

Der Durchschnittsverbraucher

aus Sicht des Lauterkeitsrechts

Dr. Clemens Appl

IT|IP-LAW Group, WU Wien
Forschungsverein INFOLAW

Verbraucherbegriff

- **Verbraucher** iSd UGP-RL ist „jede **natürliche Person**, die im Geschäftsverkehr (...) zu Zwecken handelt, die **nicht ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können**“
- **Nicht erfasst:** nicht-unternehmerische juristische Personen, wie Ideal-Vereine oder Ideal-Personengesellschaften.
- **Im UWG:** Keine Definition von Unternehmer und Verbraucher -> Daher gilt die generelle Abgrenzung nach § 1 KSchG:
Jeder der nicht Unternehmer ist, ist Verbraucher.
 - Vgl aber die RL zum Verbraucherschutz, die stets auf natürliche Personen abstellt.

Verbraucherleitbild: Der „flüchtige“ Verbraucher

- Der lauterkeitsrechtliche Gesamteindruck des adressierten Verbraucherkreises betreffend eine Werbe- bzw Verkaufspraktik beruht auf
 - **flüchtiger Betrachtung**
 - **mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit.**
- Der Durchschnittsverbraucher ist mit „*durchschnittlicher Intelligenz und Sachkunde*“ ausgestattet. (OGH 4 Ob 380/71)
- Der Durchschnittsverbraucher pflegt Werbeaussagen „*weder genau, vollständig und kritisch zu würdigen, noch grammatikalische und philologische Überlegungen anzustellen*“. (OGH 4 Ob 123/88)

Die Kritik als Ausgangspunkt

EuGH Rs 16/83 – *Bocksbeutelflasche*:

- Der *EuGH* zitiert aus dem Parteilvortrag, dass dem (deutschen) Wettbewerbsrecht „**das Leitbild eines absolut unmündigen, fast schon pathologisch dummen und fahrlässig unaufmerksamen Durchschnittsverbrauchers**“ zugrunde liege.

Emmerich, Das Recht des Unlauteren Wettbewerbs⁵:

- Das Leitbild des flüchtigen Verbrauchers gehe von einem „**an der Grenze zur Debität verharrenden, unmündigen, einer umfassenden Betreuung bedürftigen, hilflosen Verbrauchers, der auch noch gegen die kleinste Gefahr einer Irreführung durch Werbung geschützt werden muss**“.

Entwicklung des Leitbilds vom „informierten und verständigen“ Durchschnittsverbraucher

- EuGH lehnt bereits seit der **Cassis-de-Dijon-E** das Leitbild vom flüchtigen Verbraucher ab und entwickelt in der Folge das Leitbild vom „**unterrichteten Verbraucher**“. (EuGH Rs C-290/90)
- In der **Mars-E** wird erstmals der „**verständige Verbraucher**“ erwähnt. Von diesem Verbraucher dürfe etwa erwartet werden, dass er wisse, „*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.*“ (EuGH Rs C-470/93)
- Schließlich wird mit der **Gut Springenheide-E** ein Meilenstein markiert. **Der Durchschnittsverbraucher wird als durchschnittlich informiert, aufmerksam und verständig charakterisiert.**

Das Leitbild vom „informierten und verständigen“ Durchschnittsverbraucher in der Rsp des OGH

- Der OGH hat das Verbraucherleitbild dem EuGH folgend angepasst und einen **differenzierten Durchschnittsverbrauchsbegriff** eingeführt.
- Der OGH stellt auf den **Grad der Aufmerksamkeit** des durchschnittlich informierten und verständigen Durchschnittsverbraucher ab.
- Der Grad der Aufmerksamkeit ist **situativ** zu bestimmen und fällt je nach Bedeutung der beworbenen Waren für den Verbraucher unterschiedlich aus.

StRsp, seit OGH 4 Ob 260/00i – *Risikoloses Probetragen*.
Vgl auch BGH I ZR 167/97 – *Orient-Teppichmuster*.

Das Verbraucherleitbild der UGP-RL (ErwGr 18)

- Es handelt sich um einen „*fiktiven typischen Verbraucher*“, der ...
 - **angemessen gut unterrichtet (bzw informiert)**
 - **angemessen aufmerksam und**
 - **kritisch ist.**
- Zu berücksichtigen sind **soziale, kulturelle und sprachliche Faktoren.**
- **Gruppenspezifische Beurteilung**, wenn eine Geschäftspraktik an eine bestimmte Gruppe adressiert.
- Das Verbraucherleitbild hat **normativen Charakter.**

Zum „mündigen“ Verbraucher OGH 4 Ob 228/10y – Waldbeeren-Fruchtschnitte



- Maßfigur für die lauterkeitsrechtliche Prüfung einer gegenüber Verbrauchern angewendeten Geschäftspraktik (§ 1 Abs 1 Z 2 UWG) ist **ein angemessen gut unterrichteter und angemessen aufmerksamer und kritischer Durchschnittsverbraucher (...)**. Die Maßfigur kann auch als **mündiger Konsument** bezeichnet werden.
- Der **mündige Konsument erwartet** von einem als „Waldbeeren Fruchtschnitte“ bezeichneten Produkt weder eine unter Verwendung ganzer Früchte, noch - im Verhältnis zu anderen Obstzutaten - überwiegend aus Waldbeeren hergestellte Fruchtschnitte.
- Die **Verbrauchererwartung der Maßfigur** ist in erster Linie dadurch gekennzeichnet, dass eine „Waldbeeren Fruchtschnitte“ aus echten Waldbeeren (und nicht bloß aus Aromastoffen) hergestellt ist und auch nach solchen Früchten schmeckt.

Der besonders schutzwürdige Verbraucher, Art 5 III UGP-RL

Adressiert eine Geschäftspraktik ...

- in einer für den Gewerbetreibenden **vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise**
- eine **eindeutig identifizierbare Gruppe** von Verbrauchern,
- die aufgrund
 - **geistiger oder körperlicher Gebrechen,**
 - **Alter oder**
 - **Leichtgläubigkeit**

im Hinblick auf das der Geschäftspraktik zugrundeliegende Produkt besonders schutzwürdig sind,

gilt das **durchschnittliche Mitglied dieser Gruppe** als Durchschnittsverbraucher.

Das Unternehmerleitbild

- „**Unternehmer**“ ist derjenige der ein Unternehmen iSd § 1 Abs 1 UGB betreibt. Damit ist eine Abgrenzung der Gruppe unternehmerischer Marktteilnehmer von der Gruppe der Verbraucher nach formalen Merkmalen möglich.
- **Leitbild des „dynamischen eigenverantwortlichen Unternehmers“** (WRP 2003, 919, 924).
- Berücksichtigung der **besonderen Fachkenntnisse von Unternehmern** und der daraus resultierenden reduzierten Schutzbedürftigkeit.
- Gruppenspezifische Sichtweise.

S dazu *Anderl/AppI* in *Wiebe/Kodek*, UWG, § 2 Rz 53-58.

Zum „Unternehmerleitbild“ OGH 4 Ob 45/11p – Branchenregister-Werbeformular

Eintragungsangebot:
Zur Aufnahme in unser Österreichisches Branchenregister im Internet, Bitte senden Sie uns das Eintragungsangebot bis spätestens 20. Juni 2008 zurück.

Bitte um Eintragung Ihrer Daten (Firmenstempel)	Eintragungsmuster
Firmenname:	Firmenname
Zustell:	Zustell
Strasse:	Strasse
PLZ:	PLZ
Ort:	Ort
Telefon:	Telefon
Telefax:	Telefax
E-Mail:	E-Mail
Webseite:	Webseite
Branchen:	Branchen

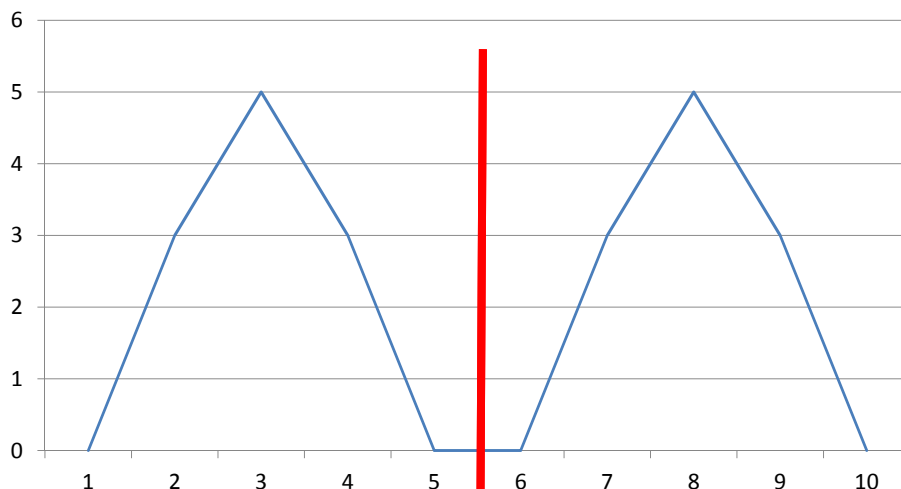
Wichtig: Ergänzen Sie bitte Branche, Telefon, Fax, E-Mail und Internet-Adresse

* Beachten Sie folgenden Hinweis:
Es werden nur Daten von Firmen, Gewerbetreibenden, Selbstständigen und öffentliche Einrichtungen aufgenommen. Die Daten werden unter der Internet-Adresse veröffentlicht. Die Annahme dieses Registereintrags durch Unternehmen, die für längere Zeit oder regelmäßig Firmennetze und -Ergänzung sowie die Aufnahme in das Branchenregister monatlich zum Preis von € 1,00 netto gelten als anerkannt und wird durch die Unternehmensleitung bestätigt. Der Preis ist zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer. Die unentgeltlichen Geschäftsbedingungen sind Vertragsbestandteil und gelten als anerkannt. Geschäftsname

- Zu § 28a UWG.
- „Dass Unternehmer für ihre Geschäftspost ein gewisses Maß an Aufmerksamkeit aufwenden, bedeutet nicht, dass sie Aussendungen auch dann **detailliert studieren müssten**, wenn diese schon durch ihre (geschickte) Gestaltung die naheliegende Erwartungshaltung hervorrufen, es wäre nur etwas zu ergänzen und wieder zurückzusenden.“

Das Problem mit dem „Durchschnitt“

Wo ist der Durchschnitt?



Die *MEL*-E: (Un-)gerechtfertigte Segmentierung der Werbeadressaten

OGH 4 Ob 188/08p - *MEL*

- Werbung für Anlageprodukte in Massenmedien erreicht „*offenkundig ein durchaus **heterogenes Publikum***“ (die Allgemeinheit), „*dem sowohl ein unterschiedliches wirtschaftliches und rechtliches Vorverständnis als auch ein **unterschiedlicher Grad an Aufmerksamkeit** unterstellt werden kann.*“
- Innerhalb dieses Publikums kann in drei Gruppen unterschieden werden:
 - Professionelle Anleger und Anlageberater;
 - Erfahrene Privatanleger, die bereits mehrfach in Wertpapiere investiert haben und zumindest über Grundkenntnisse wirtschaftlicher und rechtlicher Art verfügen;
 - Kleinanleger („Sparbuchsparer“), die die Sicherheit eines Sparbuchs mit dem Ertrag von Aktien verbinden wollen und möglicherweise erstmals in Wertpapiere investieren.
- Der OGH kommt zum Schluss, dass der Standard eines „**gruppenübergreifenden Durchschnittsverbrauchers**“ zu einem „**gehobenen Durchschnittsstandard**“ führen könne, der uU die Unlauterkeit einer Geschäftspraktik ausschließen würde.

Würdigung

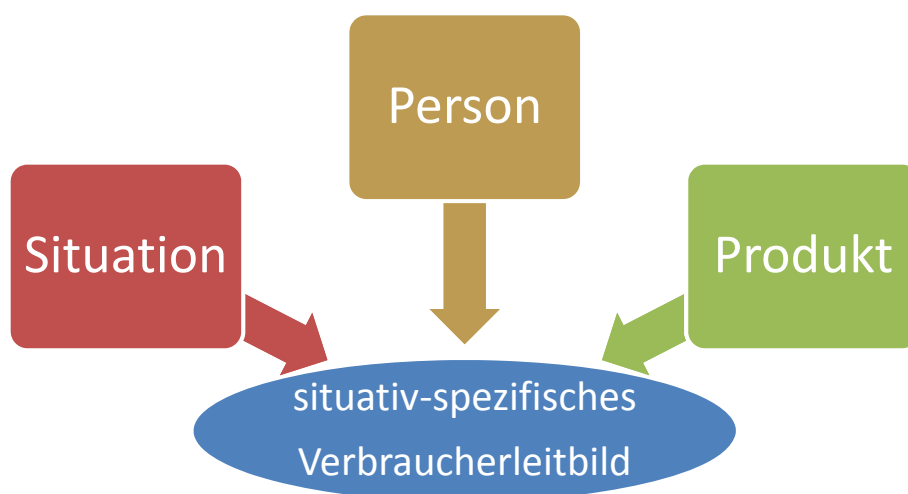
- **Die Allgemeinheit ist heterogen.** Dies ist kein Spezifikum der Werbung für Anlageprodukte und spiegelt sich in den empirisch feststellbaren „Streuverlusten“ wieder.
- Die Inhomogenität der Zielgruppe bestimmt die „Standardabweichung“ zum „Durchschnittsverbraucher“. Die UGP-RL legt **keine maximale „Standardabweichung“** fest, sondern verlangt vielmehr die Bildung eines einheitlichen – wenn auch fiktiven, „*konstruierten*“ – Durchschnittsmaßstabs.
- Die Segmentierung iSe gruppenspezifischen Durchschnittsbildung setzt voraus, dass „*sich eine Geschäftspraktik an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern richtet*“. Geschäftspraktiken in Massenmedien „**erreichen**“ zwar die Allgemeinheit, „**richten**“ sich aber dennoch zumeist an bestimmte Zielgruppen.

**Das „Involvement“
als Mittel zur „Segmentierung“
und als Beurteilungsmaßstab**

Grundannahmen

- Der mündige Verbraucher wird dadurch charakterisiert, dass er unter Berücksichtigung **sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren ...**
 - **angemessen gut unterrichtet (bzw informiert)**
 - **angemessen aufmerksam und**
 - **kritisch ist.**
- Für „den“ Verbraucher sind aber unterschiedliche Produkte in unterschiedlichen Situationen unterschiedlich relevant. Die **situative Relevanz** entscheidet über die Wahrnehmung einer Geschäftspraktik.
- **Situativ irrelevante Werbung** wird einen Verbraucher in seinem geschäftlichen Verhalten nicht beeinflussen.

Die bestimmenden Faktoren eines situativ-spezifisches Verbraucherleitbilds



Bestimmung des spezifischen Adressatenkreises

- Geschäftspraktiken, insb klassische „Werbung“, können zwar **faktisch jedermann erreichen**, sind für den Empfänger idR **von unterschiedlicher Relevanz** und werden **unterschiedlich wahrgenommen**.
- Zunächst bestimmt das **beworbene Produkt** selbst jene Personengruppe, die als Referenz heranzuziehen ist. Maßgeblich ist die **situative Relevanz** eines Produkts für den Werbeempfänger.
 - Fall 1: Werbung für Waschmaschinen (Autos, Autoreifen, Kühlschrank, etc) ist nur für jene Personen *relevant*, die im unmittelbar Kaufprozess stehen.
 - Fall 2: Werbung für Müsli-Riegel (Mineralwasser etc) ist hingegen für einen extrem breiten Empfängerkreis relevant.
- **These:** Eine Geschäftspraktik wird nur dann geeignet sein, das Verhalten eines Verbrauchers zu beeinflussen, wenn das beworbene Produkt für diesen auch relevant ist.

Jene Verbraucher, für die ein Produkt irrelevant ist, sind daher für die weitere (lauterkeitsrechtliche) Beurteilung unbeachtlich.

Involvement als Maßstab für den Grad an Aufmerksamkeit, Informiertheit und Kritikfähigkeit

low involvement-Situation

- Je geringer das persönliche, situative und produktbezogene Involvement ausfällt, umso geringer ist auch der Grad an Aufmerksamkeit und die Bereitschaft sich vertieft mit dem Produkt auseinanderzusetzen.
- Blickfangwerbung, Lockvogelwerbung etc wirkt hier deutlich stärker, als bei „high involvement“ Situationen.
- Werbung wird dabei zwar deutlich unkritischer, aber zugleich bloß niederschwellig wahrgenommen.
- **Aber:** Bei „low involvement“-Situationen wird auf eine „informierte Entscheidung“ im Grunde verzichtet; Ausschlaggebend sind idR nur grundlegendste Produkteigenschaften, der Preis, die Menge und ggf das Image.

Konkrete Beurteilung – *low involvement*



Abb: OGH 4 Ob 228/10y

Involvement als Maßstab für den Grad an Aufmerksamkeit, Informiertheit und Kritikfähigkeit

high involvement-Situationen

- Je höher das persönliche, situative und produktbezogene Involvement ausfällt, umso höher ist auch der Grad an Aufmerksamkeit und die Bereitschaft sich vertieft mit dem Produkt auseinanderzusetzen.
- Gehen für den Verbraucher mit einer geschäftlichen Entscheidung **gesellschaftliche, finanzielle oder gesundheitliche Risiken** einher, wird eine **aktive und kritische Informationsgewinnung** der Kaufentscheidung vorangehen.
- **Werbung wird aktiver wahrgenommen und stärker hinterfragt.**
- Dabei kommt der sog „**verweisenden Verbrauchererwartung**“ hoher Stellenwert zu.
 - zB Werbung mit Produkttests, Normkonformität, Verhaltenskodices etc

Konkrete Beurteilung – *high involvement*



- rel. hoher Preis
- Beschaffung ist Ausnahmesituation
- Aktive Informationssuche, zB ...
 - Herstellerinformationen
 - Aktives „Studieren“ von Flugblättern
 - Recherche in Internetforen
 - Produkttests
 - „Geizhals.at“
- Hohes Involvement in „engem“ Zeitfenster
- Informierter und Kritischer Zugang zu wahrgenommener Werbung

Abb: http://www.miele.at/at/haushalt/produkte/Waschmaschinen_Frontlader_Geraete_W_5100_WPS_EcoCare.htm

Konkrete Beurteilung – *MEL-Case*

- Anlageentscheidungen fallen in den Bereich des „high involvement“
- Anlagewerbung kann, je nach Gestaltung und Kommunikationskanal, ein breites Publikum erreichen und für dieses in unterschiedlicher Weise relevant sein. Auch hier entscheidet die situative Relevanz über den Umfang des Adressatenkreises und bestimmt damit das situativ-spezifische Verbraucherleitbild.
- Ist die Zielgruppe eindeutig identifizierbar?
 - **Private Kleinanleger** = Personen, die Geld nicht (nur) in bloßen Spareinlagen sondern auch Wertpapieren veranlagen.
 - Charakteristik: Kritischer Zugang zur Werbung und grds Bereitschaft zur Informationssuche, aber beschränkter Verständnishorizont -> „verweisende Verbraucherwartung“, Vertrauen in Unternehmen („der gute Name“)
 - Nicht die „dümmste“ Gruppe iSe des „flüchtigen“ Verbrauchers!

Danke für Ihre Aufmerksamkeit.



VIENNA UNIVERSITY OF
ECONOMICS AND BUSINESS

Abteilung für Informations- und Immaterialgüterrecht
Institut für Zivil- und Unternehmensrecht
ICT & IP Law Group
Institute for Civil and Business Law
Althanstraße 39-45, 1090 Vienna, Austria

it|ip-law

UNIV.-ASS. DR. CLEMENS APPL

T +43-1-313 36-5171
F +43-1-313 36-905171
clemens.appl@wu.ac.at
www.wu.ac.at/iplaw