eine Vollharmonisierung den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einer Richtlinie in der Regel einräumt, erweist sich die Aufrechterhaltung solcher älteren Bestimmungen nicht immer als unproblematisch in rechtlicher Hinsicht. Denn obwohl diese letztlich in den Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinie fallen, entsprechen sie oft nicht den Richtlinienvorgaben. Dies ist, wie die Rechtssachen VTB-VAB und Galatea sowie die Rechtssache Plus gezeigt haben, bei der Umsetzung der Richtlinie 2005/29 in Belgien [8] und Deutschland [9] der Fall gewesen.

7 — Vgl. Urteile VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 4 angeführt, Randnr. 52) und Plus (oben in Fn. 5 angeführt, Randnr. 41). Bei einer eventuellen weiter gehenden Harmonisierung des Lauterkeits- und des Vertragsrechts in der Europäischen Union sollten auch die Vorgaben des „Draft Common Frame of Reference" (DCFR) angemessen Berücksichtigung finden, da einer seiner Schwerpunkte gerade im Schutz der Verbraucher liegt, etwa indem dem Gewerbetreibenden besondere Informationspflichten dem Verbraucher gegenüber bezüglich der Hauptmerkmale der erworbenen Güter und Dienstleistungen (siehe z.B. II.-3:102 DCFR) auferlegt werden. Diese „guten Geschäftspraktiken" stehen gewissermaßen im Gegensatz zu den in Anhang I der Richtlinie 2005/29 aufgelisteten „verbotenen Geschäftspraktiken".

8 — Bei den fraglichen Bestimmungen handelte es sich um Art. 54 ff. des belgischen Gesetzes vom 14. Juli 1991 über die Handelspraktiken sowie die Aufklärung und den Schutz der Verbraucher (amtliche deutsche Übersetzung: *Belgisches Staatsblatt* vom 19. Januar 1994).

9 — Es ging dabei um die §§ 3, 4 Nr. 6 des deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (BGBl. I S. 1414), zuletzt geändert durch Art. 1 des Ersten Änderungsgesetzes vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949).

35. 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 nationales 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.

36. Die Republik Österreich ist dieser Umsetzungspflicht formal durch die Verabschiedung des Bundesgesetzes nachgekommen, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007), das am 12. Dezember 2007 in Kraft getreten ist [10]. Die streitgegenständliche Bestimmung in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG ist allerdings, wie bereits angedeutet, nicht in Umsetzung der Richtlinie 2005/29 erlassen worden, sondern geht auf eine frühere nationale Gesetzgebung zurück [11]. In seinem Vorlagebeschluss äußert das vorlegende Gericht Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit dem Gemeinschaftsrecht [12].

10 — BGBl. I Nr. 79/2007.

11 — Das Zugabenverbot des § 9a UWG, das ursprünglich durch das Prämiengesetz vom 20. Juni 1929 (BGBl. 227) und später durch das Zugabengesetz 1934 geregelt war, wurde durch das Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz 1992 (BGBl. 1992/147) in das UWG integriert. Siehe zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung Duursma, D., in: *UWG — Kommentar* (hrsg. von Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Wien 2006, § 9a, Randnr. 1, S. 276, und Wiltschek, L., *UWG — Kommentar*, 2. Aufl., Wien 2007, § 9a, S. 44.

12 — Siehe u. a. S. 9 und 10 des Vorlagebeschlusses.

B — *Zur ersten Vorlagefrage*

37. 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 beurteilen [13].

38. Die erste Vorlagefrage zielt darauf ab, feststellen zu lassen, ob die Richtlinie 2005/29 einer nationalen Bestimmung wie § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG entgegensteht. Zu diesem Zweck muss geprüft werden, ob diese Bestimmung von ihrem Regelungsgegenstand her vom sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 erfasst ist. In einem weiteren Schritt ist prüfen, ob die Richtlinie 2005/29 so auszulegen ist, dass die Rechtsfolgen, die das österreichische Recht für die Verletzung dieser Bestimmung vorsieht, auch von ihr gedeckt sind.

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

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

39. Den Angaben des vorlegenden Gerichts zufolge untersagt § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG Unternehmern, gegenüber Verbrauchern unentgeltliche Zugaben zu Waren oder Dienstleistungen anzukündigen. Demnach ist vom Vorliegen eines Verbots von Kopplungsangeboten auszugehen.

40. Ferner müsste dieses Verbot Geschäftspraktiken im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29 erfassen. Diese Bestimmung definiert den Begriff der Geschäftspraxis mit einer besonders weiten Formulierung [14] 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“.

41. Wie ich in meinen Schlussanträgen in den verbundenen Rechtssachen C-261/07 (VTB-VAB) und C-299/07 (Galatea) ausführlich dargelegt habe [15] und wie der Gerichtshof im Urteil in diesen Rechtssachen bestätigt hat [16], sind Kopplungsangebote geschäftliche Handlungen, die eindeutig in den Rahmen der Geschäftsstrategie eines Gewerbetreibenden gehören und unmittelbar mit der Absatzförderung und dem Verkauf zusammenhängen. Sie stellen daher Geschäftspraktiken im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2005/29 dar, so dass das Kopplungsverbot des § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG in deren sachlichen Anwendungsbereich fällt [17].

2. Persönlicher Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29

42. Ob die streitgegenständliche nationale Regelung in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, hängt davon ab, ob sie, wie die Richtlinie selbst, den Schutz der Verbraucher bezweckt.

14 — Vgl. Urteile VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 4 angeführt, Randnr. 49) und Plus (oben in Fn. 5 angeführt, Randnrn. 36 und 39). Vgl. Keirsbilck, B., „Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?“, *European business law review*, 4/2009, S. 505, nach dessen Ansicht sich die Richtlinie 2005/29 durch ihren sehr weiten Anwendungsbereich auszeichnet.

15 — Vgl. meine Schlussanträge vom 21. Oktober 2008 in den Rechtssachen VTB-VAB und Galatea (Urteil oben in Fn. 4 angeführt, Nrn. 68 bis 70).

16 — Urteil VTB-VAB und Galatea (in Fn. 4 angeführt, Randnrn. 48 und 50). Vgl. im Zusammenhang mit einer Werbekampagne, mit der die kostenlose Teilnahme an einer Lotterie davon abhängig gemacht wurde, dass in bestimmtem Umfang Waren oder Dienstleistungen erworben bzw. in Anspruch genommen wurden, das Urteil Plus (oben in Fn. 5 angeführt, Randnr. 37).

17 — In diesem Sinne auch Heidinger, R., „Zugabenverbot, quo vadis?“, *Medien und Recht*, 1/2009, S. 45, wonach der Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 berührt werde, da das Zugabenverbot des § 9a UWG als eine Regelung unlauterer Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern zu qualifizieren sei.

a) Der von der Richtlinie 2005/29 abgedeckte Bereich

43. Die Richtlinie regelt nämlich grundsätzlich nur den B2C-Bereich (business to consumer), d. h. das Verhältnis zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern. Dies geht zum einen aus Art. 3 Abs. 1 hervor, wonach diese Richtlinie für unlautere Geschäftspraktiken *zwischen Unternehmen und Verbrauchern* vor, während und nach Abschluss eines auf ein Produkt bezogenen Handelsgeschäfts gilt. Besonders betont wird dieser Zusammenhang im achten Erwägungsgrund, dem zufolge die Richtlinie *unmittelbar nur die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher* vor unlauteren Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern schützt [18].

44. Allerdings halte ich die Annahme für irrig, dass die Richtlinie deshalb die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber für weniger schutzwürdig hält [19]. Darauf habe ich zuletzt in meinen Schlussanträgen vom 3. September 2009 in der Rechtssache C-304/08 (Plus) im Hinblick auf ein dahin gehendes Vorbringen der österreichischen Regierung hingewiesen [20]. Wie dem achten Erwägungsgrund eindeutig zu entnehmen ist, schützt die Richtlinie nämlich *auch mittelbar rechtmäßig handelnde Unternehmer vor Mitbewerbern*, die sich nicht an die Regeln dieser Richtlinie halten. Normativer Ausdruck dessen ist Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie, aus dem sich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten ergibt, die Aktivlegitimation bei mit der Richtlinie unvereinbarem Verhalten auch Mitbewerbern einzuräumen, damit diese gerichtlich gegen unlautere Geschäftspraktiken vorgehen können.

45. Von zentraler Bedeutung ist die Aussage im sechsten Erwägungsgrund, wonach die Richtlinie 2005/29 die Rechtsvorschriften der

18 — 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.

19 — In diesem Sinne auch Koppensteiner, H.-G., „Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, Heft 12, S. 558, nach dessen Ansicht es verfehlt wäre, der Richtlinie 2005/29 jegliche Bedeutung im Verhältnis zwischen Unternehmen abzusprechen. Der Autor gründet seine Argumentation sowohl auf den sechsten als auch auf den achten Erwägungsgrund, aus dem hervorgehe, dass die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber mittelbar geschützt würden, sowie auf Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, die Aktivlegitimation bei mit der Richtlinie unvereinbarem Verhalten auch Mitbewerbern einzuräumen. Ders., „Das UWG nach der Novelle 2007", *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen 2009, S. 86, Fn. 8, weist darauf hin, dass mittelbar auch Wettbewerber durch die Richtlinie 2005/29 geschützt würden.

20 — Vgl. die Nrn. 35 und 64 meiner Schlussanträge vom 3. September 2009 in der Rechtssache C-304/08 (Plus).

Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken angleicht, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher *unmittelbar* und dadurch die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber *mittelbar* schädigen. Die Richtlinie trägt somit dem Umstand Rechnung, dass Verbraucher- und Mitbewerberinteressen nicht immer klar voneinander abgrenzbar sind, da sie sich sehr oft überschneiden [21]. Eine Vielzahl unternehmerischer Geschäftspraktiken wirkt sich sowohl auf die Interessen der Verbraucher als auch auf diejenigen der Mitbewerber aus. Im Bewusstsein dieses engen Zusammenhangs hat der Gemeinschaftsgesetzgeber beschlossen, Verbraucherschutzinteressen durch eine eigentlich wettbewerbspolitische Regelung wie die in der Richtlinie 2005/29 enthaltene Rechnung zu tragen [22]. Zwischen der wettbewerbspolitischen Orientierung der Richtlinie an den Funktionsbedingungen des Binnenmarkts und der normativen Schutzzweckorientierung an den typisierten Belangen des europäischen Verbrauchers besteht kein methodischer Widerspruch [23]. So

21 — Marsland, V., „Unfair Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, S. 194, weist zutreffend darauf hin, dass die Richtlinie 2005/29 ungeachtet ihrer Verbraucherschutzausrichtung die Tatsache anerkenne, dass die Interessen der Verbraucher und Mitbewerber im Hinblick auf unlautere Geschäftspraktiken übereinstimmten und dass es im gemeinsamen Interesse von Verbrauchern und Mitbewerbern liege, dass alle Gewerbetreibenden sich an die Regeln hielten. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München 2008, S. 16, weist darauf hin, dass eine Vielzahl unternehmerischer Geschäftspraktiken sich sowohl auf die Interessen der Verbraucher als auch auf diejenigen der Mitbewerber auswirke. Um bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung geschäftlichen Handelns zu angemessenen Ergebnissen zu kommen, sei daher ein mehrdimensionaler Blickwinkel erforderlich, der die Interessen aller Betroffenen einheitlich berücksichtige. Dass Mitbewerber- und Verbraucherschutz in aller Regel „zwei Seiten derselben Medaille" seien, zeige sich etwa am Beispiel der irreführenden Werbung, die nicht nur die wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers, sondern auch diejenigen der Mitbewerber berühre, soweit deren Geschäftschancen beeinträchtigt würden. Dasselbe gelte für die Anschwärzung, die einerseits den zu Unrecht Kritisierten schädige und andererseits die Entscheidungsgrundlage des fehlinformierten Verbrauchers verfälsche. Bargelli, E., „L'àmbito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turin 2007, S. 80, weist auf die Schwierigkeit der Abgrenzung von Verbraucher- und Mitbewerberinteressen hin. Nach Ansicht von Schuhmacher, W., „The Unfair Commercial Practices Directive", *Law Against Unfair Competition — Towards a New Paradigm in Europe* (hrsg. von Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig), Berlin/Heidelberg 2007, S. 132, zeigt die Richtlinie 2005/29 eindeutig, dass es Fallkonstellationen im Wettbewerbsrecht gibt, in denen Mitbewerber- und Verbraucherschutz nicht voneinander getrennt werden können.

22 — Gamerith, H., „Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG", *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, S. 157, vertritt sogar die Auffassung, dass die Richtlinie 2005/29 in ihrem Regelungsbereich nicht wirklich Verbraucher- und Mitbewerberinteressen voneinander abgrenze, sondern ein „unvollkommenes B2B + B2C-System" enthalte, was für eine Umsetzung der Richtlinie im österreichischen UWG spreche.

23 — In diesem Sinne auch Kessler, J., „Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung — Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, Heft 7, S. 716. Vgl. auch Falce, V./Ghidini, G., „The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection", *Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law*, 2009, S. 374, die erklären, der Gemeinschaftsgesetzgeber gehe mit der Richtlinie 2005/29 davon aus, dass nur ein freier Wettbewerb im Binnenmarkt die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers gewährleisten könne.

kann etwa die in Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie vorgeschriebene Einräumung einer Aktivlegitimation, die betroffene Mitbewerber zur Erhebung von Unterlassungsansprüchen gegen unlauter handelnde Konkurrenten ermächtigt, durchaus dem Verbraucherschutz zugutekommen [24].

46. Dessen ungeachtet differenziert die Richtlinie zum Zweck einer besseren Abgrenzung ihres Anwendungsbereichs klar zwischen einerseits solchen Geschäftspraktiken, die sowohl Verbraucher als auch Mitbewerber schädigen, und andererseits jenen Geschäftspraktiken, die die Interessen nur einer der beiden Personengruppen beeinträchtigen können. So besagt der achte Erwägungsgrund, dass es selbstverständlich andere Geschäftspraktiken geben kann, die zwar nicht den Verbraucher schädigen, sich jedoch nachteilig für den Mitbewerber und gewerblichen Kunden auswirken können.

47. Diese zweite Fallkonstellation fällt, wie der Gerichtshof im Urteil vom 14. Januar 2010 in der Rechtssache Plus festgestellt hat, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie [25], denn ausweislich des sechsten Erwägungsgrundes erfasst und berührt sie nicht die nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf unlautere Geschäftspraktiken, die *lediglich* die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen. Dem Wort „lediglich“ kommt semantisch, wie auch aus einem Vergleich einiger Sprachfassungen der Richtlinie 2005/29 hervorgeht [26], typischerweise die Bedeutung der Ausschließlichkeit zu. Dementsprechend

24 — So auch Gamerith, H., a. a. O. (Fn. 22), S. 157, nach dessen Ansicht Unterlassungsansprüche betroffener Mitbewerber gegen ihre unlauter handelnden Konkurrenten den Verbraucherschutz erhöhen, soweit es um jene Verbote geht, die sich gegen jeglichen unlauteren Einfluss auf die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers durch Täuschen, Überrumpeln, Verlocken, Unterdrucksetzen usw. richten.

25 — Siehe Urteil Plus (oben in Fn. 5 angeführt, Randnr. 39). Vgl. Micklitz, H.-W., „Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, Heft 4, S. 373, nach dessen Ansicht die Richtlinie 2009/25 auf B2B-Verhältnisse anwendbar ist, sofern zwei Voraussetzungen erfüllt sind: die fragliche Geschäftspraxis betrifft unmittelbar die Interessen der Verbraucher und mittelbar die Interessen der Mitbewerber. Der Autor befürchtet, dass diese Einschränkung des Anwendungsbereichs der Richtlinie neue Verteidigungsstrategien eröffnen könnte. So könnten Unternehmen versucht sein, zu behaupten, dass ihre Geschäftspraktiken lediglich B2B-Verhältnisse betreffen.

26 — Deutsch: „lediglich“; Dänisch: „udelukkende“; Englisch: „only“; Französisch: „uniquement“; Italienisch: „unicamente“; Niederländisch: „alleen“; Portugiesisch: „apenas“; Slowenisch: „samo“; Spanisch: „sólo“.

besagt der sechste Erwägungsgrund auch, dass die Mitgliedstaaten solche Praktiken, falls sie es wünschen, unter uneingeschränkter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht weiterhin regeln können.

b) Der Schutzzweck des Verbots in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG

i) Zur unterschiedlichen Gewichtung der einzelnen Schutzgüter

48. Es stellt sich daher die Frage, ob es sich bei dem streitgegenständlichen Verbot von Kopplungsangeboten in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG um eine solche nationale Rechtsvorschrift handelt, die eine *lediglich* die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigende Geschäftspraxis unterbinden will. Das vorlegende Gericht [27] und die österreichische Regierung [28] weisen insoweit darauf hin, dass das streitgegenständliche Verbot von Kopplungsangeboten in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG ein weiteres gesetzgeberisches Ziel habe, das über den von der Richtlinie bezweckten Verbraucherschutz hinausgehe.

49. Das Verbot diene nämlich neben dem Verbraucherschutz sowohl dem Erhalt eines funktionierenden Wettbewerbs als auch dem Schutz der Medienvielfalt. Durch das Verhindern eines gegenseitigen Übersteigerns von Mitbewerbern mit weiteren Nebenleistungen sollten vor allem solche Mitbewerber geschützt werden, die aufgrund ihrer geringeren wirtschaftlichen Mittel nicht in der Lage seien, den Absatz ihrer Produkte durch unentgeltliche Zugaben zu fördern. Dieser Schutz sei angesichts der Bedeutung der Medien als meinungsbildender Faktor in einer demokratischen Gesellschaft gerechtfertigt. Dies ist von der österreichischen Regierung bereits in der Rechtssache C-368/95, Familiapress [29], in der es um die Vereinbarkeit dieses Verbots mit der Warenverkehrsfreiheit ging, vorgetragen und vom Gerichtshof als legitimer gesetzgeberischer Zweck, der eine Einschränkung dieser Grundfreiheit grundsätzlich zu rechtfertigen vermag, auch nicht in Frage gestellt worden.

50. Indes ist festzustellen, dass die Beurteilungen bezüglich der Gewichtung der einzelnen Schutzgüter des UWG im Einzelnen auseinandergehen.

27 — Siehe S. 10 bis 12 des Vorlagebeschlusses.

28 — Siehe S. 4 und 5 des Schriftsatzes der österreichischen Regierung.

29 — Urteil vom 26. Juni 1997, Familiapress (C-368/95, Slg. 1997, I-3689).

51. Aus der Sicht des vorlegenden Gerichts dient § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG, entsprechend der mutmaßlichen Wertung des österreichischen Gesetzgebers, nicht überwiegend den Zwecken des Verbraucherschutzes, sondern „zumindest in gleicher Weise“ auch dem Schutz der Mitbewerber und dem Erhalt funktionierender Marktverhältnisse [30]. Dies wird von der österreichischen Regierung wiederum ausdrücklich bestritten, die ihrerseits geltend macht, das Kopplungsverbot diene „primär“ dem Schutz des funktionierenden Wettbewerbs im Mediensektor [31], allerdings ohne überzeugende Belege für diese Rechtsauffassung vorzulegen, zumal sie in ihren Ausführungen zur Kopplung einer Zeitschrift mit einem Gewinnspiel im Ausgangsfall wiederholt vor der Gefahr einer unzulässigen Beeinflussung des Verbrauchers durch Ausnutzung seiner Spielsucht warnt [32]. Aus meiner Sicht bestehen kaum Zweifel darüber, dass die Befürchtung, die die österreichische Regierung darin äußert, in erster Linie einen verbraucherschutzrechtlichen Hintergrund hat.

52. Zu diesen divergierenden Aussagen betreffend die Auslegung des nationalen Rechts ist Folgendes zu sagen.

53. Zum einen ist daran zu erinnern, dass das Verfahren nach Art. 234 EG auf einer Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten beruht, in der es nicht Sache des Gerichtshofs ist, über die Auslegung nationaler Vorschriften zu befinden und zu entscheiden, ob deren Auslegung durch das vorlegende Gericht richtig ist [33]. Der Gerichtshof hat im Rahmen der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den Gemeinschaftsgerichten und denen der Mitgliedstaaten in Bezug auf den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen, in den sich die Vorabentscheidungsfragen einfügen, in prozessrechtlicher Hinsicht vielmehr grundsätzlich von den Feststellungen des vorlegenden Gerichts auszugehen [34].

54. Zum anderen erweist sich diese unterschiedliche Beurteilung in materiell-rechtlicher Hinsicht letztlich als unerheblich, da jedenfalls unbestritten ist, dass die Regelung des § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG nicht darauf abzielt, unlautere Geschäftspraktiken zu unterbinden, die im Sinne des sechsten Erwägungsgrundes zur Richtlinie *lediglich* die wirtschaftlichen Interessen von Mitbewerbern schädigen oder sich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Gewerbetreibenden beziehen. Im Gegenteil, es besteht Einigkeit darüber, dass § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG von seinem Regelungszweck her

30 — Siehe S. 10 bis 12 des Vorlagebeschlusses.

31 — Siehe Randnr. 11, S. 4 des Schriftsatzes der österreichischen Regierung.

32 — Insofern besteht eine argumentative Ähnlichkeit zum Vorbringen der deutschen Regierung in der Rechtssache C-304/08 (Plus), in der es um die Vereinbarkeit einer nationalen Regelung ging (§ 4 Nr. 6 des deutschen UWG), die Kopplungsangebote im Zusammenhang mit Preisausschreiben oder Gewinnspielen verbot. Diesem Verbot lagen in erster Linie verbraucherschutzrechtliche Erwägungen zugrunde. Vgl. zur Argumentation der deutschen Regierung in jener Rechtssache meine Schlussanträge vom 3. September 2009, insbesondere die Nrn. 93, 107.

33 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 3. Oktober 2000, Corsten (C-58/98, Slg. 2000, I-7919, Randnr. 24), und vom 29. April 2004, Orfanopoulos und Oliveri (C-482/01 und C-493/01, Slg. 2004, I-5257, Randnr. 42).

34 — Vgl. Urteile vom 25. Oktober 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Slg. 2001, I-8089, Randnr. 10), vom 13. November 2003, Neri (C-153/02, Slg. 2003, I-13555, Randnrn. 34 und 35), Orfanopoulos und Oliveri (oben in Fn. 33 angeführt, Randnr. 42) und vom 21. April 2005, Lindberg (C-267/03, Slg. 2005, I-3247, Randnrn. 41 und 42).

unlautere Geschäftspraktiken verbietet, die sich stets auf den B2C-Bereich auswirken. Die Regelung des § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG liegt demnach jedenfalls noch innerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie 2005/29, ohne dass es darauf ankäme, ob dieses Verbot von Kopplungsangeboten primär dem Schutz eines bestimmten Rechtsguts, dem Schutz der Interessen der Verbraucher, der Mitbewerber oder der Allgemeinheit, etwa in Gestalt der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt, dient. Insofern kann für die Zwecke des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens in rechtlicher Hinsicht dahingestellt bleiben, ob und in welchem Maße die streitgegenständliche nationale Regelung darüber hinaus, wie von der österreichischen Regierung vorgebracht, das Ziel der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt verfolgt.

ii) Untersuchung der einschlägigen nationalen Bestimmungen und Rechtsprechung

55. In Anbetracht der Notwendigkeit, dem vorlegenden Gericht eine nützliche Antwort auf seine Vorlagefragen zu geben [35], und zugleich in Wahrnehmung der gemäß Art. 222 EG obliegenden Pflicht der Generalanwälte, in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begründete Schlussanträge zu stellen [36], weise ich vorsorglich darauf hin, dass eine Untersuchung der betreffenden Regelungen, einschließlich der Gesetzesmaterialien zum UWG offenbart, dass dem österreichischen Gesetzgeber der Verbraucherschutz mindestens genauso wichtig wie der Mitbewerberschutz gewesen sein muss. So ist den Erläuterungen zur Regierungsvorlage für die UWG-Novelle 2007 [37] zu entnehmen, dass das UWG den B2B-Bereich im Wesentlichen nicht anders regelt als den B2C-Bereich, da Mitbewerber- und Verbraucherschutz aus

35 — Im Urteil vom 12. Juli 1979, Union Laitière Normande (244/78, Slg. 1979, 2663, Randnr. 5), hat der Gerichtshof erklärt, dass Art. 234 EG ihm zwar nicht erlaubt, die Gründe für ein Vorabentscheidungsersuchen zu würdigen, dass aber die Notwendigkeit, zu einer zweckdienlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gelangen, es erforderlich machen kann, den rechtlichen Rahmen zu umreißen, in den sich die erbetene Auslegung einfügen soll. Nach Ansicht von Lenaerts, K./Arts, A./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. Aufl., S. 188, Randnr. 6-021, hindert nichts den Gerichtshof daran, sein Verständnis der Tatsachen im Ausgangsverfahren und einiger Aspekte des nationalen Rechts wiederzugeben als Ausgangspunkt für eine nützliche Auslegung der anwendbaren gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze des Gemeinschaftsrechts.

36 — Nach Ansicht von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer, „La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Problèmes d'interprétation*, Brüssel 2004, S. 334 f., sollen die Schlussanträge den Richtern als Grundlage für die Beratungen dienen. Sie sollen in der Regel eine Antwort auf alle Rechtsfragen geben, die sich im Rahmen eines Verfahrens stellen, wobei die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs ausgiebig untersucht werden soll. Der Generalanwalt unterstreicht auch die zunehmende Bedeutung der Rechtslehre bei der Untersuchung jener Rechtsfragen.

37 — In den „Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007)", veröffentlicht in der Zeitschrift *Recht und Wettbewerb*, 53. Jahrgang, Nr. 170, Dezember 2007, S. 13, heißt es: „Der Entwurf regelt wie schon im geltenden UWG im Wesentlichen den B2B-Bereich nicht anders als den B2C-Bereich, weil Mitbewerber- und Verbraucherschutz nicht trennbar sind."

Sicht des österreichischen Gesetzgebers „nicht trennbar sind".

56. Dies entspricht der überwiegenden Auffassung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, das nicht zuletzt deshalb im UWG neben den Belangen der Mitbewerber und der Allgemeinheit die Interessen der Verbraucher gleichermaßen geschützt sieht und daher von einer „Schutzzwecktrias" ausgeht [38]. Dies gilt auch für die im Mittelpunkt der vorliegenden Rechtssache stehende Regelung in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG, deren Verbraucherschutzcharakter im rechtswissenschaftlichen Schrifttum nicht in Frage gestellt wird [39].

57. Darüber hinaus ist festzustellen, dass auch nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs [40] — zum Teil unter Verweis auf die in der Rechtslehre vertretenen Meinungen — der Zweck des Zugabenverbots des § 9a Abs. 1 UWG vornehmlich im

38 — Nach Ansicht von Prunbauer, M., „Kommentar zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern — ein missglückter Ansatz der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU", *Recht und Wettbewerb*, 49. Jahrgang, Nr. 161, September 2003, S. 3, betrifft das UWG grundsätzlich nicht nur verbraucherrechtliche Aspekte wettbewerblichen Handelns, sondern gleichermaßen Aspekte der Mitbewerber und der Allgemeinheit. Eine Werbemaßnahme könne schlichtweg nicht einseitig verbraucherbezogen gesehen oder beurteilt werden. Der Schutz der Mitbewerber und der Belange der Allgemeinheit in einem funktionierenden Leistungswettbewerb diene zumindest mittelbar auch dem Verbraucherschutz, weil dadurch auch im Interesse der Verbraucher die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gesichert werde. Die Autorin schließt daraus, dass eine Wettbewerbshandlung sich weder in der Realität des Wirtschaftslebens noch dogmatisch sinnvoll in einen „Verbraucherwettbewerbsteil" und einen „Unternehmerwettbewerbsteil" trennen lasse. Nach Angaben von Wiebe, A., „Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform", *Juristische Blätter*, 129. Jahrgang, Heft 2, Februar 2007, S. 71, ist es für Österreich und Deutschland seit Langem unbestritten, dass das UWG dem Schutz der Mitbewerber, der Konsumenten und der Allgemeininteressen diene, wie es in § 1 des neuen deutschen UWG explizit festgeschrieben sei. Die immanente Verschränkung der Schutzzwecke mache eigentlich eine Trennung der rechtlichen Regelungen zwischen B2B- und B2C-Geschäften aus der Natur der Sache unmöglich. Ähnlich auch Büllesbach, E., a. a. O. (Fn. 21), S. 15, der auf die Schutzzwecktrias (Verbraucher, Mitbewerber, Allgemeinheit) hinweist, die den Lauterkeitsordnungen Deutschlands und Österreichs zugrunde liege. Lettner, H., „Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken — Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland", *European Law Reporter*, 2009, Nr. 9, S. 313, weist ebenfalls darauf hin, dass das österreichische UWG insgesamt den Schutz der Unternehmerinteressen, der Interessen der Allgemeinheit und der Verbraucherinteressen bezwecke.

39 — So weist Duursma-Kepplinger, D., a. a. O. (Fn. 11), darauf hin, dass § 9a UWG auch dem Verbraucherschutz diene (§ 16, Randnr. 24, S. 808). Der Zweck der gesetzlichen Zugabenbeschränkung liege u.a. im Schutz der Käufer vor unsachlicher und irreführender Wertreklame und in der Vermeidung eines gegenseitigen Übersteigerns vor Mitbewerbern mit (weiteren) Nebenleistungen (§ 9a, Randnr. 2, S. 276). Die Autorin vertritt die Auffassung, dass die eigentliche Zielsetzung des UWG darin bestehe, einen generalpräventiven Schutz allgemeiner Verbraucherinteressen zur Reinhaltung des Wettbewerbs vor unlauteren Praktiken zu bieten (§ 16, Randnr. 26, S. 810). Nach Angaben von Horak, M., „Naht das Ende des Zugabenverbots?", *Ecolex*, 2008, S. 1138, wird der Zweck des Zugabenverbots gemäß § 9a UWG vornehmlich im Verbraucherschutz gesehen. Der Autor verweist dabei auf das in Fn. 40 der vorliegenden Schlussanträge angeführte Urteil des Obersten Gerichtshofs. Vgl. auch Kucsko, G., „Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots", *Ecolex*, 1992, S. 709, der die Entstehungsgeschichte des Zugabenverbots in Österreich seit Beginn des 20. Jahrhunderts nachzeichnet. Der Autor weist darauf hin, dass der primäre Zweck des österreichischen „Zugabenverbots" seit seiner Entstehung darin bestehe, zu verhindern, dass die Verbraucher durch Zugaben im Kaufentschluss unsachlich beeinflusst würden und dass durch die Zugaben der wahre Preis der Hauptware verschleiert und der Kunde so irregeführt werde. Überdies solle es gegenseitigen Übersteigerungen der Unternehmer im Wettbewerb entgegenwirken.

40 — Vgl. Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 9. März 1999, Fini's Feinstes (Geschäftszahl 4 Ob 28/99t). Darin heißt es: „Der Zweck des Zugabenverbots wird vornehmlich im Verbraucherschutz gesehen: Das Urteil der Verbraucher — etwa bei der Eröffnung einer Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel — soll nicht durch Spiellust und das Streben nach Gewinn getrübt werden. Der Kaufentschluss soll im Hinblick auf die Güte und die Preiswürdigkeit einer Ware und aufgrund sachgemäßen Warenvergleichs erfolgen, nicht aber mehr oder weniger unbesehen, um den als Köder ausgesetzten Preis zu gewinnen."

Verbraucherschutz gesehen wird. Danach soll das Urteil der Verbraucher — etwa bei der Eröffnung einer Teilnahmemöglichkeit an einem Gewinnspiel — nicht durch Spiellust und das Streben nach Gewinn getrübt werden.

58. Somit ist auch nach einer Untersuchung der einschlägigen österreichischen Bestimmungen und Rechtsprechung davon auszugehen, dass das Zugabenverbot in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG zumindest in gleicher Weise dem Verbraucherschutz dient.

c) Ergebnis

59. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen komme ich zu dem Ergebnis, dass die in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG enthaltene nationale Regelung vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 erfasst ist. Somit ist sie an den Vorgaben der Richtlinie zu messen [41].

3. Untersuchung der Struktur beider Regelungswerke

a) Die Regelungen der Richtlinie 2005/29

60. Um feststellen zu können, ob die Richtlinie 2005/29 einer nationalen Bestimmung wie § 9a Abs. 1 UWG entgegensteht, ist es

41 — Vgl. Horak, M., „Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?“, *Ecolex*, 2009/123, S. 341, nach dessen Ansicht die erste Vorlage darauf abstellt, ob ein Per-se-Verbot von Zugaben, das sowohl Verbraucher als auch Unternehmer schützen soll, mit der Richtlinie 2005/29 vereinbar sei. Nach Meinung des Autors ist ein solches Per-se-Verbot gemeinschaftsrechtswidrig, solange sein Anwendungsbereich nicht scharf abgegrenzt und auf Angebote beschränkt werden könne, die sich ausschließlich an Unternehmer richteten und Verbraucherinteressen nicht berührten. Diese Voraussetzungen seien bei § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG nicht erfüllt. Nach Ansicht von Lettner, H., a. a. O. (Fn. 38), Nr. 9, S. 317, könne der Umstand, dass das Verbot von Kopplungsangeboten in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG nicht nur dem Verbraucherschutz diene, sondern auch anderen Zwecken, die nicht vom sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst seien, etwa der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt oder dem Schutz schwächerer Mitbewerber, das Beibehalten eines Per-se-Verbots für den B2C-Bereich neben der schwarzen Liste nicht rechtfertigen. Beide Autoren nehmen somit an, dass die streitgegenständliche nationale Regelung vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29 erfasst sei.

erforderlich, beide Regelungswerke im Hinblick auf ihre normative Zielsetzung und ihre Regelungsstruktur zu untersuchen und anschließend zu vergleichen.

i) Vollständige und maximale Angleichung der nationalen Regelungen als Regelungsziel

61. Wie eingangs ausgeführt [42] 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 Verbraucherschutzrechts bisher der Fall war, nicht nur eine Mindestharmonisierung, sondern eine maximale Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften, die es den Mitgliedstaaten, von bestimmen Ausnahmen abgesehen, verwehrt, strengere Regelungen beizubehalten oder einzuführen, und zwar unabhängig davon, ob damit die Erreichung eines höheren Verbraucherschutzniveaus bezweckt wird [43]. Beides ergibt sich sowohl aus der Präambel als auch aus den allgemeinen Bestimmungen dieser Richtlinie.

62. 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 *einzigen 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.

63. 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 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.

42 — Siehe Nr. 33 der vorliegenden Schlussanträge.

43 — Vgl. Urteil VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 4 angeführt, Randnr. 52).

64. 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 enthalten [44]. 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.

ii) Regelungsstruktur der Richtlinie 2005/29

65. 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 Geschäftspraxis 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.

44 — 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 Teilzeitnutzungsrechten 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 Fernsehtätigkeit (ABl. L 298, S. 23).

66. 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 Geschäftspraxis unter einen der Tatbestände subsumierbar, muss sie verboten werden; auf eine weitere Prüfung, z. B. der Auswirkungen, kommt es nicht an. Fällt der konkrete Sachverhalt nicht unter diese Verbotsliste, ist zu

prüfen, ob einer der geregelten 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 Anwendung [45].

b) Die Regelungen des UWG

67. 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 gewährleisten [46]. Damit verbunden ist die Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers, die betreffende Richtlinie ordnungsgemäß in nationales Recht umzusetzen [47]. Nach seinem 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.

68. 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 verlangt [48]. 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 wird [49].

45 — So auch das Prüfungsschema von De Cristofaro, G., „La direttiva 2005/29/CE — Contenuti, rationes, caratteristiche", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turin 2007, S. 12, und Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, Heft 8/9, S. 631.

46 — 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).

47 — 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 Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* [hrsg. von Heinz Mayer], Wien 2004, Art. 249, Randnrn. 48 und 50, S. 17 und 18).

48 — 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, Randnr. 60). Darauf weist Seichter, D., „Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, S. 1088, im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Umsetzung der Richtlinie 2005/29 in deutsches Recht zutreffend hin.

49 — 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), vom 11. Juli 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Slg. 2002, I-6325, Randnr. 26).

i) Darstellung der Regelungsstruktur des Verbots in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG

69. Den Angaben des vorlegenden Gerichts zufolge untersagt § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG Unternehmern, gegenüber Verbrauchern unentgeltliche Zugaben zu Waren oder Dienstleistungen anzukündigen. Besteht die Hauptware in einem periodischen Druckwerk (Zeitung, Zeitschrift), so erstreckt sich das Verbot auch auf das bloße Anbieten und Gewähren von Zugaben. Als Zugabe gilt nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs [50] insbesondere die mit dem Erwerb der Hauptware gekoppelte Ermöglichung der Teilnahme an einem Gewinnspiel.

70. Wie aus dem Vorlagebeschluss [51] hervorgeht, wird diese Bestimmung allerdings von der Rechtsprechung einschränkend ausgelegt, so dass nicht jede unentgeltliche Zugabe als unzulässig erachtet wird. So setzt die Anwendung von § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs voraus, dass das beanstandete Verhalten im konkreten Fall (a) objektiv geeignet war, Verbraucher in ihrem Entschluss zum Erwerb der Hauptware (Hauptleistung) zu beeinflussen [52], und dass dieses Verhalten daher (b) zu einer nicht bloß unerheblichen Nachfrageverlagerung führen konnte [53]. Aus diesem Grund entfällt gewissermaßen bereits die Tatbestandsmäßigkeit nach Abs. 1 mangels einer unzulässigen „Zugabe“ im Sinne dieser Vorschrift, sofern die oben genannten richterrechtlich entwickelten Voraussetzungen nicht vorliegen [54].

71. Ungeachtet dieser einschränkenden Auslegung durch die österreichische Rechtsprechung ist festzustellen, dass die streitgegenständliche Regelung in § 9a UWG auf einem Regel-Ausnahme-Prinzip beruht, und zwar dergestalt, dass die Verknüpfung zweier unterschiedlicher Waren oder Dienstleistungen zum Zweck der Absatzförderung gemäß Abs. 1 untersagt bleibt, sofern nicht die in Abs. 2 aufgeführten Ausnahmen einschlägig sind. Mit anderen Worten, diese Bestimmung verbietet die Verknüpfung zweier unterschiedlicher Waren oder Dienstleistungen zum Zweck der Absatzförderung und

50 — Siehe S. 10 des Vorlagebeschlusses.

51 — Das vorlegende Gericht führt auf S. 8 des Vorlagebeschlusses die Urteile des Obersten Gerichtshofs vom 20. Oktober 1992, Welt des Wohnens (Geschäftszahl 4 Ob 87/92), vom 30. Januar 2008, ORF-Teletext (Geschäftszahl 3 Ob 273/07d), und vom 14. Februar 2008, (Geschäftszahl 4 Ob 17/08s) an.

52 — Das vorlegende Gericht nennt auf S. 8 des Vorlagebeschlusses das Urteil Welt des Wohnens, oben in Fn. 51 angeführt.

53 — Das vorlegende Gericht führt auf S. 8 des Vorlagebeschlusses das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 14. Dezember 1999, Tipp des Tages III (Geschäftszahl 4 Ob 290/99x), an.

54 — Siehe auch S. 4 des Schriftsatzes der Klägerin des Ausgangsverfahrens.

ist daher als ein grundsätzliches Verbot von Kopplungsangeboten zu verstehen, das allerdings in bestimmten Fällen Abweichungen erlaubt [55].

a) Geschriebenes nationales Recht

i) Umkehrung der Regelungssystematik

4. Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Regelung mit der Richtlinie 2005/29

72. Des Weiteren ist der Frage der Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Regelung mit der Richtlinie 2005/29 nachzugehen, wobei in erster Linie die Struktur der nationalen Regelung zu untersuchen ist. Falls eine Unvereinbarkeit des nationalen Rechts, wie es dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist, festgestellt werden sollte, ist anschließend zu prüfen, ob diese Regelung unter Heranziehung der oben genannten einschränkenden Auslegung des Obersten Gerichtshofs dennoch als mit der Richtlinie in Einklang stehend angesehen werden kann.

73. Was die Frage der Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Regelung mit der Richtlinie 2005/29 angeht, ist festzustellen, dass das streitgegenständliche Verbot von Kopplungsangeboten in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG eine Sonderregelung innerhalb des UWG darstellt, die zunächst einmal keine Entsprechung in der Richtlinie 2005/29 findet. § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG verhängt ein grundsätzliches, in der Richtlinie selbst nicht vorgesehenes Verbot von Kopplungsangeboten.

74. Des Weiteren weist diese nationale Regelung aufgrund des ihr zugrunde liegenden Regel-Ausnahme-Prinzips eine andere Regelungsstruktur als die Richtlinie 2005/29 auf. Es ist in erster Linie diese Umkehrung der Regelungssystematik, die Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit mit ebenjener Richtlinie aufwirft, wobei es weniger um die formale Ausgestaltung der Regelung selbst geht — wird dem nationalen Gesetzgeber doch bei der Umsetzung ein gewisser Umsetzungsspielraum eingeräumt — als vielmehr um die normative Aussage dieser nationalen Bestimmung. Sie stimmt inhaltlich nicht mit derjenigen der Richtlinie 2005/29 überein. Wie ich nämlich bereits in meinen Schlussanträgen

55 — Vgl. Horak, M., a. a. O. (Fn. 39), S. 1137, der die Regelung in § 9a UWG mit den sogenannten „Per-se-Verboten" vergleicht. Durch Per-se-Verbote würden bestimmte abstrakt umschriebene Geschäftspraktiken grundsätzlich verboten, ohne dass ein Gericht im Einzelfall die Auswirkungen auf Verbraucher oder Mitbewerber prüfen könnte. Um einen praxisgerechten Ausgleich zu schaffen, seien solche Verbote meist von einem Ausnahmekatalog flankiert. Nach Ansicht des Autors folgt § 9a UWG mit einem grundsätzlichen Verbot von Zugaben in Abs. 1 und einem Ausnahmekatalog in Abs. 2 diesem System. Heidinger, R., a. a. O. (Fn. 17), S. 45, vertritt die Auffassung, dass die Regelung in § 9a UWG als ein Per-se-Verbot konzipiert sei, durch das bestimmte Geschäftspraktiken verboten würden, ohne dass im Einzelfall die Auswirkungen auf die Verbraucher zu prüfen seien.

in den verbundenen Rechtssachen C-261/07 (VTB-VAB) und C-299/07 (Galatea) dargelegt habe, verfolgt die Richtlinie 2005/29 einen Ansatz zugunsten der unternehmerischen Freiheit des Gewerbetreibenden, der im Wesentlichen dem Rechtsgedanken *in dubio pro libertate* [56] entspricht. Die Richtlinie geht daher, im Gegensatz zur Regelung in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG, von der Lauterkeit von Geschäftspraktiken aus, solange die näher umschriebenen rechtlichen Voraussetzungen für ein Verbot nicht gegeben sind [57].

75. Dieser liberale Ansatz hat einen konkreten regelungspolitischen Hintergrund, der darin besteht, sicherzustellen, dass das im vierten und fünften Erwägungsgrund sowie in Art. 1 der Richtlinie verankerte Ziel des Gemeinschaftsgesetzgebers verwirklicht wird, durch einheitliche Regeln auf Gemeinschaftsebene Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Dienstleistungs- und Warenverkehr oder die Niederlassungsfreiheit abzubauen, die aus der Vielzahl von nationalen Regeln über unlautere Geschäftspraktiken resultieren, und zwar in dem Maße, wie es für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts und die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus notwendig ist [58].

ii) Unzulänglichkeit der Ausnahmeregelungen in § 9a Abs. 2 UWG

76. Darüber hinaus sind Ausnahmetatbestände zu grundsätzlichen Verboten wie § 9a Abs. 2 UWG nicht geeignet, alle Fallkonstellationen abzudecken, bei denen nach den Bestimmungen der Richtlinie 2005/29 eine zulässige Geschäftspraxis anzunehmen ist, da sie eine Einzelfallbeurteilung durch die zuständigen nationalen Gerichte und

56 — Vgl. meine Schlussanträge in den Rechtssachen VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 15 angeführt, Nr. 81). Wohl zustimmend Micklitz, H.-W., a. a. O. (Fn. 25), S. 374.

57 — 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. 15, beschreibt den von der Richtlinie verfolgten Ansatz deshalb als liberal. Danach sei alles erlaubt, was nicht ausdrücklich verboten sei. De Cristofaro, G., a. a. O. (Fn. 45), S. 11, vermerkt zutreffend, dass die Richtlinie einen punktuellen Ansatz verfolge, indem sie die Kriterien für die Beurteilung einer Geschäftspraxis als unlauter festlege, während sie gänzlich darauf verzichte, die Merkmale einer lauteren Geschäftspraxis zu umschreiben.

58 — Vgl. Bakardjieva Engelbrekt, A., „An End to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, S. 47 f., die die harmonisierende Wirkung der Richtlinie 2005/29 unterstreicht, deren Ziel darin bestehe, die bis zu ihrem Inkrafttreten bestehenden beachtlichen Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen lauterkeitsrechtlichen Regelungen zu überwinden. Ähnlich auch Bargelli, E., a. a. O. (Fn. 21), S. 79. Weatherill, S., „Who is the „Average Consumer"", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, S. 137, bezeichnet den Ansatz der Richtlinie 2005/29 als Deregulierung unter gleichzeitiger Regulierung. Die Harmonisierung der nationalen Gesetzgebungen dereguliere den Markt, indem sie die legislative Vielfalt der Mitgliedstaaten zugunsten eines einheitlichen Regelungswerks aufhebe. Nach Ansicht von Falce, V./Ghidini, G., a. a. O. (Fn. 23), S. 372, zielt die Richtlinie 2005/29 darauf ab, den Wettbewerb innerhalb eines Binnenmarkts ohne Grenzen einerseits und den Verbraucherschutz andererseits wieder ins Gleichgewicht zu bringen.

Behörden nicht ermöglichen [59]. Dies hat der Gerichtshof auch im Urteil VTB-VAB und Galatea bestätigt [60].

77. Da Kopplungsangebote 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 sind. Davon abgesehen kommt nach der Richtlinie 2005/29 ein Verbot nur dann in Frage, wenn eine Geschäftspraxis deshalb als unlauter zu bewerten ist, weil sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht oder weil sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen.

78. Ob dies in Bezug auf Kopplungsangebote der Fall ist, lässt sich nicht allgemeingültig feststellen, sondern es bedarf hierzu vielmehr einer Beurteilung der konkreten Geschäftspraxis im Einzelfall. 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 Art. 5 bis 9 als unlauter gelten können“.

iii) Zwischenergebnis

79. Die streitgegenständliche Regelung ist, so wie sie dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist, nicht mit der Richtlinie 2005/29 vereinbar.

59 — In diesem Sinne auch Heidinger, R., a. a. O. (Fn. 17), S. 46.
60 — Oben in Fn. 4 angeführt, Randnrn. 64 und 65.

b) Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung

80. Wie ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Plus dargelegt habe [61], ist bei der Untersuchung der Frage, ob eine Bestimmung des nationalen Rechts im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht steht, nicht nur der Wortlaut dieser Bestimmung maßgeblich, sondern darüber hinaus muss die Auslegung berücksichtigt werden, welche die nationalen Gerichte dieser Bestimmung zugrunde legen [62]. 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 Rechts [63].

81. Zugunsten einer Vereinbarkeit mit der Richtlinie könnte daher der Umstand sprechen, dass der Oberste Gerichtshof in der Regel eine einschränkende Auslegung des grundsätzlichen Verbots von Kopplungsangeboten vornimmt. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein solches Verbot durch eine einschränkende Auslegung seitens des nationalen Richters so aufgeweicht wird, dass es letztlich in Einklang mit der Richtlinie gebracht wird. Davon abgesehen ist daran zu erinnern, dass ein mitgliedstaatliches Gericht gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs verpflichtet ist, das nationale Recht — gleich, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt — im Licht des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen [64], um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Art. 249 Abs. 3 EG nachzukommen, wobei das Gericht diese Auslegung unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts vornehmen muss [65]. Damit verbunden ist die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Reduktion der betreffenden nationalen

61 — Oben in Fn. 20 angeführt, Nr. 82.

62 — Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., a. a. O. (Fn. 35), 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).

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

64 — Urteile vom 10. April 1984, von Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen (14/83, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26) und Harz/Deutsche Tradax (79/83, Slg. 1984, 1921, Randnr. 26), vom 15. Mai 1986, Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (222/84, Slg. 1986, 1651, Randnr. 53), vom 8. Oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Slg. 1987, 3969, Randnr. 12), vom 20. September 1988, Beentjes (31/87, Slg. 1988, 4635, Randnr. 39), vom 14. Juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 24), vom 25. Februar 1999, Carbonari (C-131/97, Slg. 1999, I-1103, Randnr. 48), vom 15. Juni 2000, Brinkmann Tabakfabriken (C-365/98, Slg. 2000, I-4619, Randnr. 40), vom 27. Juni 2000, Océano Grupo Editorial und Salvat Editores (C-240/98 bis C-244/98, Slg. 2000, I-4941, Randnr. 30), vom 13. Juli 2000, Centrosteel (C-456/98, Slg. 2000, I-6007, Randnr. 16), vom 3. Oktober 2000, Gozza (C-371/97, Slg. 2000, I-7881, Randnr. 37). Ähnlich Urteile vom 13. November 1990, Marleasing (C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8), vom 15. Mai 2003, Mau (C-160/01, Slg. 2003, I-4791, Randnr. 36), vom 22. Mai 2003, Connect Austria (C-462/99, Slg. 2003, I-5197, Randnr. 38), vom 23. Oktober 2003, Adidas-Salomon und Adidas Benelux (C-408/01, Slg. 2003, I-12537, Randnr. 21), und vom 9. März 2004, Pfeiffer (C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Randnr. 113). Vgl. dazu Schweitzer, M./Hummer, W./Obwexer, W., *Europarecht*, Wien 2007, S. 82 f.

65 — Urteile Von Colson und Kamann/Nordrhein-Westfalen (oben in Fn. 64 angeführt, Randnr. 28), und Harz/Deutsche Tradax (oben in Fn. 64 angeführt, Randnr. 28).

Norm oder gar der Rechtsfortbildung, sofern nationale Gerichte dazu berechtigt sind [66].

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

82. Allerdings müsste die vom Obersten Gerichtshof vertretene einschränkende Auslegung zu einer weitgehenden Übereinstimmung der normativen Aussage von § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG mit der der Richtlinienbestimmungen führen.

Die Liste unlauterer Geschäftspraktiken in Anhang I der Richtlinie

84. Zunächst ist festzustellen, dass die Geschäftspraxis, die § 9a Abs. 1 UWG verbietet, keinem der in Anhang I der Richtlinie aufgeführten Fälle unlauterer Geschäftspraktiken entspricht. 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 [67], jedoch nicht die Verwendung von Kopplungsangeboten an sich [68]. Davon abgesehen wirbt die Beklagte des Ausgangsverfahrens nicht etwa damit, der bloße Kauf einer Ware eröffne bereits eine Gewinneintrittschance. Angeboten wird lediglich die Möglichkeit der Teilnahme an einem ohnehin jedem über Internet zugänglichen

i) Prüfung am Maßstab der Richtlinienbestimmungen

83. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob das streitgegenständliche Verbot von Kopplungsangeboten in der ihm von der österreichischen Rechtsprechung zugeschriebenen einschränkenden Auslegung als mit der Richtlinie vereinbar angesehen werden kann. Zu diesem Zweck ist das in Nr. 66 der vorliegenden Schlussanträge beschriebene Prüfungsschema zugrunde zu legen.

66 — Nach Ansicht von Streinz, R., *Europarecht*, 8. Aufl., Heidelberg 2008, S. 161, Randnr. 456, findet die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung ihre Grenze in der Auslegungsfähigkeit des nationalen Rechts. Soweit nationale Gerichte auch zur Rechtsfortbildung berechtigt seien, müssten sie gegebenenfalls das nationale Recht auch richtlinienkonform fortbilden.

67 — Zum Normzweck dieses Verbotstatbestands siehe Büllesbach, E., a. a. O. (Fn. 21), S. 114. Behaupte ein Gewerbetreibender, ein Produkt könne die Gewinnchancen bei Glücksspielen erhöhen, so werde dem Verbraucher suggeriert, der Gewinneintritt ließe sich durch den Erwerb des Produkts zu seinen Gunsten beeinflussen. Glücksspiele seien jedoch dadurch charakterisiert, dass der Gewinneintritt maßgeblich durch Zufall bestimmt werde. Aufgrund dieses aleatorischen Elements sei eine Beeinflussung des Gewinneintritts grundsätzlich undenkbar. Getäuscht werde also über die Zwecktauglichkeit des Produkts. Da die Behauptung mittelbar an die Spiellust anknüpfe, sei eine besondere Gefährdungslage des Verbrauchers gegeben, denn die Rationalität seiner Entscheidung könne durch die Hoffnung auf leichteren Gewinn stark beeinträchtigt werden.

68 — Vgl. Nr. 85 meiner Schlussanträge in der Rechtssache Plus, oben in Fn. 20 angeführt.

Gewinnspiel, ohne dass dadurch eine höhere Gewinnchance für den Käufer versprochen würde. Der Verbraucher, der sich an der Wahl eines „Fußballers des Jahres" beteiligen will, braucht somit nicht unbedingt die fragliche Zeitung zu kaufen, sondern kann sich zwischen verschiedenen Möglichkeiten der Teilnahme entscheiden. Dass seine Gewinnchancen etwa durch eine andere Teilnahmemodalität als den Kauf der fraglichen Zeitung niedriger wären als die anderer Teilnehmer, wird weder suggeriert, noch ist dies bei objektiver Betrachtung ersichtlich.

Irreführende und aggressive Geschäftspraktiken im Sinne von Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie

85. Fraglich ist, ob die Geschäftspraxis, die § 9a Abs. 1 UWG verbietet, als irreführend oder als aggressiv im Sinne des Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie bezeichnet werden kann. Dies wird von der österreichischen Regierung, die in der streitgegenständlichen Regelung auch eine Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 Buchst. d bzw. von Art. 8 und 9 der Richtlinie sieht, behauptet [69].

Irreführende Geschäftspraktiken im Sinne der Art. 6 und 7 der Richtlinie

86. Irreführende Geschäftspraktiken zeichnen sich, wie eine Auslegung der Art. 6 und 7 der Richtlinie belegt, vor allem durch das Element der Täuschung über wesentliche Merkmale eines Produkts aus. Zu den wesentlichen Merkmalen eines Produkts zählt gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie auch der Preis.

87. Im Urteil Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [70], auf das sich die österreichische Regierung in ihren Ausführungen beruft, hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Vereinbarkeit eines niederländischen Verbots von Zugaben mit der Warenverkehrsfreiheit festgestellt, dass „das Angebot von Zugaben als Mittel der Absatzförderung bei den Verbrauchern einen Irrtum über die tatsächlichen Preise der Erzeugnisse bewirken und die Bedingung eines auf Leistung beruhenden Wettbewerbs verfälschen kann". Der Gerichtshof hat daraus gefolgert, dass „eine Regelung, die derartige Handelspraktiken aus diesem Grund beschränkt oder sogar verbietet, geeignet ist, zum Verbraucherschutz und zur Lauterkeit des Handelsverkehrs beizutragen".

88. Diese Feststellungen, die in einer Zeit lange vor Erlass der Richtlinie 2005/29 getroffen wurden, haben nicht an Aktualität verloren, da sie bei richtigem Verständnis der oben wiedergegebenen Urteilsstelle eigentlich auf

69 — Siehe Randnr. 55, S. 21 des Schriftsatzes der österreichischen Regierung.

70 — Urteil vom 15. Dezember 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (286/81, Slg. 1982, 4575, Randnr. 18).

die abstrakte Gefahr Bezug nehmen, die von einer Kopplung von Angeboten ausgeht, die den Wert der einzelnen Produkte unter Umständen nicht hinreichend erkennen lässt. Darauf weist die Verwendung des Verbs „kann" im ersten Satz hin. Implizit ist der Gerichtshof deshalb von der Notwendigkeit einer Einzelfallbeurteilung ausgegangen, wie sie der Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Richtlinie 2005/29 auch fordert.

89. Davon abgesehen ergibt sich eindeutig aus dem besagten Urteil, dass der Gerichtshof ausschließlich zur Frage der Vereinbarkeit des fraglichen niederländischen Zugabeverbots mit der Warenverkehrsfreiheit unter Berücksichtigung seiner spezifischen gesetzlichen Ausgestaltung Stellung genommen hat. Eine Übertragung der Schlussfolgerungen des Gerichtshofs auf den Ausgangsfall ist daher nicht ohne Weiteres möglich. Vor diesem Hintergrund entbehrt das Argument, unabhängig von der jeweiligen Ausgestaltung berge jede Verwendung von Zugaben ein Irreführungspotenzial, jeder Grundlage.

90. Folglich kann die streitgegenständliche Regelung in der ihr von der österreichischen Rechtsprechung zugeschriebenen einschränkenden Auslegung nicht als mit Art. 6 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie konform angesehen werden.

Aggressive Geschäftspraktiken im Sinne von Art. 8 der Richtlinie

91. Eine generelle Einordnung von Kopplungsangeboten in die Kategorie aggressiver Geschäftspraktiken kommt ebenso wenig in Betracht, da hierfür gemäß Art. 8 der Richtlinie eine Beeinflussung der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf das Produkt u. a. durch Belästigung, Nötigung oder die Anwendung von Gewalt erforderlich ist.

92. Dieses Merkmal ist jedoch weder für Kopplungsangebote typisch, noch ist es im Ausgangsfall gegeben. Demnach steht die streitgegenständliche Regelung trotz einer einschränkenden Auslegung nicht mit Art. 8 der Richtlinie in Einklang.

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

93. 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 weil sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers 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 sein [71].

94. Die Untersuchung der Vereinbarkeit von § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29 vollzieht sich ihrerseits in zwei Schritten. Zunächst muss geprüft werden, ob die Regelung in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG unter Berücksichtigung der bereits erwähnten einschränkenden Auslegung dieselben rechtlichen Anforderungen für ein Verbot aufstellt wie die Richtlinie. Bejahendenfalls ist zu untersuchen, ob diese mitgliedstaatliche Regelung ausschließlich solche als unlauter im Sinne des Art. 5 Abs. 2 zu beurteilenden Fallkonstellationen erfasst.

Geeignetheit, das Verhalten des Durchschnittsverbrauchers maßgeblich zu beeinflussen

Übereinstimmung des Anwendungsbereichs

Übereinstimmung der rechtlichen Anforderungen

95. Eine weitgehende inhaltliche Übereinstimmung der streitgegenständlichen Regelung mit den Vorgaben der Richtlinie 2005/29 besteht jedenfalls im Hinblick auf das Erfordernis in Art. 5 Abs. 2 Buchst. b, da auch nach der einschränkenden Auslegung der österreichischen Gerichte für die Bejahung einer unzulässigen Zugabe im Sinne des § 9a Abs. 1 UWG gefordert wird, dass deren Ankündigen, Anbieten oder Gewähren „objektiv geeignet sein muss, das Verhalten der angesprochenen Verbraucher zu beeinflussen". Auf die Möglichkeit, dieses von der österreichischen Rechtsprechung entwickelte Erfordernis im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Buchst. b umzudeuten, weist das vorlegende Gericht übrigens auch in seinem Vorlagebeschluss selbst hin [72]. Hiergegen bestehen keine Bedenken, sofern diesem im Wesentlichen wortgleichen nationalrechtlichen Erfordernis dieselbe Bedeutung wie im Gemeinschaftsrecht zugrunde gelegt wird.

96. Unter einer „wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers" im Sinne des Art. 2 Buchst. e ist nämlich gemäß der darin enthaltenen Legaldefinition „die Anwendung einer Geschäftspraxis, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und damit den Verbraucher

71 — In diesem Sinne Abbamonte, G., a. a. O. (Fn. 57), S. 21; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal — La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor 2006, S. 58; Maione, N., „Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE", *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, S. 1068.

72 — Siehe S. 10 des Vorlagebeschlusses.

zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“, zu verstehen. Schutzgut dieser Regelung ist die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers [73].

97. Auch wenn das vorlegende Gericht in seiner Vorlagefrage allgemein nach der Vereinbarkeit von § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG mit der Richtlinie fragt, ist für das Ausgangsverfahren nicht die Vereinbarkeit des § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG für alle von ihm erfassten Fälle (Zeitschriften und Prämien) entscheidungserheblich, sondern nur im Hinblick auf die Kopplung von Zeitschriften und Gewinnspielen. Auch die Verfahrensbeteiligten nehmen in ihren Ausführungen in erster Linie auf diese sehr spezifische, aus der Perspektive des Verbraucherschutzes nicht unproblematische Form von Kopplungsgeschäften Bezug. Aus diesem Grund bedarf es im Folgenden lediglich einer näheren Betrachtung der Auswirkungen dieser konkreten Geschäftspraxis auf das Verbraucherverhalten.

98. Die österreichische Regierung sieht das oben genannte Erfordernis im Zusammenhang mit der Kopplung von Waren und Gewinnspielen erfüllt [74]. Sie erklärt, dass gerade bei periodischen Druckwerken zu einem verhältnismäßig geringen Einzelpreis wie im Ausgangsfall der Verbraucher sich aufgrund der Gewinnchance aus unsachlichen Gründen für den Erwerb der Hauptware entscheiden werde. Gerade hier könne die Aussicht auf eine kostenlose Teilnahme an einem Gewinnspiel mit der Chance auf einen unverhältnismäßig großen Gewinn das Einkaufsverhalten des Verbrauchers im Mediensektor wesentlich beeinflussen.

99. Der österreichischen Regierung ist darin beizupflichten, dass der Einsatz von Gewinnspielen in der Werbebranche durchaus geeignet ist, die menschliche Spiellust zu wecken. Wie ich bereits in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Plus [75] ausgeführt habe, üben solche Spiele 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 sie im Rahmen der gewählten Werbestrategie auf bestimmte Ziele zu lenken. Das vorgebrachte Argument, eine solche Geschäftspraxis könne das Einkaufsverhalten

73 — Nicht jedoch das wirtschaftliche Interesse des Verbrauchers. Laut Abbamonte, G., a. a. O. (Fn. 57), 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 solche, 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.

74 — Siehe Randnr. 51, S. 20 des Schriftsatzes der österreichischen Regierung.

75 — Oben in Fn. 20 angeführt, Nr. 93.

des Verbrauchers im Mediensektor unter Umständen wesentlich beeinflussen, ist daher, allgemein betrachtet, nicht von der Hand zu weisen.

100. Indes ist zweifelhaft, ob eine solche verallgemeinernde Betrachtungsweise ohne Weiteres mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist, denn zum einen verlangt die Richtlinie 2005/29, wie bereits gesehen, eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls durch die nationalen Gerichte und Behörden, um auf die Unlauterkeit einer konkreten Geschäftspraxis schließen zu können [76], zum anderen stellt sie zum Zweck der Untersuchung der Wirkungsweise der jeweiligen Werbemaßnahme auf die Wahrnehmung eines Durchschnittsverbrauchers bzw. eines durchschnittlichen Mitglieds einer Gruppe von Verbrauchern ab.

101. Wie dem 18. Erwägungsgrund zu entnehmen ist, entspricht der in der Richtlinie 2005/29 verwendete Begriff des Durchschnittsverbrauchers genau dem in der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickelten Leitbild eines Verbrauchers [77], der „normal informiert und angemessen aufmerksam und kritisch ist“, wobei „soziale, kulturelle und sprachliche Faktoren“ Berücksichtigung finden sollen. Im letzten Satz des 18. Erwägungsgrundes wird der Begriff des Durchschnittsverbrauchers näher erläutert, wobei unterstrichen wird, dass dieser „nicht auf einer statistischen Grundlage beruht“. Zudem wird gefordert, dass „die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden 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“.

102. Die vom Gerichtshof entwickelte Methode der Untersuchung der Auswirkungen einer Werbemaßnahme auf einen Durchschnittsverbraucher findet ihre Grundlage im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Sie zielt darauf ab, ein angemessenes Gleichgewicht herzustellen zwischen zum einen dem Verbraucherschutzziel und zum anderen der Notwendigkeit, den Warenverkehr in einem vom freien Wettbewerb geprägten Binnenmarkt zu fördern. Mit der Richtlinie 2005/29 kodifiziert der Gemeinschaftsgesetzgeber nunmehr diese Methode, wobei er die Aufgabe der Untersuchung — in Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs — den

76 — Siehe Nrn. 76 bis 78 der vorliegenden Schlussanträge.

77 — Vgl. zum Verbraucherleitbild in der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Urteile vom 16. Januar 1992, X (C-373/90, Slg. 1992, I-131, Randnrn. 15 und 16), vom 16. Juli 1998, Gut Springenheide und Tusky (C-210/96, Slg. 1998, I-4657, Randnr. 31), vom 4. Mai 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 und C-109/97, Slg. 1999, I-2779, Randnr. 29), vom 13. Januar 2000, Estée Lauder (C-220/98, Slg. 2000, I-117, Randnr. 27), vom 21. Juni 2001, Kommission/Irland (C-30/99, Slg. 2001, I-4619, Randnr. 32), vom 24. Oktober 2002, Linhart und Biffl (C-99/01, Slg. 2002, I-9375, Randnr. 31), vom 8. April 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Slg. 2003, I-3095, Randnr. 55), vom 12. Februar 2004, Koninklijke KPN Nederland (C-363/99, Slg. 2004, I-1619, Randnr. 77) und Henkel (C-218/01, Slg. 2004, I-1725, Randnr. 50), vom 9. März 2006, Matratzen Concord (C-421/04, Slg. 2006, I-2303, Randnr. 24), und vom 19. September 2006, Lidl Belgium (C-356/04, Slg. 2006, I-8501, Randnr. 78).

nationalen Gerichten und Behörden anvertraut. Verhindert werden soll damit die Gefahr unterschiedlicher Beurteilungen von gleichen Geschäftspraktiken von einem Mitgliedstaat zum anderen zugunsten eines höheren Grades an Rechtssicherheit für die Verbraucher und die Mitbewerber [78].

103. Das Abstellen auf einen „normal informierten und angemessen aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbraucher" ist rechtlich dahin gehend zu deuten, dass zur Wahrung eines angemessenen Verhältnisses zwischen beiden Zielen entsprechend hohe Anforderungen an die Erfüllung des Tatbestands des Art. 5 Abs. 2 Buchst. b zu stellen sind. Danach darf nicht jede Geschäftspraxis bereits wegen ihrer bloßen Geeignetheit, auf die Kaufentscheidung Einfluss zu nehmen, als tatbestandsmäßig angesehen werden. Dem Verbraucher wird vielmehr aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts zugetraut, das Gefährdungspotenzial bestimmter Geschäftspraktiken zu erkennen und entsprechend rational zu handeln [79]. Dies ist auch regelungspolitisch konsequent, will man nicht jegliche, unter Umständen zwar provokative, jedoch allgemein als unschädlich anerkannte Form von Werbung bereits als unlauter und damit als untersagungswürdig ansehen [80].

104. Wie die Beklagte des Ausgangsverfahrens meines Erachtens zutreffend erklärt [81], ist einem Durchschnittsverbraucher in unserer heutigen Zeit in der Regel bewusst, dass Werbung und Verkaufsförderung in einer freien Marktwirtschaft nicht allein mit dem Preis und der Qualität einer Ware Kunden zu gewinnen suchen, sondern eine Vielzahl an Zusatznutzen versprechen. Solche können emotionaler Natur sein, wie etwa bei der Werbung mit dem Gefühl von Freiheit und Unabhängigkeit oder der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, oder Zusatznutzen mit durchaus wirtschaftlichem Nutzen, wie Zugaben. Es ist daher folgerichtig, einem entsprechend normal informierten und angemessen aufmerksamen und kritischen

78 — Abbamonte, G., a. a. O. (Fn. 57), S. 25, weist darauf hin, dass mit der Richtlinie 2005/29 der Gemeinschaftsgesetzgeber diese Methode, die von den Gerichten mancher Mitgliedstaaten nicht angewandt worden sei, nunmehr kodifiziere. Der Autor ist der Ansicht, dass dadurch die Gefahr unterschiedlicher Beurteilungen von gleichen Geschäftspraktiken innerhalb der Europäischen Union eingeschränkt und die Rechtssicherheit erhöht werde. Ähnlich auch Wiebe, A., a. a. O. (Fn. 38), S. 75, und 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. 311. Weatherill, S., a.a.O. (Fn. 58), S. 135, erklärt, dass das Abstellen auf einen Durchschnittsverbraucher angesichts des unterschiedlichen Verbraucherverhaltens zwar künstlich erscheinen möge, jedoch für ein funktionierendes, harmonisiertes Regelungssystem unentbehrlich sei.

79 — Lecheler, H., „Verbraucherschutz", in: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (hrsg. von Manfred Dauses), Band 2, München 2004, H. V, Randnr. 27, S. 11, interpretiert die Rechtsprechung des Gerichtshofs (in Fn. 77 der vorliegenden Schlussanträge angeführt), dahin gehend, dass von einem grundsätzlich vernünftig und aufmerksam handelnden Verbraucher ausgegangen werde, der sich zu orientieren vermöge und der Selbstbestimmung fähig sei.

80 — So weist Maione, N., a. a. O. (Fn. 71), S. 1068, darauf hin, dass nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht jegliche Geschäftspraxis verboten werden soll, die auf das Kaufverhalten des Verbrauchers Einfluss nimmt, sondern nur jene Praktiken, die gegen die berufliche Sorgfalt verstoßen, indem sie die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers beeinträchtigen.

81 — Siehe S. 10 des Schriftsatzes der Beklagten des Ausgangsverfahrens.

Verbraucher innerhalb des vom Gemeinschaftsrecht festgelegten Regelungsrahmens die Entscheidung vorzubehalten, ob er ein Produkt aufgrund der beworbenen Vorzüge oder wegen seiner Qualität oder gar seines niedrigen Preises erwirbt [82].

105. Die Unterstellung, die jedem gesetzlichen grundsätzlichen Verbot innewohnt, jegliche Kopplung zwischen einer Ware und einem Gewinnspiel sei ungeachtet ihres tatsächlichen Gefährdungspotenzials sowie der Besonderheiten des betreffenden Adressatenkreises gefährlich und müsse daher untersagt werden, würde dem gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherleitbild jedoch nicht gerecht werden. Sie müsste im Endeffekt als eine Bevormundung des Verbrauchers empfunden werden [83]. Gleichzeitig würde sie die Warenverkehrs- und die Dienstleistungsfreiheit unverhältnismäßig einschränken. Ein solches Verbot würde nämlich über das hinausgehen, was notwendig ist, um sowohl den Interessen der Verbraucher als auch der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit Rechnung zu tragen.

Zwischenergebnis

106. Zusammenfassend ist festzustellen, dass das in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG enthaltene Verbot von Kopplungsangeboten in der von der österreichischen Rechtsprechung vorgenommenen einschränkenden Auslegung auf einer gesetzgeberischen Abwägung beruht, die nicht den Vorgaben der Richtlinie 2005/29 entspricht.

107. Obwohl diese Schlussfolgerung bereits genügt, um die erste Vorlagefrage zu bejahen, werde ich im Folgenden, in Erwiderung auf die Ausführungen des vorlegenden Gerichts und der österreichischen Regierung, hilfsweise die Vereinbarkeit der streitgegenständlichen

82 — In diesem Sinne auch Kucsko, G., a. a. O. (Fn. 39), S. 709, der bezweifelt, dass die Argumentation, die den Materialien zum Prämiengesetz vom Jahr 1929 (auf das das Zugabenverbot des § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG letztlich zurückgeht) zugrunde lag in der heutigen Zeit noch entscheidendes Gewicht zukomme. Der Konsument sei heute wesentlich kritischer und aufgeklärter. Auch die Werbewelt habe sich in den letzten Jahrzehnten entscheidend verändert. Der Konsument sei in viel stärkerem Maße der — durchaus nicht immer sachlichen — Umwerbung ausgesetzt und daran gewöhnt. Das „Image" bestimmter Marken werde mit Assoziationen beladen, die schon lange nichts mehr mit den eigentlichen Produkteigenschaften zu tun hätten. Andererseits sei aber die kritische Urteilskraft der Verbraucher durch die laufende Publikation objektiver Vergleichstests, durch Prüfzeichen, durch kritische Konsumentenzeitschriften usw. nicht nur für die betreffenden Testprodukte, sondern ganz allgemein geschärft worden. Der Konsument werde daher heute viel eher in der Lage sein, selbst zu beurteilen, ob er sich „unsachlich verlocken" lassen wolle, oder ob ihm der Preis für die Hauptware zu hoch sei. Bei der Zugabe erhalte er im Übrigen mehr als ein unkörperliches „Image", er erhalte eine reale Ware oder Leistung. Das bevormundende Argument, die Verbraucher schützen zu wollen, sei heute nicht mehr überzeugend.

83 — Heidinger, R., a. a. O. (Fn. 17), S. 46, und Wittmann, H., „EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?", *Medien und Recht*, 6/2008, S. 284, greifen die vom vorlegenden Gericht im Vorlagebeschluss geäußerten Bedenken auf. Sie weisen darauf hin, dass das Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29 zugrunde liegende Leitbild eines mündigen Verbrauchers gegen die Annahme einer Unlauterkeit im Ausgangsfall spreche. Ein derart weitgehender Verbraucherschutz stehe im Widerspruch zum Zeitbild eines mündigen Verbrauchers, dem es grundsätzlich freistehen müsse, seine wirtschaftlichen Entscheidungen auch aufgrund unsachlicher Erwägungen zu treffen.

Regelung mit den weiteren Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie prüfen.

Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflicht

Übereinstimmung der rechtlichen Anforderungen

108. Ein offensichtlicher Unterschied zu den Richtlinienvorgaben ist darin zu erkennen, dass die streitgegenständliche Bestimmung auch nach einer einschränkenden Auslegung auf die wesentliche Voraussetzung einer Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflicht, wie sie in Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie aufgestellt ist, gänzlich verzichtet.

109. Die österreichische Regierung bringt in diesem Zusammenhang vor, das Erfordernis einer beruflichen Sorgfaltspflicht liege der streitgegenständlichen Regelung eigentlich inhärent zugrunde, da Letztere den Schutz des Wettbewerbs vor den Gefahren einer Ausnutzung der Spielsucht der Verbraucher bezwecke. Die Einhaltung der beruflichen Sorgfaltspflicht sei im Einzelfall, je nach den berufspezifischen Anforderungen vom Gericht zu überprüfen [84]. Dieses Vorbringen ist dahin gehend zu verstehen, dass die streitgegenständliche nationale Regelung auch dieses Erfordernis umsetzen soll, sei es auch im Wege einer korrigierenden Auslegung durch das zuständige Gericht.

110. Diese Ausführungen zum nationalen Recht vermögen indes nicht zu überzeugen, weist das vorlegende Gericht hierzu doch ausdrücklich darauf hin, dass die österreichischen Gerichte, anders als beim bereits erwähnten Erfordernis der wesentlichen Beeinflussung des Verbraucherverhaltens der Fall [85], nicht in der Lage seien, zu prüfen, ob das Ankündigen, Anbieten oder Gewähren einer Zugabe auch dem Grunde nach unlauter sei, weil es den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspreche [86]. Das vorlegende Gericht bezweifelt deshalb, dass ein allgemeines Zugabenverbot in der heutigen Fassung mit der Richtlinie 2005/29 vereinbar sein könne.

Zwischenergebnis

111. Die Ausführungen des vorlegenden Gerichts bestätigen somit meine Auffassung, dass das in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG enthaltene

84 — Siehe Randnr. 47, S. 19 des Schriftsatzes der österreichischen Regierung.

85 — Siehe Nr. 95 der vorliegenden Schlussanträge.

86 — Siehe S. 10 des Vorlagebeschlusses.

Verbot von Kopplungsangeboten den Richtlinienvorgaben auch nicht im Hinblick auf das in Art. 5 Abs. 2 Buchst. a aufgestellte Erfordernis genügt. Demnach ist keine Übereinstimmung der rechtlichen Anforderungen von Art. 5 Abs. 2 Buchst. a in der streitgegenständlichen Regelung festzustellen. Es ist auch nicht dargetan worden, dass es im österreichischen Lauterkeitsrecht ein anderes Erfordernis gäbe, das in etwa den rechtlichen Anforderungen von Art. 5 Abs. 2 Buchst. a entspräche.

112. In Anbetracht der Tatsache, dass dies bereits ausreicht, um auf die Unvereinbarkeit der streitgegenständlichen Regelung mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29 zu schließen, sehe ich keine Notwendigkeit, die Prüfung anhand dieser Richtlinienbestimmung fortzusetzen.

c) Ergebnis

113. Eine nationale Regelung wie § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG in der ihr zugeschriebenen Auslegung, die ein grundsätzliches Verbot von Kopplungsangeboten verhängt, ohne die Möglichkeit vorzusehen, alle Umstände des jeweils konkreten Einzelfalls hinreichend zu berücksichtigen, ist daher ihrem Wesen nach restriktiver und strenger als die Regelungen der Richtlinie 2005/29.

114. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG einen Bereich betrifft, der der vollständigen Harmonisierung unterliegt und für den die Übergangsregelungen des Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie nicht gelten. Es ist auch von keinem der Verfahrensbeteiligten dargetan worden, die streitgegenständliche nationale Regelung sei einem der Bereiche, die im neunten Erwägungsgrund der Richtlinie aufgeführt sind, zuzuordnen [87]. Ebenso wenig anwendbar ist die Ausnahmebestimmung des Art. 3 Abs. 9 der Richtlinie.

115. Das grundsätzliche Kopplungsverbot des § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG in der oben beschriebenen einschränkenden Auslegung läuft im Ergebnis darauf hinaus, die in Anhang I der Richtlinie enthaltene abschließende Liste verbotener Geschäftspraktiken zu erweitern, was den Mitgliedstaaten angesichts der mit der Richtlinie 2005/29 erfolgten vollständigen und maximalen Harmonisierung

87 — Wie Schuhmacher, W., a.a.O. (Fn. 21), S. 131, zutreffend bemerkt, sind im neunten Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/29 gewisse Schranken der Vollharmonisierung aufgelistet. Gleichwohl ist im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren von keiner der Verfahrensbeteiligten explizit dargetan worden, diese Schranken seien auf den Ausgangsfall anwendbar. Dies scheint bei objektiver Betrachtung auch nicht der Fall zu sein.

jedoch gerade verwehrt ist [88]. Einseitige Erweiterungen dieser Liste seitens der Mitgliedstaaten sind, vor dem Hintergrund dessen, dass diese 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.

116. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen komme ich zu dem Ergebnis, dass eine mitgliedstaatliche Regelung wie die in § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG enthaltene trotz einer einschränkenden Auslegung den Vorgaben der Richtlinie 2005/29 nicht entspricht.

Zur Rücknahme des Kommissionsvorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt

117. Die österreichische Regierung stützt einen Teil ihrer Argumentation auf einzelne Bestimmungen des von der Kommission schließlich zurückgenommenen Vorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt [89]. Diese beinhalteten u. a. Regelungen betreffend das Anbieten von unentgeltlichen Zuwendungen, Zugaben oder der Möglichkeit der Teilnahme an Preisausschreiben und Gewinnspielen. Die österreichische Regierung glaubt, aus der Zurückziehung dieses Entwurfs schlussfolgern zu können, dass der Regelungsbereich, der vom Entwurf der Verordnung über Verkaufsförderung umfasst gewesen wäre, weiterhin ungeregelt und nicht etwa von der Richtlinie 2005/29 erfasst sei.

118. Zu den Folgen der Rücknahme dieses Kommissionsvorschlags für die rechtliche Behandlung von Kopplungsangeboten habe ich bereits in meinen Schlussanträgen in den Rechtssachen VTB-VAB und Galatea [90] und in der Rechtssache Plus [91] ausführlich Stellung genommen. Anlass war die im Wesentlichen gleichlautende Argumentation der belgischen und der deutschen Regierung in jenen Rechtssachen. Darin habe ich erklärt, warum sich meines Erachtens 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 lassen.

88 — Abbamonte, G., a. a. O. (Fn. 57), S. 21, weist darauf hin, dass die Mitgliedstaaten die in Anhang I zur Richtlinie 2005/29 enthaltene abschließende Liste verbotener Geschäftspraktiken nicht selbst erweitern dürften. 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. Keirsbilck, B., a. a.O. (Fn. 14), S. 522, bezeichnet die in Anhang I aufgeführte Liste verbotener Geschäftspraktiken als abschließend.

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

90 — Oben in Fn. 15 angeführt, Nrn. 90 bis 94.

91 — Oben in Fn. 20 angeführt, Nrn. 106 bis 111.

119. Der oben genannte Vorschlag betrifft nämlich eine Gemeinschaftsrechtsnorm, die jedoch letztlich nie in Kraft getreten und daher nie Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung geworden ist. Er kann daher nicht ohne Weiteres als Auslegungsgegenstand herangezogen werden. Dies gilt erst recht, wenn die Kommission diesen Vorschlag, wie im Fall des genannten Verordnungsentwurfs, aus eigenem Antrieb zurücknimmt. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass der Kommission ein Initiativrecht zusteht und daher sie die Möglichkeit hat, ihre Vorschläge zurückzuziehen. Davon abgesehen ist zu berücksichtigen, dass diese Vorschläge im Rahmen eines Rechtsetzungsverfahrens zahlreichen Änderungen durch Rat und Parlament unterliegen können, so dass sie nur bedingt als Auslegungshilfe herangezogen werden können [92]. Über die endgültige Fassung einer solchen Verordnung kann daher nur gemutmaßt werden. Insofern ist ein solcher Vorschlag nicht geeignet, Vertrauensschutz zu begründen.

120. Erst recht nicht kann sich ein Mitgliedstaat mit Erfolg auf Vertrauensschutz berufen, wenn er maßgeblich an beiden Rechtsetzungsverfahren beteiligt war. Die Rechtsetzungsverfahren zu der Verordnung und der Richtlinie 2005/29 verliefen teilweise zeitgleich. Als verfassungsmäßige Vertreterin eines im Rat vertretenen Mitgliedstaats war die österreichische Regierung maßgeblich an beiden Rechtsetzungsverfahren beteiligt und deshalb stets über dessen Fortgang informiert. Auf Unkenntnis über die Vorgänge in beiden Rechtsetzungsverfahren kann sie sich daher nicht rechtswirksam berufen.

121. 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 auszuarbeiten [93].

122. Spätestens zum Zeitpunkt der Rücknahme des Kommissionsvorschlags [94] hätte die österreichische Regierung daher

92 — Vgl. Nr. 83 meiner Schlussanträge vom 29. Oktober 2009 in der noch anhängigen Rechtssache C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. In diesem Sinne Riesenhuber, K., „Die Auslegung", in: *Europäische Methodenlehre*, Berlin 2006, S. 257, Randnr. 31. Der Autor erklärt, dass die historische Auslegung im europäischen Privatrecht, bei der es um die Vorgeschichte und die Entstehungsgeschichte gehe, eine zentrale Rolle spiele. Verfolge die Auslegung das Ziel, den Gesetzgeberwillen zu ermitteln, so sei zunächst zu bestimmen, wessen Wille maßgeblich sei. Der demokratische legitimierte Gesetzgeber, das seien nur die Gesetzgebungsorgane, deren Zustimmung den Rechtsakt im konkreten Fall trage. Verschiedene Organe seien hingegen lediglich anzuhören, und auch die Kommission habe nur ein Initiativrecht und die Möglichkeit, Vorschläge zurückzuziehen; ihre Vorschläge könnten im Gesetzgebungsverfahren beliebig verändert werden. Sofern Vorschläge bzw. Wünsche der Kommission nicht übernommen würden, könne sich daraus allenfalls (aber nicht zwingend) ein Argument *e contrario* ergeben.

93 — 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).

94 — 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., vom 27. September 2005, S. 10, angekündigt.

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 Verbraucherschutzrechts der Gemeinschaft einzuführen und zum anderen eine Vollharmonisierung der mitgliedstaatlichen Regeln über unlautere Geschäftspraktiken zu erreichen [95]. Vor dem Hintergrund, dass die Rücknahme zu einem Zeitpunkt erfolgte, als die Frist für die Umsetzung der Richtlinie noch lief, oblag es dem österreichischen Gesetzgeber, diesen Erkenntnissen bei der Anpassung des nationalen Rechts Rechnung zu tragen.

123. Abschließend ist anzumerken, dass der Gerichtshof im Urteil VTB-VAB und Galatea auf die im Wesentlichen gleiche Argumentation der belgischen Regierung nicht eingegangen ist, womit er implizit zum Ausdruck gebracht hat, dass er dieser Argumentationslinie nicht folgt. Letzteres ist schließlich im Urteil Plus bestätigt worden [96].

124. Folglich ist dieses Vorbringen zurückzuweisen.

5. Schlussfolgerungen

125. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass gegen die Vereinbarkeit der streitgegenständlichen nationalen Regelung mit den Vorgaben der Richtlinie 2005/29 zunächst einmal der Umstand spricht, dass Erstere, als grundsätzliches Verbot konzipiert, eine Regelungsstruktur aufweist, die eine Beurteilung der konkreten Geschäftspraxis auf ihre Lauterkeit im Einzelfall nicht im gleichen Maße wie die Richtlinie ermöglicht [97].

126. Ferner ist festzustellen, dass in der streitgegenständlichen nationalen Regelung — auch unter Zugrundelegung einer einschränkenden Auslegung, wie sie die österreichische Rechtsprechung vertritt — keine ordnungsgemäße Umsetzung der Regelungen in Art. 5 Abs. 2, 4 und 5 der Richtlinie gesehen werden kann. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des nationalen Rechts entweder nicht den Voraussetzungen der Richtlinie für die Einordnung einer Geschäftspraxis als unlauter entsprechen oder nicht in Einklang mit der Richtlinie ausgelegt werden können.

95 — So auch Stuyck, J., a. a. O. (Fn. 18), 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 ihres Ziels einer Vollharmonisierung) wieder aufgefangen wurden.

96 — Urteil Plus (oben in Fn. 5 angeführt, Randnr. 33).

97 — Siehe Nrn. 76 bis 79 der vorliegenden Schlussanträge.

127. Da die Richtlinie 2005/29 einem Verbot von Kopplungsangeboten wie dem nach § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG entgegensteht, braucht auf eine etwaige Verletzung der Grundfreiheiten nicht eingegangen zu werden [98].

128. Vor diesem Hintergrund ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass die Bestimmungen der Richtlinie 2005/29 einer nationalen Regelung, wonach das Ankündigen, Anbieten oder Gewähren von unentgeltlichen Zugaben zu periodischen Druckschriften sowie das Ankündigen von unentgeltlichen Zugaben zu anderen Waren oder Dienstleistungen abgesehen von abschließend genannten Ausnahmen unzulässig ist, ohne dass im Einzelfall der irreführende, aggressive oder sonst unlautere Charakter dieser Geschäftspraxis geprüft werden müsste, auch dann entgegenstehen, wenn diese Regelung nicht nur dem Verbraucherschutz, sondern auch anderen Zwecken dient, die nicht vom sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden, etwa der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt oder dem Schutz schwächerer Mitbewerber.

129. Abschließend sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass — anders als das vorlegende Gericht anzunehmen scheint [99] — gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs [100] jedenfalls gemeinschaftsrechtlich nicht gefordert wird, dass nationale Gerichte in einem Rechtsstreit zwischen Privaten nationales Recht, das nicht mit einer Richtlinie vereinbar ist, unangewendet lassen.

C — *Zur zweiten Vorlagefrage*

130. Die zweite Vorlagefrage zielt bei verständiger Auslegung im Wesentlichen darauf ab, vom Gerichtshof feststellen zu lassen, ob eine bestimmte Geschäftspraxis unter Umständen, die das vorlegende Gericht offenbar für gegeben hält, als „unlauter" im Sinne von Art. 5 Abs. 2. der Richtlinie 2005/29 betrachtet werden kann. Konkret geht das vorlegende Gericht in seinen Ausführungen von der Prämisse aus, dass „die mit dem Erwerb einer Zeitung verbundene Ermöglichung der Teilnahme an einem Gewinnspiel zumindest für einen Teil der angesprochenen Kreise zwar nicht das einzige, wohl aber das ausschlaggebende Motiv für den Erwerb der Zeitung bildet". Dieses Merkmal ist in erster Linie für

98 — Vgl. Urteil VTB-VAB und Galatea (oben in Fn. 4 angeführt, Randnr. 67).

99 — Siehe Punkt 2.2 auf S. 13 des Vorlagebeschlusses. Darin geht das vorlegende Gericht nach eigenen Angaben von der „Gegenstandslosigkeit" des § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG für den Fall aus, dass der Gerichtshof die erste Vorlagefrage bejahen sollte.

100 — Vgl. zur horizontalen unmittelbaren Wirkung von Richtlinien die Urteile Marleasing (oben in Fn. 64 angeführt), Randnr. 6, Faccini Dori (oben in Fn. 64 angeführt, Randnrn. 24 f.), vom 26. September 2000, Unilever Italia (C-443/93, Slg. 2000, I-7535, Randnr. 50). Vgl. zur Möglichkeit eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs, wenn nationale Bestimmungen nicht in einer mit der Richtlinie zu vereinbarenden Art und Weise ausgelegt werden können, die Urteile vom 8. Oktober 1996, Dillenkofer u. a. (C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94, Slg. 1996, I-4845), vom 24. September 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Slg. 1998, I-5411, Randnrn. 27 und 28), und vom 28. Oktober 1999, Alcatel Austria (C-81/98, Slg. 1999, I-7671, Randnrn. 49 und 50).

die Klärung der Frage relevant, ob eine wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Durchschnittsverbrauchers gemäß Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie im konkreten Fall gegeben ist.

131. Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie stellt klar, dass es in erster Linie auf die Wirkung einer bestimmten Geschäftspraxis auf das Verhalten eines Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, ankommt. Diese Richtlinienbestimmung übernimmt indes nicht nur die vom Gerichtshof entwickelte Untersuchungsmethode, sondern verfeinert sie, indem sie sie an Situationen anpasst, in denen die Interessen spezifischer Gruppen betroffen sind [101]. Sofern sich eine bestimmte Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, ist es dann maßgeblich, ob diese Geschäftspraxis das wirtschaftliche Verhalten eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen. Bei dieser Untersuchung ist auf die Perspektive dieses Durchschnittsverbrauchers abzustellen, wobei u.a. dessen Erwartungen und voraussichtliche Reaktionen zu berücksichtigen sind [102].

132. Vor dem Hintergrund, dass die die von der Beklagten des Ausgangsverfahrens in ihrer Zeitung veröffentlichten Aufforderung zur Teilnahme am Gewinnspiel offenbar in einer allgemeinen Zeitung und nicht etwa in einer Sportzeitung erschienen ist, obliegt dem nationalen Gericht die Prüfung, inwiefern dieses Angebot sich unter Umständen an eine spezifische Lesergruppe richtet und daher dieser zweite Prüfungsmaßstab anzuwenden ist.

133. Dessen ungeachtet ist in Erinnerung zu rufen, dass, um auf die Unlauterkeit einer Geschäftspraxis im Sinne des Art. 5 Abs. 2 schließen zu können, die Tatbestandsvoraussetzungen in Buchst. a und b kumulativ erfüllt sein müssen [103]. Ein Verstoß gegen die Erfordernisse der beruflichen Sorgfaltspflicht müsste daher im Ausgangsfall zusätzlich zu bejahen sein. 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“. Ob ein solcher Verstoß im Ausgangsfall vorliegt, ist vom nationalen Richter im Einzelnen zu prüfen.

134. Folglich ist auf die zweite Vorlagefrage zu antworten, dass die mit dem Erwerb einer Zeitung verbundene Ermöglichung der Teilnahme an einem Gewinnspiel nicht allein deswegen eine unlautere Geschäftspraxis im Sinn von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29 ist, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Kreise zwar nicht das einzige, wohl aber das ausschlaggebende Motiv für den Erwerb der Zeitung bildet.

101 — In diesem Sinne auch Abbamonte, G., a. a. O. (Fn. 57), S. 25, der von einer Verfeinerung im Wege einer Modulierung dieser Untersuchungsmethode spricht, wenn die Interessen spezifischer Gruppen betroffen seien.

102 — Abbamonte, G., a. a. O. (Fn. 57), S. 25, gibt Beispiele für die Anwendung dieser Regelung. Wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wende, etwa an Kinder oder Raketentechniker, so sei auf die Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe abzustellen. Im Fall einer Spielzeugwerbung im Rahmen einer Sendung für Kinder wird man nach Ansicht des Autors auf die Erwartungen und voraussichtlichen Reaktionen eines durchschnittlichen Kindes in der Zielgruppe abstellen und solche Erwartungen und Reaktionen außer Acht lassen müssen, die einem ausnahmsweise unreifen Kindes eigen sind.

103 — Siehe Nr. 93 der vorliegenden Schlussanträge.

VII — Ergebnis

135. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des Obersten Gerichtshofs wie folgt zu antworten:

1. Die Bestimmungen der Richtlinie 2005/29/EG 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) sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie § 9a Abs. 1 Nr. 1 UWG, wonach das Ankündigen, Anbieten oder Gewähren von unentgeltlichen Zugaben zu periodischen Druckschriften sowie das Ankündigen von unentgeltlichen Zugaben zu anderen Waren oder Dienstleistungen abgesehen von abschließend genannten Ausnahmen unzulässig ist, ohne dass im Einzelfall der irreführende, aggressive oder sonst unlautere Charakter dieser Geschäftspraxis geprüft werden müsste, auch dann entgegenstehen, wenn diese Regelung nicht nur dem Verbraucherschutz, sondern auch anderen Zwecken dient, die nicht vom sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst werden, etwa der Aufrechterhaltung der Medienvielfalt oder dem Schutz schwächerer Mitbewerber.

2. Die mit dem Erwerb einer Zeitung verbundene Ermöglichung der Teilnahme an einem Gewinnspiel ist nicht allein deswegen eine unlautere Geschäftspraxis im Sinn von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29, weil diese Teilnahmemöglichkeit zumindest für einen Teil der angesprochenen Kreise zwar nicht das einzige, wohl aber das ausschlaggebende Motiv für den Erwerb der Zeitung bildet.