

Von „6-Korn-Eiern“, „Face-Lifting“ und „Orient-Teppich-Mustern“

Das Verbraucherleitbild in rechtsvergleichender Sicht

Von Fritz Traub

Foto: Michael Stehr/direkt



Probleme im Zusammenhang mit dem Verbraucherschutz sind hochaktuell – und das nicht nur in Deutschland. Wer aber ist eigentlich gemeint mit dem Begriff ‚Verbraucher‘, wenn es um dessen Schutz geht? Und welche Rechtsordnung schützt welchen Verbraucher? Mit diesen Fragen befasste sich Hon.-Prof. Dr. Fritz Traub, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Frankfurt/Main a.D., bei seiner Abschiedsvorlesung am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Gießen im Mai 2000.

Die einzelnen Rechtsordnungen, die das Wettbewerbsrecht regeln, haben sich nicht immer ausdrücklich dazu geäußert, wer durch das Wettbewerbsrecht geschützt sein soll. Es gibt drei Möglichkeiten:

1. Die in Konkurrenz stehenden Wettbewerber sind geschützt.

2. Die Allgemeinheit ist geschützt, d.h. die Allgemeinheit als Träger von Rechtsgütern, z.B. als Inhaber des Rechtsguts der Willensfreiheit, des Rechtsguts der Gesundheit oder des Rechtsguts der Freiheit der Religionsausübung.

Als dritte Möglichkeit kann es sein, daß der **Verbraucher** geschützt wird, also derjenige, der als Interessent für die angebotene Ware oder Dienstleistung in Betracht kommt. Das kann ein großer Teil der Allgemeinheit sein, muß es aber nicht. Es gibt Waren oder Dienstleistungen, die nur von wenigen Personen in Anspruch genommen werden, so daß hier der Kreis der Verbraucher nur einen Bruchteil der Allgemeinheit ausmacht.

Wenn wir nun schon einmal davon ausgehen, daß der Verbraucher ebenfalls durch die Wettbewerbsordnung geschützt ist – das ist inzwischen eine irreversible, aus sozialen Gründen nicht mehr hinwegzudenkende Funktion der Wettbewerbsordnung –, dann kommt es natürlich darauf an, welchen Verbraucher man zugrunde legt: Den **schutzbedürftigen** Verbraucher oder den **mündigen** Verbraucher? Schutzbedürftig kann der Verbraucher aus den verschiedensten Gründen sein: Er ist Ausländer und beherrscht die Sprache nicht, in

welcher geworben wird, sondern muß sich auf Abbildungen verlassen. Er ist ein Kind und daher leicht verführbar; er ist unaufmerksam und schaut nicht genau hin, weil ihn die ständige Reklame, mit der er konfrontiert wird, zermürbt hat. Er hat – wie man zurückhaltend sagt – einen „Bildungsrückstand“, womit gemeint ist, daß er „dumm“ ist und den Text einfach nicht versteht. Zu diesem Kreis der mehr oder weniger „Dummen“ müssen Sie, wie ich meine, fast alle zählen. Denn was Werbung anbelangt, so gibt es Fachleute, die die Werbung erarbeiten, die Erfahrung haben und sich immer Neues einfallen lassen, um die Verbraucher zu begeistern, wenn nicht gar hinter das Licht zu führen. Sie sind also dem Verbraucher, selbst wenn er

sonst gar nicht dumm ist, immer ein Stück voraus. Selbst wenn der Verbraucher kraft seiner Intelligenz aus Schaden schnell klug wird: Einmal ist er hereingefallen, ehe er merkt, was los ist.

Hierfür ein Beispiel: Ein junger – alles andere als dummer – Informatiker erzählte mir, daß die Werbung im Hardware-Bereich, insbesondere beim Angebot von PC's, stets mit neuen Modellen den Eindruck erweckt, als sei ein technischer Fortschritt vorhanden, der einen höheren Preis rechtfertigt. Dabei sind die Veränderungen gegenüber dem bisherigen Modell äußerst geringfügig, manchmal sogar sinnlos, und in jedem Fall rechtfertigen sie nicht den neuen höheren Preis. Die Informatiker nennen diese kleinen technischen Veränderungen „Place-



Preiserhöhungen bei neuen Computer-Modellen sind nicht immer gerechtfertigt. Informatik-Fachleute sprechen von „Placebos“, wenn ein neues Modell nur kleine Veränderungen aufweist, die keineswegs einen besonderen technischen Fortschritt darstellen und damit auch die Preiserhöhung nicht rechtfertigen. Viele Verbraucher können das aber oft vor dem Kauf nicht richtig einschätzen.



Fritz Traub, Jahrgang 1929, studierte Rechtswissenschaften an der Universität Frankfurt a.M. Richterliche Tätigkeit auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts sowie des Wettbewerbs- und Kartellrechts seit 1958; 1962 Ernennung zum Landgerichtsrat in Frankfurt a. M.; 1966 Oberlandesgerichtsrat daselbst; 1976 Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht daselbst, Vorsitz im Senat für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und im Kartellsenat bis zu seinem Ruhestand 1994. Anlässlich des Übertritts in den Ruhestand „Festschrift für Fritz Traub zum 65. Geburtstag“. Seit 1984 Honorar-Professor an der Justus-Liebig-Universität Gießen für die Fächer Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Wettbewerbs- und Kartellrecht und Handelsrecht. Ebenfalls seit 1984: Stellvertretender Vorsitzender des Vorstands der Bezirksgruppe Frankfurt a.M. der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht; seit 1992: Mitglied der Sachverständigenkommission der Bundesregierung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht; seit 1994: Vorsitzender des Beschwerdeausschusses der GEMA; seit 1998: Vorsitzender der Einigungsstelle der Industrie- und Handelskammer Frankfurt a.M. in Wettbewerbsachen.

bos“. Natürlich werden sie ihre PC's kein zweites Mal bei diesem Hersteller kaufen, aber zunächst einmal sind sie hereingefallen.

Dem schutzbedürftigen Verbraucher steht der „mündige“ Verbraucher gegenüber. Er ist der Kluge, der sich nicht hinter das Licht führen lässt, der prüft, ehe er sich entscheidet. Er wird auch als der „bon père de famille“ oder als der „reasonable man“ bezeichnet, der auch das Kleingedruckte liest und sich von psychologischen Kaufzwängen nicht beeindrucken lässt.

Je nachdem, welche Art von Verbraucher eine Rechtsordnung schützt, spricht man von einem Verbraucherleitbild oder auch „consumers image“. Während der Europäische Gerichtshof (EuGH) das Verbraucherleitbild des mündigen Verbrauchers vertritt, vertritt die deutsche Rechtsordnung das Verbraucherleitbild des schutzbedürftigen, flüchtigen Verbrauchers. Den Deutschen wird vorgeworfen, viel zu ängstlich und viel zu fürsorglich mit den Verbrauchern umzugehen. Man bringt Beispiele, aus denen sich ergeben soll, daß die deutsche Rechtsordnung auch die „einfältigsten und dümmsten“, „schlafmützigsten“ und „an der Grenze zur Debität verharrenden“ Verbraucher schütze. Ja, wir Deutschen sind Gegenstand des feinen britischen Spotts geworden, der ja – wie Sie wissen – durch das sog. *understatement* charakterisiert wird.

Vor einigen Jahren gab es ein Verfahren beim Europäischen Gerichtshof, bei welchem es um die Frage ging, in welchen Flaschen ein italienischer Rotwein in Deutschland vermarktet werden dürfe. Es gab im Deutschen Weingesetz eine Vorschrift, wonach eben diese Flaschenform für bestimmte deutsche Weine vorbehalten sei. Diese sog. „Cantil-Flasche“, die wir in Deutschland vom Frankenwein her kennen, wurde nun auch für einen italienischen Rotwein genutzt; als dieser Wein erstmals nach Deutschland eingeführt wurde, wurde von den Herstellern des Frankenweins auf Unterlassung geklagt. Die deutsche Regierung verteidigte das Weingesetz mit dem Hinweis, man müsse Irreführungen der Verbraucher über die Herkunft des Weines ausschließen. Die deutschen Verbraucher seien es nämlich gewöhnt, daß ihre – übrigens ausgezeichneten – Weißweine, die in diesen Flaschen abgefüllt würden, aus dem Frankenland stammten. Daraufhin erklärte der britische Generalanwalt beim EuGH, Sir Gordon Slynn, die hohe Intelligenz der Deutschen sei dort bekannt, so daß man davon ausgehen könne, daß sie in der Lage seien, Rotwein und Weißwein zu unterscheiden. Wollte man der allgemeinen Erfahrung glauben, sähen Rotwein und Weißwein verschieden aus. Der Spott kam gut an, und die Einfuhr des italienischen Rotweins in Can-

til-Flaschen ist seitdem zulässig. Bitte, nehmen Sie es nicht als Rechthaberei, wenn ich doch erwähne, daß der englische Generalanwalt sich geirrt hat. Denn einige wenige Lagen des Frankenweins sind tatsächlich Rotweine.

Während man sich daran gewöhnt hat, das Verbraucherleitbild der deutschen Rechtsordnung und des Europäischen Gerichtshofs als kontrastierende Leitbilder zu verstehen, fragt man sich natürlich auch, wie sich das in anderen Ländern verhält. Welches Verbraucherleitbild wird z.B. in jungen Wettbewerbsgesetzen zugrunde gelegt, die – wie in den früheren Ostblockländern – einen Verbraucher schützen sollen, der durch den plötzlichen Übergang zu einer freien Marktwirtschaft ohnedies erheblichen Belastungen ausgesetzt ist und leider oft von unseriösen Gewerbetreibenden ausgenutzt wird? Wie verhält es sich in Ländern, die – wie Brasilien und Argentinien – als Länder des „Merco-Sul“ – eine Art Wirtschaftswunder erleben und denen die gesetzlichen Grundlagen noch fehlen, um das unseriöse Werbeverhalten der plötzlich boomenden Unternehmen in den Griff zu bekommen? Um diesen Fragen nachzugehen, hat die Internationale LIGA für Wettbewerbsrecht (LIDC = Ligue Internationale du Droit de la Concurrence) durch einen *International Reporter* einen Fragenkatalog entwickelt und kompetenten Fachleuten in zahlreichen Ländern vorgelegt. Diese Fachleute, also der jeweilige sog. *National Reporter* oder *rapporteur national*, haben einen Bericht mit der Beantwortung der Fragen nach ihrem nationalen Recht hergestellt und an den *International Reporter* geschickt. Üblicherweise werden die *national reports* dann von dem *International Reporter* ausgewertet und in einem Symposium vertieft, welches, wie Sie sich denken können, an einem besonders schönen Ort stattfindet. Das war bei den Untersuchungen zum Verbraucherleitbild im September 1995 Salzburg. Da ich die Ehre hatte, der *International Reporter* für die Frage nach dem Verbraucherleitbild zu sein,



Frankenweine erkennt man leicht am „Bocksbeutel“ oder der sog. „Cantil-Flasche“. Der Europäische Gerichtshof entschied vor einigen Jahren, daß auch bestimmte Rotweine aus Italien in „Cantil-Flaschen“ nach Deutschland eingeführt werden dürfen.

möchte ich Ihnen auch ein wenig über das Verbraucherleitbild in anderen Ländern berichten.

Zwar ist die Fülle des Materials, das es inzwischen zu dieser Frage gibt, fast unübersehbar geworden, und der Streit hat mehr oder weniger ideologische Züge angenommen. Prof. Meinrad Dreher nennt in der Juristenzeitung (1997 S. 167 ff.) den Verbraucher „das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts“, womit er an das „Phantom der Oper“ erinnern will, und RA Ulf Doepner beklagte in der Zeitschrift „Wettbewerb in Recht und Praxis“ (1997 S. 999 ff.) – wie ich meine, mit Recht – die Umerziehung des Menschen zum „homo oeconomicus“. Wenn man die Tendenzen in den Rechtsordnungen der einzelnen Länder verallgemeinern will, zeigt sich, daß es ein einheitliches Verbraucherleitbild in Europa und auch weltweit nicht gibt, daß aber ein hohes Schutzniveau in den nordeuropäischen Ländern Skandinaviens, besonders im schwedischen und finnischen Recht, vorzufinden ist, ferner in den früheren kommunistischen Ländern und natürlich im deutschen Recht. Die früheren sozialistischen Länder schauen sehr genau auf das deutsche Wettbewerbsrecht, und sie holen sich gerne deutsche Experten, die beratend bei der Regelung des Wettbewerbsrechts in ihren Ländern tätig sind. Den mündigen Verbraucher, der klug genug ist, sich nicht über den Tisch ziehen zu lassen, favorisieren die USA und England. Cum grano salis läßt sich sagen, daß sozialistische und konservative Rechtsordnungen den Schutz des flüchtigen Verbrauchers für erforderlich halten, während liberale Rechtsordnungen den mündigen Menschen zum Maßstab des Verbraucherschutzes machen.

Sie werden mit Recht fragen, was denn nun aus den Ermittlungen der Internationalen LIGA für Wettbewerbsrecht geworden ist, nachdem im Herbst 1995 die *national reports* in Salzburg erörtert worden waren und auch schon Lösungsvorschläge zum Verbraucher-Leitbild angeregt wurden. Es wurde – wie das bei



Der Verbraucherschutz steht bei Ministerin Renate Künast an erster Stelle: Anfang des Jahres wurde das Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten in Ministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft umbenannt. Doch welcher Verbraucher wird von wem wie geschützt? Foto: Ute Voigt/direkt

der LIGA üblich ist – nach dem Arbeitstreffen in Salzburg ein Schlußkongreß einberufen, der natürlich wiederum an einem schönen Ort stattfand, nämlich in Cambridge. Hier waren Delegationen aus den meisten Ländern der Welt anwesend, also nicht nur aus den Ländern, die einen *national report* abgeliefert hatten. Es geschah etwas, was keineswegs bei den Schluß-Resolutionen üblich ist: Es kam zur einstimmigen Annahme der vorgeschlagenen Resolution. Sie hat folgenden Wortlaut:

Die LIGA stellt fest:

1. Es besteht Einigkeit darüber, daß Werbung wahr und korrekt sein muß und nicht zur Irreführung geeignet sein darf.

2. Bei der Anwendung des Irreführungsverbots hat sich die Frage nach dem zugrunde zu legenden Leitbild des Verbrauchers als aktuelles Rechtsproblem ergeben.

3. Rechtsvergleichend gibt es kein einheitliches Verbraucherleitbild. Dem Leitbild des aufmerksamen, kritischen Verbrauchers steht das des flüchtigen, leicht verführbaren Verbrauchers gegenüber. Die LIGA empfiehlt:

1. Bei Anwendung des Irreführungsverbots sollte das Leitbild ei-

nes durchschnittlich verständigen und aufmerksamen Verbrauchers zugrunde gelegt werden.

2. Bei der Anwendung dieses Maßstabs ist zu berücksichtigen, an welche Zielgruppe (Adressatenkreis) sich die Werbung richtet.

3. Bei der tatbestandlichen Feststellung der Irreführung kann das Mittel der Demoskopie eingesetzt werden.

Zugegeben: Das war natürlich eine Einigung auf dem „kleinsten gemeinsamen Nenner“. Jedoch enthält diese Einigung wesentliche Aussagen, was natürlich besonders deutlich wird, wenn man die Diskussionen miterlebt hat.

1. Vom „bon père de famille“ ist keine Rede. Die LIGA wollte damit zugleich zu erkennen geben, daß der EuGH sich nicht überschätzen soll, weil es weltweit Staaten und Staatengemeinschaften gibt, die wirtschaftlich ebenfalls sehr bedeutend sind. Diese Länder fordern teilweise einen verstärkten Verbraucherschutz.

2. Die Lösung – man kann sogar sagen: den Kompromiß – sahen die Delegationen darin, daß auf die einzelnen Zielgruppen abzustellen ist. Besonders schutzwürdige Grup-

pen sollen auch verstärkt geschützt werden, wie z.B. Kinder, Alte und Kranke, Menschen, die die Sprache des Landes nicht verstehen, Raucher, weil sie sich selbst gefährden, auch Laien, wenn sie die Fachausdrücke nicht kennen. In Schweden bilden sogar die Übergewichtigen eine besonders schutzwürdige Gruppe gegenüber den Herstellern von Schlankheitsmitteln, wohl deshalb, weil Übergewicht als diskriminierend empfunden wird.

3. Wichtig ist, daß bei den Irreführungstatbeständen auf Demoskopie nicht verzichtet werden soll, und zwar aus rechtsstaatlichen Gründen. Die Vorausberechenbarkeit der staatlichen Reaktion wird erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht, wenn eine normative Wollensentschei-

dung maßgeblich dafür ist, was Irreführung ist und was nicht; und dies zumal von Richtern, die aus unterschiedlichen nationalen Rechtskreisen stammen, wie das bei den Richtern des EuGH der Fall ist.

Lassen Sie mich bitte kurz zu der Frage kommen, was denn die Europäische Union und insbesondere die Rechtsprechung des EuGH mit dem Verbraucherleitbild zu tun hat. Können sich die Europäischen Instanzen überhaupt in diese Frage einmischen, oder bleibt das Verbraucherleitbild nicht vielmehr der Rechtsprechung der jeweiligen nationalen Gerichte vorbehalten?

Grundsätzlich wird das Verbraucherleitbild den einzelnen Mitgliedsstaaten überlassen. Nur dann könnte das Gemeinschaftsrecht einen Einfluß auf das nationale Verbraucherleit-

bild haben, wenn sich das Verbraucherleitbild als eine unzulässige „mengenmäßige Einfuhrbeschränkung“ oder „eine Maßnahme gleicher Wirkung“ erweist. Denn derartige ist nach Art. 28 des EG-Vertrages verboten. Die Aufhebung aller Handelshemmnisse ist ja von Anfang an der Zweck der EWG gewesen. Ob aber das Verbraucherleitbild, wenn es besonders streng ist, wie im deutschen Recht, wirklich zu einer „mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung“ führen kann, ist jeweils vom Einzelfall abhängig. Es gibt eine Entscheidung des EuGH mit dem catchword „Keck/Mithouard“, das aus den beteiligten Parteien abgeleitet ist; diese Entscheidung hat klargestellt, daß die sog. „Verkaufsmodalitäten“ den nationalen Rechtsordnungen

vorzubehalten sind. Das sind z.B. Vorschriften über Ladenöffnungszeiten, zur Apothekenpflichtigkeit von Waren oder zum Verbot von Zugaben. In der Verhandlung des Falles „Hünernmund“ vor dem EuGH, wo es um das deutsche Standesrecht für Apotheker ging – es handelte sich um eine Apothekerin namens „Hünernmund“ – hat der italienische Generalanwalt beim EuGH Tesauro eine Definition versucht, was denn nun „Verkaufsmodalitäten“ sind. Seine Definition erinnert an den Sprachgebrauch des Militärs. Eine Verkaufsmodalität soll nämlich vorliegen, wenn die Regel des nationalen Rechts festlegt, wer verkaufen darf, wann verkauft werden darf, wo verkauft werden darf und wie verkauft werden darf. Die Formel für militärische Mel-



Deutsche Gerichte und der Europäische Gerichtshof sind in Fragen des Verbraucherschutzes nicht immer einer Meinung. Das zeigte auch die sogenannte „Mars-Entscheidung“, bei der es um eine Werbeaktion der amerikanischen Herstellerfirma des bekannten Schokoriegels ging.

dungen lautet für Beobachtungsposten: „wann, wer, wie, wo, wu“, wobei „wu“ bedeutet: welche Umstände? Sie sehen, daß sowohl beim Militär als auch in der Jurisprudenz eine gewisse Primitivität die Dinge griffiger und leichter verständlich macht, selbst wenn es nur eine Gedankenstütze ist.

Die Tatsache, daß der EuGH den nationalen Rechtsordnungen grundsätzlich die Regelung des Verbraucherschutzes und damit die Ausformung des Verbraucherleitbildes überläßt, schließt natürlich nicht aus, daß sich aus der Rechtsprechung des EuGH gleichwohl dessen Verbraucherleitbild ablesen läßt. Das hat den Grund, daß sich der EuGH sehr häufig mit der Frage zu beschäftigen hat, ob ein übertriebener **Verbraucherschutz** sich nicht doch als Handelshemmnis auswirkt. Dazu muß ich Ihnen Art. 28 EWG-Vertrag und auch noch Art. 30 EWG-Vertrag etwas näher vorstellen.

Der Art. 28 hat folgenden Wortlaut:

„Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedsstaaten verboten“; aber : Art. 30 enthält Ausnahmen von dem Verbot. Die Vorschrift bestimmt, daß Art. 28 nicht

solchen Beschränkungen entgegenstehe, „die aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind.“

Dabei ist es unbestritten, daß das Wettbewerbsrecht und damit auch der Schutz des Verbrauchers vor irreführender Werbung unter den Begriff der „öffentlichen Ordnung“ fällt. Aber : Die Rechtfertigung setzt eine Interessenabwägung voraus. Wenn es also um die Frage geht, ob das Wettbewerbsrecht und also auch das besonders stark und sozial ausgeprägte Verbraucherleitbild die „Maßnahme gleicher Wirkung“ rechtfertigt, muß man die Gefahr der Irreführung des Verbrauchers einerseits und den Stellenwert des freien Warenverkehrs andererseits zueinander in Beziehung setzen. Anders ausgedrückt: Ist das Irreführungsverbot nach § 3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) **zwingend** erforderlich, um den Verbraucherschutz auf Kosten des Warenverkehrs innerhalb der EG-Mitgliedsstaaten zu gewährleisten? Ich darf

Ihnen hierzu den Erwägungsgrund 15 der berühmten Mars-Entscheidung aus dem Jahre 1995 zitieren:

„Nach ständiger Rechtsprechung müssen Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Rechtsvorschriften ergeben, hingenommen werden, soweit solche Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen, u.a. solchen des Verbraucherschutzes, gerecht zu werden. Derartige Bestimmungen sind jedoch nur zulässig, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen und wenn dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr weniger beschränken.“

Ein **zwingendes** Erfordernis für ein Hemmnis des Binnenhandels ist der Verbraucherschutz also nicht stets. Vielmehr ist der Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** heranzuziehen, und es hat eine **Interessenabwägung** stattzufinden, ob die Maßnahme des Verbraucherschutzes in einem **angemessenen Verhältnis** zum verfolgten Zweck und zum gemeinschaftlichen Interesse am freien Warenverkehr steht.

Der Sachverhalt, der der Mars-Entscheidung zugrunde lag, macht deutlich, was der EuGH – in diesem Fall sicher zu Recht – meinte: Die Herstellerin der Mars-Riegel, ein amerikanisches Unternehmen, machte für Europa eine Werbeaktion. Von Frankreich aus wurden die Riegel nach Deutschland exportiert, und zwar in einer Aufmachung, die die Aufschrift enthielt: „plus 10%“. Der Teil der Verpackung, der diese Aufschrift enthielt, machte aber mehr als 10% der Verpackung aus. Die Frage, ob der Riegel nun 10% mehr kostete als normalerweise, war nicht geklärt.

Das mit der Sache befaßte Landgericht (LG) Köln legte die Sache dem EuGH vor. Nach seiner Ansicht war die Aufmachung irreführend, ohne daß es darauf ankäme, ob die Riegel 10% teurer seien oder nicht. Irreführend sei schon der Umstand, daß der Teil der Verpackung mehr als 10% ausmache, auf welchem die Ankündigung

„plus 10%“ stehe. Hier nun reagierte der EuGH mit Heiterkeit; er meinte: „Von verständigen Verbrauchern kann erwartet werden, daß sie wissen, daß zwischen der Größe von Werbedrucken, die auf eine Erhöhung der Menge des Erzeugnisses hinweisen, und dem Ausmaß dieser Erhöhung nicht notwendig ein Zusammenhang besteht“. Ehrlich gesagt, hätte ich das auch für den flüchtigen Verbraucher bejaht.

Ohne den Kölner Kollegen zu nahe zu treten, möchte ich doch betonen, daß wir Deutschen – das ist gar nicht zu bestreiten – mit unserer Rechtsprechung beim EuGH gelegentlich Verwunderung hervorrufen. Man merkt das, wenn man beim EuGH ist, falls man in Trier (das ist nicht weit von Luxemburg entfernt) an einem Kurs der dortigen Richterakademie teilnimmt. Man macht dann Exkursionen nach Luxemburg zum EuGH, wo man in aller Regel sehr herzlich aufgenommen wird. Aber solche Entscheidungen wie die „Mars-Entscheidung“ des LG Köln führen mehr oder weniger zur Heiterkeit. Da hilft es wenig, wenn ein Gerücht entstanden ist, daß dieser Fall extra konstruiert worden ist, um das deutsche Verbraucherleitbild zu desavouieren.

Ein anderer Fall, in welchem das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und der Interessenabwägung den EuGH veranlaßte, das allzu strenge Verbraucherleitbild zu beanstanden, war der Fall „Clinique“. Ein kosmetisches Mittel mit diesem Markennamen durfte nach der Entscheidung eines deutschen Gerichts nicht vertrieben werden, weil daraus das Mißverständnis abgeleitet werden könne, das Mittel habe eine besondere Beziehung zu medizinischen Anwendungen, was nicht der Fall war. Das Verbot, einen Kosmetik-Artikel mit dem Namen „Clinique“ in Deutschland einzuführen, führte dazu, daß der Hersteller sein Erzeugnis nach Deutschland nicht einführen konnte und eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ wie ein Handelshemmnis vorlag. In seiner Not wick der Hersteller für die Exportware nach Deutschland auf

den abgewandelten Namen „Linique“ aus. Das wollte ihm der EuGH nicht zumuten. Entscheidend war für den EuGH, daß das Mittel auch in Parfümerien und Kaufhäusern erhältlich war und aus der Beschriftung deutlich wurde, daß es sich nicht um ein Mittel für die klinische Anwendung handelte.

Nun denken Sie bitte nicht, daß solche Übertreibungen im nationalen Verbraucherleitbild auf Deutschland beschränkt sind. Dafür darf ich Ihnen noch von einem Fall berichten, der das catchword „Cotonelle“ trägt. Das Zeichen Cotonelle wurde für Toilettenpapier und Papiertaschentücher benutzt, was von dem italienischen Corte d'appello in Mailand untersagt worden war; denn man könne bei dem Hinweis auf „Cotton“ annehmen, daß das Toilettenpapier und die Papiertaschentücher **Baumwolle** enthielten oder sogar aus Baumwolle bestünden. Ähnliche Klagen waren in anderen Ländern aber abgewiesen worden, weil die Beschaffenheit der Ware aus Baumwolle abwegig sei. Nun konnten die entsprechenden Artikel aus diesen Ländern unter der Marke Cotonelle ausgeführt werden, nur nicht nach Italien. Hier nun hat der EuGH erneut darauf hingewiesen, daß der Verbraucherschutz und die Freiheit des Warenverkehrs innerhalb der Gemeinschaft in einer Wechselbeziehung stehen. Lassen Sie mich bitte den Erwägungsgrund 17 der Cotonelle-Entscheidung vorlesen, weil es eine Stellungnahme des EuGH ist, die sehr präzise die Rechtslage wiedergibt:

„Nach ständiger Rechtsprechung müssen Hemmnisse für den innergemeinschaftlichen Handel, die sich aus den Unterschieden zwischen den nationalen Rechtsvorschriften ergeben, hingenommen werden, soweit solche Bestimmungen unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse gelten und notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen, insbesondere des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs, gerecht zu werden. Die betreffenden Bestimmungen sind jedoch nur zulässig, wenn sie in ei-

nem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen und wenn dieser Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr weniger beschränken.“

Um dem Hin und Her und der Verunsicherung ein Ende zu bereiten, hat das deutsche Bundesverwaltungsgericht den EuGH aufgefordert, im Klartext zu reden. Das Bundesverwaltungsgericht hat nach Art. 177 EWG-Vertrag (jetzt Art.234 der Amsterdamer Fassung) dem EuGH – allerdings in einem lebensmittelrechtlichen Rechtsstreit – folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist für die (...) Beurteilung, ob werbewirksame Angaben geeignet sind, den Käufer irrezuführen, die tatsächliche Erwartung der angesprochenen Verbraucher zu ermitteln oder liegt der vorgenannten Regelung ein objektivierter, allein juristisch zu interpretierender Käuferbegriff als Maßstab zugrunde?

2. Für den Fall, daß es auf die tatsächliche Verbrauchererwartung ankommt, stellen sich folgende Fragen:

a) Ist die Auffassung des aufgeklärten Durchschnittsverbrauchers oder die des flüchtigen Verbrauchers maßgeblich?

b) Läßt sich der Anteil der Verbraucher prozentual festlegen, der erforderlich ist, um eine maßgeb-



Aus den französischen Kosmetikpräparaten „Clinique“ wurde in Deutschland – um Mißverständnisse zu vermeiden – zunächst die Marke „Linique“. Doch der Europäische Gerichtshof entschied schließlich: „Clinique“ darf auch in Deutschland unter seinem ursprünglichen Namen verkauft werden.

liche Verbrauchererwartung zu begründen?

3. Für den Fall, daß es auf einen objektivierten, allein juristisch zu interpretierenden Käuferbegriff als Maßstab ankommt, stellt sich die Frage, wie dieser Begriff zu bestimmen ist.

Das Verfahren, welches zur Vorlage an den EuGH führte, hat das Kennwort „6-Korn-Eier, Gut Springenheide“. Damit hat es folgende Bewandnis: Natürlich legen glückliche Hühner auch schmackhaftere Eier. Glückliche sind die Hühner u.a., wenn ihr Futter aus einem Mixtum von sechs Getreidesorten besteht. Das hatte das Gut Springenheide auch eingehalten; aber nur 60% des Futters der Hühner bestand aus dem 6-Korn-Mix, 40% waren normales, nicht so glücklich machendes Futter. Es ging also um die Frage, ob mit der Kennzeichnung der Eier als „6-Korn-Eier“ eine Irreführung verbunden war.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 16.7.1998 die Vorlagefrage wie folgt beantwortet:

„Daher ist auf die vorgelegten Fragen zu antworten, daß das nationale Gericht bei der Beurteilung, ob eine Angabe zur Förderung des Verkaufs von Eiern geeignet ist, den Käufer (...) irreführen, darauf abzustellen hat, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher diese Angabe wahrscheinlich auffassen wird. Hat das nationale Gericht besondere Schwierigkeiten, zu beurteilen, ob die betreffende Angabe irreführen kann, so verbietet das Gemeinschaftsrecht ihm jedoch nicht, dies nach Maßgabe seines nationalen Rechts durch ein Sachverständigen-gutachten oder eine Verbraucherbefragung zu ermitteln“.

Das ist im wesentlichen das, was die internationale LIGA für Wettbewerbsrecht im September 1996 in Cambridge beschlossen hatte. Auch dort wurde auf den „durchschnittlich verständigen und aufmerksamen Verbraucher“ abgestellt. Auch dort wurde an der Demoskopie festgehalten. Was in dem Urteil „6-Korn-Eier“ des EuGH fehlt, ist nur die Empfehlung der LIGA, auf

die jeweilige Zielgruppe, also den Adressatenkreis der Werbung abzustellen. Ein Kenner der Materie, den ich fragte, ob das Weglassen der Zielgruppe Absicht bei der Entscheidung des EuGH gewesen sei, sagte mir, das Gegenteil sei der Fall. Denn die Frage der Zielgruppe sei nicht Gegenstand der Vorlage gewesen, also habe der EuGH bewußt die Frage, ob auf Zielgruppen abzustellen sei, offen gelassen. Das steht übrigens auch in Übereinstimmung mit einer zurückliegenden Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1989. In dieser Entscheidung ging es um das Verbot des französischen Rechts, für pädagogisches Material Haustürwerbung zu betreiben. Dieses Verbot hielt der EuGH mit dem Verbot der Handelshemmnisse für vereinbar, weil es im Sinne des Verbraucherschutzes richtig, zumindest vertretbar sei, Verbraucher „mit Bildungsrückstand“ zu schützen, die „unüberlegt“ handeln. Hier wird also die Zielgruppe der „Dummen“ für besonders schutzwürdig gehalten.

Der EuGH hat in drei späteren Entscheidungen aus den Jahren 1999 und 2000 die Definition des Verbraucherleitbildes aus der 6-Korn-Eier-Entscheidung übernommen. Es handelt sich hier allerdings wiederum nicht um spezifisch wettbewerbsrechtliche Entscheidungen, sondern um lebensmittelrechtliche und markenrechtliche. Eine davon, die das Stichwort „Face-Lifting“ hat, möchte ich Ihnen noch vorstellen (veröffentlicht in der Zeitschrift WRP 2000, 289): Es ging um die Werbung für ein Kosmetikum, welches sich „Lifting-Creme“ nennt. Das LG Köln hatte nach Art. 177 EWG-Vertrag (jetzt in der Amsterdam-Fassung Art. 234) die Sache dem EuGH vorgelegt, damit dieser die Frage entscheiden sollte, nach welchen Gesichtspunkten eine Irreführung des Verbrauchers bejaht werden könne. Es sei nämlich denkbar, daß der Verbraucher mit dem Wort „Lifting“ eine dauerhafte Straffung der Gesichtsfalten verbinde, während unstreitig diese Wirkung bei Verwendung der Creme nur von vorübergehender Dauer ist. Der EuGH

konnte sich nicht den Satz verkneifen, daß für eine solche Annahme „auf den ersten Blick wenig spricht“. Gleichwohl sei es Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, wie es sich in dem zu entscheidenden Fall verhalte und ob „ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher durch diese Bezeichnung zu der irrigen Annahme verleitet wird, die Bezeichnung schreibe diesem Mittel bestimmte Merkmale zu, die es in Wirklichkeit nicht besitzt. Es sei „Sache des nationalen Gerichts, zu entscheiden, ob die Bezeichnung im Hinblick auf die mutmaßliche Erwartung eines solchen Verbrauchers irreführend ist“. Habe das nationale Gericht „besondere Schwierigkeiten“, zu beurteilen, ob diese Bezeichnung irreführend ist, so verbiete „das Gemeinschaftsrecht nicht, dies nach Maßgabe des nationalen Rechts durch ein Sachverständigen-Gutachten oder eine Verbraucherbefragung zu ermitteln“. Also wiederum das Verbraucherleitbild, welches die LIGA empfohlen hatte und welches schon in der Entscheidung „6-Korn-Eier“ übernommen worden war.

Gleichwohl bleibt es umstritten, ob der EuGH auch für das Wettbewerbsrecht nunmehr eine endgültige Aussage getroffen hat. Zwei Gesichtspunkte könnten dagegen sprechen: Einmal die Tatsache, daß es sich in den genannten Fällen um die Auslegung lebensmittelrechtlicher bzw. medizinischer und markenrechtlicher Begriffe handelte. Eine spezielle wettbewerbsrechtliche Stellungnahme fehlt noch. Insoweit – und das ist der zweite Gesichtspunkt – gibt es eine Richtlinie der EU aus dem Jahre 1984 über die irreführende Werbung, die es den nationalen Rechtsordnungen erlaubt, strengere Maßstäbe anzulegen als in den Vorschriften dieser Richtlinie. Diese Richtlinie ist mithin nur eine sogenannte „Minimum-Norm“.

Was tut also der gestreifte nationale Richter, der z.B. darüber zu entscheiden hat, ob ein irreführender Blickfang verboten werden kann, selbst wenn im Kleinge-

druckten die notwendige Aufklärung gegeben wird und wenn er, der nationale Richter, ganz genau weiß, daß der **flüchtige** Betrachter das Kleingedruckte nicht liest?

Meine Prognose besteht darin, daß die Deutschen Gerichte in diesem Zusammenhang – ähnlich wie bei der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung – das zeigen werden, was man in anderem Zusammenhang den „vorausseilenden Gehorsam“ nennt. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat allerdings zur Übernahme des Verbraucherleitbildes des EuGH noch nicht endgültig Stellung genommen. Aber offensichtlich neigt er dazu, das Verbraucherleitbild des EuGH zu übernehmen. In seiner letzten Entscheidung zu unserem Thema (in der Zeitschrift WRP 2000, 517) mit dem catchword „Orient-Teppich-Muster“ wird das angedeutet, allerdings eher negativ, wenn es heißt, das Abstellen auf den flüchtigen Verbraucher sei nur situationsbedingt. Wenn es aber um den nicht alltäglichen Einkauf von Teppichen gehe, sei auf die Aufmerksamkeit des „Durchschnittsverbrauchers“ abzustellen – also auf das Verbraucherleitbild des EuGH. Anders ausgedrückt: Es wird in der BGH-Entscheidung auf die Aufmerksamkeit des „Durchschnittsverbrauchers“ abgestellt, der eben flüchtig oder sorgfältig sein kann, je nachdem, in welcher Situation er sich befindet. Sicherlich ist damit ein Schritt in die Richtung des EuGH getan und der Schutz des „flüchtigen“ Verbrauchers ist jedenfalls auch im deutschen Recht eingeschränkt worden.

Einige Oberlandesgerichte haben aber schon den zweiten Schritt getan und haben sich grundsätzlich dem Verbraucherleitbild des EuGH angeschlossen. Es sind dies die Oberlandesgerichte Hamburg, Nürnberg, Stuttgart, Düsseldorf und neuerdings auch die Darmstädter Senate des OLG Frankfurt. Dabei weichen die Begründungen voneinander ab: Hamburg wendet das Verbraucherleitbild des EuGH an, weil das OLG es für richtig hält, obwohl es sich nicht zur Übernahme des Verbraucherleitbildes des

EuGH verpflichtet fühlt. Anders die Darmstädter Senate des OLG Frankfurt. Sie sagen, daß die Deutsche Rechtsprechung zur Übernahme des Verbraucherleitbildes des EuGH verpflichtet sei, was ich aus den oben erwähnten Gründen nicht für richtig halte. Gleichwohl wird die Entwicklung wohl mit der Übernahme des Verbraucherleitbildes des EuGH enden. Auch in der Literatur steht die überwiegende Meinung auf dem Standpunkt, daß die Frage des Verbraucherleitbildes nun entschieden sei und wir auch im nationalen Bereich der Rechtsprechung des EuGH folgen sollten. Auch die Tatsache, daß die Richtlinie über die irreführende Werbung eine bloße Minimum-Norm ist, die es den nationalen Rechtsordnungen freistellt, strengere Anforderungen an die Eignung zur Irreführung zu stellen, soll dem nicht entgegenstehen, zumal es in der Literatur mit Recht als mißlich empfunden wird, **zwei** Irreführungsbegriffe, nämlich einen nationalen und einen europäischen, nebeneinander zu stellen und im Einzelfall zu prüfen, ob eine Irreführung vorliegt, die nach einer europäischen Norm zu beurteilen ist. Es kommt ein Gedanke hinzu, der ebenfalls **dagegen** spricht, **zwei** Irreführungsbegriffe aufrechterhalten: Wenn das nationale Verbraucherleitbild auch den flüchtigen Verbraucher schützt, also strengere Maßstäbe hat als das europäische Verbraucherleitbild des verständigen und aufmerksamen Verbrauchers, kann sich das Problem der sogenannten „Inländer-Diskriminierung“ ergeben. Denn wenn die Geschäftsbeziehungen eine Spürbarkeit für den grenzüberschreitenden Waren- oder Dienstleistungsverkehr nicht haben, ist nur das nationale Recht anwendbar, welches sich nach der Richtlinie über die irreführende Werbung gegenüber den europäischen Standards als strenger erweisen darf. Natürlich gibt es hoch angesehene Wissenschaftler und Praktiker, die an dem bewährten deutschen Verbraucherleitbild festhalten wollen, welches aus hoher sozialer Verantwortung hervorgegangen ist und durch eine jahrzehntelange Recht-

sprechung auch die rechtsstaatlich gebotene Vorausberechenbarkeit gewährleistet. Dazu gehören u.a. Professor Sack aus Mannheim, der von mir schon erwähnte Rechtsanwalt Ulf Doepner, mein Hamburger Kollege Dr. Deutsch, weitgehend auch unser Nestor Professor Hefermehl und Herr Rechtsanwalt Dr. Kisseler, bis zu seiner Pensionierung Leiter der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Die Mehrheit der Autoren neigt aber dem Verbraucherleitbild des EuGH zu. Ich darf in diesem Zusammenhang u.a. die Namen Schricker, Fezer, Heermann, Ullmann, Alfred Hagen Meyer, Brunhilde Ackermann, Koppensteiner, Sosnitza, Inge Scherer und Anja Steinbeck nennen.

Obwohl ich mit neunzig Prozent voraussagen möchte, daß der BGH bald ebenfalls eine grundsätzliche Entscheidung macht, wonach das Verbraucherleitbild der EuGH-Entscheidung „6-Korn-Eier, Gut Springenheide“ auch für das deutsche Recht übernommen wird, erlauben Sie mir bitte zum Abschluß noch eine Anekdote: Bei einer Einladung erzählte mir vor einiger Zeit eine bulgarische Ärztin, die allerdings schon längere Zeit in Deutschland lebt, welche Auswüchse der unlauteren Wettbewerb in ihrem Heimatland Bulgarien zu Lasten der Verbraucher angenommen hat und wie die unseriöse Werbung die Unwissenheit dieser Menschen ausnutzt. Ich kommentierte das mit den Worten: „Da kann man ja Sozialist werden“, worauf sie erwiderte: „Zu spät, Herr Traub!“ •

JUSTUS-LIEBIG-
UNIVERSITÄT
GIESSEN

Prof. Dr. Fritz Traub

Vorsitzender Richter am OLG a.D.
Kälberstücksweg 63 A
61350 Bad Homburg v.d.H.
Tel.: 06172/31167