

Irreführungs- und Verwechslungsgefahr im Lauterkeits- und Markenrecht

Empirische oder normative Feststellung?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines

doctor iuris

der Juristischen Fakultät der
Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von

Sebastian Ulbrich

aus Aschaffenburg

2005

Lebenslauf:

Sebastian Ulbrich wurde 1975 in Alzenau geboren. Nach dem Abitur am Kronberg-Gymnasium in Aschaffenburg studierte er von 1996 bis 2001 an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg Rechtswissenschaften. Anschließend absolvierte er bis Dezember 2003 den juristischen Vorbereitungsdienst in Aschaffenburg, Würzburg und an der Deutschen Botschaft in Pretoria (Südafrika). Parallel hierzu beendete er den Aufbaustudiengang Europäisches Recht an der Universität Würzburg mit den Schwerpunkten Wettbewerbs- und Kartellrecht sowie Urheber- und Medienrecht. Seit 1995 ist der Verfasser für verschiedene Tageszeitungen und Radiosender tätig.

Erstgutachter: Prof. Dr. Inge Scherer

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juni 2005

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2005 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur konnten bis Anfang Juni 2005 berücksichtigt werden.

Zunächst danke ich herzlich Frau Prof. Dr. Inge Scherer. Sie hat die Bearbeitung des Themas angeregt und die Arbeit so betreut, wie man es sich als Doktorand nur wünschen kann.

Mein Dank gilt weiter meiner Schwester Katharina Ulbrich für ihre sehr kompetente und geduldige Hilfe bei allen „Computerfragen“.

Meiner Freundin Elisabeth Görner danke ich dafür, dass sie mich auch während ihrer eigenen Examensvorbereitung stets liebevoll unterstützt und motiviert hat.

Schließlich möchte ich meinen Eltern für ihr Vertrauen und ihre Unterstützung danken. Ihnen ist diese Arbeit in großer Dankbarkeit gewidmet.

Nürnberg/Aschaffenburg, im Juli 2005

Sebastian Ulbrich

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XI
Einleitung	1
1. Kapitel: Die Rechtsprechung des EuGH.....	15
A. Das Verbraucherleitbild des EuGH.....	16
I. Die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit.....	16
1. Die „Etikettierungs-Rechtsprechung“ des EuGH	17
2. Die „Pall/Dahlhausen“-Entscheidung	17
3. Die Urteile „GB-Inno-BM“ und „Yves Rocher“	18
4. Die „Nissan“-Entscheidung.....	20
5. Die „Clinique“-Entscheidung.....	20
6. Die „Mars“-Entscheidung	22
7. Zusammenfassung.....	23
II. Die Präzisierung des Verbraucherleitbildes	24
1. Die „Gut Springenheide“-Entscheidung	24
2. Folgerungen aus der „Gut-Springenheide“-Entscheidung	26
3. Verfestigung der Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild.....	27
4. Anknüpfung an andere Rechtstraditionen	29
B. Der Inhalt des Verbraucherleitbildes des EuGH	30
I. Anforderungen an das Verbraucherverhalten.....	30
II. Das Informationsmodell des Gemeinschaftsrechts	33
1. Die prägenden Determinanten des Verbraucherleitbildes.....	33
a) Die „Schiedsrichter-Funktion“ des Verbrauchers	34
b) Der Regelungsrahmen des „Informationsmodells“	34
c) Die Verbraucherschutzpolitik der Gemeinschaft	36
2. Keine Bestätigung durch die Konsumentenforschung	37
III. Abwägung der Interessen	39
IV. Konkretisierungen des Verbraucherleitbildes	40
C. Der Nachweis einer Irreführung.....	42
I. Der Ansatz des EuGH	42
II. Meinungsstand in der Literatur	43
1. Der empirische Ansatz	43
2. Der normative Ansatz.....	43
3. Abweichende Ansätze	44

VIII

III. Eigene Stellungnahme	45
1. Zusammenschau der Vorlage des BVerwG an den EuGH und dessen Antwort	46
2. Diskrepanz zum tatsächlichen Verbraucherverhalten	49
3. Rechtsvergleichende Betrachtung	51
a) Frankreich.....	51
b) Großbritannien	53
c) Weitere Mitgliedstaaten	54
d) Fazit.....	54
4. Ablehnung der empirischen Feststellung im Gemeinschaftsrecht	55
5. Zusammenfassung.....	55
D. Das Erfordernis einer Eingriffsschwelle	56
I. Unerheblichkeit einer Eingriffsschwelle	56
II. Die Irreführungsquote als Indiz für das Verbraucherverständnis	57
E. Die Verwechslungsgefahr nach der Rechtsprechung des EuGH.....	58
F. Zusammenfassung.....	59
2. Kapitel: Die Irreführungsgefahr nach der Rechtsprechung des BGH	61
A. Der Wandel des Verbraucherleitbildes des BGH.....	62
I. Hohes Schutzniveau der deutschen Rechtsprechung	62
II. Wandlung und Anpassung der BGH-Rechtsprechung	64
1. Erste Korrekturen des Verbraucherleitbildes	65
2. Belege für die Änderung der Rechtsprechung	66
3. Die Übernahme des Verbraucherleitbildes	68
a) Die „Orient-Teppichmuster“-Entscheidung	68
b) Hohe Anforderungen an die Verbraucher	69
4. Weiterentwicklung der Rechtsprechung	71
5. Divergenzen zwischen den Verbraucherleitbildern	72
6. Die teilweise Aufgabe älterer Entscheidungen	74
7. Kein Ende des Verbraucherschutzes	76
III. Zusammenfassung	78
B. Der Nachweis einer Irreführung.....	79
I. Unabhängigkeit des Verbraucherleitbildes	80
1. Zwei verschiedene Fragestellungen	80
2. Schwierigkeiten bei der Erarbeitung der Fragestellung	81
II. Die Feststellung der Irreführung	82
1. Irreführung als Tatfrage	84
a) Ermittlung der Verkehrsauffassung durch Beweiserhebung.....	85
aa) Die Anerkennung in der Rechtsprechung	86
bb) Die Schwierigkeiten bei der Beweiserhebung	87

cc)	Durchführung der Umfragen	89
dd)	Festlegung der Fragestellung	90
ee)	Weitere Fehlerquellen bei der Festlegung der Fragestellung	95
ff)	Vermeidung von Verfälschungen.....	96
gg)	Methoden der Stichprobenziehung.....	98
hh)	Die Kosten.....	99
ii)	Zusammenfassung der Bedenken gegen die Einholung von demoskopischen Gutachten.....	101
b)	Ermittlung der Verkehrsauffassung auf Grund eigener Sachkunde.....	102
aa)	Subjektive Einschätzung als tatsächliche Verkehrsauffassung?	103
bb)	Die Bärenfang-Doktrin des BGH.....	103
2.	Der Einfluss normativer Elemente	105
a)	Normative Korrekturen durch die Interessenabwägung.....	106
aa)	Die Interessenabwägung als normatives Korrektiv.....	106
bb)	Überprüfung des Irreführungsverbot am Maßstab der Verhältnismäßigkeit	108
cc)	Verwendung normativer Elemente im Markenrecht.....	109
b)	Die normative Festlegung der Irreführungsquote	110
3.	Unterschiedliche Ansätze von BGH und EuGH	111
4.	Die Rechtsprechung des BGH im Wandel	112
a)	Die Entscheidung „Elternbriefe“	112
aa)	Folgerungen aus der Entscheidung „Elternbriefe“	113
bb)	Erweiterung der richterlichen Kompetenz	114
b)	Die Feststellung der Auffassung der Durchschnittsperson	115
aa)	Die Entscheidung „Marktführerschaft“	115
bb)	Die Verkehrsauffassung als Ergebnis einer Wertung	116
c)	Die Entscheidung „Mindestverzinsung“	117
III.	Zusammenfassung	119
C.	Das Erfordernis einer Eingriffsschwelle	120
I.	Die Irreführungsquote der deutschen Rechtsprechung	120
II.	Unerheblichkeit einer Eingriffsschwelle bei normativer Feststellung einer Irreführungsfahr	123
1.	Das Verständnis eines Durchschnittsverbrauchers	123
2.	Der Prozentsatz tatsächlich irreführter Personen als Indiz.....	124
III.	Fazit.....	125
D.	Bewertung des sich abzeichnenden Wandels.....	126
3. Kapitel: Die Verwechslungsgefahr nach der Rechtsprechung des BGH.....		129
A.	Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	129
B.	Übereinstimmung der Rechtsprechung	130
I.	Der Wandel des Verbraucherleitbildes.....	130
II.	Die Verwechslungsgefahr als Rechtsbegriff	131
1.	Indizfunktion tatsächlicher Verwechslungen.....	132
2.	Das Kriterium der „Erheblichkeit“	133

C. Zusammenfassung	134
4. Kapitel: Normative Bestimmung als Lösungsansatz	135
A. Argumente für ein normatives Feststellungsmodell	136
I. Europarechtliche Vorgaben	136
II. Rechtssicherheit und ausgewogene Risikoverteilung	137
III. Berücksichtigung des Gesetzeswortlauts	139
IV. Schutzzwecke stehen normativer Ermittlung nicht entgegen.....	140
1. Verbraucherschutz.....	140
2. Schutz der Mitbewerber	141
V. Normative Bestimmung der Verwechslungsgefahr	141
VI. Zusammenfassung	142
B. Die Frage nach dem Maßstab	143
I. Die volkswirtschaftlichen Modelle	143
1. Das statische Modell	143
2. Maßgeblichkeit des dynamischen Modells	144
II. Die objektiven Maßstäbe der Privatrechtsordnung	146
C. Konkretisierung des Verbraucherleitbildes	148
I. Unterscheidung nach Verbrauchergruppen	149
II. Anforderungen an das Verbraucherverhalten.....	151
1. Durchschnittliche Informiertheit	152
2. Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers.....	153
a) Die Unterscheidung nach Produktarten.....	154
b) Die produktbezogene Unterscheidung in der Rechtsprechung	155
c) Die Verfügbarkeit von Informationen.....	157
aa) Naheliegende Informationsmöglichkeiten	157
bb) Umfang der Informationspflicht.....	160
d) Gestaltungsbezogene Unterscheidungen.....	162
3. Angemessene Verständigkeit	162
a) Kenntnis von Zusammenhängen	163
b) Abhängigkeit der Verständigkeit von der jeweiligen Situation	165
4. Weitere Unterscheidungen	167
a) Inhaltsbezogene Unterscheidungen.....	167
b) Rechtsgüterbezogene Unterscheidungen.....	167
III. Fazit.....	168
5. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse	171
Literaturverzeichnis.....	175

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Jahr, Seite)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
a.M.	am Main
Anm.	Anmerkung(en)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BPatG	Bundespatentgericht
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
Drucks.	Drucksache
EG	Bezeichnung des entsprechenden Artikels des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften gem. der Nummerierung nach der Fassung durch den Amsterdamer Vertrag
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
e.V.	eingetragener Verein
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht

f.	folgend
ff.	fortfolgend
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
geänd.	geändert(e)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
GK	Großkommentar
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grdl.	grundlegend
grs.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Jahr, Seite)
Hdb.	Handbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.S.d.	im Sinne der (des)
i.S.v.	im Sinne von
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
Kap.	Kapitel
lit.	litera (Buchstabe)
LMBG	Lebensmittel – und Bedarfsgegenstände-gesetz
LMK	Lindenmaier-Möhring: Kommentierte BGH-Rechtsprechung
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
MMR	MultiMedia und Recht (Jahr, Seite)
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Jahr, Seite)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Jahr, Seite)
Nr.	Nummer

OLG	Oberlandesgericht
p.a.	per annum
PVC	Polyvinylchlorid
RabattG	Rabattgesetz
RegE	Regierungsentwurf
RiL	Richtlinie
Rn.	Randnummer (n)
RG	Reichsgericht
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite(n); Satz
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des EuGH
s.o.	siehe oben
sog.	so genannt
st.	ständig (e)
s.u.	siehe unten
u.	und
u.a.	unter anderem; und andere
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom
v.a.	vor allem
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WettbewerbsR	Wettbewerbsrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WuB	Wirtschaft und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Jahr, Seite)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (Jahr, Seite)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZugabeVO	Zugabeverordnung

Einleitung

Der über lange Zeit als gesichert geltende Bestand des deutschen Lauterkeitsrechts¹ unterzieht sich seit mehreren Jahren unter dem wachsenden Einfluss des europäischen Rechts und der zunehmend globalisierten Märkte einem grundlegenden Wandel. Mittlerweile gilt nicht mehr der flüchtige und unerfahrene Verbraucher als Maßstab: Sowohl Judikative als auch Legislative orientieren sich inzwischen vielmehr am Leitbild eines verständigen, mündigen und verantwortlich handelnden Konsumenten, der aktiv Marktinformationen aufnimmt und grundsätzlich in der Lage ist, diese Informationen auch kritisch zu reflektieren. Der Verbraucher wird heute überwiegend nicht mehr als passives Objekt manipulativer Kommunikationsstrukturen angesehen, sondern mehr und mehr als agierendes Subjekt des Marktgeschehens.²

Fragt man nach den Ursachen der tiefgreifenden Veränderungen, so findet der Anstoß zur Wandlung seinen Ursprung nicht in einer kritischen Selbstreflexion des deutschen Lauterkeitsrechts, sondern in den rechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts. So hat der Bundesgerichtshof maßgebliche Änderungen seiner Rechtsprechung auch und gerade unter dem Einfluss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes vorgenommen.³ Gleiches gilt hinsichtlich verschiedener Reformvorhaben des Gesetzgebers: Beispielsweise auf Grund der „Yves-Rocher“-Entscheidung des EuGH wurden die §§ 6 d und 6 e UWG a.F. aufgehoben.⁴ Als Folge des in der so genannten E-Commerce-Richtlinie verankerten Herkunftslandprinzips sah sich der deutsche Gesetzgeber zur Vermeidung von Inländerdiskriminierungen gezwungen, Rabattgesetz und Zugabeverordnung vollständig zu beseitigen.⁵ Auch beim neuen Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, das am 8. Juli 2004 in Kraft getreten ist, stand nach der Begrün-

¹ Eine einheitliche Terminologie hat sich noch nicht gebildet. Bislang wurde im deutschen Recht das im UWG geregelte Recht häufig als Wettbewerbsrecht bezeichnet. Im Gemeinschaftsrecht wird hingegen das in Deutschland als Kartellrecht bezeichnete Rechtsgebiet Wettbewerbsrecht genannt (vgl. Art. 81 ff. EG). In Anlehnung an das Gemeinschaftsrecht werden im Rahmen dieser Arbeit alle Vorschriften zum Schutz vor unlauterem Marktverhalten wie die des UWG als Lauterkeitsrecht bezeichnet, zumal nun auch die Generalklausel des § 3 UWG an den Begriff der Unlauterkeit anknüpft, vgl. auch Lettl, WRP 2004, 1079, 1081 (Fn. 5).

² Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919; Fezer, UWG, § 3 Rn. 109.

³ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 173; Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919, 920; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 21. Kap., Rn. 21.

⁴ Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., Einl. 3.16.

⁵ Fezer/Osterrieth, UWG, § 4 S-1 Rn. 91 f.; Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 5 Rn. 34.

derung des Regierungsentwurfs⁶ neben dem Gedanken der Liberalisierung vor allem die Europäisierung des Lauterkeitsrechts im Vordergrund.⁷

Während der früheren Rechtsprechung des BGH das Leitbild eines flüchtigen, unkritischen Verbrauchers zu Grunde lag, der sich nur oberflächlich und unreflektiert mit den Werbebotschaften der Anbieter auseinandersetzte und daher selbst gegen fernliegende Irreführungsgefahren geschützt werden musste, ging der Europäische Gerichtshof stets betont von dem Leitbild eines mündigen, informationsbereiten und eigenverantwortlich handelnden Verbrauchers aus, der in der Lage ist, die ihm angebotenen Informationsmöglichkeiten wahrzunehmen und auf Grund dieser Informationen rationale Entscheidungen zu treffen.⁸ In seiner grundlegenden Entscheidung „6-Korn-Eier – Gut Springenheide“ vom 16. Juli 1998 hat der EuGH dieses Leitbild ausdrücklich als das eines „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“⁹ konkretisiert.

Unter dem Eindruck der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes begann sich der BGH langsam, aber Schritt für Schritt von seinem früheren, jahrzehntelang gültigen Leitbild des unmündigen, unkritischen und unaufmerksamen Verbrauchers zu lösen. Im Jahre 1992 verwendete er letztmals explizit den Begriff des „flüchtigen Verbrauchers.“¹⁰ In späteren Entscheidungen steuerte der BGH immer stärker auf einen liberaleren Kurs und es kam zu ersten, wenn auch zaghafte Veränderungen des Verbraucherleitbildes; in dem Urteil „PVC-frei“¹¹ aus dem Jahre 1996 hatte sich der BGH mit der von ihm vorgenommenen umfangreichen Abwägung der unterschiedlichen schutzwürdigen Interessen dem europäischen Verbraucherleitbild bereits stark angenähert.¹² Mit der Entscheidung „Orient-Teppichmuster“ vom 20. Oktober 1999 hat der BGH das Leitbild des Europäischen Gerichtshofes weitgehend übernommen und legt es inzwi-

⁶ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 12.

⁷ Köhler, NJW 2004, 2121; Henning-Bodewig, GRUR 2004, 714, 715.

⁸ Vgl. etwa EuGH GRUR Int. 1990, 955, 956 („GB-Inno-BM“); EuGH GRUR Int. 1991, 215, 216 („Pall/Dahlhausen“); EuGH GRUR Int. 1993, 763, 764 („Yves Rocher“); EuGH WRP 1994, 380, 382 („Clinique“); EuGH WRP 1995, 677, 678 („Mars“); EuGH WRP 1998, 848, 850 („Gut Springenheide“); EuGH WRP 1999, 307, 310 f. („Sektellerei Kessler“); EuGH WRP 2000, 289, 292 („Lifting-Creme“).

⁹ EuGH WRP 1998, 848, 850, Rn. 31 („Gut Springenheide“).

¹⁰ BGH WRP 1993, 108, 109 („Teilzahlungspreis II“); Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370, 375.

¹¹ BGH GRUR 1996, 985, 987 („PVC-frei“).

¹² Ahrens, WRP 1999, 389, 397.

schen im Lauterkeits- und Markenrecht fast ausschließlich zu Grunde:¹³ Im deutschen Recht geht es seitdem grundsätzlich nur noch um das Verständnis eines durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers und auch nur um dessen Schutz.¹⁴

Die Anpassung an das gemeinschaftsrechtliche Verbraucherleitbild hat teilweise bereits zu einer ausdrücklichen Aufgabe älterer Entscheidungen des BGH und zu einer insgesamt deutlichen Liberalisierung des deutschen Lauterkeitsrechts geführt. Auch wenn die Rechtsprechung des BGH im Lichte des neuen Verbraucherleitbildes bislang noch nicht völlig widerspruchsfrei ist, lässt sie erkennen, dass der BGH gewillt ist, das in der Vergangenheit oft kritisierte Schutzniveau des deutschen Rechts abzusenken und eine Angleichung an den liberaleren europäischen Schutzstandard zu erreichen.¹⁵ Auch der deutsche Gesetzgeber hat das Leitbild des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers inzwischen in seine Erwägungen übernommen.¹⁶

Während seit der „Gut Springenheide“-Entscheidung des EuGH hinsichtlich des maßgeblichen europäischen Verbraucherleitbildes Klarheit herrscht, ließ die Entscheidung jedoch eine Begründung vermissen und verschiedene weitere Fragen offen.¹⁷ So bestehen vor allem Unsicherheiten im Hinblick darauf, wie der maßgebliche Durchschnittsverbraucher im Einzelnen zu charakterisieren ist. Auch ist nach wie vor heftig umstritten, ob das europäische Verbraucherleitbild im Sinne eines normativen oder eines empirisch-deskriptiven Irreführungsbegriffes zu verstehen ist.

¹³ Zum Lauterkeitsrecht vgl. grdl. BGH WRP 2000, 517, 519, 520 („Orient-Teppichmuster“); vgl. weiter nur BGH GRUR 2001, 1061, 1063 („Mitwohnzentrale.de“); BGH GRUR 2002 550, 552 („Elternbriefe“); BGH GRUR 2003, 361, 362 („Sparvorwahl“); BGH GRUR 2004, 244, 245 („Marktführerschaft“); BGH WRP 2005, 480, 483 („Epson-Tinte“); zum Markenrecht vgl. BGH WRP 2000, 535, 539 („Attaché/Tisserand“); BGH WRP 2001, 1450, 1453 („Warsteiner III“). – Weitere Nachweise bei Sack, WRP 2004, 521, 522, Fn.13.

¹⁴ Ullmann, GRUR 2003, 817, 818; Baumbach/Hefermehl/*Bornkamm*, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.49.

¹⁵ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 180 f.; ders., GRUR 2004, 449, 459 f.

¹⁶ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 19. – Angesichts der Beteiligung von Teilen des I. Zivilsenates des BGH an der UWG-Reform verwundert die Übernahme des Leitbildes allerdings nicht, vgl. Leible/Sosnitza, MMR 2003, 466.

¹⁷ Leible, EuZW 1998, 528; Ahrens, WRP 2000, 812; zur Kritik vgl. ausführlich Reese, WRP 1998, 1035, 1037 ff.

Der EuGH führte hierzu in den Entscheidungsgründen aus, dass die nationalen Gerichte bei der Prüfung einer Irreführungsgefahr „auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ abzustellen hätten.¹⁸ Gleichzeitig schloss es der Gerichtshof nicht aus, dass „ein nationales Gericht zumindest bei Vorliegen besonderer Umstände nach seinem nationalen Recht ein Sachverständigengutachten einholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag geben kann, um beurteilen zu können, ob eine Werbeaussage irreführen kann.“¹⁹

Die Meinungen dazu, auf welche Weise die Auffassung der Durchschnittsperson nach dem Willen des EuGH festzustellen ist, gehen infolge dieser Darlegungen weit auseinander: Soll der Gerichtshof nun so verstanden werden, dass es um einen normativen Typus des europäischen Durchschnittsverbrauchers geht, der ausschließlich im Wege richterlicher Wertung zu bestimmen ist, und damit um eine „Soll-Verkehrsauffassung“? Oder deuten die Ausführungen des EuGH eher darauf hin, dass im Wege empirischer Ermittlung – mit Hilfe von demoskopischen Gutachten oder aus tatrichterlicher eigener Sachkunde – jeweils die tatsächliche Verkehrsauffassung festzustellen ist?

Da die theoretischen Ansätze einer empirischen beziehungsweise normativen Feststellung grundverschieden sind, kommt der Frage, wie die Verkehrsauffassung zu ermitteln ist, eine wesentliche Bedeutung zu. Nach dem sog. empirischen Ansatz ist für die Frage, ob eine Angabe irreführend ist, allein das tatsächliche Verständnis der angesprochenen, real existierenden Verbraucher maßgeblich. Dieses Wertungssystem baut somit auf tatsächlichen Feststellungen auf, also auf dem was ist, statt auf dem, was zu fordern ist.²⁰ Als Tatfrage ist die Verkehrsauffassung einer Beweiserhebung zugänglich, daher auch beweisbar und gegebenenfalls auch beweisbedürftig. Das tatsächliche Verständnis des angesprochenen Verkehrs kann beispielsweise mit Hilfe von demoskopischen Gutachten ermittelt werden. Wie aus der objektiven Sicht eines gedachten Verbrauchers der Soll-Inhalt der Angabe lautet, ist nach dem empirisch-deskriptiven Ansatz unerheblich: Entscheidend ist nur, wie der Verkehr, an den beispielswei-

¹⁸ EuGH WRP 1998, 448, 450, Rn. 31 („Gut Springenheide“).

¹⁹ EuGH WRP 1998, 448, 451, Rn. 35 („Gut Springenheide“); diese Aussage hat der EuGH unter Weglassung der Einschränkung „zumindest bei Vorliegen besonderer Umstände“ kurze Zeit später wiederholt und damit ausdrücklich bestätigt, vgl. EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 31 („Lifting-Creme“).

²⁰ Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 51 a; Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 213.

se eine Werbung gerichtet ist, die Angabe tatsächlich versteht, und nicht etwa, wie er sie „vernünftigerweise“ verstehen sollte.²¹

Bei Zugrundelegung eines normativen Maßstabes ist die Verkehrsauffassung hingegen ohne Rückgriff auf das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise festzustellen. Maßgebend ist eine rein wertende Beurteilung alleine durch den Richter. Als Rechtsfrage kann die Bestimmung der Verkehrsauffassung nicht zum Gegenstand einer Beweisaufnahme gemacht werden. Sie ist vielmehr vom Gericht an Hand eines normativen Maßstabes selbständig zu entscheiden und unterliegt der vollen Nachprüfbarkeit durch das Revisionsgericht.²² Der Inhalt einer Angabe kann normativ bestimmt werden, indem auf den objektiven Erklärungswert etwa aus der Sicht eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abgestellt wird. Zu fragen ist dann, wie dieser Adressat die entsprechende (Werbe-)Angabe unter den heutigen Marktbedingungen – im europäischen Binnenmarkt und auf den zunehmend globalisierten Märkten – zu verstehen hat, das heißt, welches Maß an Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit vom Durchschnittsverbraucher bei der Wahrnehmung einer Werbung zu fordern ist.²³

Nach dem normativen Ansatz spielt das tatsächliche Verständnis des Adressatenkreises keine Rolle. Empirische Erhebungen sind somit grundsätzlich überflüssig. Ob irreführt wird, bestimmt nur noch der Richter, der abstrakt festlegt, welche Vorstellungen der maßgebliche (fiktive) Verbraucher auf Grund der betreffenden Angabe haben darf.²⁴ Zumindest theoretisch denkbar wäre daher beispielsweise, dass keine einzige real existierende Person einer Irreführung unterliegt, die Werbeaussage aber trotzdem bei wertendem Verständnis als irreführend eingestuft wird. Umgekehrt wäre es prinzipiell auch möglich, dass eine Vielzahl von Personen durch eine Werbung tatsächlich getäuscht wird, während der normativ bestimmte Verbraucher keiner Irreführung unterliegt.²⁵ Neben der Entbehrlichkeit der Ermittlung des tatsächlichen Verständnisses bestimmter Adressatenkreise bietet die rein wertende Bestimmung der maßgeblichen Auffassung des Durchschnittsverbrauchers gleichzeitig den Vorzug, dass es nicht der

²¹ Büttner, GRUR 1996, 533, 534; Baudenbacher/Glöckner, Art. 3 lit. b, Rn. 66; Dehlfing, S. 21.

²² Spliethoff, S. 195; Beier, GRUR 1974, 514, 517.

²³ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 275; Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 213; Fezer, WRP 1995, 671, 675.

²⁴ Fezer/Steinbeck, UWG, § 4-1 Rn. 86.

²⁵ Baudenbacher/Glöckner, Art. 3 lit. b, Rn. 69; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 77.

Festlegung einer bestimmten Eingriffsschwelle, d.h. einer Mindestanzahl von Getäuschten, jenseits derer eine Angabe als irreführend einzustufen ist, bedarf²⁶ – etwa dergestalt, dass die Irreführungsgefahr für einen „nicht ganz unerheblichen Teil des Verkehrs“ bestehen muss. Denn wenn der für eine Irreführungsgefahr relevante Maßstab auf Grund seiner normativen Bestimmung bereits feststeht, ist durch ihn gleichzeitig die Frage der „Erheblichkeit“ entschieden. Erheblich ist eine Irreführungsgefahr eben nur, soweit sie für die zu Grunde gelegte Durchschnittsperson besteht.²⁷ Es kommt gerade nicht darauf an, wie eine bestimmte Anzahl von – möglicherweise uninformierten und unaufmerksamen – Verbrauchern eine Angabe tatsächlich auffasst. Im Falle einer empirischen Bestimmung der Verkehrsauffassung ist die Festlegung einer bestimmten Eingriffsschwelle hingegen regelmäßig nicht entbehrlich. Hier ist es grundsätzlich sinnvoll, nach dem Teil des Verkehrs zu fragen, der tatsächlich einer Irreführung oder Verwechslung zu erliegen droht.²⁸

Betrachtet man die Ausführungen des EuGH in der „Gut Springenheide“-Entscheidung isoliert, so ergibt sich eine Antwort auf die Frage, ob das Verbraucherverständnis an Hand normativer Kriterien oder allein empirisch zu ermitteln ist, leider nicht in der notwendigen Klarheit.²⁹ Aus der Zusammenschau der Vorlagefragen des Bundesverwaltungsgerichts an den EuGH und dessen Entscheidung, und vor dem Hintergrund des tatsächlichen Verbraucherverhaltens wird jedoch deutlich, dass der Gerichtshof die Frage der Irreführung nach einem normativen Maßstab entscheidet: Die mutmaßliche Auffassung des maßgeblichen Durchschnittsverbrauchers ist nach den Vorgaben des EuGH wertend durch eine Interessenabwägung im Einzelfall zu ermitteln. Auf das tatsächliche Verständnis von real existierenden Verbrauchern ist hingegen nicht abzustellen.³⁰

Im Gegensatz zur Rechtsprechung des EuGH wurde die Irreführungsgefahr im deutschen Recht seit jeher empirisch verstanden und im Prozess als Tatfrage behandelt: Relevant war in der Vergangenheit stets das dem Beweis zugängliche tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise. Allein dieses ent-

²⁶ Lettl, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 46.

²⁷ Scherer, GRUR 2000, 273, 276.

²⁸ Dethloff, S. 16; Gloy/Loschelder-*Helm*, Hdb. WettbewerbsR., § 52 Rn. 28.

²⁹ Vgl. nur Baumbach/Hefermehl/*Bornkamm*, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.41.

³⁰ Vgl. hierzu nur Scherer, WRP 1999, 991, 992; Harte/Henning/*Dreyer* § 5 Rn. 72; Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 51; vgl. ausführlich hierzu 1. Kap. C III.

schied darüber, ob eine Angabe im Sinne des § 3 UWG a.F. vorlag, was sie aus sagte, ob sie die Gefahr einer Irreführung begründete und ob ihr wettbewerbliche Relevanz zukam.³¹ Um die tatsächliche Auffassung des Verkehrs zu ermitteln, bestand für den Tatrichter die Möglichkeit, entweder ein Sachverständigen Gutachten in Form einer Meinungsumfrage in Auftrag zu geben oder aber selbst – als Mitglied der angesprochenen Verkehrskreise – zu beurteilen, wie die betreffende Angabe tatsächlich verstanden wurde. Im Gegensatz zur Rechtsprechung des EuGH und zu der Rechtspraxis in den übrigen Mitgliedstaaten der EU kam es dabei nicht auf ein normatives Verkehrsverständnis an.³²

In der Praxis wurde schon aus prozessökonomischen Gründen häufig von Verbraucherbefragungen abgesehen und das Verständnis der Verbraucher nach § 291 ZPO unmittelbar durch das Gericht als „offenkundige Tatsache“ festgestellt. Damit vermieden die Gerichte die Einholung von kostspieligen und aufwändigen demoskopischen Gutachten. Bei der Beurteilung der maßgeblichen Verbraucherauffassung aus eigener Sachkunde des Gerichts galt bis zum Jahre 2001 und damit knapp vier Jahrzehnte lang im Grundsatz die sogenannte „Bärenfang“-Doktrin des BGH. Danach sollte die eigene Sachkunde und Lebenserfahrung des Richters im Regelfall ausreichen, um annehmen zu können, dass ein nicht völlig unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise irreführt wird, während die Verneinung einer Irreführungsgefahr nicht ohne weiteres in Betracht kommen sollte, da der betroffene Personenkreis so weit gespannt und vielschichtig sei, dass der Richter ein zuverlässiges Bild nicht ohne geeignete Beweismittel gewinnen könne.³³ Dieser Grundsatz beruhte auf dem – vor dem Hintergrund des früheren Leitbildes des flüchtigen und unaufmerksamen Verbrauchers nachvollziehbaren – Gedanken, dass die Verneinung einer Irreführung durch den Richter nichts darüber aussagte, ob ein nicht ganz unerheblicher Teil der Verbraucher einer Fehlvorstellung unterlag.³⁴

Die Quote, die der BGH für eine „nicht unerhebliche Anzahl“ von Verbrauchern genügen ließ, um eine Irreführung zu bejahen, war nicht abstrakt-generell zu bestimmen, sondern hing von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles ab. Den für ein Verbot aus § 3 UWG a.F. genügenden Anteil (die sog. Irreführungs-

³¹ Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 120; Fezer, UWG, § 3 Rn. 167; Spätgens, in: FS Tilmann, S. 243.

³² Fezer, WRP 1995, 670, 675.

³³ BGH WRP 1963, 404, 407 („Bärenfang“).

³⁴ Bornkamm, WRP 2000, 830, 832.

quote) setzte die deutsche Rechtsprechung jedoch lange Zeit sehr niedrig an: Bei der Werbung mit objektiv unwahren Angaben war es im Regelfall ausreichend, wenn nur ein Prozentsatz von etwa 10 – 15 % der Verbraucher eine Werbeaussage falsch verstand.³⁵ In bestimmten sensiblen Produktbereichen wie beispielsweise der Gesundheits- und Umweltwerbung lag die kritische Größe mitunter sogar nur zwischen 5 und 8 %.³⁶

In Kombination mit dem flüchtigen Verbraucherleitbild führte die regelmäßig sehr niedrig angesetzte Irreführungsquote zu einem hohen und in Europa nahezu einzigartigen Schutzniveau, das der deutschen Rechtsprechung immer wieder deutliche Kritik einbrachte.³⁷ Denn im Ergebnis gewährte das deutsche Recht einen Schutz, der nicht auf das Verständnis einer Mehrheit oder eines durchschnittlichen Verbrauchers abstellte, sondern sich an Minderheiten oder Randgruppen orientierte. Dies führte dazu, dass sachlich informierende Werbung in Deutschland nur noch schwer möglich war, da sich eine Irreführung irgendwelcher Gruppen in vielen Fällen nicht ausschließen ließ.³⁸

Inzwischen hat sich der BGH in der Frage nach dem maßgeblichen Verbraucherleitbild weitgehend dem Europäischen Gerichtshof angepasst – auch wenn der deutschen Rechtsprechung der Abschied vom alten Leitbild erkennbar schwer gefallen ist: Von der letztmaligen Erwähnung des „flüchtigen, unaufmerksamen Verbrauchers“ bis zur Übernahme des europäischen Leitbildes des durchschnittlich informierten, verständigen und situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers dauerte es immerhin sieben Jahre.

Allein der Wandel des Verbraucherleitbildes bedeutete jedoch nicht zwingend, dass der BGH das Verkehrsverständnis nicht mehr tatsächlich feststellte, sondern – wie der EuGH – an Hand eines normativen Maßstabes selbst ermittelte. Zunächst schien der BGH auch nach der Übernahme des europäischen Verbraucherleitbildes weiterhin an der tatsächlich-empirischen Feststellung festzuhal-

³⁵ Vgl. nur BGH GRUR 1979, 716, 718 („Kontinent Möbel“: Irreführungsquote etwa 10 %); BGH GRUR 1981, 71, 73 („Lübecker Marzipan“: 13,7 %); BGH GRUR 1992, 66, 68 („Königlich-Bayerische Weisse“: mindestens 15 %).

³⁶ BGH GRUR 1980, 797, 799 („Topfit Boonekamp“); BGH GRUR 1991, 546, 547 („aus Altpapier“).

³⁷ Vgl. beispielsweise: Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 426; Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, S. 181; Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 211; Ullmann, JZ 1994, 928, 932.

³⁸ Beater, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken, S. 100; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 274.

ten³⁹ – ungeachtet zahlreicher kritischer Stimmen in der Literatur, die vehement für einen normativen Begriff der Verkehrsauffassung plädierten.⁴⁰

Dass der BGH bei der Beurteilung einer Irreführungsgefahr das Verkehrsverständnis an Hand eines normativen Maßstabes selbst ermittelt, hat er bisher weder klar noch eindeutig ausgesprochen.⁴¹ Jedoch ist in den letzten Jahren auch in die Frage nach der Art und Weise der Ermittlung der Verkehrsauffassung Bewegung gekommen. In jüngsten Entscheidungen des BGH sind erste Ansätze für einen grundsätzlichen Wandel der Rechtsprechung erkennbar. Diese deuten darauf hin, dass der schwierigen Ermittlung der tatsächlichen Verkehrsauffassung im deutschen Recht künftig keine weitere Bedeutung mehr zukommt.⁴² In den beiden Entscheidungen „Elternbriefe“ und „Thermal Bad“ hat der BGH ausdrücklich betont, dass es, wenn die Vorstellung eines situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers maßgeblich sei, auf möglicherweise hiervon abweichende Auffassungen einer Minderheit von Verbrauchern nicht ankomme. Es sei daher unerheblich, ob der Tatrichter seine Sachkunde und Lebenserfahrung zur Bejahung oder Verneinung einer Irreführungsgefahr einsetzen möchte.⁴³ Damit ist zum einen auch in den Fällen, in denen das Gericht eine Irreführungsgefahr verneinen will, eine (teure und oft auch nutzlose) Verbraucherbefragung weitgehend obsolet geworden. Zum anderen ist nur noch entscheidend, wie *eine* bestimmte Person eine Werbeangabe auffasst, so dass es zumindest im Grundsatz nicht darauf ankommt, wie viele real existierende Verbraucher tatsächlich in die Irre geführt werden.⁴⁴ Die Entscheidungen „Elternbriefe“ und „Thermal Bad“ sprechen somit deutlich für eine Hinwendung des BGH zum normativen Verbraucherbegriff des EuGH.⁴⁵

³⁹ BGH GRUR 2000, 239, 240 („Last-Minute-Reise“); BGH WRP 2000, 1284, 1287 („Stich den Buben“); vgl. hierzu: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 4.

⁴⁰ Scherer, GRUR 2000, 273, 277 ff.; dies. WRP 1999, 991, 994 ff.; Ahrens, WRP 1999, 389, 394; Fezer, WRP 1995, 671, 674 ff.; ders., § 14 MarkenR, Rn. 123 ff.

⁴¹ Piper, in Köhler/Piper, § 3 Rn. 51; Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 198.

⁴² Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 184; Fezer/Steinbeck, UWG, § 4-1 Rn. 86; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 75 ff.

⁴³ BGH, GRUR 2002, 550, 552 („Elternbriefe“); bestätigt in: BGH, WRP 2003, 275, 276 („Thermal Bad“).

⁴⁴ Lettl, WuB V B. § 1 UWG 4.02; ders., NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 46 f.; Köhler, Anm. zu BGH LM § 1 UWG Nr. 863 („Elternbriefe“).

⁴⁵ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 75 f.

Dem Urteil „Marktführerschaft“ sind ebenfalls Anhaltspunkte in Richtung eines normativen Verbraucherverständnisses zu entnehmen. Dort stellte der BGH fest, dass die Frage, wie die angesprochenen Verkehrskreise eine bestimmte Werbung verstehen, nicht i.S. von § 291 ZPO offenkundig sein könne, weil sich die Feststellung der Verkehrsauffassung auf Erfahrungswissen stütze und § 291 ZPO hingegen nur Tatsachen und nicht Erfahrungssätze betreffe. Verfüge das Gericht auf Grund seines Erfahrungswissens selbst über die erforderliche Sachkunde, könne es die Auffassung des Durchschnittsverbrauchers ohne sachverständige Hilfe beurteilen.⁴⁶

Wie weit der sich andeutende Wandel der deutschen Rechtsprechung reicht, ist derzeit noch völlig offen. Möglicherweise verläuft die Entwicklung ähnlich wie bei der schrittweisen Aufgabe des Leitbildes des flüchtigen Verbrauchers. Die Anpassung des BGH an das europäische Konzept des aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers erfolgte ebenfalls nicht schlagartig, sondern war das Ergebnis eines langen Prozesses, an dessen vorläufigen Ende die Übernahme des europäischen Verbraucherleitbildes stand.

Vor allem im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben, die deutlich für eine normative Bestimmung der Irreführungsfahr sprechen, ist die sich vorsichtig abzeichnende Kurskorrektur der deutschen Rechtsprechung zu begrüßen. Denn bereits heute übt das Recht der Europäischen Gemeinschaft einen überragenden und vielfältigen Einfluss auf das nationale Lauterkeitsrecht der Mitgliedstaaten aus, auch wenn eine umfassende Regelung des Lauterkeitsrechts durch die Gemeinschaft bislang noch nicht erfolgt ist.⁴⁷ Beispielsweise wurde auch die UWG-Reform 2004 nicht zuletzt mit Erwägungen auf europäischer Ebene begründet.

In Zukunft wird der Einfluss des europäischen Rechts noch weiter zunehmen, denn es bestehen verschiedene Ansätze für eine weitere Harmonisierung. Die Europäische Kommission verfolgt derzeit in erster Linie zwei unterschiedliche Regelungsansätze für die Angleichung des Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten: Der eine Ansatz besteht in dem geplanten Erlass der Richtlinie über unlautere-

⁴⁶ BGH, GRUR 2004, 244, 245 („Marktführerschaft“); vgl. hierzu Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 81.

⁴⁷ Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., Einl. 3.1; Lettl, WRP 2004, 1079, 1081; Veelken, WRP 2004, 1, 4; Fezer, Einl. Rn. 16 („europäischer Flickerlteppich des Lauterkeitsrechts“).

re Geschäftspraktiken im Binnenmarkt.⁴⁸ Ihr Zweck besteht nach Art. 1 darin, durch die Angleichung des Rechts über unlautere Geschäftspraktiken zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen. Der zweite Regelungsansatz besteht in dem Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt.⁴⁹ Mit dieser Verordnung bezweckt die Kommission, die nationalen Verbote für Verkaufsförderungsmaßnahmen wie Rabatte, unentgeltliche Zuwendungen, Zugaben, Gewinnspiele und Preisausschreiben durch weit reichende Informationspflichten der Unternehmen zu ersetzen.⁵⁰

Bereits im bisherigen Harmonisierungsprozess wurde deutlich, dass sowohl der Europäische Gerichtshof als auch der Gemeinschaftsgesetzgeber⁵¹ Sachverständigengutachten und Verkehrsbefragungen höchst zurückhaltend gegenüberstehen. Vor allem die Rechtsprechung des EuGH beschreibt eine eindeutige Marschrichtung: Bei der Prüfung von Verwechslungs- und Irreführungsgefahr müssen die nationalen Gerichte grundsätzlich nicht das tatsächliche Verständnis der real existierenden Verbraucher ermitteln. Die Auffassung des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ ist vielmehr ausschließlich normativ festzustellen durch eine Interessenabwägung im Einzelfall.⁵²

Neben diesen klaren europarechtlichen Vorgaben sprechen auch die bestehenden Widersprüche in der Bestimmung von Irreführungs- und Verwechslungsgefahr für einen Wandel der Rechtsprechung des BGH. Denn im Gegensatz zur bislang

⁴⁸ Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern zur Änderung der Richtlinien 84/450/EWG, 97/7/EG und 98/27/EG v. 18.6.2003, KOM (2003) 356 endg.; dieser Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken liegt nach einer Überarbeitung in der Fassung vom 25.5.2004, 2003/0134 (COD) vor. Die Richtlinie soll im Frühjahr 2005 verabschiedet und bis 2007 EU-weit umgesetzt werden. Die Zustimmung des Europäischen Parlaments erfolgte am 24. Februar 2005 (MEMO 05/64 v. 24.2.2005). Die Kommission erklärte sich am 15.3.2005 mit den vorgenommenen Änderungen einverstanden. – Vgl. auch: Apostolopoulos, WRP 2005, 152; Heermann, WRP 2005, 141, 142.

⁴⁹ Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt, KOM (2001) 546 endg.; geänderte Fassung KOM (2002) 585 endg. u. geänderte Fassung v. 15.5.2003 (8297/03). Der Vorschlag wurde im Herbst 2004 mit einer deutlichen Mehrheit im Rat blockiert und zur weiteren Prüfung an die Kommission verwiesen; ihm werden in näherer Zukunft kaum Chancen auf Annahme eingeräumt; vgl. dazu MEMO 04/117 v. 19.5.2004; Glöckner, WRP 2004, 936, 945; Gamerith, WRP 2005, 391, 392.

⁵⁰ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 16 f.; Apostolopoulos, WRP 2004, 841.

⁵¹ Vgl. Erwägungsgrund 13 des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Fn. 48).

⁵² Vgl. hierzu ausführlich 1. Kap. C III.

empirischen Feststellung einer Irreführungsgefahr wird die Verwechslungsgefahr im Markenrecht bereits seit vielen Jahren nahezu einhellig als Rechtsbegriff aufgefasst und daher normativ bestimmt.⁵³

Die Verwechslungsgefahr ist als Rechtsfrage weder beweisfähig noch beweisbedürftig, sondern wird vom Gericht auf Grund einer rein rechtlichen Bewertung der festgestellten Tatsachen beantwortet.⁵⁴ Das Vorliegen tatsächlicher Verwechslungen stellt lediglich ein Indiz für das Bestehen einer Verwechslungsgefahr dar. Unter Abwägung verschiedener, sich wechselseitig bedingender Beurteilungskriterien – der Grad der Ähnlichkeit der Bezeichnung, ihrer Kennzeichnungskraft und der Grad der Branchenverschiedenheit – wird das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr im deutschen Recht normativ beurteilt.⁵⁵ Diese herkömmliche Bestimmung von Irreführungs- und Verwechslungsgefahr nach unterschiedlichen Gesichtspunkten ist weder konsequent noch überzeugend.⁵⁶

Im Rahmen dieser Untersuchung sollen zunächst die europarechtlichen Vorgaben des EuGH ausführlich dargestellt werden. Ausgehend von der Entwicklung des Verbraucherleitbildes wird eingehend beschrieben, dass der Europäische Gerichtshof seiner Rechtsprechung einen normativen Verbraucherbegriff zu Grunde legt (siehe 1. Kapitel).

Im zweiten Teil der Arbeit werden die Auswirkungen der europarechtlichen Vorgaben auf das deutsche Lauterkeitsrecht untersucht. Dabei wird zunächst der unter dem Eindruck der Rechtsprechung des EuGH ausgelöste Wandel des deutschen Verbraucherleitbildes und die damit einhergehende Liberalisierung des nationalen Lauterkeitsrechts dargestellt. Im Anschluss hieran soll der Frage nachgegangen werden, ob angesichts der Vorgaben des EuGH und des Übergangs zu dem neuen Leitbild des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Marktteilnehmers das tatsächliche Verständnis bestimmter Adressatenkreise in der deutschen Rechtsprechung künftig noch eine Rolle spielt, oder ob in Zukunft nicht rein wertend zu ermitteln ist, wie der Durchschnittsverbraucher eine Werbeangabe unter den heutigen Marktbedingungen zu verstehen hat.

⁵³ Jeweils mit Nachweisen: Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 260; Fezer, MarkenR, § 14 Rn. 83.

⁵⁴ Ströbele/Hacker, § 9 Rn. 31 f.

⁵⁵ Fezer, MarkenR, § 14 Rn. 103; Nordemann, Rn. 2092; Scherer, GRUR 2000, 273, 274.

⁵⁶ Büttner, GRUR 1996, 533, 536; ausführlich hierzu: 4. Kap. A V.

Im Schrifttum wird die Diskussion, ob die Verkehrsauffassung normativ oder empirisch unter Heranziehung von Verkehrsbefragungen und diese auswertenden demoskopischen Gutachten zu bestimmen ist, bereits seit langem geführt. Die Rechtsprechung des BGH zur Feststellung der für die Irreführung maßgeblichen Verkehrsauffassung scheint im Wandel begriffen und nicht frei von Widersprüchen. Ausgehend von der Diskussion der einschlägigen BGH-Entscheidungen der letzten Jahre wird in diesem Zusammenhang ein Lösungsvorschlag entwickelt, der den europarechtlichen Vorgaben des EuGH genügt (2. Kapitel). Im dritten Teil der Arbeit wird untersucht, ob die europäische und die deutsche Rechtsprechung im Bereich der Feststellung einer markenrechtlichen Verwechslungsgefahr übereinstimmen: Ausgehend vom Leitbild eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers fasst auch der BGH die Verwechslungsgefahr als Rechtsbegriff auf und bestimmt sie normativ. Für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr kommt demoskopischen Gutachten, die tatsächliche Verwechslungsfälle belegen, im deutschen Recht lediglich eine indizielle Bedeutung zu.

Im 4. Kapitel soll abschließend aufgezeigt werden, aus welchen Gründen der normative Ansatz auch für die Feststellung einer Irreführungsgefahr eindeutig der bessere Weg ist. Zu berücksichtigen sind dabei neben den europarechtlichen Aspekten in erster Linie die Anforderungen der Rechtssicherheit und der abgewogenen Risikoverteilung. Gleichzeitig wird dabei insbesondere untersucht, ob das Abstellen auf die normative Auffassung zu einer – vielfach befürchteten – wesentlichen Einschränkung des Verbraucherschutzes und zu einer Abkopplung von der Wirklichkeit des Geschäftslebens führt. Als Maßstab für die rein wertende Bestimmung von Irreführungs- und Verwechslungsgefahr soll dabei der Typus des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ dienen. Allerdings bedarf dieses Leitbild noch der weiteren Konkretisierung, um einen verlässlichen objektiven Maßstab zur Beurteilung lauterkeitsrechtlichen Verhaltens bilden zu können. Die in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Bundesgerichtshofes bereits erkennbaren Ansätze sollen im Rahmen dieser Arbeit eingehend dargestellt und weiter fortentwickelt werden (4. Kapitel).

1. Kapitel: Die Rechtsprechung des EuGH

Hinsichtlich des maßgeblichen europäischen Verbraucherleitbildes herrscht spätestens seit der Entscheidung in der Sache „Gut Springenheide“ Klarheit.⁵⁷ Auf die Vorlagefrage des Bundesverwaltungsgerichts, ob die Auffassung eines aufgeklärten Durchschnittsverbrauchers oder die eines flüchtigen Verbrauchers maßgeblich sei, entschied der EuGH unmissverständlich, es sei darauf abzustellen, „wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher diese Angabe wahrscheinlich auffassen wird.“⁵⁸ Weniger deutlich war die Antwort des EuGH auf die Frage, auf welche Weise die Auffassung des Durchschnittskonsumenten festzustellen ist. Isoliert betrachtet, ergibt sich aus den Ausführungen des EuGH nicht in der notwendigen Klarheit, ob der europäische Maßstab durch eine wertende Betrachtung des Durchschnittsverbrauchers oder an Hand der tatsächlich ermittelten Verkehrsauffassung festgestellt werden soll.⁵⁹ Der Ansatz des Gerichtshofes zum Nachweis einer Irreführung wird folglich unterschiedlich interpretiert. Teilweise wird vertreten, dass die Verkehrsauffassung nach dem Willen des EuGH allein empirisch zu ermitteln ist. Nach der gegenteiligen Ansicht ist das Verbraucherverständnis an Hand rein normativer Kriterien festzulegen.

Vor allem angesichts des überragenden Einflusses des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das nationale Lauterkeitsrecht der Mitgliedstaaten bedarf die Frage, auf welche Weise die Verbraucherauffassung festzustellen ist, einer eindeutigen Antwort. Dies gilt umso mehr, als der Harmonisierungsprozess auf europäischer Ebene weiter voranschreitet. Im Folgenden soll daher untersucht werden, auf welche Weise Irreführungs- und Verwechslungsgefahr nach dem Willen des Europäischen Gerichtshofes festzustellen sind. Dabei wird zunächst die Entwicklung des Verbraucherleitbildes in der Rechtsprechung des EuGH und dessen Inhalt eingehend dargestellt, da vor diesem Hintergrund besonders deutlich wird, wie die Auffassung der maßgeblichen Durchschnittsperson nach Ansicht des Gerichtshofes zu ermitteln ist.

⁵⁷ Bornkamm, in: FS BGH, S. 357; Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.39; Hasselblatt/Reese, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 11 Rn. 39.

⁵⁸ EuGH WRP 1998, 848, 850, Rn. 31 („Gut Springenheide“).

⁵⁹ Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.41; Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 109.

A. Das Verbraucherleitbild des EuGH

Aus Art. 95 Abs. 3 S. 1 EG und Art. 153 Abs. 1 EG ergibt sich, dass die Europäische Gemeinschaft ein hohes Verbraucherschutzniveau anstrebt.⁶⁰ Dieses Ziel soll insbesondere durch den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher und die Förderung ihres Rechts auf Information geschehen (vgl. Art. 153 Abs. 1 EG). Dem stehen die Interessen der Anbieterseite an einem möglichst reibungslosen Funktionieren des europäischen Binnenmarktes gegenüber, die vor allem durch die Marktfreiheiten der Art. 28, 49 EG geschützt werden. Der EuGH hat versucht, den Ausgleich dieser unterschiedlichen Interessen unter ausdrücklicher Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Weise vorzunehmen, dass er zur Auslegung sowohl des primären als auch des sekundären Gemeinschaftsrechts einheitlich auf die mutmaßliche Erwartung eines „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ abstellt.⁶¹ Bei diesem vom EuGH geschaffenen Verbrauchertypus handelt es sich um das Leitbild eines Konsumenten, der in der Werbung enthaltene Informationen grundsätzlich kritisch wahrnimmt und eigenverantwortlich am Marktgeschehen teilnimmt.⁶²

I. Die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit

Während das traditionelle deutsche Lauterkeitsrecht den flüchtigen, unkritischen Verbraucher schützte, ging der EuGH stets von dem gegensätzlichen Leitbild eines informierten, selbständigen und mündigen Verbrauchers aus, der in der Lage ist, aktiv Marktinformationen aufzunehmen und diese kritisch zu bewerten. Auch wenn sich dies bereits in seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit andeutete, ließen die Urteile zu den Art. 28 ff EG (früher Art. 30 ff EGV) zunächst noch keinen endgültigen Schluss auf ein bestimmtes einheitliches europäisches Verbraucherleitbild zu. Der Rechtsprechung des EuGH konnten jedoch

⁶⁰ Der Begriff des hohen Verbraucherschutzes findet sich auch in Art. II-38 des Entwurfs eines Vertrages über eine Verfassung für Europa v. 20.6.2003 (CONV 820/03).

⁶¹ Vgl. hierzu Lettl, Das neue UWG, Rn. 44 ff.; Hucke, S. 442; Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1032; Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 196; Drexl, in: Schricker/Henning-Bodewig, S. 178; Gamerith, WRP 2005, 392, 404. – Vgl. vor allem die „Lifting-Creme“-Entscheidung des EuGH (WRP 2000, 289, 292, Rn. 27): Dort hat der EuGH ausgeführt, dass bei der Frage einer Irreführung sowohl die Interessen der Verbraucher als auch die Erfordernisse des freien Warenverkehrs berücksichtigt werden müssen.

⁶² Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919, 924; Apostolopoulos, WRP 2004, 841, 842.

frühzeitig gesicherte Erkenntnisse über die vom Gerichtshof an die Konsumenten gestellten Anforderungen entnommen werden.⁶³

1. Die „Etikettierungs-Rechtsprechung“ des EuGH

Bereits in der Entscheidung „Cassis de Dijon“ stellte der Gerichtshof fest, dass der Verbraucherschutz sowie der Schutz der Lauterkeit des Handelsverkehrs durch eine angemessene Etikettierung der Erzeugnisse, die es den Verbrauchern ermöglicht, die Art der Produkte zu erkennen, sichergestellt werden kann.⁶⁴ Damit legte der EuGH den Grundstein zu seiner folgenden Rechtsprechung zum Vorrang der Verbraucherinformationen vor Verkehrsverboten.⁶⁵ Nach Ansicht des EuGH führt die Etikettierung der Produkte regelmäßig zu einem hinreichenden Schutz der Verbraucher, so dass Verkehrsverbote nicht als erforderlich im Sinne von Art. 28 EG anzusehen sind, da eine ausreichende Kennzeichnung ein den freien Warenverkehr weniger einschränkendes Mittel darstellt, wenn den Verbrauchern die notwendigen Informationen zur Verfügung gestellt werden, damit er seine Wahl in Kenntnis aller Umstände treffen kann.⁶⁶ Der EuGH geht somit davon aus, dass der durchschnittliche Verbraucher die Angaben auf der Verpackung tatsächlich zur Kenntnis nimmt und seiner Kaufentscheidung zu Grunde legt. Erwartet wird vom Gerichtshof nicht ein unaufmerksamer Konsument, sondern ein aktiver Marktteilnehmer, dem eine Informationsbeschaffungslast obliegt, wenn er nicht Gefahr laufen will, in die Irre geführt zu werden.⁶⁷

2. Die „Pall/Dahlhausen“-Entscheidung

Ähnlich argumentierte der EuGH in der Entscheidung „Pall/Dahlhausen“, der folgender Sachverhalt zu Grunde lag:⁶⁸ Die Firma Dahlhausen vertrieb in Deutschland Blutfilter, die sie aus Italien importierte. Der italienische Hersteller der Blutfilter hatte auf den Filtern selbst und auf der Verpackung die Bezeich-

⁶³ Bornkamm, in: FS BGH, S. 356; Beater, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken, S. 90; Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 75.

⁶⁴ EuGH GRUR Int. 1979, 468, 472, Rn. 13 („Cassis de Dijon“).

⁶⁵ Dethloff, S. 195; Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 129.

⁶⁶ EuGH GRUR Int. 1979, 468, 472, Rn. 15 („Cassis de Dijon“); EuGH, GRUR 1987, 245, 248, Rn. 35 („Reinheitsgebot für Bier“); EuGH GRUR Int. 1984, 291, 300 f., Rn. 26, 29 („Bocksbeutel“).

⁶⁷ Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 197; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 21. Kap., Rn. 18.

⁶⁸ EuGH, GRUR Int. 1991, 215 ff. („Pall/Dahlhausen“).

nung „Micropore“ zusammen mit dem Symbol ® als Zeichen eines in Italien bestehenden markenzeichenrechtlichen Schutzes angebracht. Da dieses Warenzeichen jedoch nicht in Deutschland eingetragen war, nahm die Firma Pall die vertreibende Firma Dahlhausen auf Grund irreführender Werbung gem. § 3 UWG a.F. auf Unterlassung in Anspruch, da durch das Zeichen ® bei den Verbrauchern der falsche Eindruck hervorgerufen werde, dass die Marke „Micropore“ in Deutschland geschützt sei.

Ansatzweise zeigte sich auch hier bereits, dass der EuGH vom Referenzmodell eines durchschnittlich unterrichteten Konsumenten ausging.⁶⁹ Der EuGH äußerte Zweifel, ob durch die Verwendung des Symbols ® überhaupt eine Irreführung verursacht würde: Es sei zum einen nicht erwiesen, dass das Symbol ® allgemein in dem Sinne verwendet und verstanden werde, dass es angebe, das Warenzeichen sei in dem Land eingetragen, in dem das Produkt in den Verkehr gebracht werde. Zum anderen könne die Gefahr einer Irreführung ein so erhebliches Hindernis für den freien Warenverkehr nicht rechtfertigen, da die Verbraucher sich mehr für die Eigenschaften einer Ware interessierten, als dafür, wo das Warenzeichen eingetragen sei.⁷⁰ Indem der EuGH entscheidend darauf abstellt, wie das Zeichen *allgemein* verstanden wird, wird deutlich, dass es für die Ermittlung einer Irreführung auf einen durchschnittlich verständigen Verbraucher ankommt.⁷¹ Von diesem Leitbild geht der Gerichtshof im Rahmen der gesamten Entscheidungsfindung aus: So könnten umsichtige Teilnehmer am Wirtschaftsleben bei Interesse in öffentlichen Registern die Rechtslage in Bezug auf das fragliche Warenzeichen prüfen.⁷² Durch diesen Verweis auf die Möglichkeit einer Registeranfrage zur Vermeidung einer eventuellen Fehlvorstellung, bürdet der Gerichtshof dem Verbraucher eine recht weitgehende Informationslast auf.⁷³

3. Die Urteile „GB-Inno-BM“ und „Yves Rocher“

Diese Einschätzung des Verbrauchers als umsichtigen Marktteilnehmer setzt sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur gemeinschaftsrechtlichen Zu-

⁶⁹ Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919, 924.

⁷⁰ EuGH, GRUR Int. 1991, 215, 216, Rn. 18. („Pall/Dahlhausen“); vgl. auch Joliet, GRUR Int. 1994, 1, 4.

⁷¹ Dethloff, S. 194.

⁷² EuGH, GRUR Int. 1991, 215, 216, Rn. 21 („Pall/Dahlhausen“); vgl. hierzu: Wolf, S. 108.

⁷³ Traub, S. 20; Meyer, WRP 1993, 215, 223; Köhler, ZLR 1994, 241, 246.

lässigkeit von Preisgegenüberstellungen fort.⁷⁴ In den beiden Urteilen „GB-Inno-BM“ und „Yves Rocher“ erklärte der EuGH nationale Regelungen, die die Werbung mit zutreffenden Preisgegenüberstellungen verboten, für nicht mit Art. 28 EG vereinbar.⁷⁵

Die betroffenen Regierungen aus Luxemburg und Deutschland beriefen sich zur Rechtfertigung der entsprechenden Vorschriften in erster Linie auf Gründe des Verbraucherschutzes: Die Gegenüberstellung von Preisen als Werbemaßnahme enthalte eine potenzielle Irreführungsgefahr der Verbraucher, da diese nicht in der Lage seien zu überprüfen, ob der angegebene alte Preis tatsächlich einmal verlangt worden sei. Daher könnten sie weder die Richtigkeit der Angaben kontrollieren, noch beurteilen, ob es sich tatsächlich um ein günstiges Angebot handle. Es bestehe zudem die Gefahr von Verwechslungen mit zeitlich befristeten Schlussverkäufen. Auf Verbraucherseite könnte der Eindruck von insgesamt günstigeren Preisen erweckt werden, ohne dass dies auf das gesamte Sortiment zutreffe.⁷⁶ Hinter diesen Argumenten verbirgt sich letztlich die Vorstellung eines flüchtigen, unkritischen Verbrauchers.⁷⁷

In beiden Entscheidungen stellte der EuGH darauf ab, dass ein Verbot von zutreffenden Preisvergleichen der Verbraucheraufklärung und damit dem Verbraucherschutz keinesfalls dienlich sein könne. Durch ein Verbot von Preisgegenüberstellungen werde dem Verbraucher hingegen eine Informationsmöglichkeit genommen, die sehr nützlich sein könne, um seine Kaufentscheidung in voller Kenntnis der Sachlage zu treffen.⁷⁸ Das Gemeinschaftsrecht sehe eines der grundlegenden Erfordernisse gerade „in der Unterrichtung des Verbrauchers.“⁷⁹ Der vom EuGH implizit zu Grunde gelegte normal informierte Verbraucher weiß daher, dass Schlussverkäufe nur zu bestimmten Zeiten stattfinden. Gleichzeitig ist er in der Lage, durch die wahren Angaben über den alten und den neuen Preis, einen für ihn lohnenswerten Vergleich vornehmen. Durch ein gesetzli-

⁷⁴ Reese, Grenzüberschreitende Werbung, S. 77; Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 197.

⁷⁵ EuGH, GRUR Int. 1990, 955, 956 („GB-Inno-BM“); EuGH GRUR Int. 1993, 763, 764 („Yves Rocher“).

⁷⁶ EuGH, GRUR Int. 1990, 955, 956, Rn. 11 („GB-Inno-BM“); EuGH, GRUR Int. 1993, 763, 764, Rn. 14 („Yves Rocher“).

⁷⁷ Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 197.

⁷⁸ EuGH, GRUR Int. 1993, 763, 764, Rn. 17 („Yves Rocher“).

⁷⁹ EuGH, GRUR Int. 1990, 955, 956, Rn. 18 („GB-Inno-BM“); vgl. hierzu: Hasselblatt/Reese, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 11 Rn. 38.

ches Verbot würden ihm diese Möglichkeiten genommen. Somit stufte der EuGH in diesen Urteilen die Information der Verbraucher höher ein, als den Schutz der Konsumenten vor einer möglichen Irreführung.⁸⁰

4. Die „Nissan“-Entscheidung

In diesem Urteil hatte der EuGH über die Werbung eines französischen Parallelimporteurs für Kraftfahrzeuge, die zur Auslieferung in Belgien bestimmt waren, zu entscheiden. Der Autohändler hatte mit der Aussage geworben: „Kaufen Sie ihren Neuwagen billiger“ und außerdem mit dem Zusatz „1 Jahr Herstellergarantie.“ Obwohl nicht darauf hingewiesen wurde, dass die Fahrzeuge eine geringere Serienausstattung aufwiesen, als die „offiziell“ für den französischen Markt bestimmten Autos, erkannte der EuGH darin keine irreführende Werbung: Erst wenn nachweislich eine erhebliche Zahl der angesprochenen Verbraucher die Kaufentscheidung in Unkenntnis der geringeren Ausstattung der importierten Fahrzeuge trafen, könne eine entsprechende Werbung ohne Hinweis hierauf als irreführend betrachtet werden.⁸¹ Der EuGH stellt damit maßgeblich auf den Zeitpunkt der Kaufentscheidung für eine relevante Irreführung der Verbraucher ab. Diesem Vorgehen liegt offenbar die Erwägung zu Grunde, dass der Durchschnittsverbraucher vor einer größeren Investition wie dem Kauf eines PKW nicht nur der Werbung vertraut, sondern sich vor der Kaufentscheidung weitere Informationen beschaffen werde. Im Rahmen seiner Aufklärungspflicht werde der Verkäufer dann auf die Unterschiede in der Ausstattung hinweisen, um eine Irreführung zu vermeiden.⁸²

5. Die „Clinique“-Entscheidung

In diesem Urteil stellte der EuGH noch höhere Anforderungen an die Aufmerksamkeit und die Sorgfalt des Verbrauchers.⁸³ In der Entscheidung ging es um die Frage, ob die Bezeichnung „Clinique“ für ein Kosmetikprodukt wegen der Nähe zum Begriff „Klinik“ und der damit verbundenen Assoziation eines Heilmittels zur einer Irreführung der Verbraucher führte. Der Hersteller hatte seine unter der

⁸⁰ Fezer, JZ 1994, 317, 322; Hucke, S. 109; Niemöller, S. 172 f.

⁸¹ EuGH, WRP 1993, 233, 234, Rn. 15, Rn. 16 („Nissan“).

⁸² Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 199 f.

⁸³ Hucke, S. 89.

Bezeichnung „Clinique“ in Europa vertriebenen Produkte in Deutschland als „Linique“ in den Handel gebracht, weil man befürchtete, wegen eines Verstoßes gegen das Irreführungsverbot in Anspruch genommen zu werden. Als das Unternehmen sich aus Kostengründen entschloss, auch in Deutschland seine Produkte unter der Bezeichnung „Clinique“ zu vertreiben, wurde es – wie erwartet – von einem deutschen Wettbewerbsverband auf Unterlassung verklagt. Das Landgericht Berlin wollte eine Irreführung des Verkehrs nicht ohne die Einholung eines demoskopischen Gutachtens verneinen und legte die Streitigkeit dem EuGH im Wege des Vorabscheidungsverfahrens gem. Art. 234 EG vor.

Der Gerichtshof entschied, dass ein Verbot der Bezeichnung „Clinique“ eine Behinderung des gemeinschaftlichen Handels darstelle und daher mit Art. 28 EG nicht vereinbar sei, da der Hersteller ansonsten gezwungen sei, zusätzliche Verpackungs- und Werbekosten auf sich zu nehmen, wenn er weiterhin seine Produkte in Deutschland vertreiben wolle.⁸⁴ Ein Verbot der beanstandeten Bezeichnung sei zum Schutz der Verbraucher oder der Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland nicht erforderlich. Es ergebe sich aus den Umständen, insbesondere der Aufmachung und des ausschließlichen Vertriebes über Parfümerien und Warenhäuser, dass es sich bei den Kosmetika nicht um medizinische Produkte handle. Die Befürchtung, deutsche Verbraucher würden den Kosmetikartikel für ein Arzneimittel halten, wies der EuGH unter dem Hinweis darauf zurück, in den anderen Mitgliedstaaten würden die Verbraucher durch die Bezeichnung „Clinique“ ebenfalls nicht irregeführt.⁸⁵ Mit dieser knappen Begründung lehnte der EuGH eine Irreführungsfahr ab und setzte gleichzeitig sein eigenes Verständnis an die Stelle der Verkehrsauffassung, die der Tatrichter nicht festzustellen vermochte.⁸⁶

Auch wenn der EuGH in dieser Entscheidung nicht ausdrücklich auf das Verbraucherleitbild eingeht, so wird dennoch deutlich, dass der Gerichtshof einen Verbraucher zu Grunde legt, der in der Lage ist, aus der Aufmachung des Produkts und der Vertriebsart entsprechende Schlussfolgerungen zu ziehen. Dem Verbraucher wird zugemutet, dass er erkennt, dass es sich bei Produkten, die lediglich im Kosmetikfachhandel vertrieben werden, nicht um medizinische

⁸⁴ EuGH WRP 1994, 380, 382, Rn. 19 („Clinique“).

⁸⁵ EuGH WRP 1994, 380, 382, Rn. 21 („Clinique“).

⁸⁶ Kritisch daher: Baumbach/Hefermehl/*Bornkamm*, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.28; Harte/Henning/*Glöckner*, Einl. B. Rn. 90.

Produkte handelt.⁸⁷ Der Gerichtshof stellt damit auch in der Entscheidung „Clinique“ nicht auf einen unaufmerksamen und flüchtigen, sondern auf einen in seinen Fähigkeiten zur Wahrnehmung und Verarbeitung begabten Verbraucher ab, der die richtigen Schlussfolgerungen zieht und sich nicht durch die bloße Bezeichnung in die Irre führen lässt.⁸⁸ Dieser Gedanke kommt in der „Mars“-Entscheidung noch präziser zum Ausdruck.⁸⁹

6. Die „Mars“-Entscheidung

In dieser Entscheidung vom 6. Juli 1995 stellte der EuGH erstmals ausdrücklich auf den „verständigen Verbraucher“ ab.⁹⁰ Im Wege der Vorabentscheidung hatte der EuGH in dieser Rechtssache darüber zu entscheiden, ob Art. 28 EG der nationalen Untersagung einer irreführenden Verpackung entgegensteht.

Die Beklagte führte Eiskremriegel unter anderem der Marke Mars von Frankreich nach Deutschland ein. Aus Anlass einer befristeten europaweiten Werbekampagne wurde die verpackte Menge jedes Erzeugnisses für die Zeit der Verkaufsaktion um zehn Prozent erhöht und auf den Verpackungen dementsprechend der Aufdruck „+ 10 %“ angebracht. Der farblich besonders gekennzeichnete Teil der Verpackung, der den Aufdruck „+ 10 %“ trug, machte jedoch deutlich mehr als 10 % der Gesamtfläche der Verpackung aus. Die Klägerin, ein deutscher Wettbewerbsverband, sah darin einen Verstoß gegen § 3 UWG a.F.: Beim Verbraucher werde durch die optische Ausgestaltung des aufgedruckten „+ 10 %“-Hinweises der Eindruck erweckt, das Produkt sei um den farblich gekennzeichneten Teil der Verpackung, der wesentlich mehr als 10 % der Gesamtfläche der Verpackung ausmache, vergrößert worden. Der EuGH verwies in der Entscheidung auf seine ständige Rechtsprechung, wonach Hemmnisse für den gemeinschaftlichen Binnenhandel, die sich aus den Unterschieden der nationalen Rechtsvorschriften ergeben, hingenommen müssten, soweit solche Bestimmungen notwendig seien, um zwingenden Erfordernissen, u.a. solchen des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs, gerecht zu werden. Derartige Bestimmungen seien jedoch nur zulässig, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stünden und wenn dieser Zweck

⁸⁷ Beater, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken, S. 94.

⁸⁸ Dethloff, S. 193.

⁸⁹ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 138.

⁹⁰ EuGH WRP 1995, 677, 678 f., Rn. 24 („Mars“).

nicht durch Maßnahmen erreicht werden könne, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränkten.⁹¹ Auf die Frage einer Irreführung der Verbraucher durch das Missverhältnis zwischen der tatsächlichen Erhöhung der Menge des Eiskremriegels und dem farblich gekennzeichneten Teils der Verpackung ging der Gerichtshof nur knapp, aber deutlich ein: Von „verständigen Verbrauchern“ könne erwartet werden, „dass sie wissen, dass zwischen der Größe von Werbeaufdrucken, die auf eine Erhöhung der Menge hinweisen, und dem Ausmaß einer Erhöhung nicht notwendig ein Zusammenhang besteht.“⁹²

Auch wenn der „Mars“-Entscheidung nur wenig verallgemeinerungsfähige Rechtsgrundsätze entnommen werden können, ist ihre Bedeutung wegen der klarstellenden Aussagen zum maßgeblichen gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherleitbild nicht zu unterschätzen: Der Gerichtshof beschreibt einen Verbraucher als Leitbild, der bei der Rezeption von Werbung deren funktionsimmanente Eigenheiten berücksichtigt und Werbebotschaften entsprechend kritisch betrachtet.⁹³ Der EuGH stellt keine Mutmaßungen über tatsächliche Verbrauchererwartungen an, sondern beschreibt die Vorstellung, die von einem verständigen Verbraucher in der konkreten Situation erwartet werden kann und muss. Nur wenn das beworbene Produkt von der so bestimmten Auffassung abweicht, liegt eine relevante Irreführung vor. Eine abweichende Auffassung wird als nicht schutzwürdig angesehen – mag sie auch tatsächlich vorhanden sein.⁹⁴ Insgesamt gesehen sind die Anforderungen, die der EuGH an die Verbraucher stellt, hoch. Er erwartet, dass die Konsumenten sich weitergehende Gedanken zu den angebotenen Waren machen und nicht nur den Text beziehungsweise die äußere Aufmachung des Produktes zur Kenntnis nehmen. Nach Ansicht des EuGH muss beim Verbraucher generell ein gewisses Maß an Aufmerksamkeit und gesunder Skepsis vorhanden sein.⁹⁵

7. Zusammenfassung

Ungeachtet der verschiedenen vom EuGH verwendeten Umschreibungen wurde auf Grund seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit zumindest aus dem

⁹¹ EuGH WRP 1995, 677, 678, Rn. 15 („Mars“).

⁹² EuGH WRP 1995, 677, 678 f., Rn. 24 („Mars“).

⁹³ Niemöller, S. 188.

⁹⁴ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 140.

⁹⁵ Hucke, S. 93; Ackermann, WRP 1996, 502, 515; Hasselblatt/Reese, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 11 Rn. 40.

Kontext der Entscheidungen deutlich, dass der Gerichtshof vom Leitbild eines mündigen und aufgeschlossenen Verbrauchers ausging, der das Geschehen aufmerksam zur Kenntnis nimmt, verständig würdigt und Produktinformationen zur Grundlage seines Entscheidungsaktes macht.⁹⁶ Frühzeitig zeichnete sich ab, dass das Bild des flüchtigen, unkritischen Verbrauchers, das traditionell dem deutschen Lauterkeitsrecht zu Grunde lag, mit den Anforderungen des EuGH nicht übereinstimmte.⁹⁷ Im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung erwartete der Europäische Gerichtshof vom Verbraucher, dass dieser dank vorhandener oder zu beschaffender Informationen grundsätzlich in der Lage ist, eigenverantwortlich am Marktgeschehen teilzunehmen und nach sorgfältiger Prüfung rationale Entscheidungen zu treffen. Vorrangig wird der Verbraucherschutz auf europäischer Ebene nicht über Verbote und Beschränkungen erreicht, sondern durch wahrheitsgemäße Information der angesprochenen Verkehrskreise.⁹⁸ Durch die angebotenen Informationen wird der Verbraucher nach Auffassung des EuGH nicht verunsichert, sondern er bedarf ihrer sogar, um seine Kaufentscheidung in voller Kenntnis der Sachlage zu treffen.⁹⁹

II. Die Präzisierung des Verbraucherleitbildes

1. Die „Gut Springenheide“-Entscheidung

Im Jahre 1998 präzisierte der EuGH das Verbraucherleitbild in seiner grundlegenden Entscheidung in Sachen „Gut Springenheide“. Im Ausgangsverfahren war zu klären, ob die Bezeichnung „6-Korn-Eier“ irreführend ist, wenn der hochwertige Anteil aus den sechs zur Fütterung verwendeten Getreidearten nur 60 % des Gesamtfutters beträgt. Dem Rechtsstreit lag eine Auseinandersetzung zwischen der Gut Springenheide GmbH und der zuständigen Lebensmittelüberwachungsstelle zu Grunde: Die Gut Springenheide GmbH brachte Hühnereier unter der Bezeichnung „6-Korn-Eier“ in den Verkehr. Den Eierpackungen waren jeweils Einlegezettel beigelegt, die Auskunft über das verwendete Futter und dessen Auswirkungen auf die Qualität der Eier gaben. Die Lebensmittelüberwachungsstelle beanstandete die Bezeichnung „6-Korn-Eier“ und die Ver-

⁹⁶ Scherer, WRP 1999, 991, 992; Baumbach/Hefermehl/*Bornkamm*, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.38; Keßler, WRP 1993, 571, 577.

⁹⁷ Baumbach/Hefermehl/*Bornkamm*, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.38.

⁹⁸ Doepner, WRP 1997, 999.

⁹⁹ EuGH, GRUR Int. 1993, 763, 764, Rn. 17 („Yves Rocher“).

wendung der Beipackzettel. Die Feststellungsklage der klagenden GmbH wurde von dem Verwaltungsgericht mit der Begründung abgewiesen, dass die Bezeichnung und die Angaben auf den Einlegezetteln gegen das Irreführungsverbot des § 17 Abs. 1 Nr. 5 LMBG verstießen.

Die Berufungsinstanz bestätigte dieses Urteil und führte zur Begründung einen Verstoß gegen die Verordnung 1907/90/EWG an. Die Bezeichnung „6-Korn-Eier – 10 frische Eier“ und der dazugehörige Einlegezettel seien geeignet, einen nicht zu vernachlässigenden Teil der Käuferschaft irrezuführen, da sie fälschlicherweise die Annahme nahe legten, die Hühner würden ausschließlich 6-Korn-Futter erhalten, welches zu einer besonderen Eierqualität führe. Gegen dieses Urteil wurde Revision beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt. Der Grund für die Vorlagefrage des BVerwG an den EuGH war die Auslegung des Art. 10 Abs. 2 lit. e) der Verordnung 1907/90/EWG über bestimmte Vermarktungsnormen für Eier.¹⁰⁰ Nach dieser Vorschrift dürfen zusätzlich zu den erforderlichen Angaben auf Eierverpackungen nur dann weitere werbewirksame Angaben angebracht werden, „sofern diese Angaben sowie ihre Aufmachung nicht geeignet sind, den Käufer irrezuführen.“

Das BVerwG legte dem Gerichtshof mit Beschluss vom 8. Februar 1996 unter anderem die Frage vor, ob die Auffassung des aufgeklärten Durchschnittsverbrauchers oder die des flüchtigen Verbrauchers maßgeblich sei und schuf damit die Voraussetzungen für eine klärende Grundsatzentscheidung des EuGH zu der in den 90er Jahren in Deutschland wohl am heftigsten diskutierten lauterkeitsrechtlichen Streitfrage nach dem relevanten Verbraucherleitbild unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben.¹⁰¹ Daneben fragte das BVerwG, ob für die Beurteilung der Irreführungsgefahr die tatsächliche Erwartung der angesprochenen Verkehrskreise zu ermitteln sei, oder ob der genannten Regelung ein „objektivierter, allein juristisch zu interpretierender Käuferbegriff als Maßstab“ zu Grunde liege.

¹⁰⁰ Verordnung 1907/90/EWG des Rates vom 26.6.1990 über bestimmte Vermarktungsnormen für Eier (ABl. 1990, Nr. L 173).

¹⁰¹ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 70. – Vgl. zur umfangreichen „Leitbilddiskussion“ in Deutschland: Sack, WRP 1998, 264; Doepner, WRP 1999, 999 ff.; Ackermann, WRP 1996, 502 ff.; Tilmann, in: FS Piper, S. 488 f., Hucke, S. 153 ff.; Beater, JZ 2000, 973, 976; Steindorff, WRP 1993, 139 ff.; Schricker, GRUR Int. 1996, 473, 475.

In seiner mit Spannung erwarteten Entscheidung erteilte der Europäische Gerichtshof dem Leitbild eines flüchtigen und unaufmerksamen Verbrauchers eine deutliche Absage: Bei der Beurteilung, ob eine Bezeichnung, Marke oder Werbeaussage geeignet sei, den Käufer irrezuführen, sei „auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“¹⁰² abzustellen. Ein Sachverständigengutachten oder eine Verbraucherbefragung müsse für diese Beurteilung nicht in Auftrag gegeben werden. In der Regel könnten auch die nationalen Gerichte in gleicher Weise beurteilen, ob eine Werbeaussage in die Irre führe.¹⁰³

In Fällen, in denen sich aus den vorliegenden Informationen eine Bestimmung des mutmaßlichen Verbraucherverständnisses nicht treffen lasse, könne nur das nationale Gericht beurteilen, ob die Werbeaussage zur Täuschung geeignet sei. Sehe sich das Gericht hierzu nicht imstande, stehe das Gemeinschaftsrecht bei Vorliegen besonderer Umstände der Einholung eines Sachverständigengutachten oder der Durchführung einer Verbraucherbefragung nicht entgegen, um beurteilen zu können, ob eine Werbeaussage irreführen kann. Die Angabe eines konkreten Prozentsatzes, verweigert der Gerichtshof: Es sei Sache des nationalen Gerichts, den nach seinem nationalen Recht maßgeblichen Prozentsatz irreführender Werbeadressaten festzulegen, da es keine einschlägige gemeinschaftsrechtliche Bestimmung gebe.¹⁰⁴

2. Folgerungen aus der „Gut-Springenheide“-Entscheidung

Für das Verbraucherleitbild trifft die Entscheidung „Gut Springenheide“ zwei wesentliche Aussagen: Zum einen, welcher Maßstab an eine Irreführung anzulegen ist, zum anderen, wie das Vorliegen einer diesem Maßstab entsprechenden Irreführung zu ermitteln ist. Dabei ergeben sich jedoch auch neue Zweifelsfragen. Dem EuGH wird vorgeworfen, er habe es versäumt, sein Leitbild des verständigen Verbrauchers mit inhaltlichen Wertungen auszufüllen und so einen konturlosen, nicht operablen Rechtsbegriff geschaffen. Auch habe der Gerichtshof die Frage, ob die Verkehrsauffassung normativ oder empirisch festgestellt werden soll, nicht eindeutig beantwortet.¹⁰⁵

¹⁰² EuGH WRP 1998, 848, 850, Rn. 31 („Gut Springenheide“).

¹⁰³ EuGH WRP 1998, 848, 850, Rn. 31 f. („Gut Springenheide“).

¹⁰⁴ EuGH WRP 1998, 848, 851, Rn. 35 f. („Gut Springenheide“).

¹⁰⁵ Reese, WRP 1998, 1035, 1041; Harte/Henning/Glöckner, Einl. B Rn. 96.

Ungeachtet der aufgeworfenen Fragen ist die Bedeutung dieser Entscheidung nicht zu unterschätzen, denn seitdem herrscht zumindest hinsichtlich des Verbraucherleitbildes endgültig Klarheit: Als für die Irreführung relevanten Maßstab definiert der Gerichtshof den „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher.“ Damit hat der Gerichtshof den materiell-inhaltlichen Maßstab vorgegeben, an dem sich die nationalen Gerichte zu orientieren haben.¹⁰⁶ Gleichzeitig wird deutlich, dass dieses Leitbild vom EuGH unabhängig davon vorgegeben wird, wie die Irreführung ermittelt wird. Auf den Durchschnittsverbraucher ist nicht nur abzustellen, wenn die Gerichte selbst im Rahmen einer wertenden Entscheidung das Vorliegen einer Irreführungsfahr feststellen, sondern auch dann, wenn die Irreführung ausnahmsweise mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens oder einer Verbraucherbefragung ermittelt wird. Nach den Vorgaben des EuGH ist es auch bei einer empirischen Bestimmung des Verbraucherverständnisses nicht gerechtfertigt, einen anderen Maßstab anzulegen. In diesem Fall muss das Leitbild des verständigen Marktteilnehmers somit als Korrekturmaßstab gelten.¹⁰⁷

3. Verfestigung der Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild

Im Anschluss an die „Gut Springenheide“-Entscheidung hat sich gezeigt, dass der EuGH dieses Verbraucherleitbild immer dann heranzieht, wenn die Verkehrsauffassung von Bedeutung ist.¹⁰⁸ So hat der Europäische Gerichtshof auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher, den er unlängst als „Referenzverbraucher“ bezeichnet hat,¹⁰⁹ nicht nur in Fällen abgestellt, in denen es um entsprechende Irreführungsverbote¹¹⁰ ging, sondern auch in markenrechtlichen Entscheidungen.¹¹¹ Sowohl im primären Gemein-

¹⁰⁶ Harte/Henning/*Glöckner*, Einl. B, Rn. 120; Bornkamm, in: FS BGH S. 357. – Vgl. auch Baumbach/Hefermehl/*Bornkamm*, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.39: „Seit der Entscheidung ‚Gut Springenheide‘ ... ist dieses Verbraucherleitbild in Stein gemeißelt.“

¹⁰⁷ Dethloff, S. 16; Doepner, WRP 1997, 999, 1000. – Vgl. zu den Auswirkungen dieser Vorgabe für das deutsche Recht ausführlich: 2. Kap. B I 2.

¹⁰⁸ Sack, WRP 2004, 521, 522 f.

¹⁰⁹ EuGH v. 6.11.2003, C-358/01, Rn. 53 („Reinigungsmittel mit Bleichlauge“).

¹¹⁰ Vgl. nur: EuGH WRP 1999, 307, 310 f., Rn. 30 („Sektellerei Kessler“); EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 26 („Lifting-Creme“); EuGH WRP 2000, 489, 491, Rn. 20 („Darbo“); EuGH WRP 2001, 1432, 1437, Rn. 52 („Toshiba Europe“); EuGH WRP 2003, 615, 620, Rn. 55 („Pippig Augenoptik“).

¹¹¹ Vgl. nur: EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Rn. 26 („Lloyd“); EuGH WRP 2002, 924, 930, Rn. 63 („Philips“); EuGH GRUR 2003, 422, 425, Rn. 52 („Arthur/Arthur et Félicie“).

schaftsrecht als auch im Rahmen des sekundären Gemeinschaftsrechts wird dieses Verbraucherleitbild inzwischen einheitlich und durchgängig zu Grunde gelegt.¹¹² Dabei betont der EuGH, dass die Frage einer Irreführung an Hand der „Umstände des Einzelfalles“ bestimmt werden muss.¹¹³

In der Entscheidung „Lifting-Creme“ hat der Europäische Gerichtshof zur Entwicklung seines Verbraucherleitbildes ausgeführt: „Im Rahmen der Auslegung der Richtlinie 84/450 hat der Gerichtshof zur Bewertung einerseits der Gefahr einer Irreführung der Verbraucher und andererseits der Erfordernisse des freien Warenverkehrs entschieden, dass bei der Beurteilung, ob ... eine Werbeaussage irreführend ist, auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen ist.... Dieses Kriterium beruht auf dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.“¹¹⁴ Der EuGH legt damit offen, dass er eine Abwägung der Verbraucherinteressen mit den in erster Linie durch die Warenverkehrsfreiheit geschützten Interessen der Anbieter am Maßstab der Verhältnismäßigkeit vornimmt.¹¹⁵ Im Rahmen dieser Abwägung sind nach Auffassung des EuGH mehrere Gesichtspunkte zu berücksichtigen, insbesondere auch soziale, kulturelle und sprachliche Eigenheiten. Diese Besonderheiten könnten es rechtfertigen, dass die für eine Hautstrafungscreme verwendete Bezeichnung „Lifting“ von den deutschen Verbrauchern anders verstanden werde als von den Verbrauchern in anderen Mitgliedstaaten. Auch wenn wenig dafür spräche, dass ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Verbraucher erwarte, dass eine Creme, die die Bezeichnung „Lifting“ enthalte, dauerhafte Wirkungen entfalte, so habe dennoch das nationale Gericht unter „Berücksichtigung aller Umstände“ zu prüfen, wie es sich im konkreten Fall verhalte.¹¹⁶ Auch dabei beließ der EuGH den nationalen Gerichten ausdrücklich die Möglichkeit, ein Sachverständigengutachten einzuholen, falls sie dies zur Beurteilung einer Irreführung für erforderlich hielten.

¹¹² Gloy/Loschelder-Helm, Hdb. WettbewerbsR., § 52 Rn. 28; kritisch hierzu: Beater, GRUR Int. 2000, 963, 972 f.

¹¹³ EuGH WRP 1999, 307, 310, Rn. 36 („Sektellerei Kessler“); EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 30 („Lifting-Creme“).

¹¹⁴ EuGH, WRP 2000, 289, 292, Rn. 27 („Lifting-Creme“).

¹¹⁵ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 72.

¹¹⁶ EuGH, WRP 2000, 289, 292, Rn. 29 f. („Lifting-Creme“).

4. Anknüpfung an andere Rechtstraditionen

Mit dem „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher“ hat der EuGH das Leitbild wörtlich übernommen, wie es in Frankreich und England seit jeher zur Auslegung der strafrechtlich sanktionierten Irreführungstatbestände herangezogen wird.¹¹⁷ Dort und in den meisten übrigen Ländern in der Europäischen Union wird den Verbrauchern wenigstens ein Mindestmaß an Skepsis und die Fähigkeit zur Überprüfung von Werbeangaben zugemutet.¹¹⁸

So orientieren sich beispielsweise die französischen Gerichte am Leitbild eines Durchschnittsverbrauchers normaler Intelligenz und Aufmerksamkeit (*bon père de famille*). Flüchtige oder gleichgültige Verbraucher bleiben ebenso wie besonders kritische und aufmerksame Konsumenten außer Betracht. Entscheidungen französischer Gerichte ist zu entnehmen, dass die Verbraucher mit den Methoden der modernen Werbung vertraut sind, ihr nicht unkritisch gegenüberstehen und allgemein gehaltene Übertreibungen erkennen können.¹¹⁹ In Italien wird ebenfalls auf das Leitbild eines Durchschnittsverbrauchers von mittlerer Intelligenz abgestellt, der als aufgeklärter und skeptischer Konsument, wissend um das alte römische Sprichwort „*omnis mercator mendax*“, der Werbung grundsätzlich kritisch gegenübersteht.¹²⁰ In Großbritannien wird von der Rechtsprechung auf das Verständnis eines „*ordinary man*“ in der jeweils angesprochenen Zielgruppe abgestellt und zwischen dem Fachhandel, dem sachkundigen Verbraucher und dem Verbraucher ohne besondere Fachkenntnis unterschieden. Dabei wird davon ausgegangen, dass der vernünftige Verbraucher („*reasonable customer*“) sich nicht durch Übertreibungen in der Werbung in die Irre führen lässt und seine Kaufentscheidungen keinesfalls übereilt, sondern nach kritischen Abwägungen trifft. Der unkritische, oberflächliche oder kurzsichtige Verbraucher wird daher in der Rechtsprechung nicht berücksichtigt.¹²¹ Auch in der spanischen und italienischen wettbewerbsrechtlichen Judikatur wird auf einen skeptischen und kritischen Durchschnittskonsumenten normaler Intelligenz und Aufmerksamkeit

¹¹⁷ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 70.

¹¹⁸ Nordemann, WRP 2000, 977; Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 74; Keilholz, GRUR Int. 1987, 390, 391.

¹¹⁹ Niemöller, S. 78; Fischer, S. 50; Sack, WRP 1998, 264, 265.

¹²⁰ Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 189; Trägner, S. 32.

¹²¹ Schrickler, GRUR Int. 1990, 112, 118; Dehlfing, S. 68; Bodewig, GRUR Int. 2004, 543, 544; Ohly/Spence, GRUR Int. 1999, 681, 690.

abgestellt, der in der Lage ist, Übertreibungen zu erkennen und die Werbung auf ihren wahren Aussagegehalt zu reduzieren.¹²²

B. Der Inhalt des Verbraucherleitbildes des EuGH

I. Anforderungen an das Verbraucherverhalten

Mit seiner Definition des maßgeblichen Verbrauchers stellt der EuGH auf die beiden für eine Irreführung relevanten Aspekte ab. Er unterscheidet zwischen der Wahrnehmung der Werbung einerseits und ihrer Verarbeitung andererseits.¹²³ Soweit der EuGH einen durchschnittlich informierten und aufmerksamen Verbraucher als Konsumenten fordert, stellt er Anforderungen an die kognitiven Möglichkeiten und Fähigkeiten der angesprochenen Verbraucher. Denn das Kriterium der „Aufmerksamkeit“ bezieht sich auf die Intensität des Wahrnehmens und Aufnehmens von Informationen, das Merkmal der „Informiertheit“ auf den Kenntnisstand des Verbrauchers.¹²⁴ Soweit es um die Verständigkeit des Verbrauchers geht, sind hingegen seine intellektuellen Fähigkeiten betroffen, da sich dieses Kriterium auf die richtige Einordnung der aufgenommenen und bereits verarbeiteten Informationen bezieht.¹²⁵

Im Hinblick auf alle Unterscheidungsmerkmale legt der EuGH einen durchschnittlichen Maßstab an. Der Verbraucher ist keineswegs in jeder Kaufsituation uneingeschränkt aufmerksam und verständig.¹²⁶ Das Adjektiv „durchschnittlich“ bezieht sich sowohl auf die „Informiertheit“ als auch auf die „Aufmerksamkeit“ und „Verständigkeit“ der Verbraucher. Die deutsche Fassung der Verbraucherleitbild-Formel erweckt zwar den Eindruck, nur die Auffassung eines (einschränkungslos) „verständigen und aufmerksamen“ Verbrauchers sei maßgebend.¹²⁷ Die englische und französische Sprachfassung sowie aktuelle Urteile des Europäischen Gerichtshofes und des Europäischen Gerichts erster Instanz bestätigen jedoch, dass auf einen Verbraucher abzustellen ist, der angemessen

¹²² Leible, WRP 1992, 1, 9 f.; Somarriello, GRUR Int. 2003, 29, 36; Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 187, 189.

¹²³ Dethloff, S. 15; Wuttke, WRP 2004, 820, 821.

¹²⁴ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 93.

¹²⁵ Beater, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken, S. 84; Dethloff, S. 15.

¹²⁶ Wuttke, WRP 2004, 820, 821; Sack, WRP 2004, 521, 523; Bornkamm, WRP 2000, 830, 835, Fn. 44; Spätgens, WRP 2000, 1023, 1027; Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 298.

¹²⁷ Helm, in: FS Tilmann, S. 140.

gut informiert ist und mit einer angemessenen Aufmerksamkeit und Umsicht handelt.¹²⁸

Während der EuGH in der deutschen Sprachfassung der „Gut Springenheide“-Entscheidung dem nationalen Gericht aufgibt, darauf abzustellen, wie ein „durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher diese Angabe wahrscheinlich auffassen wird“, heißt es in der englischen Fassung wörtlich: *“The national court must take into account the presumed expectations of an average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect.”*¹²⁹ In der französischen Fassung soll das nationale Gericht abstellen *„à l’attente présumée relative à cette indication d’ un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.”*¹³⁰ Auch die Formulierungen in italienischer, spanischer, portugiesischer, dänischer, schwedischer und holländischer Sprache folgen nicht dem deutschen, sondern dem englischen und französischen Text.¹³¹ Der Verdacht liegt daher nahe, dass die deutsche Übersetzung den Inhalt des europäischen Verbraucherleitbildes nur unzutreffend wiedergibt. Ebenso wie sich die deutsche Formulierung in den an das Urteil „Gut Springenheide“ anschließenden Urteilen nahezu gleichförmig wiederfindet, gilt dies auch für die englische und französische Fassung.¹³²

Im Hinblick auf die anderen Sprachfassungen stellt sich die Frage, ob der Durchschnittsverbraucher grundsätzlich als verständig und aufmerksam zu gelten hat und lediglich sein Informationsniveau als durchschnittlich anzusehen

¹²⁸ Sack, WRP 2005, 462.

¹²⁹ Abgedruckt in: WRP 1998, 1214.

¹³⁰ WRP 1998, 1214.

¹³¹ Helm, in: FS Tilmann, S. 141.

Italienisch: *„l’aspettativa presunta di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto“*;

spanisch: *„la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz“*;

portugiesisch: *„presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido“*;

dänisch: *„formodede forventning hos en almindelig oplyst, rimeligt opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger“*;

schwedisch: *„förväntningar som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument“*;

holländisch: *„vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument“*.

¹³² Helm, in: FS Tilmann, S. 140 f.

ist,¹³³ oder ob auch bei den Eigenschaften „aufmerksam“ und „verständlich“ ein durchschnittliches Niveau zugrunde zulegen ist.¹³⁴ Die deutsche Fassung lässt darauf schließen, dass auf einen Verbraucher abgestellt wird, der zwar durchschnittlich informiert ist, aber ohne Einschränkungen aufmerksam und verständlich ist. „Durchschnittlich“ scheint sich nur auf das Adjektiv „informiert“ zu beziehen, jedoch nicht auf „aufmerksam“ und „verständlich.“¹³⁵

Nach dem Wortlaut der englischen und französischen Version kommt es hingegen auf den Durchschnittsverbraucher an, ohne dass weniger verständige Verbraucher ausgeschlossen werden: Anders als in der deutschsprachigen Übersetzung bezieht sich das auf die Normalität und den Durchschnitt abstellende Adverb im englischen und französischen Text jeweils nicht nur auf den Verbraucher selbst, sondern auf sämtliche dem Verbraucher zugesprochenen Attribute.¹³⁶ Im englischen Text wird das Wort „*reasonably*“, das am besten mit „angemessen“ oder „ziemlich“ zu übersetzen ist, doppelt verwendet: Zum einen zur Beschreibung des Informationsstandes, zum anderen zur Beschreibung der Aufmerksamkeit und Umsicht des Durchschnittsverbrauchers.¹³⁷ In der französischen Fassung ist die Rede von einem durchschnittlichen Verbraucher, der normal informiert und in vernünftigem Umfang aufmerksam ist.

Dass auch bei der „Aufmerksamkeit“ und der „Verständigkeit“ ein durchschnittliches Niveau zu Grunde zulegen ist, bestätigen zwei neuere markenrechtliche Entscheidungen des Europäischen Gerichts erster Instanz: Dieses erklärte bei der Feststellung einer Verwechslungsgefahr einen „normal informierten und ausreichend aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ für maßgeblich. Bei der Feststellung der Unterscheidungskraft einer Marke stellte das EuG ausdrücklich auf „die mutmaßliche Erwartung eines normal informierten und ausreichend aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ ab.¹³⁸ Auch der EuGH geht mittlerweile explizit von einem „normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durch-

¹³³ So Ackermann, WRP 2000, 807, 808.

¹³⁴ Bornkamm, WRP 2000, 830, 835, Fn. 44; Spätgens, WRP 2000, 1023, 1027.

¹³⁵ Ackermann, WRP 2000, 807, 808.

¹³⁶ So auch: Bornkamm, WRP 2000, 830, 835 (Fn. 44); Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370, 377; Lettl, GRUR Int. 2004, 85, 87; Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.40.

¹³⁷ Helm, in: FS Tilmann, S. 140.

¹³⁸ EuG GRUR Int. 2004, 322, Rn. 30 („Castillo“); EuG GRUR Int. 2004, 326, 327, Rn. 33 („Nestlé Waters France“).

schnittsverbraucher“ aus.¹³⁹ Mit den neuen Formulierungen bezweckten die europäischen Gerichte keine inhaltlichen Änderungen des Leitbildes, sondern lediglich eine Präzisierung. Dies folgt vor allem daraus, dass in den jeweiligen Entscheidungen die anderen fremdsprachigen Versionen der Verbraucherleitbild-Formel im Gegensatz zur deutschsprachigen Fassung unverändert geblieben sind.¹⁴⁰

II. Das Informationsmodell des Gemeinschaftsrechts

1. Die prägenden Determinanten des Verbraucherleitbildes

Indem der EuGH auf den durchschnittlich informierten und in vernünftigem Umfang aufmerksamen und verständigen Verbraucher abstellt, trägt er der Realität einer modernen Konsumgesellschaft Rechnung. Er lehnt einen mit unterdurchschnittlichen Fähigkeiten ausgestatteten Marktteilnehmer als Maßstab ab, ohne aber zugleich den *homo oeconomicus*, den außergewöhnlich und überdurchschnittlich befähigten Konsumenten, der seine Kaufentscheidungen frei von Zwang, Druck oder sonstigen äußeren Einflüssen allein infolge eines rationalen Abwägungsprozesses trifft, zum Leitbild zu erheben.¹⁴¹ Dies verdeutlicht der Bezug zu dem Durchschnitt und die ausdrückliche Forderung nach einer Berücksichtigung der maßgeblichen Umstände des jeweiligen Einzelfalles.¹⁴² Erwartet wird vom EuGH nicht der perfekte Marktteilnehmer, der sich ausschließlich rational verhält und ein genaues und vollständiges Wissen über die eigenen Bedürfnisse und das Güterangebot hat, sondern lediglich ein durchschnittlich verständiger Konsument, im Sinne eines mündigen und an Informationen interessierten Verbrauchers. Dieser besitzt den Willen und die Intelligenz, sich mit den angebotenen Produkten und deren werblicher Vermarktung kritisch und distanziert auseinander zu setzen. Gleichzeitig handelt der europäische Verbraucher überlegt und nimmt eigenverantwortlich und umsichtig am Marktgeschehen teil. Er ist nicht passives Objekt fremder Marktkommunikation, sondern zur kritischen und aktiven Aufnahme von Produktinformationen bereit. Falls ihm diese

¹³⁹ EuGH GRUR Int. 2005, 44, 45, Rn. 24 („Sat. 1“); EuGH GRUR 2003, 604, 607, Rn. 46 („Liber-tel“).

¹⁴⁰ Sack, WRP 2005, 462; ders., WRP 2004 521, 523.

¹⁴¹ Ahrens, WRP 1999, 389, 396; Dethloff, S. 15 f.; a.A. Doepner, WRP 1997, 999, 1004.

¹⁴² EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 30 („Lifting-Creme“).

nicht ausreichend erscheinen, ist er auch in der Lage, sich in gewissem Umfang weitere Informationen zu beschaffen.¹⁴³

a) Die „Schiedsrichter-Funktion“ des Verbrauchers

Das „europäische Verbrauchermodell“ geht davon aus, dass dem Verbraucher im Wettbewerbsgeschehen eine „Schiedsrichterfunktion“ zukommt. Zwar entscheiden grundsätzlich die Anbieter, welche Produkte sie wann und zu welchem Preis auf den Markt bringen. Doch es hängt von der Entscheidung der Verbraucher ab, ob sich die angebotenen Produkte erfolgreich absetzen lassen. Der Verbraucherentscheidung kommt daher der Stellenwert eines eigenständigen, ganz zentralen Steuerungsfaktors der Wettbewerbsordnung zu.¹⁴⁴ Auch der dem Binnenmarkt zu Grunde liegende Gedanke, dass der in erster Linie durch den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr gewährleistete Wettbewerb das Marktgeschehen regeln soll, geht davon aus, dass die Verbraucher kraft ihrer Schiedsrichterrolle das Leistungsangebot des Marktes steuern, indem sie durch ihre Konsumentenentscheidung über Erfolg oder Misserfolg der Anbieter befinden. Die Verbraucher erweisen sich damit nicht nur als Schutzobjekte des wettbewerblich ausgerichteten Marktgeschehens. Ihnen kommt als Marktakteuren, die über den Absatzerfolg der Produkte und Dienstleistungen auf dem Binnenmarkt bestimmen, vielmehr die entscheidende Funktion bei der Gestaltung des Wettbewerbsprozesses zu.¹⁴⁵

b) Der Regelungsrahmen des „Informationsmodells“

Da aber nur ein informierter und aufgeklärter Verbraucher die ihm zugewiesene Schiedsrichterrolle im Binnenmarkt wahrnehmen kann, müssen ihm diejenigen (zutreffenden) Informationen zur Verfügung stehen, derer er zur Beurteilung der Angebote bedarf. Das europäische Verbraucherleitbild basiert daher im wesentlichen auf dem Regelungsrahmen des so genannten „Informationsmodells“ des Gemeinschaftsrechts. Dieses Modell verfolgt als Ziel, eine informationelle Unterlegenheit und Unerfahrenheit des Verbrauchers durch die gezielte Bereitstellung von wesentlichen Informationen zu beseitigen und somit potenzielle Irre-

¹⁴³ Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919, 924; Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 76; Scherer, WRP 2004, 1355, 1356.

¹⁴⁴ Vgl. hierzu: Micklitz/Keßler, GRUR Int. 2002, 885, 890; Keßler, WRP 2005, 264, 268; Beater, in: FS Tilmann, S. 87; Bottenschein, WRP 2002, 1007, 1010; Scherer, WRP 2004, 1355, 1356; dies., WRP 2004, 1426, 1427; Fezer, WRP 2001, 989, 992; ders., UWG, § 3 Rn. 109.

¹⁴⁵ Keßler/Micklitz, Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts, S. 45; Fezer, UWG, Einl. Rn. 104.

führungen zu verhindern.¹⁴⁶ Der EuGH erkennt in ständiger Rechtsprechung die Notwendigkeit an, den Verbrauchern sachgemäße Informationen zur Verfügung zu stellen, die es ihnen ermöglicht, ihre Kaufentscheidung in voller Kenntnis der Sachlage zu treffen.¹⁴⁷ Die Erfüllung dieser Informationspflicht (etwa durch erläuternde Zusätze oder Hinweise) kann eine Werbeaussage rechtfertigen, die ohne eine solche Marktkommunikation irreführend wäre. Den Informationspflichten wird grundsätzlich Vorrang vor einer Verkehrsbeschränkung eingeräumt, da ein informierter Konsument als hinreichend geschützt gilt.¹⁴⁸ Welches Maß an Information der Umworbene benötigt, beurteilt sich nach den Anforderungen eines „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Verbrauchers.“¹⁴⁹

Mit dem Vorrang der Verbraucherinformation gegenüber Beschränkungen und Verboten korrespondiert gleichzeitig eine Informationsobliegenheit des Verbrauchers in entsprechendem Umfang. Dabei handelt es sich nicht um eine Rechtspflicht des Verbrauchers, wohl aber um eine im eigenen Interesse einzuhaltende Sorgfaltspflicht, deren Verletzung zu Rechtsverlusten führen kann.¹⁵⁰ Marktteilnehmer, die naheliegende Informationsmöglichkeiten nicht oder nicht ausreichend nutzen und es somit unterlassen, sich in zumutbarer Weise zu informieren (etwa durch aufmerksames Betrachten der Ware oder der Werbung oder auch nur durch schlichtes Nachdenken) müssen wegen mangelnder Schutzwürdigkeit die nachteiligen Folgen selbst tragen.¹⁵¹ Neben der Informationspflicht verlangt der EuGH darüber hinaus, dass die Verbraucher als „umsichtige Wirtschaftsteilnehmer“¹⁵² aus diesen Informationen die inhaltlich richtigen Schlussfolgerungen ziehen können. Gefordert wird von den Verbrauchern mit dem zu Grunde gelegten „Informationsmodell“ ein gewisses Maß an Selbstverantwortung und Eigenverantwortlichkeit. Die Konsumenten haben die zur Ver-

¹⁴⁶ Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 195; Groeschke/Kiethe, WRP 2001, 230, 231 f.; Keßler, WRP 1993, 571, 572; Harte/Henning/Glückner, Einl. B Rn. 115; vgl. zum „Informationsmodell“ auch: Köhler, GRUR 2001, 1067, 1069.

¹⁴⁷ Micklitz, in: Krämer/Micklitz/Tonner, S. 271; Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 186.

¹⁴⁸ Harte/Henning/Glückner, Einl. B Rn. 115; Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370, 371; Fezer, WRP 1995, 671, 676.

¹⁴⁹ Köhler, GRUR 2001, 1067, 1069.

¹⁵⁰ Niemöller, S. 169 f.; Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370, 371; ebenfalls für eine Informationslast des Verbrauchers im Binnenmarkt: Drexler, in: Schrickler/Henning-Bodewig, S. 178 f.

¹⁵¹ Vgl. nur: EuGH GRUR Int. 1991, 215, 216, Rn. 12 ff. („Pall/Dahlhausen“); EuGH WRP 1995, 677, 678 f., Rn. 20 ff. („Mars“); vgl. auch: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 21. Kap., Rn. 18. – Ausführlich hierzu: 4. Kap. C.

¹⁵² EuGH GRUR Int. 1991, 215, 216, Rn. 21 („Pall/Dahlhausen“).

fügung stehenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und ihre Entscheidung danach ausrichten.¹⁵³

c) Die Verbraucherschutzpolitik der Gemeinschaft

Mit dem Abstellen auf Aspekte der Verbraucherinformation und Markttransparenz befindet sich die Rechtsprechung des EuGH in Übereinstimmung mit der Verbraucherschutzpolitik der Europäischen Gemeinschaft. Zwar ist das Lauterkeitsrecht auf europäischer Ebene bislang nur in Teilbereichen geregelt. Dabei wird jedoch das Recht der Verbraucher auf Information deutlich erkennbar in den Vordergrund gestellt: In den Richtlinien 97/7/EG über den Fernabsatz¹⁵⁴ und 2000/31/EG über E-Commerce¹⁵⁵ werden die Unternehmen verpflichtet, die Verbraucher mit objektiven, verlässlichen und transparenten Informationen zu versorgen.¹⁵⁶ Auch der Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt¹⁵⁷ und der Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken¹⁵⁸ legen weit reichende Informationsanforderungen fest, um in erster Linie das Vertrauen der Verbraucher in den Binnenmarkt zu stärken.¹⁵⁹ So soll beispielsweise nach Art. 7 Abs.1 des Richtlinienvorschlags eine Geschäftspraxis als irreführend gelten, wenn „wesentliche Informationen“ vorenthalten werden, die der Durchschnittsverbraucher nach den Umständen benötigt, um eine informierte Geschäftsentscheidung treffen zu können. Regelungszweck der geplanten Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt ist die Stärkung des Verbraucherschutzes und die Förderung des Binnenmarktes.¹⁶⁰ Der Schutz der Verbraucher soll nach dem Verordnungsvorschlag vor allem durch die Festlegung umfangreicher Informationspflichten erreicht und gewährleistet werden. Die Nichteinhaltung der vorgesehenen Informationspflichten ist gleichbedeutend mit einem Verstoß gegen das Verbot irreführender Werbung, wie es durch die

¹⁵³ Köhler, GRUR 2001, 1067, 1069; Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 76.

¹⁵⁴ Richtlinie 97/7/EG v. 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. Nr. L 144).

¹⁵⁵ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. Nr. L 178).

¹⁵⁶ Apostolopoulos, WRP 2004, 841, 844.

¹⁵⁷ Vgl. v.a. Erwägungsgrund 14 des Vorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt (Fn. 49).

¹⁵⁸ Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Fn. 48).

¹⁵⁹ Köhler/Letl, WRP 2003, 1019, 1029.

¹⁶⁰ Fezer/Osterrieth, UWG, § 4-S 1 Rn. 79.

Irreführungsrichtlinie 84/450/EWG bestimmt ist.¹⁶¹ Während die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken von der Kommission mit Nachdruck verfolgt wird und bis 2007 in nationales Recht umgesetzt werden soll, ist die Verabschiedung der Verordnung über Verkaufsförderung zumindest vorerst gescheitert. Der entsprechende Vorschlag wurde mit einer deutlichen Mehrheit im Rat blockiert. Abgelehnt wurde die Verordnung vor allem wegen der geplanten Einführung des Herkunftslandsprinzips.¹⁶² Die Kritik entzündete sich jedoch auch an den teilweise überzogenen Informationspflichten.¹⁶³

2. Keine Bestätigung durch die Konsumentenforschung

Das Verbraucherleitbild des EuGH wird durch die Ergebnisse der Konsumentenforschung nicht bestätigt. Diese zeigen, dass der Verbraucher ein vielschichtiges Wesen ist, das seine Kaufentscheidungen nicht immer vernunftgemäß und aufmerksam trifft, sondern durchaus mit unterschiedlicher Sorgfalt. Die Bandbreite reicht von der intensiv vorbereiteten Kaufentscheidung auf gründlicher Informations- und Abwägungsgrundlage bis zum sog. Spontankauf, zu dem sich der Konsument erst am Verkaufsort entschließt.¹⁶⁴ Insgesamt verkörpert die Kaufentscheidung des Verbrauchers einen umfangreichen psychischen Prozess, in dem neben dem Produkt (als Anreiz) eine Vielzahl von unterschiedlichen Faktoren aus dem ökonomischen, dem politisch-rechtlichen und dem sozialen Umfeld verarbeitet wird. Eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen dabei auch situative Gegebenheiten. Insgesamt bestehen im Bereich werblicher Kommunikation hochkomplexe Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge.¹⁶⁵

Die Fähigkeit der Verbraucher und deren Bereitschaft, Informationen aufzunehmen, ist nach den Erkenntnissen der Konsumentenforschung individuell sehr unterschiedlich und hängt besonders stark vom jeweiligen Kaufrisiko ab.¹⁶⁶ Die-

¹⁶¹ Vgl. Erwägungsgründe 13 und 14 des Vorschlags für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt (Fn. 49).

¹⁶² Glöckner, WRP 2004, 936, 945; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 16 f.

¹⁶³ Fezer/Osterrieth, UWG, § 4-S1 Rn. 87; Sosniza, in: Nordhausen, S. 49 f.; vgl. auch Lehne/Haak, in: FS Tilmann, S. 186 f.

¹⁶⁴ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 15 Rn. 18; Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 51 – 54; Helm, in: FS Tilmann, S. 143 f.; Gloy/Loschelder-Helm, Hdb. WettbewerbsR., § 53 Rn. 20; vgl. hierzu auch: Wirtschaftswoche vom 26.8.2004, S. 85 (Heft 36).

¹⁶⁵ Vgl. ausführlich hierzu: Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 589 f.

¹⁶⁶ Kroeber-Riel/Weinberg, S. 247, 251; Silberer, in: Raffée/Silberer, S. 33 f.; Gloy/Loschelder-Helm, Hdb. WettbewerbsR., § 53 Rn. 20; Meffert/Steffenhagen/Freter, S. 95 f.

jenigen Verbraucher, die sich mit dem Gedanken tragen, Wirtschaftsgüter von nicht völlig unerheblichem Wert und nicht nur kurzer Lebensdauer anzuschaffen, werden entsprechenden Werbeaussagen erfahrungsgemäß weit größere Aufmerksamkeit schenken, als diejenigen, die lediglich am Erwerb geringwertiger Waren interessiert sind. Auch ein grundsätzlich vernünftig handelnder, aufmerksamer Verbraucher nimmt einen großen Teil der Werbung entweder überhaupt nicht oder nur flüchtig und oberflächlich wahr, wenn er beispielsweise beim Durchlesen einer Zeitschrift oder Tageszeitung einen kurzen Blick auf die eine oder andere Anzeige wirft.¹⁶⁷

Allein schon auf Grund der unübersehbaren Menge der Werbung im Alltagsleben und der damit einhergehenden Reizüberflutung kann der Verbraucher die angebotenen Informationen in vielen Fällen nur selektiv beziehungsweise oberflächlich zur Kenntnis nehmen. Dies ist nicht zuletzt dadurch bedingt, dass dem Umworbenen für die Informationsaufnahme oft auch nur eine beschränkte Zeit und begrenzte Kapazitäten zur Verfügung stehen.¹⁶⁸ Daher ist gerade das beiläufige Wahrnehmen von Werbung eine typische und gezielte Form, in der Werbung wirken soll und wirken kann. Hiervon geht auch der Werbende aus, der seine Werbung oftmals entsprechend gestaltet.¹⁶⁹

Obwohl der Verbraucher also nicht tatsächlich als stets „durchschnittlich informiert, aufmerksam und verständig“ feststellbar ist, verlangt der EuGH von ihm diese Eigenschaften. Verfügt er nicht über sie, geht dies zu seinen Lasten, damit das gemeinschaftsrechtliche Interesse an der Gewährleistung der in erster Linie anbieterschützenden Marktfreiheiten ausreichend Berücksichtigung findet. Das vom EuGH zu Grunde gelegte Verbraucherleitbild nimmt – zumindest teilweise – eine Diskrepanz zu den tatsächlichen Verbrauchergewohnheiten jedoch bewusst in Kauf, um den Verbraucher an seine Rolle im Binnenmarkt heranzuführen.¹⁷⁰ Nur ein informierter und verständiger Verbraucher kann seine Aufgabe

¹⁶⁷ Nordemann, WRP 2000, 977, 979; Kroeber-Riel/Weinberg, S. 715; Michel, WRP 2002, 389, 395. – In Publikumszeitschriften wie dem „Spiegel“ oder dem „Stern“ liegt die Betrachtungszeit im Durchschnitt aller Leser und Produkte bei weniger als zwei Sekunden für eine ganzseitige Anzeige, vgl. Kroeber-Riel/Esch, S. 146.

¹⁶⁸ Trommsdorf, S. 240 f.; Lehmann, S. 69; vgl. hierzu auch: Maggs/Schechter, S. 912; Schweizer, Consumer Confusion, S. 49, 58.

¹⁶⁹ Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, S. 1033; Bornkamm, in: FS BGH, S. 361.

¹⁷⁰ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 92; Strepp, S. 72; vgl. auch Drexl, in: Schricke/Henning-Bodewig, S. 178: „Der Verbraucher ist nicht deshalb mündig, weil er als solcher empirisch feststellbar ist. Der EuGH verlangt dem Verbraucher die Mündigkeit vielmehr ab.“

als „souveräner Marktbürger“ erfüllen und an den Vorteilen des Binnenmarktes teilhaben.¹⁷¹ Das Gemeinschaftsrecht setzt sich daher zum Ziel, Verbrauchergewohnheiten gegebenenfalls zu ändern, soweit sie dem Binnenmarktgedanken widersprechen.¹⁷² Beispielsweise fordert der EuGH von den Verbrauchern, dass sie lernfähig sind und die Bereitschaft zeigen, sich auf neue Gegebenheiten einzustellen. Bestehende Verbrauchervorstellungen, die bloßen Gewohnheiten entsprechen, werden von ihm nicht als schutzwürdig anerkannt.¹⁷³

Das „Informationsmodell“ und das ihm zu Grunde liegende Leitbild des angemessen umsichtigen Verbrauchers hat jedoch auch seinen Preis: Diejenigen Marktteilnehmer, die dem Anforderungsprofil nicht entsprechen, werden wettbewerbsrechtlich nicht geschützt.¹⁷⁴ Ein solches Schutzdefizit bei einem Teil der Bevölkerung ist jedoch zu Gunsten einer größeren Flexibilität des Wettbewerbs und eines Zugewinns an Handlungsfreiheit für die Marktbeteiligten in ihrer Gesamtheit hinzunehmen.¹⁷⁵ Tatsächlich kann der Binnenmarkt nur dann gut funktionieren, wenn den um Wahlmöglichkeiten bereicherten Verbrauchern auch gewisse Informationslasten aufgebürdet werden. Die Gegenthese von der Schutzbedürftigkeit weniger verständiger oder unaufmerksamer Verbraucher überzeugt schon daher nicht, da sie nicht ausreichend berücksichtigt, wessen der europäische Binnenmarkt bedarf.¹⁷⁶

III. Abwägung der Interessen

Für die Bestimmung der rechtserheblichen Einzelfallsituation nimmt der EuGH eine Abwägung zwischen den Interessen der Verbraucher und den in erster Linie anbieterschützenden Marktfreiheiten am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor. Dies legt der Gerichtshof in der Entscheidung „Lifting-Creme“

¹⁷¹ Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919, 922.

¹⁷² Beater, GRUR Int. 2000, 963, 968; Drexl, in: Schrickler/Henning-Bodewig, S. 178.

¹⁷³ EuGH GRUR Int. 1986, 633 („Genever“); EuGH GRUR 1987, 245 („Reinheitsgebot“).

¹⁷⁴ Kritisch daher u.a. Beater, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken, S. 96; Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 56; Tilman, in: FS Piper, S. 491; Spätgens, WRP 2000, 1023, 1026.

¹⁷⁵ Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1032; Köhler, GRUR 2001, 1067, 1069 f.

¹⁷⁶ Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 195. – Im übrigen existieren im Rahmen der Privatrechtsordnung verschiedene objektive Maßstäbe zur Beurteilung konkreten Verhaltens, etwa bei der Auslegung einer Willenserklärung vom „objektiven Empfängerhorizont“ aus oder beim objektiven Sorgfaltsmaßstab, vgl. ausführlich hierzu 4. Kap. B II.

ausdrücklich offen.¹⁷⁷ Damit Verbraucher und Unternehmer größtmöglichen Nutzen aus dem Binnenmarkt ziehen können, ist ein funktionsfähiger Wettbewerb und damit ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Nachfrage- und Angebotsseite erforderlich. Der Verbraucherschutz wird vom EuGH zum Funktionieren des Binnenmarktes in Bezug gesetzt und darf wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Anbieterseite nicht übermäßig beschränken.¹⁷⁸ Dies bedeutet jedoch nicht, dass dem Verbraucherschutz kein angemessener Rang eingeräumt wird.¹⁷⁹ Das geht aus der Rechtsprechung des EuGH hervor, indem der Gerichtshof klargestellt hat, dass Hemmnisse für den Binnenhandel, die sich aus den Unterschieden der nationalen Rechtsvorschriften ergeben, hingenommen werden müssten, „soweit solche Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen, u.a. solchen des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs, gerecht zu werden.“¹⁸⁰

IV. Konkretisierungen des Verbraucherleitbildes

Der EuGH hat das Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers in einzelnen Entscheidungen weiter konkretisiert. In dem Urteil „Lifting-Creme“ hat der Gerichtshof eine personenbezogene Unterscheidung dahingehend vorgenommen, dass nationale Besonderheiten wie beispielsweise soziale, kulturelle und sprachliche Eigenheiten des Durchschnittsverbrauchers zu berücksichtigen sind. Diese könnten es rechtfertigen, dass eine strittige Werbeangabe von den Marktteilnehmern unterschiedlich verstanden wird. So hängt nach Auffassung des EuGH die Beantwortung der Frage nach einer Irreführung durch die Bezeichnung „Lifting“ für eine Hautcreme entscheidend davon ab, ob die Werbeaussage von deutschen Verbrauchern anders verstanden wird als von Konsumenten in anderen Mitgliedstaaten, wobei jedoch die jeweiligen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.¹⁸¹ Beurteilungsmaßstab ist dabei nur der Durchschnittsverbraucher der jeweiligen angesprochenen oder erreichten Bevölkerungsgruppe.¹⁸² Eine weitere Unterschei-

¹⁷⁷ EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 27 f. („Lifting-Creme“); vgl. hierzu: Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 196; Hasselblatt/Reese, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 11 Rn. 37.

¹⁷⁸ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 94.

¹⁷⁹ Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 195; Hucke, S. 442.

¹⁸⁰ EuGH, WRP 1995, 677, 678, Rn. 15 („Mars“).

¹⁸¹ EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 29 f. („Lifting-Creme“); vgl. hierzu: Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 19.

¹⁸² Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 20, 27; Lettl, GRUR Int. 2004, 85, 88.

derung hat der EuGH dahin vorgenommen, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann.¹⁸³ Die Aufmerksamkeit ist demnach produktabhängig und richtet sich in erster Linie nach der Bedeutung, die die beworbenen Waren für den Verbraucher haben.¹⁸⁴ Zudem hängen die Anforderungen an das Verbraucherverhalten davon ab, ob durch die Werbung die Allgemeinheit oder gezielt besonders schutzwürdige Konsumenten angesprochen werden.¹⁸⁵ Bei einer Werbung, die sich an eine besondere Zielgruppe – etwa „mit Bildungsrückstand – richtet, können die Anforderungen an die Aufmerksamkeit des maßgeblichen Durchschnittsverbrauchers herabgesetzt werden.¹⁸⁶

Über diese personen- und produktbezogenen Unterscheidungen hinaus hat der EuGH keine weiteren (ausdrücklichen) Konkretisierungen des Verbraucherleitbildes vorgenommen. Um jedoch Einzelfälle sachgerecht lösen zu können, bedarf es der Entwicklung weiterer Kriterien.¹⁸⁷ Diese sind schon deshalb erforderlich, weil das gemeinschaftsrechtliche Verbraucherleitbild nur eine Formel darstellt, die zwar die grobe Reichweite des Irreführungsverbot vorgibt, für sich genommen aber kaum zur Beurteilung konkreter Fälle geeignet ist. Ohne weitere Konkretisierung des europäischen Verbraucherleitbildes besteht außerdem die Gefahr, dass das durch die bisherige Rechtsanwendung geprägte Vorverständnis in den jeweiligen Mitgliedstaaten in die neue Leitbild-Formel einfließt und so eine Ausrichtung nach einem gemeinsamen Maßstab nicht erfolgt.¹⁸⁸ So schützt beispielsweise die deutsche Rechtsprechung trotz der Neuausrichtung des Verbraucherleitbildes teilweise weiterhin einen flüchtigen Verbraucher.¹⁸⁹ Auch wenn der EuGH ebenfalls betont hat, dass der Aufmerksamkeitsgrad des Durchschnittsverbrauchers unterschiedlich hoch sein kann, scheint ausgeschlossen, dass der Gerichtshof dem europäischen Verbraucher ebenfalls eine flüchtige Betrachtung einer Werbeaussage zugesteht.¹⁹⁰

¹⁸³ EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Rn. 26 („Lloyd“); EuGH GRUR Int. 2003, 533, 536, Rn. 52 („LTJ Diffusion“).

¹⁸⁴ Helm, in: FS Tilmann, S. 138.

¹⁸⁵ Lettl, WRP 2004, 1079, 1092; Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 20.

¹⁸⁶ EuGH, Slg. 1989, I-1235, 1252, Rn. 13 („Buet“).

¹⁸⁷ Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1032; Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 197.

¹⁸⁸ Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.44; Lettl, Das neue UWG, Rn. 49.

¹⁸⁹ BGH WRP 2002, 977, 978 („Scanner-Werbung“).

¹⁹⁰ Der EuGH erwartet vielmehr, dass eventuell vorhandene Zweifel durch die Kenntnisnahme der angebotenen Information ausgeräumt werden, vgl. hierzu ausführlich: 2. Kap. A II 6.

Zur Beantwortung der Frage, in welchem Maße der Durchschnittsverbraucher jeweils informiert, aufmerksam und verständig sein muss, fehlen bis heute allgemeine Aussagen des EuGH. Aus einzelnen Entscheidungen können jedoch entsprechende Rückschlüsse gezogen werden. Die bereits erkennbaren Unterscheidungen zur Konkretisierung des Verbraucherleitbildes werden im 4. Kapitel dieser Arbeit ausführlich dargestellt und weiter fortentwickelt.¹⁹¹

C. Der Nachweis einer Irreführung

Heftig umstritten ist nach wie vor, ob das Verständnis des europäischen Referenzverbrauchers normativ, d.h. im Sinne einer rechtlichen Bewertung ausschließlich durch das Gericht, oder aber empirisch unter Heranziehung von Verkehrsbefragungen und Sachverständigengutachten zu bestimmen ist.

I. Der Ansatz des EuGH

Der EuGH führte in der „Gut Springenheide“-Entscheidung aus, dass er bei der Beurteilung, ob eine Bezeichnung, Marke oder Werbeaussage geeignet war, den Käufer irrezuführen, stets auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers abgestellt habe, ohne ein Sachverständigengutachten einzuholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag zu geben. In der Regel dürften die Gerichte in gleicher Weise beurteilen können, ob eine Irreführung vorliegt. Unter Bezugnahme auf die „Nissan“-Entscheidung schließt der EuGH jedoch nicht aus, dass „ein nationales Gericht zumindest bei Vorliegen besonderer Umstände nach seinem nationalen Recht ein Sachverständigengutachten einholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag geben kann, um beurteilen zu können, ob eine Werbeaussage irreführen kann.“¹⁹² Diese Aussage hat der EuGH in der Entscheidung „Lifting-Creme“ unter Weglassung der Einschränkung „zumindest bei Vorliegen besonderer Umstände“ wiederholt und damit ausdrücklich bestätigt.¹⁹³

¹⁹¹ Vgl. hierzu eingehend 4. Kap. C.

¹⁹² EuGH WRP 1998, 848, 850, Rn. 33 („Gut Springenheide“).

¹⁹³ EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 31 („Lifting-Creme“).

II. Meinungsstand in der Literatur

1. Der empirische Ansatz

Zur Begründung des Ansatzes, wonach die Verkehrsauffassung allein empirisch zu bestimmen sei, wird hauptsächlich auf den Wortlaut der „Gut Springenheide“-Entscheidung verwiesen.¹⁹⁴ Danach stellt der EuGH darauf ab, wie der Durchschnittsverbraucher die Angabe „wahrscheinlich auffassen wird“, und nicht wie er sie auffassen soll. Auch habe der EuGH den nationalen Gerichten ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt, die Verkehrsauffassung durch Verbraucherbefragungen und Sachverständigengutachten – also auf empirischem Weg – zu ermitteln und es ihnen gleichzeitig offen gelassen, den Prozentsatz der getäuschten Verbraucher zu bestimmen, der ein Verbot der betreffenden Werbeaussage rechtfertigt.¹⁹⁵ Damit gehe der Gerichtshof von der Rechtserheblichkeit der tatsächlich herrschenden Verkehrsauffassung aus.¹⁹⁶ Abgesehen vom Wortlaut der „Gut Springenheide“-Entscheidung sei die empirische Bestimmung auch deshalb vorzugswürdig, weil mit ihrer Hilfe die Realitäten des Wirtschaftslebens besser erfasst werden könnten, als mit der Orientierung an einem „realitätsfremden Verbraucherphantom.“¹⁹⁷

2. Der normative Ansatz

Nach dieser Ansicht habe sich mit dem vom EuGH entwickelten Verbraucherleitbild die normative Verkehrsauffassung durchgesetzt.¹⁹⁸ Als reine Rechtsfrage sei die Bestimmung der Verkehrsauffassung weder beweisbedürftig noch dem Beweis zugänglich und daher ohne Rückgriff auf das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise festzustellen. Dies ergebe sich in erster Li-

¹⁹⁴ Für diesen Ansatz Groeschke/Kieth, WRP 2001, 230, 231, 236; Gloy/Loschelder-Gloy, Hdb. WettbewerbsR., § 19 Rn. 10; Helm, in: FS Tilmann, S. 143; Homann, S. 27 f.; Sack, WRP 1999, 399, 401; Schweizer, Der Syndikus 1999, Ausgabe März/April, S. 8 ff.; Seibt GRUR 2002, 465, 467.

¹⁹⁵ Groeschke/Kieth, WRP 2001, 230, 236; Sack, WRP 1999, 399, 401.

¹⁹⁶ Parchmann, S. 60; Schweizer, Der Syndikus 1999, Ausgabe März/April, S. 8 f.

¹⁹⁷ Sack, WRP 1999, 399, 401.

¹⁹⁸ Vgl. nur Ackermann, WRP 1996, 502, 515; Ahrens, WRP 1999, 389, 394; Drexler, in: Schrieker/Henning-Bodewig, S. 178; Fezer, WRP 1995, 671, 675; ders., UWG, § 3 Rn. 108; Harthe/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 72; Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370, 371; Mellulis, S. 527; Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 51; Plaß, in: HK-WettbewerbsR., § 3 Rn. 14; Riehl, S. 110; Scherer, WRP 1999, 991, 992; dies., GRUR 2000, 273, 275; Wuttke, WRP 2004, 820, 826; Zipfel/Rathke, § 17 Abs. 1 Nr. 5 LMBG, Rn. 215 b ff.; OLG Nürnberg, GRUR 2000, 1105, 1106 („Verkehrsverständnis Säfte“).

nie aus der Zusammenschau der Vorlagefrage an den EuGH und dessen Antwort in der Entscheidung „Gut Springenheide“, wonach der Gerichtshof bei der Beurteilung, ob die Werbeaussage zur Irreführung des Käufers geeignet war, „auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abgestellt hat, ohne ein Sachverständigengutachten einzuholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag zu geben.“ Die Einholung eines Sachverständigengutachtens oder einer Verbraucherbefragung, die der EuGH ausdrücklich zugelassen habe, bedeute nicht die Akzeptanz einer empirischen Feststellung, sondern ein selbstverständliches Vorgehen des Gerichts bei fehlender eigener Sachkunde zur rechtlichen Feststellung auf Grund eines objektivierten Maßstabes.¹⁹⁹ Soweit dem Gericht die Anknüpfungstatsachen fehlten, auf deren Basis es wertend feststellen könne, welches Verständnis der Durchschnittsverbraucher habe, müsse es sich diese mit fremder Hilfe beschaffen.²⁰⁰

3. Abweichende Ansätze

Abweichend von den beiden genannten Ansätzen ist nach dem Vorschlag eines „gemischt-normativen Modells“ zunächst zu ermitteln, wie viele Verbraucher die Werbung tatsächlich in dem einen oder anderen Sinn verstehen. Sodann soll mittels einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung normativ entschieden werden, ob die empirisch ermittelten Ergebnisse zur Bejahung einer Irreführung ausreichen, d.h., ob die Verbraucher in Bezug auf die festgestellte Fehlvorstellung zu schützen sind.²⁰¹ Vertreten wird auch die Auffassung, der EuGH wollte die Festlegung auf eine bestimmte Methode der Irreführungsfeststellung generell vermeiden. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht sei daher weder ein empirisch-deskriptiver noch ein normativer Irreführungsbegriff zwingend vorgeschrieben.²⁰²

¹⁹⁹ Scherer, WRP 1999, 991, 992; dies., GRUR 2000, 273, 275.

²⁰⁰ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 73.

²⁰¹ Drexler, in: Schrickler/Henning-Bodewig, S. 186; Leible, EuZW 1998, 528, 529; Hasselblatt/Reese, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 11 Rn. 40; Ohly/Spence, GRUR Int. 1999, 681, 690; für einen zweistufigen Ansatz wohl auch: Gloy/Loschelder-Schulte-Beckhausen, Hdb. WettbewerbsR., § 27 Rn. 24; nach Bornkamm wird an Hand der Antworten auf die entsprechenden Vorlagefragen „...deutlich, dass sich bei der Beantwortung der Frage nach der Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise stets das Empirische mit dem Normativen mischt.“ (vgl. Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.42).

²⁰² Niemöller, S. 188 f.

III. Eigene Stellungnahme

Der EuGH hat in der „Gut Springenheide“-Entscheidung die Chance vergeben, die Frage, auf welche Weise die Verkehrsauffassung nach seinem Willen festzustellen ist, klar und eindeutig zu beantworten.²⁰³ Es wäre zweifellos wünschenswert gewesen, wenn der EuGH auf die klar gefasste Frage des Bundesverwaltungsgerichts unmissverständlich geantwortet hätte. Doch möglicherweise auf Grund der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht (das Verfahrensrecht liegt im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten, soweit der Inhalt des materiellen Gemeinschaftsrechts nicht durch das nationale Prozessrecht beeinträchtigt wird) hat es der Gerichtshof vermieden, den nationalen Gerichten deutlichere beweisrechtliche Vorgaben zur Feststellung des Verbraucherverständnisses zu machen.²⁰⁴

Ungeachtet der teils berechtigten Kritik ist der Bedeutungsgehalt der „Gut Springenheide“-Entscheidung jedoch nicht zu unterschätzen. Abgesehen von der Konkretisierung des Verbraucherleitbildes, ergibt sich aus der Zusammenschau der Vorlagefrage des BVerwG und der Antwort des EuGH, dass der Gerichtshof die Frage der Irreführung nicht nach einem empirischen, sondern nach einem normativen Maßstab entscheidet.²⁰⁵ Die Bestimmung der maßgeblichen Verkehrsauffassung ist somit ohne Rückgriff auf das tatsächliche Verständnis der jeweils angesprochenen Verkehrskreise festzustellen. Maßgeblich ist für den EuGH einzig die Erwartung eines „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers.“ Sachverständigengutachten und Verkehrsbefragungen steht der EuGH zurückhaltend gegenüber. Bestätigt wird dieses Ergebnis durch eine rechtsvergleichende Untersuchung, nach der die Irreführungsfahrer in beinahe allen anderen Mitgliedstaaten der EU normativ bestimmt wird.²⁰⁶

²⁰³ Vgl. Reese, WRP 1998, 1035, 1036 ff.; Ohly/Spence, *The Law of Comparative Advertising*, S. 62.

²⁰⁴ Harte/Henning/*Glöckner*, Einl. B Rn. 96; ähnlich Gloy, in: FS Erdmann, S. 817.

²⁰⁵ So auch: Scherer, WRP 1999, 991, 992; dies., GRUR 2000, 273, 275 f.; Harte/Henning/*Dreyer*, § 5 Rn. 72.

²⁰⁶ Gloy/Loschelder-*Schulte-Beckhausen*, Hdb. WettbewerbsR., § 26 Rn. 49.

1. Zusammenschau der Vorlage des BVerwG an den EuGH und dessen Antwort

Soweit nur auf die Entscheidungsgründe der „Gut Springenheide“-Entscheidung abgestellt wird, lassen sich sowohl Anhaltspunkte für eine empirische als auch für eine normative Feststellung der Verkehrsauffassung finden. Wegen der fehlenden notwendigen Klarheit der Ausführungen des Gerichtshofes verwundert es nicht, dass dessen Ansatz unterschiedlich interpretiert wird. Unter Berücksichtigung der Vorlagefragen des Bundesverwaltungsgerichts an den EuGH und dessen Antwort wird jedoch deutlich, dass der Gerichtshof ausschließlich nach einem normativen Maßstab entscheidet.

Die dem EuGH gem. Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen sind für das Verständnis der Entscheidung des Gerichtshofes und der hier vertretenen Auffassung wichtig und werden daher im Folgenden komplett wiedergegeben:

1. Ist für die nach Art. 10 Abs. 2 lit. e VO (EWG) Nr. 1907/90 erforderliche 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 zu Grunde?
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 maßgebliche 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.

Auf diese dezidiert zwischen der Alternative einer empirischen und einer normativen Beurteilung der Irreführungsfahr unterscheidenden Vorlagefragen hat der EuGH geantwortet, dass sich aus „...zahlreichen vorausgegangenen Urteilen

ergibt, dass der Gerichtshof bei der Beurteilung, ob die betreffende Bezeichnung, Marke oder Werbeaussage geeignet war, den Käufer irrezuführen, auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abgestellt hat, ohne ein Sachverständigengutachten einzuholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag zu geben.“²⁰⁷

Im Rahmen seiner einschränkungslosen Antwort auf die entsprechende Vorlagefrage scheidet der EuGH die empirische zu Gunsten einer normativen Feststellungsweise aus. Auf das tatsächliche, durch Beweiserhebung festzustellende Verständnis von real existierenden Verbrauchern kommt es demnach nicht an. Vielmehr soll eine Beurteilung durch das erkennende Gericht nach einem ausschließlich normativen Maßstab unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Falles vorgenommen werden.²⁰⁸ Entscheidend ist für den EuGH, wie eine bestimmte Person, nämlich der Durchschnittsverbraucher des maßgeblichen Personenkreises, eine Angabe auffasst. Allein aus deren Perspektive ist über die Eignung einer Werbung zur Irreführung zu entscheiden.²⁰⁹ Mit dem Abstellen auf die Auffassung des Durchschnittsverbrauchers wird der Umstand, dass immer wieder geteilte Verkehrsauffassungen auftreten, nicht geleugnet. Sie werden jedoch für die rechtliche Beurteilung als unerheblich angesehen.²¹⁰

Soweit der EuGH es gleichzeitig in seinen weiteren Ausführungen zulässt, „...dass ein nationales Gericht zumindest bei Vorliegen besonderer Umstände nach seinem nationalen Recht ein Sachverständigengutachten einholen oder eine Verbraucherbefragung durchführen kann, um beurteilen zu können, ob eine Werbeaussage irreführen kann“,²¹¹ stellt sich die Frage, inwieweit sich dies mit der normativen Betrachtungsweise vereinbaren lässt. Denn bei Zugrundelegung eines normativen Irreführungsbegriffes wird die Auffassung der maßgeblichen Durchschnittsperson wertend durch das Gericht festgestellt, während das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise nicht ausschlaggebend ist.

²⁰⁷ EuGH WRP 1998, 848, 850, Rn. 31 („Gut Springenheide“).

²⁰⁸ Scherer, WRP 1999, 991, 992; Ahrens, WRP 1999, 389, 394; Zipfel/Rathke, § 17 Abs.1 Nr. 5 LMBG, Rn. 215 d.

²⁰⁹ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 88.

²¹⁰ Lettl, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 47.

²¹¹ EuGH WRP 1998, 848, 851, Rn. 35 („Gut Springenheide“).

Dass der EuGH die Einholung eines Sachverständigengutachtens oder die Durchführung einer Verbraucherbefragung nicht ausschließt, steht der Annahme eines normativen Verbraucherbegriffes jedoch nicht entgegen.²¹² Der Gerichtshof hat hier weder versucht, sich vermittelnd zwischen unterschiedlichen nationalen Traditionen zu bewegen,²¹³ noch akzeptiert er eine empirische Feststellung „zumindest bei Vorliegen besonderer Umstände.“²¹⁴ Vielmehr beschreibt der EuGH lediglich eine Selbstverständlichkeit im Vorgehen der Gerichte bei fehlender eigener Sachkunde zur rechtlichen Feststellung auf Grund eines objektivierten Maßstabes:²¹⁵ Die Hinzuziehung beispielsweise eines Sachverständigen wird von einem Gericht immer dann für nötig befunden, wenn und soweit es wegen fehlender eigener Sachkunde einen Sachverhalt nicht hinreichend sicher beurteilen kann.²¹⁶ Als Beispiele lassen sich insbesondere Bau- und Arzthaftungsprozesse nennen. Beide Prozessarten kennzeichnet das erhebliche Gewicht, das bautechnischen beziehungsweise medizinischen Fragen zukommt.²¹⁷ Da es in solchen Verfahren den Gerichten oftmals an den nötigen speziellen Kenntnissen mangelt, ist die (frühzeitige) Mithilfe eines Sachverständigen zur Klärung der technischen respektive medizinischen Fragen regelmäßig unabdingbar, um etwa die Frage beantworten zu können, ob der gemäß § 276 BGB objektivierter Sorgfaltsmaßstab eingehalten wurde. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens ändert nichts an der normativen Beurteilung dieser Rechtsfrage.²¹⁸

Nach Auffassung des EuGH sollen die nationalen Gerichte bei der Feststellung einer Irreführung genauso vorgehen wie der Gerichtshof: Fehlt ihnen ausnahmsweise die nötige eigene Sachkunde und Lebenserfahrung zur Beurteilung des konkreten Falles, müssen sie mit Hilfe von Verbraucherbefragungen oder Sachverständigengutachten herausfinden, wie eine Angabe von dem maßgeblichen Personenkreis tatsächlich verstanden wird, und auf Grund dessen den ob-

²¹² Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 73; Ahrens, WRP 1999, 389, 394; Scherer, WRP 1999, 991, 992; a.A. Harte/Henning/Glöckner, Einl. B Rn. 119; Gloy/Loschelder-Gloy, Hdb. WettbewerbsR., § 19 Rn. 10.

²¹³ Für diesen Ansatz Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 112.

²¹⁴ So jedoch Ahrens, WRP 1999, 389, 394.

²¹⁵ Pohlmann/Orlikowski, WuB V B. § 3 UWG 1.99; Scherer, WRP 1999, 991, 992; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 73.

²¹⁶ Dresenkamp, in: Seitz/Büchel, A XI Rn. 32; Bayerlein § 12 Rn. 1.

²¹⁷ Für den Bauprozess vgl. Merl, in: Seitz/Büchel, B II Rn. 4; für den Arzthaftungsprozess vgl. Geiß/Greiner, S. 201; Gehrlein, S. 178.

²¹⁸ Scherer, GRUR 2000, 273, 276.

ktiv anzulegenden Maßstab ermitteln.²¹⁹ Dieses Vorgehen ist Folge des Umstandes, dass jede Wertung auf einer Tatsachengrundlage beruht. Kann das Gericht die Tatsachen nicht feststellen, auf deren Basis die wertende Feststellung zu treffen ist, welches Verständnis der Durchschnittsverbraucher in der jeweiligen Situation hat, muss es diese mit sachverständiger Hilfe ermitteln. Verbraucherbefragungen und Sachverständigengutachten können die normative Wertung zwar nicht ersetzen, aber zumindest die tatsächliche Grundlage für die Bewertung bilden. So kann eine Verbraucherbefragung dem Gericht unter Umständen hilfreiche Informationen über die Zusammensetzung des Kreises der angesprochenen Verbraucher liefern oder Aufschluss darüber geben, wie informiert, aufmerksam und verständig die in diesen Kreis fallenden Personen tatsächlich sind. Ausgehend von dieser Grundlage hat das Tatsachengericht dann wertend zu ermitteln, welches Verständnis der Durchschnittsverbraucher hat. Hierfür kann das tatsächliche Verkehrsverständnis zumindest ein Anhaltspunkt sein.²²⁰

Im Falle fehlender eigener Sachkunde können Verbraucherbefragungen oder Sachverständigengutachten im Rahmen einer normativen Bestimmung des Irreführungsbegriffes somit berücksichtigt werden: Sie bilden die tatsächliche Grundlage für die wertende Ermittlung der Auffassung der maßgeblichen Durchschnittsperson.²²¹

2. Diskrepanz zum tatsächlichen Verbraucherverhalten

Dass der EuGH eine normative Feststellung bevorzugt, lässt sich auch daran erkennen, dass der Gerichtshof offensichtlich eine Diskrepanz zu den tatsächlich herrschenden Verbrauchergewohnheiten bewusst in Kauf nimmt. Wie bereits aufgezeigt, ist der Konsument nicht deshalb ein vernünftiger und verständiger Durchschnittsverbraucher, weil er als solcher empirisch feststellbar ist. Vielmehr trifft der Kunde seine Kaufentscheidungen tatsächlich nicht immer vernunftgemäß und aufmerksam, sondern – beeinflusst von mehreren Faktoren – mit unterschiedlicher Sorgfalt. Das Verbraucherleitbild des EuGH steht somit zumindest teilweise im Widerspruch zum tatsächlichen Verbraucherverhalten.²²² Denn der

²¹⁹ Scherer, WRP 1999, 991, 992; Pohlmann/Orlikowski, WuB V B. § 3 UWG 1.99.

²²⁰ Vgl. hierzu Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 73; Plaß, in: HK-WettbewerbsR., § 3 Rn. 14.

²²¹ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 79; ähnlich: Lettl, WRP 2004, 1079, 1099.

²²² Vgl. zum tatsächlichen Verhalten der Verbraucher bereits oben B II 2.

EuGH verlangt vom Verbraucher, dass er stets wie ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher handelt. Verfügt er nicht über die geforderten Eigenschaften, geht dies zu seinen Lasten. Schon auf Grund dieser Diskrepanz zu den realen Verbrauchergewohnheiten ist das Verbraucherleitbild des EuGH normativer Natur.²²³ Es orientiert sich an der Rolle des Käufers in einer offenen Marktwirtschaft mit wirksamem Wettbewerb.²²⁴

Über das tatsächliche Verbraucherverhalten stellt der Gerichtshof keine Vermutungen an, sondern ermittelt wertend die Vorstellung, die von einem Durchschnittsverbraucher in der jeweiligen konkreten Situation erwartet bzw. gefordert werden kann. So geht der Gerichtshof davon aus, dass die Verbraucher auch bei geringwertigen Produkten des täglichen Bedarfs vorhandene Zweifel durch die Kenntnisnahme der angebotenen Information ausräumen. Der EuGH berücksichtigt dabei nicht, dass Produktinformationen von den Verbrauchern häufig nur flüchtig oder überhaupt nicht wahrgenommen werden. Die tatsächliche Verkehrsauffassung wird somit für die rechtliche Beurteilung als unerheblich angesehen. Vielmehr stellt der EuGH umgekehrt Anforderungen an den Verbraucher in seinem Konsumverhalten, um ihn an seine Rolle als „souveräner Marktbürger“ im Binnenmarkt heranzuführen.²²⁵

In mehreren Entscheidungen verneinte der EuGH konsequenterweise eine Irreführungsfahrer aus eigener Anschauung, ohne sich mit den Vorstellungen der angesprochenen Verkehrskreise eingehend auseinander zu setzen.²²⁶ So stellte der Gerichtshof in der Entscheidung „Mars“ ausdrücklich nicht darauf ab, wie die Verbraucher die Werbeaussage tatsächlich verstanden, sondern wie sie sie zu verstehen haben. Der EuGH führte wörtlich aus: „Von verständigen Verbrauchern kann erwartet werden, dass sie wissen, dass zwischen der Größe von Werbeaufdrucken, die auf eine Erhöhung der Menge des Erzeugnisses hinweisen, und dem Ausmaß dieser Erhöhung nicht notwendig ein Zusammenhang besteht.“²²⁷ Indem der EuGH sich an den berechtigten Erwartungen von verständigen Verbrauchern orientiert und keine Vermutungen über tatsächliche Verbrauchererwartungen anstellt, wird deutlich, dass er die Frage der Irreführung nach

²²³ Drexler, in: Schrickler/Henning-Bodewig, S. 178; Fezer, WRP 1995, 671, 672, 675.

²²⁴ Fezer, WRP 2001, 989, 992.

²²⁵ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 92; ähnlich Strepp, S. 65, 72.

²²⁶ EuGH GRUR Int. 1991, 215, 216, Rn. 21 („Pall/Dahlhausen“); EuGH WRP 1995, 677, 678, 679, Rn. 24 („Mars“).

²²⁷ EuGH WRP 1995, 677, 678 f. Rn. 24 („Mars“).

einem normativen Maßstab entscheidet. Der Gerichtshof gibt vor, was von einem vernünftigen Konsumenten in der konkreten Situation erwartet werden kann.²²⁸

3. Rechtsvergleichende Betrachtung

Mit der normativen Feststellung der Verkehrsauffassung knüpft der EuGH an die Rechtstraditionen von nahezu allen übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft an, in denen das Bestehen wie auch das Fehlen einer Irreführungsgefahr überwiegend normativ durch die jeweiligen nationalen Gerichte auf Grund eigener Sachkunde und Lebenserfahrung bestimmt wird.²²⁹ Auch und gerade wegen dieses rechtsvergleichenden Befundes kann davon ausgegangen werden, dass der EuGH einer empirischen Feststellungsweise der maßgeblichen Verkehrsauffassung grundsätzlich sehr skeptisch gegenübersteht.²³⁰

a) Frankreich

In Frankreich urteilen die Richter stets aus eigener Sachkunde. Die idealtypische Gestalt des „*bon père de famille*“ entzieht sich jeder Demoskopie. Auch wenn der Ausgangspunkt bei der Feststellung einer Irreführungsgefahr die Verkehrsauffassung ist, wird diese nicht konkret, etwa durch Zuhilfenahme von Verkehrsbefragungen, ermittelt. Vielmehr bestimmen die Richter, selbst durchschnittlich aufmerksame Verbraucher, durch Auslegung den jeweiligen Informationsgehalt einer Werbeaussage abstrakt-normativ und beurteilen subjektiv, ob dieser der Wahrheit entspricht.²³¹ Im Regelfall wird dabei die Sichtweise eines fiktiven Durchschnittsverbrauchers („*consommateur moyen*“) von normaler Intelligenz und Aufmerksamkeit angenommen. Die „*opinion du public*“ wird als ein zu unbestimmtes, wechselhaftes, schwer feststellbares und daher ungeeignetes Entscheidungskriterium betrachtet.²³² Die Gerichte beschränken sich darauf, die jeweilige Werbung auszulegen und dann zu entscheiden, ob diese für den

²²⁸ Fezer, WRP 1995, 671, 673 f.

²²⁹ Baumbach/Hefermehl/*Bornkamm*, 23. Aufl., § 5 Rn. 3.1; Schricker, GRUR Int. 1990, 112, 116; Trägner, S. 54; Keilholz, GRUR Int. 1987, 390, 391; Fezer, WRP 1995, 671, 672; Ackermann, WRP 1996, 502, 508 ff.; Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919, 924.

²³⁰ Lettl, WuB V B. § 1 UWG 4.02.

²³¹ Ackermann, WRP 1996, 502, 511; Fischer, S. 49 f.; Dreier/v. Lewinski, in: Schricker, Recht der Werbung, Bd. I (Frankreich), Rn. 66; Hucke, S. 266 f.; Schricker, GRUR Int. 1990, 112, 120.

²³² Beier, GRUR Int. 1984, 61, 64.

Durchschnittsverbraucher irreführend ist oder nicht.²³³ Da es nicht auf die konkret zu ermittelnde Auffassung der durch die Werbung tatsächlich angesprochenen Verkehrskreise ankommt, müssen in Frankreich somit keine Beweiserhebungen durchgeführt werden. Gleichzeitig bedeutet das Abstellen auf das Verständnis eines abstrakten Durchschnittsverbrauchers, dass auch kein Bedürfnis besteht nach Festlegung einer Eingriffsschwelle, d.h. einer Mindestanzahl von Getäuschten, jenseits derer eine Werbung als irreführend zu verbieten ist.²³⁴

Dies ist die Konsequenz bei einer normativen Feststellung auf Grund eines abstrakten Maßstabes: Wenn der für eine Irreführungsgefahr relevante Maßstab auf Grund einer normativen Bestimmung feststeht, ist damit die Frage nach dem Prozentsatz tatsächlich getäuschter Verbraucher unerheblich. Denn die Gefahr einer Irreführung besteht nur für den normativ bestimmten Durchschnittsverbraucher. Mit der Sichtweise von real existierenden Personen muss sich der Eindruck dieses „*consommateur moyen*“ nicht decken. Flüchtige Marktteilnehmer bleiben in Frankreich ebenso wie besonders kritische Konsumenten im Regelfall außer Betracht. Strengere Maßstäbe werden allenfalls angelegt, soweit durch die Werbung Kinder oder besonders leicht zu verführende Personen angesprochen werden, oder wenn es um gesundheitsbezogene Werbung geht.²³⁵

Dass es bei der Beurteilung einer Werbeaussage nicht auf das konkrete Verständnis der Verbraucher ankommt, sei an folgendem Beispielfall kurz aufgezeigt, in dem eine Irreführungsgefahr verneint wurde: Der Kofferhersteller Samsonite demonstrierte die Robustheit seiner Koffer, indem Bulldozer sich Hartschalenkoffer mit den Schaufeln gegenseitig zuwarfen und die Koffer dabei unbeschädigt blieben. Zur Produktion des entsprechenden Werbefilmes waren weder Trickaufnahmen noch Zusammenschnitte nötig gewesen, jedoch hatte es eine Reihe von Fehlversuchen gegeben, bis ein fehlerfreier Versuch ohne die Zerstörung eines Koffers aufgenommen werden konnte. Die *Cour d'Appel de Paris* als Berufungsgericht hob das erstinstanzliche Urteil, in dem eine Irreführungsgefahr bejaht wurde auf und begründete dies damit, dass dem kritischen Durchschnittsverbraucher bekannt sei, dass Werbung sich reklamehafter Übertreibungen in den Massenmedien bedienen müsse, um Aufmerksamkeit zu erlangen. Kein Durchschnittsverbraucher glaube daher, dass ein Koffer für solche Zwecke

²³³ Dreier/v. Lewinski, in: Schricker, Recht der Werbung, Bd. I (Frankreich), Rn. 66.

²³⁴ Boudon, S. 50 f.; Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 207 f.

²³⁵ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 205.

geeignet sei, sondern verstehe dies als bewusste Übertreibung. Eine Irreführungsgefahr sei daher nicht gegeben.²³⁶

b) Großbritannien

Auch in Großbritannien erfolgt die Feststellung der Irreführungsgefahr durch die Gerichte auf Grund eigener Sachkunde. Eine Beweiserhebung durch Sachverständigengutachten oder durch Meinungsumfragen findet nicht statt. Es wird den britischen Richtern zugetraut, dass sie sich in die Position eines „*ordinary reasonable man*“ hineinversetzen können. Angelegt wird ein normativer Maßstab: Nicht die tatsächlich bestehende Auffassung ist maßgeblich, sondern diejenige, die von einem durchschnittlichen Marktteilnehmer in der jeweiligen Situation vernünftigerweise erwartet werden kann.²³⁷

Da diesem im Regelfall einiges zugetraut wird, führt dies im Ergebnis zu einer großzügigen Handhabung, wie folgender Beispielfall²³⁸ zeigt: In einer Broschüre, die einer Computerfachzeitschrift beilag, warb eine Gesellschaft für ihre Produkte. Auf der ersten Seite der Werbebroschüre wurde ein Computersystem für £ 599 angeboten und im Kleingedruckten näher beschrieben. Die geladene Software wurde aufgelistet und bildlich dargestellt. Das Computersystem wurde tatsächlich mit dieser Software verkauft, doch beinhaltete das Angebot weder sog. Backup-Disketten noch Handbücher für die Benutzung der Software. Diese waren lediglich gegen Aufpreis erhältlich, worauf allerdings nicht direkt, sondern nur an anderen Stellen der Werbebroschüre u.a. in verschiedenen Sternchenfußnoten hingewiesen wurde. Die Werbung wurde von den Gerichten gebilligt: Aus der Sicht eines vernünftigen Kunden stelle die bildliche Darstellung der Software angesichts des Umfeldes der Werbung keine falsche Warenbezeichnung dar. Es gehe nicht um die Frage, ob ein einzelner Konsument irreführt werde, sondern einzig darum, ob ein vernünftiger Kunde wahrscheinlich irreführt werde. Dieser verständige Verbraucher gehe beim Kauf des Computersystems als anspruchsvollem Ausrüstungsgegenstand entsprechend umsichtig vor und könne sich mit der Broschüre vertraut machen.²³⁹

²³⁶ Vgl. hierzu: Boudon, S. 55 f.; Trägner S. 36 f.; Fischer, S. 54.

²³⁷ Dehlfing, S. 68 f.; Heister, S. 93.

²³⁸ London Borough of Southwark v. Time Computer Systems Ltd., GRUR Int. 1998, 495 („Geladene Software“).

²³⁹ London Borough of Southwark v. Time Computer Systems Ltd., GRUR Int. 1998, 495 („Geladene Software“).

c) Weitere Mitgliedstaaten

Auch die italienischen Gerichte urteilen ausschließlich nach der eigenen Lebenserfahrung. Demoskopische Gutachten werden als Beweismittel nicht verwendet, da sie der italienischen Rechtspraxis generell fremd sind.²⁴⁰ Ohne nach der tatsächlichen Verkehrsauffassung zu fragen, wird entweder auf die formale sprachliche Richtigkeit der Werbeangaben oder auf die hypothetische Figur des als gewitzt und skeptisch geltenden Durchschnittsverbrauchers abgestellt.²⁴¹ In Spanien erfolgt der Nachweis einer Irreführung ebenfalls nicht durch Verkehrsbefragungen. Diese sind vom Gesetz nicht ausdrücklich als Beweismittel anerkannt. Eine Meinungsumfrage hat daher im Einzelfall nur die Beweisfunktion, die ihm ein Gericht nach Maßgabe des allgemeinen Prozessrechts beimisst. Zudem werden Meinungsforschungsgutachten regelmäßig als zu zeitaufwändig und zu teuer abgelehnt.²⁴² Maßgeblich ist die Eigenbewertung der Gerichte an Hand objektiver Kriterien auf Grund eigenen Sachverstands des Richters, der sich am kritischen und aufgeklärten Durchschnittsverbraucher orientiert.²⁴³ Auch in Belgien, Dänemark, Finnland, Griechenland, den Niederlanden, Portugal und Schweden ist der Einsatz von Sachverständigengutachten und Verbraucherbefragungen zum Nachweis einer Irreführung weitgehend unbekannt. Die Gerichte dieser Mitgliedstaaten urteilen regelmäßig auf Grund eigener Sachkunde und Lebenserfahrung.²⁴⁴

d) Fazit

Ein Blick auf die Wettbewerbsordnungen der meisten europäischen Mitgliedstaaten zeigt, dass der Nachweis der Verkehrsauffassung mittels demoskopischer Gutachten europaweit nahezu unbekannt ist und die Auffassung der Irreführung als Rechtsfrage vorherrschend ist. Wie bereits ausgeführt, beruht das Verbraucherleitbild des EuGH auf einer rechtsvergleichenden Betrachtung und entspricht vor allem dem französischen und dem britischen Leitbild nahezu wörtlich.²⁴⁵ Vor diesem Hintergrund liegt die Vermutung nahe, dass der EuGH sich auch in Bezug auf die Feststellung einer Irreführung an dem in den meisten europäischen Staaten zu Grunde gelegten normativen Maßstab orientiert hat.

²⁴⁰ Trägner, S. 32; Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 247.

²⁴¹ Ackermann, WRP 1996, 502, 512; Schricker, GRUR Int. 1990, 112, 116.

²⁴² Nebe, S. 59 f.; Hucke, S. 372; Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 296.

²⁴³ Leible, WRP 1992, 1, 10 f.

²⁴⁴ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 309 f.

²⁴⁵ Vgl. hierzu bereits oben A II 3.

4. Ablehnung der empirischen Feststellung im Gemeinschaftsrecht

Neben dem EuGH steht auch das Gemeinschaftsrecht der empirischen Ermittlung der Verkehrsauffassung sehr zurückhaltend gegenüber. Zwar ist die Feststellung der Auffassung der Durchschnittsperson mittels eines Sachverständigengutachtens oder einer Verbraucherbefragung gemeinschaftsrechtlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Erwägungsgrund 13 des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken scheint jedoch die empirische Ermittlung der Auffassung der maßgeblichen Durchschnittsperson generell abzulehnen.²⁴⁶ Danach hat es der EuGH „...bei seiner Rechtsprechung in Fällen im Zusammenhang mit Werbung seit dem Erlass der Richtlinie 1984/450/EWG für erforderlich gehalten, die Auswirkungen auf einen fiktiven typischen Verbraucher zu prüfen.“²⁴⁷ Der Begriff des europäischen Durchschnittsverbrauchers beruht demnach nicht auf einer statistischen Grundlage. Infolgedessen müssen sich die nationalen Gerichte bei der Beurteilung der Frage, wie der Durchschnittsverbraucher in einem gegebenen Einzelfall typischerweise reagieren würde, auf ihre eigene Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verlassen.²⁴⁸ Diese Ausführungen in den Erwägungsgründen der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken lassen den Schluss zu, dass auch das Gemeinschaftsrecht von einer Feststellung der Irreführungsgefahr an Hand des objektivierten Typus des Durchschnittsverbraucher ausgeht: Die Gerichte sollen demnach nicht auf das tatsächliche Verständnis der Verbraucher abstellen, sondern selbst wertend ermitteln, wie der Durchschnittsverbraucher typischerweise, also abstrakt, eine Angabe auffassen würde.

5. Zusammenfassung

Der EuGH entscheidet die Frage der Irreführung nach einem normativen Maßstab. Daher kommt es nicht darauf an, ob real existierende Verbraucher irreführt werden oder nicht. Über die Eignung einer Werbung zur Irreführung hat

²⁴⁶ Lettl, WRP 2004, 1079, 1100.

²⁴⁷ Erwägungsgrund 13 des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Fn. 48).

²⁴⁸ Vgl. Erwägungsgrund 13 des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Fn. 48).

das Gericht wertend aus der Perspektive eines Durchschnittsverbrauchers zu entscheiden. Dieses Ergebnis ergibt sich in erster Linie aus der Zusammenschau der Vorlage des BVerwG und der hierauf folgenden Antwort des EuGH in dem Urteil „Gut Springenheide“. Auch das Gemeinschaftsrecht orientiert sich an dieser normativen Feststellungsweise: In der aktuellen Fassung des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken wird davon ausgegangen, dass der Begriff des Durchschnittsverbrauchers nicht auf einer statistischen Grundlage beruht und der EuGH daher in seiner Rechtsprechung jeweils die Auswirkungen auf einen fiktiven typischen Verbraucher prüft.

D. Das Erfordernis einer Eingriffsschwelle

Der Europäische Gerichtshof hat zu der Frage nach dem Erfordernis einer Eingriffsschwelle ausgeführt, dass es mangels einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen Sache des jeweiligen Gerichts sei, nach seinem nationalen Recht den Prozentsatz der durch eine Werbeaussage getäuschten Verbraucher zu bestimmen.²⁴⁹ Diese Aussage hat der EuGH in der Entscheidung „Lifting-Creme“ kurze Zeit später wiederholt und damit ausdrücklich bestätigt.²⁵⁰ Aus diesen Ausführungen des Gerichtshofes werden ambivalente Schlüsse gezogen. Dabei setzen sich die Meinungsverschiedenheiten, wie sie zur Frage der methodischen Feststellung einer Irreführungsgefahr bestehen, fort.

I. Unerheblichkeit einer Eingriffsschwelle

Vor allem die Anhänger des empirischen Ansatzes vertreten die Meinung, dass das gemeinschaftsrechtliche Verbraucherleitbild die Festlegung einer Eingriffsschwelle nicht entbehrlich macht. Da die Verkehrsauffassung empirisch zu bestimmen sei, müsse nach dem Teil des Verkehrs gefragt werden, der tatsächlich einer Irreführung zu erliegen drohe.²⁵¹ Unterschiedlich wird allerdings die Frage beantwortet, welche Auswirkungen das Leitbild des verständigen Durchschnittsverbrauchers auf die Höhe der Eingriffsschwelle hat.²⁵²

²⁴⁹ EuGH WRP 1998, 848, 851, Rn. 36 („Gut Springenheide“).

²⁵⁰ EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 31 („Lifting-Creme“).

²⁵¹ Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 199 f.; Gloy/Loschelder-Helm, § 52 Rn. 29; Dethloff, S. 16.

²⁵² Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 57; Leible, EuZW 1998, 528, 529; Dethloff, S. 14. – Ausführlich hierzu: 2. Kap. C.

Da der EuGH jedoch keine empirische Feststellung vornimmt, sondern die maßgebliche Auffassung des Durchschnittsverbrauchers rein wertend bestimmt, bedeutet dies gleichzeitig, dass es überhaupt keiner bestimmten Eingriffsschwelle bedarf²⁵³ – etwa dergestalt, dass die Irreführungsgefahr für einen „nicht ganz unerheblichen Teil des Verkehrs“ bestehen muss. Denn wenn der für eine Irreführungsgefahr relevante Maßstab feststeht auf Grund seiner normativen Bestimmung, ist durch ihn bereits die Frage der „Erheblichkeit“ entschieden worden. Erheblich ist eine Irreführungsgefahr eben nur, soweit sie für die zu Grunde gelegte Durchschnittsperson des maßgeblichen Personenkreises besteht.²⁵⁴ Wegen der Maßgeblichkeit des Verständnisses dieses Verbrauchers kommt es nicht darauf an, wie ein bestimmter Prozentsatz von verschiedenen Verbrauchern eine Angabe tatsächlich auffasst.

Geteilte Verkehrsauffassungen sind somit grundsätzlich unerheblich. Dagegen wird teilweise eingewandt, dies gehe an der Realität vorbei. Auch informierte, verständige und aufmerksame Adressaten könnten unterschiedlich auffassen.²⁵⁵ Mit dem Abstellen auf die Wahrnehmung einer Durchschnittsperson wird dieser Umstand jedoch nicht geleugnet. Auffassungen, die von der eines durchschnittlich verständigen Konsumenten abweichen, werden lediglich für die rechtliche Beurteilung als unerheblich angesehen.²⁵⁶

II. Die Irreführungsquote als Indiz für das Verbraucherverständnis

Hierzu steht es nicht im Widerspruch, wenn der EuGH in den Entscheidungen „Gut Springenheide“ und „Lifting-Creme“ jeweils von der maßgeblichen Zahl irreführter Verbraucher spricht, die von den nationalen Gerichten zu bestimmen ist.²⁵⁷ Denn die Ermittlung eines bestimmten Prozentsatzes der getäuschten Verbraucher kommt durchaus in Betracht, wenn das Gericht auf Grund fehlender eigener Sachkunde und Lebenserfahrung einen konkreten Sachverhalt aus-

²⁵³ Lettl, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 46.

²⁵⁴ Scherer, GRUR 2000, 273, 276.

²⁵⁵ Gloy/Loschelder-*Helm*, Hdb. WettbewerbsR., § 52 Rn. 29; Schweizer, GRUR 2000, 923, 933; Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 296.

²⁵⁶ Lettl, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 47.

²⁵⁷ EuGH WRP 1998, 848, 851, Rn. 36 („Gut Springenheide“); EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 31 („Lifting-Creme“).

nahmsweise nicht hinreichend sicher beurteilen kann. Der mit Hilfe einer Verkehrsbefragung ermittelte Prozentsatz tatsächlich irreführter Personen kann im Rahmen der wertenden Entscheidung zumindest einen Anhaltspunkt dafür geben, wie der (fiktive) Durchschnittsverbraucher, der das Werbeverhalten mit einer entsprechenden Aufmerksamkeit betrachtet, die Werbung versteht.²⁵⁸ Wird eine große Zahl der angesprochenen Verbraucher tatsächlich in die Irre geführt, spricht einiges dafür, dass auch bei einem durchschnittlich aufmerksamer, informierter und verständiger Verbraucher eine Irreführung zu bejahen ist.²⁵⁹

E. Die Verwechslungsgefahr nach der Rechtsprechung des EuGH

Im Gegensatz zum Lauterkeitsrecht bezweckt das Markenrecht nicht den Schutz der Verbraucher, sondern den Schutz des Rechtsinhabers. Daher müssen diese Interessen des Rechtsinhabers mit den wirtschaftlichen Interessen anderer Anbieter an der Benutzung bestimmter Produktbezeichnungen abgewogen werden.²⁶⁰ Dennoch stellt der EuGH, ohne diese gegenüber dem Verbraucherschutz andere Schutzrichtung offen zu legen, auch im Markenrecht auf einen „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ ab.²⁶¹

Aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 lit. b) der Markenrechtsrichtlinie 89/104/EWG,²⁶² wonach „für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht“, folgert der Gerichtshof, „dass es für die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr entscheidend darauf ankommt, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher dieser Art von Waren oder Dienstleistungen wirkt.“²⁶³

²⁵⁸ Berlit, Wettbewerbsrecht, Rn. 1.51; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 92; ähnlich Lettl, Das neue UWG, Rn. 125: Die Berücksichtigung einer bestimmten Eingriffsschwelle kann „...allenfalls als *ein* abwägungsrelevanter Umstand in diese Interessenabwägung eingestellt werden, derer es zur Konkretisierung der Anforderungen an das Verhalten der Durchschnittsperson im Einzelfall bedarf.“

²⁵⁹ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 92.

²⁶⁰ Lettl, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 45.

²⁶¹ EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Rn. 26 („Lloyd“) unter Berufung auf EuGH WRP 1998, 848, 850, Rn. 31 („Gut Springenheide“); EuGH WRP 2002, 924, 930, Rn. 63 („Philips“); EuGH GRUR 2003, 422, 425, Rn. 52 („Arthur/Arthur et Félicie“); EuGH GRUR 2003, 604, 607 f., Rn. 46 und 63 („Libertel“); kritisch zum identischen Verbraucherbegriff: Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 8 Rn. 34.

²⁶² Erste Richtlinie 89/104/EWG v. 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, Nr. L S. 40, in d. ber. Fassung ABl. 1989 Nr. L S. 60); im Folgenden: Markenrechtsrichtlinie. – Vgl. zu Entstehung und Inhalt der Markenrechtsrichtlinie: Ann, ZEuP 2002, S. 14 ff.

²⁶³ EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Rn. 25 („Lloyd“).

Zu beachten ist dabei nach Auffassung des EuGH, dass sich dem durchschnittlichen Marktteilnehmer nur selten die Möglichkeit bietet, verschiedene Marken unmittelbar miteinander zu vergleichen, sondern dass er sich auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das er von ihnen im Gedächtnis behalten hat. Außerdem müsse der unterschiedlich hohe Aufmerksamkeitsgrad des Durchschnittsverbrauchers berücksichtigt werden.²⁶⁴

Der Frage, wie die Auffassung der Durchschnittsperson nach dem Willen des EuGH zu ermitteln ist, kommt daher nicht nur im Lauterkeitsrecht, sondern auch im Markenrecht maßgebliche Bedeutung zu. Wie bereits ausgeführt, hat der Gerichtshof die empirische Feststellungsweise zu Gunsten einer normativen Ermittlung ausgeschieden, so dass es nicht auf das tatsächliche Verständnis von real existierenden Verbrauchern ankommt.²⁶⁵ Vielmehr soll auch die Beurteilung der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr durch den erkennenden Richter nach einem normativen Maßstab vorgenommen werden. Entscheidend ist demnach, wie eine bestimmte Person, nämlich die verständige Durchschnittsperson des maßgeblichen Beteiligtenkreises, eine Marke auffasst.

F. Zusammenfassung

Der EuGH hat das von ihm in der grundlegenden Entscheidung „Gut Springenheide“ entwickelte Verbraucherleitbild in einer Vielzahl wettbewerbs- und markenrechtlicher Entscheidungen wörtlich wiederholt. Danach ist der „durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher“ maßgeblich, wenn es darum geht, wie bestimmte Angaben verstanden werden. Gemeinschaftsrechtlich sind Irreführungs- und Verwechslungsgefahr nach einem rein normativen Maßstab zu entscheiden. Welches Verständnis der Durchschnittsverbraucher hat, kann daher nur wertend durch das Gericht, nicht aber durch empirische Erhebungen ermittelt werden.

Dass der EuGH die Einholung eines Sachverständigengutachtens oder die Durchführung einer Verbraucherbefragung nicht ausschließt, steht der Annahme eines normativen Verbraucherbegriffes nicht entgegen. Im Gegenteil: Dieses Vorgehen stellt in der Gerichtspraxis eine Selbstverständlichkeit dar. Die Einho-

²⁶⁴ EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Rn. 26 („Lloyd“).

²⁶⁵ Vgl. hierzu bereits oben C III.

lung sachverständiger Hilfe wird in allen Fällen für nötig befunden, wenn mangels eigener Sachkunde ein Sachverhalt nicht hinreichend sicher beurteilt werden kann.

Sehen sich die nationalen Gerichte demnach nicht in der Lage, selbst über das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers zu entscheiden, müssen sie mit Hilfe von Verbraucherbefragungen oder Sachverständigengutachten herausfinden, wie eine Angabe von dem maßgeblichen Personenkreise tatsächlich verstanden wird, und auf Grund dessen den objektiv anzulegenden Maßstab ermitteln. Gutachten oder Umfragen können die normative Wertung nicht ersetzen, aber zumindest die tatsächliche Grundlage für die Bewertung bilden. Hiervon ausgehend ist wertend zu ermitteln, welches Verständnis der Durchschnittsverbraucher hat. Der Prozentsatz der tatsächlich irreführten Verbraucher kann ein Indiz für das Verständnis des durchschnittlichen Konsumenten sein.

2. Kapitel: Die Irreführungsgefahr nach der Rechtsprechung des BGH

Von der deutschen Rechtsprechung wurde die Irreführungsgefahr (etwa in § 3 UWG a.F., §§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) in der Vergangenheit grundsätzlich empirisch verstanden: Ob eine Angabe zur Irreführung geeignet war, hing demnach entscheidend davon ab, welche tatsächlichen Vorstellungen sie bei einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise hervorrief.²⁶⁶ Unerheblich war hingegen beispielsweise, wie die Werbeangabe aus der Sicht ihres Urhebers gemeint war und auch, wie die Werbung objektiv etwa aus der Sicht eines aufmerksamen und verständigen Verbrauchers zu beurteilen war.

Als Tatfrage war die Verkehrsauffassung einer Beweiserhebung zugänglich, daher auch beweisbar und gegebenenfalls auch beweisbedürftig. In der Praxis wurde die maßgebliche Verkehrsauffassung jedoch schon seit jeher ganz überwiegend ohne Beweisaufnahme ermittelt. Die Richter befanden auf Grund ihrer Sachkunde und Lebenserfahrung regelmäßig selbst über die Irreführung. Konnten die Richter das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise allerdings nicht selbst ermitteln, so musste dieses durch eine Beweiserhebung festgestellt werden. Auch wenn hierfür grundsätzlich sämtliche Beweismittel der ZPO in Betracht kamen, stützten sich die Gerichte im Falle einer Beweiserhebung fast ausschließlich auf kostspielige demoskopische Gutachten. Dann reichte oftmals bereits ein Fehlverständnis von 10 – 15 % der Verbraucher aus, um eine Irreführung zu bejahen.

Als Leitbild diente in der deutschen Rechtsprechung jahrzehntelang der flüchtige, unkritische und oberflächliche Verbraucher.²⁶⁷ In Angleichung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes legte der BGH in jüngerer Zeit – beginnend mit dem Urteil „Orient-Teppichmuster“ vom 20. Oktober 1999 – jedoch

²⁶⁶ Mit zahlreichen Nachweisen: Baumbach/Hefermehl, 22. Aufl., § 3 Rn. 2, 23, 27; Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 50.

²⁶⁷ Vgl. nur BGH GRUR 1959, 365, 366 („Englisch Lavendel“); BGH GRUR 1969, 415, 416 („Kaffeerösterei“); BGH GRUR 1970, 425, 426 („Melitta Kaffee“); BGH GRUR 1982, 564, 566 („Elsässer Nudeln“); BGH WRP 1993, 108, 109 („Teilzahlungspreis II“).

ein neues Verbraucherleitbild zu Grunde:²⁶⁸ Entscheidend ist mittlerweile im deutschen Lauterkeitsrecht nur noch das Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, allerdings mit der Modifikation, dass dessen Aufmerksamkeit situationsadäquat unterschiedlich hoch sein kann.

A. Der Wandel des Verbraucherleitbildes des BGH

Noch bis in die 90er Jahre schützte der BGH einen Verbraucher, der Werbeausagen flüchtig, unkritisch und unaufmerksam betrachtete. Vor allem unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung hat sich das Verbraucherleitbild des BGH jedoch in den letzten Jahren wesentlich gewandelt. Der naive, informationsunwillige und unbefangene Verbraucher gilt heute nicht mehr als das Maß der Dinge. Vielmehr orientiert sich der BGH – ebenso wie mittlerweile der deutsche Gesetzgeber²⁶⁹ und auch das Bundesverfassungsgericht²⁷⁰ – an einem verständigen, verantwortlich handelnden Konsumenten, der das Geschehen mit situationsangemessener Aufmerksamkeit verfolgt.²⁷¹ Der BGH spricht inzwischen vom „Leitbild des Normalverbrauchers“²⁷²

I. Hohes Schutzniveau der deutschen Rechtsprechung

Im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts²⁷³ ging der BGH seit den 1950er Jahren von dem Leitbild eines flüchtigen und unaufmerksamen

²⁶⁸ Zum Lauterkeitsrecht vgl. nur BGH WRP 2000, 517, 519, 520 („Orient-Teppichmuster“); BGH GRUR 2001, 1061, 1063 („Mitwohonzentrale.de“); BGH GRUR 2002, 182, 183 („Das Beste jeden Morgen“); BGH GRUR 2002 550, 552 („Elternbriefe“); BGH GRUR 2003, 361, 362 („Sparvorbereitung“); BGH GRUR 2004, 244, 245 („Marktführerschaft“); BGH WRP 2004, 1024, 1027 („Sportlernahrung II“); BGH WRP 2004, 1165, 1167 („Größter Online-Dienst“); BGH GRUR 2004, 1037, 1038 („Johanniskraut“); BGH WRP 2005, 480, 483 („Epson-Tinte“); zum Markenrecht vgl. BGH WRP 2000, 535, 539 („Attaché/Tisserand“); BGH WRP 2001, 1450, 1453 („Warsteiner III“); BGH WRP 2003, 521, 523 („Abschlussstück“).

²⁶⁹ Die Begründung zum neuen UWG knüpft an die Rechtsprechung des BGH an und bekennt sich ausdrücklich zu dem Leitbild „eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers..., der das Werbeverhalten mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit verfolgt.“, vgl. Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 19. – Vgl. auch: BT-Drucks. 14/5441, S. 7 (Aufhebung des RabattG) und BT-Drucks. 14/4424, S. 4 (Aufhebung der ZugabeVO).

²⁷⁰ Vgl. BVerfG NJW 2003, 1307: „Der Rechtssuchende, der ein durchschnittliches Leseverständnis aufbringt, vermag sehr wohl zwischen optimaler Müheverwaltung und optimaler Interessenvertretung zu differenzieren.“; vgl. hierzu: Lettl, WRP 2004, 449, 456.

²⁷¹ Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.49 f.

²⁷² BGH WRP 2005, 480, 483 („Epson-Tinte“).

²⁷³ Vgl. nur: RG MuW XXVI, 340, 341 RG, MuW XXVII, 23, 25; RG MuW XXVII, 262, 263.

Verbrauchers aus.²⁷⁴ Auf Grund dieses Verbraucherleitbildes stellten die Gerichte insbesondere zum Irreführungstatbestand des § 3 UWG a.F. strenge Anforderungen bezüglich des Wahrheitsgehalts und der Eindeutigkeit von Werbeaussagen. Den Verbrauchern wurden von der Rechtsprechung sehr geringe intellektuelle Fähigkeiten zugesprochen: Es galt der allgemeine Erfahrungssatz, dass Werbung von den jeweiligen Betrachtern weder exakt überprüft, noch kritisch wahrgenommen würde.²⁷⁵ Wegen der Fülle an Werbebotschaften könnte deren Rezeption lediglich ungezwungen, unreflektiert und oberflächlich erfolgen. Die Verbraucher pflegten bei der Wahrnehmung von Werbeangaben „weder grammatikalische oder philologische Überlegungen noch eine kritische, vollständige Würdigung“ vorzunehmen.²⁷⁶ Hinter diesem Leitbild des „flüchtigen, unaufmerksamen Verbrauchers“ stand vor allem die Auffassung, dass es sich bei den Konsumenten um Marktteilnehmer handelte, die schon deshalb besonderen Schutzes bedurften, weil sie ihren Vertragspartnern regelmäßig wirtschaftlich unterlegen waren.²⁷⁷

Die Kombination aus flüchtigem Verbraucherleitbild und niedrig angesetzter Irreführungsquote führte zu einem sehr hohen Schutzniveau in Deutschland und brachte dem BGH seit längerem ebenso deutliche wie berechtigte Kritik ein.²⁷⁸ So sind nach der häufig zitierten Aussage von *Emmerich* die deutschen Gerichte lange Zeit „von dem Leitbild eines im Grunde an der Grenze zur Debität verharrenden, unmündigen, einer umfassenden Betreuung bedürftigen Verbrauchers ausgegangen..., der auch noch gegen die kleinste Gefahr einer Irreführung in der

²⁷⁴ Vgl. nur BGH GRUR 1959, 365, 366 („Englisch Lavendel“); BGH GRUR 1962, 97, 100 („Tafelwasser“); BGH GRUR 1969, 415, 416 („Kaffeerösterei“); BGH GRUR 1970, 425, 426 („Melitta Kaffee“); BGH GRUR 1982, 564, 566 („Elsässer Nudeln“). – Vgl. zum Leitbild des flüchtigen Verbrauchers im älteren Lauterkeitsrecht: Fezer, UWG, § 2 Rn. 167; Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 78; zur Entwicklung des deutschen Verbraucherleitbildes: Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 173 - 181.

²⁷⁵ BGH GRUR 1959, 365, 366 („Englisch Lavendel“).

²⁷⁶ BGH GRUR 1969, 415, 416 („Kaffeerösterei“).

²⁷⁷ Hücke, S. 160; *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 274.

²⁷⁸ Vgl. nur *Schünemann*, Wettbewerbsrecht, S. 137; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers; S. 426; *Sosnitzer*, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 205, 211; *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 274; *Keilholz*, GRUR Int. 1987, 390, 391; *Ullmann*, JZ 1994, 928, 932; *Henning-Bodewig*, WRP 2001, 771; *Köhler*, ZLR 1994, 241 („beispiellose Schärfe des deutschen Wettbewerbsrechts gerade im Bereich der irreführenden Werbung“); weitere Nachweise bei *Bornkamm*, in: FS BGH, S. 355, Fn. 49 – Vgl. in diesem Zusammenhang auch das Zitat aus dem Verteidiger-Schriftsatz des Angeklagten *Prantl* in der „Bocksbeutel-Entscheidung“ des EuGH: Der deutschen Lauterkeitsrechtsprechung liege das „Leitbild eines absolut unmündigen, fast schon pathologisch dummen und fahrlässig unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“ zu Grunde (EuGH, GRUR Int. 1984, 291, 293).

Werbung geschützt werden muss.“²⁷⁹ Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass bei einem bestimmten Teil der Bevölkerung im Hinblick auf dessen geringes intellektuelles Niveau eine Irreführung so gut wie nie ausgeschlossen werden könnte, werde deutlich, dass bei der von der Rechtsprechung geforderten niedrigen Irreführungsquote eine informierende Werbung in Deutschland praktisch nicht mehr möglich sei.²⁸⁰ Nach *Drexl* kam es durch die Überdehnung des Irreführungsverbotens zu einer nicht gerechtfertigten Bevorzugung der Belange der wenigen irreführten Verbraucher. Bei Zugrundelegung einer Irreführungsquote von 10 % würden die Interessen der großen Mehrheit der verständigen und informationsbereiten Verbraucher auf Mitteilung (unter Umständen) wertvoller Informationen durch die Werbung und auf eine Intensivierung des Wettbewerbs übergegangen.²⁸¹

II. Wandlung und Anpassung der BGH-Rechtsprechung

In den letzten Jahren hat sich in der Rechtsprechung des BGH ein deutlicher und tiefgreifender Wandel vollzogen: Nach längerem Zögern hat sich der Bundesgerichtshof den europäischen Maßstäben angepasst und das Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers mittlerweile weitgehend übernommen.²⁸²

Die vorsichtige Aufgabe des „flüchtigen und unkritischen Verbrauchers“, den der BGH über Jahrzehnte seiner Rechtsprechung bei der Beurteilung einer Irreführung durchgängig zu Grunde gelegt hatte, erfolgte dabei kaum freiwillig wegen einer kritischen Selbstreflexion des deutschen Lauterkeitsrechts, sondern erst mehr oder weniger notgedrungen durch die Anpassung an die dogmatische Ausrichtung des Europäischen Gerichtshofes.²⁸³ Dessen Urteile raubten der deutschen Rechtsprechung bereits frühzeitig die Illusion, „im Kleingarten des

²⁷⁹ Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, S. 181.

²⁸⁰ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 274; kritisch auch Schönemann, Wettbewerbsrecht, S. 137: „Im Ergebnis hat dies dazu geführt, dass eine sachhaltige Werbung weitgehend unterbleibt, weil sie und nur sie unter dem Damoklesschwert des § 3 UWG (a.F.) steht.“

²⁸¹ Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 426; vgl. hierzu auch Büttner, GRUR 1996, 533, 534.

²⁸² Fezer, UWG, § 2 Rn. 171; Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 83; Ahrens/Bähr, 27. Kap., Rn. 10.

²⁸³ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 21. Kap., Rn. 21; Henning-Bodewig, WRP 2001, 771; Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919, 920; Schönemann, WRP 2004, 925, 933; Fezer/Steinbeck, UWG, § 4-1 Rn. 86.

deutschen Lauterkeitsrechts könnten weiterhin seltene, in Europa sonst nicht vorkommende Arten gezüchtet werden.“²⁸⁴ Trotz dieser Erkenntnis verlief der Wandel des deutschen Lauterkeitsrechts streckenweise recht langsam: Von der letztmaligen Erwähnung des „flüchtigen Verbrauchers“ bis zur Übernahme des europäischen Verbraucherleitbildes vergingen immerhin sieben Jahre.

1. Erste Korrekturen des Verbraucherleitbildes

Seit Mitte der 90er Jahre steuerte der Bundesgerichtshof immer stärker auf einen liberaleren Kurs zu.²⁸⁵ Die Anpassung der nationalen Rechtsprechung an die Vorgaben des EuGH deutete sich in mehreren Urteilen bereits an, auch wenn der BGH eine ausdrückliche Aufgabe seiner Rechtsprechung lange Zeit vermieden hat. Zuletzt verwendete er den Begriff des „flüchtigen Verbrauchers“ ausdrücklich im Jahre 1992.²⁸⁶ Kurze Zeit später kam es zu ersten zaghafte Korrekturen des Verbraucherleitbildes in der Entscheidung „Napoleon IV“. Dort führte der BGH aus, es könnte erfahrungsgemäß davon ausgegangen werden, dass Verbraucher, die differenzierte Vorstellungen über besondere geographische oder qualitätsmäßige Eigenschaften eines Produktes hätten, bei ihrer Kaufentscheidung entsprechend zu unterscheiden wüssten, wenn ihnen nur aufklärende Informationen zur Verfügung gestellt würden.²⁸⁷

In der Entscheidung „Energiekosten-Preisvergleich II“²⁸⁸ hat der BGH entsprechend danach differenziert, ob der Verbraucher Werbeaussagen flüchtig und oberflächlich oder in Ruhe durch aufmerksame Lektüre zur Kenntnis nimmt: Ein Verein zur Förderung des Absatzes von Heizöl hatte mit Hilfe einer Säulengrafik die Energiekosten verglichen. Das klagende Energieversorgungsunternehmen griff dies mit der Behauptung an, es werde mit der auf den Vergleich der Brennstoffkosten begrenzten Betrachtungsweise der unzutreffende Eindruck erweckt, dass das Heizen mit Öl generell günstiger sei als die Wärmeerzeugung mit anderen Energiequellen. Sachgerecht sei nur ein „Vollkostenvergleich“, da

²⁸⁴ Bornkamm, GRUR 1993, 748.

²⁸⁵ Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 24. – Beater geht davon aus, dass der stärker wettbewerbsliberal geprägte Kurs des BGH vor allem durch personelle Veränderungen in der Besetzung des Senats begünstigt worden sein dürfte (vgl. Beater, JZ 2000, 973, 976).

²⁸⁶ BGH WRP 1993, 108, 109 („Teilzahlungspreis II“); vgl. hierzu Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370, 375; Beater, JZ 2000, 973, 976, Fn. 39.

²⁸⁷ BGH GRUR 1995, 60, 62 („Napoleon IV“).

²⁸⁸ BGH GRUR 1997, 304 ff. („Energiekosten-Preisvergleich II“).

die reinen Energiekosten lediglich rund die Hälfte der insgesamt anfallenden Kosten ausmachten. Der BGH lehnte in diesem Fall eine irreführende Werbung ab, da ohne weiteres erkennbar sei, dass es sich bei der Grafik um einen Vergleich der echten Energiekosten und nicht um einen Vergleich der Vollkosten der einzelnen Heizsysteme handelte. Weiter führte der BGH wörtlich aus: „Eine etwaige Irreführung vereinzelter Verbraucher darüber, dass die reinen Energiekosten nicht mit der Einrichtung und dem Betrieb einer Heizungsanlage insgesamt gleichzusetzen sind, wäre zudem unbeachtlich. Im Blick auf die ... dargestellte Bedeutung des Vergleichs für die Betreiber von Heizungsanlagen wäre zu berücksichtigen, dass das Informationsinteresse dieser Leser der Veröffentlichung nicht hinter möglichen Missverständnissen flüchtiger und uninteressierter Leser zurücktreten dürfte.“²⁸⁹

2. Belege für die Änderung der Rechtsprechung

Auch in dem Urteil „PVC-frei“²⁹⁰ zeigt sich die Abkehr des BGH von dem Verständnis eines unaufmerksamen und unkritischen Verbrauchers als relevantem Maßstab für die Beurteilung einer Irreführungsgefahr: In dieser Entscheidung ging es um die Irreführung durch die zutreffende Aufschrift „PVC-frei“ auf Verpackungen von Büro- und Schreibartikeln. Diese Verpackungen bestanden nicht aus PVC, jedoch aus anderen Kunststoffen, von denen ebenfalls Umweltbelastungen ausgehen konnten. Die Klägerin hatte die Angabe „PVC-frei“ als irreführend beanstandet, da bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck erweckt werde, die betreffenden Verpackungen seien überhaupt nicht umweltschädlich. Tatsächlich aber böten die verwendeten Kunststoffe in der „Gesamt-Ökobilanz“ keine Vorteile gegenüber PVC.

In den Urteilsgründen hat der BGH zwischen Verbrauchern mit unterschiedlichen Verständnismöglichkeiten getrennt und so letztlich zwischen flüchtigen und aufmerksamen Verbrauchern differenziert:²⁹¹ Es gebe sowohl Verbraucher, die die intensive öffentliche Diskussion über die mit der Verwendung von PVC verbundenen Gesundheitsgefahren verfolgt hätten, als auch solche, an denen die gesamte Problematik unbemerkt vorübergegangen sei. Im Hinblick auf den letztgenannten Verbrauchertyp stellt der BGH fest, dass dieser ob seiner Infor-

²⁸⁹ BGH GRUR 1997, 304, 306 („Energiekosten-Preisvergleich II“).

²⁹⁰ BGH GRUR 1996, 985 ff. („PVC-frei“).

²⁹¹ Ahrens, WRP 1999, 389, 397; Drexl, in: Schrickler/Henning-Bodewig, S. 185 f.

mationslücken mit dem Hinweis „PVC-frei“ „nicht allzu viel anfangen“ könne. Falls dieser Teil der Verbraucher diesem Hinweis überhaupt eine Bedeutung beimesse, werde er regelmäßig „einer eher diffusen Täuschung erliegen, die mangels bestimmter Vorstellungen grundsätzlich nicht als eine nach § 3 UWG a.F. beachtliche Irreführung gewertet werden“ könne.²⁹² Diejenigen Verbraucher, welche die Diskussion um die Gefahren von PVC verfolgt hätten, seien sich der generellen Umweltbelastung durch Kunststoffverpackungen bewusst und würden auf Grund ihrer Vorkenntnisse auch nicht irregeleitet: „Erkennt der Verkehr, dass er einen Kunststoff vor sich hat, so kann als weitgehend bekannt vorausgesetzt werden, dass Herstellung und Entsorgung von Kunststoffen zu Umweltbelastungen führen können...“²⁹³ Eine Irreführung nicht informierter Kunden hat nach Einschätzung des BGH somit nicht den Stellenwert, dass der Schutz der aufgeklärten Verbraucher zurücktreten müsste. Mit dieser Entscheidung hat sich der BGH stark dem europäischen Verbraucherleitbild angenähert, denn die von ihm vorgenommene Abwägung unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit und der Werbenden entsprach bereits weitgehend einer Interessenabwägung, wie sie in vergleichbaren Fällen auch vom EuGH vorgenommen wurde.²⁹⁴

Auch die beiden „Handy-Urteile“ vom Oktober 1998 lassen erkennen, dass der BGH von einem mündigen und verständigen Verbraucher ausgeht, der in der Lage ist, zumindest einfache ökonomische Zusammenhänge zu erkennen:²⁹⁵ „Da dem Publikum geläufig ist, dass Mobiltelefone einen nicht unerheblichen Wert haben und ein Kaufmann ein solches Gerät nicht ohne weiteres verschenkt, erkennt es auch, dass der Erwerb des Mobiltelefons letztlich mit den Gegenleistungen finanziert werden muss, die im Rahmen des Netzkartenvertrages zu erbringen sind.“²⁹⁶ In einer anderen Entscheidung, die die Fallgruppe der sog. Wertreklame betraf, stellt der BGH darauf ab, dass Verbraucher von einem Angebot üblicherweise „nur nach reiflicher Überlegung“ Gebrauch machen.²⁹⁷ In

²⁹² BGH GRUR 1996, 985, 987 („PVC-frei“).

²⁹³ BGH GRUR 1996, 985, 987 („PVC-frei“).

²⁹⁴ Ahrens, WRP 1999, 389, 397; Hücke, S. 149.

²⁹⁵ Bornkamm, in: FS BGH, S. 360; Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.46.

²⁹⁶ BGH WRP 1999, 90, 92 („Handy für 0,00 DM“); BGH WRP 1999, 94, 96 („Handy-Endpreis“).

²⁹⁷ BGH WRP 1998, 857, 859 („1000 DM Umwelt-Bonus“). – Als Belege für einen Wandel des Verbraucherleitbildes in der Rechtsprechung des BGH lassen sich auch die Entscheidungen „Der meistverkaufte Europas“ (WRP 1996, 739 ff.), „Schmuck-Set“ (GRUR 1998, 1037 ff.) und „Rubbelaktion“ (WRP 1998, 724 ff.) anführen. Ausführlicher hierzu: Bornkamm, in: FS BGH, S. 360.

dem Urteil „EG-Neuwagen II“ führte der BGH im Jahre 1999 erstmals die Figur des „aufmerksamen Verbrauchers“ in das deutsche Lauterkeitsrecht ein.²⁹⁸

Noch vor dem BGH hatten bereits mehrere deutsche Instanzgerichte das europäische Verbraucherleitbild vollständig und explizit in das nationale Recht übernommen.²⁹⁹ So entschied beispielsweise das Frankfurter Oberlandesgericht: „Maßgeblich sind die Vorstellungen des durchschnittlichen Bank- bzw. Sparkassenkunden.... Hierbei darf nach Senatsansicht nicht (mehr) auf den flüchtigen oder unkritischen Verbraucher abgestellt werden, sondern entsprechend den Vorgaben des EuGH auf den eines umsichtigen und kritisch prüfenden Verbrauchers...., der im Hinblick auf das allgemeine Leitbild des ‚mündigen Bürgers‘ allein schutzwürdig erscheint.“³⁰⁰

3. Die Übernahme des Verbraucherleitbildes

a) Die „Orient-Teppichmuster“-Entscheidung

Mit der Entscheidung „Orient-Teppichmuster“³⁰¹ im Jahre 1999 hat sich der BGH schließlich dem europäischen Verbraucherleitbild weitgehend angepasst. In dieser Entscheidung ging es um die Werbung eines Teppichhändlers, der in Beilagen zu verschiedenen Tageszeitungen mit dem Prospekt „Riesige Auswahl China-Teppiche“ für seine Geschäfte warb. Auf den ersten drei Seiten des Prospektes wurden ausschließlich handgeknüpfte Teppiche angeboten. Auf der vierten Seite des Prospektes wurde unter der Überschrift „Konsequent preiswert“ für mechanisch hergestellte Teppiche mit persischen Mustern geworben. Während die ersten drei Seiten die Hinweise „Echt-Orient, handgeknüpft“ beziehungsweise „Echt-Orient, handgearbeitet“ enthielten, fehlte auf der vierten Seite des Prospektes ein solcher ausdrücklicher Hinweis auf die (lediglich) mechanische Herstellung dieser Teppiche. Nur auf Grund der kleingedruckten Anmerkungen zu den jeweiligen angebotenen Teppichen und der Gesamtaufmachung des

²⁹⁸ BGH WRP 1999, 1155, 1159 („EG-Neuwagen II“); vgl. hierzu: Leible, NJW 2000, 1242.

²⁹⁹ OLG Hamburg GRUR Int. 1999, 780, 781 („Oldies“); OLG Hamburg WRP 1999, 683, 684 („Doppelkeks mit Kakao-Creme-Füllung“); BPatG 1999, 931, 932 („St. Ursula“); OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1999, 1347 („Preisauflöser für Bankautomatenbenutzung“); OLG Stuttgart WRP 2001, 169, 171 („Irreführung durch kostenpflichtige Servicenummern“); vgl. auch: Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370, 374.

³⁰⁰ OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1999, 1347 („Preisauflöser für Bankautomatenbenutzung“).

³⁰¹ BGH WRP 2000, 517 ff. („Orient-Teppichmuster“).

Prospektes konnte darauf geschlossen werden, dass es sich nicht um handgeknüpfte Orient-Teppiche handelte.

Der BGH verwarf die Ansicht der Vorinstanz, die davon ausgegangen war, bei der Ermittlung des Verkehrsverständnisses sei auf das Leitbild des flüchtigen Verbrauchers abzustellen und führte wörtlich aus: „Der Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, auf dessen Verständnis es ankommt, ist abhängig von der jeweiligen Situation. Er wird vor allem von der Bedeutung der beworbenen Waren oder Dienstleistungen abhängen und wird beispielsweise dort eher gering, das heißt flüchtig sein, wo es um den Erwerb geringwertiger Gegenstände des täglichen Bedarfs geht. Auch das erste Durchblättern von Werbebeilagen oder Zeitungsanzeigen wird regelmäßig flüchtig erfolgen, wobei sich die Begriffe ‚flüchtig‘ und ‚verständlich‘ nicht gegenseitig ausschließen. Erst im Fall eines am Angebot einer bestimmten - nicht völlig geringwertigen - Ware oder Dienstleistung entweder von vornherein bestehenden oder bei flüchtiger Durchsicht geweckten Interesses wird die Werbung mit größerer Aufmerksamkeit wahrgenommen. Diese situationsadäquate Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers ist für die Ermittlung des Verkehrsverständnisses maßgeblich. Mögliche Missverständnisse flüchtiger oder uninteressierter Leser haben dabei zurückzutreten...“³⁰² Da es sich bei Teppichen dieser Qualität um Güter von „nicht unerheblichem Preis und einer nicht nur kurzen Lebensdauer“³⁰³ handele, werde der „über Orient-Teppiche durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, der an einem Erwerb interessiert ist“,³⁰⁴ eine solche Werbung regelmäßig nicht nur flüchtig betrachten, sondern sich ihr mit normaler Aufmerksamkeit zuwenden. Der Käufer werde einer Kaufentscheidung erfahrungsgemäß erst näher treten, wenn er sich weiter informiert habe. Werde auf den Durchschnittsverbraucher abgestellt, der sich auf Grund eines vorhandenen Interesses mit dem Prospekt näher beschäftige, so sei eine Irreführung zu verneinen.

b) Hohe Anforderungen an die Verbraucher

Der BGH hat in der Entscheidung „Orient-Teppichmuster“ erstmals die EuGH-Formulierung des „durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers“ – wenngleich modifiziert – übernommen, allerdings ohne ausdrückliche

³⁰² BGH WRP 2000, 517, 519 f. („Orient-Teppichmuster“).

³⁰³ BGH WRP 2000, 517, 520 („Orient-Teppichmuster“).

³⁰⁴ BGH WRP 2000, 517, 520 („Orient-Teppichmuster“).

Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH und ohne die Anzeige einer Rechtsprechungsänderung. Die ausdrückliche Feststellung, dass sich die Begriffe „flüchtig“ und „verständlich“ nicht gegenseitig ausschließen, legte die Vermutung nahe, dass der BGH insoweit überhaupt keinen Grund für eine Aufgabe seiner Rechtsprechung sah.³⁰⁵ Gleichzeitig stellt er im Vergleich zu früheren Urteilen allerdings bemerkenswert hohe Anforderungen an die Aufmerksamkeit der Verbraucher:³⁰⁶ Von ihnen erwartet der BGH, dass sie nicht nur das Kleingedruckte in der Anzeige gründlich lesen, sondern den gesamten Prospekt zur Kenntnis nehmen und entsprechende Schlussfolgerungen hieraus ziehen, um eine Irreführung zu verhindern.

Mit der weitgehenden Übernahme des Verbraucherleitbildes des EuGH hat der BGH in der „Orient-Teppichmuster“-Entscheidung gleichzeitig den wichtigsten Schritt zur Vermeidung von Inländerdiskriminierungen getan. Da sich in Deutschland mit dem flüchtigen, unkritischen Verbraucher auf der einen Seite und dem verständigen Marktbürger auf der anderen Seite zwei unterschiedliche, aber verbindliche Wertungsmaßstäbe gegenüberstanden, führte dies – plakativ ausgedrückt – zu einer Rechtsspaltung innerhalb des deutschen Rechts: Der gleiche Sachverhalt wurde unterschiedlich beurteilt, je nachdem, ob er den Maßstäben des EuGH oder des BGH unterfiel.³⁰⁷ Das europäische Leitbild war maßgeblich sowohl bei der Beurteilung von Irreführungsverboten, die auf harmonisiertem Recht beruhten, als auch, wenn in dem durch die Keck-Rechtsprechung reduzierten Anwendungsbereich des Art. 28 EG zu prüfen war, ob eine produktbezogene Regelung zwingenden Erfordernissen des Verbraucherschutzes oder des Schutzes der Lauterkeit des Handelsverkehrs entsprach.³⁰⁸ Für die sonstigen Bereiche, insbesondere die rein national zu beurteilenden Sachverhalte, war das Verbraucherleitbild des BGH zu berücksichtigen. Diese parallele Existenz zweier verschiedener Wertungsmaßstäbe in Deutschland erschien vor allem im Hinblick auf Art. 3 GG höchst problematisch und daher nicht akzeptabel.³⁰⁹

³⁰⁵ Sack, WRP 2004, 521, 524; Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370, 374.

³⁰⁶ Hücke, S. 153.

³⁰⁷ Scherer, WRP 1999, 991, 993 f.; Baumbach/Hefermehl/*Bornkamm*, 23. Aufl. § 5 Rn. 1.47 f.

³⁰⁸ Bornkamm, in: FS BGH, S. 358.

³⁰⁹ Ahrens, WRP 1999, 389, 398; Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 7 Rn. 112. – Ausführlich zum Problem der Inländerdiskriminierung: Spätgens, in: FS von Gamm, S. 210 ff.; Kewenig, JZ 1990, 20, 22 f.; Hücke, S. 206 ff.; Schilling, JZ 1994, 8 f.; Streinz, Europarecht, Rn. 685.

4. Weiterentwicklung der Rechtsprechung

Inzwischen hat sich die Rechtsprechung des BGH zum Verbraucherleitbild verfestigt. Heute lautet die interessante Streitfrage nicht mehr, *ob* das europäische Leitbild von der deutschen Rechtsprechung zu übernehmen ist, sondern, *wie* dieses konkret ausgefüllt werden kann.³¹⁰ Überwiegend Einigkeit besteht dahingehend, dass das vom BGH zu Grunde gelegte situationsadäquate Verbraucherleitbild mit dem europäischen Leitbild zumindest grundsätzlich übereinstimmt.³¹¹ Eine nähere Untersuchung insbesondere des englischen und französischen Wortlauts der Urteile „Gut Springenheide“, „Sektellerei Kessler“, „Lifting-Creme“ und „Darbo“, in denen die Verfahrenssprache jeweils deutsch war, zeigt, dass Bedenken im Hinblick auf eine fehlende Kongruenz mit dem europäischen Leitbild weitgehend unbegründet sind.³¹² In der Praxis bestehen allerdings Divergenzen, die auf einer unterschiedlichen Interpretation des Aufmerksamkeitsmaßstabes beruhen.³¹³

Grundsätzlich ist das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofes jedoch für die vom BGH vorgenommene Differenzierung nach dem unterschiedlichen Aufmerksamkeitsgrad offen. Wie bereits im 1. Kapitel ausgeführt, gibt die deutsche Übersetzung der einschlägigen Urteile des Europäischen Gerichtshofes den Inhalt von dessen Verbraucherleitbild nur unzutreffend wieder.³¹⁴ In der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung wird von einem Konsumenten ausgegangen, der sowohl angemessen gut informiert ist, als auch mit einem normalen Maß an Aufmerksamkeit und Umsicht handelt. In Abhängigkeit von der Art der zu erwerbenden Waren und Dienstleistungen ist die Aufmerksamkeit des Konsumenten nach Ansicht des EuGH unterschiedlich hoch. Gemeint ist damit letztlich ein situationsadäquat aufmerksamer und verständiger Verbraucher, den auch der BGH seiner Rechtsprechung zu Grunde legt.³¹⁵

³¹⁰ Hasselblatt/Reese MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 11 Rn. 40.

³¹¹ Fezer, UWG, § 2 Rn. 171; Helm, in: FS Tilmann, S. 141; Nordemann, WRP 2000, 977, 978 f.; Bornkamm, WRP 2000, 830, 836; Harte/Henning/Glückner, Einl. B Rn. 129.

³¹² Bedenken äußern Kemper/Rosenow, WRP 2001, 370, 378; kritisch auch Gloy/Loschelder-Helm, Hdb. WettbewerbsR., § 53 Rn. 22: Der BGH stelle im Vergleich zum EuGH zu hohe Anforderungen an die Verständigkeit des Verbrauchers.

³¹³ Hierzu sogleich 2. Kap. A 5.

³¹⁴ Vgl. 1. Kap. B I.

³¹⁵ Bornkamm, WRP 2000, 830, 835; Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 30; Helm, in: FS Tilmann, S. 145.

Die Verwendung des neuen Verbraucherleitbildes wurde vom BGH mittlerweile auch ausdrücklich als Änderung seiner Rechtsprechung bezeichnet.³¹⁶ Damit begründete er in der Entscheidung „Warsteiner III“ die Abweichung von seiner Ansicht, die er in der Entscheidung „Warsteiner I“ zum selben Sachverhalt vertreten hatte. Zunächst hatte der BGH angenommen, dass ein Irrtum i.S.v. § 127 Abs. 1 MarkenG über die geographische Herkunft der von der Warsteiner Brauerei in Paderborn gebrauten Biersorten trotz eines entsprechenden Hinweises auf den Rück-Etiketten der Bierflaschen nicht ausgeschlossen sei. Der Hersteller habe nicht in zumutbarem Maße darauf hingewiesen, dass die betreffenden Biersorten nicht in Warstein gebraut werden.³¹⁷ Abweichend hiervon nahm der BGH drei Jahre später in der „Warsteiner III“-Entscheidung zum selben Fall unter dem Hinweis auf „die Hinwendung zu einem gegenüber früher veränderten Verbraucherleitbild“ an, dass „der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, der an zusätzlichen Informationen über ein bestimmtes Bier interessiert ist, weiß, dass er nähere Angaben auch auf den Rück-Etiketten findet.“³¹⁸

5. Divergenzen zwischen den Verbraucherleitbildern

Abweichungen zwischen dem nationalen und dem europäischen Leitbild bestehen noch im Hinblick auf den Aufmerksamkeitsmaßstab.³¹⁹ Zwar gehen sowohl EuGH als auch BGH davon aus, dass die Aufmerksamkeit des Verbrauchers je nach Art der zu erwerbenden Produkte und Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann. Doch während der BGH dem Durchschnittskonsumenten zumindest teilweise auch eine „flüchtige“ Betrachtung der Werbung erlaubt, erwartet der EuGH, dass eventuell vorhandene Zweifel durch die Kenntnisnahme der zur Verfügung gestellten Informationen ausgeräumt werden.

Der BGH hat ausdrücklich entschieden, dass er auch weiterhin einen flüchtigen Verbraucher schützt, soweit es sich um eine Werbung handelt, die der normal informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher üblicherweise mit diesem Grad der Aufmerksamkeit wahrnimmt.³²⁰ Nach Ansicht des BGH ist der Aufmerksamkeitsgrad in erster Linie von der Bedeutung des Produkts für den

³¹⁶ BGH WRP 2001, 1450, 1453 („Warsteiner III“); BGH WRP 2003, 275, 277 („Thermal Bad“).

³¹⁷ BGH WRP 1998, 998, 1001 („Warsteiner I“).

³¹⁸ BGH WRP 2001, 1450, 1453 („Warsteiner III“). – Vgl. zu dieser Entscheidung auch 4. Kap. C II 1.

³¹⁹ Lettl, WRP 2004, 1079, 1094; Wuttke, WRP 2004, 820, 822.

³²⁰ BGH WRP 2002, 977, 978 („Scanner-Werbung“).

Durchschnittsverbraucher und der Art der Werbung abhängig: Er werde dort eher gering, d.h. flüchtig sein, wo es um den Erwerb von geringwertigen Gegenständen des täglichen Bedarfs gehe. Erst im Falle eines am Angebot eines nicht völlig geringwertigen Produktes geweckten Interesses werde eine Werbung mit größerer Aufmerksamkeit wahrgenommen.³²¹ Auch das erste Durchblättern von Werbebeilagen erfolge in der Regel „flüchtig“ oder „eher beiläufig“.³²² Daher könne eine Irreführung auch dann anzunehmen sein, wenn nach vollständiger Lektüre des gesamten Textes eine Fehlvorstellung vermieden werden könne.³²³ Trotz des gewandelten Verbraucherleitbildes kann damit nach der Rechtsprechung des BGH auch weiterhin der bloß flüchtige Konsument geschützt werden.³²⁴ Im Gegensatz zum BGH gesteht der EuGH dem Verbraucher eine „flüchtige“ oder „unaufmerksame“ Betrachtung der Werbung nicht zu. Auszugehen ist zwar ebenfalls von einem Umworbenen, dessen Aufmerksamkeit je nach der Art der zu erwerbenden Waren unterschiedlich hoch sein kann. Dennoch erwartet der Gerichtshof, dass die Verbraucher auch beim Kauf von geringwertigen Produkten (wie beispielsweise Erdbeerkonfitüre, Sauce hollandaise und Eiskremriegeln) mit einer gewissen Aufmerksamkeit handeln und eventuell vorhandene Zweifel durch die Kenntnisnahme der angebotenen Informationen beseitigen.³²⁵

Es bleibt daher festzuhalten, dass die europäische und die nationale Rechtsprechung im Hinblick auf die Auslegung des produktbezogenen Aufmerksamkeitsmaßstabes nicht vollständig übereinstimmen.³²⁶ Soweit es insbesondere um den Erwerb von geringwertigen Produkten geht, scheint sich der BGH von dem antiquierten Leitbild des „flüchtigen Verbrauchers“ nicht vollständig gelöst zu haben. Hier besteht die Gefahr, dass „quasi durch die Hintertür“ Wertungen in das neue deutsche Verbraucherleitbild einfließen, die dem Bild eines unaufmerksamen und flüchtigen Betrachters entsprechen.³²⁷

³²¹ BGH WRP 2000, 517, 520 („Orient-Teppichmuster“).

³²² BGH WRP 2000, 517, 520 („Orient-Teppichmuster“); WRP 2002, 977, 978 („Scanner-Werbung“); BGH GRUR 2004, 244, 245 („Marktführerschaft“).

³²³ BGH WRP 2002, 977, 978 („Scanner-Werbung“); BGH GRUR 2004, 244, 245 („Marktführerschaft“).

³²⁴ Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 84.

³²⁵ EuGH WRP 1995, 677, 678 f („Mars“); EuGH, Slg. 1995, I-3599, 3629, Rn. 34 („Sauce hollandaise“); EuGH WRP 2000, 489, 491 („Darbo“).

³²⁶ So im Ergebnis auch Wuttke, WRP 2004, 820, 822; Hucke, S. 158.

³²⁷ Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 87. – Vgl. zur Wiedereinführung antiquierter Wertungen nur die Schlussfolgerung von Spätgens, in: FS Tilmann, S. 243: „Bei der Wahrnehmung und Aufnahme von Werbung ... ist der angesprochene verständige Durchschnittsverbraucher in aller Regel mit dem ungezwungen flüchtigen Betrachter identisch.“

6. Die teilweise Aufgabe älterer Entscheidungen

Auch wenn der BGH gelegentlich auch noch einem flüchtigen Verbraucher Schutz gewährt, hat das neue Verbraucherleitbild bereits zu einer ausdrücklichen Aufgabe zahlreicher älterer Entscheidungen und – zumindest teilweise – zu einer schon lange geforderten Liberalisierung des deutschen Lauterkeitsrechts geführt.³²⁸

Ein Beispiel hierfür ist die Beurteilung der sog. umgekehrten Versteigerung. Bei einer solchen Art der Versteigerung steigt der Kaufpreis nicht, sondern sinkt in regelmäßig zuvor festgelegten zeitlichen Abständen um einen bestimmten Betrag. Den Zuschlag erhält derjenige, der zuerst den aktuellen Kaufpreis akzeptiert.³²⁹ Bislang hielt der BGH diese Art von Versteigerung für eine unsachliche Beeinflussung des Kaufentschlusses und daher für wettbewerbswidrig.³³⁰ Diese Rechtsprechung hat der BGH im Zuge des Wandels des Verbraucherleitbildes aufgeben: Allein der Anreiz, dass durch Zuwarten mit der Kaufentscheidung ein noch höherer „Gewinn“ erzielt werden könne, weil möglicherweise weniger gezahlt werden müsse, führe bei einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher nicht dazu, von einer Prüfung der Preiswürdigkeit des Angebotes abzusehen und sich zu einem Erwerb vorrangig wegen des „Spiels“ verleiten zu lassen. Insbesondere wenn die Anschaffungskosten eine beträchtliche Investition darstellten, werde der Verbraucher von dem Angebot nur nach reiflicher Überlegung und Prüfung von Vergleichsangeboten Gebrauch machen.³³¹ Im Hinblick auf das neue Leitbild ist diese Rechtsprechung nur konsequent: Es sollte bei einem verständigen Verbraucher kein Zweifel bestehen, dass dieser sich erst nach einer vorgeschalteten Bedürfnisprüfung und nicht auf Grund des „Spielcharakters“ zum Kauf entschließt.³³²

³²⁸ Lettl, GRUR 2004, 449, 459 f.; Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 90; Spätgens, in: FS Tilmann, S. 241. – Hoeren sieht Deutschland auf dem Weg zum „Eldorado der Werbeindustrie“ (vgl. Hoeren, EWiR § 3 UWG 1/4, 203).

³²⁹ Der BGH bezeichnet diese Art der Versteigerung als eine „umgekehrte Versteigerung“; es handelt sich bei dieser Verkaufsmethode jedoch um eine sog. „holländische Auktion“, vgl. m.w.N.: Leible/Sosnitza, MMR 2003, 466.

³³⁰ BGH GRUR 1986, 622 („Umgekehrte Versteigerung I“).

³³¹ BGH GRUR 2003, 626, 627 („Umgekehrte Versteigerung II“) unter Distanzierung von BGH GRUR 1986, 622 („Umgekehrte Versteigerung I“).

³³² Leible/Sosnitza, MMR 2003, 466.

In anderen Bereichen hat das gewandelte Verbraucherleitbild (noch) nicht zur Aufgabe älterer Entscheidungen geführt. So hält der BGH beispielsweise bei der Beurteilung der sog. Blickfangwerbung weiterhin an seinen alten Obersätzen fest.³³³ Von einem Blickfang wird gesprochen, wenn in einer Reklame einzelne Angaben in besonderer Weise herausgestellt werden, um das Interesse des Publikums auf die Anzeige zu lenken.³³⁴ Unter der Geltung des alten Leitbildes wurden die herausgestellten Angaben stets gesondert auf ihre jeweilige Irreführungseignung untersucht. Dabei galt der Grundsatz, dass die blickfangmäßigen Herausstellungen für sich genommen nicht unrichtig oder missverständlich sein durften. Aufklärende Zusätze, beispielsweise durch einen Sternchenhinweis, waren unbeachtlich und konnten daher eine durch den Blickfang hervorgerufene Irreführungsgefahr nicht verhindern.³³⁵

Angesichts des Wandels des Verbraucherleitbildes wurde eine Neuordnung dieser Grundsätze erwartet. Denn nach Auffassung des BGH nimmt der informierte verständige Durchschnittsverbraucher zumindest bei nicht völlig geringwertigen Produkten den gesamten Inhalt der Werbung (und somit auch das Kleingedruckte) mit normaler Aufmerksamkeit zur Kenntnis.³³⁶ Angesichts dieser Ausführungen scheint unter der Geltung des neuen Verbraucherleitbildes eine isolierte Betrachtung des Blickfangs verboten. Von einem verständigen Verbraucher darf eigentlich erwartet werden, dass er den richtigen Sinn herausgestellter Werbeaussagen bei näherer Betrachtung auch aus den nicht hervorgehobenen Angaben derselben Werbung entnehmen kann. Ihm wird somit regelmäßig nicht verborgen bleiben, wenn ein blickfangmäßig herausgestelltes Angebot durch – kleiner gedruckte – Hinweise präzisiert wird.³³⁷ Gleichwohl hält der BGH teilweise weiterhin an seinen alten Obersätzen fest. Wie die Entscheidung „Computer-Werbung II“ zeigt, führt dies zu Widersprüchen. Der Rechtsstreit beruhte auf einer Anzeige, in der PC-Komplettangebote blickfangmäßig herausgestellt beworben wurden. In der Fußzeile der Anzeige befand sich der deutlich erkennba-

³³³ BGH WRP 2000, 1248 („Computerwerbung I“); BGH WRP 2003, 273 („Computerwerbung II“); BGH WRP 2003, 379 („Preis ohne Monitor“).

³³⁴ Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 130; Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl. § 5 Rn. 2.91; E-key, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 166.

³³⁵ BGH GRUR 1982, 242, 244 („Anforderungsscheck für Barauszahlungen“); BGH GRUR 1984, 596, 597 („Vorratskauf“); BGH GRUR 1990, 282, 286 („Wettbewerbsverein IV“); BGH GRUR 1991, 554, 555 („Bilanzbuchhalter“).

³³⁶ Vgl. BGH WRP 2000, 517, 520 („Orient-Teppichmuster“).

³³⁷ Michel, WRP 2002, 389, 394; Wuttke, WRP 2004, 820, 823; Berlitz, Wettbewerbsrecht, Rn. 195.

re Hinweis, dass eine Mitnahmegarantie nicht gegeben werden kann.³³⁸ Trotz des gewandelten Leitbildes stellte der BGH hinsichtlich möglicher Irreführungsgefahren der Verbraucher über die sofortige Mitnahmemöglichkeit der beworbenen Computer unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung fest: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes darf eine blickfangmäßig herausgestellte Angabe allerdings für sich genommen nicht unrichtig sein. Eine irrtumsausschließende Aufklärung kann in solchen Fällen daher nur durch einen klaren und unmissverständlichen Hinweis erfolgen, wenn dieser am Blickfang teilhat und dadurch eine Zuordnung zu den herausgestellten Angaben gewahrt bleibt.“³³⁹

Dennoch erkannte der BGH dem in der Fußzeile enthaltenen Hinweis, der weder im Blickpunkt des Betrachteten lag, noch sonst drucktechnisch hervorgehoben war, die Eignung zu, mögliche Irreführungsgefahren zu verhindern. Begründet wurde dieses Ergebnis vom BGH wie folgt: Der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, der den Erwerb einer rund 1 000 Euro teuren Computeranlage plane, nehme auch den vorhandenen Fußzeilenhinweis wahr und erkenne aus diesem, dass der gewünschte PC nicht unbedingt zur sofortigen Mitnahme bereit stehe.³⁴⁰

7. Kein Ende des Verbraucherschutzes

Die Übernahme des Leitbildes des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ hat auch seinen Preis. Verbraucher bleiben lauterkeitsrechtlich grundsätzlich ungeschützt, soweit sie dem neuen Anforderungsprofil nicht entsprechen und Vorstellungen unterliegen oder Anschauungen vertreten, die von denen eines Durchschnittsverbrauchers abweichen. Dies bedeutet im Ergebnis eine deutliche Absenkung der Schutzwelle gegenüber der früheren Rechtsprechung.³⁴¹ Ein solches Schutzdefizit bei einer Minderheit von Verbrauchern, die sich beispielsweise aus Bequemlichkeit, Nachlässigkeit oder Trägheit nur oberflächlich mit einer Werbung aus-

³³⁸ BGH WRP 2003, 273 („Computerwerbung II“): „Keine Mitnahmegarantie. Sofern nicht vorhanden, gleich bestellen. Wir liefern umgehend.“

³³⁹ BGH WRP 2003, 273, 274 („Computerwerbung II“) u.a. unter Berufung auf BGH WRP 2000, 1248, 1251 („Computerwerbung I“) und BGH WRP 1999, 90, 92 („Handy für 0,00 DM“).

³⁴⁰ BGH WRP 2003, 273, 274 („Computerwerbung II“).

³⁴¹ Ullmann, GRUR 2003, 817, 818; Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 28.

einandersetzt, ist jedoch hinzunehmen, um eine unangemessene Einschränkung der wirtschaftlichen Interessen der Anbieter und der Informationsinteressen der großen Mehrheit der verantwortungsvollen und vernünftigen Konsumenten zu verhindern. Gleichzeitig wird damit eine größere Flexibilität des Wettbewerbs und ein Zugewinn an Handlungs- und Entscheidungsfreiheit für die Marktbeteiligten in ihrer Gesamtheit erreicht.³⁴²

Vielfach wurden wegen des Wandels des Verbraucherleitbildes Befürchtungen geäußert, durch das Abstellen auf einen kritischen und verständigen Konsumenten werde es zu einer nicht gerechtfertigten dramatischen Verschlechterung des Verbraucherschutzes kommen, da vor allem sozial Schwachen und Randgruppen der notwendige Schutz entzogen werde.³⁴³ Diese Bedenken im Hinblick auf den Schutz der Verbraucher sind jedoch unbegründet. Denn die Übernahme des europäischen Verbraucherleitbildes bedeutet keinesfalls, dass der Irreführungsschutz aufhört zu existieren.³⁴⁴ So wird eine Werbung auch weiterhin verboten bleiben, die bewusst unwahre Behauptungen aufstellt und darauf spekuliert, dass auch ein verständiger Durchschnittsverbraucher auf diese Unwahrheiten „hereinfällt.“³⁴⁵

Gegenüber dem bisherigen Verbraucherleitbild bietet das auf Information und Verständigkeit angelegte neue Leitbild sogar die Chance für einen insgesamt besseren Schutz der Verbraucher. Denn zum einen werden den Konsumenten nützliche Informationen durch sachhaltige Werbung und damit die Chancen auf günstige Kaufmöglichkeiten nicht weiter vorenthalten, da die Anbieter zur Vermeidung der Wettbewerbswidrigkeit nicht mehr in leere Werbephrasen flüchten müssen. Zum anderen führt das neue Leitbild zu einer Liberalisierung des deutschen Lauterkeitsrechts und damit zu einem intensiveren Wettbewerb unter den Anbietern, da auf Grund des moderateren Verbotsstandards beispielsweise das Irreführungsverbot durch die Mitbewerber nicht mehr so leicht instrumentalisiert werden kann, um aktiven Preis- und Qualitätswettbewerb mittels informierender Werbung zu unterbinden.³⁴⁶ In ihrer Gesamtheit können die Verbraucher somit von dem gewandelten Verbraucherleitbild sogar profitieren, da es zu einem aktiveren Wettbewerb unter den Anbietern beiträgt und dies im Ergebnis zu güns-

³⁴² Ahrens, WRP 1999, 389, 396; Köhler/Letl, WRP 2003, 1019, 1032; Fezer/Steinbeck, UWG, § 4-1 Rn. 87.

³⁴³ Vgl. nur: Tilmann, in: FS Piper, S. 491; Kisseler, WRP 1994, 1, 5; Doepner, WRP 1997, 999, 1002; Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 56.

³⁴⁴ Beater, JZ 2000, 973, 977; Ahrens, WRP 1999, 389, 398.

³⁴⁵ Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 28.

³⁴⁶ Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 211.

tigeren Preisen und besserer Qualität der Produkte führt. Ein möglichst intensiver Wettbewerb, der durch das neue Verbraucherleitbild gefördert wird, ist nach wie vor der beste Verbraucherschutz.³⁴⁷

III. Zusammenfassung

Auch wenn dem BGH der Abschied vom alten Verbraucherleitbild schwer gefallen ist – inzwischen hat die deutsche Rechtsprechung nach längerem Zögern eine Kehrtwende vollzogen und das europäische Verbrauchermodell weitgehend in das nationale Recht übernommen.³⁴⁸ Trotz gewisser Divergenzen zwischen dem deutschen und dem europäischen Verbraucherleitbild, die vor allem noch im Hinblick auf den zu Grunde gelegten Aufmerksamkeitsmaßstab bestehen, hat der BGH mit der Übernahme des gemeinschaftsrechtlichen Leitbildes zumindest zu erkennen gegeben, dass das vielfach kritisierte hohe Schutzniveau des deutschen Lauterkeitsrechts abgebaut und dem europäischen Standard maßvoll angepasst werden soll. Dies hat bereits zu einer Liberalisierung und Modernisierung des deutschen Lauterkeitsrechts geführt. Wie weit die Akzeptanz des EuGH-Leitbildes durch den BGH jedoch tatsächlich reicht, wird sich in Zukunft erst zeigen. Noch ist die deutsche Rechtsprechung nicht widerspruchsfrei, da der BGH bislang nicht alle alten Zöpfe konsequent abgeschnitten hat.³⁴⁹ Um die zwischen dem nationalen und dem europäischen Verbraucherleitbild bestehenden Abweichungen einzuebneten, sollte der BGH in jedem Fall vermeiden, den flüchtigen Verbraucher und die diesem antiquierten Leitbild zu Grunde liegenden Wertungen (wieder) zum Maßstab zu erheben.³⁵⁰

Grundsätzlich bleibt jedoch festzuhalten, dass sich die Verbraucher, die vom hohen Schutzniveau der Vergangenheit profitierten, den gewachsenen Anforderungen künftig werden stellen müssen. Von ihnen wird erwartet, dass sie Werbeaussagen mit einem situationsangemessenen, vernünftigen Grad an Aufmerksamkeit und Verständigkeit wahrnehmen. Auch müssen sie in der Lage sein, sich mit den angebotenen Produkten und deren werblicher Vermarktung kritisch

³⁴⁷ Sosnitza, in: Nordhausen, 37, 49; Harte/Henning/Schünemann, § 1 Rn. 47.

³⁴⁸ Fezer/Osterrieth, UWG, § 4-S1 Rn. 89; Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.49; Ahrens/Bähr, 27. Kap., Rn. 10; Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 83.

³⁴⁹ Lettl, GRUR 2004, 449, 459 f.; nach Micklitz/Keßler ist „eine gewisse Reserviertheit“ des BGH gegenüber dem europäischen Verbraucherleitbild nach wie vor erkennbar (vgl. Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919, 923).

³⁵⁰ So auch: Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 90.

und distanziert auseinander zu setzen. Missverständnismöglichkeiten von uninteressierten, oberflächlichen oder trägen Verbrauchern fallen nicht mehr in den Schutzbereich des Irreführungsverbot.³⁵¹

B. Der Nachweis einer Irreführung

Vor dem Hintergrund der Übernahme des Leitbildes des durchschnittlich informierten, situationsangemessen aufmerksamen und verständigen Verbrauchers durch den BGH stellt sich die Frage, auf welche Weise die Verkehrsauffassung künftig im deutschen Recht festzustellen ist. Ist die Wahrnehmung des Durchschnittsverbrauchers – entsprechend den Vorgaben des EuGH – normativ, das heißt im Sinne einer rechtlichen Betrachtung alleine durch den Richter zu bestimmen? Oder soll es für die Feststellung einer Irreführungsgefahr weiterhin entscheidend auf das – gegebenenfalls mit Hilfe von Verkehrsbefragungen zu ermittelnde – tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise ankommen?

Diese Fragen sind bislang ungeklärt. Auch der BGH hat hierauf bisher keine eindeutige und überzeugende Antwort gegeben. Verschiedene Entscheidungen aus jüngerer Zeit deuten zwar daraufhin, dass der umständlichen und mitunter sogar willkürlich anmutenden Ermittlung der tatsächlichen Verkehrsauffassung ebenso wie der im Einzelfall maßgeblichen Irreführungsquote in Zukunft keine weitere Bedeutung mehr zukommt.³⁵² Die Rechtsprechung des BGH ist jedoch nicht frei von inneren Widersprüchen und Fragwürdigkeiten.³⁵³ Auch im Schrifttum ist nach wie vor umstritten, ob es sich bei dem heute maßgeblichen Verbraucherleitbild um eine normative oder um eine empirische Größe handelt.³⁵⁴

³⁵¹ Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.49; Gloy/Loschelder-Helm, Hdb. WettbewerbsR., § 53 Rn. 22.

³⁵² Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 184; ders., WuB V B. § 1 UWG 4.02; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 75 ff.; Köhler, Anm. zu BGH LM § 1 UWG Nr. 863 („Elternbriefe“); Fezer/Steinbeck, UWG, § 4-1 Rn. 86.

³⁵³ Teplitzky, GRUR 2004, 900, 903; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 276; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 81; vgl. auch Plaß, in: HK-WettbewerbsR., § 3 Rn. 16.

³⁵⁴ Vgl. hierzu beispielsweise aus der neuen Kommentar-Literatur: Einerseits Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 76: In der Entscheidung Elternbriefe „liegt die Abwendung vom empirischen Verbraucherbegriff und die Hinwendung zum normativen Verbraucherbegriff des EuGH.“ Andererseits Gloy/Loschelder-Helm, Hdb. WettbewerbsR., § 53 Rn. 16: „Maßgebend ist die tatsächliche Verkehrsauffassung, nicht eine normativ festgelegte Soll-Verkehrsauffassung, etwa eine ‚berechtigte‘ oder ‚vernünftige‘ Verkehrserwartung oder das Verständnis eines ‚mündigen Verbrauchers‘.“

I. Unabhängigkeit des Verbraucherleitbildes

Bevor der Frage nachgegangen wird, wie die Verkehrsauffassung im deutschen Recht künftig zu bestimmen ist, soll vorab klargestellt werden, dass allein der Wandel des Verbraucherleitbildes nicht zwangsläufig bedeutet, dass das Verkehrsverständnis nicht mehr tatsächlich, sondern nur noch an Hand eines normativen Maßstabes ermittelt werden kann. Denn die Frage nach dem maßgeblichen Verbraucherleitbild ist von der Frage nach der Art und Weise der Ermittlung des Verkehrsverständnisses grundsätzlich unabhängig.³⁵⁵

1. Zwei verschiedene Fragestellungen

Im Kern geht es hier – ungeachtet der bestehenden inhaltlichen Zusammenhänge – um zwei unterschiedliche Fragestellungen, deren Beantwortung sich nicht zwingend wechselseitig bedingt: Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Zugrundelegung eines empirisch-deskriptiven Ansatzes nicht zwangsläufig mit der Entscheidung für ein hohes Schutzniveau einhergehen muss. Beispielsweise kann bei der empirischen Feststellung bereits durch eine Veränderung der Irreführungsquote das Schutzniveau entsprechend höher oder niedriger angesetzt werden.³⁵⁶ Durch die Festlegung einer hohen Irreführungsquote wird ein Schutzniveau etabliert, das sich nicht an Randgruppen, sondern an der Mehrheit der Verbraucher orientiert. Lässt man hingegen – wie in der Vergangenheit die deutsche Rechtsprechung – bereits einen geringen Prozentsatz von getäuschten Verbrauchern für die Anwendung des Irreführungsverbotes genügen, führt dies zu einem Schutz von Minderheiten. Auf der anderen Seite ist es indes auch bei einem normativen Ansatz grundsätzlich möglich, ein niedriges Schutzniveau zu erreichen, indem man etwa auf den flüchtigen, naiven und leichtgläubigen Verbraucher als Wertungsmaßstab abstellt. Legt man hingegen einen durchschnittlich verständigen Verbraucher zu Grunde, bedeutet dies die Entscheidung für ein höheres Schutzniveau.³⁵⁷

³⁵⁵ Niemöller, S. 204; Doepner, WRP 1997, 999, 1000.

³⁵⁶ Doepner, aaO.

³⁵⁷ Zipfel/Rathke, § 17 Abs. 1 Nr. 5 LMBG, Rn. 217 p.

Prinzipiell lässt sich also sowohl mit Hilfe eines empirischen, als auch mit Hilfe eines normativen Ansatzes das gewünschte Schutzniveau erreichen. In beiden Fällen ist eine wertende Vorgabe erforderlich. Diese kann auf einen Minderheitenschutz ausgerichtet sein oder sich am Schutz des mündigen Verbrauchers orientieren.³⁵⁸ Allein die Übernahme des Leitbildes des verständigen Durchschnittsverbrauchers bedeutet daher nicht zwingend einen dogmatischen Systemwechsel.³⁵⁹ Die Höhe des angestrebten Schutzniveaus und damit auch die Reichweite des Irreführungsverbotes hängt in erster Linie von dem zu Grunde gelegten Verbraucherleitbild ab.³⁶⁰ Will man selbst kleinste Minderheiten und Randgruppen gegen noch so entfernte Irreführungsgefahren schützen, so benötigt man ein Leitbild, das sich an einem unaufmerksamen und intellektuell schwach ausgestatteten Verbraucher orientiert. Das Schutzniveau ist in diesem Fall entsprechend hoch. Wird jedoch der Verständnishorizont eines kritischen und informierten Verbrauchers herangezogen, ist das Schutzniveau niedriger.³⁶¹ Indem der BGH nunmehr auf das Leitbild des „aufmerksamen und verständigen Verbrauchers“ abstellt, wird erkennbar, dass er sich für eine maßvolle Absenkung des Schutzniveaus in Deutschland entschieden hat. Missverständnismöglichkeiten bei uninteressierten oder oberflächlichen Verbrauchern fallen daher nicht mehr in den Schutzbereich des Irreführungsverbotes.³⁶²

2. Schwierigkeiten bei der Erarbeitung der Fragestellung

Auf Grund der Unabhängigkeit des Verbraucherleitbildes von der Frage, wie die Verkehrsauffassung zu bestimmen ist, erscheint es daher zumindest grundsätzlich möglich, den Irreführungsnachweis auch unter der Geltung des neuen deutschen Verbraucherleitbildes weiterhin empirisch zu erbringen. Allerdings dürften bei einem Abstellen auf einen durchschnittlich informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Marktteilnehmer bereits mit der Erarbeitung der Fragestellung für eine Verkehrsbefragung zumindest erhebliche Schwierigkeiten verbunden sein.³⁶³

³⁵⁸ Dethloff, S. 17.

³⁵⁹ Doepner, WRP 1997, 999, 1000.

³⁶⁰ Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 194; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 265; Lehr, Rn. 218; Matutis, S. 128.

³⁶¹ Vgl. hierzu: Begr. RegE, BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

³⁶² Gloy/Loschelder-Helm, Hdb. WettbewerbsR., § 53 Rn. 22.

³⁶³ Kritisch daher: Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 276; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 78 f.; Reese, ZLR 2004, 511, 513; Lettl, WRP 2004, 1079, 1100.

Nach *Dreyer* ließe sich etwa ohne vorhergehende Festlegung des Verständnisses des Durchschnittsverbrauchers schon gar nicht feststellen, welche real existierenden Konsumenten tatsächlich Durchschnittsverbraucher sind.³⁶⁴ Um deren wirkliches Verständnis ermitteln zu können, müsste man *Emmerich* zufolge mit Hilfe einer Verkehrsbefragung zunächst die unverständigen Minderheiten ausklammern und dann unter Umständen eine erneute Befragung zur Ermittlung des Verständnisses des Durchschnittsverbrauchers durchführen.³⁶⁵ *Reese* hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass Aufmerksamkeits- und Informationsgrad der Verbraucher durch entsprechende Zeit- und Informationsvorgaben bei der Gestaltung der demoskopischen Befragung unter Umständen gesteuert werden könnten. Spätestens bei der Prüfung der durchschnittlichen Verständigkeit müsste jedoch die Ebene der Demoskopie verlassen werden und das Gebiet der wertenden Betrachtung betreten werden. Ein auf die Figur des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ bezogenes Verkehrsverständnis könne daher wegen seiner normativen Prägung nicht vollständig und abschließend durch eine demoskopische Befragung erfasst werden.³⁶⁶ Auch *Sack* äußert Bedenken: Demoskopisch lasse sich kaum feststellen, welchem Prozentsatz von angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittskonsumenten eine Irreführungsgefahr drohe.³⁶⁷

II. Die Feststellung der Irreführung

Jahrelang nahm die deutsche Rechtspraxis zur Feststellung einer Irreführung gegenüber den anderen Mitgliedstaaten der EU eine Sonderstellung insoweit ein, als die entsprechenden Angaben im Allgemeinen nicht objektiv, sondern aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise zu beurteilen waren.³⁶⁸ Die Gerichte waren ständig gezwungen, die maßgebliche Verkehrsauffassung empirisch zu ermitteln, da nur das tatsächliche Verständnis der angesprochenen, real existierenden Verkehrskreise für die Feststellung einer Irreführung relevant war.³⁶⁹ Für

³⁶⁴ Harte/Henning/*Dreyer*, § 5 Rn. 78.

³⁶⁵ *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 276.

³⁶⁶ *Reese*, ZLR 2004, 511, 513.

³⁶⁷ *Sack*, WRP 2004, 521, 526.

³⁶⁸ *Gloy/Loschelder-Schulte-Beckhausen*, Hdb. WettbewerbsR., § 26 Rn. 49; *Eichmann*, GRUR 2002, 403, 404; *Fezer*, UWG, § 2 Rn. 169.

³⁶⁹ *GK/Lindacher*, § 3 Rn. 99; *Bornkamm*, WRP 2000, 830.

den Tatrichter bestand dabei die Möglichkeit, entweder durch Beweiserhebung (regelmäßig durch Einholung eines aufwändigen demoskopischen Gutachtens) oder aber – regelmäßig als Mitglied der angesprochenen Verkehrskreise – selbst über die Irreführung zu entscheiden.

Im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung orientiert sich der EuGH an der Rolle des Verbrauchers im Marktgeschehen und bestimmt – wie aufgezeigt – seit jeher normativ an Hand des objektivierten Typus des „durchschnittlich informierten und verständigen Durchschnittsverbrauchers“, wann eine Irreführung vorliegt. Auch in den meisten übrigen Mitgliedstaaten der EU ist der Nachweis der Verkehrsauffassung mit Hilfe demoskopischer Gutachten nahezu unbekannt und die Auffassung der Irreführung als Rechtsfrage vorherrschend.³⁷⁰ Angesichts des Einflusses des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Lauterkeitsrecht und des weiteren Voranschreitens des lauterkeitsrechtlichen Harmonisierungsprozesses auf europäischer Ebene drängt sich die Frage auf, ob die deutsche Rechtsprechung nicht den in Europa vorherrschenden und sowohl vom Gemeinschaftsgesetzgeber als auch vom Europäischen Gerichtshof eindeutig bevorzugten normativen Ansatz übernehmen sollte.³⁷¹

Die Entscheidung, ob die Bestimmung der Verkehrsauffassung als Tat- oder Rechtsfrage zu verstehen ist, hat weit reichende Konsequenzen für die prozessuale Behandlung des Irreführungsverbotes. Denn während Tatfragen dem Beweis zugänglich sind, obliegt die Beurteilung von Rechtsfragen allein der rechtlichen Würdigung durch den Richter.³⁷² Als Rechtsfrage kann die Feststellung der Verkehrsauffassung demnach nicht zum Gegenstand einer Beweisaufnahme gemacht werden. Sie ist vielmehr vom Gericht selbständig zu entscheiden und unterliegt der vollen Nachprüfbarkeit durch das Revisionsgericht.³⁷³

Bisher hat der Bundesgerichtshof weder klar noch eindeutig ausgesprochen, dass er bei der Beurteilung einer Irreführungsgefahr das Verkehrsverständnis an Hand eines normativen Maßstabes ermittelt. Doch in jüngsten Entscheidungen

³⁷⁰ Vgl. bereits 1. Kap. C III 3. – Fezer, UWG, § 2 Rn. 169; nach *Teplitzky* ist das demoskopische Gutachten außerhalb Deutschlands ungebräuchlich und stellt einen „Fremdkörper im bedeutsamer werdenden europäischen Recht“ dar (vgl. *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 16 und Fn. 63).

³⁷¹ Ausführlich hierzu 4. Kap. A.

³⁷² Beier, GRUR 1974, 514, 517; vgl. auch *Harte/Henning/Dreyer*, § 5 Rn. 79.

³⁷³ Spliethoff, S. 195; Beier, GRUR 1974, 514, 517.

sind erste Ansätze für einen grundsätzlichen Wandel der BGH-Rechtsprechung erkennbar. Diese deuten darauf hin, dass mit dem Abstellen auf den Durchschnittsverbraucher der Ermittlung der tatsächlichen Verkehrsauffassung und der im Einzelfall maßgeblichen Irreführungsquote keine weitere Bedeutung mehr zukommt.³⁷⁴ So hat der BGH entschieden, dass es wegen der Maßgeblichkeit der Vorstellung eines situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers „nicht auf möglicherweise hiervon abweichenden Anschauungen einer Minderheit von Verbrauchern“ ankommt.³⁷⁵ Auch kann die Auffassung des Durchschnittsverbrauchers nach geänderter Ansicht des BGH keine offenkundige Tatsache i.S.v. § 291 ZPO sein, da sich die Feststellung dieser Auffassung auf Erfahrungswissen stützt, welches nicht durch Zeugenbeweis, sondern gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen zu ermitteln ist.³⁷⁶ Gleichzeitig geht der BGH davon aus, dass das Gericht die Auffassung des maßgeblichen Durchschnittsumworbenern auf Grund eigener Sachkunde und Lebenserfahrung ohne Beweiserhebung feststellen darf.³⁷⁷ Dabei ist nicht Voraussetzung, dass das Gericht dem maßgeblichen Personenkreis angehört. Auch in diesem Fall können die Richter über die erforderliche Sachkunde zur Beurteilung des Verbraucherverständnisses verfügen.³⁷⁸ Daneben macht es grundsätzlich keinen Unterschied (mehr), ob das Gericht seine Sachkunde und Lebenserfahrung zur Bejahung oder zur Verneinung einer bestimmten Auffassung einsetzt.³⁷⁹ Im Folgenden wird der sich abzeichnende Wandel der Rechtsprechung aufgezeigt. Dabei sollen zunächst bei der Darstellung der empirischen Feststellungsweise deren Schwächen herausgearbeitet werden. Vor allem gegen die positive Beurteilung von demoskopischen Gutachten sind einige Bedenken vorzubringen.

1. Irreführung als Tatfrage

Die Irreführung nach § 3 UWG a.F. wurde in der Vergangenheit von der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Literatur traditionell als empirisch-deskriptives Merkmal angesehen und im Prozess als Tatfrage behan-

³⁷⁴ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 184; Fezer/Steinbeck, UWG, § 4-1 Rn. 86; sehr optimistisch bereits Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 75.

³⁷⁵ BGH GRUR 2002, 550, 552 („Elternbriefe“).

³⁷⁶ BGH GRUR 2004, 244, 245 („Marktführerschaft“).

³⁷⁷ BGH GRUR 2002, 550, 552 („Elternbriefe“); BGH GRUR 2004, 244, 245 („Marktführerschaft“).

³⁷⁸ BGH GRUR 2004, 244, 245 („Marktführerschaft“).

³⁷⁹ BGH GRUR 2002, 550, 552 („Elternbriefe“).

delt.³⁸⁰ Maßgeblich für die Entscheidung, ob eine Angabe irreführend ist, war allein das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Werbeadressaten von der konkreten Angabe und nicht eine normativ festgelegte „Soll-Verkehrsauffassung“. Daher kam es weder darauf an, welche Bedeutung der Werbende der jeweiligen Angabe beilegte, noch, wie ein objektiver Betrachter sie verstand.³⁸¹ Die tatsächliche Verkehrsauffassung wurde von den Gerichten entweder durch Beweiserhebung oder auf Grund eigener Sachkunde ermittelt.

a) Ermittlung der Verkehrsauffassung durch Beweiserhebung

Im Falle der Beweisführung zur Feststellung der Verkehrsauffassung stützten sich die Gerichte in erster Linie auf demoskopische Gutachten. Diese wurden überwiegend als geeignete Beweismittel zur Feststellung der Verkehrsauffassung im deutschen Lauterkeitsrecht angesehen. Nur ausnahmsweise holten die Gerichte hingegen Auskünfte von Industrie- und Handelskammern, des Deutschen Industrie- und Handelstages oder maßgeblicher Berufs- oder Fachverbände ein.³⁸² Denn trotz ihrer Anerkennung als Beweismittel haben solche Auskünfte in der Regel nur einen geringen Beweiswert, da nicht die als maßgeblich definierten Verkehrskreise (in der Regel die Endverbraucher) befragt werden, sondern die den Kammern und Verbänden angehörenden Gewerbetreibenden und Zwischenhändler zu den Erwartungen ihrer Kundschaft. Dabei werden oftmals eigene Formulierungen benutzt, so dass die Gefahr von ungenauen oder suggestiven Fragestellungen und damit verfälschten Ergebnissen in vielen Fällen nicht auszuschließen ist.³⁸³

³⁸⁰ Vgl. mit zahlreichen Nachweisen nur Baumbach/Hefermehl, 22. Aufl., § 3 Rn. 23, 27; Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 50; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 4.

³⁸¹ Henning-Bodewig/Schricker, in: Schricker, Recht der Werbung, Bd. I (Deutschland), Rn. 105; Büttner, GRUR 1996, 533, 534; Baudenbacher/Glöckner, Art. 3 lit. b Rn. 66.

³⁸² BGH WRP 1962, 404, 407 („Bärenfang“); BGH GRUR 1992, 203, 207 („Roter mit Genever“); BGH WRP 1997, 731, 732 („Euromint“); Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 114.

³⁸³ Fezer/Büscher, UWG, § 12 Rn. 269; Müller, WRP 1989, 783, 787; Droste, WRP 1966, 323, 328; Boß/Deutsch, GRUR 1996, 168, 170; Spätgens, in: FS Traub, S. 385. – Um überhaupt zu brauchbaren Ergebnissen zu gelangen, empfiehlt es sich für das Gericht, der Auskunftsstelle konkret formulierte Fragen (schriftlich) zu übermitteln und gleichzeitig zu bitten, diese unverändert an die zu Befragenden weiterzuleiten, vgl. hierzu: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 15.

aa) Die Anerkennung in der Rechtsprechung

Demoskopische Gutachten werden als eine Form des Sachverständigenbeweises angesehen, für die grundsätzlich die Vorschriften der §§ 402 ff ZPO gelten.³⁸⁴ Erhoben wird ein demoskopisches Gutachten durch eine namentlich zu beauftragende Person, beispielsweise durch den Leiter eines entsprechenden Meinungsforschungsinstituts, und nicht durch das Institut als solches, da juristische Personen ebenso wie sonstige Organisationen des Privatrechts nach der Zivilprozessordnung nicht als Sachverständige bestellt werden können.³⁸⁵

Die prozessuale Zulässigkeit demoskopischer Gutachten ist seit langem in der Rechtsprechung anerkannt.³⁸⁶ Erstmals nahm bereits 1941 das Reichsgericht Bezug auf eine Untersuchung über die Auffassung einer rechtserheblichen Personengruppe, um zu entscheiden, ob die Bezeichnung „Alpenmilch“ bei einer Dosenmilch eine Werbung mit einer Beschaffenheits- oder Herkunftsangabe darstellte.³⁸⁷ Nach einem Gutachten des Instituts für Wirtschaftsbeobachtung (IfW), das eine Meinungsumfrage unter Hausfrauen – dem damals als maßgeblichen Abnehmerkreis für Dosenmilch erachteten Teil der Bevölkerung – durchgeführt hatte, verstanden rund 60 % der Befragten das Wort „Alpenmilch“ als Bezeichnung für Dosenmilch aus einer bestimmten Erzeugungsstätte. Daraufhin verneinte das Reichsgericht eine Beschaffenheitsangabe.³⁸⁸ Bis zu dieser Entscheidung galt der Grundsatz, der Richter könne sich stets auf Grund eigener Sachkunde ein ausreichend genaues Bild der Verkehrsauffassung machen.³⁸⁹

Ausdrücklich als zulässiges und geeignetes Beweismittel zur Feststellung der Verkehrsauffassung anerkannt, ist das demoskopische Gutachten seit der „Getränkeindustrie“-Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1956.³⁹⁰ Bis dahin herrschte in der gerichtlichen Praxis noch eine weitverbreitete Skepsis gegen-

³⁸⁴ Vgl. – jeweils mit weiteren Nachweisen – Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 142; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 16; Gloy/Loschelder-Gloy, Hdb. WettbewerbsR., § 19 Rn. 21.

³⁸⁵ Ahrens/*Spätgens*, 28. Kap., Rn. 5.

³⁸⁶ Sauberschwarz, WRP 1970, 46; Baumbach/Hefermehl, 22. Aufl., § 3 Rn. 118 a; Tilmann, GRUR 1984, 716; Spliethoff, S. 153.

³⁸⁷ Hasselblatt/*Reese*, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rn. 1.

³⁸⁸ RG GRUR 1941, 328, 330 („Alpenmilch“).

³⁸⁹ Gloy/Loschelder-*Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 1; Westermann, GRUR 2002, 403, 404.

³⁹⁰ BGH GRUR 1957, 426, 428 („Getränkeindustrie“); seitdem in ständiger Rechtsprechung, vgl. nur BGH GRUR 1957, 285, 287 („Buchgemeinschaft II“); BGH WRP 1962, 404, 407 („Bärenfang“); BGH GRUR 1972, 550, 551 („Spezialsalz II“); BGH WRP 1987, 242, 243 („Schlussverkaufswerbung“); BGH GRUR 1991, 680, 681 („Porzellanmanufaktur“).

über demoskopischen Gutachten.³⁹¹ In seinem Anwendungsbereich näher konkretisiert hat der Bundesgerichtshof diese Beweismittel in der Entscheidung „Bärenfang“ vom 13. Juli 1962. Dort stellte der BGH klar, dass in den Fällen, in denen das Gericht dazu tendiert, eine Irreführungsgefahr zu verneinen, auf eine Meinungsumfrage „als zulässiges und vielfach auch geeignetes Beweismittel“ zurückzugreifen wäre.³⁹²

bb) Die Schwierigkeiten bei der Beweiserhebung

In den meisten Fällen erfolgte die Beweiserhebung in der Vergangenheit auf Grund eines entsprechenden Beweisantrags der beweisbelasteten Partei.³⁹³ Jedoch konnte der Richter auch ohne Antrag einer Partei ein demoskopisches Gutachten einholen, wenn und soweit er glaubte, die eigene Sachkunde reichte nicht zur Beurteilung aus, ob die behauptete Verkehrsauffassung bestand.³⁹⁴ Ein Antrag auf Einholung einer Verkehrsbefragung durfte auch noch in der Berufungsinstanz gestellt werden, und zwar selbst dann, wenn die beweisbelastete Partei in erster Instanz erklärt hatte, auf das Stellen eines solchen Antrags verzichten zu wollen.

Da die Festlegung einer genauen und detaillierten Fragestellung von entscheidender Bedeutung für den Erfolg und für die Verwertbarkeit einer Meinungsumfrage ist, wird in der Praxis regelmäßig ein mehrstufiges Verfahren durchgeführt, um die bestehenden Risiken zu verringern. Dieser Prozess ist langwierig und führt oftmals zu ganz erheblichen Verfahrensverlängerungen.³⁹⁵ Trotz des zeitlichen Aufwandes ist das Fehlerrisiko bei der Formulierung der Fragen meist jedoch „extrem hoch“.³⁹⁶ Schon kleine Unterschiede können zu signifikant unterschiedlichen Ergebnissen führen und bewirken, dass sich das Gutachten im Ergebnis wegen falscher Fragestellung als wertlos erweist. Dann wird die Durchführung einer neuen oder ergänzenden Umfrage erforderlich, die wiederum viel Zeit und Geld kostet.³⁹⁷

³⁹¹ Knaak, S. 10.

³⁹² BGH WRP 1962, 404, 407 („Bärenfang“) – Vgl. ausführlich zu dieser Entscheidung 2. Kap. B II 1.

³⁹³ GK/Jacobs, Vor § 13 Rn. 372.

³⁹⁴ BGH WRP 1991, 100, 101 („Versäumte Meinungsumfrage“).

³⁹⁵ Harte/Henning/Brüning, Vor § 12 Rn. 188, Spliethoff, S. 165.

³⁹⁶ Raffée, ZLR 1991, 281, 286.

³⁹⁷ GK/Jacobs, Vor § 13 Rn. 380; Ahrens/Bähr, 27. Kap., Rn. 8; Noelle-Neumann/Petersen, S. 193; Tilmann, GRUR 1984, 716, 723; Harte/Henning/Brüning, Vor § 12 Rn. 188.

Für die „Kunst“ der richtigen Formulierung gibt es kein Patentrezept.³⁹⁸ Als Leitlinie bei der Erarbeitung der Fragestellungen gilt jedoch, die Realität bestmöglich zu erfassen und suggestive Einflüsse unbedingt zu vermeiden.³⁹⁹ Die geeignete Formulierung und Anordnung der Fragen ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu erarbeiten.⁴⁰⁰ In jedem Fall müssen die Fragen auf die Ermittlung einer vorhandenen Vorstellung gerichtet sein und dürfen eine solche bei den Befragten nicht erst hervorrufen.⁴⁰¹

Das Verfahren zur Erarbeitung der Fragestellung läuft im Regelfall wie folgt ab:⁴⁰² Nach der Entscheidung des Gerichts zur Beweiserhebung wird in einem Beschluss die Beweisfrage zunächst verhältnismäßig allgemein formuliert. Die Parteien werden anschließend aufgefordert, Vorschläge abzugeben, welches Institut mit der Erstellung des Gutachtens beauftragt werden soll. Bei dieser Vorgehensweise lassen sich von vornherein solche Institute ausscheiden, die bereits privatgutachtlich in dieser Sache für eine der beiden Parteien tätig geworden sind.⁴⁰³ Das beauftragte Institut erhält dann die Prozessakten übersandt und erarbeitet einen konkreten Befragungsvorschlag, der den Parteien zur Stellungnahme übermittelt wird. In diesem Vorschlag werden Befragungsmethode, die zu befragenden Verkehrskreise und das Verfahren zur Auswahl der Testpersonen ebenso wie die vorgesehene Fragenabfolge bereits genau beschrieben.⁴⁰⁴ Das Gericht überprüft diesen Vorschlag unter Anlegung tatsächlicher und logischer Maßstäbe auf seine Eignung hin, insbesondere welche Antworten möglich erscheinen und zu erwarten sind, welche Folgen sich daraus für das Beweisthema ergeben und ob bestimmte zusätzliche Nachfassfragen geboten sind. Dabei muss es sich freilich von juristischen Denkmustern (zumindest teilweise) frei machen und sich auf die (fremde) Welt der Demoskopie einstellen sowie deren Besonderheiten akzeptieren.⁴⁰⁵

³⁹⁸ Scheuch, in: König, Hdb. der empirischen Sozialforschung, Bd. 2, S. 78: Die Fragen sollten so einfach formuliert werden, wie gerade noch mit dem sachlichen Zweck der Fragestellung vereinbar ist. Sie sollten daher möglichst kurz sein, grammatikalische schwierige Konstruktionen vermeiden und sich der Alltagssprache weit annähern. – Vgl. hierzu auch: Schweizer/Quitt, S. 68 f.

³⁹⁹ Müller, WRP 1989, 783, 784.

⁴⁰⁰ Böhm, S. 103; Raffée, ZLR 1991, 281, 286; Trägner, S. 87.

⁴⁰¹ Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 12 Rn. 2.79.

⁴⁰² Fezer/Büscher, UWG, § 12 Rn. 272; Ahrens/Spätgens, 28. Kap., Rn. 18-22;

⁴⁰³ Ahrens/Spätgens, 28. Kap., Rn. 19.

⁴⁰⁴ GK/Jacobs, Vor § 13 Rn. 379; Spliethoff, S. 155; Ahrens/Spätgens, 28. Kap., Rn. 20.

⁴⁰⁵ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 18; Ahrens/Spätgens, 28. Kap., Rn. 17.

Anschließend kann ein Einweisungstermin bestimmt werden, in dem das Gericht, die Parteien, sowie der verantwortliche Angehörige des beauftragten Instituts gemeinsam den vorgelegten Befragungsvorschlag erörtern. Früher versuchten die Instanzgerichte in diesem Termin häufig, eine möglichst weit gehende Einigung der beteiligten Parteien insbesondere über die zu stellenden Fragen zu erreichen.⁴⁰⁶ Wie der BGH in diesem Zusammenhang jedoch klargestellt hat, muss es ausschließliches Ziel des Gerichts sein, die Fragen so zu formulieren, dass ein objektiv zutreffendes und damit verwertbares Ergebnis erwartet werden kann. Die Zustimmung der Parteien zur gewählten Befragungsform ist rechtlich bedeutungslos, wenn sich die Form der Befragung nachträglich als nicht oder nur bedingt brauchbar erweist. Das Gericht trägt die alleinige Verantwortung dafür, ob das demoskopische Gutachten methodisch einwandfrei erhoben wurde, und ob die richtigen Fragen an die richtigen Personen gestellt wurden.⁴⁰⁷ Die Fragestellung kann daher auch von der Partei, die der Befragung in der durchgeführten Form zugestimmt hat, in der Revisionsinstanz als fehlerhaft gerügt werden.⁴⁰⁸ Nach den Erörterungen legt das Gericht in einem ergänzenden Beweisbeschluss den Fragenkatalog, die zu befragenden Verkehrskreise und das Auswahlverfahren endgültig fest.⁴⁰⁹ Die Zeitdauer zwischen der Erteilung des endgültigen Auftrages und der Abgabe des Gutachtens wird vor allem durch die Größe der Stichprobe und durch die Art der gewählten Umfrage bestimmt. In der Regel dauert es von der Entscheidung zur Durchführung einer Umfrage bis zum Vorliegen der Ergebnisse mindestens vier Monate. Bei schwierigen Sachverhalten kann sich der Zeitaufwand allerdings leicht sogar verdoppeln oder verdreifachen.⁴¹⁰ Diese Verzögerungen können einem schnellen und effektiven Schutz vor irreführender Werbung im Wege stehen.⁴¹¹

cc) Durchführung der Umfragen

Von größeren Instituten werden regelmäßig sog. Mehrthemenumfragen durchgeführt, in der Fachsprache auch als „Omnibusumfragen“ bezeichnet. In diesen

⁴⁰⁶ Teplitzky, WRP 1990, 145, 146.

⁴⁰⁷ BGH WRP 1987, 625, 627 („Wodka Woronoff“); BGH WRP 1987, 242, 243 („Schlussverkaufswerbung“); kritisch hierzu: Boës/Deutsch, GRUR 1996, 168, 169.

⁴⁰⁸ BGH WRP 1987, 625, 627 („Wodka Woronoff“).

⁴⁰⁹ Gloy/Loschelder-Gloy, Hdb. WettbewerbsR., § 19 Rn. 28; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 20.

⁴¹⁰ Gloy/Loschelder-Ohde, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 4.

⁴¹¹ Köhler, ZLR 1994, 241, 256.

bundesweiten Befragungen eines repräsentativen Querschnitts der Gesamtbevölkerung (ca. 2 000 Personen) werden Fragen gestellt, die für verschiedene Auftraggeber aus Politik, Wirtschaft und Verwaltung von Interesse sind. Grundsätzlich können in solche Mehrthemenumfragen auch Fragen zur Rechtsdemoskopie eingebettet werden, wenn und soweit sichergestellt ist, dass die anderen Umfragethemen weder direkt noch indirekt keinen Einfluss auf die Ermittlungen zu den rechtlich relevanten Fragestellungen haben.⁴¹² Daneben besteht auch die Möglichkeit der Durchführung einer sog. Spezialumfrage. Solche Spezialstudien kommen in erster Linie in Betracht, wenn die beteiligten Verkehrskreise einen sehr geringen Anteil an der Gesamtbevölkerung ausmachen, der durch Mehrthemenumfragen nur schwer zu kontaktieren ist.⁴¹³ Bei dieser Vorgehensweise wird durch eine sog. Quotierung die Struktur der zu befragenden Personengruppe festgelegt. Da sicher gestellt ist, dass bei einer Spezialumfrage nur verkehrsbeteiligte Personen befragt werden, kann die Anzahl der Befragungspersonen deutlich geringer sein als bei einer Mehrthemenumfrage.⁴¹⁴

dd) Festlegung der Fragestellung

Wie zahlreiche Urteile zeigen, werden vor allem bei der Formulierung der Fragen leicht und sehr häufig Fehler gemacht.⁴¹⁵ Solche Verfälschungen durch ungenaue Fragestellungen lassen sich nur schwer verhindern und sind oftmals auch erst erkennbar, wenn die Antworten vorliegen und erörtert werden. Da die Brauchbarkeit und damit die Verwertbarkeit eines demoskopischen Gutachtens maßgeblich von der richtigen Fragestellung abhängt, müssen sich alle Beteiligten sehr genau überlegen, auf welche Aspekte es für die Entscheidung des Rechtsstreits ankommt und welche Fragen (und Antworten) hierfür von Bedeutung sein können.⁴¹⁶ Ohne die Hilfe eines Sachverständigen ist die Festlegung einer treffenden und hinreichend genauen Fragestellung schon deswegen regel-

⁴¹² Ahrens/*Spätgens*, 28. Kap., Rn. 23, Fn. 67; Eichmann, GRUR 1999, 939, 952.

⁴¹³ Gloy/*Loschelder-Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 5; Gerstenmaier, S. 129. – Auch Beschleunigungsinteressen können die Durchführung einer Spezialumfrage veranlassen.

⁴¹⁴ Hasselblatt/*Eichmann*, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rn. 7.

⁴¹⁵ BGH GRUR 1959, 38 („Buchgemeinschaft“); BGH GRUR 1963, 142, 145 („Original-Ersatzteile“); BGH WRP 1989, 377, 380 („Dresdner Stollen I“); BGH WRP 1990, 411, 412 („Dresdner Stollen II“); BGH GRUR 1991, 680, 681 („Porzellanmanufaktur“); BGH WRP 1991, 473, 476 („Königl.-Bayerische Weisse“); BGH WRP 1991, 642, 644 („40 % weniger Fett“).

⁴¹⁶ Baumbach/*Hefermehl/Köhler*, 23. Aufl., § 12 Rn. 2.78; Harte/*Henning/Brüning*, Vor § 12 Rn. 188; Eichmann, GRUR 1999, 939, 941.

mäßig kaum möglich, weil die Denkweise der Juristen mitunter deutlich von derjenigen abweicht, die für demoskopische Befragungen notwendig ist.⁴¹⁷

Von den heute in der Sozialforschung üblichen Methoden der Erforschung menschlichen Verhaltens und menschlicher Vorstellungen hat sich für den Bereich des Lauterkeitsrechts die mündliche Befragung als die oftmals brauchbarste Methode erwiesen. Um eine gleichbleibende Testsituation bei den vielen Interviews gewährleisten zu können, ist ein einheitliches Ablaufschema ebenso erforderlich, wie die genaue Einhaltung dieses Schemas durch die einzelnen Interviewer.⁴¹⁸ Um Verfälschungen zu vermeiden, müssen die Fragen exakt im Wortlaut und in der im Fragebogen vorgegebenen Reihenfolge gestellt werden. Vor allem dürfen die Interviewer weder etwas hinzufügen noch etwas weglassen und auch auf eventuelle Rückfragen der Befragten keine Erklärungen abgeben.⁴¹⁹ Über die Zahl der tatsächlich manipulierten Interviews lässt sich nur spekulieren. Die Bandbreite von Verfälschungen reicht von der Nichteinhaltung der vorgegebenen Merkmale bis zur Fälschung der gesamten Interviews. Fest steht, dass der Interviewereinfluss einen Faktor darstellt, der zur Unschärfe der Ergebnisse beiträgt und der sich auch nicht völlig ausschalten lässt.⁴²⁰ Veröffentlichte Zahlen zur Quote von Umfragefälschungen lassen sich kaum finden.⁴²¹ Das Institut für Demoskopie Allensbach geht davon aus, dass rund drei Prozent der eingesetzten Interviewer der Versuchung erliegen, den Fragebogen – zumindest teilweise – selbst auszufüllen.⁴²² In Fällen, in denen es auf jeden Prozentpunkt ankommt, kann eine solche Quote u.U. prozessentscheidend sein.⁴²³

Es gibt ein reichhaltiges Repertoire von Fragetechniken und Fragentypen, von denen die offenen und geschlossenen Fragen in der Praxis am gebräuchlichsten

⁴¹⁷ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 18; Noelle-Neumann, GRUR 1968, 133, 134.

⁴¹⁸ Spätgens, in: FS Traub, S. 390.

⁴¹⁹ Gloy/Loschelder-Ohde, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 27.

⁴²⁰ Raffée, ZLR 1991, 281, 285; Boës/Deutsch, GRUR 1996, 168, 171. – Dem Problem der Fälschungen durch den Interviewer wird in der Praxis durch Kontrollen, Schulungen und Einschränkungen der Anzahl der Interviews pro Interviewer begegnet, vgl. Gerstenmaier, S. 127; Wiegand, FS Schweizer, S. 466.

⁴²¹ Müller, WRP 1989, 783, 786.

⁴²² Noelle-Neumann/Petersen, S. 369.

⁴²³ So etwa in der Vergangenheit bei der Frage, ob ein „nicht unerheblicher Teil“ der Verkehrskreise einer Irreführung unterlag. Denn im Regelfall pendelte sich dieser Prozentsatz bei nur 10 - 15 % ein (vgl. 2. Kap. C I).

sind.⁴²⁴ Offene Fragen sind solche, für deren Beantwortung den Befragten nicht von vornherein Antwortvorgaben und Antwortalternativen angeboten werden.⁴²⁵ Der Fragebogen enthält nur leere Zeilen, auf denen die Interviewer in Stichworten die Antworten der Befragten notieren.⁴²⁶ Der große Vorteil von offenen Fragen besteht darin, dass sie den Befragten die Möglichkeit geben, sich unbeeinflusst von vorgegebenen Antwortmöglichkeiten zu äußern. Abgerufen wird mit einer solchen Frage dasjenige, was den Testpersonen unmittelbar präsent ist und was ihnen spontan und unvoreingenommen auf die gestellte Frage einfällt.⁴²⁷ Deshalb werden Antworten, die auf offene Fragen gegeben werden und die Beweisfrage bestätigen, bei der Gesamtwürdigung stärker gewichtet, als wenn sie auf geschlossene Fragen anfallen.⁴²⁸

Ein Nachteil der offenen Frage ist, dass die Antworten der Interviewten oft keinen unmittelbaren Bezug zum eigentlichen Untersuchungsgegenstand haben und sich daher im Hinblick auf die Beweisfrage kaum schlüssig interpretieren lassen. Schon angesichts der Vielzahl von Antwortmöglichkeiten und möglicher Artikulationsschwächen der Befragten, sind dem Erkenntniswert von Antworten auf offene Fragen oftmals Grenzen gesetzt. Dies betrifft vor allem Fälle, in denen sehr konkrete Vorstellungen ermittelt werden sollen.⁴²⁹ Daneben begünstigt die offene Frage jeweils diejenige Prozesspartei, die eine sie belastende Antwort nicht wünscht, da bei der offenen Frage regelmäßig nur ein Bruchteil der Vorstellungen und Kenntnisse der beteiligten Verkehrskreise zu Tage tritt. Selbst naheliegende Antwortmöglichkeiten werden von den Befragten schlicht vergessen, obwohl sie im Bewusstsein durchaus existent sind.⁴³⁰ In vielen Fällen sind die Befragten auch der Meinung, dass sie auf eine ungestützte Frage nur den ihnen am wichtigsten erscheinenden Gesichtspunkt benennen sollen.⁴³¹

⁴²⁴ Friedrichs, S. 198; GK/*Jacobs*, Vor § 13 Rn. 382.

⁴²⁵ Beispielsweise: „Woran denken Sie, wenn...?“ oder „Woran denken Sie bei dieser Bezeichnung?“.

⁴²⁶ Noelle-Neumann, GRUR 1968, 133.

⁴²⁷ Gloy/Loschelder-*Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 22; Böhm, S. 102; GK/*Jacobs*, Vor § 13 Rn. 382.

⁴²⁸ Harte/Henning/*Brüning*, Vor § 12 Rn. 194; Gloy/Loschelder-*Ohde*, § 20 Rn. 22.

⁴²⁹ Kritisch daher BGH WRP 1991, 473, 476 („Königl.-Bayerische Weisse“); BGH GRUR 1991, 680, 681 („Porzellanmanufaktur“); BGH WRP 1993, 752, 754 („Emilio Adani II“). – Vgl. zu den Fehlerquellen offener Fragestellungen auch: Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 143; Gloy/Loschelder-*Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 22.

⁴³⁰ Spätgens, in: FS Traub, S. 391 f.; Noelle-Neumann, GRUR 1968, 133, 135.

⁴³¹ Tilmann/*Ohde*, GRUR 1989, 229, 231.

Ein weiterer Nachteil ist die starke Abhängigkeit vom Ausdrucksvermögen der Interviewten: Besser gebildete Befragte kommen stärker zu Wort, da sie sich beim Formulieren ihrer Ansichten meistens leichter tun als „die einfachen Bevölkerungskreise.“⁴³² Daneben macht sich der Interviewereinfluss in besonders negativer Weise bemerkbar: Die Interviewer schreiben oftmals nicht jedes Wort mit, sondern bevorzugt die Antworten, die ihnen selbst überzeugend erscheinen.⁴³³

Von einer geschlossenen (oder gestützten) Frage spricht man, wenn dem Befragten verschiedene Antwortalternativen vorgegeben werden, unter denen er eine Auswahl treffen kann.⁴³⁴ Im Regelfall dienen geschlossene Fragen als Nachfragen, um im Anschluss an eine offene Frage die Aufmerksamkeit der Testpersonen auf das engere Beweisthema zu lenken und so diesem vollständig Rechnung tragen zu können. Darin liegt der Vorteil dieser Fragen, aber gleichzeitig auch die Gefahr, da sich häufig nur schwer ausmachen lässt, welche Wirkungen von den vorgegebenen Antwortalternativen ausgehen.⁴³⁵ Möglicherweise werden den Befragungspersonen erst durch die konkreten Vorgaben Antwortmöglichkeiten aufgezeigt, die bis dato für ihre Vorstellungen noch keine Rolle gespielt haben und auf die sie ohne entsprechende Hilfestellung gar nicht gekommen wären.⁴³⁶ Ob tatsächlich vorhandene Kenntnisse und Vorstellungen abgefragt werden, oder ob die Befragten erst durch die Antwortalternativen zu einem bestimmten Verständnis veranlasst werden, lässt sich nur schwer feststellen. Aus diesem Grund bedarf es einer sorgfältigen Würdigung, um den Beweiswert der Antworten auf eine gestützte Frage abschätzen zu können.⁴³⁷ Zur Vermeidung einer allzu direkten Hinlenkung auf das Beweisthema ist es empfehlenswert, auch solche Alternativen aufzunehmen, die zu dem Beweisthema keinen unmittelbaren Bezug aufweisen. Auch sollte den Befragten ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt werden, sich für keine der angebotenen Antwortvorgaben entscheiden zu können.⁴³⁸ Keinesfalls ausreichend ist es nach Auffassung des BGH,

⁴³² Noelle-Neumann/Petersen, S. 129.

⁴³³ Noelle-Neumann/Petersen, aaO.

⁴³⁴ Gloy/Loschelder-Ohde, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 23; Noelle-Neumann, GRUR 1968, 133; GK/Jacobs, Vor § 13 Rn. 382.

⁴³⁵ Spliethoff, S. 168 f.; Gloy/Loschelder-Ohde, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 23.

⁴³⁶ Vgl. etwa BGH GRUR 1972, 38, 42 („Kunststoffglas“); BGH WRP 1997, 731, 733 („Euromint“); vgl. hierzu: Knaak, S. 26 f.

⁴³⁷ Hasselblatt/Eichmann, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rn. 15; Tilmann/Ohde, GRUR 1989, 229, 234; GK/Jacobs, Vor § 13 Rn. 382.

⁴³⁸ Quitt, in: FS Schweizer, S. 480.

nur die beiden für die Entscheidung maßgeblichen Alternativen zum Befragungsgegenstand zu machen.⁴³⁹

Ein weiterer Schwachpunkt der gestützten Befragung liegt darin, dass in den Vorgaben notwendige Antworten oft nicht vorkommen, weil sie entweder nicht erkannt oder schlicht übersehen worden sind. Dies stellt sich meist erst im Nachhinein heraus.⁴⁴⁰ Die Gesamtheit der Antwortmöglichkeiten muss die Vorstellungswelt der Befragten jedoch so abdecken, dass neben der dem Beweisthema gewidmeten Vorgabe auch sämtliche Alternativen erfasst sind, die nach der Lebenserfahrung naheliegend sind. Vor allem die nächstliegende Antwortmöglichkeit darf keinesfalls fehlen.⁴⁴¹ Sonst besteht die Gefahr, dass zumindest ein Teil der Befragten mangels Vorhandenseins der nach ihrer Meinung zutreffenden Antwort auf eine vertretbar erscheinende Vorgabe aus dem Antwortkatalog ausweicht, obwohl er eigentlich eine andere Vorstellung hat.⁴⁴² Darauf hat der BGH in dem Urteil „Königl.-Bayerische Weisse“⁴⁴³ ausdrücklich hingewiesen. In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob die Werbung für ein Bier mit der Angabe „Königl.-Bayerische Weisse“ irreführend ist, wenn das herstellende Unternehmen erst nach dem Zweiten Weltkrieg von einem Mitglied der Familie Wittelsbacher erworben wurde und die Brauerei hiervon abgesehen keine traditionelle Verbindung zum früheren bayerischen Königshaus aufweisen kann. Das gesamte Verfahren dauerte über zehn Jahre; dabei wurde in jeder Instanz eine Meinungsumfrage durchgeführt.⁴⁴⁴ Der BGH hat beanstandet, dass unter den sieben Antwortvorgaben auf die nachfassende Frage „Was verstehen Sie sonst noch unter der Angabe Königlich-Bayerische Weisse?“ zwei Alternativen fehlten, die nach der Lebenserfahrung und den zuvor gegebenen Antworten nahe lagen: Zum einen die Vorgabe, dass es sich um ein Bier aus einer Brauerei handelte, die zu Zeiten des Bayerischen Königshauses in dessen Eigentum gestanden hatte. Zum anderen die Alternative, dass die Braustätte vom Königshaus ein entsprechendes Bezeichnungsrecht erhalten hatte. Darin sah der BGH eine Verfälschung des Ergebnisses zu Lasten der klagenden Partei. Denn die Be-

⁴³⁹ BGH GRUR 1963, 142, 145 („Original-Ersatzteile“).

⁴⁴⁰ Spätgens, in: FS Traub, S. 392; Ahrens/Spätgens, 28. Kap., Rn. 27.

⁴⁴¹ BGH WRP 1996, 729, 732, 733 („Der meistverkaufte Europas“).

⁴⁴² BGH WRP 1991, 473, 476 („Königl.-Bayerische Weisse“); BGH WRP 1991, 642, 644 („40 % weniger Fett“); BGH WRP 1993, 752, 754 („Emilio Adani II“); vgl. auch: Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 12 Rn. 2.82.

⁴⁴³ BGH WRP 1991, 473 ff. („Königl.-Bayerische Weisse“).

⁴⁴⁴ Kritisch daher: Ullmann, GRUR 1991, 789, 795.

fragten, die mit der Angabe „Königlich-Bayerische Weisse“ eine dieser beiden fehlenden Alternativen verbanden, mussten sich für andere Antwortmöglichkeiten entscheiden, die sie zwar nicht unbedingt für richtig hielten, die aber ihrer Vorstellung am nächsten kamen.⁴⁴⁵

Ein vergleichbarer Fall lag auch der Entscheidung „40 % weniger Fett“ zu Grunde. Dort ging es um das Verkehrsverständnis der Angabe „40 % weniger Fett“ für fettreduzierte Kartoffelchips. In den Antwortvorgaben einer geschlossenen Frage fehlten Antwortmöglichkeiten, die bei der zuvor gestellten offenen Frage von rund der Hälfte der Befragten gegeben worden waren.⁴⁴⁶ Um solche Fehler zu vermeiden, kann es sich empfehlen, einen sog. Vortest (*Pre-Test*) durch Befragung von ca. 100 bis 200 Personen durchzuführen. Ein solcher Test, der Aufschluss darüber gibt, mit welchen Antworten zu rechnen ist, wird wegen des zusätzlichen Zeit- und Kostenaufwandes jedoch nur selten durchgeführt.⁴⁴⁷

ee) Weitere Fehlerquellen bei der Festlegung der Fragestellung

Eine Fehlerquelle kann auch in der Festlegung der Reihenfolge der vorgegebenen Antwortmöglichkeiten liegen.⁴⁴⁸ Unterschieden werden in erster Linie zwei Arten der Beeinflussung: Zum einen die als „*Primacy*-Effekt“ bezeichnete Neigung der Interviewten, die an erster Stelle genannte Antwortmöglichkeit zu bevorzugen, zum anderen die als „*Recency*-Effekt“ bezeichnete Tendenz zur Wahl der zuletzt genannten Alternative.⁴⁴⁹ Überschneidungen ergeben sich dabei unter Umständen mit sog. Kontrasteffekten. Diese können auftreten, wenn mehrere Antwortmöglichkeiten vorgegeben sind, unter denen sich eine „dominierende“ Antwort befindet. So wurden z.B. in einer Umfrage „Kartoffeln“ deutlich häufiger als typisch deutsches Lebensmittel genannt, wenn dem Begriff „Kartoffeln“ in der vorgelegten Liste die Antwortalternative „Reis“ voranging, als wenn dies nicht der Fall war.⁴⁵⁰ Unter welchen Bedingungen diese Effekte auftreten, in welche Richtung sie wirken und wie sie verhindert werden können, lässt sich

⁴⁴⁵ BGH WRP 1991, 473, 476 („Königl.-Bayerische Weisse“).

⁴⁴⁶ BGH WRP 1991, 642, 644 („40 % weniger Fett“).

⁴⁴⁷ Hasselblatt/*Eichmann*, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rn. 25; Schramm, GRUR 1968, 139, 140.

⁴⁴⁸ *Eichmann*, GRUR 1999, 939, 943; Hasselblatt/*Eichmann*, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rn. 16; Noelle-Neumann/Petersen, S. 201 ff.

⁴⁴⁹ Noelle-Neumann/Petersen, S. 202 f.; Gloy/Loschelder-*Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 25; nach *Scheuch* ist der Einfluss der Reihenfolge um so größer, je länger und je komplizierter die Vorgaben sind (vgl. *Scheuch*, in: König, Hdb. der empirischen Sozialforschung, Bd. 2, S. 84).

⁴⁵⁰ Gloy/Loschelder-*Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 25.

aus der bisherigen Forschung noch nicht mit ausreichender Sicherheit herleiten.⁴⁵¹ Um diesen verfälschenden Auswirkungen jedoch entgegenzusteuern, können die Interviews so aufgeteilt werden, dass entweder die Hälfte der Befragten die Antworten in umgekehrter Reihenfolge präsentiert bekommt oder die Antwortmöglichkeiten auf Kärtchen vorgelegt werden, die vom Interviewer vor jeder Befragung neu gemischt werden.⁴⁵²

Daneben gibt es noch zahlreiche weitere Fehlerquellen, auf die bei der Ausarbeitung der Fragen dringend zu achten ist: So sind etwa Formulierungen zu vermeiden, die bei den Befragten die Tendenz hervorrufen, sich einer vermeintlich bestehenden herrschenden Meinung anzuschließen („*Band-Waggon-Effekt*“) oder die der Zustimmungstendenz („*Ja-Sage-Tendenz*“) entgegenkommen.⁴⁵³ Da es vielen Befragten erfahrungsgemäß unangenehm ist, auf eine Frage mit „nein“ zu antworten, sind sie eher bereit, negativ formulierten Aussagen zuzustimmen als positive Statements gleichen Inhalts abzulehnen.⁴⁵⁴

ff) Vermeidung von Verfälschungen

Während die frühere Rechtsprechung geschlossenen Fragestellungen wegen der Gefahr suggestiver Wirkungen noch mit Skepsis gegenüberstand, herrscht mittlerweile in Rechtsprechung und Literatur dahingehend Einigkeit, dass eine Kombination von einleitender offener und ergänzender geschlossener Fragestellung regelmäßig zu bevorzugen ist. Auf diese Weise kann am ehesten ein zutreffendes Bild von der Verkehrsauffassung ermittelt werden. Denn weder die Antworten auf eine geschlossene Frage noch die Antworten auf eine offene Frage geben für sich betrachtet ein gültiges Bild der Wirklichkeit.⁴⁵⁵ Da offenen, nicht in eine bestimmte Richtung zielenden Fragen zumindest ein gewisser indizieller Wert zukommen kann, sollen sie nach Ansicht des BGH grundsätzlich jeder Befragung vorangestellt werden. Da der unmittelbare Erkenntniswert von Antworten auf eine offene Fragestellung im Hinblick auf die Breite der Antwortmög-

⁴⁵¹ Nach *Pflüger* ließ sich zumindest ein „*Primacy-Effekt*“ bei verschiedenen internen Überprüfungen im Hause TNS Infratest Wirtschaftsforschung GmbH bislang nicht belegen (vgl. *Pflüger*, GRUR 2004, 652, 655).

⁴⁵² Müller, Demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung, S. 144; Hasselblatt/*Eichmann*, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rn. 16.

⁴⁵³ Gloy/*Loschelder-Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 21; Müller, WRP 1989, 783, 785; Quitt, in: FS Schweizer, S. 480.

⁴⁵⁴ Böhm, GRUR 1986, 290, 298.

⁴⁵⁵ BGH GRUR 1991, 680, 681 („*Porzellanmanufaktur*“); BGH WRP 1989, 377, 380 („*Dresdner Stollen I*“); BGH 1990, 411, 413 („*Dresdner Stollen II*“); vgl. hierzu auch: GK/*Jacobs*, Vor § 13, Rn. 382; Teplitzky, WRP 1990, 145, 147; Spliethoff, S. 171; Köhler, in: Köhler/Piper, Vor 13, Rn. 324; Eichmann, GRUR 1999, 939, 941; Knaak, S. 20; a.A. *Pflüger*, GRUR 2004, 652, 654.

lichkeiten jedoch häufig begrenzt ist, weil nur das zu Tage gefördert wird, was bei den Interviewten vordergründig vorhanden ist, bedarf es dringend weiterer konkreter (geschlossener) Fragen. Nur mit ihrer Hilfe lässt sich der Wissens- und Vorstellungsrahmen der Befragten vollständig ermitteln.⁴⁵⁶

In der Entscheidung „Porzellanmanufaktur“ hat der BGH beanstandet, dass der offenen Fragestellung nicht weitere nachfassende Fragen angeschlossen wurden, mit denen hätte geklärt werden können, welche Bedeutung den nicht einzuordnenden Antworten beizumessen gewesen wäre.⁴⁵⁷ Zu ermitteln war in dieser Sache, ob mit dem Firmenbestandteil „Porzellanmanufaktur“ die Vorstellung verbunden wurde, dass nicht nur die Formen der Porzellanwaren in manueller Arbeit hergestellt wurden, sondern auch das Dekor per Hand und Pinsel aufgebracht wurde. Der BGH hat es als nicht ausreichend angesehen, dass nur in einer offenen Frage gefragt wurde: „Was stellen Sie sich unter der ‚Porzellan-Manufaktur‘ vor? Was sagt Ihnen dieses Wort oder können Sie dazu momentan nichts sagen?“ Sowohl durch nachfassende als auch durch geschlossene Fragen hätten die Vorstellungen der Verkehrsbeteiligten näher ermittelt werden müssen, um die Frage einer Irreführung beurteilen zu können.⁴⁵⁸

Solche Verfälschungen müssen ebenso vermieden werden wie die Aufnahme von beeinflussenden Elementen in die Fragestellung. Suggestive Einflussnahmen, die sich als Fehlerquellen auswirken können, sind in vielfältiger Form möglich und alles andere als leicht zu erkennen.⁴⁵⁹ Ein klassisches Beispiel für eine unzulässige Beeinflussung der Interviewten stellt die Frage „Was meinen

⁴⁵⁶ BGH GRUR 1991, 680, 681 („Porzellanmanufaktur“); BGH WRP 1993, 752, 754 („Emilio Adani II“); BGH WRP 1996, 729, 732 („Der meistverkaufte Europas“). Vgl. zur Kombination von offenen und geschlossenen Fragen: Eichmann, GRUR 1999, 939, 941; Quitt, in: FS Schweizer, S. 482; Gloy/Loschelder-Gloy, Hdb. WettbewerbsR., § 19 Rn. 42; Böhm, GRUR 1986, 290, 298.

⁴⁵⁷ BGH GRUR 1991, 680, 681 („Porzellanmanufaktur“).

⁴⁵⁸ BGH GRUR 1991, 680, 681 („Porzellanmanufaktur“); nach *Eichmann* hätte sich in diesem Fall beispielsweise folgende Fragenreihenfolge angeboten: „1. Welche Vorstellungen haben Sie von einem Unternehmen, das sich als ‚Porzellanmanufaktur‘ bezeichnet? 2. Manchmal denkt man ja nicht gleich an alles. Gibt es sonst noch etwas, womit Sie die Bezeichnung ‚Porzellanmanufaktur‘ in Verbindung bringen? 3. Haben Sie eine Vorstellung darüber, wie die Porzellanwaren bei einem Unternehmen hergestellt werden, das unter der Bezeichnung ‚Porzellanmanufaktur‘ auftritt? 4. Haben Sie eine Vorstellung darüber, wie bei einem solchen Unternehmen das farbige Dekor auf dem Porzellan aufgebracht wird? 5. Ich zeige Ihnen hier Kästchen mit verschiedenen Antwortmöglichkeiten. Was trifft Ihrer Meinung nach zu?“ (vgl. Eichmann, GRUR 1999, 939, 943, Fn. 70).

⁴⁵⁹ Vgl. BGH GRUR 1970, 517, 520 („Kölsch Bier“); BGH WRP 1989, 377, 380 („Dresdner Stollen I“); BGH WRP 1990, 411, 413 („Dresdner Stollen II“); vgl. auch: Spätgens, in: FS Traub, S. 394; Scheuch, in: König, Hdb. der empirischen Sozialforschung, Bd. 2, S. 80; Mellulis, S. 528.

Sie, an welchem Ort ist dieser Stollen hergestellt, also gebacken worden, oder haben Sie darüber keine Vorstellung?“ dar.⁴⁶⁰ Diese Frage wurde vom BGH zu Recht kritisiert, provozierte sie doch eine Antwort, nach welcher der Stollen an einem bestimmten Ort gebacken sein müsste. Ausgeschlossen erschien dadurch die Antwort der Befragten, dass sie mit der Bezeichnung beispielsweise nur die Vorstellung eines bestimmten Backrezepts verbanden.⁴⁶¹ Auch wenn es zur Ermittlung von Herkunfts- oder Ursprungsvorstellungen notwendig sein möge, eine in diese Richtung zielende Frage zu stellen, so der BGH, dürfe dies nicht durch eine Formulierung geschehen, die dem Interviewten „...keine Möglichkeit eröffnet, direkt auch in der Form der einen hier zu ermittelnden Alternativen zu antworten, nämlich dahin, dass nach seiner Meinung die Bezeichnung überhaupt nichts über einen bestimmten Ort aussage.“⁴⁶² Wie *Spätgens* zutreffend ausführt, hätte die Frage im Falle der „Dresdner Stollen“ zur Vermeidung solcher suggestiver Einflussnahmen etwa lauten können „Was verstehen Sie unter Backwaren, die unter der Bezeichnung Dresdner Stollen angeboten werden?“⁴⁶³

gg) Methoden der Stichprobenziehung

Voraussetzung für die Ermittlung zuverlässiger Ergebnisse ist die eindeutige Bestimmung der als „beteiligt“ definierten Verkehrskreise. Die Demoskopie spricht von der Grundgesamtheit. Hat diese nur einen sehr geringen Umfang bietet sich eine Vollerhebung an, d.h., die Befragung aller zur Grundgesamtheit zählenden Personen.⁴⁶⁴ Da die Grundgesamtheit aber im Normalfall einen sehr großen Umfang hat, bleibt schon aus wirtschaftlichen Gründen nur die Befragung einer Stichprobe. Diese hat für die Grundgesamtheit repräsentativ zu sein. Um dies erreichen zu können, muss sichergestellt werden, dass die Stichprobe in möglichst vielen, voneinander unabhängigen Merkmalen ein verkleinertes Abbild der Grundgesamtheit darstellt. Nur dann können die Ergebnisse der Stichprobe verallgemeinert werden.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ BGH WRP 1989, 377, 380 („Dresdner Stollen I“).

⁴⁶¹ Eichmann, GRUR 1999, 939, 942 (Fn. 49).

⁴⁶² BGH WRP 1989, 377, 380 („Dresdner Stollen I“).

⁴⁶³ Spätgens, in: FS Traub, S. 394.

⁴⁶⁴ *Ohde* nennt als Beispiel die Befragung aller deutschen Staatsangehörigen, die in den letzten zwölf Monaten einen Neuwagen der Marke Rolls Royce gekauft haben (vgl. Gloy/Loschelder-*Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 14).

⁴⁶⁵ Gloy/Loschelder-*Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 14.

In der Praxis haben sich vor allem zwei Methoden zur Ziehung von Stichproben bewährt: die Zufallsauswahl und das Quotenverfahren. Beide Verfahren sind kompliziert und sollen hier nur kurz im Überblick dargestellt werden.⁴⁶⁶ Nach Ansicht *Ohdes*⁴⁶⁷ hat sich in Deutschland das zufallsgesteuerte Auswahlverfahren durchgesetzt, auch *Probability*- oder *Random*-Stichprobe genannt. Dabei wird durch eine Reihe aufwändiger Maßnahmen Vorsorge dafür getroffen, dass jedes zur Grundgesamtheit gehörende Element die gleiche, berechenbare Wahrscheinlichkeit erhält, in die Stichprobe zu kommen. Die Interviewer haben bei diesem Verfahren auf die Auswahl der Befragten keinen Einfluss, da die zu befragenden Personen als Individuen mit genauer Anschrift vorgegeben werden.⁴⁶⁸ Das Quotenverfahren strebt wie die Zufallsauswahl das Ziel an, einen modellgerechten Miniaturquerschnitt für die Befragung zu erhalten, nimmt aber praktisch den entgegengesetzten Ausgangspunkt. Statt von der Grundgesamtheit auszugehen und hieraus in verschiedenen zufallsgelenkten Schritten die Zielpersonen für die Stichprobe auszuwählen, wird beim Quotenverfahren mit Hilfe von statistischen Unterlagen eine repräsentative Stichprobe definiert.⁴⁶⁹ Die Interviewer werden beauftragt, bestimmte Glieder dieser Stichprobe zu befragen. Für die Auswahl der zu befragenden Personen wird durch eine Quotierung festgelegt, wie viele zu befragende Personen welche formalen Kriterien erfüllen müssen. Die Interviewer stehen dann vor der Aufgabe, an einem vorgegeben Ort eine bestimmte Anzahl von Personen zu befragen, die sich aus einem vorgegebenen Verhältnis von Männern und Frauen zusammensetzen, die wiederum bestimmten Altersgruppen angehören usw. Setzt man diese ausgearbeiteten Quoten zusammen, ergibt sich in allen diesen statistischen Proportionen das Bild der Grundgesamtheit.⁴⁷⁰

hh) Die Kosten

Die Einholung von demoskopischen Gutachten ist regelmäßig mit erheblichen Kosten verbunden. Diese schwanken je nach Inhalt und Aufgabe der Befragung

⁴⁶⁶ Eine detaillierte Beschreibung der beiden Verfahren findet sich bei Noelle-Neumann/Petersen, S. 236 ff. und Scheuch, in: König, Hdb. der empirischen Sozialforschung, Bd. 3a, S. 1 ff.

⁴⁶⁷ Gloy/Loschelder-*Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 16; nach *Raffée* ist im Einzelfall zu entscheiden, welches Verfahren die überlegenere Methode ist (vgl. *Raffée*, ZLR 1991, 281, 284).

⁴⁶⁸ Vgl. hierzu ausführlich: Gloy/Loschelder-*Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 16 ff.

⁴⁶⁹ Noelle-Neumann/Petersen, S. 255 f.; Gloy/Loschelder-*Ohde*, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 19; Hasselblatt/*Eichmann*, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rn. 27.

⁴⁷⁰ *Eichmann*, GRUR 1999, 939, 951; eingehend Noelle-Neumann/Petersen, S. 255 – 257.

und der Art und Weise der Durchführung.⁴⁷¹ Erlaubt der Sachverhalt das Einschalten einer Mehrthemenumfrage mit nur vier bis fünf Fragen liegen die Kosten regelmäßig bereits zwischen 15 000 und 25 000 Euro. Bei der Durchführung einer Spezialumfrage in derselben Größenordnung fallen sogar leicht Kosten in Höhe von über 50 000 Euro an.⁴⁷² Sowohl die Kosten der Feldarbeit als auch die der Auswertung richten sich nach der Anzahl der befragten Personen und der gestellten Fragen. Der Zeitaufwand der Gutachter bestimmt sich hingegen eher nach dem Schwierigkeitsgrad des Auftrages. Besteht bei der Festlegung der Fragen das Bestreben, aus Kostengründen mit möglichst wenigen Fragen auszukommen, so ist das Risiko, dass diese nicht hinreichend geeignet sind und sich das Gutachten im Ergebnis als wertlos erweist, deutlich höher, als bei einer umfangreichen Befragung.⁴⁷³

Da die unterliegende Partei gem. § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, kann ein verlorener Prozess nicht zu unterschätzende wirtschaftliche Folgen haben. Problematisch können die hohen Kosten demoskopischer Umfragen vor allem dann werden, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen diesen und dem Streitwert besteht und wenn die Parteien oder auch nur ein Beteiligter finanziell nicht gut gerüstet sind. Dann besteht beispielsweise die Gefahr, dass die wirtschaftlich stärkere Partei die schwächere durch einen Antrag auf Einholung eines demoskopischen Gutachtens unter Druck setzt. Die Folge ist, dass die finanzschwächere Partei angesichts der drohenden Kosten möglicherweise von einer Rechtsverfolgung absieht oder sich auf einen ungünstigen Vergleich einlässt. Unter Umständen weicht also Recht nur mit Rücksicht auf die Kosten Unrecht.⁴⁷⁴

Da es auf das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verbraucher ankommt, lässt sich nie *ex ante*, sondern immer nur *ex post* feststellen, ob eine Ir-

⁴⁷¹ Köhler, in: Köhler/Piper, Vor § 13 Rn. 320; Gloy/Loschelder-Gloy, Hdb. WettbewerbsR., § 19 Rn. 36; Heldrich, AcP 1986, 74, 89; Harte/Henning/Brüning, Vor § 12 Rn. 183; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 16. – Nach Bornkamm haben sich die Kosten der Meinungsumfragen in den beiden Verfahren „Warsteiner I und II“ auf einen sechsstelligen DM-Betrag belaufen (vgl. Bornkamm, WRP 2000, 830, 832, Fn. 18).

⁴⁷² Boës/Deutsch, GRUR 1996, 168, 172; Hasselblatt/Eichmann, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rn. 71; Fezer/Büscher, UWG, § 12 Rn. 270; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 16, Fn. 61; Gloy/Loschelder-Gloy, Hdb. WettbewerbsR., § 19 Rn. 36.

⁴⁷³ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 16, Fn. 61; vom Stein, GRUR 1972, 314, 315.

⁴⁷⁴ Gloy/Loschelder-Ohde, Hdb. WettbewerbsR., § 20 Rn. 6; Sauberschwarz, Gutachten als Beweismittel, S. 16, 30.

reführungsgefahr besteht.⁴⁷⁵ Das Prozessrisiko ist somit für beide Parteien entsprechend groß, da die Gefahr einer Irreführung vom Ergebnis eines Umfragegutachtens abhängt, dessen Ausgang die Beteiligten typischerweise nicht vorhersehen können. Keine der Parteien kann vor der Durchführung der Umfrage mit einiger Sicherheit beurteilen, ob ihre Rechtsposition aussichtsreich ist oder nicht. Nur in wenigen Fällen liegt bereits vor Prozessbeginn ein Privatgutachten vor, das die Risikosituation besser überschaubar macht.⁴⁷⁶ Hauptsächlich aus diesem Grund gab und gibt es Überlegungen, die Kostenfolgen anders als nach der ZPO zu regeln. So wurde beispielsweise vorgeschlagen, unter Durchbrechung des strikten Prinzips des § 91 ZPO die Kostenfolgen aus Billigkeitserwägungen für die unterlegene Partei abzumildern.⁴⁷⁷ Angeregt wurde auch, die Einholung eines demoskopischen Gutachtens davon abhängig zu machen, dass der Beweisführende verbindlich erklärt, es solle nur der Teil der anfallenden Umfragekosten erstattungsfähig sein, den der Kostenbeamte bzw. das Gericht festlegt. Für die nicht beweispflichtige Partei sei es unzumutbar, im Falle des Unterliegens die Kosten in voller Höhe zu erstatten.⁴⁷⁸ Angesichts der klaren Regelung im Kostenrecht ist für solche Erwägungen jedoch kein Raum.⁴⁷⁹

ii) Zusammenfassung der Bedenken gegen die Einholung von demoskopischen Gutachten

Problematisch sind demoskopische Gutachten vor allem deshalb, weil sie „extrem teuer“⁴⁸⁰ sind und einen Aufwand verursachen, der im normalen Lauterkeitsprozess in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Bedeutung der Streitsache steht.⁴⁸¹ Und obwohl es sich bei der Einholung eines solchen Gutachtens regelmäßig um ein sehr aufwändiges und kostenintensives Verfahren handelt, bestehen häufig genug Zweifel an Methode und Ergebnis von Mei-

⁴⁷⁵ Scherer, GRUR 2000, 273, 277 f.

⁴⁷⁶ Vom Stein, WRP 1970, 332; Sauberschwarz, Gutachten als Beweismittel, S. 31.

⁴⁷⁷ Ahrens/*Spätgens*, 28. Kap., Rn. 39; Gloy/*Loschelder-Gloy*, Hdb. WettbewerbsR., § 19 Rn. 39.

⁴⁷⁸ Noelle-Neumann/Schramm, GRUR 1958, 119, 130.

⁴⁷⁹ GK/*Jacobs*, Vor § 13 Rn. 375; Gloy/*Loschelder-Gloy*, Hdb. WettbewerbsR., § 19 Rn. 38 f.; Ahrens/*Spätgens*, 28. Kap., Rn. 39; Baumbach/*Hefermehl/Köhler*, 23. Aufl., § 12 Rn. 2.88; im Ergebnis auch Harte/*Henning/Brüning*, Vor § 12 Rn. 203.

⁴⁸⁰ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 16.

⁴⁸¹ Baumbach/*Hefermehl/Bornkamm*, 23. Aufl., § 5 Rn. 3.1; Ahrens/*Bär*, 27. Kap., Rn. 8. – Auch der BGH hat (selbst-)kritisch festgestellt: Die ... Beweiserhebung durch Einholung eines demoskopischen Meinungsforschungsgutachtens ist ... ein ungewöhnlich aufwendiges Verfahren, das regelmäßig hohe Kosten verursacht, längere Zeit in Anspruch nimmt und außerdem wegen der Schwierigkeit richtiger Fragestellungen in besonderem Maße der Gefahr des Misslingens ausgesetzt ist.“; vgl. BGH WRP 1991, 100, 101 („Versäumte Meinungsumfrage“).

nungsumfragen.⁴⁸² Wie zahlreiche Urteile zeigen, können vor allem bei der Erstellung der Fragebögen leicht Fehler gemacht werden.⁴⁸³ Dann besteht die Gefahr, dass die befragten Personen durch suggestive, zu eng oder zu weit gefasste Fragen manipuliert werden. Von einer richtigen, hinreichend exakten Fragestellung hängt die Brauchbarkeit und damit die Verwertbarkeit der Gutachten jedoch maßgeblich ab. Selbst wenn die Durchführung der Umfrage methodisch korrekt ist, stellt sich zudem die Frage, ob die jeweilige Testsituation überhaupt mit der konkreten Kaufsituation vergleichbar ist. Es ist nicht auszuschließen, dass der Verbraucher durch die verschiedenen Fragestellungen zu Überlegungen veranlasst wird, die er „im Alltag“ nicht anstellen würde.⁴⁸⁴

b) Ermittlung der Verkehrsauffassung auf Grund eigener Sachkunde

Trotz der zahlreichen Schwächen wurden demoskopische Gutachten überwiegend als grundsätzlich geeignete und einigermaßen zuverlässige Beweismittel zur Feststellung der Verkehrsauffassung eingestuft.⁴⁸⁵ In der Praxis stellte die Einholung solcher Gutachten – wohl wegen der aufgezeigten Schwierigkeiten und Nachteile – jedoch die große Ausnahme dar. Zahlenmäßig überwogen bei weitem die Prozessentscheidungen, in denen sich die Richter – ohne Beweise zu erheben – auf ihre eigene Sachkunde und ihre Lebenserfahrung verließen.⁴⁸⁶ Bereits frühzeitig hat die Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, die eine – umständliche, teure und mit erheblichen Fehlerquoten versehene – Beweisaufnahme in vielen Fällen entbehrlich machten.⁴⁸⁷ Bei einer von *Kur* durchgeführten

⁴⁸² Köhler, ZLR 1994, 241, 256; Böhm, GRUR 1996, 533, 536; Spätgens, in: FS Traub, S. 386; Sosnitza, ZLR 2003, 482, 483; nach *Eichmann* zeigen Wahlen regelmäßig, wie unsicher Befragungen sogar auf diesem ureigensten Feld der Demoskopie tatsächlich sein können (vgl. *Eichmann*, GRUR 2002, 403, 404).

⁴⁸³ Vgl. nur BGH GRUR 1959, 38 („Buchgemeinschaft“); BGH GRUR 1963, 142, 145 („Original-Ersatzteile“); BGH WRP 1989, 377, 380 („Dresdner Stollen I“); BGH GRUR 1991, 680, 681 („Porzellanmanufaktur“). – Weitere Nachweise siehe Fn. 415.

⁴⁸⁴ Kritisch daher: Köhler, ZLR 1994, 241, 256 unter Verweis auf die BGH-Entscheidungen „Aquavit“ (GRUR 1991, 852 ff.) und „Königl.-Bayerische Weisse“ (WRP 1991, 473 ff.); vgl. auch Tilmann, GRUR 1984, 716, 722: „Bei Befragungen geraten die Verbraucher ohnehin in eine Lage, die von der Kaufsituation völlig verschieden ist.“

⁴⁸⁵ Vgl. hierzu: GK/*Jacobs*, Vor § 13 Rn. 374; Köhler, in: Köhler/Piper, Vor § 13 Rn. 320; Raffée, ZLR 1991, 281, 282; Hasselblatt/*Eichmann*, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rn. 1; Ahrens/*Spätgens*, 28. Kap., Rn. 9; Spätgens, WRP 2000, 1023, 1027.

⁴⁸⁶ Beater, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken, S. 176 f.; Schünemann, Wettbewerbsrecht, S. 136; Baudenbacher/*Glöckner*, Art. 3 lit. b Rn. 81; Gloy/Loschelder-*Gloy*, Hdb. WettbewerbsR., § 19 Rn. 16; Hoeren, EWiR § 3 UWG 1/4, 203, 204; Fezer/*Peifer*, UWG, § 5 Rn. 213; Ahrens, WRP 2000, 812, 814.

⁴⁸⁷ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 4, 7; Bornkamm, in: FS BGH, S. 362 f.

Untersuchung aus dem Jahre 1981 fanden sich in 3 000 ausgewerteten Wettbewerbsverfahrensakten lediglich 14 Verfahren, in denen demoskopische Gutachten eine Rolle gespielt hatten. Nur drei dieser Gutachten wurden durch einen richterlichen Beweisbeschluss eingeholt.⁴⁸⁸

aa) Subjektive Einschätzung als tatsächliche Verkehrsauffassung?

Obwohl die prozessuale Praxis also nur ausnahmsweise teure demoskopische Gutachten einholte, hielt sie daran fest, die Verkehrsauffassung als Tatsache ermitteln zu können – regelmäßig als Entscheidung des Gerichts auf Grund eigener Sachkunde und Lebenserfahrung.⁴⁸⁹ Dabei durften sich die Gerichte jedoch nicht an einer normativ festgelegten „Soll-Vorstellung“ orientieren, sondern waren stets gezwungen, die tatsächliche Verkehrsauffassung zu ermitteln.⁴⁹⁰ Hier stellte sich die interessante Frage, wie die Richter auf Grund ihrer Sachkunde feststellen konnten, dass eine Angabe für einen „nicht unerheblichen Teil“ des angesprochenen Verkehrs tatsächlich irreführend war.⁴⁹¹ Möglicherweise haben die Richter in vielen Fällen nur ihre subjektive Einschätzung von der Werbeanzeige als die tatsächliche Verkehrsauffassung ausgegeben. Denn solange sich die Richter auf ihre eigene Sachkunde beschränkten und sich die ermittelte Auffassung des Verkehrs nicht durch ein demoskopisches Gutachten bestätigen ließen, war das Ergebnis der Prüfung jeweils eine „gedachte“, nicht jedoch die „wirkliche“ Verkehrsauffassung. Diese wurde in diesen Fällen – mangels empirischer Absicherung – nur vermutet oder unterstellt: Die Richter setzten ihr Auslegungsergebnis mit der „tatsächlichen“ Verkehrsauffassung gleich.⁴⁹²

bb) Die Bärenfang-Doktrin des BGH

Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen setzte die Beurteilung der Verkehrsauffassung auf Grund eigener Sachkunde im Regelfall (1.) die Zugehörigkeit des Tatrichters zu dem angesprochenen Verkehrskreis, (2.) den

⁴⁸⁸ Vgl. hierzu Kur, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess, S. 109. – Bei einer von *Tilmann* durchgeführten Untersuchung von 30 repräsentativen Entscheidungen des BGH und einiger Instanzgerichte aus den Jahren 1980 bis 1984 wurden nur in sechs Fällen demoskopische Gutachten angefordert oder eingeholt (vgl. *Tilmann*, GRUR 1984, 716, 717).

⁴⁸⁹ Strepp, S. 53; Büttner, GRUR 1996, 533, 536.

⁴⁹⁰ Bornkamm, WRP 2000, 830; Gloy, in: FS Erdmann, S. 823 f.

⁴⁹¹ Köhler, ZLR 1994, 241, 256 f.; Spliethoff, S. 148.

⁴⁹² Kur, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess, S. 159; im Ergebnis auch: Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 273. – Nach *Köhler* gibt der Richter „nur seine eigene subjektive Einschätzung von der Mehrdeutigkeit einer Aussage und vom Verständnishorizont seiner Mitbürger wieder“ (vgl. *Köhler*, ZLR 1994, 241, 257).

Bezug der Angabe auf Gegenstände des täglichen Bedarfs, (3.) den Umstand, dass es sich bei dem verwendeten Begriff um einen solchen handelte, dessen Verständnis grundsätzlich einfach und naheliegend ist und (4.) das Fehlen von Gründen, die Zweifel an der Sachkunde des Gerichts hervorrufen konnten, voraus.⁴⁹³ Kam das Gericht unter diesen Voraussetzungen zu dem Ergebnis, dass es durch die Angabe irregeführt wurde, bedurfte es in der Regel keiner weiteren Beweiserhebung über die Frage der Irreführung. Aus der Irreführung des Gerichts konnte gefolgert werden, dass zumindest ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise ebenfalls getäuscht wurde. Der umgekehrte Schluss von der Auffassung des Gerichts auf die Verneinung einer Irreführungsgefahr konnte hingegen im Allgemeinen nicht getroffen werden. Begründet wurde dies mit der Überlegung, dass dem Richter die Kenntnis der Anschauungen aller in Betracht kommenden und nach Fachkunde und Branchenzugehörigkeit unter Umständen sehr verschiedenen und oftmals weniger kritischen Werbeadressaten meist nicht zur Verfügung stand. Wegen der früher maßgeblichen Irreführungsquote mussten die Richter die Vorstellungsinhalte von rund 85 – 90 % der angesprochenen Verkehrskreise kennen, um eine Täuschungsgefahr sicher verneinen zu können. Es konnte daher nach Auffassung des BGH nicht ausgeschlossen werden, dass außerhalb des Gerichts ein nicht unbeachtlicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise existierte, der auch dann noch irregeführt wurde, wenn dies für den aufgeklärten Richter selbst nicht zutraf. Ein zuverlässiges Bild von der Auffassung des betroffenen Personenkreises konnte daher nach Ansicht des BGH nicht ohne fremde Hilfe gewonnen werden.⁴⁹⁴

Dieser Grundsatz aus der „Bärenfang“-Entscheidung, wonach die Verneinung einer Täuschungsgefahr durch den Richter nicht ohne weiteres in Betracht kam, ist in der täglichen Praxis der Wettbewerbsgerichte allerdings weitgehend unbeachtet geblieben. In den meisten Fällen haben sich die Gerichte zugetraut, eine Irreführung nicht nur zu bejahen, sondern auch zu verneinen.⁴⁹⁵ Die konsequente

⁴⁹³ BGH GRUR 1984, 467, 468 („Das unmögliche Möbelhaus“); BGH WRP 1992, 469, 470 („Beschädigte Verpackung I“); BGH GRUR 2000, 239, 240 („Last-Minute-Reise“); BGH WRP 2001, 1284, 1286 („Stich den Buben“); vgl. hierzu auch: Baumbach/Hefermehl, 22. Aufl., § 3 Rn. 112; Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 184.

⁴⁹⁴ BGH WRP 1962, 404, 407 („Bärenfang“); vgl. hierzu auch: Baumbach/Hefermehl, 22. Aufl., § 3 Rn. 114; Kur, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess, S. 139 f.; Ahrens/*Spätgens*, 28. Kap., Rn. 14; Spliethoff, S. 133 f.; Ullmann, GRUR 1991, 789, 794.

⁴⁹⁵ Baumbach/Hefermehl/*Bornkamm*, 23. Aufl., § 5 Rn. 3.7.

Einhaltung der sog. Bärenfang-Doktrin hätte in jedem Fall zu einer großen Zahl von Beweisaufnahmen führen müssen.⁴⁹⁶

2. Der Einfluss normativer Elemente

Obwohl es im nationalen Recht grundsätzlich auf das tatsächliche Verständnis des angesprochenen Verkehrs ankam, konnte allerdings „von einem rein empirischen oder soziologischen Verständnis der Verbraucherauffassung ... niemals ernsthaft die Rede sein.“⁴⁹⁷ Die Auslegung des Irreführungsverbot durch die Rechtsprechung war vielmehr seit jeher angereichert mit normativen Überlegungen.⁴⁹⁸ Entschlossen sich die Gerichte ausnahmsweise zur Einholung eines demoskopischen Gutachtens, so handelte es sich bereits bei der Festlegung einer Eingriffsschwelle um eine wertende Entscheidung.⁴⁹⁹ Entschieden die Gerichte – wie im Regelfall – ohne die Einholung solcher Gutachten auf Grund eigener Sachkunde, flossen auch bei der Ermittlung des Verbraucherverständnisses nahezu unvermeidlich normative Wertungen in den sehr komplexen Prozess der Ermittlung der Unrichtigkeit von Werbebehauptungen ein.⁵⁰⁰

Um zu sachgerechten Lösungen zu kommen, bezog der BGH seit langem auch Schutzzwecküberlegungen und eine Interessenabwägung als maßgebliche Kriterien in die Prüfung ein, ob im Einzelfall ein Irreführungsverbot zu bejahen ist.⁵⁰¹ In den letzten Jahren sind die normativen Elemente im Rahmen der empirischen Feststellung der Irreführungsgefahr immer deutlicher in den Vordergrund getreten.⁵⁰² Vor allem mit Hilfe einer nachträglichen Interessenabwägung hat der

⁴⁹⁶ Bornkamm, in: FS BGH, S. 361; Baumbach/Hefermehl/*Bornkamm*, 23. Aufl., § 5 Rn. 3.4; Reese, ZLR 2004, 509, 511.

⁴⁹⁷ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 273; i.d.S. auch: Bornkamm, in: FS BGH, S. 361; Tilmann, in: FS Piper, S. 489.

⁴⁹⁸ Ahrens, WRP 2000, 812, 813; Keßler, WRP 1990, 73, 80.

⁴⁹⁹ Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 203. – Vgl. hierzu sogleich 2. Kap. B II 2 b.

⁵⁰⁰ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 273 – Vgl. bereits: 2. Kap. B II 1 b.

⁵⁰¹ Vgl. nur: BGH GRUR 1957, 285, 287 („Erstes Kulmbacher“); BGH GRUR 1966, 445, 449 f. („Glutamal“); BGH GRUR 1981, 71, 74 („Lübecker Marzipan“); BGH GRUR 1991, 852, 855 („A-quavit“); BGH WRP 1995, 701, 703 („Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie“); vgl. auch Büttner, GRUR 1996, 533, 535.

⁵⁰² BGH WRP 1987, 242, 243 („Schlussverkaufswerbung“); BGH WRP 1996, 729, 734 („Der meistverkaufte Europas“); BGH WRP 1996, 1156, 1158 f. („PVC-frei“); BGH WRP 1999, 1145, 1147 („Tierheilpraktiker“); BGH WRP 2003, 747, 750 („Klosterbrauerei“); vgl. hierzu auch Bornkamm, FS BGH, S. 361 f.

BGH versucht, die Vereinbarkeit des deutschen Irreführungsverbot mit dem Gemeinschaftsrecht sicherzustellen.⁵⁰³

a) Normative Korrekturen durch die Interessenabwägung

Bereits frühzeitig hat sich das Bedürfnis gezeigt, die empirisch gewonnenen Ergebnisse einer normativen Korrektur zu unterziehen. Daher wurde von der Rechtsprechung schon in den fünfziger Jahren als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung von § 3 UWG a.F. eine Interessenabwägung entwickelt, um mit deren Hilfe unbillig erscheinende Ergebnisse korrigieren zu können. Im Rahmen dieser Abwägung war zu prüfen, ob eine tatsächlich festgestellte Irreführung nach der Art der Fehlvorstellung und der Zahl der tatsächlich Getäuschten nicht unter besonderen Umständen hingenommen werden konnte.⁵⁰⁴ Dies kam nach der Rechtsprechung des BGH beispielsweise dann in Betracht, wenn die Irreführung lediglich auf einem unrichtigen Verständnis einer objektiv zutreffenden Angabe beruhte,⁵⁰⁵ oder wenn die Belange der angesprochenen Verkehrskreise nicht ernsthaft in Mitleidenschaft gezogen wurden, weil nur eine geringe Irreführungsfahr bestand und diese in Abwägung mit anderen Interessen nicht schutzbedürftig war.⁵⁰⁶ Im Rahmen der Abwägung war dabei zu untersuchen, welches Gewicht den unterschiedlichen Interessen im konkreten Fall zukam und welche damit vorrangig waren.⁵⁰⁷ Bereits die Erfassung dieser sich im Einzelfall gegenüberstehenden Interessen lag nicht auf tatsächlichem Gebiet, sondern stellte – ebenso wie der Abwägungsvorgang selbst – einen Akt rechtlicher Würdigung dar.⁵⁰⁸

aa) Die Interessenabwägung als normatives Korrektiv

In den letzten Jahren wuchs die Bedeutung der Interessenabwägung in der deutschen Rechtsprechung.⁵⁰⁹ So geht der BGH beispielsweise davon aus, dass in

⁵⁰³ Strepp, S. 77; Baumbach/Hefermehl, 22. Aufl., § 3 Rn. 97, 102 b, 109.

⁵⁰⁴ BGH GRUR 1957, 285, 287 („Erstes Kulmbacher“); BGH GRUR 1958, 444, 447 („Emaillack“); BGH GRUR 1966, 445, 449 f. („Glutamal“); vgl. auch Hösl, S. 21 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

⁵⁰⁵ BGH WRP 1987, 242, 243 („Schlussverkaufswerbung“); BGH GRUR 1991, 852, 855 („Aquavit“); BGH WRP 2003, 747, 750 („Klosterbrauerei“).

⁵⁰⁶ BGH GRUR 1977, 159, 161 („Ostfriesische Teegesellschaft“); BGH GRUR 1983, 32, 34 („Stangenglas I“); BGH GRUR 1986, 903, 904 („Küchen-Center“).

⁵⁰⁷ BGH GRUR 1994, 519, 521 („Grand Marnier“); BGH WRP 1996, 985, 986 („PVC-frei“); BGH WRP 1999, 1145, 1147 („Tierheilpraktiker“).

⁵⁰⁸ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 94; Strepp, S. 48.

⁵⁰⁹ Bornkamm, in: FS BGH, S. 362; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 21. Kap., Rn. 22.

den Fällen, in denen die Irreführungsfahrer nur auf einem falschen Verständnis einer objektiv zutreffenden Werbeaussage beruht, die Auswirkungen eines Verbotes in die Abwägung mit einbezogen werden müssen. Dies hatte zur Folge, dass die Werbung für Elektrorasierer mit dem Slogan „Der meistverkaufte Europas“ vom BGH nicht als irreführend angesehen wurde. Die Werbeaussage entsprach der Wahrheit, traf aber für den deutschen Markt nicht zu, denn hier hatte das werbende Unternehmen zwar einen hohen Marktanteil erreicht, nicht aber die Position des Marktführers. Der BGH berücksichtigte im Rahmen der durchgeführten – und von ihm erstmals als „normatives Korrektiv“⁵¹⁰ bezeichneten – Abwägung in erster Linie, dass bei einer auf die Marktverhältnisse in Europa bezogenen Werbebehauptung die gewachsene Bedeutung des europäischen Binnenmarktes und der dadurch bedingte Wandel des Verkehrsverständnisses einzubeziehen seien. Daher könne nicht länger von einer auf das Inland beschränkten Marktübersicht der Verbraucher ausgegangen werden.⁵¹¹

Auch in verschiedenen Entscheidungen, in denen es um eine Irreführung durch Unterlassen ging, hat der BGH eine Interessenabwägung für erforderlich gehalten.⁵¹² Die vom BGH in der Entscheidung „PVC-frei“ getroffene Wertung entsprach dabei bereits weitgehend der vom EuGH vorgenommenen normativen Abwägung der unterschiedlichen Interessen.⁵¹³ So wie der Unternehmer ein Interesse daran habe, auf die Zusammensetzung seines Produktes hinzuweisen, habe auch der Verbraucher ein erhebliches Informations- und Aufklärungsbedürfnis. Der Umstand, dass nicht informierte Verbraucher durch die Angabe „PVC-frei“ tatsächlich getäuscht würden, könne nicht dazu führen, dass der Schutz dieser Verbraucher sich im Verhältnis zu den Interessen der informierten Kunden und des Werbenden durchsetzt.⁵¹⁴

⁵¹⁰ BGH WRP 1996, 729, 734 („Der meistverkaufte Europas“).

⁵¹¹ BGH WRP 1996, 729, 731 („Der meistverkaufte Europas“). – 25 Jahre früher hatte der BGH in einem zwischen den gleichen Parteien geführten Rechtsstreit den Werbeslogan „Der meistverkaufte der Welt“ noch als irreführend eingestuft (vgl. BGH GRUR 1972, 129).

⁵¹² Vgl. nur BGH GRUR 1996, 985, 986 („PVC-frei“); BGH GRUR 1996, 793, 795 („Fertiglesebrillen“); GRUR 2000, 760, 761 („Shareware-Version“).

⁵¹³ Ahrens, WRP 1999, 389, 397.

⁵¹⁴ BGH GRUR 1996, 985, 987 („PVC-frei“).

bb) Überprüfung des Irreführungsverbotes am Maßstab der Verhältnismäßigkeit

Mit der Entscheidung „Klosterbrauerei“⁵¹⁵ vom 7. 11. 2002 erweiterte der BGH den Anwendungsbereich der Interessenabwägung auf sachlich unzutreffende Angaben und stellte gleichzeitig das Irreführungsverbot unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit. Eine bestehende Irreführung Gefahr kann demnach in besonderen Ausnahmefällen hinzunehmen sein, wenn die Gefahr einer Irreführung gering ist.⁵¹⁶

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die beklagte „Klosterbrauerei“ bringt von ihr hergestelltes Bier unter den Bezeichnungen „Kloster Pilsner“ und „Sigel Kloster Pilsner“ teilweise schon seit 1868 auf den Markt. Daneben wirbt die Brauerei mit einer Abbildung eines roten Wachssiegels, auf dem ein Mönch mit einem gefüllten Bierhumpen zu sehen ist. Tatsächlich waren und sind an der Herstellung des Bieres weder Mönche beteiligt noch wird eine klösterliche Brau-Rezeptur verwendet. Der Bezug zu einem Kloster besteht lediglich darin, dass die ursprüngliche Braustätte auf dem neben einer Klosterkirche gelegenen Areal eines bereits in der Reformationszeit aufgegebenen Klosters lag. Zwei Benediktiner-Abteien mit eigenen Klosterbrauereien machten geltend, die Beklagte verstoße mit der Verwendung „Kloster“ in Produkt- und Unternehmenskennzeichen gegen das Irreführungsverbot. Der BGH verneinte die Anwendung des Irreführungsverbotes und sah es auf Grund einer Interessenabwägung mit einem ausdrücklichen Hinweis auf die „Darbo“-Entscheidung des EuGH als unverhältnismäßig an, die objektiv unzutreffenden Bezeichnungen zu untersagen. Auch wenn im Allgemeinen das Interesse des Werbetreibenden an der Weiterverwendung einer irreführenden Angabe nicht schutzwürdig sei, könne es im Einzelfall das Schutzbedürfnis der Allgemeinheit und der Mitbewerber überwiegen. Im konkreten Fall sei auf der einen Seite zu berücksichtigen, dass die Fehlvorstellungen, welche die Bezeichnungen „Klosterbrauerei“ und „Klosterbrauerei“ beim Verbraucher bewirkten, für die Kaufentscheidung nur von geringem Gewicht seien. Andererseits ergebe sich ein Interesse der Beklagten an den angegriffenen Bezeichnungen vor allem aus der über langen Zeit unbeanstandeten Verwendung dieser Begriffe. Damit sei ihr ein wertvoller Besitzstand zugewachsen, auf den sie sich berufen könne.⁵¹⁷

⁵¹⁵ BGH WRP 2003, 747 ff. („Klosterbrauerei“).

⁵¹⁶ BGH WRP 2003, 747, 750 („Klosterbrauerei“).

⁵¹⁷ BGH WRP 2003, 747, 749, 750 („Klosterbrauerei“).

Trotz der neuen Ansätze zur Präzisierung in der Entscheidung „Klosterbrauerei“ besteht über die Auslegung und Anwendung der Interessenabwägung noch vielfach Unklarheit.⁵¹⁸ *Beater* kritisiert zu Recht, dass für die einzelfallbezogene Interessenabwägung bis heute „kaum scharfkantige Regeln“ bestehen und diese trotzdem zum Anlass für „handfeste Unterscheidungen“ genommen wurde.⁵¹⁹

cc) Verwendung normativer Elemente im Markenrecht

Auch in die Bewertung der markenrechtlichen Irreführungsgefahr flossen in letzter Zeit verstärkt normative Elemente ein. So hat der BGH das aus §§ 127 Abs. 1, 128 Abs. 1 MarkenG folgende Verbot der irreführenden Verwendung geographischer Herkunftsangaben in mehreren Entscheidungen ausdrücklich unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit gestellt.⁵²⁰ Der BGH prüft in diesem Rahmen, ob das vorhandene Irreführungspotenzial in Abwägung gegenüber den berechtigten Unternehmensinteressen und der Frage nach der Schutzwürdigkeit der tatsächlichen Verbrauchervorstellungen ausreicht, um die betreffende Angabe gem. §§ 127 Abs. 1, 128 MarkenG zu verbieten.⁵²¹

In der „Warsteiner II“-Entscheidung hatte sich der BGH mit der Frage auseinander zu setzen, ob für ein in Paderborn gebrautes Bier die geographische Herkunftsangabe „Warsteiner“ verwendet werden durfte. Die vom BGH durchgeführte Interessenabwägung fiel zu Gunsten der beklagten Brauerei aus: Es sei zu berücksichtigen, dass sich der Markeninhaber mit der Marke „Warsteiner“ ein wertvolles Kennzeichen, das zugleich auch Unternehmenskennzeichen sei, aufgebaut habe. Es erweise sich als ein Gebot wirtschaftlicher Vernunft, die Kennzeichnungskraft des weithin bekannten Unternehmenskennzeichens auch bei der Vergrößerung des eigenen Unternehmens einzusetzen. Zu den Gegebenheiten eines Unternehmens gehöre es auch, dass dieses weitere Produktionsstätten an anderen Orten aufbaue oder erwerbe, um weiter expandieren zu können. Es bestehe daher ein berechtigtes Interesse daran, die Unternehmensstrategie unter Beibehaltung des wichtigsten immateriellen Gutes, der Marke Warsteiner, fortzusetzen. Dieses Interesse gewinne dadurch an Gewicht, dass die unternehmeri-

⁵¹⁸ Wuttke, WRP 2003, 839; ders., WRP 2004, 1 820, 827.

⁵¹⁹ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, § 15 Rn. 162; kritisch auch Wuttke, WRP 2004, 820, 827: „Insgesamt betrachtet ist die Interessenabwägung ein Fremdkörper geblieben, da über ihre richtige Anwendung und Auslegung in der Rechtsprechung vielfach Unklarheit herrschte.“

⁵²⁰ BGH GRUR 1999, 252, 255 („Warsteiner II“); BGH WRP 2001, 1450, 1452 („Warsteiner III“); BGH WRP 2002, 1286, 1288 („Original Oettinger“).

⁵²¹ BGH GRUR 1999, 252, 255 („Warsteiner II“); vgl. hierzu Scherer, WRP 2000, 362, 364.

schen Entscheidungen auch hinsichtlich der Braustätte Paderborn weiterhin am Unternehmenssitz in Warstein getroffen würden. Nach Ansicht des BGH konnten diese Interessen des Markeninhabers jedoch nur durchgreifen, wenn bei der Verwendung der Marke „Warsteiner“ durch deutlich entlokalisierende Zusätze auf die Besonderheiten der Produktionsstätte in Paderborn hingewiesen wurde und verbleibende Fehlvorstellungen des Verkehrs daneben nicht ins Gewicht fielen.⁵²²

b) Die normative Festlegung der Irreführungsquote

Auch die Festlegung einer Irreführungsquote ist das Ergebnis normativer Wertungen. Die Entscheidung, ob diese Quote hoch oder niedrig anzusetzen ist, lässt sich nur mit rechtlichen Maßstäben treffen.⁵²³ Nach ständiger Rechtsprechung genügte es in der Vergangenheit, dass eine Irreführungsgefahr bei einem nicht völlig unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise eintrat. Im Regelfall erachtete der BGH bereits einen Anteil von 10 – 15 % Irreführter als ausreichend. Für die Bestimmung dieser Mindestanzahl von Getäuschten fehlten allerdings rechtssicher anwendbare Anhaltspunkte.⁵²⁴ Logisch zwingend konnte man weder die vom BGH gezogene Grenze noch irgendeinen anderen Prozentsatz begründen – es handelte sich bei dieser Grenzziehung vielmehr um eine wertende Entscheidung, welchen Umfang von abweichender Verkehrsauffassung man im konkreten Fall für ein Irreführungsverbot genügen ließ.⁵²⁵ Der rein empirische Ansatz versagte demnach bereits bei der Frage, wie groß der Teil der angesprochenen Verkehrskreise, bei dem die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, sein muss, um eine Irreführung bejahen zu können.⁵²⁶

Abhängig war die Höhe der Eingriffsschwelle, d.h. der Mindestanzahl von Getäuschten, jenseits derer eine Werbung als irreführend eingestuft wurde, von der Beurteilung der jeweiligen Besonderheiten des konkreten Falles und vom Er-

⁵²² BGH GRUR 1999, 252, 255 („Warsteiner II“). – Vgl. zu den sog. entlokalisierenden Zusätzen allgemein Fezer, MarkenR, § 127 Rn. 8, 17 ff.

⁵²³ Baudenbacher/*Glöckner*, Art. 3 lit. b, Rn. 70; Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 15 Rn. 89; Gloy/Loschelder-*Helm*, Hdb. WettbewerbsR., § 53 Rn. 33; Büttner, GRUR 1996, 533, 535; Dethloff, S. 17.

⁵²⁴ Lettl, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 46.

⁵²⁵ Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 203; Strepp, S. 48 f.

⁵²⁶ Büttner, GRUR 1996, 533, 535; Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 430 f.

gebnis einer hierfür vorzunehmenden Interessenabwägung.⁵²⁷ Dieser Ansatz wurde besonders deutlich in dem Urteil „Schlussverkaufswerbung“, in dem sich der BGH mit der Annahme des Berufungsgerichts auseinander zu setzen hatte, eine Quote von 9 % Irreführter sei schon deshalb nicht unbeachtlich, weil sie nur knapp unter dem Wert von 10 % liege, bei dem eine Irreführung im Allgemeinen angenommen werden könne. Dazu führte der BGH aus: „Das Berufungsgericht hat hierbei nicht hinreichend beachtet, dass die Frage, wann ein im Sinne des § 3 UWG irreführter Teil als nicht unerheblich zu beurteilen ist, nur unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles beurteilt werden kann, wobei sich je nach Art und Grad einer Irreführung ... unterschiedliche Grenzen ergeben können.“⁵²⁸

3. Unterschiedliche Ansätze von BGH und EuGH

Auch wenn die normativen Elemente im deutschen Lauterkeitsrecht in den letzten Jahren immer deutlicher in den Vordergrund getreten sind und eine schrittweise Anpassung an das europäische Verbraucherleitbild erfolgt ist, änderte dies nichts daran, dass die theoretischen Ansätze von BGH und EuGH zur methodischen Feststellung einer Irreführungsgefahr in der Vergangenheit stets grundverschieden waren.⁵²⁹ Der EuGH ermittelte das Verkehrsverständnis ausschließlich normativ unter Zugrundelegung des Leitbildes eines mündigen und informationswilligen Verbrauchers. Demgegenüber bestimmte der BGH das Vorliegen einer Irreführungsgefahr empirisch auf Grund des tatsächlichen Verständnisses des angesprochenen Verkehrs. Lediglich in einem zweiten Schritt konnte der empirische Verkehrsbegriff durch normative Erwägungen „korrigiert“ werden.⁵³⁰

Trotz dieser unterschiedlichen theoretischen Ansätze bestanden zwischen der nationalen und der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die praktischen Ergebnisse in der Vergangenheit bereits keine großen Unterschiede mehr.⁵³¹ Denn mit Hilfe des geänderten Verbraucherleitbildes und der „normativen Korrektur“ im Anschluss an die empirische Feststellung brachte

⁵²⁷ BGH WRP 1987, 242, 243 („Schlussverkaufswerbung“); BGH GRUR 1994, 519, 521 („Grand Marnier“); BGH WRP 1999, 1145, 1147 („Tierheilpraktiker“); vgl. auch: Tepplitzky, FS Vieregge, S. 857; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 93.

⁵²⁸ BGH WRP 1987, 242, 243 („Schlussverkaufswerbung“).

⁵²⁹ Scherer, GRUR 2000, 273, 274; Büttner, GRUR 1996, 533, 540.

⁵³⁰ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 94.

⁵³¹ Büttner, GRUR 1996, 533, 540; Ahrens, WRP 1999, 389, 398.

der BGH seine Rechtsprechung zumindest im Ergebnis bereits in die Nähe der Judikatur des EuGH.⁵³²

4. Die Rechtsprechung des BGH im Wandel

Ungeachtet zahlreicher kritischer Stimmen in der Literatur⁵³³ und trotz des sich bereits abzeichnenden Wandels des Verbraucherleitbildes hielt der BGH zunächst an der tatsächlich-empirischen Feststellung einer Irreführungsgefahr fest.⁵³⁴ Auch für das Verständnis eines situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers schienen somit weiterhin in erster Linie die tatsächlichen Verbrauchervorstellungen maßgeblich.⁵³⁵ Verschiedene Entscheidungen aus jüngerer Zeit lassen jedoch erkennen, dass sich die Rechtsprechung des BGH zur Feststellung der Verkehrsauffassung im Umbruch befindet.⁵³⁶ Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit der Ermittlung der tatsächlichen Verkehrsauffassung nach der Rechtsprechung des BGH in Zukunft noch eine Bedeutung zukommt.

a) Die Entscheidung „Elternbriefe“

Für die Abkehr vom empirischen Ansatz und die Annäherung an ein normatives Verbraucherleitbild spricht die Entscheidung „Elternbriefe“⁵³⁷ vom 18. Oktober 2001. Darin hat der BGH die sog. „Bärenfang“-Doktrin aufgegeben, indem er eine wichtige Kurskorrektur bei der richterlichen Feststellung der maßgeblichen Auffassung kraft eigener Sachkunde und Lebenserfahrung vorgenommen hat. Der BGH teilt in dieser Entscheidung die „revolutionäre Erkenntnis“⁵³⁸ mit, dass für die Bejahung und die Verneinung einer bestimmten Verkehrsauffassung kei-

⁵³² Vgl. etwa BGH GRUR 1994, 519, 521 („Grand Marnier“); BGH WRP 1996, 985, 986 („PVC-frei“); BGH WRP 1999, 1145, 1147 („Tierheilpraktiker“).

⁵³³ Ahrens, WRP 1999, 389, 398; Drexler, in: Schrickler/Henning-Bodewig, S. 178; Fezer, WRP 1995, 671, 675; Scherer, WRP 1999, 991, 992; dies., GRUR 2000, 273, 275.

⁵³⁴ Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 47. Kap., Rn. 4; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 74; Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 53.

⁵³⁵ BGH GRUR 2000, 239, 240 („Last-Minute-Reise“); BGH WRP 2000, 1284, 1287 („Stich den Buben“).

⁵³⁶ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 184; ders., WuB V B. § 1 UWG 4.02; Köhler, Anm. zu BGH LM § 1 UWG Nr. 863 („Elternbriefe“); Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 75; Plaß, in: HK-WettbewerbsR., § 3 Rn. 16 f.; vgl. auch Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 198: „Der BGH hat sich noch nicht festgelegt.....“.

⁵³⁷ BGH GRUR 2002, 550, 552 („Elternbriefe“); bestätigt durch BGH WRP 2003, 275, 277 („Thermal Bad“).

⁵³⁸ Ullmann, GRUR 2003, 817, 818.

ne unterschiedlichen Anforderungen gelten. Die entgegenstehende frühere Ansicht, wonach für die Feststellung der Verkehrsauffassung bei der Verneinung einer Irreführungsfahr höhere Anforderungen gelten sollten, beruhte nach Ansicht des BGH auf der Erwägung, dass die Verkehrsauffassung uneinheitlich sei, weil sie davon abhängt, wie aufmerksam, informiert und verständlich die einzelnen Verbraucher (tatsächlich) seien. Da nach der neueren Rechtsprechung jedoch nur noch „die Vorstellung eines situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“ maßgeblich sei, könne es nicht auf möglicherweise hiervon abweichende Anschauungen einer Minderheit von Verbrauchern ankommen. Daher mache es grundsätzlich keinen Unterschied, ob der Tatrichter seine Sachkunde und Lebenserfahrung zur Bejahung oder zur Verneinung einer Irreführungsfahr einsetzen möchte.⁵³⁹

aa) Folgerungen aus der Entscheidung „Elternbriefe“

Im Hinblick auf das zwischenzeitlich geänderte Verbraucherleitbild ist die „Elternbriefe“-Entscheidung des BGH konsequent, denn die Unterscheidung danach, ob der Richter die eigene Sachkunde zur Bejahung oder zur Verneinung der Irreführung einsetzte, erschien mit dem Wandel des Leitbildes nicht mehr zu rechtfertigen. Denn soweit bei der Ermittlung des Verkehrsverständnisses nur noch die Vorstellung eines aufmerksamen Verbrauchers maßgeblich ist, kann es auf hiervon abweichende Ansichten konsequenterweise nicht mehr ankommen.⁵⁴⁰ Dies hat der BGH ausdrücklich in der Entscheidung „Elternbriefe“ festgestellt. Damit lässt er erkennen, dass der Ermittlung der tatsächlichen Verkehrsauffassung zumindest im Grundsatz keine weitere Bedeutung mehr zukommt.⁵⁴¹ Denn offenbar ist – entsprechend dem normativen Ansatz – nur noch entscheidend, wie eine Werbeaussage von *einer* bestimmten Person, nämlich der Durchschnittsperson des maßgeblichen Personenkreises, verstanden wird.⁵⁴² Abweichende, in der Realität durchaus vorkommende Auffassungen werden wegen der Maßgeblichkeit einer einheitlichen Verbraucherauffassung für die rechtliche Bewertung als unerheblich angesehen. Konsumenten bleiben daher wettbewerbsrechtlich ungeschützt, soweit sie Anschauungen vertreten oder Vorstellungen unterliegen, die von denen des Durchschnittsverbrauchers abweichen.

⁵³⁹ BGH GRUR 2002, 550, 552 („Elternbriefe“).

⁵⁴⁰ Bornkamm, WRP 2000, 830, 832, 833; Sosnitza, ZLR 2003, 482, 483.

⁵⁴¹ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 184 (vgl. insbesondere auch Fn. 913).

⁵⁴² Lettl, Das neue UWG, Rn. 126; vgl. auch: Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 275.

Bei dieser Durchschnittsperson handelt es sich um eine „Kunstfigur“ des Rechts.⁵⁴³ Es muss in der Gruppe der realen Verbraucher keine Person geben, die seine Eigenschaften und Fähigkeiten besitzt. Grundsätzlich ist es daher möglich, dass eine Vielzahl von Personen tatsächlich irregeführt wird, während der Durchschnittsverbraucher keinem Irrtum unterliegt.⁵⁴⁴

bb) Erweiterung der richterlichen Kompetenz

Mit der gleichzeitigen Feststellung, dass es wegen der Maßgeblichkeit der Vorstellung eines Durchschnittsverbrauchers keinen Unterschied macht, ob der Richter seine Sachkunde und Lebenserfahrung zur Bejahung oder zur Verneinung einer Irreführungsgefahr einsetzen möchte, gesteht der BGH den Gerichten einen wesentlich weiteren Beurteilungsspielraum zu als bisher.⁵⁴⁵ Künftig liegt es allein in ihrer Entscheidungsmacht, nicht nur aus eigener Sachkunde eine Irreführung zu bejahen, sondern auch eine solche zu verneinen. Diese Erweiterung der richterlichen Kompetenz dürfte zur Folge haben, dass Beweiserhebungen durch Verkehrsbefragungen noch weiter und damit auf ein Minimum zurückgehen.⁵⁴⁶ Denn im Regelfall wird die eigene Sachkunde und Lebenserfahrung des Gerichts bei der Werbung für Alltagsgegenstände zu bejahen sein. Lediglich bei speziellen Angeboten und „exotischen“ Sachverhalten, die nur mit besonderem Fachwissen beurteilt werden können, wird es dem Gericht unter Umständen an der nötigen Sachkunde fehlen. Nur noch in diesen Fällen kommt die Einholung eines Sachverständigengutachtens oder einer Verkehrsbefragung in Betracht. Damit ergibt sich eine weitere Angleichung an den europäischen Standard: Denn auch nach dem Verständnis des EuGH ist die Ermittlung des tatsächlichen Verbraucherverständnisses nur dann erforderlich, wenn die Lebenserfahrung oder die Sachkunde des Gerichts zur Beurteilung des konkreten Falles nicht ausreicht.⁵⁴⁷

Abschließend lässt sich festhalten, dass der BGH mit seinen Ausführungen in der Entscheidung „Elternbriefe“ in erster Linie auf die wertende Ermittlung der Auffassung des Durchschnittsverbrauchers abzielt und damit eine vorsichtige Hinwendung zum normativen Verbraucherbegriff des EuGH vornimmt. Die

⁵⁴³ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 277; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 88; a.A. Ahrens/Bähr, 27. Kap., Rn. 10.

⁵⁴⁴ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 77.

⁵⁴⁵ Lettl, Das neue UWG, Rn. 455.

⁵⁴⁶ Ullmann, GRUR 2003, 817, 819; Köhler, Anm. zu BGH LM § 1 UWG Nr. 863 („Elternbriefe“).

⁵⁴⁷ Vgl. hierzu ausführlich 1. Kap. C III.

Richter brauchen demnach regelmäßig nicht (mehr) zu ermitteln, ob real existierende Verbraucher irreführt werden. Ihnen wird vom BGH die Kompetenz eingeräumt, abstrakt festzulegen, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher die Angabe wahrscheinlich auffassen wird.⁵⁴⁸

b) Die Feststellung der Auffassung der Durchschnittsperson

Korrekturen gegenüber seiner früheren Rechtsprechung hat der BGH auch in Bezug auf die Ermittlung der Verkehrsauffassung vorgenommen. Bis in die jüngste Vergangenheit wurde das Verständnis der Verbraucher unmittelbar durch das Gericht als „offenkundige Tatsache“ nach § 291 ZPO festgestellt, wenn sich das Gericht zu den angesprochenen Verkehrskreisen zählte.⁵⁴⁹ Nach dieser Bestimmung bedürfen „Tatsachen, die bei dem Gericht offenkundig sind, ... keines Beweises.“ Der Anwendung des § 291 ZPO durch den BGH lag damit die Vorstellung zu Grunde, dass es sich bei dem Satz, wonach die angesprochenen Verkehrskreise die jeweilige Angabe auf eine bestimmte Weise verstünden, um eine Tatsache handelte.⁵⁵⁰ Denn nach nahezu einhelliger Meinung gilt § 291 ZPO nur für Tatsachen und nicht für Rechts- oder Erfahrungssätze.⁵⁵¹ In der Entscheidung „Marktführerschaft“⁵⁵² vom 2. Oktober 2003 hat der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung mit der BGH-typischen Formulierung („soweit der Senatsentscheidung eine andere Auffassung entnommen werden kann, wird an ihr nicht festgehalten“) ausdrücklich aufgegeben und ist damit von älteren Entscheidungen abgerückt.⁵⁵³

aa) Die Entscheidung „Marktführerschaft“

Der BGH hatte in diesem Fall darüber zu entscheiden, ob sich das OLG Hamburg bei der rechtlichen Bewertung einer Anzeige des Magazins „Focus“ auf eigene Sachkunde berufen konnte. Das Konkurrenzmagazin „Der Spiegel“ hatte den „Focus“ wegen einer in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung veröffentlichten Anzeige verklagt, da der „Focus“ darin seine vermeintliche Marktführerschaft dargestellt hatte. „Der Spiegel“ machte in seiner Klage geltend, dass bei

⁵⁴⁸ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 75; a.A. Fezer/Peifer, § 5 Rn. 214.

⁵⁴⁹ BGH WRP 1990, 699, 700 („Meister-Kaffee“); BGH WRP 1992, 469, 470 („Beschädigte Verpackung I“).

⁵⁵⁰ Bornkamm, WRP 2000, 830, 834.

⁵⁵¹ Prütting, in: MünchKomm-ZPO § 291 Rn. 3; Musielak/Huber, § 291 Rn. 1.

⁵⁵² BGH GRUR 2004, 244 ff. („Marktführerschaft“).

⁵⁵³ Hoeren, EWiR § 3 UWG 3/04, 619.

Zugrundelegung der verkauften Auflage der „Spiegel“ dem „Focus“ jedoch deutlich überlegen sei. Die Marktführerschaft des „Focus“ beziehe sich lediglich auf die tatsächliche Reichweite, die allerdings nur schwer aussagekräftig zu ermitteln sei. Das OLG Hamburg betonte in seiner Entscheidung die eigene Sachkunde als angesprochener Leserkreis und sah die Anzeige als irreführend an, da erhebliche Teile des angesprochenen Publikums der Anzeige auch eine Aussage über die Verkaufszahlen entnähmen.

Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision des „Focus“ blieb ohne Erfolg. Der BGH verwarf die Auffassung der Revision, dass das OLG-Urteil schon deswegen falsch sei, weil das Oberlandesgericht eine abweichende Auslegung der Anzeige nicht zum Gegenbeweis angenommen habe. Die Verkehrsauffassung sei keine Tatsache i.S.v. § 291 ZPO, im Rahmen dessen ein Gegenbeweis möglich gewesen wäre.⁵⁵⁴ Der BGH nimmt an, dass die Frage, wie die angesprochenen Verkehrskreise eine bestimmte Werbung verstehen, nicht offenkundig sein könne, weil sich die Feststellung der Verkehrsauffassung auf Erfahrungswissen stütze und § 291 ZPO hingegen nur Tatsachen und nicht Erfahrungssätze betreffe. Ermittle der Richter das Verständnis des Verkehrs ohne sachverständige Hilfe, dann tue er dies nicht, weil die Verkehrsauffassung offenkundig wäre und deswegen keines Beweises bedürfe, sondern weil er davon ausgehe, auf Grund eigenen Erfahrungswissens selbst über die erforderliche Sachkunde zu verfügen. Ob diese Beurteilung zutrifft, bestimme sich grundsätzlich nach den Regeln, die auch sonst bei der Beantwortung der Frage gelten, ob ein Gericht auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens verzichten und statt dessen auf Grund eigener Sachkunde entscheiden kann.⁵⁵⁵

bb) Die Verkehrsauffassung als Ergebnis einer Wertung

Wie bereits in der Entscheidung „Elternbriefe“ zeigen sich auch in diesem Urteil Abkehrtendenzen von der empirischen Feststellung der Verkehrsauffassung. Da die Verbraucherauffassung das Ergebnis einer Wertung auf Tatsachengrundlage ist, betont der BGH zutreffend, dass diese nicht i.S.v. § 291 ZPO offenkundig sein kann, da § 291 ZPO nur Tatsachen betrifft.⁵⁵⁶ Gleichzeitig öffnet die Entscheidung des BGH ausdrücklich einen sehr breiten Raum für die Inanspruchnahme eigener Sachkunde der Gerichte: Diese müssen sachverständige Hilfe künftig nur noch dann in Anspruch nehmen, wenn sie selbst nicht hinreichend

⁵⁵⁴ BGH GRUR 2004, 244, 245 („Marktführerschaft“).

⁵⁵⁵ BGH GRUR 2004, 244, 245 („Marktführerschaft“).

⁵⁵⁶ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 81.

sachkundig sind.⁵⁵⁷ Das entscheidende Gericht kann somit eine bestimmte Verbraucherauffassung annehmen, auch wenn für eine abweichende Ansicht Beweis angetreten ist.⁵⁵⁸

Eine entsprechende Sachkunde ist nach Ansicht des BGH im Allgemeinen anzunehmen, wenn die urteilenden Richter selbst zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören – seit der Entscheidung „Elternbriefe“ unabhängig davon, ob eine Irreführung bejaht oder verneint werden soll. Die Richter können jedoch auch dann über hinreichende Sachkunde verfügen, wenn keiner von ihnen durch die entsprechende Werbung angesprochen wird: Der BGH betont, dass sich kein Rechtssatz des Inhalts aufstellen lässt, dass in diesem Fall eine beantragte Beweiserhebung stets geboten ist. Zum einen könne die Frage der Irreführung auch von demjenigen beurteilt werden, der den betreffenden Artikel nicht nachfrage. Zum anderen verfügten ständig mit Wettbewerbssachen befasste Gerichte auf Grund ihrer besonderen beruflichen Erfahrung häufig über die erforderliche Sachkunde, um eigenständig beurteilen zu können, wie Fachkreise eine Werbeaussage verstehen.⁵⁵⁹

c) Die Entscheidung „Mindestverzinsung“

Schwierigkeiten im Hinblick auf die Feststellung der maßgeblichen Verkehrsauffassung wirft das Urteil „Mindestverzinsung“ auf.⁵⁶⁰ Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Eine unter anderem im Immobiliengeschäft tätige Aktiengesellschaft hatte interessierten Anlegern angeboten, sich an ihrem Unternehmen als atypische stille Gesellschafter mit Einmaleinlagen ab 5 000 DM oder Rateneinlagen ab 50 DM pro Monat zu beteiligen. In ihrem Emissionsprospekt machte die Aktiengesellschaft unter dem Stichwort „Mindestverzinsung“ die Angabe, dass 6 % der zur Zeit der erbrachten Einlage jahresdurchschnittlich ergebnisunabhängig vertraglich zugesichert seien. Auch wurde darauf hingewiesen, dass eine Mindestverzinsung in Höhe von 6 % p.a. für die Vertragslaufzeit als zugesichert gelte und auf höhere Gewinne angerechnet werde. Die Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. sah in diesen Angaben eine Irreführung, da diese den unzutreffenden Eindruck erweckten, die angegebene

⁵⁵⁷ Ahrens/Bähr, 27.Kap., Rn. 10; Hoeren, EWiR § 3 UWG 3/4, 619, 620. – Dies galt schon auf Grund der Entscheidung „Elternbriefe“, vgl. 4. Kap. B 4 a. bb.

⁵⁵⁸ Lettl, WRP 2004, 1079, 1100; Ahrens/Bähr, 27. Kap., Rn. 14.

⁵⁵⁹ BGH GRUR 2004, 244, 245 („Marktführerschaft“).

⁵⁶⁰ Teplitzky, GRUR 2004, 900, 903.

Verzinsung der Einlage sei unabhängig von der Entwicklung der Ertragslage des Unternehmens sicher zu erreichen. Land- und Oberlandesgericht schlossen sich dieser Auffassung an. Auch der BGH sah in den beanstandeten Angaben eine Irreführung i.S.v. § 3 UWG a.F. Durch die Hinweise auf eine ergebnisunabhängige Mindestverzinsung, die auch auf einen höheren Gewinn anrechenbar sei, entstehe der falsche Eindruck einer Kapitalanlage mit sicherer Rendite. Die in Aussicht gestellte Sicherheit könne die Gesellschaft jedoch nicht bieten, da bei einem unzureichenden Gewinn die Zinsen aus den Einlagen der Gesellschafter aufgebracht werden müssten.⁵⁶¹ In den Entscheidungsgründen stellt der BGH zunächst klar, dass bei der Frage einer Irreführung auf die Sicht eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, der die Werbung mit einer der Situation angemessenen Aufmerksamkeit zur Kenntnis nimmt, abzustellen ist. Im Folgenden führt der BGH jedoch aus, dass die Angabe nicht geeignet sein müsse, sämtliche angesprochen Adressaten irrezuführen. Auch durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher könnten eine Werbeaussage unterschiedlich auffassen und daher genüge es in diesem Fall nicht, dass nur 15 – 20 % der angesprochenen Verbraucher getäuscht würden. Vielmehr müsse die Werbeaussage geeignet sein, Durchschnittsverbraucher „zumindest zu einem erheblichen Teil“ irrezuführen.⁵⁶²

Im Hinblick auf die Feststellung des Verbraucherverständnisses ist die Entscheidung „Mindestverzinsung“ nur schwer einzuordnen.⁵⁶³ Einerseits betont der BGH, dass auch verständige Durchschnittsverbraucher unterschiedlich auffassen könnten und es daher nicht genüge, wenn nur 15 – 20 % der Verbraucher irreführt würden. Auf der anderen Seite stellt der BGH im Rahmen der Begründung doch wieder entscheidend auf das Verständnis eines „verständigen Durchschnittsanlegers“ ab. Angesichts dieser Ausführungen des BGH gilt abzuwarten, ob diese Entscheidung bereits wieder die Abkehr von der Maßgeblichkeit einer Durchschnittsperson darstellt.⁵⁶⁴ Offen bleibt daneben auch, ob und wie das Verständnis unterschiedlicher Teile der „verständigen Verbraucher“ überhaupt empirisch ermittelt werden kann.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ BGH WRP 2004, 225, 226 („Mindestverzinsung“).

⁵⁶² BGH WRP 2004, 225, 226 („Mindestverzinsung“).

⁵⁶³ Teplitzky, GRUR 2004, 900, 903.

⁵⁶⁴ Lettl, Das neue UWG, Rn. 126; ders., WRP 2004, 1079, 1099.

⁵⁶⁵ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 276; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 79; Lettl, WRP 2004, 1079, 1100. – Vgl. hierzu bereits ausführlich 2. Kap. I 2.

III. Zusammenfassung

In die Rechtsprechung des BGH zur Feststellung des Verkehrsverständnisses ist in den letzten Jahren Bewegung gekommen. In verschiedenen Entscheidungen finden sich Anhaltspunkte, die für eine Hinwendung des BGH zum normativen Verbraucherbegriff des EuGH sprechen.

Mit dem Abstellen auf die Vorstellung eines durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers und der dadurch bedingten Unerheblichkeit hiervon abweichender Anschauungen von Minderheiten, kommt den Gerichten heute ein wesentlich weiterer Beurteilungsspielraum zu als in der Vergangenheit. Zwar kann die Auffassung des Durchschnittsverbrauchers keine offenkundige Tatsache i.S.v. § 291 ZPO sein, weil sich die Feststellung des Verbraucherverständnisses nach Ansicht des BGH auf Erfahrungswissen stützt, das nicht durch Zeugenbeweis, sondern gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen zu ermitteln ist. Die Auffassung des maßgeblichen Durchschnittsverbrauchers kann das Gericht jedoch ohne die Einholung eines Sachverständigengutachtens beurteilen, soweit es auf Grund seines Erfahrungswissens selbst über die erforderliche Sachkunde zur Beurteilung des konkreten Falles verfügt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Richter seine Sachkunde und Lebenserfahrung zur Bejahung oder Verneinung einer Irreführung einsetzen möchte. Er kann sogar in den Fällen über die erforderliche Sachkunde verfügen, wenn er selbst dem maßgeblichen angesprochenen Personenkreis nicht angehört. Somit bedarf es sachverständiger Hilfe nur noch dann, wenn mangels eigener Sachkunde und Lebenserfahrung ein Sachverhalt nicht hinreichend sicher beurteilt werden kann.

Im Hinblick auf die Feststellung einer Irreführung auf Grund eigener Sachkunde und Lebenserfahrung bestehen somit keine Unterschiede mehr zwischen der Rechtsprechung des BGH und der normativen Feststellungsweise der Verbraucherauffassung. Auch hier kann der Richter grundsätzlich selbst über die Irreführung entscheiden. Fehlt ihm hierfür die erforderliche Sachkunde, muss er sich sachkundiger Hilfe bedienen.⁵⁶⁶

⁵⁶⁶ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 108.

Soweit der BGH daran festhält, dass eine Beweisaufnahme über die Verkehrsauffassung unter Umständen geboten sein kann, steht dies einem normativen Verbraucherbegriff daher nicht entgegen. Es bedeutet vielmehr eine Selbstverständlichkeit im Vorgehen des Gerichts bei fehlender eigener Sachkunde: In diesem Fall können Verbraucherbefragungen oder Sachverständigengutachten die tatsächliche Grundlage für die wertende Entscheidung des Gerichts bilden. So kann eine statistische Erhebung beispielsweise hilfreiche Informationen liefern, wie sich der Kreis der angesprochenen Verbraucher tatsächlich zusammensetzt und wie informiert, aufmerksam und verständig die jeweiligen Personen tatsächlich sind. Ausgehend von dieser tatsächlichen Grundlage ermittelt der Richter wertend das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers.⁵⁶⁷

C. Das Erfordernis einer Eingriffsschwelle

Vor dem Hintergrund der sich andeutenden Hinwendung der BGH-Rechtsprechung zum normativen Leitbild des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers stellt sich die Frage, ob es künftig der Festlegung einer bestimmten Quote getäuschter Verbraucher, der sog. Eingriffsschwelle, überhaupt noch bedarf.

I. Die Irreführungsquote der deutschen Rechtsprechung

Nach langjähriger Rechtsprechung des BGH setzte eine relevante Irreführungsgefahr nicht voraus, dass die Gesamtheit oder der überwiegende Teil des Verkehrs getäuscht wurde. Vielmehr genügte es, dass bei einem „nicht völlig unbeachtlichen“ bzw. einem „nicht unerheblichen Teil“ der mit der Angabe angesprochenen Verkehrskreise eine unrichtige Vorstellung hervorgerufen wurde.⁵⁶⁸ Diese Feststellung wurde von den Einzelheiten des jeweiligen Falles und insbesondere von dem Inhalt der betreffenden Angabe abhängig gemacht. Bei der praktischen Handhabung des Irreführungsverbotens lautete bis in die jüngste Zeit

⁵⁶⁷ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 81.

⁵⁶⁸ Vgl. nur: BGH GRUR 1955, 37, 40 („Cupresa-Seide“); BGH GRUR 1969, 415, 417 („Kaffeerösterei“); BGH GRUR 1979, 781, 782 („Radikal gesenkte Preise“); BGH GRUR 1987, 171, 172 („Schlussverkaufswerbung“); BGH GRUR 1994, 519, 521 („Grand Marnier“); BGH WRP 1999, 1145, 1147 („Tierheilpraktiker“).

die entscheidende Frage, wie groß die Zahl der tatsächlich getäuschten Verbraucher sein musste, um eine Irreführung zu bejahen.⁵⁶⁹

Eine starre Fixierung auf einen bestimmten Prozentsatz wurde vom BGH zwar stets vermieden, doch erachtete er im Normalfall bei der Werbung mit objektiv unwahren Angaben einen Anteil von 10 – 15 % tatsächlich irreführter Verbraucher als ausreichend, um eine Irreführung i.S.d. § 3 UWG a.F. zu bejahen.⁵⁷⁰ Wenn die Angabe objektiv richtig war, von den Verbrauchern aber falsch verstanden wurde, war in aller Regel eine höhere Irreführungsquote (und eine Interessenabwägung) erforderlich.⁵⁷¹ In besonders sensiblen Produktbereichen wie beispielsweise der Gesundheits- und Umweltwerbung wurden auf Grund der Einstufung der angesprochenen Verkehrskreise als ganz besonders schutzwürdig strengere Maßstäbe angelegt. Die Irreführungsquote lag teilweise nur zwischen fünf und acht Prozent.⁵⁷² Ob der restliche Teil der angesprochenen Verkehrskreise die Angabe richtig verstand, spielte keine Rolle, auch wenn dieser Teil zahlenmäßig (im Regelfall immerhin 85 – 90 % der Verbraucher) bei weitem überwog.⁵⁷³ Die von der Rechtsprechung sehr niedrig angesetzte Irreführungsquote von nur 10 – 15 % konnte logisch zwingend ebenso wenig begründet werden wie jeder sonstige Prozentsatz. Es handelte sich stets um eine normative Entscheidung, welche Anzahl irreführter Verbraucher man zur Bejahung einer Irreführungsgefahr genügen ließ.⁵⁷⁴ Geprägt war diese Entscheidung für eine derart niedrige Irreführungsquote im deutschen Lauterkeitsrecht von dem mittlerweile aufgegebenen Leitbild des flüchtigen und unaufmerksamen Verbrauchers.⁵⁷⁵ Da die ältere Rechtsprechung bereits eine kleine Minderheit der angesprochenen Verkehrskreise als schützenswert betrachtete, orientierte sie sich an einem entsprechend niedrigen Prozentsatz von irreführten Verbrauchern, um von einer relevanten Täuschung zu sprechen.

⁵⁶⁹ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 273 f.

⁵⁷⁰ BGH GRUR 1979, 716, 718 („Kontinent Möbel“); BGH GRUR 1981, 71, 73 („Lübecker Marzipan“); BGH GRUR 1992, 66, 68 („Königl.-Bayerische Weisse“).

⁵⁷¹ BGH GRUR 1995, 60 („Napoleon IV“); BGH GRUR 1996, 985, 986 („PVC-frei“); BGH WRP 1996, 729, 731 („Der meistverkaufte Europas“); vgl. auch Henning/Bodewig/Schricker, in: Schricker, Recht der Werbung, Bd. I (Deutschland), Rn. 110.

⁵⁷² BGH GRUR 1980, 797, 799 („Topfit Boonekamp“); BGH GRUR 1991, 546, 547 („aus Altpapier“).

⁵⁷³ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 274; Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 204.

⁵⁷⁴ Vgl. hierzu bereits ausführlich 2. Kap. B II 2 b.

⁵⁷⁵ Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 204.

Da die Rechtsprechung inzwischen die Vorstellung einer angemessen informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsperson zu Grunde legt, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dieses neue Leitbild auf die Irreführungsquote hat. Nach überwiegender Meinung in der Literatur ist ein niedriger Prozentsatz von 10 – 15 %, wie er früher im Regelfall zur Bejahung einer Irreführung verlangt wurde, mit dem neuen deutschen Verbraucherleitbild nicht mehr in Einklang zu bringen.⁵⁷⁶ Von den Vertretern der empirisch verankerten Feststellungsweise wird überwiegend eine Anhebung der relevanten Irreführungsquote als ausreichend angesehen. Über die Höhe der künftig maßgeblichen Quote besteht allerdings Uneinigkeit. Mehrheitlich wird im Schrifttum für eine Erhöhung der Quote auf etwa ein Fünftel bis ein Drittel plädiert.⁵⁷⁷ Das OLG Köln hat trotz des Abstellens auf das neue Verbraucherleitbild jüngst eine Irreführungsquote von 11 % der angesprochenen Konsumenten als ausreichend angesehen, um eine Irreführungsgefahr zu bejahen.⁵⁷⁸

In der Rechtsprechung des BGH fehlen bislang klare Hinweise darauf, ob und inwieweit es in Zukunft bei Zugrundelegung des geänderten Verbraucherleitbildes auf eine Irreführungsquote überhaupt noch ankommt und in welchem Bereich diese gegebenenfalls anzusiedeln ist. Auf der einen Seite betont der BGH, dass es wegen der Maßgeblichkeit der Vorstellung eines Durchschnittsverbrauchers nicht auf abweichende Anschauungen einer Minderheit ankommt. Damit lässt er erkennen, dass es im Grundsatz nicht mehr der Festlegung einer bestimmten Quote bedarf.⁵⁷⁹

⁵⁷⁶ Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.51; Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 200; Hasseblatt/Eichmann, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rn. 59; a.A. Gloy/Loschelder-Helm, Hdb. WettbewerbsR., § 53 Rn. 34: „Das neue Verbraucherleitbild ... zwingt nicht zu einer allgemeinen Anhebung der Untergrenze der Unerheblichkeit von Mindermeinungen.“

⁵⁷⁷ Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 200 (Quote oberhalb von 20 %); Leible, EuZW 1998, 528, 529 (Eingriffsschwelle möglicherweise bei „nunmehr 20-25 % oder erst bei 50 % oder gar mehr“ anzusetzen); Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 2.104 (Ausgangspunkt für den Regelfall eine Quote von einem Viertel bis einem Drittel); Büttner, GRUR 1996, 533, 538 („Mindest-Irreführungsquoten von ca. 20 % in Normalfällen“); Hasseblatt/Eichmann, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rn. 59 (Irreführungsquote bei zutreffenden Angaben im Bereich von 15-20 % als Orientierungswert, „wenn trotz der Neuausrichtung des Verbraucherleitbildes überhaupt noch eine demoskopische Erhebung durchgeführt wird“); Wuttke, WRP 2004, 820, 824 (Die Irreführungsquote wird im Regelfall „weit über den bislang gültigen 10 – 15 % liegen.“).

⁵⁷⁸ OLG Köln, ZLR 2004, 504, 507 („Ohne kochen hergestellt II“).

⁵⁷⁹ Lettl, WuB V B. § 1 UWG 4.02; ders., Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 184; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 91; Köhler, Anm. zu BGH LM § 1 UWG Nr. 863 („Elternbriefe“).

Andererseits hat der BGH in der Entscheidung „Mindestverzinsung“ unlängst ausgeführt, dass es für eine Irreführung nicht genüge, wenn nur etwa 15 – 20 % der angesprochenen Verbraucher irreführt würden. Vielmehr müsse eine Werbeaussage geeignet sein, einen „erheblichen Teil“ der verständigen Verbraucher in die Irre zu führen.⁵⁸⁰ Unklar bleibt dabei allerdings, wann von einer Erheblichkeit der angesprochenen Verkehrskreise ausgegangen werden kann.⁵⁸¹

II. Unerheblichkeit einer Eingriffsschwelle bei normativer Feststellung einer Irreführungsgefahr

1. Das Verständnis eines Durchschnittsverbrauchers

Solange die Rechtsprechung entscheidend darauf abstellte, wie die Verbraucher eine Angabe tatsächlich verstanden, mochte die Irreführungsquote grundsätzlich ein geeignetes Kriterium sein, um eine uferlose Anwendung des Irreführungsverbot zu verhindern.⁵⁸² Im Fall einer empirischen Feststellung der Irreführungsgefahr machte es daher Sinn, nach dem Teil des angesprochenen Verkehrs zu fragen, der tatsächlich einer Irreführung zu erliegen drohte.

Bei Zugrundelegung eines normativen Verbraucherbegriffes spielt der Prozentsatz der Umworbenen, der durch eine Werbung tatsächlich irreführt wird, jedoch grundsätzlich keine Rolle mehr. Denn das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers wird wertend durch das Gericht festgestellt, nicht aber durch empirische Erhebungen ermittelt. Maßgeblich ist daher nicht das Verständnis einer bestimmten Anzahl von Verbrauchern, sondern nur noch das Verständnis *eines* (fiktiven) Durchschnittsverbrauchers. Damit ist die Frage nach dem Anteil des Verkehrs, der tatsächlich einer Irreführung zu erliegen droht, obsolet – denn die Gefahr besteht nur noch im Rechtssinne für den wertend bestimmten Typus des informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Verbrauchers,

⁵⁸⁰ BGH WRP 2004, 225, 226 („Mindestverzinsung“).

⁵⁸¹ Hoeren, EWiR § 3 UWG 1/04, 203, 204.

⁵⁸² So Sack, WRP 2004, 521, 526.

nicht aber tatsächlich.⁵⁸³ Daher genügt es nicht, in Zukunft einfach eine höhere Irreführungsquote festzusetzen.⁵⁸⁴

2. Der Prozentsatz tatsächlich irreführter Personen als Indiz

Der Prozentsatz tatsächlich getäuschter Personen kann allerdings zumindest mittelbar auch im Rahmen der normativen Feststellung der Verkehrsauffassung eine Rolle spielen.⁵⁸⁵ Ist das Gericht einmal nicht in der Lage, auf Grund eigener Sachkunde und Lebenserfahrung über eine Irreführung des maßgeblichen Durchschnittsverbrauchers zu entscheiden, kann die empirisch ermittelte Irreführungsquote zumindest ein Indiz dafür geben, wie ein Durchschnittsverbraucher das Werbeverhalten verstehen würde. Die Kenntnis der tatsächlichen Verkehrsauffassung kann dem Gericht bei der wertenden Betrachtung hilfreich sein, was der Eindruck des Durchschnittsverbrauchers ist.⁵⁸⁶

Wird ein Großteil der angesprochenen Verbraucher tatsächlich irreführt, spricht einiges dafür, dass auch ein durchschnittlich informierter, situationsadäquat aufmerksamer und verständiger Verbraucher einer Fehlvorstellung unterliegt.⁵⁸⁷ Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung kann somit als abwägungsrelevanter Umstand berücksichtigt werden, wie viele Verbraucher des maßgeblichen Personenkreises eine Angabe in einer bestimmten Weise auffassen.⁵⁸⁸ Der Nachweis einer gewissen Zahl tatsächlicher Irreführungsfälle führt jedoch nicht zu dem zwingenden Schluss, dass dann in diesem Fall auch eine irreführende Angabe vorliegt. Ausgehend hiervon hat das Gericht wertend

⁵⁸³ Scherer GRUR 2000, 273, 274; Lettl, Das neue UWG, Rn 126; ders., NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 47; Berlit, Wettbewerbsrecht, Rn. 151. – Vgl. hierzu bereits 1. Kap. C III.

⁵⁸⁴ Baumbach/Hefermehl/Bornkamm, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.51; Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 184.

⁵⁸⁵ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 92; nach Fezer ist es nicht ausgeschlossen, „demoskopische Verkehrsbefragungen ... auch bei der normativen Bestimmung des von einem verständigen Verbrauchers zu erwartenden Verbraucherverhaltens mit zu berücksichtigen“ (vgl. Fezer, WRP 1995, 671, 676).

⁵⁸⁶ So auch Berlit, Wettbewerbsrecht, Rn. 151; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 81; Plaß, in: HK-WettbewerbsR., § 3 Rn. 17; ähnlich Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 5 Rn. 1.51: Eine Irreführungsquote könne „nur *einen* von verschiedenen Gesichtspunkten bei der Ermittlung einer Irreführung bilden...“; Büttner, GRUR 1996, 533, 540: „Der ... Anteil der tatsächlich Irreführten kann zwar eine wesentliche indizielle Bedeutung haben; sein rechtliches und damit entscheidendes Gewicht erhält er aber erst auf Grund der Bewertung der im Einzelfall tangierten Interessen.“

⁵⁸⁷ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 92.

⁵⁸⁸ Lettl, Das neue UWG, Rn. 127, 446; ders., WRP 2004, 1079, 1099; vgl. auch Drexler, in: Schrieker/Henning-Bodewig, S. 177: „Umfrageergebnisse haben ihre Bedeutung, soweit sie die Grundlagen für die Abwägung liefern können.“

zu ermitteln, welches Verständnis der Durchschnittsumworbene hat.⁵⁸⁹ Daher kann es für das Eingreifen des Irreführungsverbot es nicht genügen, dass die Werbeaussage geeignet ist, einen erheblichen Teil der durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher irrezuführen.⁵⁹⁰ Die Festlegung einer bestimmten Irreführungsquote kommt dabei schon deshalb nicht in Betracht, weil das Verbraucherverständnis normativ festzustellen ist. Bei der Ermittlung der Auffassung der Durchschnittsperson sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalles entscheidend. Generell wird man jedoch sagen können, dass sich die Auffassung der Durchschnittsperson mit den tatsächlichen Vorstellungen der Verbraucher umso eher decken wird, je eindeutiger das tatsächliche Verkehrsverständnis ist.⁵⁹¹

Die Einholung eines demoskopischen Gutachtens ist auch durch den EuGH nicht ausgeschlossen. Der Gerichtshof hat vielmehr ausdrücklich klargestellt, dass es mangels einer einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung Sache des nationalen Gerichts sei, nach seinem nationalen Recht den Prozentsatz der durch eine Werbeaussage getäuschten Verbraucher zu bestimmen, der ein Verbot der Werbung zu rechtfertigen vermöge.⁵⁹²

III. Fazit

Weitgehend Einigkeit besteht dahingehend, dass eine Irreführungsquote von lediglich 10 – 15 % mit dem Bild des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers nicht in Einklang zu bringen ist. Nach dem normativen Ansatz ist es jedoch nicht damit getan, die Irreführungsquote in Zukunft höher festzusetzen – etwa auf 25, 35 oder 50 % der angesprochenen Verkehrskreise. Denn soweit das Verbraucherverständnis im Rahmen einer wertenden Betrachtung alleine durch das Gericht festzulegen ist, spielt das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise grundsätzlich keine unmittelbare Rolle. Im Rahmen der wertenden Betrachtung kann der Prozentsatz tatsächlich irreführender Personen nur ein Indiz für das Verständnis des nicht notwendig real existierenden Durchschnittsverbrauchers sein.

⁵⁸⁹ Berlitz, Wettbewerbsrecht, Rn. 151.

⁵⁹⁰ So aber BGH WRP 2004, 225 („Mindestverzinsung“).

⁵⁹¹ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 92.

⁵⁹² EuGH WRP 1998, 848, 851, Rn. 36 („Gut Springenheide“); EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 31 („Lifting-Creme“).

D. Bewertung des sich abzeichnenden Wandels

Die in jüngsten Entscheidungen des BGH erkennbaren Ansätze, die darauf hindeuten, dass der schwierigen und teilweise willkürlich anmutenden Ermittlung der tatsächlichen Verkehrsauffassung und der im Einzelfall maßgeblichen Irreführungsquote künftig keine weitere Bedeutung mehr zukommt, sind Schritte in die richtige Richtung. Diese sind vor allem im Hinblick auf eine weitere Angleichung des deutschen Lauterkeitsrechts an europäische Standards zu begrüßen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist allerdings – wie aufgezeigt – nicht frei von inneren Widersprüchen. So stellt der BGH einerseits maßgeblich auf die Vorstellung eines angemessen aufmerksamen, informierten und verständigen Verbrauchers ab und betont gleichzeitig, dass Auffassungen von Minderheiten unberücksichtigt zu bleiben hätten. Andererseits hält er an der Möglichkeit fest, dass auch verständige Durchschnittsverbraucher eine Werbeangabe unterschiedlich auffassen können, so dass es für die Annahme einer Irreführung ausreicht, wenn ein nicht unerheblicher Teil der Durchschnittsverbraucher die Werbung in einem Sinn versteht, bei dem sie unrichtig ist. Angesichts dieser Schwierigkeiten des BGH bei der Übernahme des europäischen Ansatzes ist freilich zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung bei diesen tiefgreifenden Veränderungen vor keiner leichten Aufgabe steht, denn schließlich gilt es Rechtsstrukturen zu verändern, die über mehrere Jahrzehnte Bestand hatten.⁵⁹³

Wie weit der sich andeutende Umbruch der deutschen Rechtsprechung bei der Feststellung der für die Irreführung maßgeblichen Verkehrsauffassung reicht, ist derzeit noch völlig offen. Möglich erscheint aber, dass die Entwicklung hier ähnlich schleppend verläuft, wie bei der vorsichtigen und nur schrittweise erfolgten Anpassung an das europäische Verbraucherleitbild. Auch wenn sich die Kehrtwende der deutschen Rechtsprechung in mehreren Entscheidungen bereits abzeichnete, dauerte es von der letztmaligen Erwähnung des „flüchtigen, unkritischen Verbrauchers“ bis zur beinahe wörtlichen Übernahme des europäischen Maßstabes in der Entscheidung „Orient-Teppichmuster“ immerhin sieben Jahre.

Im Bereich der Feststellung einer Irreführungsfahr deutet sich die Hinwendung der BGH-Rechtsprechung zum normativen Ansatz des EuGH in verschie-

⁵⁹³ Beater, JZ 2000, 973, 976.

denen Entscheidungen nun ebenfalls an. So kommt dem Tatrichter im deutschen Recht nach inzwischen geänderter Rechtsprechung ein sehr weiter Beurteilungsspielraum zur Feststellung des Verbraucherverständnisses zu. Im Regelfall kann der Richter die Auffassung des Durchschnittsverbrauchers ohne sachverständige Hilfe beurteilen. Dabei macht es weder einen Unterschied, ob eine Irreführungsgefahr bejaht oder verneint werden soll, noch, ob der Richter dem angesprochenen Personenkreis angehört oder nicht. Damit sind teure und aufwändige Meinungsumfragen, an deren Methode und Ergebnis häufig genug berechtigte Zweifel bestehen, weitgehend obsolet.

Im Hinblick auf die praktischen Ergebnisse bestehen somit keine Unterschiede mehr zur normativen Feststellungsweise der Verkehrsauffassung. Auch hier kann der Richter grundsätzlich selbst über die Irreführung entscheiden. Nur wenn ihm hierfür die erforderliche Sachkunde fehlt, muss er sich sachkundiger Hilfe bedienen.⁵⁹⁴ Da der Richter das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers wertend zu ermitteln hat, kann ein Sachverständigengutachten oder eine Verbraucherbefragung diese Wertung jedoch nicht ersetzen, hierfür aber die tatsächliche Grundlage bilden: Der Umstand, wie die angesprochenen Verkehrskreise die als irreführend beanstandete Werbung tatsächlich verstehen, kann im Rahmen der wertenden Entscheidung des Gerichts einen wesentlichen Anhaltspunkt für das Verständnis des (fiktiven) Durchschnittsverbrauchers darstellen.

Auch wenn der BGH nicht mehr weit vom normativen Verbraucherbegriff des EuGH entfernt ist, bedarf die bisherige Rechtsprechung allerdings der weiteren Fortführung, um die bestehenden Widersprüche zu beseitigen. Künftig sollte daher im deutschen Recht in Angleichung an die europäischen Vorgaben nur noch darauf abgestellt werden, wie ein durchschnittlich informierter, situationsadäquat aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher unter den heutigen Marktbedingungen – vor allem im Hinblick auf den weiter wachsenden europäischen Binnenmarkt – eine Werbeangabe zu verstehen hat. Die entscheidende Frage muss daher in Zukunft lauten, welches Maß an Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit von der maßgeblichen Durchschnittsperson in der konkreten Situation, in der ihm das wettbewerbliche Verhalten gegenübertritt, erwartet werden darf und muss.⁵⁹⁵ Da es sich bei der Auffassung des

⁵⁹⁴ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 108.

⁵⁹⁵ So auch Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 277; Fezer/Steinbeck, UWG, § 4-1 Rn. 86.

Durchschnittsverbrauchers um ein normatives Verständnis handelt, bedarf es grundsätzlich keines Rückgriffes auf das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise. Nur wenn mangels eigener Sachkunde ein Sachverhalt nicht hinreichend sicher beurteilt werden kann, ist ausnahmsweise die Einholung eines Sachverständigengutachtens oder die Durchführung einer Verbraucherbefragung erforderlich. Die Gerichte können sich somit auch bei Zugrundelegung des normativen Ansatzes fremder Hilfe bedienen, um im Einzelfall den objektiv anzulegenden Maßstab ermitteln zu können.

3. Kapitel: Die Verwechslungsgefahr nach der Rechtsprechung des BGH

Im Gegensatz zur Irreführungsgefahr wird die Verwechslungsgefahr im Markenrecht (etwa in §§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) schon seit vielen Jahren als Rechtsbegriff aufgefasst und normativ bestimmt.⁵⁹⁶ Sie ist einer Beweisaufnahme nicht zugänglich, sondern wird auf Grund einer rein rechtlichen Bewertung der festgestellten Tatsachen beantwortet. Das Vorliegen tatsächlicher Verwechslungen stellt lediglich ein Indiz für das Bestehen einer Verwechslungsgefahr dar.⁵⁹⁷ Die markenrechtliche Irreführungsgefahr wurde bisher hingegen – da sie grundsätzlich in Anlehnung an § 3 UWG a.F. gesehen wurde – empirisch bestimmt.

A. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Durch die Erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken ist das Markenrecht bereits vor mehr als zehn Jahren zu einem weitgehend europäisch bestimmten Rechtsgebiet geworden.⁵⁹⁸ Erklärtes Ziel der Richtlinie war, dass die eingetragenen Marken im Recht aller Mitgliedstaaten einen möglichst einheitlichen Schutz genießen sollten, um den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr zu erleichtern.⁵⁹⁹ Deutschland hat die Markenrechtsrichtlinie mit dem am 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Markengesetz umgesetzt und ist damit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nachgekommen. Die Verwechslungstatbestände nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG und § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ergingen in Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 lit. b und Art. 5 Abs. 1 lit. b) der Markenrechtsrichtlinie, dessen Wortlaut sie weitgehend entsprechen. Beide Vorschriften knüpfen für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr an die Auffassung des „Publikums“ an. Auf Grund der Tatsache, dass das Markengesetz lediglich die Markenrechtsrichtlinie in nationales Recht umgesetzt hat, ist dieses richtlinienkonform auszulegen und untersteht gleichzei-

⁵⁹⁶ Jeweils mit Nachweisen: Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 260; Fezer, MarkenR, § 14 Rn. 83; GK/Teplitzky, § 16 Rn. 316.

⁵⁹⁷ Ströbele/Hacker, § 9 Rn. 35.

⁵⁹⁸ Vgl. zur Markenrechtsrichtlinie bereits 1. Kap. E (Fn. 262).

⁵⁹⁹ Erwägungsgrund 9 der Markenrechtsrichtlinie; vgl. hierzu auch: Berlit, Das neue Markenrecht, S. 2; Fezer, MarkenR, § 14 Rn. 86; Wichard, ZEuP 2002, 23, 40.

tig der Auslegungskompetenz des EuGH. Der markenrechtliche Begriff der Verwechslungsgefahr ist damit gemeinschaftsrechtlich vorgegeben.⁶⁰⁰

Den Fragen, welches Verbraucherleitbild maßgeblich ist und wie die Auffassung dieses Verbrauchertypus nach dem Willen des Europäischen Gerichtshofes zu ermitteln ist, kommt damit auch im Markenrecht eine entscheidende Bedeutung zu. Denn bei der Prüfung, ob eine Verwechslung zu befürchten ist und damit Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche oder die Löschung des jüngeren Zeichens aus dem Register ausgelöst werden, kommt es maßgeblich auf die Auffassung des „Publikums“ an. Wie bereits ausgeführt, stellt der EuGH nicht nur im Lauterkeitsrecht, sondern auch im Markenrecht auf einen „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ ab.⁶⁰¹ An Hand dieses objektivierten Leitbildes ist auch die Verwechslungsgefahr ausschließlich normativ festzustellen.⁶⁰²

B. Übereinstimmung der Rechtsprechung

Im Bereich der Feststellung einer Verwechslungsgefahr stimmt die Rechtsprechung des BGH inzwischen mit der Rechtsprechung des EuGH vollständig überein. Beide Gerichte fassen die Verwechslungsgefahr als Rechtsbegriff auf, bestimmen sie wertend und orientieren sich dabei am Leitbild eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers. Wie im europäischen ist auch im deutschen Recht entscheidend, wie diese Durchschnittsperson des maßgeblichen Personenkreises eine Marke unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles auffasst. Konsequenterweise vermeidet es der BGH daher mittlerweile auch, auf die Maßgeblichkeit schon „nicht ganz unerheblicher Teile“ der angesprochenen Verkehrskreise abzustellen.

I. Der Wandel des Verbraucherleitbildes

Im Bereich des Markenrechts ging der BGH früher ebenfalls von dem Bild eines flüchtigen und unkritischen Verbrauchers aus, der beispielsweise die Zeichen

⁶⁰⁰ Ingerl/Rohnke § 14 Rn. 230; Teplitzky, GRUR 1996, 1, 5.

⁶⁰¹ EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Rn. 26 („Lloyd“); EuGH WRP 2002, 924, 930, Rn. 63 („Phillips“); EuGH GRUR 2003, 422, 425, Rn. 52 („Arthur/Arthur et Félicie“).

⁶⁰² Ausführlich zum normativen Verbraucherbegriff des EuGH bereits 1. Kap. C, E.

nicht nebeneinander wahrnahm und daher beim Vergleich auf ein unvollkommenes Erinnerungsbild der Marke angewiesen war. Nach Ansicht des BGH neigte dieser Verbraucher dazu, die Zeichen schon auf Grund gegebener Übereinstimmungen miteinander zu verwechseln, während er Unterschieden zwischen den Zeichen geringere Aufmerksamkeit beimaß.⁶⁰³ Inzwischen hat der BGH das Bild vom „flüchtigen Verbraucher“ auch im Bereich des Markenrechts aufgegeben. Schon in der Entscheidung „Alka-Seltzer“ aus dem Jahre 1998 wendete sich der BGH bei der Beurteilung einer Verwechslungsgefahr nach dem Gesamteindruck gegen das Leitbild des oberflächlichen und unaufmerksamen Verbrauchers: Der auf ein Gesamtzeichen bezogene, registerrechtliche Schutz dürfe nicht durch die Art der Verwendung des Zeichens durch den flüchtigen Verbraucher erweitert verstanden werden. Die für die Beurteilung einer zeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr maßgebende Sicht des Verkehrs beruhe nicht auf konkreten Verbrauchsgewohnheiten des flüchtigen Verbrauchers im Einzelfall, sondern auf Erfahrungssätzen, welche Elemente aus einer Gesamtbezeichnung auf Grund der gesamten Gestaltung des Zeichens, des Schriftbildes oder auch der Sprachgewohnheiten hervortreten.⁶⁰⁴ Kurze Zeit später hat der BGH das europäische Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers“ ausdrücklich in das deutsche Markenrecht übernommen.⁶⁰⁵ Wie im Gemeinschaftsrecht ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Aufmerksamkeit dieses Verbrauchers je nach Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann. Außerdem ist nach Ansicht des BGH zu beachten, dass der Durchschnittsverbraucher nur selten die Möglichkeit hat, verschiedene Marken unmittelbar miteinander zu vergleichen, und er sich daher auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das er von ihnen im Gedächtnis behalten hat.⁶⁰⁶

II. Die Verwechslungsgefahr als Rechtsbegriff

Bereits seit Jahrzehnten wird die Verwechslungsgefahr in Deutschland als Rechtsbegriff aufgefasst und normativ bestimmt. Dies war jedoch nicht immer

⁶⁰³ BGH WRP 1982, 214, 216 („Original-Maraschino“).

⁶⁰⁴ BGH WRP 1998, 990, 992 („Alka-Seltzer“).

⁶⁰⁵ Grdl. BGH WRP 2000, 535, 539 („Attaché/Tisserand“); seitdem st. Rspr., vgl. nur BGH WRP 2001, 1450, 1453 („Warsteiner III“); BGH WRP 2002, 982, 985 („Frühstücks-Drink I“); BGH WRP 2002, 986, 987 („Frühstücks-Drink II“); BGH WRP 2002, 987, 989 („Festspielhaus“); BGH WRP 2002, 1152, 1155 („DKV/OKV“); BGH WRP 2003, 521, 523 („Abschlussstück“).

⁶⁰⁶ Vgl. BGH WRP 2000, 535, 539 („Attaché/Tisserand“).

so: In der frühen Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde die Verwechslungsgefahr noch als Tatfrage angesehen.⁶⁰⁷ In den 1940er Jahren wandelte sich jedoch die Auffassung der deutschen Rechtsprechung hin zu der Annahme eines Rechtsbegriffes.⁶⁰⁸ Vor allem das Bestreben, eine einheitliche Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr sicherzustellen, veranlasste das RG und später den BGH, die Verwechslungsgefahr als reine Rechtsfrage zu betrachten, deren Würdigung durch den Tatrichter der höchstrichterlichen Kontrolle unterliegt. Bei einer Einstufung als Tatfrage wären die Feststellungen des Tatrichters der Nachprüfung durch die Revisionsinstanz entzogen gewesen.⁶⁰⁹

1. Indizfunktion tatsächlicher Verwechslungen

Nach heute beinahe einheitlicher Auffassung in Rechtsprechung⁶¹⁰ und Literatur⁶¹¹ ist die Verwechslungsgefahr weder beweisfähig noch beweisbedürftig: Sie ist eine Rechtsfrage, über die das Gericht auf Grund einer eigenen, rein rechtlichen Bewertung der festgestellten Tatsachen zu entscheiden hat. Zur Bejahung einer Verwechslungsgefahr müssen daher weder tatsächlich Verwechslungen eingetreten sein, noch können sie alleine das Bestehen einer Verwechslungsgefahr im Rechtssinne begründen.⁶¹² Das Vorliegen realer Verwechslungsfälle ist lediglich ein (wichtiges) Indiz für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr. Diese indizielle Vermutung kann jedoch im Einzelfall auch widerlegt werden.⁶¹³ Unter Abwägung verschiedener, sich wechselseitig bedingender Beurteilungskriterien – der Grad der Ähnlichkeit der Bezeichnung, ihrer Kennzeichnungskraft und der Grad der Branchenverschiedenheit – wird das Vorliegen einer

⁶⁰⁷ Vgl. RG MuW 1911/12, 194 („Salamander/Santander“); RG GRUR 1929, 1204, 1206 („Grenzquell“).

⁶⁰⁸ RG GRUR 1940, 158, 161 („Kathreiner – Blonde Kathrein“); seitdem ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH GRUR 1954, 346, 347 („Strahlenkranz“); BGH GRUR 1960, 130, 133 („Sunpearl II“); BGH GRUR 1968, 581, 584 („Blunazit“); BGH GRUR 1990, 450, 452 („St. Petersquelle“); BGH WRP 2000, 535, 539 („Attaché/Tisserand“). – Weitere Nachweise bei: Fezer, MarkenR, § 14 Rn. 83.

⁶⁰⁹ Beier, GRUR 1974, 514, 517.

⁶¹⁰ Vgl. etwa BGH GRUR 1990, 450, 452 („St. Petersquelle“); BGH GRUR 1992, 48, 52 („frei öl“); BGH GRUR 1995, 808, 810 („P3-plastoclin“); BGH WRP 1997, 751, 754 („B.Z./Berliner Zeitung“); BGH WRP 1998, 732, 737 („Les-Paul-Gitarren“); BGH WRP 2000, 535, 539 („Attaché/Tisserand“).

⁶¹¹ Ekey, in: HK-MarkenR, § 14 Rn. 102; Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 260; Fezer, MarkenR, § 14 Rn. 83; Ströbele/Hacker, § 9 Rn. 31 f.; Schwyer, in: v. Schultz, § 14 Rn. 71; Stöckel, in: Stöckel/Lüken, S. 132; Teplitzky, WRP 2003, 415, 416; Sack, WRP 1998, 1127, 1129; kritisch: Osterloh, in: FS Piper, S. 595 ff.; a.A.: Groeschke/Kiethe, WRP 2001, 230, 236; Pflüger, GRUR 2004, 652, 653.

⁶¹² Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 256; Ströbele/Hacker, § 9 Rn. 34 f.

⁶¹³ Kur, GRUR 1989, 240, 245; Fezer, MarkenR, § 14 Rn. 83; Beier, GRUR 1974, 514, 520.

Verwechslungsgefahr normativ beurteilt.⁶¹⁴ Diese Prüfung der Verwechslungsgefahr gehört zu den komplexesten Beurteilungsvorgängen des Markenrechts.⁶¹⁵ Empirische Feststellungen entbinden den Richter dabei nicht von der eigenständigen wertenden Entscheidung, ob im Einzelfall eine relevante Verwechslungsgefahr vorliegt.⁶¹⁶ Als Rechtsfrage unterliegt die Verwechslungsgefahr auch der uneingeschränkten Nachprüfbarkeit durch das Revisionsgericht. Seit jeher neigt der BGH dazu, die Beurteilung durch den Tatrichter umfassend zu überprüfen. Dabei legt sich der BGH keine Zurückhaltung auf, die Verwechslungsgefahr anders als die Vorinstanz zu beurteilen.⁶¹⁷ Die Einholung demoskopischer Gutachten zur Feststellung einer Verwechslungsgefahr wird vom BGH grundsätzlich für entbehrlich gehalten.⁶¹⁸

2. Das Kriterium der „Erheblichkeit“

Im Rahmen der normativen Bestimmung der Verwechslungsgefahr war die Rechtsprechung allerdings bis vor kurzem nicht völlig konsequent.⁶¹⁹ Denn der BGH arbeitete zusätzlich mit dem Kriterium der „Erheblichkeit“: Regelmäßig musste die Verwechslungsgefahr für einen „nicht ganz unerheblichen Teil“ der angesprochenen Verkehrskreise bestehen.⁶²⁰ Hierbei handelte es sich offenbar um ein Überbleibsel aus der Zeit, als die Verwechslungsgefahr noch als Tatfrage aufgefasst wurde. Denn ausschließlich im Falle einer empirischen Bestimmung der Verwechslungsgefahr war es sinnvoll, nach dem Teil des Verkehrs zu fragen, der tatsächlich einer Verwechslung zu erliegen drohte.⁶²¹ Bei Zugrundelegung eines normativen Maßstabes ist die Verkehrsauffassung hingegen ohne Rückgriff auf das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise festzustellen. Die Gefahr einer Verwechslung ist im Rahmen einer rein wertenden Betrachtung alleine durch den Richter zu bestimmen.

⁶¹⁴ Fezer, MarkenR, § 14 Rn. 103; Nordemann, Rn. 2092.

⁶¹⁵ GK/Teplitzky § 16 Rn. 321.

⁶¹⁶ Sack, WRP 1998, 1127, 1130.

⁶¹⁷ Vgl. beispielsweise BGH GRUR 2002, 167, 168 ff. („Bit/Bud“); BGH WRP 2000, 1152, 1153 f. („Pappagallo“); BGH WRP 2000, 535, 537 f. („Attaché/Tisserand“); Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 262.

⁶¹⁸ BGH GRUR 1992, 48, 51 („frei öl“); BGH GRUR 1993, 118, 120 („Corvaton/Corvsal“); vgl. hierzu auch Fezer, MarkenR, § 14 Rn. 83; Sack, WRP 1998, 1127, 1131.

⁶¹⁹ Scherer, GRUR 2000, 273, 274.

⁶²⁰ Vgl. nur BGH WRP 1993, 383, 386 („Guldenburg“); BGH GRUR 1992, 110, 111 („dipa/dib“); BGH WRP 1986, 82, 85 („Zentis“).

⁶²¹ Scherer, GRUR 2000, 273, 274.

Mittlerweile vermeidet der BGH, auf die Maßgeblichkeit schon nicht ganz unerheblicher Teile der angesprochenen Verkehrskreise abzustellen.⁶²² Zu Grunde gelegt wird vielmehr allein das Verständnis des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers.⁶²³ Entscheidend ist nur noch, wie diese Durchschnittsperson eine Marke unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles auffasst. Auf die Festlegung einer bestimmten Eingriffsschwelle kann es demnach nicht ankommen. Denn bei einer normativen Bestimmung der Verwechslungsgefahr ist die Frage nach dem Anteil des Verkehrs, der einer Verwechslung zu erliegen droht, obsolet: Die Gefahr besteht im Rechtssinne für einen normativen Verbrauchertypus, nicht aber tatsächlich.⁶²⁴

C. Zusammenfassung

Im Bereich der Feststellung einer Verwechslungsgefahr besteht zwischen der Rechtsprechung des BGH und EuGH Übereinstimmung: Von beiden Gerichten wird die Verwechslungsgefahr als Rechtsbegriff aufgefasst und normativ bestimmt. Frühere Bruchstellen zwischen der Judikatur der beiden Gerichte wurden beseitigt: Der BGH hat den europäischen Maßstab des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers mittlerweile in das Markenrecht übernommen und vermeidet es seitdem auch, auf die Maßgeblichkeit nicht ganz unerheblicher Teile des angesprochenen Verkehrs abzustellen. Da es sich bei der Verwechslungsgefahr um eine Rechtsfrage handelt, müssen tatsächliche Verwechslungen weder eingetreten sein, noch führen sie notwendigerweise zur Annahme einer Verwechslungsgefahr. Das Vorliegen realer Verwechslungsfälle stellt lediglich ein – widerlegbares – Indiz hierfür dar.

⁶²² BGH WRP 2000, 1152, 1154 („Pappagallo“); BGH WRP 2002, 986, 987 („Frühstücks-Drink II“); BGH WRP 2003, 521, 523 („Abschlussstück“); BGH WRP 2003, 534, 535 („Mitsubishi“); vgl. hierzu Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 290, 295.

⁶²³ Lettl, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 47, ders., WRP 2004, 1079, 1099.

⁶²⁴ Scherer, GRUR 2000, 273, 274; Lettl, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 47.

4. Kapitel: Normative Bestimmung als Lösungsansatz

Demoskopische Gutachten sind teuer und regelmäßig mit erheblichem Aufwand verbunden, zudem bestehen auf Grund zahlreicher Unsicherheitsfaktoren oft berechtigte Zweifel an Methode und Ergebnis solcher Gutachten. Wohl schon aus diesen Gründen sowie wegen der Ablehnung der empirischen Ermittlung der Verkehrsauffassung in den meisten EU-Mitgliedstaaten steht das Gemeinschaftsrecht Sachverständigengutachten und Verkehrsbefragungen höchst zurückhaltend gegenüber. Insbesondere der Europäische Gerichtshof gibt an Hand seiner Rechtsprechung deutlich zu erkennen, dass bei der Feststellung einer Irreführungs- oder Verwechslungsgefahr nicht das tatsächliche Verständnis der real existierenden Verbraucher ermittelt werden muss. Vielmehr zielt der EuGH in erster Linie auf die wertende Ermittlung der Auffassung eines „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ durch eine Interessenabwägung im Einzelfall ab.

Angesichts dieser klaren europarechtlichen Vorgaben wäre es wünschenswert, dass die deutsche Rechtsprechung das von ihr in der Vergangenheit favorisierte empirisch verankerte Feststellungsmodell komplett zu Gunsten eines rein normativen Modells aufgibt.⁶²⁵ Erste erfreuliche Ansätze in diese Richtung sind bereits vorhanden und führen dazu, dass die Ergebnisse der BGH-Rechtsprechung mit denen des EuGH weitgehend übereinstimmen. Verschiedene Entscheidungen deuten daraufhin, dass der BGH sich dem normativen europäischen Verbraucherbegriff bereits ein Stück weit angenähert hat. Damit scheint der Ermittlung der Verkehrsauffassung und der im Einzelfall maßgeblichen Irreführungsquote in Zukunft im deutschen Recht keine unmittelbare Bedeutung mehr zu zukommen. Wie weit die sich abzeichnende vorsichtige Akzeptanz des normativen Verbraucherleitbildes durch den BGH allerdings reicht, muss die zukünftige Entwicklung erst noch zeigen.

Neben den europarechtlichen Vorgaben sprechen freilich auch die Konsequenzen der bisherigen BGH-Rechtsprechung für die Fortführung der bereits eingeleiteten Kurskorrektur und die Hinwendung zu einem rein normativen Feststellungsmodell. Denn bei der empirischen Feststellungsweise kann der Unterneh-

⁶²⁵ So auch: Scherer, GRUR 2000, 273, 277; Ahrens, WRP 1999, 389, 398; Fezer, MarkenR, § 127 Rn. 6; ders., WRP 1995, 671, 676; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 75.

mer niemals *ex ante*, sondern immer nur *ex post* feststellen, ob eine Irreführungsfahr gegeben ist. Das gesamte Risiko, tatsächlich falsch verstanden zu werden, trägt somit der Anbieter. Dies widerspricht nicht nur der Rechtssicherheit, sondern steht auch im Widerspruch zum gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherleitbild, das auf einer Abwägung der unterschiedlichen Interessen der Anbieter und der Verbraucher und damit auf einer angemessenen Risikoverteilung zwischen den Marktbeteiligten beruht.⁶²⁶

Im Folgenden sollen die Gründe, die für eine Abkehr vom empirischen Verbraucherbegriff und die Übernahme des normativen Ansatzes des Gemeinschaftsrechts sprechen, im Einzelnen ausführlich dargestellt werden. Anschließend soll ein System beschrieben werden zur ausschließlich wertenden Bestimmung der Irreführungsfahr. Zu Grunde gelegt wird dabei der objektivierte Typus des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“. Um dieses Leitbild für die Rechtsanwendung transparent zu machen, bedarf es allerdings noch der weiteren Konkretisierung. Ausgehend von den bereits von der Rechtsprechung getroffenen Unterscheidungen werden abschließend einige Vorschläge unterbreitet, die dazu beitragen sollen, einen für alle Marktteilnehmer verlässlichen objektiven Maßstab zur Beurteilung wettbewerblichen Verhaltens zu schaffen.

A. Argumente für ein normatives Feststellungsmodell

I. Europarechtliche Vorgaben

Bereits die europarechtlichen Vorgaben sprechen für eine Aufgabe der empirischen Feststellung. Denn sowohl die Rechtsprechung des EuGH als auch der Gemeinschaftsgesetzgeber geben eine eindeutige Richtung vor: Die Irreführungsfahr ist ebenso wie die Verwechslungsfahr ausschließlich normativ festzustellen an Hand des objektivierten Typus des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers.“ Dass der EuGH nach einem normativen Maßstab entscheidet, ergibt sich zum einen aus der Zusammenschau der Vorlagefrage des Bundesverwaltungsgerichts an den EuGH und dessen Antwort in der Sache „Gut Springenheide“, zum anderen aus der Hinnahme einer Diskrepanz zu den tatsächlichen Verbrauchergewohnheiten,

⁶²⁶ Vgl. zum Verbraucherleitbild des EuGH bereits 1. Kap. A.

um den Verbraucher an seine Rolle als „souveräner Marktbürger“ im Binnenmarkt heranzuführen.⁶²⁷ Auch das Gemeinschaftsrecht orientiert sich an diesem normativen Verbraucherbegriff und scheint die empirische Ermittlung der Auffassung der maßgeblichen Durchschnittsperson generell auszuschließen: Erwägungsgrund 13 des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken stellt klar, dass der Begriff des Durchschnittsverbrauchers nicht auf einer statistischen Grundlage beruht und die nationalen Gerichte sich daher bei der Beurteilung der Frage, wie ein (fiktiver) Durchschnittsverbraucher im Einzelfall typischerweise reagieren würde, stets auf ihre eigene Urteilsfähigkeit verlassen müssten.⁶²⁸

Angesichts des überragenden Einflusses des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Lauterkeitsrechts der Mitgliedstaaten liegt es nahe, das in Europa favorisierte normative Feststellungsmodell für das deutsche Recht zu übernehmen. Dies gilt umso mehr, als der Harmonisierungsprozess auf europäischer Ebene weiter voranschreitet. Die Entwicklung in der deutschen Rechtsprechung kann daher nur in Richtung des normativen Verbraucherbegriffes des EuGH gehen.

II. Rechtssicherheit und ausgewogene Risikoverteilung

Neben den europarechtlichen Vorgaben sprechen auch das Gebot der Rechtssicherheit und die Notwendigkeit einer angemessenen Risikoverteilung unter den Marktteilnehmern für eine Abkehr von der empirischen Feststellungsweise zu Gunsten einer normativen Bestimmung der Irreführungsgefahr.⁶²⁹ Da es bei der empirischen Feststellung auf das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verbraucher ankommt, lässt sich nämlich nie *ex ante*, sondern immer nur *ex post* feststellen, ob eine Irreführungsgefahr besteht. Bevor der Unternehmer nicht wettbewerblich auf dem Markt aktiv geworden ist, kann er daher kaum verlässlich klären, ob eine Irreführung droht. Denn wegen der Maßgeblichkeit des tatsächlichen Verständnisses der angesprochenen Verbraucher, kann immer erst nach der Durchführung der konkreten Werbemaßnahmen eine Irreführung festgestellt werden. Allenfalls mit Hilfe einer privat in Auftrag gegebenen Mei-

⁶²⁷ Vgl. hierzu bereits ausführlich 1. Kap. C III.

⁶²⁸ Vgl. Erwägungsgrund 13 des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Fn. 48).

⁶²⁹ Scherer, GRUR 2000, 273, 278; dies., WRP 1999, 991, 994 f.; vgl. auch Hucke, S. 163: „Bislang fanden ... die Interessen der Werbetreibenden in der Rechtsprechung insbesondere des BGH nur unzureichende Berücksichtigung.“

nungsumfrage kann die Risikosituation vor der Markteinführung eines Produktes besser überschaubar gemacht werden. Entsprechend groß ist daher das Prozessrisiko des Unternehmers, wenn er sich vor Gericht verantworten muss und die Entscheidung vom Ergebnis eines Umfragegutachtens abhängt, dessen Ausgang typischerweise nicht mit entsprechender Sicherheit vorhergesehen werden kann. Durch die Demoskopie wird eine zusätzliche und unsichere Entscheidungsebene geschaffen, die das Prozessergebnis nur schwer kalkulierbar macht.⁶³⁰

Der werbende Unternehmer hat daher schon aus Gründen der Rechtssicherheit ein berechtigtes Interesse daran, abschätzen zu können, ob seine Werbung lauterkeitsrechtlich erlaubt ist oder nicht.⁶³¹ Eine Klärung dieser Frage *ex ante* ist jedoch nur dann möglich, wenn vor der Vornahme der Wettbewerbshandlung an Hand verbindlicher, objektiver Kriterien eine Rechtmäßigkeitsprüfung durchgeführt werden kann. Während die empirische Feststellungsweise nur eine Rechtmäßigkeitsbeurteilung *ex post* ermöglicht und damit dem Interesse des Werbenden an Rechtssicherheit entgegensteht, kann mit einer normativen Feststellung an Hand des Leitbildes des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ bereits vorab geklärt werden, ob eine Irreführungsfahr besteht. Um einen verlässlichen Maßstab hierfür bieten zu können, bedarf das Verbraucherleitbild allerdings noch in erheblichem Maße der weiteren Konkretisierung.⁶³²

Neben dem Gebot der Rechtssicherheit erfordert auch die Notwendigkeit einer ausgewogenen Risikoverteilung unter den Marktteilnehmern eine Abwendung von der empirischen Feststellungsweise. Denn das Risiko, dass eine Werbung von den Verbrauchern falsch verstanden wird, trägt bei der empirisch-deskriptiven Feststellung allein die Anbieterseite. Die Verbraucher tragen hingegen keinerlei Risiko, da ausschließlich ihr tatsächliches Verständnis und nicht der objektive Bedeutungsgehalt der Werbeaussage maßgeblich ist.⁶³³ Diese einseitige Risikoverteilung entbehrt nicht nur jeder Rechtfertigung, sondern steht auch im deutlichen Widerspruch zum gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherleitbild. Dieses beruht auf einer Abwägung der Interessen der Anbieter und der

⁶³⁰ Vom Stein, WRP 1970, 332; Sauberschwarz, S. 31; Eichmann, GRUR 2002, 403, 404.

⁶³¹ Beater, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken, S. 176; ders., Unlauterer Wettbewerb, § 15 Rn. 92.

⁶³² Vgl. hierzu ausführlich 4. Kap. C.

⁶³³ Scherer, WRP 1999, 991, 995; dies., GRUR 2000, 273, 278.

Verbraucher und damit letztlich auf einer angemessenen Risikoverteilung zwischen den Marktbeteiligten. Gerade die Verwirklichung des Binnenmarktes setzt ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage voraus, der zu einem funktionsfähigen Wettbewerb führen soll, damit beide Seiten größtmöglichen Nutzen ziehen können.⁶³⁴ Einzig der normative Ansatz bietet generell die Möglichkeit, zu einer solch angemessenen Verteilung der Risiken unter den Marktteilnehmern zu gelangen. Denn auf Grund des feststehenden objektiven Beurteilungsmaßstabes kann die Frage, wer das Risiko zu tragen hat, dass eine bestimmte Werbeaussage missverstanden wird, in sachgerechter Weise beantwortet werden.⁶³⁵

III. Berücksichtigung des Gesetzeswortlauts

Für die Hinwendung zu einer normativen Bestimmung der Irreführungsgefahr spricht im übrigen auch der Gesetzeswortlaut des neuen UWG. Gemäß § 3 UWG kommt es für die Unzulässigkeit unlauterer Wettbewerbshandlungen darauf an, dass diese geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Von der Norm wird somit gerade nicht verlangt, dass es tatsächlich zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs kommt.⁶³⁶ Die erforderliche Feststellung ist daher abstrakt zu treffen – notwendigerweise an Hand eines normativen Maßstabes.⁶³⁷ Auch in § 4 UWG, der Beispiele unlauteren Wettbewerbs im Sinne von § 3 UWG nennt, finden sich entsprechende Vorgaben. So kommt es beispielsweise nach § 4 Nr. 2 UWG für die Unlauterkeit nur darauf an, dass die betreffende Wettbewerbshandlung *geeignet* ist, etwa die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen. Entscheidend ist somit nur die abstrakte Eignung der Wettbewerbshandlung zur Ausnutzung der Angst von Verbrauchern. Ein tatsächliches Ausnutzen ist nicht erforderlich.⁶³⁸ Daher kommt es nicht darauf an, wie real existierende Verbraucher auf die Wettbewerbshandlung tatsächlich reagieren.⁶³⁹

⁶³⁴ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 94.

⁶³⁵ Scherer, WRP 1999, 991, 995.

⁶³⁶ Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 187; Ekey, in: HK-WettbewerbsR., § 5 Rn. 138.

⁶³⁷ Scherer, WRP 2004, 1426; vgl. auch Fezer/Scherer, UWG, § 4-2 Rn. 106.

⁶³⁸ Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 4 Rn. 2.15.

⁶³⁹ Fezer/Scherer, UWG, § 4-2 Rn. 106; Lettl, Das neue UWG, Rn. 243.

IV. Schutzzwecke stehen normativer Ermittlung nicht entgegen

Der normativen Bestimmung der Auffassung des Durchschnittsverbrauchers stehen die Schutzzwecke des Irreführungsverbot nicht entgegen.⁶⁴⁰ Gemäß der Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG dient das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (und damit auch das Irreführungsverbot) dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und der Verbraucher⁶⁴¹ sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb.⁶⁴²

1. Verbraucherschutz

Die Hinwendung zum normativen Verbraucherbegriff ist nicht aus Gründen des Verbraucherschutzes ausgeschlossen. Insbesondere führt der normative Ansatz nicht zu einer Abkoppelung von der Wirklichkeit des Geschäftslebens zu rein juristischen Theorien und damit letztlich zu einer nicht gerechtfertigten Verkürzung des Schutzes der Verbraucher.⁶⁴³ Bei der wertenden Ermittlung der Auffassung des Durchschnittsverbrauchers ist effizienter Verbraucherschutz vielmehr ebenso gewährleistet wie bei dem empirischen Ansatz: Denn das Abstellen auf einen objektivierten Maßstab schließt die Berücksichtigung des Verbraucherschutzzwecks nicht aus, sondern macht sie in besonderer Weise erforderlich, da die widerstreitenden Interessen von Verbrauchern und Anbietern unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles gegeneinander abzuwägen sind.⁶⁴⁴

Die normative Feststellungsmethode bietet gleichzeitig auf Grund des theoretischen Ansatzes den weiteren Vorzug, dass auch die Interessen der Verbraucher an umfassender Information von vornherein in die Abwägung mit einbezogen werden können.⁶⁴⁵ Auch Umfang und vor allem Qualität der vom Anbieter bereitgestellten Information können entsprechend berücksichtigt werden. Daneben

⁶⁴⁰ Scherer, WRP 1999, 991, 994 f.

⁶⁴¹ Vgl. zur Kritik an dieser Formulierung: Sosnitza, GRUR 2003, 739, 741 f.; Har-
te/Henning/Schünemann, § 1 Rn. 3, Fn. 10: Die Wendungen von den Verbraucherinnen und Verbrauchern kann „nur mit Kopfschütteln quittiert werden.“

⁶⁴² Köhler, NJW 2004, 2121; Engels/Salomon, WRP 2004, 32, 33. – Die Regierungsbegründung der UWG-Novelle betont die Gleichrangigkeit des Konkurrenten- und Verbraucherschutzes, vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 15.

⁶⁴³ So aber Gloy, in: FS Erdmann, S. 825; auch *Piper* befürchtet „eine bedeutende Schwächung des Irreführungsschutzes“ (vgl. Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 56).

⁶⁴⁴ Lettl, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 47.

⁶⁴⁵ Scherer, WRP 1999, 991, 994.

lässt es das normative Verständnis zu, dass die konkrete Situation beachtet wird, in der sich der Durchschnittsverbraucher befindet.⁶⁴⁶ Der Umstand, dass das Verkehrsverständnis wertend festzustellen ist, bedeutet daher nicht, dass die Feststellung den Bezug zur Realität verliert und sich auf einer von den konkreten Umständen abgehobenen Ebene bewegt. Bei der Frage, wie informiert, aufmerksam und verständig der Durchschnittsverbraucher zu sein hat, können vielmehr alle Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung ausreichend berücksichtigt werden. Im übrigen ist die Rechtsordnung in vielen Bereichen auf objektive Maßstäbe angewiesen, die für die Beurteilung konkreten Verhaltens notwendigerweise bestimmte Durchschnittswerte zu Grunde legen müssen.⁶⁴⁷

2. Schutz der Mitbewerber

Auch der Schutz der Mitbewerber erfordert es nicht, die Frage der Irreführung empirisch zu klären. Nutzt ein Anbieter vorhandene Fehlvorstellungen bei den angesprochenen Verbrauchern aus, um den eigenen Absatz zu fördern und erleiden die Mitbewerber dadurch Wettbewerbsnachteile, namentlich durch einen Rückgang des Absatzes, so kann dies auch mit Hilfe des normativen Ansatzes wirksam unterbunden werden. Denn die Fehlvorstellungen der Verbraucher werden im Regelfall durch irreführende Werbung eines Anbieters hervorgerufen; deren Irreführungsgehalt lässt sich normativ unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles feststellen.⁶⁴⁸ Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung können die Interessen der Mitbewerber, potenzielle oder tatsächliche Kunden, die durch die Attraktivität des eigenen Produkts gewonnen wurden oder gewonnen werden sollen, nicht an irreführend werbende Konkurrenten zu verlieren, in ausreichendem Maße berücksichtigt werden.

V. Normative Bestimmung der Verwechslungsgefahr

Die Übernahme des normativen Ansatzes hat den weiteren Vorteil, dass die bestehenden Widersprüche in der Bestimmung von Irreführungs- und Verwechslungs-

⁶⁴⁶ Fezer/Steinbeck, UWG, § 4-1 Rn. 86.

⁶⁴⁷ Etwa bei der Auslegung einer Willenserklärung vom „objektiven Empfängerhorizont“ oder beim objektiven Sorgfaltsmaßstab, vgl. hierzu ausführlich 4. Kap. B II.

⁶⁴⁸ Scherer, WRP 1999, 991, 995.

lungsgefahr im Markenrecht beseitigt werden. Die beiden Begriffe werden bislang auf verschiedene Weise ermittelt: Während die Verwechslungsgefahr als Rechtsbegriff aufgefasst wird und folglich normativ zu beurteilen ist, wird die Irreführungsgefahr (etwa in § 127 Abs.1, 4 Nr. 1 MarkenG) grundsätzlich empirisch bestimmt.

Diese herkömmliche Bestimmung von Irreführungs- und Verwechslungsgefahr nach unterschiedlichen Gesichtspunkten ist weder konsequent noch in der Sache überzeugend.⁶⁴⁹ Zudem werden bei diesen divergierenden Beurteilungsansätzen die europarechtlichen Vorgaben des EuGH nicht ausreichend berücksichtigt. Da mit dem Markengesetz lediglich die Markenrechtsrichtlinie in nationales Recht umgesetzt wurde, ist dieses richtlinienkonform auszulegen, wobei die Interpretation durch den Gerichtshof maßgebend ist.⁶⁵⁰ Im Rahmen der Verwechslungsgefahr werden die Vorgaben des EuGH vom BGH auch problemlos akzeptiert: Beide Gerichte fassen die Verwechslungsgefahr übereinstimmend als Rechtsbegriff auf und beurteilen sie wertend an Hand des objektivierten Maßstabes des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers. Im Bereich der Feststellung einer markenrechtlichen Irreführungsgefahr hat sich der BGH hingegen den maßgebenden Kriterien des EuGH noch nicht angepasst – auch wenn im Rahmen der empirischen Ermittlung inzwischen verschiedene normative Elemente einfließen.⁶⁵¹ Auch angesichts dieser bestehenden Widersprüche in der Feststellung von markenrechtlicher Irreführungs- und Verwechslungsgefahr erscheint es sinnvoll, die genannten Begriffe einheitlich an Hand eines normativen Maßstabes zu bestimmen.⁶⁵²

VI. Zusammenfassung

Nicht nur die Vorgaben des EuGH sprechen für die Abkehr von der empirisch feststellbaren Verkehrsauffassung, sondern auch die Konsequenzen der bisherigen BGH-Rechtsprechung machen klar, dass ein Kurswechsel dringend geboten ist. Während bei der empirischen Feststellungsweise lediglich *ex post* die Rechtmäßigkeit des Marktverhaltens ermittelt werden kann, lässt sich diese

⁶⁴⁹ Büttner, GRUR 1996, 533, 536.

⁶⁵⁰ Ingerl/Rohnke § 14 Rn. 230; Fezer, WRP 1998, 1, 4; Teplitzky, GRUR 1996, 1, 5.

⁶⁵¹ BGH GRUR 1999, 252, 255 („Warsteiner II“); BGH WRP 2001, 1450, 1452 („Warsteiner III“); BGH WRP 2002, 1286, 1288 („Original Oettinger“).

⁶⁵² Scherer, GRUR 2000, 273.

Feststellung mit Hilfe eines objektivierten Maßstabes bereits *ex ante* klären. Die normative Feststellungsweise genügt damit den Anforderungen der Rechtssicherheit und der angemessenen Risikoverteilung unter den Marktteilnehmern wesentlich besser als der empirische Ansatz. Auch die Schutzzwecke des Irreführungsverbotens stehen der normativen Ermittlung der Irreführungsfahr nicht entgegen. Gleichzeitig lassen sich mit der Hinwendung zum normativen Verbraucherbegriff des EuGH die nicht akzeptablen Divergenzen in der Bestimmung von Verwechslungs- und Irreführungsfahr im Markenrecht vermeiden.

B. Die Frage nach dem Maßstab

Der objektivierte Maßstab, an Hand dessen eine Irreführung oder Verwechslung beurteilt werden kann, ist das Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers.“ Dies ergibt sich, wenn zum einen das Referenzsystem der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung und zum anderen die objektiven Maßstäbe der übrigen Privatrechtsordnung herangezogen werden.⁶⁵³

I. Die volkswirtschaftlichen Modelle

Die Funktionsfähigkeit von Wettbewerbsprozessen hängt maßgeblich von den Marktbedingungen, insbesondere von dem Verhalten der Marktteilnehmer und der Marktstruktur ab. Zur Beschreibung der Marktbedingungen hat die Volkswirtschaftslehre hauptsächlich zwei wirtschaftstheoretische Denkmodelle entwickelt, die versuchen, die marktwirtschaftliche Ordnung und ihre Funktionsbedingungen zu beschreiben.

1. Das statische Modell

Das klassische Denkmodell ist das sog. statische Modell der Marktwirtschaft. Diesem liegt die Vorstellung zu Grunde, dass (1.) jedes Gut von einer größeren Zahl von Unternehmen angeboten und von einer größeren Zahl von Käufern

⁶⁵³ Vgl. GK-Schünemann, Einl. D Rn. 269 f.; Scherer, WRP 1999, 991, 995; Fezer, UWG, § 3 Rn. 109; ders., WRP 1995, 671, 675 f.; Hücke, S. 440.

nachgefragt wird, (2.) Markttransparenz herrscht, die Angebots- und Nachfragesituation auf dem Markt für jedes Gut also jedem Beteiligten bekannt ist, (3.) jedes Gut so weit gleichartig ist, als es jedem Nachfrager völlig gleichgültig ist, von welchem der Anbieter er das Gut bezieht und (4.) ein einheitlicher Preis besteht.⁶⁵⁴ Dieses Modell geht somit vom Bestehen eines vollkommenen Wettbewerbs und einer völligen Transparenz des Marktes aus. Der Verbraucher verhält sich in diesem Modell als *homo oeconomicus*: Er trifft seine Kaufentscheidungen frei von äußeren Einflüssen allein in Folge eines rationalen Abwägungsprozesses.⁶⁵⁵ Für den auf diese Weise handelnden Verbraucher ist auf Grund der beschriebenen Voraussetzungen die Marktübersicht optimal, so dass es überhaupt keiner Werbung bedarf. Der *homo oeconomicus* kauft nur die qualitativ besten und preislich günstigsten Produkte.⁶⁵⁶ Tatsächlich wird jedoch zu Recht davon ausgegangen, dass ein solches statisches Modell wegen seiner wirklichkeitsfremden Voraussetzungen nicht zur Beschreibung des Marktes geeignet ist.⁶⁵⁷ Zum einen ist in der Realität eine vollständige Markttransparenz schon deshalb nicht gegeben, weil die Beschaffung von Informationen regelmäßig Aufwendungen (in Form von Geld und Zeit) verursacht.⁶⁵⁸ Zum anderen ist auch die Vorstellung eines außergewöhnlich und überdurchschnittlich befähigten Verbrauchers, der seine Kaufentscheidungen – von äußeren Einwirkungen unbeeinflusst – ausschließlich auf der Grundlage eines rationalen Abwägungsprozesses trifft, unrealistisch.⁶⁵⁹ Verbraucher verhalten sich häufig nicht kostenorientiert oder rational und treffen gelegentlich sogar bewusst unökonomische Entscheidungen⁶⁶⁰ – etwa beim Kauf von „fair gehandelten“ Produkten.

2. Maßgeblichkeit des dynamischen Modells

Wegen der Ungeeignetheit des statischen Modells zur Beschreibung des Marktes wurde das sog. dynamische Modell entwickelt, welches heute für das Referenzsystem der marktwirtschaftlichen Ordnung maßgeblich ist. Dieses Modell geht von einem unvollkommenen Wettbewerb und von einer unvollkommenen

⁶⁵⁴ Stobbe, S. 288; Scherer, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, S. 24; Schmidt, S. 5 f.

⁶⁵⁵ Lettl, *Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung*, S. 76 f. – Zur Definition des *homo oeconomicus* vgl. bereits 1. Kap. B II 1.

⁶⁵⁶ Scherer, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, S. 24.

⁶⁵⁷ Fezer, *UWG*, Einl. Rn. 72.

⁶⁵⁸ Stobbe, S. 292; Scherer, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, S. 22.

⁶⁵⁹ Lettl, *Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung*, S. 76; Möller, S. 45.

⁶⁶⁰ Ausführlich hierzu: Beater, in: *FS Tilmann*, S. 89; Trommsdorf, S. 189 f.

Markttransparenz aus. Zu Grunde gelegt wird im Rahmen des dynamischen Modell ein Verbraucher, der zumindest nicht ausschließlich als *homo oeconomicus* auftritt.⁶⁶¹ Im Gegensatz zu dem sog. statischen Modell wird auf die Beeinflussbarkeit des Marktes durch das Handeln der Marktteilnehmer abgestellt und Wettbewerb als Tätigwerden auf dem Markt verstanden.⁶⁶²

Die Werbung erfüllt in diesem System wichtige Funktionen: Ziel der Anbieter ist es hauptsächlich, mit Hilfe der Werbung den Absatz durch die Vergrößerung des eigenen Marktanteils und durch die Schaffung neuer Märkte zu steigern. Neue Bedürfnisse und damit Absatzsteigerungen lassen sich jedoch nur erzielen, wenn die Konsumenten über die Existenz der betreffenden Produkte entsprechend informiert werden. Insbesondere im Hinblick auf die Einführung neuer Produkte ist Werbung ein notwendiger Funktionsbestandteil der marktwirtschaftlichen Ordnung.⁶⁶³ Angesichts der herrschenden Produktvielfalt ist die Etablierung eines neuen Produktes auf dem Markt ohne entsprechende Werbemaßnahmen nahezu undenkbar. So wurden beispielsweise im Jahre 1998 im deutschen Lebensmittelhandel 28 000 Produkte neu eingeführt. Nach nur einem Jahr waren bereits rund 50 % wieder vom Markt verschwunden.⁶⁶⁴

Für die Verbraucher als Marktgegenseite ist die Werbung in erster Linie eine Quelle der Information. Wegen der Unübersichtlichkeit des Marktes ist es erforderlich, gerade im Hinblick auf die Einführung neuer Produkte oder auf Preisenkungen oder Qualitätsverbesserungen bereits auf dem Markt vorhandener Waren über eine leicht zugängliche Informationsquelle zu verfügen.⁶⁶⁵ Werbung stellt somit als Bindeglied zwischen Angebot und Nachfrage im Absatzprozess einen wesentlichen Faktor dar und ist für das Funktionieren des Marktes als dem zentralen Regulativ der Güterproduktion im Referenzsystem der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung von überragender Bedeutung.⁶⁶⁶

⁶⁶¹ Stobbe, S. 292; Scherer, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, S. 25; Fezer, *UWG*, Einl. Rn. 72; Beater, in: *FS Tilmann*, S. 87, 88 f.

⁶⁶² Lettl, *Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung*, S. 77.

⁶⁶³ Scherer, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, S. 26; Keßler, *WRP* 1993, 571, 574; Stobbe, S. 293.

⁶⁶⁴ Trommsdorf, S. 311.

⁶⁶⁵ Lettl, *Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung*, S. 77.

⁶⁶⁶ Hatje, in: *Schwarze*, S. 37, Scherer, *WRP* 1999, 991, 995 f.

Für den europäischen Binnenmarkt gewinnen diese Zielsetzungen besondere Bedeutung, zumal mit der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit die grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit gefördert werden soll. Denn das Vordringen in neue nationale Märkte erfordert nicht zuletzt angesichts der herrschenden Produktvielfalt (informierende) Werbung. Nur auf diese Weise können neu angebotene Produkte von den Verbrauchern ausreichend wahrgenommen und neue Märkte erschlossen werden.⁶⁶⁷ Nur ein informierter Verbraucher kann Zugang zu solchen Angeboten finden, die ihren Ursprung in anderen Mitgliedstaaten haben, um auf diese Weise die Entstehung und Festigung des Binnenmarktes mit zu bewirken.⁶⁶⁸ Angesichts der zentralen Bedeutung der Information in der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung ist für die Beurteilung der Irreführung ein objektiver Maßstab zu wählen, der diesem Umstand ausreichend Rechnung trägt: Maßgeblicher Bezugspunkt für die marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung kann nur ein objektivierter Verbrauchertypus sein, der über das nötige Maß an intellektueller Kompetenz und Verständigkeit verfügt, um Informationen überhaupt aufnehmen und richtig verarbeiten zu können.⁶⁶⁹

II. Die objektiven Maßstäbe der Privatrechtsordnung

Im Rahmen der übrigen Privatrechtsordnung, die mit ihrer Grundvoraussetzung der Privatautonomie auch auf der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung basiert, existieren ebenfalls objektive Maßstäbe für die Beurteilung konkreten Verhaltens:⁶⁷⁰ So wird beispielsweise bei der Bestimmung des Fahrlässigkeitsvorwurfs im Rahmen des § 276 Abs. 2 BGB ein auf allgemeine Verkehrsbedürfnisse ausgerichteter objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab zu Grunde gelegt. Maßgebend sind demnach die durchschnittlichen Anforderungen, die an Angehörige der jeweiligen Verkehrskreise in der jeweiligen Situation zu stellen sind. Auf die individuellen Fähigkeiten, Kenntnisse und Umstände beim einzelnen Schädiger wird grundsätzlich keine Rücksicht genommen.⁶⁷¹

⁶⁶⁷ Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 183.

⁶⁶⁸ Micklitz/Keßler, WRP 2003, 919, 922.

⁶⁶⁹ Scherer, WRP 1999, 991, 996.

⁶⁷⁰ Scherer, WRP 1999, 991, 996; Hücke, S. 440; Drexler, in: Schrickler/Henning-Bodewig, S. 178.

⁶⁷¹ Entscheidender Grund für die Maßgeblichkeit des objektiven Fahrlässigkeitsbegriffes ist der Gedanke des Vertrauensschutzes. Im Rechtsverkehr muss sich jeder grs. darauf verlassen können, dass der andere die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzt, vgl. Soergel/Wolf, § 276 Rn. 75; Palandt/Heinrichs, § 276 Rn. 15.

Auch bei der Feststellung der Bedeutung einer bestimmten Aussage wird auf einen objektiven Maßstab abgestellt. Besteht beispielsweise bei der Auslegung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger kein übereinstimmendes Verständnis über deren Inhalt, so wird gem. § 133 BGB nicht der tatsächliche, empirisch festzustellende Wille des Erklärenden ermittelt, sondern durch normative Auslegung der objektive Erklärungswert der Willenserklärung.⁶⁷² Vom Erklärungsempfänger wird dabei verlangt, dass er nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit prüft, was der Erklärende gemeint hat.⁶⁷³ Hinter dem Abstellen auf den „objektiven Empfängerhorizont“ steht eine Abwägung, die einerseits dem Willen des Erklärenden und andererseits dem Schutz des Rechtsverkehrs gerecht werden will.⁶⁷⁴

Gegen das normativ geprägte, objektive Verbraucherverständnis als Beurteilungsmaßstab kann daher nicht eingewendet werden, dieses führe zu einer nicht gerechtfertigten Verkürzung des Schutzes der Verbraucher, da es nicht mehr auf das Verständnis der angesprochenen Personen ankomme, sondern auf „Soll-Vorstellungen“ eines abstrakten Verbrauchers.⁶⁷⁵ Denn die Rechtsordnung ist – wie aufgezeigt – in vielen Rechtsbereichen auf objektive Maßstäbe angewiesen, die notwendigerweise auf das jeweilige Referenzsystem abgestimmte Durchschnittswerte zu Grunde legen.⁶⁷⁶ Diejenige Personen, die diesem Anforderungsprofil nicht entsprechen, werden rechtlich nicht geschützt: So werden alle voll geschäftsfähigen Teilnehmer am Rechtsverkehr an der vom „objektiven Empfängerhorizont“ her ermittelten Bedeutung einer Willenserklärung festgehalten, auch wenn eine gewisse Anzahl von Personen auf Grund mangelnder intellektueller Fähigkeiten nicht in der Lage ist, eine an sie gerichtete Willenserklärung unter Berücksichtigung aller für sie erkennbaren Umstände mit gebotener Aufmerksamkeit daraufhin zu überprüfen, was der Erklärende gemeint hat. Auch im Rahmen des objektivierten und typisierten Sorgfaltsmaßstabes des § 276 Abs. 2 BGB kann in erster Linie aus Gründen des Vertrauensschutzes auf individuelle Fähigkeiten und Kenntnisse keine Rücksicht genommen werden.

⁶⁷² Palandt/*Heinrichs*, § 133 Rn. 9.

⁶⁷³ Staudinger/*Dilcher*, § 133 Rn. 30; Palandt/*Heinrichs*, § 133 Rn. 9.

⁶⁷⁴ Drexler, in: Schrickler/*Henning-Bodewig*, S. 178.

⁶⁷⁵ So aber: Gloy, in: FS Erdmann, S. 825 f.; Spätgens, in: FS Tilmann, S. 243; ähnlich: Deutsch, GRUR 1996, 541, 546; Tilmann, in: FS Piper, S. 491.

⁶⁷⁶ Scherer, WRP 1999, 991, 996.

C. Konkretisierung des Verbraucherleitbildes

Der objektivierte Maßstab, an Hand dessen die Irreführungsgefahr festgestellt werden muss, ist das Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers.“ Zu fragen ist stets, welcher Umfang an Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit von dieser Durchschnittsperson unter den konkreten Umständen des Einzelfalles in der jeweiligen Situation erwartet werden kann.⁶⁷⁷ Dabei ist aber auch zu berücksichtigen, welches Verhalten den werbenden Anbietern zumutbar ist, um die Verbraucher vor nachteiligen Entscheidungen zu schützen.⁶⁷⁸ Denn der Ausgangspunkt zur sachgerechten Lösung von Einzelfällen wird – entsprechend dem Ansatz des EuGH – dadurch bestimmt, dass ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Verbraucher und denen der Anbieter gefunden werden muss. Nur bei einem ausgewogenen Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage können beide Seiten größtmöglichen Vorteil insbesondere aus der Verwirklichung des Binnenmarktes ziehen.⁶⁷⁹ Die Frage nach dem Verhältnis eines weit reichenden Verbraucherschutzes zu einem weitgehend unbeschränkten Warenverkehr im Binnenmarkt ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zu beantworten. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, dass der Schutz der Verbraucher vorrangig nicht über Verbote und Beschränkungen erreicht werden soll, sondern durch hinreichende und wahrheitsgemäße Informationen über die angebotenen Produkte.⁶⁸⁰ Die entscheidende Frage lautet daher, welche Informationspflichten den Anbietern und welche Informationsrisiken den Verbrauchern zumutbar sind.⁶⁸¹

Unter Abwägung der widerstreitenden Interessen sind die getroffenen Wertungen bei der Ermittlung der Auffassung der Durchschnittsperson offen zu legen, so dass der Irreführungsbegriff für die Rechtsanwendung transparent wird. Ge-

⁶⁷⁷ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 275.

⁶⁷⁸ Lettl, GRUR 2004, 449, 454; Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 18.

⁶⁷⁹ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 94; ders., GRUR Int. 2004, 85, 87. – Vgl. auch Harte/Henning/Glückner, Einl. B Rn. 124: „Die dem Unlauterkeitsurteil zugrundeliegende Interessenabwägung hat deshalb einerseits die Handlungsfreiheit des Wettbewerbers und das Allgemeininteresse an freiem Wettbewerb, andererseits das Allgemeininteresse am Schutz der Wettbewerbsordnung vor Verfälschungen zu berücksichtigen.“

⁶⁸⁰ Hücke, S. 442.

⁶⁸¹ Fezer/Osterrieth, UWG, § 4-S1 Rn. 94; Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 18; Köhler, GRUR 2003, 729, 734.

rade das durch Richterrecht geprägte UWG verlangt in besonderer Weise nach Offenlegung der zu Grunde gelegten Wertungen, um widerspruchsfreie Ergebnisse zu erreichen und Rechtssicherheit zu schaffen. Das heute maßgebliche Verbraucherleitbild ist hierzu nur bedingt geeignet und bedarf noch der weiteren Konkretisierung, um mit seiner Hilfe Einzelfälle interessengerecht lösen zu können.⁶⁸²

Insbesondere auf das Fehlen eines verbindlichen Maßstabes, an Hand dessen eine Irreführungsfahr wertend beurteilt werden kann, gründen sich Bedenken gegen das „normative Modell.“⁶⁸³ Ein solcher Maßstab bleibe wegen der verschiedenen Kenntnisse und Vorstellungen der Richter unterschiedlich und unklar, und führe daher zu einem weitgehenden Verzicht auf Nachvollziehbarkeit der gefundenen Ergebnisse.⁶⁸⁴ Mangels inhaltlicher Wertungen sei das heute maßgebliche Verbraucherleitbild ein konturloser und damit praktisch nicht operabler Rechtsbegriff.⁶⁸⁵

Gelingt es allerdings, das heute maßgebliche Verbraucherleitbild genauer zu beschreiben und so einen mit inhaltlichen Wertungen ausgefüllten, verlässlichen Beurteilungsmaßstab zu schaffen, dann steht eine gehaltvolle Alternative zum empirischen Feststellungsmodell zur Verfügung, die den Anforderungen der Rechtssicherheit und der ausgewogenen Risikoverteilung sehr viel besser genügt als die empirische Feststellung. Erste Ansätze zur Konkretisierung des Leitbildes des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ lassen sich der Rechtsprechung von EuGH und BGH bereits entnehmen und sollen im Folgenden ausführlich dargestellt werden. Zur Fortentwicklung der bereits von der Rechtsprechung getroffenen Unterscheidungen sowie für weitere geeignete Differenzierungen und Ergänzungen werden verschiedene Vorschläge unterbreitet.

I. Unterscheidung nach Verbrauchergruppen

Das Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ ist nicht pauschal und abstrakt festgelegt. Viel-

⁶⁸² Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 26; Lettl, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 44, 46; ders., GRUR 2004, 449, 450.

⁶⁸³ Vgl. nur: Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 55; Deutsch, GRUR 1996, 541, 545 f.; Trägner, S. 98 f.

⁶⁸⁴ Piper, in: Köhler/Piper, § 3 Rn. 55.

⁶⁸⁵ Reese, WRP 1998, 1035, 1041.

mehr können auch nationale Besonderheiten wie soziale, kulturelle oder sprachliche Eigenheiten Berücksichtigung finden.⁶⁸⁶ Bei den Anforderungen an das Verhalten der Verbraucher ist danach zu unterscheiden, ob sich ein wettbewerbliches Verhalten an die Allgemeinheit der Verbraucher richtet oder gezielt an besonders schutzwürdige Verbrauchergruppen.⁶⁸⁷ Nur wenn besonders schutzwürdige Verbraucher wissentlich und willentlich vom Werbenden angesprochen werden, sind die Anforderungen an Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit aus der Sicht der Durchschnittsperson dieses Adressatenkreises zu bestimmen. Richtet sich eine Werbung hingegen an die Allgemeinheit, ist allein auf den allgemeinen Durchschnittsverbraucher abzustellen.⁶⁸⁸

In diese Richtung zielen auch die derzeitigen Überlegungen auf europäischer Ebene. Gem. Art. 5 Abs. 3 S. 1 des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in der Fassung vom 25. Mai 2004 sollen Geschäftspraktiken, die die Gesamtheit der Verbraucher erreichen, voraussichtlich jedoch in einer für den Gewerbetreibenden vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise das wirtschaftliche Verhalten nur einer Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die auf Grund von geistigen oder körperlichen Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese Praktiken oder die ihnen zu Grunde liegenden Produkte besonders schutzbedürftig sind, aus der Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe beurteilt werden. Die besondere Schutzwürdigkeit bestimmter Verbraucherkreise, die als besonders anfällig für unlautere Geschäftspraktiken eingestuft werden, wird damit ausdrücklich anerkannt.⁶⁸⁹

Wie im Gemeinschaftsrecht wird auch im deutschen Recht danach unterschieden, an welche Gruppe von Verbrauchern sich eine Wettbewerbshandlung richtet. Der objektive Maßstab ist die aufmerksame und verständige Person aus dem konkret angesprochenen Personenkreis. Wendet sich der Werbende speziell an eine bestimmte Bevölkerungsgruppe (z.B. Fachleute, Kinder und Jugendliche, Analphabeten oder Aussiedler), so kommt es nicht auf den Durchschnitt der Bevölkerung insgesamt an, sondern auf einen durchschnittlichen informierten,

⁶⁸⁶ EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 29 („Lifting-Creme“).

⁶⁸⁷ Köhler/Letl, WRP 2003, 1019, 1032; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 82; Letl, WRP 2004, 1079, 1091.

⁶⁸⁸ Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 20; Köhler/Letl, WRP 2003, 1019, 1032.

⁶⁸⁹ Vgl. die Erwägungsgründe 13 und 13 a des Vorschlags für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Fn. 48); vgl. auch: Schulte-Nölke/Busch, ZEuP 2004, 99, 102.

aufmerksamen und verständigen Angehörigen dieser Gruppe.⁶⁹⁰ Richtet sich eine Werbung beispielsweise ausschließlich an Fachleute, so ist deren Kenntnisstand und Verständigkeit zu Grund zu legen, mit der Folge, dass eine den Durchschnittsverbraucher irreführende Werbung für die angesprochenen Fachkreise nicht als irreführend einzustufen ist. Ist eine besonders schutzwürdige Verbrauchergruppe alleiniger Adressatenkreis des wettbewerblichen Verhaltens, dann ist bei der Durchschnittsperson dieses Personenkreises ein wesentlich geringerer Grad an Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit zu Grunde zu legen. Trotz dieser personenbezogenen Unterscheidungen bleiben in den Fällen, in denen sich eine Werbung an die Allgemeinheit richtet und nicht gezielt an bestimmte Personengruppen, auf Grund des objektivierten Maßstabes des allgemeinen Durchschnittsverbrauchers Schutzlücken bestehen. Diese sind jedoch hinzunehmen, um die Informationsinteressen der übrigen Verbraucher und die wirtschaftlichen Interessen der Anbieter nicht unangemessen einzuschränken.⁶⁹¹

II. Anforderungen an das Verbraucherverhalten

Neben den personenbezogenen Unterscheidungen differenziert das Verbraucherleitbild zwischen der Wahrnehmung wettbewerblichen Verhaltens und deren Verarbeitung.⁶⁹² Soweit ein informierter und aufmerksamer Verbraucher gefordert wird, sind die kognitiven Möglichkeiten und Fähigkeiten der angesprochenen Verbraucher betroffen. Denn das Kriterium der „Aufmerksamkeit“ bezieht sich auf die Intensität des Wahrnehmens und Aufnehmens von Informationen, das Unterscheidungsmerkmal der „Informiertheit“ auf den Kenntnisstand des Verbrauchers. Soweit der Verbraucher verständig zu sein hat, sind dessen intellektuelle Fähigkeiten angesprochen, da sich dieses Kriterium auf die richtige Einordnung der aufgenommenen und bereits verarbeiteten Informationen bezieht.⁶⁹³ Im Hinblick auf alle Kriterien ist dabei ein durchschnittlicher Maßstab anzulegen. Trotz der Differenzierungen weisen diese drei Kriterien des Verbraucherleitbildes durchaus immer wieder Überschneidungsbereiche auf. Im Folgenden sollen die bereits erkennbaren Unterscheidungen des EuGH und des BGH dargestellt und weiter fortentwickelt werden.

⁶⁹⁰ Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 27; Köhler, GRUR 2003, 729, 737.

⁶⁹¹ Hierzu bereits ausführlich 1. Kap. B II 2.

⁶⁹² Beater, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken, S. 84; Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 93; Dethloff, S. 15. – Vgl. hierzu auch 1. Kap. B I.

⁶⁹³ Nordemann, Rn. 217; Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 93.

1. Durchschnittliche Informiertheit

Das Kriterium der Informiertheit bezieht sich auf den Kenntnisstand des Verbrauchers.⁶⁹⁴ Weder der EuGH noch der BGH haben bisher ausdrücklich konkretisiert, welcher Informationsstand beim Durchschnittsverbraucher vorausgesetzt werden kann, so dass aus einzelnen Entscheidungen hierzu Rückschlüsse zu ziehen sind.

Nach Auffassung des EuGH erkennt der angemessen informierte Verbraucher bei einer Werbung für eine Erdbeerkonfitüre mit der Angabe „naturrein“, dass dies nicht die Freiheit von jeglichen Cadmium- und Bleirückständen bedeuten kann. Denn diese Schadstoffe sind infolge von Luft- und Wasserverschmutzung in der natürlichen Umwelt vorhanden. Soweit Erdbeeren dort angebaut werden, sind sie zwangsläufig den in der Umwelt vorkommenden Schadstoffen ausgesetzt. Daher ist es auch bei ausschließlich natürlichem Anbau für den Hersteller nicht vermeidbar, dass sich in der Konfitüre zumindest minimale Rückstände von Schadstoffen befinden. Diese Zusammenhänge sind dem Durchschnittsverbraucher vertraut, so dass dieser durch die Angabe „naturrein“ nicht in die Irre geführt wird.⁶⁹⁵ Nach Ansicht des BGH weiß der durchschnittlich informierte Verbraucher beispielsweise auch, dass er nähere Angaben auf den Rück-Etiketten der Flaschen findet, soweit er an zusätzlichen Informationen über ein spezielles Bier interessiert ist. Nutzt er diese Informationsmöglichkeit, dann bleibt ihm etwa der Hinweis auf die Braustätte nicht verborgen.⁶⁹⁶ Bei einem Badezusatz in Tablettenform mit der Bezeichnung „Thermal Bad“ weiß der Verbraucher, dass er sich mit diesem Produkt in der häuslichen Badewanne ein Bad zubereiten kann, dessen Wirkungen dem Bad in einer natürlichen Thermalquelle entsprechen. Wenn ihm diese Bedeutung unklar ist, wird er die Angaben auf der Verpackung lesen und hieraus die entsprechenden Schlussfolgerungen ziehen.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ Dethloff, S. 15; Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 21.

⁶⁹⁵ EuGH WRP 2000, 489, 492, Rn. 27 („Darbo“); vgl. hierzu auch Leible/Sosnitza, WRP 2000, 610, 613.

⁶⁹⁶ BGH WRP 2001, 1450, 1453 („Warsteiner III“).

⁶⁹⁷ BGH WRP 2003, 275, 277 („Thermal Bad“).

Verlangt wird vom Durchschnittsverbraucher insgesamt ein normaler, angemessener Kenntnisstand auf dem betreffenden Warengbiet.⁶⁹⁸ Als „normal“ oder „durchschnittlich“ kann man einen Kenntnisstand bezeichnen, den ein Durchschnittsverbraucher der maßgeblichen Verbrauchergruppe im alltäglichen Leben (etwa durch Schul- und Allgemeinbildung, Zeitungslektüre, Fernseh- und Radiosendungen oder auch im Rahmen der Erziehung) erwirbt und der von ihm ohne die Bereitstellung oder Einholung weiterer Informationen grundsätzlich erwartet werden kann.⁶⁹⁹ Die Frage nach der Notwendigkeit der Beschaffung weiterer Informationen betrifft in erster Linie die Merkmale der Aufmerksamkeit und Verständigkeit.⁷⁰⁰

Der Wissensstand, der bei einem Durchschnittsverbraucher vorausgesetzt werden kann, hängt maßgeblich davon ab, welcher Personenkreis Adressat des wettbewerblichen Verhaltens ist. Bei einer Werbung, die sich gezielt, also willentlich und wissentlich, ausschließlich an Fachkreise richtet, kann daher ein höherer Wissensstand vorausgesetzt werden als bei einer Werbung, die sich an die Allgemeinheit wendet.⁷⁰¹

Für die Beantwortung der Frage, welcher Kenntnisstand beim Durchschnittsverbraucher zu erwarten ist, kann es auch von Bedeutung sein, welche Art von Waren erworben werden soll und wie komplex das jeweilige Angebot ist. Bei preisgünstigen, regelmäßig gekauften Gegenständen des täglichen Bedarfs wird der durchschnittliche Wissensstand regelmäßig höher einzustufen sein, als bei speziellen oder erst neu auf den Markt gekommenen Produkten.

2. Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers

Das Kriterium der „Aufmerksamkeit“ bezieht sich in erster Linie auf die Intensität des Wahrnehmens und des inhaltlichen Aufnehmens von Informationen. Zu fragen ist danach, inwieweit von einem durchschnittlich aufmerksamen Verbraucher erwartet werden kann, dass er die ihm angebotenen Produktinformationen bei seiner Erwerbsentscheidung berücksichtigt. Zur Beantwortung dieser Frage und zur Konkretisierung des Kriteriums der „Aufmerksamkeit“ bietet

⁶⁹⁸ Helm, in: FS Tilmann, 135, 142; Gloy/Loschelder-Helm, Hdb. WettbewerbsR., § 53 Rn. 24.

⁶⁹⁹ Vgl. Lettl, GRUR 2004, 449, 457.

⁷⁰⁰ Die einzelnen Kriterien lassen sich jedoch nicht exakt voneinander trennen und es kommt immer wieder zu Überschneidungen.

⁷⁰¹ Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 29.

sich in erster Linie eine produktbezogene Unterscheidung an.⁷⁰² Danach kann die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach der Art der jeweiligen Ware oder Dienstleistung unterschiedlich hoch sein. Zu Grunde zu legen ist dieser Unterscheidung die von der Betriebswirtschaftslehre getroffene Einteilung in Erfahrungs-, Such- und Vertrauensgüter.⁷⁰³

a) Die Unterscheidung nach Produktarten

Erfahrungsgüter sind häufig gekaufte und relativ günstige Produkte (etwa Gegenstände des täglichen Bedarfs wie z.B. Grundnahrungsmittel, Waschmittel, Papiertaschentücher oder Zeitschriften). Der Durchschnittsverbraucher informiert sich regelmäßig nicht aufwändig über solche Güter, sondern wählt sie auf Grund einfacher Denkabläufe aus und verschafft sich über deren Eigenschaften durch den Kauf Klarheit, da es für ihn kostengünstiger ist.⁷⁰⁴ Werbung für Erfahrungsgüter wird eher oberflächlich wahrgenommen. Der Verbraucher trifft seine Kaufentscheidung regelmäßig auf Grund der Erfahrungen, die er in der Vergangenheit mit den erworbenen Produkten bereits gemacht hat.⁷⁰⁵ Suchgüter sind dagegen eher selten gekaufte, relativ teure Produkte von verhältnismäßig langer Lebensdauer. Schon wegen der hohen Kosten lohnt es sich für den Konsumenten, vor der Kaufentscheidung gründlich nachzudenken und sich eingehend zu informieren (z.B. beim Kauf eines PKW oder eines hochwertigen Fahrrades).⁷⁰⁶ Vertrauensgüter sind solche Produkte, bei deren Einschätzung der Verbraucher in besonderer Weise auf die dezidierten Angaben des Verkäufers vertrauen muss, da sich die Qualitätseigenschaften dieser Güter regelmäßig nicht sicher oder nur mit unververtretbarem Aufwand überprüfen lassen. Mögliche Beispiele sind die Verträglichkeit von Medikamenten, die Allergieunbedenklichkeit von Baumaterialien oder auch die Beschaffenheit eines Gebrauchtwagens.⁷⁰⁷

⁷⁰² Vgl. Gloy/Loschelder-Helm, Hdb. WettbewerbsR., § 52 Rn. 28.

⁷⁰³ Vgl. zu dieser Einteilung Lettl, GRUR 2004, 449, 454; Groeschke/Kiethe, WRP 2001, 230, 234; Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 15 Rn. 26 ff.; ders., JZ 2000, 973, 978; Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 48, 204.

⁷⁰⁴ Schmidt, S. 65; Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 79.

⁷⁰⁵ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 15 Rn. 27; Groeschke/Kiethe, WRP 2001, 230, 234.

⁷⁰⁶ Schmidt, S. 65.

⁷⁰⁷ Beater, JZ 2000, 973, 978; Lettl, GRUR 2004, 449, 457. – Erkennbar wird bereits an diesen Beispielen, dass sich insbesondere zwischen Such- und Vertrauensgütern Überschneidungsbereiche ergeben können.

Unter Zugrundelegung dieser Unterscheidung nach Produktarten ist davon auszugehen, dass zwischen der Intensität des Informationsverhaltens des Verbrauchers und dem zu erwerbenden Produkt ein Zusammenhang besteht: Während für den durchschnittlich aufmerksamen Verbraucher nur ein geringes Interesse an der Wahrnehmung und Aufnahme von Information besteht, wenn das beworbene Produkt ein Erfahrungsgut darstellt, ist der Bedarf an Information beim Erwerb von Suchgütern und erst recht bei Vertrauensgütern in hohem Maße gegeben.⁷⁰⁸ Der Grad an Aufmerksamkeit ist beim Erwerb der beiden letztgenannten Güter schon deshalb größer, weil sich im Falle einer Fehlentscheidung – nicht zuletzt auch auf Grund des höheren Kapitaleinsatzes – gravierendere Folgen als beim Kauf eines Erfahrungsgutes ergeben. Daher werden Such- und Vertrauensgüter vom Durchschnittsverbraucher nicht spontan erworben, sondern nur auf Grund einer sorgfältigeren und umfassenderen Prüfung der Marktlage, so dass in diesen Fällen von einer größeren Aufmerksamkeit als beim Kauf von Erfahrungsgütern ausgegangen werden kann.⁷⁰⁹

b) Die produktbezogene Unterscheidung in der Rechtsprechung

Auch der EuGH und der BGH knüpfen erkennbar an eine produktbezogene Unterscheidung an, der die dargestellte Differenzierung nach der Art und der Wertigkeit des Produktes zu Grunde liegen dürfte.⁷¹⁰

Der Europäische Gerichtshof hat ausdrücklich festgestellt, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der betreffenden Produkte oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann.⁷¹¹ Ausgehend hiervon und von der Überlegung, dass die Anforderungen an die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers entscheidend von der Situation abhängen, in der dem Durchschnittsverbraucher das zu beurteilende wettbewerbliche Verhalten gegenübertritt, hat der BGH weitere Unterscheidungen vorgenommen: Bereits in der Entscheidung „Orient-Teppichmuster“ hat er ausgeführt, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers dort eher gering, d.h. flüchtig sein werde, wo es um den Erwerb geringwertiger Gegenstände des täglichen Bedarfs gehe. Erst im Fall eines am Angebot einer nicht völlig geringwertigen Ware oder Dienstleistung werde die Werbung mit größerer Aufmerksamkeit wahrgenommen.

⁷⁰⁸ Beater, JZ 2000, 973, 978.

⁷⁰⁹ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 267.

⁷¹⁰ Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 204.

⁷¹¹ EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736, Rn. 26 („Lloyd“); EuGH GRUR Int. 2003, 533, 536, Rn. 52 („LTJ Diffusion“).

Verständigkeit und Flüchtigkeit schließen sich nicht aus, da auch ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher in seiner Wahrnehmung flüchtig sein könne.⁷¹² Um nicht völlig geringwertige Produkte handelt es sich nach Auffassung des BGH etwa bei einem PKW,⁷¹³ einer Flugreise,⁷¹⁴ einem Computer,⁷¹⁵ einem Orient-Teppich⁷¹⁶ und einer Kapitalanlage.⁷¹⁷ Beim Erwerb solcher Produkte, für die regelmäßig erhebliche Anschaffungskosten aufzubringen sind, tritt der Durchschnittsverbraucher nach Auffassung des BGH einer Erwerbsentscheidung erst dann näher, wenn er sich weitergehend informiert, reifliche Überlegungen angestellt und Vergleichsangebote, die im Allgemeinen hinreichend und leicht zugänglich zur Verfügung stehen, geprüft hat.⁷¹⁸

Grundlage dieser Rechtsprechung ist die bereits beschriebene Wertung, dass zwischen der Intensität des Informationsverhaltens des Verbrauchers und dem zu erwerbenden Produkt ein Zusammenhang besteht.⁷¹⁹ Zur Ermittlung der maßgeblichen Situation im Einzelfall geht der BGH davon aus, dass der Durchschnittsverbraucher Erfahrungsgütern nur „flüchtig“ oder „beiläufig“ gegenübertritt. Beim Erwerb von Such- und erst recht von Vertrauensgütern fordert der BGH eine gesteigerte Aufmerksamkeit. Denn in diesem Falle wird der Durchschnittsverbraucher nach Ansicht des BGH einer Erwerbsentscheidung erst dann näher treten, wenn er das Angebot mit größerer Aufmerksamkeit wahrnimmt. Beim Kauf von Erfahrungsgütern wird sich der Durchschnittsverbraucher hingegen in der Regel gar nicht oder nur flüchtig informieren. Daher geht der BGH von einem höheren Schutzbedürfnis des Verbrauchers beim Kauf solcher Gegenstände des täglichen Bedarfs aus, indem er die Anforderungen an dessen Aufmerksamkeit absenkt.⁷²⁰ Informationen müssen daher nicht näher betrachtet werden, um bestehende Zweifel auszuräumen.⁷²¹

⁷¹² BGH WRP 2000, 517, 519, 520 („Orient-Teppichmuster“).

⁷¹³ BGH GRUR 2003, 626, 627 („Umgekehrte Versteigerung II“)

⁷¹⁴ BGH GRUR 2004, 435, 436 („Frühlingsgeflüge“).

⁷¹⁵ BGH WRP 2003, 379, 380 („Preis ohne Monitor“).

⁷¹⁶ BGH WRP 2000, 517, 519 („Orient-Teppichmuster“).

⁷¹⁷ BGH WRP 2004, 225, 226 („Mindestverzinsung“).

⁷¹⁸ BGH GRUR 2003, 626, 627 („Umgekehrte Versteigerung II“)

⁷¹⁹ Groeschke/Kiethe, WRP 2001, 230, 234; Fezer/Peifer, UWG, § 5 Rn. 48; vgl. auch: Kroeber-Riel/Weinberg, S. 251 f.

⁷²⁰ Lettl, GRUR 2004, 449, 458.

⁷²¹ Wuttke, WRP 2004, 820, 822.

Dieser Ansatz des BGH ist jedoch im Hinblick auf die vom EuGH gestellten Anforderungen problematisch.⁷²² Denn im Gegensatz zum BGH erwartet der Europäische Gerichtshof vom aufmerksamen Durchschnittsverbraucher, dass er auch beim Erwerb von Erfahrungsgütern die angebotenen Produktinformationen zur Kenntnis nimmt und auf diese Weise eventuelle Irreführungsgefahren verhindert. Zwar hat der EuGH ausdrücklich den Zusammenhang von Warenart und Aufmerksamkeitsgrad anerkannt. Offenbar werden die Anforderungen an die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers jedoch nur leicht abgesenkt: Auch beim Kauf von geringwertigen Gegenständen des täglichen Bedarfs erwartet der EuGH vom Durchschnittsverbraucher, dass er mit einem gewissen Maß an Aufmerksamkeit handelt und die vorhandenen Informationen bei seiner Erwerbsentscheidung berücksichtigt. So wird verhindert, dass der Konsument auf Grund einer Irreführung eine nachteilige Entscheidung trifft.⁷²³

c) Die Verfügbarkeit von Informationen

Neben der produktbezogenen Unterscheidung hängt die vom Durchschnittsverbraucher zu erwartende Aufmerksamkeit auch von der Verfügbarkeit von Informationen ab. Stellt der Anbieter sachgemäße und inhaltlich korrekte Informationen in ausreichendem Maße zur Verfügung, ist der Durchschnittsverbraucher gehalten, diese in zumutbarem Umfang zur Kenntnis zu nehmen, um eine Irreführung vermeiden zu können.⁷²⁴ Verbraucher, die naheliegende Informationsmöglichkeiten nicht oder nur unzureichend nutzen, müssen wegen mangelnder Schutzwürdigkeit die nachteiligen Folgen selbst tragen.⁷²⁵

aa) Naheliegende Informationsmöglichkeiten

Für einen angemessen aufmerksamen Verbraucher ist es nach Ansicht des BGH zumutbar, dass er auch nicht sofort ins Auge springende Angaben wahrnimmt. Daher ist es nicht zu beanstanden, wenn bei einer Werbeanzeige für ein „Spiel- und Telefonierpaket“ ein bei der blickfangmäßig herausgestellter Preisangabe angebrachter Stern darauf verweist, dass der Angebotspreis lediglich in Verbindung mit der Freischaltung eines Netzkartenvertrages Gültigkeit hat.⁷²⁶ Hinge-

⁷²² Vgl. zu den Divergenzen zwischen der Rechtsprechung von EuGH und BGH im Hinblick auf den Aufmerksamkeitsmaßstab bereits 2. Kap. A II 5.

⁷²³ Vgl. EuGH WRP 1995, 677, 678 f. („Mars“); EuGH WRP 2000, 489, 491 („Darbo“).

⁷²⁴ Lettl, GRUR 2004, 449, 455; Harte/Henning/*Glöckner*, Einl. B Rn. 115.

⁷²⁵ EuGH, GRUR Int. 1991, 215, 216, Rn. 21 („Pall/Dahlhausen“); EuGH, WRP 1995, 677, 678 f., Rn. 24 („Mars“).

⁷²⁶ BGH GRUR 2004, 343, 344 („Playstation“).

gen ist nicht zu erwarten, dass der aufmerksame Durchschnittsverbraucher als Internet-Nutzer bei der Information über die wesentlichen Merkmale eines ihn interessierenden Kaufgegenstandes immer die gesamten Internet-Seiten des anbietenden Unternehmens zur Kenntnis nimmt: „Der Kaufinteressierte wird vielmehr erfahrungsgemäß nur diejenigen Seiten aufrufen, die er zur Information über die von ihm ins Auge gefasste Ware benötigt oder zu denen er durch Links aufgrund einfacher elektronischer Verknüpfung oder durch klare und unmissverständliche Hinweise auf dem Weg bis hin zum Vertragsschluss geführt wird.... Erhält er auf diese Weise die aus seiner Sicht erforderlichen Angaben, hat er keine Veranlassung, noch weitere Seiten des Internet-Auftritts darauf zu untersuchen, ob sie für ihn zusätzliche brauchbare Informationen enthalten.“⁷²⁷

Nach Auffassung des EuGH zählen insbesondere Angaben auf der Verpackungsbeilage oder auf der Etikettierung des Produkts zu den naheliegenden Informationsmöglichkeiten. So kann beispielsweise der Vertrieb von Erdbeerkonfitüre, die als „naturrein“ bezeichnet wird, aber das – nicht naturreine – Geliermittel Pektin enthält, nicht wegen Irreführung untersagt werden, wenn im Zutatenverzeichnis auf dessen Präsenz hingewiesen wird. Denn die Verbraucher, die sich in ihrer Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung der Produkte richten, lesen nach Ansicht des EuGH zunächst dieses Verzeichnis.⁷²⁸ Erwartet wird somit von dem Durchschnittsverbraucher nicht nur, dass dieser weiß, wo er bestimmte Informationen findet, sondern auch, dass er die ihm angebotenen Informationen wahrnimmt und bei seiner Entscheidung in entsprechendem Umfang berücksichtigt. Soweit er dies unterlässt, besteht regelmäßig kein Bedürfnis für seinen Schutz.⁷²⁹

Der EuGH stellt somit hohe Anforderungen an den beim Durchschnittsverbraucher zu erwartenden Aufmerksamkeitsgrad. Obwohl die Werbeaussage „naturrein“ im Hinblick auf das Geliermittel Pektin objektiv unrichtig war, und obwohl es sich bei dem angebotenen Produkt um ein sog. Erfahrungsgut handelte, geht der EuGH davon aus, dass eine Irreführung durch die Kenntnisnahme der

⁷²⁷ BGH WRP 2005, 480, 484 („Epson-Tinte“).

⁷²⁸ EuGH, WRP 2000, 489, 491, Rn. 22 („Darbo“). – Auch der Vertrieb von „Sauce hollandaise“, die eine den inländischen Rezepturvorschriften nicht entsprechende Zutat enthält, kann nach Ansicht des EuGH nicht als irreführend verboten werden, soweit sich ein entsprechender Hinweis im Zutatenverzeichnis findet, vgl. EuGH, Slg. 1995, I-3599, 3629, Rn. 34 („Sauce hollandaise“).

⁷²⁹ Teilweise ergibt sich auch hier eine Überschneidung mit dem Kriterium der angemessenen Informiertheit.

angebotenen Information ausgeräumt wird. Solche Informationsanstrengungen müsste der Durchschnittsverbraucher bei konsequenter Umsetzung der deutschen Rechtsprechung kaum unternehmen: Da der BGH den Konsumenten beim Erwerb von geringwertigen Produkten ausdrücklich eine „flüchtige“ Betrachtung der Werbung zugesteht, hätte der Durchschnittsverbraucher die angebotenen Informationen nicht näher betrachten müssen, um vorhandene Zweifel zu beseitigen.

Aber auch wenn an den Durchschnittsverbraucher hohe Anforderungen zu stellen sind, kann keinesfalls pauschal angenommen werden, dass die Verwendung eines per se irreführenden Attributs durch die Richtigstellung innerhalb eines Zutaten- oder Inhaltsverzeichnisses stets zulässig wäre. Bei der Beantwortung der Frage, ob die Nennung der Zugabe von Zusatzstoffen im Zutatenverzeichnis geeignet ist, eine Irreführung der Verbraucher zu vermeiden, sind vielmehr die jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles zu beachten.⁷³⁰ Entscheidend ist dabei die Auffassung der maßgeblichen Durchschnittsperson des angesprochenen Personenkreises.

Grundsätzlich wird der durchschnittlich aufmerksame und verständige Umworbene die Angabe „naturrein“ dahingehend verstehen, dass in dem jeweiligen Produkt keine künstlichen Zusatzstoffe enthalten sind. Jedoch ist dem Durchschnittsverbraucher gemeinhin aber auch geläufig, dass Konfitüre ohne Geliermittel überhaupt nicht hergestellt werden kann. Da ihm diese enge Verknüpfung von Produkt und Zusatzstoff bekannt ist, erscheint die Annahme gerechtfertigt, dass die Aussage „naturrein“ für den Durchschnittsverbraucher trotz der Zugabe eines Geliermittels insoweit nicht irreführend ist. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass Pektin im Zutatenverzeichnis ausdrücklich als Geliermittel bezeichnet wurde.⁷³¹ Eine Irreführung wäre hingegen zu bejahen, enthielte die mit „naturrein“ beworbene Konfitüre andere künstliche Stoffe wie beispielsweise Konservierungs- oder Farbstoffe. Mit der Zugabe dieser künstlichen Stoffe, die für die Konfitüre-Herstellung nicht benötigt werden, braucht der Durchschnittsverbraucher nicht zu rechnen, auch wenn dies aus dem Zutatenverzeichnis hervorgeht. Irreführend wäre für den Durchschnittsverbraucher auch die ausdrückliche Angabe „ohne Geliermittel“ auf dem Etikett, selbst wenn sich

⁷³⁰ Leible/Sosnitza, WRP 2000, 610, 612; Harte/Henning/Glückner, Einl. B Rn. 104.

⁷³¹ So auch Streinz, JuS 2000, 1214, 1215 und Leible/Sosnitza, WRP 2000, 610, 612; a.A. Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 114.

im Zutatenverzeichnis ein entsprechender Hinweis („Hergestellt aus: ..., Geliermittel Pektin,“) befände. Denn durch die Eindeutigkeit dieser Angabe wäre dem Verbraucher jede Veranlassung genommen, weitere Informationen (etwa aus dem Zutatenverzeichnis) überhaupt zur Kenntnis zu nehmen.⁷³²

bb) Umfang der Informationspflicht

Weitgehend ungeklärt ist bislang die Frage, in welchem Maße die Anbieterseite sachgemäße Informationen zum Zwecke des Schutzes des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ zu erteilen hat.⁷³³ Die entscheidende Frage lautet dabei: Welche Informationspflichten sind den Anbietern und welche Informationsrisiken sind den Verbrauchern zumutbar?⁷³⁴

Im neuen UWG findet sich keine generelle Regelung zu Informationspflichten. Zwar wurde in der Diskussion über die UWG-Reform wiederholt ein Paradigmenwechsel vom Schutz der Verbraucher durch das Verbot unlauterer Werbung hin zum Verbraucherschutz durch umfassende Informationspflichten gefordert, doch ist der Gesetzgeber diesem Vorschlag nicht gefolgt und hat somit bewusst auf die Statuierung einer allgemeinen Informationspflicht verzichtet.⁷³⁵ Eine Irreführung i.S.v. § 5 Abs. 1 UWG kann allerdings durch das Verschweigen einer Tatsache herbeigeführt werden, wenn es ohne Information zu einer Irreführung und dadurch bedingt zu einer nachteiligen Beeinflussung der Marktentscheidung kommen kann (§ 5 Abs. 2 S. 2 UWG). Informationspflichten treffen die Anbieter nach dem neuen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb auch gem. § 4 Nr. 4 UWG bei Verkaufsförderungsmaßnahmen und gem. § 4 Nr. 5 UWG bei Preisausschreiben und Gewinnspielen mit Werbecharakter, da nach Auffassung des Gesetzgebers bei diesen Formen der Werteklamme ein erhöhter Informationsbedarf der Verbraucher besteht.⁷³⁶

Auf europäischer Ebene legen sowohl der Vorschlag für eine Verordnung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt als auch der Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken weit reichende Informationsanforderungen

⁷³² Leible/Sosnitza, WRP 2000, 610, 613.

⁷³³ Harte/Henning/Schünemann, § 1 Rn. 48.

⁷³⁴ Köhler, GRUR 2003, 729, 734; Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 18.

⁷³⁵ Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 277; Harte/Henning/Schünemann, § 1 Rn. 49; Ohly, GRUR 2004, 889, 894; Zettel, MDR 2004, 1099, 1102. – Vgl. zur Begründung für eine Ablehnung einer allgemeinen Regelung im UWG: Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487 S. 18 f.

⁷³⁶ Begr. RegE UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

fest. Das Informationsrisiko wird hier nicht gleichmäßig zwischen den Marktteilnehmern aufgeteilt, sondern eher zu Lasten der Anbieter verschoben.⁷³⁷ Da der Verbraucherschutz in erster Linie durch Informationsgewährung sichergestellt werden soll, haben die Anbieter sachgemäße Informationen zur Verfügung zu stellen, die es dem Durchschnittsverbraucher ermöglichen, seine Wahl in voller Kenntnis der Sachlage zu treffen.

Für die Bereitstellung von Informationen durch den werbenden Anbieter spricht generell, dass diesem im Gegensatz zur Verbraucherseite im Regelfall alle Informationen über die von ihm angebotenen Produkte detailliert zur Verfügung stehen. Auch übt der Anbieter maßgeblichen Einfluss auf Gestaltung, Erscheinungsbild und konkreten Inhalt der jeweiligen Werbung aus.⁷³⁸ Zu weitgehende Informationspflichten für die Anbieter vertragen sich jedoch nur schlecht mit dem normativen Leitbild des mündigen, kritischen und aktiven Verbrauchers.⁷³⁹ Zum einen darf bei diesem Verbrauchertyp die Kenntnis bestimmter Informationen vorausgesetzt werden.⁷⁴⁰ Zum anderen ist der (situationsadäquat) aufmerksame Durchschnittsverbraucher durchaus in der Lage, sich eigeninitiativ in gewissem Umfang weitere Informationen zu verschaffen und diese auszuwerten, wenn und soweit ihm die vom Anbieter zur Verfügung gestellten Informationen nicht ausreichend erscheinen.⁷⁴¹ Auf Grund dieser Fähigkeit kann der verständige und situationsadäquat aufmerksame Durchschnittsverbraucher seine Schiedsrichterfunktion im Wettbewerb grundsätzlich auch dann sachgemäß ausüben, wenn ihm allumfassende Informationen von der Anbieter-Seite nicht zur Verfügung gestellt werden.

Die Beantwortung der Frage, inwieweit die Anbieter Informationen bereit zu stellen haben, kann daher nicht pauschal erfolgen, sondern muss die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigen. Je leichter sich der Durchschnittsverbraucher selbst Informationen verschaffen kann, desto weniger ist er auf die Informationserteilung durch den Anbieter angewiesen. Beim Erwerb von Vertrauensgütern wird der Durchschnittsverbraucher hingegen regelmäßig in besonderer Weise auf ausführliche Angaben des Anbieters angewiesen sein, da er

⁷³⁷ Apostolopoulos, WRP 2004, 841, 849.

⁷³⁸ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 96; Lehmann, S 253.

⁷³⁹ Ohly, GRUR 2004, 889, 894.

⁷⁴⁰ Köhler, GRUR 2003, 729, 734.

⁷⁴¹ Harte/Henning/Schünemann, § 1 Rn. 50.

beispielsweise die Qualitätseigenschaften dieser Güter nicht hinreichend selbst überprüfen kann.

Auch wenn die Einzelheiten der Informationspflicht für die Anbieter noch ungeklärt sind, bleibt festzuhalten, dass die Bereitstellung von Informationen grundsätzlich geeignet ist, eine Werbeaussage zu rechtfertigen, die ohne solche Marktkommunikation irreführend wäre. Maßgeblich kann es dabei nicht auf die Quantität der zur Verfügung gestellten Informationsmenge, sondern allein auf deren Qualität ankommen.⁷⁴² Ein zu starker Überfluss an Informationen kann aus Sicht des durchschnittlich aufmerksamen Konsumenten unter dem Aspekt einer möglichen Informationsüberlastung die gleichen – nachteiligen – Wirkungen hervorrufen, wie das Verschweigen erforderlicher Informationen.

d) Gestaltungsbezogene Unterscheidungen

Für die Frage, welcher Grad an Aufmerksamkeit in der jeweiligen Situation zu erwarten ist, kann auch die optische Gestaltung der Werbung eine Rolle spielen.⁷⁴³ Maßgebend sind jedoch auch hier die Umstände des jeweiligen Einzelfalles. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, dass der Durchschnittsverbraucher die in einer Werbung enthaltenen Informationen um so leichter aufnehmen und bei seiner Kaufentscheidung berücksichtigen kann, je übersichtlicher eine solche Werbung gestaltet ist.

3. Angemessene Verständigkeit

Das Kriterium der angemessenen Verständigkeit wurde von der Rechtsprechung bisher nicht durch allgemeine Aussagen konkretisiert, so dass auch hierzu aus einzelnen Entscheidungen Rückschlüsse gezogen werden müssen. Angesprochen sind mit diesem Kriterium in erster Linie die intellektuellen Fähigkeiten des Durchschnittsverbrauchers, da sich die „Verständigkeit“ hauptsächlich auf die richtige Einordnung der bereits aufgenommenen und verarbeiteten Informationen bezieht.⁷⁴⁴ Mit der Formel vom „durchschnittlich verständigen“ Verbraucher ist das Maß an Verständigkeit gemeint, das vernünftigerweise bei der angesprochenen Durchschnittsperson vorausgesetzt werden darf. Vornehmlich geht

⁷⁴² Micklitz/Keßler, WRP 2004, 919, 922.

⁷⁴³ Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 85.

⁷⁴⁴ Die Kriterien der „Informiertheit“ und „Aufmerksamkeit“ beziehen sich hingegen in erster Linie auf die Wahrnehmung, vgl. hierzu bereits 4. Kap. C II und 1. Kap. B I.

es dabei um die Fragen, wie kritisch diese Person mit den ihr angebotenen Informationen umzugehen hat und welches intellektuelle Niveau bei ihr vorausgesetzt werden darf.⁷⁴⁵

a) Kenntnis von Zusammenhängen

Vom angemessen verständigen und umsichtigen Verbraucher kann grundsätzlich erwartet werden, dass er die angebotenen Informationen in normalem Umfang korrekt einordnet, kritisch hinterfragt und zur Grundlage seines Entscheidungsaktes machen kann. An Hand der dieser Informationen kann der verständige Durchschnittskonsument auch weitergehende und zutreffende Überlegungen anstellen.⁷⁴⁶ Dementsprechend verlangt der EuGH von einem solchen Verbraucher, dass er erkennt, dass zwischen der Größe von Werbeaufdrucken, die auf eine Erhöhung der Menge des Erzeugnisses hinweisen, und dem Ausmaß dieser Erhöhung nicht notwendig ein Zusammenhang besteht.⁷⁴⁷ Auch wird von ihm erwartet, dass er aus der Aufmachung des Produktes und aus den Umständen des Produktvertriebes die richtigen Schlüsse zieht. Daher kann nach Ansicht des EuGH die Beschränkung des Vertriebes eines ausschließlich kosmetischen Mittels auf Parfümerien und Kosmetikabteilungen von Kaufhäusern bei einem durchschnittlich verständigen Marktteilnehmer nicht zu der irrigen Vorstellung führen, dem Produkt komme medizinische Wirkung zu.⁷⁴⁸

Das Kriterium der angemessenen Verständigkeit setzt weiter voraus, dass der Durchschnittsverbraucher wirtschaftliche Zusammenhänge (er-)kennt. Der angemessen verständige Verbraucher ist als vernünftig handelndes Wesen in der Lage, Preisvergleiche anzustellen und sich Gedanken über die Preiswürdigkeit eines Angebotes zu machen, so dass beispielsweise bei einer Pauschalreise nicht der Wert aller im Gesamtpaket enthaltenen Leistungen im Einzelnen erläutert werden muss. Auch wenn im Gesamtpreis der Reise neben der Unterbringung in einem Ferienclub noch eine Skiausrüstung enthalten ist, führt die Werbung für dieses Kombinationsangebot den durchschnittlich verständigen Verbraucher nicht in die Irre, da er selbst über den Sinn und den Wert eines solchen Angebotes entscheiden kann.⁷⁴⁹ Auch ist diesem Verbraucher ebenfalls bekannt, dass

⁷⁴⁵ Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 31.

⁷⁴⁶ Lettl, GRUR 2004, 449, 458 f.; Hucke, S. 104.

⁷⁴⁷ EuGH WRP 1995, 677, 678 f., Rn. 24 („Mars“).

⁷⁴⁸ EuGH WRP 1994, 380, 382, Rn. 21 („Clinique“).

⁷⁴⁹ BGH WRP 2003, 743, 745 („Gesamtpreisangebot“).

Mobiltelefone einen nicht unerheblichen Wert haben und deshalb auch nicht ohne weiteres verschenkt werden. Er erkennt, dass der Erwerb eines Mobiltelefons daher mit Geldleistungen finanziert werden muss, die im Rahmen eines Netzkartenvertrages zu erbringen sind.⁷⁵⁰ Bei einer Werbung für Flüge in einer übersichtlich gestalteten Anzeige, bei der die Flugpreise als „ab“-Preise genannt und die jeweils hinzukommenden Steuern getrennt aufgeführt sind, kann von einem interessierten und verständigen Durchschnittsverbraucher erwartet werden, dass er die verschiedenen Preise ohne weiteres zuordnen und die Endpreise ohne nennenswerte Schwierigkeiten berechnen kann. Da er die entsprechenden Angaben zur Kenntnis nimmt, wird er nicht irregeführt, sondern allenfalls ein wenig geneigter gemacht, sich näher mit der Anzeige zu befassen.⁷⁵¹

Im übrigen trifft der verständige Durchschnittsverbraucher, dem die grundlegenden ökonomische Zusammenhänge geläufig sind, auch dann eine rationale Entscheidung, wenn ihm eine besondere Vergünstigung in Aussicht gestellt wird. So ist die Werbung einer Fahrschule, die ihren Fahrschülern einen Gutschein über 500 DM zur bestandenen Prüfung verspricht, lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden. Angesichts der Kosten in Höhe von 1 000 bis 2 000 Euro, die für den erfolgreichen Abschluss einer Fahrschulprüfung aufzuwenden sind, wird der verständige Interessent die üblichen für die Auswahl einer Fahrschule maßgeblichen Kriterien wie die Höhe der Grundgebühr, den Preis einer Fahrstunde und die Dauer der Ausbildung nicht in den Hintergrund treten lassen.⁷⁵²

Humorvolle, nicht ernst gemeinte Werbung und übertriebene Anpreisungen nimmt der Verbraucher auf Grund seiner angemessenen Verständigkeit nicht wörtlich, sondern relativiert sie. Ihm ist bekannt, dass im Rahmen einer Werbung nicht alles für bare Münze genommen werden darf und insbesondere auch Übertreibungen verwendet werden.⁷⁵³ Er erkennt beispielsweise, dass es sich bei dem von einem Hersteller von Häusern in Holzbauweise verwendeten Werbeslogan „Die ‚Steinzeit‘ ist vorbei“ um ein Wortspiel handelt, mit dem die Aufmerksamkeit der Werbeadressaten geweckt werden soll. Daher wird er diesen Werbesatz nicht im Sinne einer Sachaussage ernst nehmen.⁷⁵⁴ Auch sieht er in

⁷⁵⁰ BGH WRP 1999, 90, 92 („Handy für 0,00 DM“).

⁷⁵¹ BGH, GRUR 2004, 435, 436 („FrühlingsgeFlüge“).

⁷⁵² BGH GRUR 2004, 960, 961 („500 DM-Gutschein für Autokauf“).

⁷⁵³ Helm, in: FS Tilmann, S. 146; Harte/Henning/Dreyer, § 5 Rn. 103.

⁷⁵⁴ BGH WRP 2002, 1138, 1140 f. („Die Steinzeit ist vorbei“).

einer Anzeige für eine Wirtschaftszeitung, in der ein Lottoschein abgebildet ist und sich darunter die Aussage „Um Geld zu vermehren, empfehlen wir ein anderes Papier“ befindet, keine Herabsetzung oder Abwertung.⁷⁵⁵ Wird in einer Fernsehwerbung ein sportlicher, durchtrainierter Mann beim Frühstücken von Cerealien gezeigt, versteht der verständige Zuschauer die zu dieser Szene gestellte Frage „Was braucht dieser Mann, um so auszusehen?“ nicht dahingehend, dass er sein Aussehen in gleicher Weise allein durch den regelmäßigen Konsum der beworbenen Cerealien verändern könnte.⁷⁵⁶

Bei einem angemessen verständigen Verbraucher kann auch vorausgesetzt werden, dass er ein gewisses Maß an Unterscheidungs- und Lernfähigkeit besitzt und sich auf neue Gegebenheiten einstellt.⁷⁵⁷ Ihm wird vom EuGH zugemutet, dass er die Herkunft eines Produkts oder einer Leistung aus dem Inland nicht mehr als selbstverständlich hinnimmt. Vorstellungen des Durchschnittsverbrauchers, die bloßen Gewohnheiten entsprechen, gelten dabei nicht als schutzwürdig. Auch schadet es nicht, wenn eine Etikettierung in einer Fremdsprache abgefasst ist, sofern diese leicht verständlich ist.⁷⁵⁸

b) Abhängigkeit der Verständigkeit von der jeweiligen Situation

Weitgehend ungeklärt ist bislang die Frage, inwieweit der Durchschnittsverbraucher zusätzliche Informationen (etwa Vergleichsangebote) einzuholen und in seine Überlegungen mit einzubeziehen hat, um ein angemessenes Maß an Verständigkeit zu erreichen. Daher soll ein Vorschlag entwickelt werden, der davon ausgeht, dass auch der Grad der Verständigkeit des Durchschnittsverbrauchers in erster Linie von der Situation abhängig ist, in der ihm das wettbewerbliche Verhalten gegenübertritt. Insofern bietet sich hier ebenfalls die bereits zur Frage der Aufmerksamkeit vorgenommene Einteilung in Erfahrungs-, Such- und Vertrauensgüter an. Soweit es um den Erwerb eines Erfahrungsgutes geht, ist der Bedarf zur kritischen Hinterfragung des Angebotes und zur Prüfung von Vergleichsangeboten eher gering. Beim Kauf von Suchgütern und erst recht von Vertrauensgütern wird das Bedürfnis zur kritischen Betrachtung und zur Einholung weiterer Informationen hingegen deutlich größer sein, so dass bei

⁷⁵⁵ BGH WRP 2002, 973, 975 („Lottoschein“).

⁷⁵⁶ BGH WRP 2002, 74, 78 („Das Beste jeden Morgen“).

⁷⁵⁷ Vgl. hierzu bereits: Köhler GRUR Int. 1994, 396, 399; Steindorff, WRP 1993, 139, 147.

⁷⁵⁸ EuGH Slg. 1991, I-2971, 2985, Rn. 31 („Piageme I“); EuGH, Slg. 1995, I-2955, 2979, Rn. 31 („Piageme II“).

diesen Gütern vom Durchschnittsverbraucher auch ein entsprechend höherer Grad an Verständigkeit erwartet werden darf.

Diese Unterscheidung scheint auch der BGH zu Grunde zu legen. Bei der Beurteilung einer Werbung für eine „umgekehrte Versteigerung“ eines PKW (also eines Suchgutes) hat der BGH ausgeführt, dass der Durchschnittsverbraucher, soweit es sich bei den Anschaffungskosten für das angebotene Produkt um eine beträchtliche Investition handelt, einer Entscheidung erst dann näher treten wird, wenn er sich weiter informiert, reifliche Überlegungen angestellt und Vergleichsangebote, die im Allgemeinen in ausreichendem Maße zur Verfügung stünden und unschwer zugänglich seien, geprüft habe.⁷⁵⁹ Ungeklärt bleibt jedoch, wie beim Angebot von preisgünstigen Erfahrungsgütern zu entscheiden ist. Ausgehend von dem produktbezogenen Ansatz sind die Anforderungen an die Verständigkeit bei regelmäßig zu erwerbenden, billigen Erfahrungsgütern maßvoll abzusenken. Vom Durchschnittsverbraucher kann regelmäßig nicht verlangt werden, dass er beim Kauf von Produkten des täglichen Bedarfs in großem Umfang Angebote vergleicht.

Dabei ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, ob und mit welchem Aufwand der Durchschnittsverbraucher weitere Informationen über das beworbene Produkt einholen kann. Denn die Beschaffung von Informationen verursacht für den Verbraucher regelmäßig Aufwendungen (Einsatz von Geld und Zeit), die aus seiner Sicht den Preis des Produkts erhöhen. Beim Erwerb von relativ günstigen Erfahrungsgütern ist es dem Durchschnittskunden daher schon aus Kostengründen regelmäßig nicht zumutbar, sich mit intensivem Zeitaufwand ausführliche Informationen zu beschaffen und auszuwerten. Der hierfür erforderliche Einsatz von Aufwendungen übersteigt regelmäßig den zu erwartenden Ertrag. Kann der Anbieter die Informationen hingegen ohne größeren Kostenaufwand bereitstellen, so spricht dies dafür, ihm hierfür die Kostenlast aufzubürden.⁷⁶⁰

⁷⁵⁹ BGH GRUR 2003, 626, 627 („Umgekehrte Versteigerung II“).

⁷⁶⁰ Köhler, GRUR 2003, 729, 734; Harte/Henning/Glückner, Einl. B Rn. 118. – Vgl. zu dem sog. Kosten/Nutzen-Ansatz: Silberer, in: Raffée/Silberer, S. 35 f.

4. Weitere Unterscheidungen

Abgesehen von den beschriebenen Unterscheidungen bedarf das Verbraucherleitbild der weiteren Konkretisierung. Hierfür bieten sich neben den bereits getroffenen Unterscheidungen in erster Linie inhalts- und rechtsgüterbezogene Differenzierungen an.

a) Inhaltsbezogene Unterscheidungen

Bei der Beurteilung einer Werbeaussage aus der Sicht eines Durchschnittsverbrauchers ist danach zu fragen, ob diese objektiv wahre oder unrichtige Angaben enthält.⁷⁶¹ Ist die Werbeaussage objektiv zutreffend, dann wird die Durchschnittsperson des angesprochenen Personenkreises regelmäßig nicht irreführt, da sich die in der Werbung enthaltenen Aussagen mit dem decken, was ein „durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher“ erwarten darf. Jedoch ist es nicht ausgeschlossen, dass auch eine objektiv zutreffende Werbung in die Irre führen kann. Eine Fehlvorstellung des Durchschnittsverbrauchers kommt beispielsweise in Betracht, wenn ihm in der Werbung wesentliche Informationen vorenthalten werden, die er für seine Kaufentscheidung benötigt hätte.⁷⁶² Im Falle der Werbung mit objektiv unrichtigen Angaben liegt hingegen grundsätzlich eine Irreführung vor. Zwar muss der Durchschnittsverbraucher dem Inhalt von Werbeaussagen kritisch gegenüberstehen, doch ist von ihm nicht zu verlangen, dass er objektive, aber falsche Angaben hinterfragt. Mit unrichtigen Werbeaussagen wird der Durchschnittsverbraucher im Regelfall nicht nur bei flüchtiger, sondern auch bei aufmerksamer und verständiger Betrachtung eine Fehlvorstellung verbinden.⁷⁶³

b) Rechtsgüterbezogene Unterscheidungen

Für die Frage nach der Schutzwürdigkeit des Durchschnittsverbrauchers kann es weiter von Bedeutung sein, welches Rechtsgut durch das angebotene Produkt betroffen ist. So kann der Durchschnittsverbraucher in bestimmten sensiblen Bereichen wie beispielsweise der Gesundheits- oder Umweltwerbung besonders schutzwürdig sein. Denn hier kann der Verbraucher im Regelfall weder die Eignung des Produktes für den beworbenen Zweck noch die tatsächlichen Wirkun-

⁷⁶¹ Vgl. hierzu Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 97.

⁷⁶² Vgl. hierzu § 5 Abs. 2 S. 2 UWG und Art. 7 Abs. 1 des Vorschlag für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Fn. 48).

⁷⁶³ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 97.

gen zuverlässig überprüfen. Trotz seiner angemessenen Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit ist er unter Umständen in besonderem Maße auf die inhaltliche Richtigkeit der Werbeaussagen angewiesen.⁷⁶⁴ Der Maßstab für eine Irreführung ist jedoch auch in den sensiblen Bereichen stets der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher. Nur wenn bei diesem Verbrauchertyp mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmende Assoziationen hervorgerufen werden, ist eine Werbung, die im Zusammenhang mit besonders geschützten Rechtsgütern erfolgt, irreführend.

III. Fazit

Für die Frage, ob eine Werbung irreführend ist, kommt es maßgeblich darauf an, wie der Durchschnittsverbraucher des angesprochenen Personenkreises die entsprechenden Angaben unter den heutigen Marktbedingungen zu verstehen hat. Dabei sind im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung alle Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu berücksichtigen,⁷⁶⁵ insbesondere

- ob sich die Werbeangaben gezielt an besonders schutzbedürftige Personengruppen oder an die Allgemeinheit richten,
- welche Art von Produkt (Erfahrungs-, Such- oder Vertrauensgut) erworben werden soll,
- in welcher Situation dem Durchschnittsverbraucher das wettbewerbliche Verhalten des Anbieters gegenübertritt,
- in welchem Maß und in welcher Qualität der Anbieter sachgemäße Informationen zur Verfügung stellt und inwieweit es dem Durchschnittsverbraucher zumutbar ist, diese jeweils auch zur Kenntnis zu nehmen,
- ob und inwieweit sich der Durchschnittsverbraucher selbst über das beworbene Produkt informieren kann,
- wie die Werbung konkret gestaltet ist,
- ob besonders geschützte Rechtsgüter des Durchschnittsverbrauchers betroffen sind,
- ob die zu beurteilende Werbeaussage objektiv zutreffende oder falsche Angaben enthält.

⁷⁶⁴ Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung, S. 100 f.

⁷⁶⁵ Für eine umfassende Interessenabwägung auch: Harte/Henning/Glückner, Einl. B Rn. 124; Baumbach/Hefermehl/Köhler, 23. Aufl., § 1 Rn. 18.

Entscheidendes Gewicht kommt im Rahmen der Abwägung der Frage zu, welches Maß an Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit von dem maßgeblichen Durchschnittsverbraucher bei der Wahrnehmung der Werbung gefordert werden darf. Das europäische Verbraucherleitbild unterscheidet zwischen der Wahrnehmung wettbewerblichen Verhaltens auf der einen und ihrer Verarbeitung auf der anderen Seite. Mit dem Kriterium der Informiertheit und Verständigkeit werden in erster Linie Anforderungen an die Erkenntnisfähigkeit des Verbrauchers gestellt. Die Verständigkeit betrifft hingegen die intellektuellen Kapazitäten.

Bisher haben weder der EuGH noch der BGH die einzelnen Kriterien durch allgemeine Aussagen hinreichend konkretisiert. Aus verschiedenen Entscheidungen lassen sich jedoch entsprechende Rückschlüsse ziehen, die einen verbindlichen Orientierungsmaßstab erkennen lassen: Von einem Durchschnittsverbraucher ist demnach zu verlangen, dass er einen normalen Kenntnisstand über den angebotenen Produktbereich besitzt. Ein fundiertes Allgemeinwissen, das durch Schulbildung, Zeitungslektüre oder auch im Rahmen der Erziehung im Allgemeinen erworben wird, darf beim heute maßgeblichen Verbraucher vorausgesetzt werden. Auch wenn der Aufmerksamkeitsgrad je nach Art der unterschiedlichen Produkte und Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann, so hat der Durchschnittsverbraucher angebotene Informationen grundsätzlich zur Kenntnis zu nehmen, um eine Irreführung zu verhindern. Da der Konsument auch in vernünftigem Umfang verständig sein muss, hat er die aufgenommenen Informationen in angemessenem Umfang zutreffend einzuordnen, kritisch zu hinterfragen und zu vergleichen. Soweit ihm diese nicht ausreichend erscheinen, verschafft er sich in zumutbarer Weise weitere Informationen (etwa durch aufmerksames Betrachten der Werbung oder durch schlichtes Nachdenken). Der Durchschnittsverbraucher ist als rational handelndes Wesen auch in der Lage, grundlegende Zusammenhänge beispielsweise ökonomischer oder ökologischer Art zu erkennen.

Angesichts der Vielgestaltigkeit der Werbung und angesichts der unterschiedlichen Situationen, in denen der Verbraucher mit Werbeangaben konfrontiert wird, scheint eine weitergehende Konkretisierung des Verbraucherleitbildes nur schwer möglich. Die an den Durchschnittsverbraucher zu stellenden Anforderungen hängen maßgeblich von den Umständen des Einzelfalles ab. Dies hat

auch der EuGH stets betont.⁷⁶⁶ Welches Maß an Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit vom Durchschnittsumworbene(n) erwartet werden kann, lässt sich kaum an Kriterien wie beispielsweise einem bestimmten Intelligenzquotienten oder einer konkreten Punktzahl bei der PISA-Studie festmachen. Jedoch lassen sich die Mindestanforderungen beschreiben, die vom Durchschnittsverbraucher generell bei der Wahrnehmung von Werbeangaben unter den heutigen Marktbedingungen – im europäischen Binnenmarkt und auf den globalisierten Märkten – zu fordern sind.

Dabei ist mit dem EuGH davon auszugehen, dass die Anforderungen an den Referenzverbraucher keinesfalls zu niedrig anzusetzen sind. So hat der mündige Verbraucher auch beim Erwerb von geringwertigen Produkten des täglichen Bedarfs die angebotenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen, um eine Irreführung zu verhindern. Er verfügt über normale Kenntnisse und nimmt eigenverantwortlich und umsichtig am Marktgeschehen teil. Zudem darf vom Verbraucher erwartet werden, dass er den Willen und die Intelligenz besitzt, Werbeaussagen generell einer kritischen und distanzierten Prüfung zu unterziehen.

⁷⁶⁶ EuGH WRP 1999, 307, 310 f., Rn. 36 („Sektellerei Kessler“); EuGH WRP 2000, 289, 292, Rn. 32 („Lifting-Creme“).

5. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Der Europäische Gerichtshof entscheidet die Frage einer Irreführungs- oder Verwechslungsgefahr nach einem normativen Maßstab: Welches Verständnis der „durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher“ hat, ist ohne Rückgriff auf das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise zu ermitteln. Als Rechtsfrage ist die Verbraucherauffassung weder beweisbedürftig noch dem Beweis zugänglich. Dass der EuGH die Einholung eines Sachverständigengutachtens oder die Durchführung einer Meinungsumfrage nicht ausschließt, steht der Annahme eines normativen Verbraucherbegriffes nicht entgegen. Es bedeutet vielmehr ein selbstverständliches Vorgehen des Gerichts bei fehlender eigener Sachkunde auf Grund eines objektivierten Maßstabes: Soweit das Gericht einen Sachverhalt nicht hinreichend sicher beurteilen kann, bedarf es hierzu fremder Hilfe. Die Kenntnis der tatsächlichen Verkehrsauffassung kann sich bei der wertenden Entscheidung, was der Eindruck des Durchschnittsverbrauchers ist, als hilfreich erweisen. Beispielsweise kann der Prozentsatz tatsächlich irreführter Personen ein Indiz für das Verständnis des (fiktiven) Referenzverbrauchers sein.

II. Unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung hat das europäische Leitbild des „verständigen Verbrauchers“ Einzug in das deutsche Lauterkeitsrecht gehalten. Der Abschied vom alten Leitbild ist dem BGH schwer gefallen und bis heute noch nicht vollständig erfolgt: Weiterhin wird von der deutschen Rechtsprechung auch der „flüchtige Verbraucher“ geschützt, wenn die Werbung von einem durchschnittlich verständigen Marktteilnehmer mit diesem Grad an Aufmerksamkeit wahrgenommen wird. Hier besteht die Gefahr, dass Wertungen einfließen, die dem antiquierten deutschen Leitbild entsprechen. Zumindest teilweise hat der BGH das neue Leitbild aber auch zur ausdrücklichen Aufgabe älterer Entscheidungen und zu einer Liberalisierung und Modernisierung des Lauterkeitsrechts genutzt. Ungeklärt ist bislang die Frage, ob die Verkehrsauffassung im Sinne einer wertenden Betrachtung alleine durch das Gericht, oder aber empirisch unter Heranziehung von Meinungsumfragen und diese auswertenden demoskopischen Gutachten zu bestimmen ist. Die Rechtsprechung des BGH ist im Wandel und bislang nicht frei von Widersprüchen. Verschiedene Entscheidungen deuten darauf hin, dass das Verbraucherverständnis künftig – wie im europäischen Recht – an Hand normativer Kriterien zu ermitteln ist.

Damit kommt der teilweise willkürlich anmutenden Ermittlung der tatsächlichen Verkehrsauffassung und der im Einzelfall maßgeblichen Irreführungsquote, für deren Bestimmung nach wie vor rechtssicher anwendbare Anhaltspunkte fehlen, keine weitere Bedeutung mehr zu.

Die Gerichte können die Auffassung des maßgeblichen Durchschnittsverbrauchers schon heute ohne sachverständige Hilfe beurteilen, wenn sie auf Grund ihres Erfahrungswissens selbst über die erforderliche Sachkunde besitzen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob eine Irreführung bejaht oder verneint werden soll. Unerheblich ist auch, ob der Richter dem maßgeblichen Personenkreis angehört. Damit werden teure, langwierige und methodisch fragwürdige demoskopische Gutachten noch häufiger als bisher überflüssig. Die Einholung eines solchen Gutachtens ist künftig nur noch erforderlich, wenn dem Gericht ausnahmsweise die eigene Sachkunde und Lebenserfahrung zur Beurteilung des konkreten Falles fehlt.

Im Falle der normativen Feststellung des Verbraucherverständnisses ist die Festlegung einer bestimmten Eingriffsschwelle entbehrlich. Hält das Gericht jedoch die Einholung eines demoskopischen Gutachtens für erforderlich, kann der Prozentsatz tatsächlich irreführter Personen im Rahmen der wertenden Betrachtung – in Übereinstimmung mit dem europäischen Recht – zumindest als Anhaltspunkt für das Verständnis des maßgeblichen Durchschnittsverbrauchers berücksichtigt werden.

III. Im Markenrecht stellt das Vorliegen realer Verwechslungsfälle schon seit Jahrzehnten lediglich ein Indiz für das Bestehen einer Verwechslungsgefahr dar. Denn im Gegensatz zur Irreführungsgefahr wird die Verwechslungsgefahr einheitlich als Rechtsbegriff verstanden und normativ bestimmt. Seitdem sich der BGH auch im Markenrecht am Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers orientiert und es konsequenterweise vermeidet, auf die Maßgeblichkeit „nicht ganz unerheblicher Teile“ der angesprochenen Verkehrskreise abzustellen, stimmt die deutsche Rechtsprechung im Bereich der Feststellung einer Verwechslungsgefahr mit der Judikatur des EuGH überein.

IV. Der Vergleich mit anderen Rechtsordnungen und vor allem mit dem Gemeinschaftsrecht macht deutlich, dass eine Neuorientierung der deutschen

Rechtsprechung im Bereich der Feststellung einer Irreführungsgefahr unumgänglich ist. Die Entwicklung kann angesichts des überragenden Einflusses des Gemeinschaftsrechts auf das nationale Lauterkeitsrecht nur in Richtung des normativen Verbraucherbegriffes des EuGH gehen. Auch das Gebot der Rechtssicherheit und die Notwendigkeit einer angemessenen Risikoverteilung unter den Marktteilnehmern sprechen für eine Abkehr von dem empirischen Ansatz. Nur mit Hilfe der normativen Feststellungsweise ist es möglich, bereits *ex ante* die Rechtmäßigkeit des Marktverhaltens verlässlich zu ermitteln. Die einseitige Risikoverteilung des empirischen Ansatzes steht im Widerspruch zum europäischen Verbraucherleitbild, das auf einer angemessenen Risikoverteilung zwischen den Marktbeteiligten beruht.

Auch die Schutzzwecke des Irreführungsverbotese erfordern es nicht, die Frage der Irreführung empirisch zu prüfen. Das normative Modell führt gerade nicht zu einer – vielfach befürchteten – Verkürzung des Schutzes der Verbraucher, sondern bietet den Vorteil, dass die Interessen der Konsumenten an umfassender und zutreffender Information von vornherein in die Abwägung mit einbezogen werden können. In verschiedenen Bereichen der Privatrechtsordnung (etwa im Rahmen des § 276 Abs. 2 BGB oder bei der Auslegung einer Willenserklärung vom „objektiven Empfängerhorizont“) existieren im übrigen ebenfalls objektive Maßstäbe, die notwendigerweise auf das jeweilige Referenzsystem abgestimmte Durchschnittswerte zu Grunde legen. Diejenige Personen, die diesem Anforderungsprofil nicht entsprechen, werden rechtlich nicht geschützt.

V. Der objektivierter Maßstab für die Feststellung einer Irreführungsgefahr ist das vom Europäischen Gerichtshof vorgegebene Leitbild des „verständigen Durchschnittsverbrauchers.“ Um einen verlässlichen Maßstab zur Beurteilung lauterkeitsrechtlichen Verhaltens bilden zu können, bedarf dieses auf einer Abwägung der Interessen der Anbieter und der Verbraucher beruhende Leitbild der weiteren Konkretisierung. Die von EuGH und BGH bereits vorgenommenen Unterscheidungen wurden im Rahmen dieser Arbeit dargestellt und weiter fortentwickelt. Im Rahmen der wertenden Ermittlung der Verbraucherauffassung ist danach zu fragen, welches Maß an Informiertheit, Aufmerksamkeit und Verständigkeit dem Durchschnittskonsumenten in der jeweiligen Situation, in der ihm das wettbewerbliche Verhalten gegenübertritt, zumutbar ist. Wie der EuGH stets betont, muss die Frage einer Irreführung an Hand der „Umstände des Einzelfalles“ bestimmt werden. Die Anforderungen an den Verbraucher sind dabei

nicht zu niedrig anzusetzen: Als rational handelndes Wesen hat er stets sowohl grundlegende Zusammenhänge zu erkennen als auch Informationen aufzunehmen und kritisch zu hinterfragen.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Brunhilde** Die deutsche Umweltrechtsprechung auf dem Weg zum Leitbild des verständigen Verbrauchers? WRP 1996, S. 502 ff.
- Das Sprachenproblem im europäischen Primär- und Sekundärrecht und der Turmbau zu Babel, WRP 2000, S. 807 ff.
- Ahrens, Hans-Jürgen** Verwirrtheiten juristischer Verkehrskreise zum Verbraucherleitbild einer „normativen“ Verkehrsauffassung, WRP 2000, S. 812 ff.
- Der Wettbewerbsprozess, 5. Auflage, Köln, Berlin, München, 2005 (zit.: Ahrens/*Bearbeiter*).
- Ahrens, Sönke** Der Irreführungsbegriff im deutschen Wettbewerbsrecht, WRP 1999, S. 389 ff.
- Ann, Christoph** Die Europäisierung des Markenrechts, ZEuP 2002, S. 5 ff.
- Apostolopoulos, Haris** Neuere Entwicklungen im europäischen Lauterkeitsrecht: Problematische Aspekte und Vorschläge, WRP 2004, S. 841 ff.
- Einige Gedanken zur Auslegung der nationalen Generalklausel im Hinblick auf eine Vollharmonisierung des europäischen Lauterkeitsrechts, WRP 2005, S. 152 ff.
- Baudenbacher, Carl** Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, Basel, Genf, München 2001 (zit.: Baudenbacher/*Bearbeiter*).
- Baumbach, Adolf;
Hefermehl, Wolfgang** Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, München 2002 (zit.: Baumbach/Hefermehl, 22. Auflage).
- Wettbewerbsrecht, 23. Auflage, kommentiert von Helmut Köhler und Joachim Bornkamm, München 2004 (zit.: Baumbach/Hefermehl / *Bearbeiter*, 23. Auflage).

- Bayerlein, Walter** Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 3. Auflage, München 2002.
- Beater, Axel** Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken im Wettbewerbsrecht, Tübingen 2000 (zit.: Beater, Verbraucherschutz und Schutzzweckdenken).
- Die stillen Wandlungen des Wettbewerbsrechts –
Zugleich ein Beitrag zur Orient-Teppichmuster –
Entscheidung des BGH, JZ 2000, S. 973 ff.
- Zum Verhältnis von europäischem und nationalem
Wettbewerbsrecht – Überlegungen am Beispiel
des Schutzes vor irreführender Werbung und des
Verbraucherbegriffs, GRUR Int. 2000, S. 963 ff.
- Unlauterer Wettbewerb, München 2002.
- Verbraucherverhalten und Wettbewerbsrecht, in:
Keller, Erhard; Plassmann, Clemens; von Falck,
Andreas (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann,
Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 87 ff. (zit.:
Beater, in: FS Tilmann).
- Beier, Friedrich-Karl** Gedanken zur Verwechslungsgefahr und ihrer
Feststellung im Prozess, GRUR 1974, S. 514 ff.
- Entwicklung und gegenwärtiger Stand des Wett-
bewerbsrechts in der Europäischen Wirtschafts-
gemeinschaft, GRUR Int. 1984, S. 61 ff.
- Berlit, Wolfgang** Das neue Markenrecht, 5. Auflage, München
2003.
- Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, München 2004.
- Bodewig, Theo** Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in
Großbritannien: Ein Dreiklang von Fallrecht,
Gesetzesrecht und Selbstkontrolle, GRUR Int.
2004, S. 543 ff.
- Boes, Ulrich;
Deutsch, Volker** Die „Bekanntheit nach dem neuen Markenrecht
und ihre Ermittlung durch Meinungsfragen,
GRUR 1996, S. 168 ff.

- Böhm, Ernst** Demoskopische Gutachten als Beweismittel in Wettbewerbsprozessen, Frankfurt a.M., New York 1985 (zit.: Böhm, Demoskopische Gutachten als Beweismittel).
- Die Beweiswürdigung demoskopischer Gutachten im Rahmen von § 3 UWG, GRUR 1986, S. 290 ff.
- Bornkamm, Joachim** Anmerkung zu EuGH Rs. C 126/91 („Yves Rocher“), GRUR 1993, S. 748 ff.
- Wettbewerbs- und Kartellrechtsprechung zwischen nationalem und europäischem Recht, in: Geiß, Karlmann; Nehm, Kay; Brandner, Hans-Erich; Hagen, Horst (Hrsg.), Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, S. 343 ff. (zit.: Bornkamm, in: FS BGH).
- Die Feststellung der Verkehrsauffassung im Wettbewerbsprozess, WRP 2000, S. 830 ff.
- Bottenschein, Florian** „Regenwald Projekt“ und der Kaufzwang bei der akzessorischen Werbung, WRP 2002, S. 1107 ff.
- Boudon, Ulrich** Irreführende Werbeangaben im neueren französischen Recht, München 1987.
- Büttner, Hermann** Die Irreführungsquote im Wandel – Folgen eines sich ändernden Normverständnisses, GRUR 1996, S. 533 ff.
- Dehlfing, Thomas** Das Recht der irreführenden Werbung in Deutschland, Großbritannien und Frankreich, Frankfurt a.M. u.a., 1999.
- Dethloff, Nina** Europäisierung des Wettbewerbsrechts, Tübingen, 2001.
- Deutsch, Volker** Der Einfluss des europäischen Rechts auf den Irreführungstatbestand des § 3 UWG – Gedanken zum Verbraucherleitbild und zur Relevanz bei Täuschungen. GRUR 1996, S. 541 ff.

- Doepner, Ulf** Verbraucherleitbilder zur Auslegung des wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbots, WRP 1997, S. 999 ff.
- Drexl, Josef** Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998.
- Die Einwirkung der Grundrechte auf die Auslegung der Generalklauseln des UWG, in: Schricker, Gerhard; Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.), Neuordnung des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 1998/99, S. 163 ff. (zit.: Drexl, in: Schricker/ Henning-Bodewig).
- Droste, Karl** Die Umfrage als notwendige Erkenntnisquelle unlauteren Wettbewerbs, WRP 1966, S. 323 ff.
- Eichmann, Helmut** Gegenwart und Zukunft der Rechtsdemoskopie, GRUR 1999, S. 939 ff.
- Emmerich, Volker** Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Auflage, München 1998.
- Unlauterer Wettbewerb, 7. Auflage, München 2004.
- Ekey, Friedrich;
Klippel, Diethelm** Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, Heidelberg, 2003 (zit.: Bearbeiter, in: HK-MarkenR.).
- Ekey, Friedrich;
Klippel, Diethelm;
Kotthoff, Jost;
Meckel, Astrid;
Pläß, Gunda** Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2005 (zit.: Bearbeiter, in: HK-WettbewerbsR.).
- Engels, Stefan;
Salomon, Thomas** Vom Lauterkeitsrecht zum Verbraucherschutz: UWG-Reform 2003, WRP 2004, S. 32 ff.

- Fezer, Karl-Heinz** Europäisierung des Wettbewerbsrechts, JZ 1994, S. 317 ff.
- Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot als ein normatives Modell des verständigen Verbrauchers im Europäischen Unionsrecht, WRP 1995, S. 671 ff.
- Grundprinzipien und Entwicklungslinien im europäischen und internationalen Markenrecht. Richtlinienkonforme Auslegung – Internationale Marktaufteilungen – Funktionenlehre – Markenrechtlicher Designschutz, WRP 1998, S. 1 ff.
- Markenrecht, 3. Auflage, München 2001 (zit.: Fezer, MarkenR).
- Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, WRP 2001, S. 989 ff.
- Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), München, 2005 (zit.: Fezer/Bearbeiter, UWG).
- Fischer, Bernhard** Das französische Rechtsschutzsystem gegen irreführende Werbung im Vergleich mit dem deutschen Recht, München 1998.
- Friedrichs, Jürgen** Methoden empirischer Sozialforschung, 11. Auflage, Opladen 1980.
- Gamerith, Helmut** Der Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken – Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung, WRP 2005, S. 391 ff.
- Gehrlein, Markus** Leitfaden zum Arzthaftpflichtrecht nach der Rechtsprechung des BGH, München 2000.
- Geiß, Karlmann;
Greiner, Hans-Peter** Arzthaftpflichtrecht, 3. Auflage, München 1999.

- Gerstenmaier, Claudia** Umfrageforschung in der wettbewerbsrechtlichen Praxis. Eine Analyse zur Qualitätsprüfung demoskopischer Beweismittel in den Fällen irreführender Werbung, Wiesbaden 2003.
- Glöckner, Jochen** Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln, WRP 2004, S. 936 ff.
- Gloy, Wolfgang** Verkehrsauffassung – Rechts- oder Tatfrage, in: Ahrens, Hans-Jürgen; Bornkamm, Joachim; Gloy, Wolfgang u.a. (Hrsg.), FS für Willi Erdmann, Köln, Berlin, u.a. 2002, S. 811 ff. (zit.: Gloy, in: FS Erdmann).
- Gloy, Wolfgang;
Loschelder, Michael** Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Auflage, München 2005 (zit.: Gloy/Loschelder-Bearbeiter, Hdb. WettbewerbsR.).
- Groeschke, Peer;
Kiethe, Kurt** Die Ubiquität des europäischen Verbraucherleitbildes – Der europäische Pass des informierten und verständigen Verbrauchers, WRP 2001, S. 230 ff.
- Harte-Bavendamm, Henning;
Henning-Bodewig, Frauke** UWG Kommentar, München, 2004 (zit: Harte/Henning/Bearbeiter).
- Hasselblatt, Gordian N.** Münchener Anwalts-Handbuch, Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Auflage, München 2005 (zit.: Hasselblatt/Bearbeiter, MAH Gewerblicher Rechtsschutz).
- Hatje, Armin** Werbung und Grundrechtsschutz in rechtsvergleichender Betrachtung, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden, 1999, S. 37 ff. (zit. Hatje, in: Schwarze).
- Heermann, Peter** Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten bei Verkaufsförderungsmaßnahmen, WRP 2005, S. 141 ff.

- Heister, Andrea** Harmonisierung des Rechts der vergleichenden Werbung durch die Richtlinie 97/55/EG. Eine vergleichende Untersuchung des englischen, deutschen und französischen Rechts, Frankfurt a.M., Berlin u.a., 2004.
- Heldrich, Andreas** Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, AcP 1986 (Band 186), S. 74 ff.
- Helm, Horst** Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofes und des Bundesgerichtshofes im Vergleich, in: Keller, Erhard; Plassmann, Clemens; von Falck, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 135 ff. (zit.: Helm, in: FS Tilmann).
- Henning-Bodewig, Frauke** E-Commerce und irreführende Werbung. Auswirkungen des Herkunftslandprinzips auf das europäische und deutsche Irreführungsrecht, WRP 2001, S. 771 ff.
- Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 2004, S. 713 ff.
- Hoeren, Thomas** Kurzkomentar zu BGH, Urt. v. 2.10.2003 („Mindestverzinsung“), EWiR 2004, S. 203 f.
- Kurzkomentar zu BGH, Urt. v. 2.10.2003 („Marktführerschaft“), EWiR 2004, S. 619 f.
- Homann, Jens** Werbeaussagen und Käufererwartungen. Der Schutz durch Werbung geweckter Erwartungen des Käufers, Köln, Berlin, München 2004.
- Hösl, Friedrich Emanuel** Interessenabwägung und rechtliche Erheblichkeit der Irreführung bei § 3 UWG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1986.
- Hucke, Anja** Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa, Baden-Baden, 2001.
- Ingerl, Reinhard;
Rohnke, Christian** Markengesetz. Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 2. Auflage, München 2003.

- Jacobs, Rainer;
Lindacher, Walter;
Teplitzky, Otto (Hrsg.)** Großkommentar zum UWG, Berlin, New York, 1991 ff. (zit.: GK-Bearbeiter).
- Joliet, René** Das Recht des unlauteren Wettbewerbs und der freie Warenverkehr – Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, GRUR Int. 1994, S. 1 ff
- Keilholz, Kurt** Die misslungene Harmonisierung des Verbots der irreführenden Werbung in der EG und ihre Konsequenzen für die deutsche Rechtsprechung, GRUR Int. 1987, 390 ff.
- Kemper, Rainer;
Rosenow, Jörg** Der Irreführungsbegriff auf dem Weg nach Europa, WRP 2001, S. 370 ff.
- Keßler, Jürgen** Wettbewerbstheoretische Aspekte des Irreführungsverbotes – eine ökonomische und dogmengeschichtliche Analyse, WRP 1990, S. 73 ff.
- Wettbewerbsrechtliches Irreführungsverbot und Verbraucherinformation – erste Anmerkungen zur „Yves Rocher“-Entscheidung des EuGH, WRP 1993, S. 571 ff.
- UWG und Verbraucherschutz – Wege und Umwege zum Recht der Marktkommunikation, WRP 2005, S. 264 ff.
- Keßler, Jürgen;
Micklitz, Hans** Die Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften und die Reform des UWG, Baden-Baden, 2003 (zit.: Keßler/Micklitz, Harmonisierung des Lauterkeitsrechts).
- Kewenig, Wilhelm** Niederlassungsfreiheit, Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und Inländerdiskriminierung, JZ 1990, S. 20 ff.
- Kisseler, Marcel** Das deutsche Wettbewerbsrecht im Binnenmarkt, WRP 1994, S. 1 ff.

- Knaak, Roland** Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, München, 1986.
- Köhler, Helmut** Der Einfluss des EG-Rechts auf das nationale Wettbewerbsrecht im Bereich des Täuschungsschutzes, ZLR 1994, S. 241 ff.
- Irreführungsrichtlinie und deutsches Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1994, S. 396 ff.
- Zum Anwendungsbereich der §§ 1 und 3 UWG nach Aufhebung von RabattG und ZugabeVO, GRUR 2001, S. 1067 ff.
- Anmerkung zu BGH LMK § 1 UWG Nr. 863 („Elternbriefe“).
- Kopplungsangebote (einschließlich Zugaben) im geltenden und künftigen Wettbewerbsrecht, GRUR 2003, S. 729 ff.
- Das neue UWG, NJW 2004, S. 2121 ff.
- Köhler, Helmut;
Lettl, Tobias** Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 2003, S. 1019 ff.
- Köhler, Helmut;
Piper, Helmut** Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: Köhler/Piper).
- Kroeber-Riel, Werner;
Esch, Franz-Rudolf** Strategie und Technik der Werbung. Verhaltenswissenschaftliche Ansätze, 6. Auflage, Stuttgart 2004.
- Kroeber-Riel, Werner;
Weinberg, Peter** Konsumentenverhalten, 8. Auflage, München, 2003.

Lettl, Tobias

Anm. zu BGH WuB V B. § 1 UWG 4.02 vom 18.10.2001 – Elternbriefe.

Die „Verkehrsauffassung“ im Markenrecht, in: NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, 2003, S. 44 ff.

Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, GRUR Int. 2004, S. 85 ff.

Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, München 2004 (zit.: Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung).

Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, GRUR 2004, S. 449 ff.

Gemeinschaftsrecht und neues UWG, WRP 2004, S. 1079 ff.

Das neue UWG, München, 2004.

**Lüke, Gerhard;
Walchshöfer, Alfred (Hrsg.)**

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, München, 1992 (zit.: Bearbeiter in: MünchKomm-ZPO).

**Maggs, Peter;
Schechter, Roger**

Trademark an Unfair Competition Law. Cases and Comments, 6th Edition, St. Paul, Minnesota, USA, 2002.

Matutis, Cornelius

UWG. Praktiker-Kommentar zum Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, Berlin 2005.

**Meffert, Heribert;
Steffenhagen, Hartwig;
Freter, Hermann (Hrsg.)**

Konsumentenverhalten und Information, Wiesbaden 1979.

Melullis, Klaus

Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Auflage, Köln 2000.

- Meyer, Alfred Hagen** Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs – Abkehr vom „flüchtigen Verbraucher“ – WRP 1993, S. 215 ff.
- Michel, Stefan** Ungleichgewicht einzelner Angaben bei der Blickfangwerbung am Beispiel der Entscheidungen „Einzelteil-Räumung“, „Orient-Teppichmuster“ kontra „Computerwerbung“ – Auswirkungen des europäischen Verbraucherleitbildes auf die Grundsätze zur Blickfangwerbung, WRP 2002, S. 389 ff.
- Micklitz, Hans** Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des europäischen Privatrechts, in: Krämer, Ludwig; Micklitz, Hans; Tonner, Klaus (Hrsg.), Law and diffuse Interests in the European Legal Order. Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung. Baden-Baden 1997, S. 245 ff. (zit.: Micklitz, in: Krämer/Micklitz/Tonner).
- Micklitz, Hans;
Keßler, Jürgen** Europäisches Lauterkeitsrecht. Dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts im europäischen Binnenmarkt, GRUR Int. 2002, S. 885 ff.
- Funktionswandel des UWG, WRP 2003, S. 919 ff.
- Möller, Carola** Gesellschaftliche Funktionen der Konsumwerbung, Stuttgart 1970.
- Müller, Thomas** Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen des § 3 UWG, München 1987 (zit.: Müller, Demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung).
- Demoskopie und Verkehrsauffassung im Wettbewerbsrecht, insbesondere im Rahmen des § 3 UWG, WRP 1989, S. 783 ff.
- Musielak, Hans-Joachim** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage, München 2005 (zit.: Musielak/Bearbeiter, ZPO).

- Nebe, Johannes Sebastian** Die Regelung der Werbung in Spanien. Eine systematische Darstellung mit Hinweisen auf das deutsche Recht, Hannover 1996.
- Niemöller, Stefan** Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, München 1999.
- Nieschlag, Robert;
Dichtl, Erwin;
Hörschgen, Hans** Marketing, 19. Auflage, Berlin 2002.
- Noelle-Neumann, Elisabeth** Über offene Fragen, Suggestivfragen und andere Probleme demoskopischer Erhebungen für die Rechtspraxis, GRUR 1968, S. 133 ff.
- Noelle-Neumann, Elisabeth;
Petersen, Thomas** Alle, nicht jeder: Einführung in die Methoden der Demoskopie, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 2000.
- Noelle-Neumann, Elisabeth;
Schramm, Carl** Umfrageforschung in der Rechtspraxis, GRUR 1958, S. 119 ff.
- Nordemann, Wilhelm** Wie sich die Zeiten ändern – Der Wandel der Rechtsprechung zum Verbraucherleitbild in § 3 UWG, WRP 2000, S. 977 ff.
- Nordemann, Wilhelm;
Nordemann, Axel;
Nordemann, Bernd** Wettbewerbsrecht - Markenrecht, 10. Auflage, Baden-Baden, 2004.
- Ohly, Ansgar** Das neue UWG – Mehr Freiheit für den Wettbewerb?, GRUR 2004, S. 889 ff.
- Ohly, Ansgar;
Spence, Michael** Vergleichende Werbung: Die Auslegung der Richtlinie 97/55/EG in Deutschland und Großbritannien, GRUR Int. 1999, S. 681 ff.
- The Law of Comparative Advertising: Directive 97/55/EC in the United Kingdom and Germany, Oxford-Portland Oregon, 2000.

- Osterloh, Eilert** Die zeichenrechtliche Verwechslungsgefahr als Rechtsfrage in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Erdmann, Willi; Gloy, Wolfgang; Herber, Rolf, Festschrift für Henning Piper, München 1996, S. 595 ff. (zit.: Osterloh, in: FS Piper).
- Palandt, Otto** Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, München 2005 (zit.: Palandt/*Bearbeiter*).
- Parchmann, Christoph** Pluralistische Wirklichkeit und Verwaltungsrecht. Das Beispiel der baurechtlichen Veranstaltungsvorschriften, München 2003.
- Pflüger, Almut** Rechtsforschung in der Praxis: Der demoskopische Nachweis von Verkehrsgeltung und Verkehrsdurchsetzung – Teil 1, GRUR 2004, S. 652 ff.
- Pohlmann, Petra;
Orlikowski, Sandra** Anm. zu OLG Frankfurt a.M. WuB V B. § 3 UWG 1.99 v. 17.6.1998 – Preisangabe für Auszahlung am Geldautomaten.
- Quitt, Helmut** Einige Anmerkungen zur Praxis demoskopischer Gutachten, in: Heldrich, Andreas (Hrsg.), Medien zwischen Spruch und Informationsinteresse. Festschrift für Robert Schweizer zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1999, S. 469 ff. (zit.: Quitt, in: FS Schweizer).
- Raffée, Hans** Verkehrsauffassung und Verbrauchererwartung aus der Sicht der empirischen Marktforschung, ZLR 1991, S. 281 ff.
- Rebmann, Kurt;
Säcker, Franz Jürgen;
Rixecker, Roland (Hrsg.)** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, München 2001 (zit.: MünchKomm BGB/*Bearbeiter*).

Reese, Ulrich

Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht des unlauteren Wettbewerbs, München 1994 (zit.: Reese, Grenzüberschreitende Werbung).

Das „6-Korn-Eier“-Urteil des EuGH – Leitentscheidung für ein Leitbild?, WRP 1998, S. 1035 ff.

Anmerkungen zu OLG Düsseldorf und OLG Köln „Ohne Kochen hergestellt“, ZLR 2004, S. 509 ff.

Riehl, Thomas

Preisnachlässe an virtuelle Einkaufsgemeinschaften im Internet. Lauterkeitsrechtliche Bewertung von Powershopping nach der UWG-Reform unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung des deutschen Verbraucherleitbildes, München 2004.

Sack, Rolf

Das Verbraucherleitbild und das Unternehmerleitbild im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, WRP 1998, S. 264 ff.

Probleme des Markenschutzes im Ähnlichkeitsbereich, WRP 1998, S. 1127 ff.

Die Präzisierung des Verbraucherleitbildes durch den EuGH, WRP 1999, S. 399 ff.

Die relevante Irreführung im Wettbewerbsrecht, WRP 2004, S. 521 ff.

Die neue deutsche Formel des europäischen Verbraucherleitbildes, WRP 2005, S. 462.

Sauberschwarz, Werner

Gutachten von Markt- und Meinungsforschungsinstituten als Beweismittel im Wettbewerbs- und Warenzeichenprozess, Tübingen 1969 (zit.: Sauberschwarz, Gutachten als Beweismittel).

Die Auswirkungen der Umfrage-Gutachten auf das Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, WRP 1970, S. 46 ff.

Scherer, Inge

Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung, Berlin 1996.

Divergenz und Kongruenz der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zur Verbraucherwerbung, WRP 1999, S. 991 ff.

Normative Bestimmung von Verwechslungs- und Irreführungsgefahr im Markenrecht, GRUR 2000, S. 273 ff.

Kurskorrektur bei der Beurteilung der mittelbaren Herkunftsangaben, WRP 2000, S. 362 ff.

Schutz „leichtgläubiger“ und „geschäftlich unerfahrener Verbraucher in § 4 Nr. 2 UWG n.F. – Wiederkehr des alten Verbraucherleitbildes „durch die Hintertür“?, WRP 2004, S. 1355 ff.

Die Werbung zur Ausnutzung der Angst von Verbrauchern nach § 4 Nr. 2 UWG n.F. – Neukonzeption eines altvertrauten Tatbestandes, WRP 2004, S. 1426 ff.

Scheuch, Erwin

Das Interview in der Sozialforschung, in: König, René (Hrsg.), Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 2 (Grundlegende Methoden und Techniken der empirischen Sozialforschung – Erster Teil), 3. Auflage, Stuttgart 1973, S. 66 ff. (zit.: Scheuch, in: König, Hdb. der empirischen Sozialforschung, Band 2).

Auswahlverfahren in der Sozialforschung, in: König, René (Hrsg.), Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 3 a (Grundlegende Techniken der empirischen Sozialforschung – Zweiter Teil), 3. Auflage, Stuttgart 1974, S. 1 ff (zit.: Scheuch, in: König, Hdb. der empirischen Sozialforschung, Band 3 a).

Schilling, Theodor

Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, JZ 1994, S. 8 ff.

Schmidt, Ingo

Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 7. Auflage, Stuttgart, 2001.

- Schramm, Carl** Die geschlossene Fragestellung beim demoskopischen Test, GRUR 1968, S. 139 f.
- Schricker, Gerhard** Die Bekämpfung der irreführenden Werbung in dem Mitgliedstaaten der EG, GRUR Int. 1990, S. 112 ff.
- Recht der Werbung in Europa, Baden-Baden 1995 (zit.: Bearbeiter, in: Schricker, Recht der Werbung).
- Hundert Jahre Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Licht und Schatten, GRUR Int. 1996, S. 473 ff.
- Schulte-Nölke, Hans; Busch, Christoph** Der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, ZEuP 2004, S. 99 ff.
- v. Schultz, Detlef** Kommentar zum Markenrecht, Heidelberg 2002 (zit.: Bearbeiter, in: v. Schultz).
- Schünemann, Wolfgang** Wettbewerbsrecht, München, Wien 1989.
- „Unlauterkeit“ in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, WRP 2004, S. 925 ff.
- Schweizer, Markus Paul** Consumer Confusion im Handel. Ein umweltpsychologisches Erklärungsmodell, St. Gallen 2004.
- Schweizer, Robert** Hat die Demoskopie vor dem EuGH verloren oder einen Sieg errungen?, Der Syndikus 1999, Ausgabe März/April, S. 8 ff
- Die „normative Verkehrsauffassung“ – ein doppeltes Missverständnis. Konsequenzen für das Leitbild des „durchschnittlich informierten, verständigen Durchschnittsverbrauchers“, GRUR 2000, S. 923 ff.
- Schweizer, Robert; Quitt, Helmut** Rechtstatsachenermittlung durch Befragen. Band I: Die Definitionsphase, Sonderdruck, Köln, 1985.

- Seibt, Katrin** Das europäische Verbraucherleitbild – ein Abschied von der Verwechslungsgefahr als Rechtsfrage?, GRUR 2002, S. 465 ff.
- Seitz, Walter;
Büchel, Helmut** Beck'sches Richter-Handbuch, 2. Auflage, München 1995 (zit.: Bearbeiter, in: Seitz/Büchel).
- Silberer, Günter** Das Informationsverhalten des Konsumenten beim Kaufentscheid – Ein analytisch-theoretischer Bezugsrahmen, in: Raffée, Hans; Silberer, Günter (Hrsg.), Informationsverhalten des Konsumenten. Ergebnisse empirischer Studien, Wiesbaden 1981 (zit.: Silberer, in: Raffée/Silberer).
- Soergel, Hans Theodor (Begr.);
Siebert, Wolfgang (Hrsg.)** Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2/1. Schuldrecht (§§ 241 – 432 BGB); Stuttgart, u.a., 11. Auflage, 1986 (zit.: Soergel/Bearbeiter).
- Somarriello, Silvia** Vergleichende und irreführende Werbung in Italien nach Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG, GRUR Int. 2003, S. 29 ff.
- Sosnitza, Olaf** Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung. Erscheinungsformen und Ursachen auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts, Baden-Baden 1995 (zit.: Sosnitza, Wettbewerbsbeschränkungen).
- Chancen und Risiken eines einheitlichen Lauterkeitsrechts für Europa, in: Nordhausen, Annette, Neue Entwicklungen in der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit, Baden-Baden 2002 (zit.: Sosnitza, in: Nordhausen).
- Anmerkung zu BGH – „Klosterbrauerei“, ZLR 2003, S. 482 ff.
- Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland. Zum Regierungsentwurf zur Reform des UWG vom 9.5.2003, GRUR 2003, S. 739 ff.

Spätgens, Klaus

Zum Problem der sogenannten Inländerdiskriminierung nach dem EWG-Vertrag, in: Erdmann, Willi; Mees, Hans-Kurt; Piper, Henning u.a., Festschrift für Otto-Friedrich Frher. v. Gamm, Köln, Berlin, Bonn, München 1990, S. 201 ff. (zit.: Spätgens, in: FS Gamm).

Voraussetzungen, Möglichkeiten und Grenzen demoskopischer Umfragen, in: Löwenheim, Ulrich; Reiser, Thomas, Festschrift für Fritz Traub zum 65. Geburtstag, Frankfurt 1994, S. 375 ff (zit.: Spätgens, in: FS Traub).

Irreführende Werbung – Verbraucherleitbild – Marktforschung, WRP 2000, S. 1023 ff.

Wettbewerbsrechtsprechung im Wandel. Anmerkungen zu jüngsten Entwicklungen, in: Keller, Erhard; Plassmann, Clemens; von Falck, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann, Köln, Berlin, Bonn, München 2003, S. 239 ff (zit.: Spätgens, in: FS Tilmann).

Spliethoff, Hans Peter

Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht. Ein Beitrag zu Begriff, Ermittlung und Relevanz eines lauterkeitsrechtlichen Zentralbegriffs, Baden-Baden 1992.

Staudinger, Julius von

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil, §§ 90 – 133, 13. Auflage, Berlin 2004 (zit.: Staudinger/*Bearbeiter*).

v. Stein, Werner

Zur Beurteilung irreführender Werbung ohne demoskopische Gutachten, WRP 1970, S. 332 ff.

Wieweit sind bei Streitigkeiten des gewerblichen Rechtsschutzes Kosten demoskopischer Gutachten von der unterlegenen Partei zu erstatten?, GRUR 1972, S. 314 ff.

Steindorff, Ernst

Unlauterer Wettbewerb im System des EG-Rechts, WRP 1993, S. 139 ff.

EG-Vertrag und Privatrecht, Baden-Baden 1996.

- Stobbe, Alfred** Gesamtwirtschaftliche Theorie, Berlin 1975.
- Stöckel, Maximiliane;
Lüken, Uwe** Handbuch Markenrecht, Berlin 2003.
- Streinz, Rudolf** Europarecht, 6. Auflage, Heidelberg, 2003.

Anm. zum EuGH-Urteil „Natturrein“, JuS 2000, S. 1214 f.
- Strepp, Hans Michael** Irreführung und Verwechslungsgefahr. Einige dogmatische Aspekte des Verhältnisses von Wettbewerbs- und Markenrecht, München, 2000.
- Ströbele, Paul;
Hacker, Franz** Markengesetz, 7. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 2003.
- Teplitzky, Otto** Zu Anforderungen an Meinungsforschungsgutachten, WRP 1990, S. 145 ff.

Zur Methodik der Interessenabwägung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 3 UWG, in: Baur Jürgen; Jacobs, Rainer; Lieb, Manfred; Müller-Graf, Peter-Christian (Hrsg.), Festschrift für Ralf Vieregge zum 70. Geburtstag am 6.11.1995, Berlin, New York 1995, S. 853 ff. (zit.: Teplitzky, in: FS Vieregge).

Verwechslungsgefahr und Warenähnlichkeit im neuen Markenrecht, GRUR 1996, S. 1 ff.

Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren. Unterlassung – Beseitigung – Schadensersatz. 8. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.

Die markenrechtliche Verwechslungsgefahr in der Rechtsprechung des BGH und des EuGH, WRP 2003, S. 415 ff.

Die große Zäsur. Zur Neubearbeitung des Kommentars zum Wettbewerbsrecht von Baumbach/Hefermehl durch Helmut Köhler und Joachim Bornkamm, GRUR 2004, S. 900 ff.

- Tilmann, Winfried** Die Verkehrsauffassung im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Möglichkeiten und Grenzen der demoskopischen Wahrheitsfindung im Prozess, GRUR 1984, S. 716 ff.
- Der „verständige Verbraucher“, in: Erdmann, Willi (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, München 1986, S. 481 ff. (zit.: Tilmann, in: FS Piper).
- Tilmann, Winfried;
Ohde, Hans-Jürgen** Die Mindestirreführungsquote im Wettbewerbsrecht und im Gesundheitsrecht – 1. Teil, GRUR 1989, S. 229 ff.
- Trägner, Werner** Das Verbot irreführender Werbung nach § 3 UWG im europäischen Binnenmarkt, Konstanz 1993.
- Traub, Fritz** Das Verbraucherleitbild in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1998.
- Trommsdorf, Volker** Konsumentenverhalten, 5. Auflage, Stuttgart 2003.
- Ullmann, Eike** Der Verbraucher – ein Hermaphrodit, GRUR 1991, S. 789 ff.
- Die Europäische Union und das nationale Wettbewerbs- und Urheberrecht, JZ 1994, S. 928 ff.
- Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, S. 817 ff.
- Veelken, Winfried** Kundenfang gegenüber dem Verbraucher. Bemerkungen zum EG-Richtlinienentwurf über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2004, S. 1 ff.
- Westermann, Ingo** Bekämpfung irreführender Werbung ohne demoskopische Gutachten, GRUR 2002, S. 403 ff.
- Wichard, Johannes** Europäisches Markenrecht zwischen Territorialität und Binnenmarkt, ZEuP 2002, S. 23 ff.

- Wiegand, Erich** Notwendige Grundinformationen zur Beurteilung von Umfrageergebnissen, in: Heldrich, Andreas (Hrsg.), Medien zwischen Spruch und Informationsinteresse. Festschrift für Robert Schweizer zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1999, S. 459 ff. (zit.: Wiegand, in: FS Schweizer).
- Wolf, Thomas** Die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb, Würzburg, 2001.
- Wuttke, Tobias** Neues zur wettbewerbsrechtlichen Relevanz und Interessenabwägung bei der irreführenden Werbung – zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. vom 7. November 2002 – I ZR 276/99 – Klosterbrauerei –, WRP 2003, S. 839 ff.
- Die Konvergenz des nationalen und des europäischen Irreführungsbegriffs, WRP 2004, S. 820 ff.
- Zettel, Günther** Wettbewerbsrecht – Die einzelnen Verbotstatbestände des neuen UWG, MDR 2004, S. 1099 ff.
- Zipfel, Walter;
Rathke, Kurt-Dietrich** Lebensmittelrecht. Loseblatt-Kommentar, München 2003.