

HAT DIE DEMOSKOPIE VOR DEM EuGH VERLOREN ODER EINEN SIEG ERRUNGEN?

Prof. Dr. jur. Robert Schweizer, Marktforscher BVM
Kanzlei Prof Schweizer

(Der Syndikus, 6. Ausg. (März/April 1999), S. 8-11)

Jeder Wettbewerbsrechtler und jeder Markenrechtsspezialist kennt die Diskussion um "das europäische Verbraucherleitbild". Viele Experten meinen, mit diesem Leitbild erübrigten sich repräsentative Umfragen im Wettbewerbs- und Markenrecht. Dieser Artikel untersucht die Äußerungen des EuGH zu Verbraucherbefragungen.

Mit großer Spannung wurde das Urteil des EuGH zum Rechtsstreit *Gut Springenheide 6-Korn - 10 frische Eier* erwartet. Wie wird festgestellt, ob "6-Korn - 10 frische Eier" irreführt, wenn der Futteranteil aus den sechs zur Fütterung verwandten Getreidearten nur 60% der Futtermischung ausmacht? Die Diskussion über dieses Urteil vom 16. Juli 1998^[1] hat noch nicht so recht begonnen. Wer diese Entscheidung genau betrachtet, wird feststellen, daß im Urteil *Gut Springenheide 6-Korn - 10 frische*

Eier die Demoskopie gewonnen hat - allerdings nicht glanzvoll und vielleicht schwer erkennbar. Das Urteil fügt sich (was vermutlich die meisten zunächst anders sehen werden) nahtlos in die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung zur Berücksichtigung demoskopischer Umfragen ein.

Das Urteil fügt sich also in eine Rechtsprechung ein, die nach und nach erkannt hat, daß die Auffassungen vieler Personen rechtserheblich ist, und daß der einzelne Richter diese Auffassungen unter Umständen gar nicht zuverlässig kennt. Die weitere Entwicklung ist dementsprechend doch verhältnismäßig gut absehbar. Da jeder Unternehmensjurist fortlaufend hausintern zu den Verbraucherauffassungen entscheiden und zu den Verbraucherauffassungen mit seinem Anwalt vor Gericht argumentieren muß, wird die Problematik nachfolgend verhältnismäßig ausführlich dargestellt. Eine solche Darstellung wird dadurch stark erschwert, daß sich Rechtsprechung und Literatur noch nicht daran gewöhnt haben, auch in soziologischen Kategorien zu denken. Vorsorglich wird deshalb nachfolgend auf alle Ausführungen des Urteils eingegangen, die voraussichtlich in Diskussionen umstritten sein könnten.

Rechtsgrundlage

Umstritten war im Prozeß *Gut Springenheide 6-Korn - 10 frische Eier* die Anwendung des Art. 10 der Verordnung Nr. 1907/90 des Rates über bestimmte Vermarktungsnormen für Eier. Artikel 10 Abs. 2 Buchst. e erlaubt, auf der Verpackung zu werben, wenn die Angaben nicht geeignet sind, den Käufer irreführen. Umstritten war in diesem Fall die Angabe "6-Korn - 10 frische Eier". Der Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung - sah eine Irreführungsgefahr darin, daß die 6 Korn" nur 60% einer Futtermischung ausmachten und die Annahme nahe läge, die verkauften Eier hätten besondere Qualitäten.

Absage des EuGH an die sog. normative Verkehrsauffassung

Das wichtigste Ergebnis des Urteils: Der EuGH lehnt eine "normative Verkehrsauffassung", die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung ablöst^[2], ab. Das Urteil des EuGH erspart es uns, den vielen offenen Fragen zum Begriff der normativen Verkehrsauffassung nachzugehen^[3].

Entscheidend für das Thema, ob die Demoskopie verloren oder gewonnen hat, ist: Das Urteil des EuGH läßt hinreichend klar erkennen, daß der EuGH eine normative Verkehrsauffassung jedenfalls nicht in dem Sinne vertreten will, daß eine empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung abgelöst werden solle.

Aus dem Urteil *Gut Springenheide 6-Korn - 10 frische Eier* läßt sich klar entnehmen, daß der EuGH den Begriff der Irreführung nicht so auslegt, daß demoskopische Erkenntnisse rechtsunerheblich sind.

Man braucht allerdings kein Hellseher zu sein, um vorhersagen zu können, daß über diese gesamte Problematik noch viel diskutiert werden muß. Die Hauptgründe für diesen Diskussionsbedarf sind: Der Jurist muß, wenn er auslegt, auch soziologisch denken. Zudem bestehen bei Juristen viele Vorbehalte gegen die Demoskopie. Und es ist viel "einfacher", nach eigenem Gutdünken zu entscheiden.

Nachfolgend wird versucht, in den wichtigsten Grundzügen zu erläutern, was sich aus dem Urteil des EuGH zu diesen Kernproblemen des Wettbewerbs- und des Kennzeichnungsrechts entnehmen läßt, und was nicht.

Ausgangsfrage des Bundesverwaltungsgerichtes: real existente oder normative Verkehrsauffassung?

Das Bundesverwaltungsgericht hatte zur Vorabentscheidung durch den EuGH als erstes gefragt^[4]:

1. Ist für die nach Art. 10 Abs. 2 Buchst. e der Verordnung (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 zugrunde?

In Frage 3 stellte das BVerwG darüber hinaus folgende Zusatzfrage zur sog. normativen Verkehrsauffassung:

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

Gemessen an dem heutigen Stand von Rechtsprechung und Literatur zur rechtlichen Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit sind diese Fragen klar gefaßt. In der nächsten Entwicklungsstufe müßte allerdings zur normativen Verkehrsauffassung sachgerecht gefragt werden: "Oder ist der Begriff so auszulegen, daß als Sachverhalt allein die Auffassung des Gerichts rechtserheblich ist?"

Die Ausführungen des EuGH zur normativen Verkehrsauffassung im Einzelnen

Der EuGH hat nicht ganz so klar geantwortet wie das Bundesverwaltungsgericht gefragt hat. Warum? Die deutsche Rechtsprechung und Literatur realisiert schon etwas besser als die Rechtsprechung und Literatur in den anderen EU-Ländern, was es bedeutet, daß die Verbraucher unterschiedlich auffassen. In den anderen Ländern vollzieht sich die Rechtsentwicklung nahezu identisch zu der in Deutschland, nur zeitversetzt^[5]. Jedenfalls bis zu seinem Urteil *Gut Springenheide* urteilte der EuGH im wesentlichen auf dem Stand der Rechtsprechung und Literatur dieser anderen EU-Länder.

Daß der EuGH einer normativen Verkehrsauffassung, die eine empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung ablöst, nicht folgt, ergibt sich dennoch klar aus mehreren Ausführungen des Urteils.

Verbraucherbefragung

Die wichtigste Äußerung des EuGH zugunsten der empirisch zu ermittelnden Verkehrsauffassung und damit gegen die normative Verkehrsauffassung:

Das Gemeinschaftsrecht verbietet nicht, durch eine Verbraucherbefragung zu ermitteln, ob die betreffende Angabe irreführen kann.

Am deutlichsten erklärt sich das Urteil gegen die normative Verkehrsauffassung in Nr. 35 und in Nr. 37, letzter Halbsatz, der Gründe. Der EuGH vertritt dort die Auffassung, daß das Gericht "eine Verbraucherbefragung in Auftrag geben kann, um beurteilen zu können, ob eine Werbeaussage irreführen kann" (a.a.O. Nr. 35). In Nr. 37 faßt das Gericht alle vorangehenden Ausführungen als Antwort auf die Fragen des BVerwG zusammen und schließt:

Hat das nationale Gericht besondere Schwierigkeiten, zu beurteilen, ob die betreffende Angabe irreführen kann, so verbietet das Gemeinschaftsrecht ihm jedoch nicht, dies nach Maßgabe seines nationalen Rechts durch ein Sachverständigengutachten oder eine **Verbraucherbefragung** zu ermitteln. (Hervorhebung des Verf.)

Nach diesen Ausführungen ist gar nicht daran zu denken, daß der EuGH die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung mit einer normativen Verkehrsauffassung ablösen könnte. Diese Zitate aus dem EuGH-Urteil könnten genauso vom BGH stammen, der, wie erwähnt, der Lehre von der normativen Verkehrsauffassung nicht folgt^[6].

Daß der EuGH nach der zitierten Äußerung von vornherein die normative Verkehrsauffassung ablehnt, bekräftigt ein Blick in die Literatur. So formulieren Anhänger der normativen Verkehrsauffassung, daß es sich bei der Feststellung der normativen Verkehrsauffassung und der Feststellung der Irreführung um eine reine Rechtsfrage handele, die sozialempirischer Methodik, insbesondere demoskopischer Verfahren, weder bedürftig noch überhaupt zugänglich sei^[7].

Während demnach nach der normativen Verkehrsauffassung die Feststellung der Irreführung "demoskopischen Verfahren überhaupt nicht zugänglich" ist, sind nach dem EuGH-Urteil Verbraucherbefragungen, also demoskopische Verfahren, sehr wohl zur Feststellung der Irreführungsgefahr geeignet.

Bestimmungen, die jede Irreführung des Verbrauchers verhindern sollen

Ein weiteres Indiz für die Ablehnung der normativen Verkehrsauffassung und damit für die Demoskopie liegt in der Heranziehung von Bestimmungen, die jede Irreführung des Verbrauchers verhindern sollen: Der EuGH beginnt seine Argumentation, die mit den voranstehend wiedergegebenen Zitaten zu Verbraucherbefragungen endet, damit, daß er weitere "entsprechende Vorschriften" zur Irreführung heranzieht, nämlich "dieser Bestimmung (Art. 10 Abs. 2 Buchst. e der Verordnung Nr. 1907/90) entsprechende Vorschriften, die jede Irreführung des Verbrauchers verhindern sollen" (a.a.O. Nr. 28).

Wer sich regelmäßig mit der Bedeutung der - pluralistischen - Wirklichkeit für das Recht beschäftigt, weiß, daß die Weichen bereits gestellt sind, wenn insgesamt die "Bestimmungen, die jede Irreführung des Verbrauchers verhindern sollen" betrachtet werden. Wenn nämlich darauf abzustellen ist, daß jede Irreführung des Verbrauchers verhindert werden soll, dann läßt sich die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung nicht durch eine normative Verkehrsauffassung ablösen.

Ob der Verbraucher irregeführt wird oder nicht, läßt sich nämlich nicht generell normativ bestimmen. Normativ kann man vielleicht bestimmen, daß es nicht auf alle Verbraucher ankommen soll, sondern nur auf einzelne Verbrauchergruppen. Diese einzelnen Verbrauchergruppen können

vielleicht auch nach bestimmten Eigenschaften eingegrenzt werden, wie zum Beispiel auf "verständige Verbraucher". Wie man jedoch auch normativ eingrenzt oder erweitert, irgendeine empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung bleibt erheblich[8].

Allenfalls läßt sich theoretisch der Verbraucherbegriff so kompliziert definieren, um nicht zu sagen: "verunstalten", daß überhaupt niemand die Auffassung dieses Verbrauchers feststellen kann. "Überhaupt niemand" heißt aber auch, daß genauso kein Richter diese Verbraucherauffassung feststellen kann. Sinn und Zweck der Normen zur Irreführung ist aber selbstverständlich nicht, daß sie nie Anwendung finden sollen. Eine solche Binsenweisheit allein reicht schon aus, um die normative Verkehrsauffassung ad absurdum zu führen[9].

Schutz der Verbraucher, der Mitbewerber und der Allgemeinheit

In Nr. 29 der Gründe bezieht der EuGH den "Schutz der Verbraucher, der Mitbewerber und der Allgemeinheit" gegen irreführende Werbung als Gegenstand der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 18.9.1984 mit in seine Überlegungen ein. Dieser Schutz verlangt, auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Jedenfalls weist dieser Schutz nicht darauf hin, daß die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung abgelöst werden müßte. Je nachdem, ob eine Werbung beim Verbraucher falsche Vorstellungen und Entscheidungen auslöst oder nicht, müssen Verbraucher, Mitbewerber und Allgemeinheit geschützt werden oder auch nicht[10]. Folglich muß eben danach entschieden werden, wie es sich tatsächlich verhält. Das heißt, die Verkehrsauffassung ist empirisch zu ermitteln.

Täuschung der Zielpersonen

Weitere Bekräftigung: "Irreführend ist jede Werbung, die die Personen, an die sie sich richtet, täuscht..." (a.a.O. Nr. 29).

Der EuGH bezieht in Nr. 29 der Gründe weiter ausdrücklich Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 84/450/ EWG ein. Er zitiert, daß nach Art. 2 Nr. 2:

unter irreführender Werbung jede Werbung zu verstehen ist, die in irgendeiner Weise - einschließlich ihrer Aufmachung - die Personen, an die sie sich richtet oder die von ihr erreicht werden, täuscht oder zu täuschen geeignet ist, und die infolge der ihr innewohnenden Täuschung deren wirtschaftliches Verhalten beeinflussen kann oder aus diesen Gründen einen Mitbewerber schädigt oder zu schädigen geeignet ist.

Diese Definition realisiert konsequent den voranstehend beschriebenen Sinn und Zweck dieser Richtlinie. Dementsprechend läßt sich in der Definition nichts dazu finden, daß die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung zu weichen hätte.

Mutmaßliche Erwartung

Unmittelbare Bestätigung der dem Unternehmensjuristen bekannten nationalen Rechtsprechung: Der Gerichtshof hat deshalb "auf die mutmaßliche Erwartung eines ... Verbrauchers abgestellt" (a.a.O. Nr. 31).

Aus seiner Rechtsprechung zu den voranstehend aufgeführten EU-Bestimmungen zur Irreführung schließt der EuGH in Nr. 31 des Urteils, daß sowohl in diesen Bestimmungen als auch in der im konkreten Fall anwendbaren Verordnung Nr. 1907/90 das Gericht "auf die mutmaßliche Erwartung eines Verbrauchers abzustellen hat".

Der in der deutschen Rechtsprechung und Literatur bewanderte Unternehmensjurist fühlt sich bei der Auslegung des EuGH ganz zuhause. Er erkennt auf den ersten Blick, daß diese Definition der

deutschen Rechtsprechung entspricht (die auf die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung abstellt)[\[11\]](#).

Erhebliche Zahl von Verbrauchern

Das EuGH-Urteil gebraucht sogar die vertraute Formulierung: "Insoweit irreführend ... als eine erhebliche Zahl von Verbrauchern ..."

Oben wurde schon ausgeführt, daß der EuGH ausdrücklich erklärt, daß das Gemeinschaftsrecht zur Ermittlung der Erwartung des Verbrauchers Verbraucherbefragungen nicht verbietet. In diesem Rahmen übernimmt der EuGH sogar das dem Unternehmensjuristen aus der deutschen Rechtsprechung und Literatur vertraute Kriterium, daß auf "eine erhebliche Zahl von Verbrauchern" abzustellen ist, in Nr. 34 der Gründe. Die deutsche Rechtsprechung und Literatur (welche auf die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung abstellt) formuliert bekanntlich:

In Fällen unterschiedlicher Verkehrsauffassung genügt es nach ständiger Rechtsprechung, daß ein nicht völlig unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise irreführt wird[\[12\]](#).

Auf der Basis dieser Formulierung und der empirisch zu ermittelnden Verkehrsauffassung wurde sogar schon vor Erlaß des EuGH-Urteils die jetzt vom EuGH verwendete positive Formulierung: "erheblicher" Teil der beteiligten Verkehrskreise ausdrücklich empfohlen[\[13\]](#).

Fazit

Gleich, ob der zum Tragen kommende Faktor als "nicht unerhebliche Zahl von Verbrauchern" oder "erhebliche Zahl von Verbrauchern" formuliert wird, die Konsequenz ist klar: Der Weg zu einer normativen Verkehrsauffassung, welche die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung ablöst, ist schon heute offenkundig durch das EuGH-Urteil verbaut. Die Demoskopie hat gewonnen.

-
- [1] Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften v. 16.7.1998 (Rechtssache g-210/96, *Gut Springenheide GmbH ./ Rudolf Tusky*); veröffentlicht u.a. in GRUR Int. 1998, 795-797
- [2] Zum Begriff der "normativen Verkehrsauffassung" im Gegensatz zur "real existierenden Verkehrsauffassung", vgl. Großkomm./Schünemann, Einleitung, UWG Rdnr. D 255 ff. (263 ff., 267 ff.); Spliethoff, *Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden 1992, insbesondere S. 297
- [3] Diese Problematik wird, soweit ersichtlich, bis jetzt nur aufgegriffen bei: Verf., *Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit - Durchschnittsleser, Presserecht; Verständiger Verbraucher, Wettbewerbsrecht; Wertvorstellungen, Grundnorm*, 2. Aufl., Berlin 1998, S. 27-29, 95 f. sowie Verf. in *AfP* 6/97, S. 931 ff. (933 f.)
- [4] Die Fragen des BVerwG gibt der EuGH in den Gründen seines Urteils wörtlich wieder.
- [5] Verf., *Entdeckung*, S. 17 et pass.
- [6] Großkomm./Lindacher, § 13 UWG Rdnr. 98
- [7] A.a.O. Rn. D 268
- [8] Vgl. dazu auch schon oben: Anders verhielte es sich nur, wenn ausgelegt werden würde: Ob irreführt wird, richtet sich nach der Auffassung des zuletzt entscheidenden Gerichts
- [9] Verf., *Entdeckung*, S. 95 f. (Anmerkung 174)
- [10] Verf., *Entdeckung*, S. 27-29
- [11] Gloy/Helm, *Handbuch WettbewerbsR*, 2. Aufl. 1997, § 49 Rn. 10
- [12] Gloy/Helm a.a.O. Rn. 33
- [13] Verf., *Entdeckung*, S. 32 f.