

nungsentwurfs vorgelegt.⁷⁸ Diese Kapitel betreffen allgemeine Bestimmungen, den Beförderungsvertrag, Informationen und Fahrkarten sowie die Haftung von Eisenbahnunternehmen für Fahrgäste und deren Gepäck.⁷⁹ Die Verhandlungen für einen Standpunkt des Rates zu diesem Dossier sind noch nicht abge-

schlossen. Es bleibt abzuwarten, ob ein solcher unter finnischer Präsidentschaft erzielt werden kann.

78 Ibid., 3.

79 Fortschrittsbericht v. 07.11.2018, 13760/18, ADD1, 2017/0237(COD).

Das Verbraucherleitbild des Verbrauchervertragsrechts – im Wandel?

Von Prof. Dr. Franziska Weber, LL.M, Hamburg

A. Einleitung

Ein Leitbild ist eine Verkürzung, die die Komplexität der Lebenswirklichkeit reduziert.¹ Eine bedeutsame Leitbilddiskussion wird im Hinblick auf den Verbraucher geführt. Diese Debatte findet primär im Verbrauchervertragsrecht statt. Zudem ist sie im Lauterkeitsrecht von Bedeutung.² In seinem Urteil vom 11. September 2019 in der Rechtssache *Romano* legt der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) den „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ (im Weiteren: Durchschnittsverbraucher) bei Widerrufsfällen im Fernabsatz – konkreter im Rahmen der Richtlinie 2002/65³ – ohne nähere Begründung zu Grunde.⁴ Auch Generalanwalt *Giovanni Pitruzzella* hatte dies in seinen Schlussanträgen befürwortet.⁵ Im Lichte dieses Urteils gilt es die pauschale Annahme, das Leitbild vom Durchschnittsverbraucher gelte flächendeckend im gesamten Zivilrecht, kritisch zu hinterfragen. In vorliegendem Aufsatz wird daher analysiert, in wie fern sich der Durchschnittsverbraucher über das Lauterkeitsrecht hinaus im Verbrauchervertragsrecht tummelt. Die Bestandsaufnahme schließt mit einigen Kritikpunkten.

B. Die Verbraucherleitbilderlandschaft

I. Originäre Entwicklungen im deutschen Recht

Die Leitbildfrage mit Blick auf den Rechtsadressaten im Privatrecht stellte sich im Grunde seit Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Die konkretere Auseinandersetzung mit dem Verbraucher geschah ab den 1950/60er Jahren.⁶ Im deutschen Recht entwickeln sich zunächst drei Leitbilder: Im Ausgangspunkt setzte das BGB auf den autonomen Bürger und betrachtete den Menschen als ein vernünftiges und eigennütziges Wesen.⁷ Insofern kam der ökonomische Liberalismus zum Tragen.⁸ Für das sogenannte „altliberale Schutzmodell“, welches das erste, ursprüngliche deutsche Verbraucherleitbild kennzeichnete, wurde im Grunde der neoklassische Homo Oeconomicus als Referenz genommen.⁹ Er bedurfte keines besonderen Schutzes.¹⁰ Privatautonomie ermöglichte ökonomisch ausgedrückt ein Verhalten im Sinne der Nutzenmaximierung. Dieser Ansatz

gilt heute als überholt.¹¹ Eine bedeutsame Weiterentwicklung des Ausgangsleitbilds ist der „informationsbedürftige und informierbare“ Verbraucher (auch „aufzuklärender Homo Oeconomicus“ genannt¹²).¹³ Verbraucherinformation gilt nach diesem Leitbild als notwendig und der Entscheidungsfindung zuträglich. Statt anzunehmen, dass der Verbraucher alle Informationen bereits hat, betrachtet dieses Leitbild den Verbraucher als informationsbedürftig und informierbar. Fehlentscheidungen sind entsprechend die Folge eines Informationsdefizits. Beschafft man Verbrauchern die fehlenden Informationen,¹⁴ entscheiden sie eigenständig und rational. Die Rationalwahl, die den Homo Oeconomicus auszeichnet, bleibt grundlegend. Mit dieser Weiterentwicklung wurde also ebenfalls ein liberaler An-

1 *Schmidt-Kessel*, in: Schmidt-Kessel/Germelmann, Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe, 2016, 25.

2 Zur wenig überraschenden Relevanz des Verbrauchers im Lauterkeitsrecht, BeckOGK/Alexander, 01.12.2018, BGB, § 13 Rn. 14.

3 Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG.

4 EuGH, Rs. C-143/18 (*Antonio Romano, Lidia Romano/DSL Bank*), ECLI:EU:C:2019:701, Rn. 54 f.

5 Schlussanträge des Generalanwalts im EuGH-Fall C-143/18 vom 28.03.2019, Rn. 79 ff; dazu *Weber*, VuR 2019, 161 f., (Editorial).

6 *Staudinger/Kannowski*, BGB, Bearb. 2013, Vor §§ 13, 14, Rn. 3 f.

7 *Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl. 2008, 53; so auch *Klinck/Riesenhuber*, in: *Klinck/Riesenhuber* (Hg.) Verbraucherleitbilder – Interdisziplinäre und Europäische Perspektiven, 2015, 1 f.

8 So auch *Staudinger/Honsell* (Fn. 6), Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rn. 113: „Das liberale Wirtschaftsmodell der Privatautonomie beruht auf dem Grundgedanken, dass der beste Garant für den Wohlstand der Gesellschaft das natürliche Streben des Individuums nach Glück und Wohlstand ist. [...] Der freie Markt und der homo oeconomicus sind im liberalen Wirtschaftsmodell die Garanten von Fortschritt und Wohlstand.“

9 Stellvertretend *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, 1. Aufl. 2011, 131 f., 141; „selbstverantwortlich“ laut *Staudinger/Kannowski* (Fn. 6), § 13 Rn. 6.

10 *Rischkowsky/Döring*, J Consum Policy 2008, 285, 286.

11 *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (Fn. 9), 143; *S. Wagner*, Verbraucherschutz bei Vertragsabschluss im Internet, 2010, 12 mwN.

12 *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (Fn. 9), 143.

13 *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (Fn. 9), 143. In anderem Zusammenhang wird auch verallgemeinernd vom „Informationsmodell“ gesprochen. Präziser erscheint die Formulierung, dass der „informationsbedürftige und informierbare Verbraucher“ als Leitbild dem Informationsmodell korrespondiert. Die Entwicklung entstammt ursprünglich dem Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, vgl. *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, 399.

14 *Rischkowsky/Döring*, J Consum Policy 2008, 285, 291.

satz verfolgt, allerdings unter Verzicht auf die Annahme der vollständigen Information.¹⁵ Während sich der informationsbedürftige und informierbare Verbraucher im Verbrauchervertragsrecht entwickelte, wurde im Lauterkeitsrecht der „flüchtige Verbraucher“ propagiert.¹⁶ Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom „sozialen Schutzmodell“.¹⁷ Der flüchtige Verbraucher repräsentiert einen Adressatenkreis, der z.B. Anzeigen nicht mit besonderer Aufmerksamkeit und Überlegung liest, sondern schnell und arglos zur Kenntnis nimmt.¹⁸ Das Leitbild vom flüchtigen Verbraucher war in der deutschen Lauterkeitsrechtsprechung lange vorherrschend.¹⁹ Es strahlte zudem auf das Verbrauchervertragsrecht aus.²⁰ Bezeichnend ist folgende Charakterisierung vom Bild „eines an der Grenze zur Debität verharrenden, unmündigen, einer umfassenden Betreuung bedürftigen, hilflosen Verbrauchers, der auch noch gegen kleinste Irreführungsgefahr geschützt werden muss“.²¹ Für das Lauterkeitsrecht kann zunächst von einer flächendeckenden Verwendung des Leitbilds vom flüchtigen Verbraucher gesprochen werden. Im Verbrauchervertragsrecht entwickelte sich im weiteren Verlauf ein kombinierter Ansatz aus Informationsmodell und dem (situativen) Schutzmodell.²² Die „situationsbezogene“ Schutzvariante schützt den Verbraucher nicht generell, sondern nur situativ. Sie wurde gegenüber der „personenbezogenen“ Schutzvariante, wonach die Verbrauchereigenschaft für die Schutzbedürftigkeit als ausreichend betrachtet wird, bevorzugt.²³

II. Entwicklungen im europäischen Recht

Auf europäischer Ebene entwickelt sich schrittweise ein umfassender Verbraucherrechts-acquis. In den 1970/80er Jahren stand das Verbrauchervertragsrecht zunächst stark unter dem Schutzgedanken.²⁴ Gleiches gilt für das europäische Lauterkeitsrecht. Dieser Ansatz prägte die Unionsgesetzgebung bis zur Erschaffung des Europäischen Binnenmarktes im Jahr 1986 mit der Verabschiedung der Einheitlichen Akte.²⁵ Ab dann fand die ökonomische Rolle des Verbrauchers im Binnenmarkt, also seine Funktion, eine stärkere Betonung im Verbrauchervertragsrecht. Es wurden dazu verschiedene Modelle entwickelt, die dem Verbraucher einen bestimmten Grad an Informationsverarbeitungskapazitäten zutrauten.²⁶ Das von *Steindorff* entwickelte „binnenmarktorientierte Informationsmodell“ ist ein aussagekräftiges Beispiel.²⁷ Der Verbraucher wurde für das Funktionieren des Binnenmarktes instrumentalisiert.²⁸ Insofern konnten ihm Informationslasten zugemutet werden.²⁹ Mit der Erschaffung des Binnenmarktes ging es verstärkt darum, die Rolle und Position des Verbrauchers derart auszugestalten, dass er „die ihm übertragene Aufgabe zur Errichtung des Binnenmarktes“ wahrnehmen konnte.³⁰ Dazu musste er spezifische normative Voraussetzungen erfüllen.³¹ Auch in der EuGH-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit lässt sich der Wandel hin zum Informationsmodell aufzeigen, zur Frage, in wie weit verbraucher-schützende Maßnahmen eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen.³² Nach dem Marktortprinzip mussten Geschäftspraktiken jeweils die lokalen Vorgaben erfüllen.³³

Unterschiedliche Maßstäbe im Lauterkeitsrecht in den verschiedenen Mitgliedstaaten stellten damit eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. damaligen Art. 30 EG (heutigen Art. 34 AEUV) dar. Verbraucherschutz wurde als Grund für eine Beschränkung der Ausübung der Grundfreiheiten zur Förderung des Binnenmarktes nur bedingt akzeptiert und verbraucher-schützende Maßnahmen zunehmend als (verbotene) Maßnahme gleicher Wirkung klassifiziert. Es entwickelte sich die Faustformel vom „Vorrang der Verbraucherinformation vor dem Vertriebsverbot“.³⁴ Die EuGH-Rechtsprechung hat es zum Ziel, den grenzüberschreitenden Handel zu fördern.³⁵ Diese Grundfreiheiten-Rechtsprechung ebnet den Weg für die Erschaffung des bekannten Leitbilds vom Durchschnittsverbraucher.³⁶ Die verschiedenen Eigenschaften des Durchschnittsverbrauchers zeichneten sich punktuell bereits ab.³⁷ Das Leitbild vom Durchschnittsverbraucher wurde aus der Grundfreiheitenrechtsprechung abgeleitet und anschließend für die Interpretation von Sekundär-

- 15 Staudinger/*Kannowski* (Fn. 6), § 13 Rn. 4; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (Fn. 9), 132.
- 16 Ausgangspunkt ist die BGH-Entscheidung: GRUR 1595, 365, 366; *Kamme*, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Fn. 1), 87 unter Hinweis auf die wegweisenden BGH-Entscheidungen; *Häberle* (Fn. 7), 56.
- 17 *Reich/Micklitz*, in: Reich/Micklitz/Rott/Tonner (Hg.) *European Consumer Law*, 2. Aufl. 2014, 1, 46 ff.
- 18 *Erbs/Kohlhaas/Diemer*, UWG, 214. EL Mai 2017, § 16 Rn. 35.
- 19 ZB BGH GRUR 1992, 450, 452; BGH GRUR 1975, 75, 77; *Erbs/Kohlhaas/Diemer* (Fn. 18), § 16 Rn. 35 mwN.
- 20 Zum Thema *Wucher* grundlegend BGHZ 104, 102. *Micklitz/Rott*, in: Dausen (Hg.), *EU-Wirtschaftsrecht*, 42. EL 2017, Rn. 112. *Rott*, VuR 2015, 163, 163; *Micklitz*, VuR 2015, 283, 283 „Die Königin [Verbraucher] erhält eine starke staatliche Stütze“; dieses Verbraucherleitbild entwickelte sich im Kern ab den 1970er Jahren, *S. Wagner*, (Fn. 11), 15. *Denkinger*, *Der Verbraucherbegriff*, 2007, 156.
- 21 *Emmerich*, in: FS Gernhuber, 1993, 857, 870. Ähnlich treffend nennt *Micklitz*, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2010, Vor §§ 13, 14, Rn. 10 den Ansatz „Schutz der Dummen“.
- 22 Dies zeigt sich im reformierten Abzahlungsgesetz ab 1979 sowie im Fernabsatzgesetz aus dem Jahr 2000.
- 23 *Staudinger/Kannowski* (Fn. 6), § 13 Rn. 7. Im Gegensatz zum Ansatz der strukturellen Unterlegenheit, vgl. *Reich*, ZRP 1974, 187; *Tonner*, JZ 1996, 533, 535.
- 24 *Tonner*, in: *Tamm/Tonner*, *Verbraucherrecht: rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Rechtsdurchsetzung*: Beratungshandbuch, 2. Aufl. 2016, 53.
- 25 ABl. L 169/1, 29.06.1987, MünchKommBGB/*Micklitz/Purnhagen*, 7. Aufl. 2015, Vor § 13, 14 Rn. 63.
- 26 MünchKommBGB/*Micklitz/Purnhagen* (Fn. 25), Vor § 13, 14 Rn. 64 mwN.
- 27 *Steindorff*, *EG-Vertrag und Privatrecht*, 1996, 196.
- 28 *Steindorff*, (Fn. 27), 195.
- 29 *Tamm*, in: *Tamm/Tonner* (Fn. 24), 23.
- 30 *Micklitz/Rott*, in: Dausen (Fn. 20), Rn. 73; so gebietet es auch das Informationsgebot des ersten Verbraucherschutzprogramms vom 14.4.1975.
- 31 *Micklitz/Rott*, in: Dausen (Fn. 20), Rn. 75.
- 32 EuGH, Rs. C- 193/80 (*Kommission/Italien*), ECLI:EU:C:1981:298; Rs. C- 178/84 (*Kommission/Bundesrepublik Deutschland*), ECLI:EU:C:1987:126; Rs. C- 362/88 (*GB-INNO-BM/Confédération du Commerce Luxembourgeois*), ECLI:EU:C:1990:102, Rn. 17 f.
- 33 *Rott*, VuR 2015, 163, 163 f.; ebenfalls zur Binnenmarktstärkung und marktorientierten Privatautonomie, *Reichardt*, *Der Verbraucher und seine variable Rolle im Wirtschaftsverkehr*, 2007, 155.
- 34 *Cremer/Ostermann*, in: *Klinck/Riesenhuber* (Fn. 7), 89; *Schmidt-Kessel*, in: *Schmidt-Kessel/Germelmann* (Fn. 1), 80, *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm*, 35. Aufl. 2017, UWG, § 5 Rn. 1.87.
- 35 *Rott*, VuR 2015, 163, 163; detaillierter zur Warenverkehrsfreiheit und im Verbraucherschutz begründeten Handelshemmnissen, *Cremer/Ostermann*, in: *Klinck/Riesenhuber* (Fn. 7), 82 ff.
- 36 *Cremer/Ostermann*, in: *Klinck/Riesenhuber* (Fn. 7), 83 mwN.
- 37 *Stuyck*, in: *Klinck/Riesenhuber* (Fn. 7), sagt der Durchschnittsverbraucher basiere auf dem *Homo Oeconomicus*-Modell und dem Prinzip der Nutzenmaximierung, 119.

rechtsakten fruchtbar gemacht.³⁸ Diese Entwicklung vollzieht sich im Lauterkeitsrecht.³⁹ Sie wurde nicht zuletzt durch eine Ablehnung des deutschen Ansatzes vom flüchtigen Verbraucher auf europäischer Ebene angetrieben.⁴⁰ Die Richtlinie 2005/29/EG nennt den Durchschnittsverbraucher in Art. 5 Abs. 2 (b) dann explizit.⁴¹ Das Leitbild vom Durchschnittsverbraucher orientiert sich am neoklassischen Homo Oeconomicus-Modell.⁴² Der Verbraucher gilt als „mündig“.⁴³ Er ist damit in gesteigertem Maße für sich selbst verantwortlich, womit quasi eine Verpflichtung einhergeht, verfügbare Informationen zutreffend zu verarbeiten.⁴⁴ Auch der Durchschnittsverbraucher gilt als „binnenmarktfunktional“.⁴⁵ Seine Kompatibilität mit einem verbraucher-schützenden Anspruch erschließt sich nicht auf Anhieb. Spielraum gibt es hier theoretisch aber durchaus. Der EuGH hält den Durchschnittsverbraucher für variabel.⁴⁶ Er erkennt an, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der Waren und Dienstleistungen variiert. Für bestimmte Zielgruppen und ausgewählte verwundbare Personengruppen gilt – was ihre Aufmerksamkeit, Verständigkeit und ihren Informationsstand angeht – ein abweichender Standard.⁴⁷ Die Richtlinie 2005/29/EG zeigt diese Unterteilung exemplarisch auf.⁴⁸ In Art. 5 Abs. 2 (b) wird zunächst der Durchschnittsverbraucher genannt.⁴⁹ Auf eine bestimmte Zielgruppe ist abzustellen, wenn nur ein Teil der Verbraucher adressiert wird. Als Leitlinie gilt dann ein Durchschnittsverbraucher dieser Gruppe. In Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie geht es darüber hinaus um den Durchschnittsverbraucher einer bestimmten besonders verwundbaren Gruppe (beispielsweise altersbedingt). Es handelt sich um Personengruppen, die ganz grundsätzlich nicht informiert, aufmerksam und verständlich sind.⁵⁰ Die in der Richtlinie genannte Liste ist insoweit nicht abschließend.⁵¹ Aufgrund von sozialen, kulturellen oder sprachlichen Eigenschaften kann je es nach Mitgliedstaaten zudem zu einer Varianz kommen.⁵² Praktisch ist die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 in der Rechtsprechung irrelevant.⁵³ Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass sich darin spiegelt, dass der verwundbare Verbraucher als Ausnahme vom Durchschnittsverbraucher konzipiert wurde. Die jüngere lauterkeitsrechtliche EuGH-Rechtsprechung offenbart erste Versuche, Anpassungen am klassischen Durchschnittsverbraucher vorzunehmen. In der „purely creative“-Entscheidung des EuGH geht es im Jahr 2012 um die Unlauterkeit der Geschäftspraktik, einem Verbraucher mitzuteilen, dass er einen Preis gewonnen hat, und ihm für dessen Entgegennahme die Übernahme von Kosten aufzuerlegen.⁵⁴ Der Eindruck, dass der Verbraucher bereits einen Preis gewonnen habe, wird dabei fälschlich erweckt. Der EuGH nimmt auf die fehlende Rationalität der Verbraucherentscheidung Bezug. Die verhaltensökonomische Forschung zeigt, dass Individuen träge sind, vom Status quo abzuweichen.⁵⁵ Es stellt sich ein Besitztumseffekt ein, wenn Verbraucher davon ausgehen, dass sie bereits einen Gewinn erhalten haben, so dass eine rationale Entscheidung behindert wird. Zwar erwähnt der EuGH psychologische Erkenntnisse, setzt diese aber nicht in Bezug zum Leitbild.⁵⁶ Im Lichte der vorangegangenen Analyse hätte man den Durchschnittsverbraucher hier offen als einen irrationalen Verbraucher – einen in

der vorliegenden Situation durchschnittlich irrational agieren-

38 Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 9), 146.

39 Zuerst EuGH, Rs. C-470/93 (*Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e. V./Mars GmbH*), ECLI:EU:C:1995:224. In Rn. 24 findet sich die Formulierung vom „verständigen Verbraucher“. Die Formulierung vom „durchschnittlich informierten und verständigen Durchschnittsverbraucher“ findet sich ab: EuGH, Rs. C-210/96 (*Gut Springenheide GmbH, Rudolf Tusky/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung*), ECLI:EU:C:1998:369, Rn. 31; EuGH, Rs. C-303/97 (*Verbraucherschutzverein e. V./Sektellerei G. C. Kessler GmbH & Co*), ECLI:EU:C:1999:35, Rn. 36; EuGH, Rs. C-220/98 (*Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG/Lancaster Group GmbH*), ECLI:EU:C:2000:8, Rn. 27; Reichardt, (Fn. 33), 156 ff. zum Verbraucherleitbild. Der EuGH spricht zuweilen von der „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Person“ (EuGH, Rs. C-112/99 (*Toshiba Europe GmbH/Katun Germany GmbH*), ECLI:EU:C:2001:566, Rn. 52), vgl. Köhler/Bornkamm/Fedderson/Bornkamm (Fn. 34), § 5 Rn. 1.53a; GHN/Pfeiffer, AEUV Art. 169 Rn. 21-23; Tonner, in: Tamm/Tonner (Fn. 24), 53; Helm, in: FS Tilmann, 2003, 135, 135; der Weg zur Geburtsstunde des Leitbilds vom Durchschnittsverbraucher wird ebenfalls nachgezeichnet in, Cremer/Ostermann, in: Klinck/Riesenhuber (Fn. 7), 85 ff.: die Formulierung variiert mitunter (vgl. Hinweis auf S. 89).

40 Helm (Fn. 39), 137 mwN (darunter Clinique und Mars); Cremer/Ostermann, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Fn. 1), 85 ff. mwN.

41 Erwägungsgrund 18 verweist darauf, dass die den Handel erleichternde Rechtsprechung des EuGH kodifiziert werde, vgl. Rott, VuR 2015, 163, 164.

42 Reichardt (Fn. 33), 156: „vorrangige(n) Anknüpfung an einen nutzenmaximierenden Entscheidungsträger unter der Modellannahme des homo oeconomicus“.

43 Mündig bedeutet, eine gewisse Aufmerksamkeitsneigung zu haben, vgl. Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel/Germelmann, (Fn. 1), 21; Leible, EuZW 1993, 599, 601; Reichardt (Fn. 33), 156; Cremer/Ostermann, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Fn. 1), 89 mwN („in weitem Umfang“); Schmidt-Kessel, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Fn. 1), 65: die Gleichsetzung mit dem Begriff Mündigkeit funktioniert nur, wenn man den so bezeichneten Verbraucher im Sinne durchschnittlicher Informiertheit und Aufmerksamkeit versteht; Tamm, Verbraucherschutzrecht (Fn. 9) setzt das mit dem Durchschnittsverbraucher gleich, 141.

44 Micklitz/Rott, in: Dausen (Fn. 20), Rn. 104.

45 Dausen, RIW 1998, 750, 751.

46 Vgl. EuGH, Rs. C-303/97 (*Verbraucherschutzverein e. V./Sektellerei G. C. Kessler GmbH & Co*), ECLI:EU:C:1999:35, Tz. 36; EuGH, Rs. C-220/98 (*Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG/Lancaster Group GmbH*), ECLI:EU:C:2000:8, Tz. 32.

47 Bereits in der Buet-Entscheidung des EuGH ging es um die besondere Schutzbedürftigkeit bei Haustürwerbung. Auch handelte es sich bei einem Unterrichtsvertrag oder dem Kauf von Unterrichtsmaterial nicht um Güter des alltäglichen Bedarfs, die außerdem typischerweise von Personen erworben werden, die einen geringen Bildungsgrad haben, EuGH, Rs. C- 382/87, (*R. Buet und SARL Educational Business Services (EBS)/Ministère public*), ECLI:EU:C:1989:198, Rn. 13 f.

48 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. L 149, 11.06.2005, 22–39.

49 Vgl. auch Erwägungsgrund 18.

50 Cremer/Ostermann, in: Klinck/Riesenhuber (Fn. 7), 95; Stuyck, in: Klinck/Riesenhuber (Fn. 7), 121.

51 Vgl. 2016 UCPD Guidance.

52 EuGH, Rs. C-220/98 (*Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG/Lancaster Group GmbH*), ECLI:EU:C:2000:8; Erwägungsgrund 18 der Richtlinie.

53 Commission Staff Working Document (2017) 209 final, Report of the Fitness Check, 110 f. Auch die entsprechende deutsche Vorschrift ist in der Praxis unbedeutend, vgl. Kohle, VuR 2012, 338, 339.

54 EuGH, Rs. C-428/11 (*Purely Creative Ltd et al/Office of Fair Trading*), ECLI:EU:C:2012:651, GRUR 2012, 1269.

55 Kahneman/Knetsch/Thaler, Journal of Economic Perspectives 1991, 193.

56 EuGH, Rs. C-428/11 (*Purely Creative Ltd et al/Office of Fair Trading*), ECLI:EU:C:2012:651, GRUR 2012, 1269, Rn. 38 der Entscheidung: „die durch die Mitteilung des Gewinns eines Preises ausgelöste psychologische Wirkung ausgenutzt, um den Verbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, die nicht immer rational ist, z. B. eine Mehrwertnummer anzurufen, um die Art des Preises zu erfahren, eine aufwen-

den Verbraucher – betrachten können.⁵⁷ In der Rechtssache *Teekanne* aus dem Jahr 2015,⁵⁸ in der es um die Irreführung eines Verbrauchers bezüglich einer Fruchtteteeverpackung geht – also eine Entscheidung aus dem Lebensmittelrecht, weist der EuGH den nationalen Richter an, auf die „mutmaßliche Erwartung eines normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ abzustellen.⁵⁹ Dabei sind folgende Aspekte in die Prüfung miteinzubeziehen „u. a. die verwendeten Begriffe und Abbildungen sowie Platzierung, Größe, Farbe, Schriftart, Sprache, Syntax und Zeichensetzung der verschiedenen Elemente auf der Verpackung des Fruchttetes.“⁶⁰ Der EuGH erkennt zwar an, dass ein Verbraucher, wenn er sich in seiner Kaufentscheidung nach der Zusammensetzung des Erzeugnisses richtet, zunächst das Verzeichnis der Zutaten liest.⁶¹ Im Ergebnis kann aber die Aufmachung der Verpackung selbst bei Vorliegen eines wahren und vollständigen Zutatenverzeichnisses Irreführung hervorrufen.⁶² Der EuGH reduziert also die Ansprüche an die Informationsverarbeitungskapazitäten des Verbrauchers. Im Ergebnis bedeutet auch diese Entscheidung keine Abkehr vom Leitbild des Durchschnittsverbrauchers.⁶³ Im Hinblick auf dieses Leitbild hat das nationale Gericht die zuvor genannten Aspekte der Produktaufmachung und ihre Wirkung zu überprüfen.⁶⁴ Wiederum hätte man an dieser Stelle explizit machen können, dass der Mechanismus der Untergruppen derartige Abweichungen vom klassischen Leitbild des Durchschnittsverbrauchers ermöglicht.

III. Verbreitung des europäischen Leitbilds vom Durchschnittsverbraucher

1. Der Durchschnittsverbraucher im deutschen Lauterkeitsrecht

Das europäische Leitbild vom Durchschnittsverbraucher stand in einem deutlichen Kontrast zum seinerzeit in Deutschland vorherrschenden Leitbild vom flüchtigen Verbraucher.⁶⁵ Für das Lauterkeitsrecht musste der deutsche Ansatz aufgrund der aufgezeigten europäischen Entwicklungen aufgegeben werden.⁶⁶ Auch im deutschen Lauterkeitsrecht wird den Verbrauchern daher wieder mehr zugetraut.⁶⁷ Mit dem „Orient-Teppichmuster“-Urteil⁶⁸ des Bundesgerichtshofs (BGH) aus dem Jahr 1999 wird der Durchschnittsverbraucher zur Leitlinie der Ermittlung des Verkehrsverständnisses des § 3 Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) erhoben.⁶⁹ In besagtem Urteil geht es um die Frage der irreführenden Gestaltung einer Werbebeilage, in der sowohl original Orient-Teppiche, aber auch mechanisch hergestellte Teppiche, die in einem für Orient-Teppiche typischen Muster abgebildet und mit orientalischen Herkunftsbezeichnungen versehen sind, angeboten werden. Unter Rückgriff auf den Durchschnittsverbraucher wurde eine Irreführung im Ergebnis verneint.⁷⁰ Seitdem nutzt der BGH im Lauterkeitsrecht in ständiger Rechtsprechung die Formulierung von einem durchschnittlich/angemessen⁷¹ informierten, verständigen und situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbraucher.⁷² Die Betrachtung des deutschen Verbrauchers wurde also verglichen mit dem vorherigen nationalen Standard wieder liberaler. Aufgrund der europäischen Vorgaben erhöhte sich die vom Ge-

richt angenommene Irreführungsquote.⁷³ Auch wurden Anforderungen an aufklärende Hinweise gesenkt.⁷⁴ Grundgedanke auch hinter diesem Leitbild ist ja, dass der Verbraucher sich mit den richtigen Informationen versorgt selber schützen kann.⁷⁵

Die deutsche Rechtsprechung hat den Durchschnittsverbraucher von Beginn an aus einer differenzierten Perspektive betrachtet, wie es das europäische Leitbild ja auch vorsieht. Schon in der Orientteppiche-Entscheidung wurde die Erwartungshaltung gegenüber den Verbrauchern von der Art des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht.⁷⁶ Der flüchtige Verbraucher konnte insofern weiterhin berücksichtigt werden.⁷⁷ Der Durchschnittsverbraucher variiert situationsbedingt in seinen Wahrnehmungschancen.⁷⁸ Es gilt jeweils zu hinterfragen, mit welchem Aufmerksamkeitsgrad er eine Werbung üblicherweise aufnimmt.⁷⁹ So schützt das Irreführungsverbot unter dieser Maßgabe auch (durchschnittlich) flüchtige Verbraucher. Handelt es sich um wertvolle und langlebige Waren oder Dienstleistungen, ist davon auszugehen, dass der Durchschnittsverbraucher einen Kauf bewusst tätigt.⁸⁰ Bei Orient-Teppichen ist dies beispiels-

dige Fahrt zu unternehmen, um ein billiges Geschirr abzuholen, oder Versandkosten für ein Buch zu zahlen, das er bereits besitzt“.

- 57 In der Literatur wurde im Übrigen vereinzelt eine Abkehr vom Durchschnittsverbraucher in dieser Entscheidung diskutiert, vgl. *Wiebe*, in: FS Helmut Köhler, 2014, 799, 801 ff. mwN; *Jahn/Palzer*, K u. R 2015, 444, 446 sprechen von einer Relativierung des herrschenden Verbraucherleitbildes, jedoch nicht von einer Abkehr: „Die Urteile mögen Zündstoff enthalten, eine Abkehr vom mündigen Verbraucher bedeuten sie nicht (S. 448)“.
- 58 EuGH, Rs. C-195/14, (*Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V./Teekanne GmbH & Co. KG*), ECLI:EU:C:2015:361, GRUR 2015, 701.
- 59 *Ibid.*, Rn. 36. In Rn. 42 verwendet er die Formulierung vom „normal informierten und vernünftig aufmerksamen und kritischen Verbraucher“.
- 60 *Ibid.*, Rn. 43.
- 61 *Ibid.*, Rn. 37 mwN.
- 62 *Ibid.*, Rn. 40 f.; der EuGH schließt sich dem BGH an, vgl. *Jahn/Palzer*, K u. R 2015, 444, 447; *Straetmans*, EuCML 2016, 199, 208: das Urteil überrascht, sind doch alle (wahren) Informationen für den Verbraucher verfügbar und sollte er diese doch nach der bisherigen Linie des EuGH auch verarbeiten können.
- 63 *Ibid.*, in Rn. 42. wird er genannt. Es zeigt gleichwohl eine steigende Awareness bezüglich der Schwächen des Durchschnittsverbrauchers, vgl. *Straetmans*, EuCML 2016, 199, 207.
- 64 *Ibid.*, Rn. 43.
- 65 *Leible*, DZWIR 1994, 177, 178 f.; ein Wandel wurde unter dem Druck der europäischen Vorgaben ausgelöst, *Reichardt* (Fn. 33), 158.
- 66 *Leible*, DZWIR 1994, 177, 180; *Schmidt-Kessel*, in: *Schmidt-Kessel/Germelmann* (Fn. 1), 34.
- 67 BGH NJW 2008 1384, Rn. 30; BGH NJW 2006, 3633 Rn. 21; BGH GRUR 2000, 619, 621; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm (Fn. 34), § 5 Rn. 1.56 mwN; *Tonner/A. Reich*, in: *Tamm/Tonner* (Fn. 24), 142.
- 68 NJW-RR 2000, 1490, Rn. 21.
- 69 Dazu *Ahrens*, WRP 2000, 812, 815; zu einer detaillierten Betrachtung der Rezeption, *MünchKommUWG/Ruess*, 2. Aufl. 2014, § 5 Rn. 166 ff.
- 70 NJW-RR 2000, 1490, Rn. 21 f.
- 71 Zum Teil räumt der BGH mit der unglücklichen Dopplung des Wortes „Durchschnitt“ in der Gesamtformulierung auf und verwendet das Wort „angemessen“.
- 72 BGH NJW-RR 2012, 499, Rn. 25. *Micklitz/Rott*, in: *Dausen* (Fn. 20), Rn. 101.
- 73 *MünchKommUWG/Ruess* (Fn. 69), § 5 Rn. 180 mwN.
- 74 *Leible*, DZWIR 1994, 177, 180.
- 75 *Cremer/Ostermann*, in: *Klinck/Riesenhuber* (Fn. 7), 86.
- 76 NJW-RR 2000, 1490, Leitsatz am Ende: „Die Begriffe „flüchtig“ und „verständlich“ schließen sich nicht gegenseitig aus.“
- 77 *Reichardt* (Fn. 33), 16; Dazu *Ahrens*, WRP 2000, 812, 815; *Erbs/Kohlhaas/Diemer* (Fn. 18), § 16 Rn. 36.
- 78 Dazu *Ahrens*, WRP 2000, 812, 815.
- 79 *Erbs/Kohlhaas/Diemer* (Fn. 18), § 16 Rn. 36.
- 80 Ähnlich GRUR 2015, 698 Rn. 10, 19; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm (Fn. 34), § 5 Rn. 1.79

weise der Fall. Ein weiteres Kriterium für die Erwartungshaltung an die Aufmerksamkeit des Verbrauchers ist die Art der Werbung.⁸¹ Der BGH lässt also Spielraum für einen flüchtigen Verbraucher, den er allerdings nicht immer gleichermaßen bedient.⁸² Der deutsche Gesetzgeber hat das Leitbild vom Durchschnittsverbraucher im Jahr 2008 erstmals ins UWG umgesetzt.⁸³ Aktuell befindet es sich in § 3 Abs. 4 UWG.⁸⁴ Im UWG werden sowohl die „Zielgruppe“ als auch die „besonders verwundbare Gruppe“ übrigens in ein- und demselben Absatz integriert. Insofern zeigt der deutsche Gesetzgeber offensichtlicher als der europäische Gesetzgeber die Nähe der beiden Konzepte.⁸⁵ Die Leitbilder des europäischen und deutschen Lauterkeitsrechts entsprechen sich heute im Grunde.⁸⁶

2. Rezeption des Leitbilds vom Durchschnittsverbraucher im Verbrauchervertragsrecht

Es lässt sich zunächst herausstellen, dass im europäischen Verbrauchervertragsrecht die Betonung des Informationsparadigmas schneller vorangetrieben wurde als im deutschen Recht. Daher geht der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der frühen mindestharmonisierenden Richtlinien regelmäßig über die Mindestanforderungen hinaus, um ein erhöhtes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten.⁸⁷ So nutzte er seinen Umsetzungsspielraum zu Gunsten des flüchtigen Verbrauchers. Mit der Erschaffung der Figur vom Durchschnittsverbraucher in den 1990er Jahren findet sich in der Literatur vereinzelt die Ansicht, dass mit dem Durchschnittsverbraucher ein kompletter Wechsel des Verbraucherleitbilds auf europäischer Ebene einherging.⁸⁸ Für das deutsche Recht vertritt *Lederer*, dass eine rechtsgebietsübergreifende Verwendung der Formel vom Durchschnittsverbraucher vorgenommen werde.⁸⁹ Eine Analyse des Verbrauchervertragsrechts, sozusagen der verbraucherrechtlichen Paradeisziplin, auf europäischer Ebene zeigt, dass tatsächlich weithin der binnenmarktaugliche Verbraucher zugrunde gelegt wird.⁹⁰ Angereichert wird dieser Ausgangspunkt durch einige stark vom Schutzgedanken her geprägte Vorschriften.⁹¹ Nahezu alle EU-Richtlinien bauen in ihrem Ursprung darauf auf, dass die Rechtstellung des Verbrauchers vor allem durch die Bereitstellung von vorvertraglichen Informationen verbessert werden kann.⁹² In den einschlägigen Richtlinien findet sich kein direkter Hinweis auf den Durchschnittsverbraucher.⁹³ Stellenweise stellt das EU-Verbrauchervertragsrecht – insbesondere in den letzten Jahren – außerdem (wieder) auf den Schutzgedanken ab.⁹⁴ In der Verbraucherrechterichtlinie beispielsweise wird für Fernabsatzverträge und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge nicht nur informierend, sondern auch verbraucherschützend eingegriffen. In ihrem Erwägungsgrund 34 mahnt die Richtlinie an, dass Unternehmer bei der Bereitstellung der vorvertraglichen Informationen besonders schutzbedürftigen Verbrauchern Rechnung tragen sollen, ohne dass dies aber zu unterschiedlichen Verbraucherschutzniveaus führen soll.⁹⁵ Der zweite Teil des Ausspruchs relativiert also sogleich den ersten bzw. muss bedeuten, dass alle Verbraucher im Ergebnis auf die Stufe der besonders schutzbedürftigen Verbraucher gestellt werden.

Sehr deutlich spiegelt sich der Schutzgedanke außerdem in Art. 22 zu den „Zusätzlichen Zahlungen“. Danach dürfen Unternehmen gegenüber Verbrauchern keine Voreinstellungen verwenden, die vom Verbraucher abgelehnt werden müssen, wenn er zusätzliche Zahlungen vermeiden will. Die Zustimmung zu zusätzlichen Zahlungen muss ausdrücklich eingeholt werden. Erwähnenswert erscheint weiter die „Button-Lösung“ aus Art. 8 Abs. 2. Bei einem elektronisch abgeschlossenen Fernabsatzvertrag muss der Verbraucher durch das Anklicken eines Buttons

81 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm (Fn. 34) § 5 Rn. 1.80 ff.

82 MünchKommUWG/Ruess (Fn. 69), § 5 Rn. 176 mwN in den vorherigen Randnummern. Danach gibt der BGH dem flüchtigen Verbraucher graduell weniger Raum.

83 Zunächst: mit dem 1. UWG-ÄndG (Rn. 8a vor § 1) in § 3 Abs. 3 kodifiziert wurde, BT-Drs. 16/10 145, 22.

84 Nach dem 2. UWG-ÄndG BT-Drs. 18/4535.

85 Der Gesetzgeber hat verglichen mit der Richtlinie auch kleinere sprachliche Anpassungen vorgenommen.

86 MünchKommUWG/Ruess (Fn. 69) § 5 Rn. 176; *Reichardt* (Fn. 33), 154 benutzt ebenfalls das Wort Annäherung; ähnlich auch *Helm* (Fn. 39), 145: Danach erweckt der deutsche Text fälschlicherweise den Eindruck, dass das Wort verständig zur Kennzeichnung der intellektuellen Leistungsfähigkeit des Verbrauchers verwendet wird; auch der Grad der Aufmerksamkeit des Verbrauchers wird unzutreffend beschrieben; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm (Fn. 34), § 5 Rn. 176. Unterschieden sei weitgehend der Boden entzogen worden: MünchKommBGB/Micklitz/Purnhagen (Fn. 25), Vor § 13, 14 Rn. 74.

87 *Dreher*, JZ, 1997, 167, 172; *Prütting*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar, 12. Aufl., § 13 Rn. 6.

88 *Tonner*, in: *Tamm/Tonner* (Fn. 24), 53 lässt den Wechsel umfassend klingen. So wohl auch *Klinck/Riesenhuber*, in: *Klinck/Riesenhuber* (Fn. 7), 5. Eine gemeinsame Entwicklung ist im Übrigen mit dem Markenrecht zu sehen: *Helm* (Fn. 39), 135, *Ahrens*, WRP 2000, 812, 812. EuGH, Rs. T-363/04 (*Koipe Corporación, SL/Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM)*), ECLI:EU:T:2007:264 und auch in Deutschland: *Wiebe* (Fn. 57), 804 f.; *Helm* (Fn. 39), 135. Laut *Micklitz* stellt das europäische Verbraucherrecht als Korrelat zum funktionalen Verbraucherbegriff auf den selbstbewussten Verbraucher ab, MünchKommBGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 13 Rn. 3.

89 Nur *Lederer*, NJOZ 2011, 1833, 1833.

90 *Rott*, VuR 2015, 163, 164. Dieser nennt ihn „informierbar“, welches aber bei der vorgenommenen Einteilung dem binnenmarktauglichen Verbraucher entspricht. Wir erinnern uns, es handelt sich um einen Vorläufer des Durchschnittsverbrauchers; *S. Wagner* (Fn. 11), 13 – bis heute beruhen die Verbraucherschutzinitiativen auf der Priorität der Verbraucherinformation: In den Erwägungen zu den Richtlinien wird ihrer Ansicht nach das Bild eines wissbegierigen Verbrauchers gezeichnet, der Informationen aufsaugt, um dann rational in anderen Mitgliedstaaten zu agieren; *Hacker* (Fn. 13), 399 ff. mwN.

91 Vgl. dazu auch Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2011 zu einer neuen verbraucherpolitischen Strategie (2011/2149(INI)), Rn. 30 zur „Notwendigkeit, eine Verbraucherpolitik zu gestalten, die die Besonderheiten schutzbedürftiger Verbrauchergruppen berücksichtigt“.

92 *Micklitz/Rott*, in: *Dauses* (Fn. 20), Rn. 108: „Darin ist implizit die Vorstellung enthalten, dass der einzelne Verbraucher die ihm übermittelten Informationen aufnehmen, verarbeiten und umsetzen kann.“

93 Laut *Straetmans*, EuCML 2016, 199, 200 (in Fn. 30) gilt das mit Einschränkungen für den Erwägungsgrund 17 der Verbraucherrechterichtlinie. Wie hier vertreten erliert sich dies aus dem Wortlaut nicht. Auch *Mak*, *European Review of Private Law* 2011, 25, 25ff findet den Durchschnittsverbraucher in der Richtlinie nicht, empfiehlt aber eine „targeted differentiation“ wie in der Richtlinie 2005/29/EG. Dagegen: *Tonner* betrachtet die „Informationsflut“ in der Verbraucherrechterichtlinie und anderen Richtlinien hingegen als ein Zeugnis des allgemeinen Wechsels hin zum Leitbild vom Durchschnittsverbraucher, *Tonner*, in: *Tamm/Tonner* (Fn. 24), 53.

94 *Micklitz/Rott*, in: *Dauses* (Fn. 20), Rn. 109; *S. Wagner* (Fn. 11), 16: bis 2009 wird das Schutzmodell vom europäischen Gesetzgeber nur selten verfolgt, was sie mit dem Anliegen der Mindestharmonisierung begründet. Die Verbraucherrechterichtlinie zeigt ein anderes Bild, vgl. Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher [...], ABl. L 304, 22.11.2011, 64–88.

95 *Stuyck*, in: *Klinck/Riesenhuber* (Fn. 7), 128 f.

noch einmal ausdrücklich bestätigen, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung verbunden ist. Die europarechtliche Button-Lösung ist ein klares Beispiel dafür, dass die Richtlinie Schutzelemente vorschreibt.⁹⁶ Das Widerrufsrecht fungiert außerdem ganz zentral im Sinne des Verbraucherschutzes. Laut EuGH kann von einem Verbraucher generell nicht erwartet werden, dass ihm seine Widerrufsrechte bekannt sind, wenn er nicht belehrt wurde.⁹⁷ Mit der Verbraucherrechterichtlinie wurde das Widerrufsrecht überarbeitet. Die Widerrufsfrist beträgt generell 14 Tage. Auch bei fehlender Belehrung endet die Widerrufsfrist bei den meisten Vertragsarten nach 12 Monaten und 14 Tagen.⁹⁸ Ein verbraucher-schützender Extremfall ist folgende Ausnahme bei Verträgen über Finanzdienstleistungen, die außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz vertraglich vereinbart werden. Bei fehlender Belehrung läuft das Widerrufsrecht in diesen Fällen ewig, denn wird der Verbraucher nicht, wie Art. 10 der Richtlinie es vorsieht, informiert, dann beginnt die Widerrufsfrist nie zu laufen (vgl. Art. 14 Abs. 1 [b]).⁹⁹ Im Ergebnis kombinieren die europäischen Richtlinien zum Verbrauchervertragsrecht in der Regel das Informationsmodell im Hinblick auf den binnenmarktauglichen Verbraucher und das situative Schutzmodell.¹⁰⁰ Der Geltungsbereich der Verbraucherrechterichtlinie sind konkret die speziellen Situationen des Fernabsatzes sowie außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge. Die Informationsanforderungen habe die Richtlinie zudem „in ungeahnte Höhen geschraubt“.¹⁰¹ Der europäische Verbraucherrechte-acquis wurde ins deutsche Recht umgesetzt und lässt mit Blick auf den neuen europäischen Trend hin zur Vollharmonisierung auch nur wenig Spielraum für strengere deutsche verbraucherrechtliche Vorschriften.¹⁰² Insofern beinhaltet das BGB nun die Vorgaben aus der Richtlinie (Widerrufsrechte,¹⁰³ ewige Frist,¹⁰⁴ Button-Lösung¹⁰⁵ etc.). Diese Vorschriften fügen sich im Grunde harmonisch in das BGB ein, denn die Kombination aus Informationsmodell und dem situativen Schutzmodell wurde auch im deutschen Recht verfolgt.¹⁰⁶ Auch die europäische Klauselrichtlinie wurde in der Tradition der Kombination aus Informationsmodell und situativem Schutzmodell verfasst und so umgesetzt.¹⁰⁷ Der Verbraucher als Adressat vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen befindet sich danach situativ in einer Sondersituation. Soweit zur Analyse der einschlägigen Gesetzestexte. Eine andere, nämlich „durchschnittsverbraucherfreundliche“, Tendenz wird bei einer genaueren Betrachtung der Rechtsprechung deutlich. So sieht der EuGH ganz klar die Anknüpfungsfähigkeit des AGB-Rechts an die Figur des Durchschnittsverbrauchers. In der Rechtssache *Kásler* ging es um eine möglicherweise missbräuchliche Vertragsklausel, die den bei der Tilgung eines Fremdgewährungsdarlehens anwendbaren Wechselkurs betraf. Der EuGH äußerte sich zu den Anforderungen an die Transparenz der AGB-Klausel in Anlehnung an das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers.¹⁰⁸ Er urteilte, dass das nationale Gericht mit Blick auf eben diesen zu entscheiden habe, ob dem Darlehensnehmer ein bestimmtes Wissen bezüglich des Wechselkurses und seiner Auswirkungen auf die Gesamtkosten des Darlehens zugerechnet werden könne oder nicht. In der Folgerechtsprechung zu miss-

bräuchlichen Klauseln bestätigte der EuGH seine neue Linie: In der Rechtssache *Van Hove* aus 2015 ging es um missbräuchliche Klauseln in einem Versicherungsvertrag.¹⁰⁹ Im Urteil *Matei*, in dem es um missbräuchliche Klauseln in Verbraucherkreditverträgen geht, verwies der EuGH wiederum auf das *Kásler*-Urteil.¹¹⁰ Ähnlich gilt dies für die Rechtssache *Andriciuc*.¹¹¹ Im Hinblick auf das Erfordernis der klaren und verständlichen Abfassung einer Vertragsklausel eines Kreditvertrags stellt der EuGH hier auf das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers ab. Auch vorformulierte Widerrufsbelehrungen und Widerrufsinformationen gelten im Grunde als allgemeine Geschäftsbedingungen.¹¹² Unter Verweis auf das europäische Leitbild hat der BGH insofern zuletzt ganz explizit auf das Leitbild eines „normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Verbrauchers“ für eine im Rahmen der Vollharmonisierung umgesetzte Vorschrift abgestellt.¹¹³ Mit „normal“ ist wohl der „Durchschnitt“ gemeint. Dadurch erhöht er im Ergebnis die Erwartungen an die Verbraucher im Hinblick auf den Aufmerksamkeitsgrad beim Durchlesen eines Darlehensvertrags und seiner allgemeinen Geschäftsbedingungen. Auch das eingangs zitierte EuGH-Urteil in der Rechtssache *Romano* liest sich in diesem Lichte in Bezug auf die Belehrung über den Widerruf. In dem diesbezüglich die Anforderungen an das Verbraucherverständnis hochgeschraubt werden, kann seltener vom Nichtvor-

- 96 Commission Staff Working Document (2017) 209 final, Report of the Fitness Check, 20.
- 97 EuGH v. 13.12.2001, Rs. C-481/99 (*Heininger*), ECLI:EU:C:2001:684.
- 98 Vgl. Art. 9 und 10 der Richtlinie 2011/83/EU.
- 99 Vgl. Art. 14 Abs. 1(b) der Richtlinie 2008/48/EG.
- 100 *Staudinger/Kannowski* (Fn. 6), § 13 Rn. 7. Seine Aussage schließt die Richtlinie 2011/83/EU wohl zeitlich noch nicht mit ein. Es gilt für sie aber gleichermaßen. *MünchKommBGB/Micklitz* (Fn. 88), § 13 Rn. 3: Das europäische Verbraucherrecht basiert auf zwei Elementen, einem typisierten Schutzgedanken und einen aus dem Binnenmarkt begründeten Informationsdefizit. „Typisiert“ meint nichts anderes als „situativ“, denn es geht darum, dass die Unterlegenheit nicht an der konkreten Schutzbedürftigkeit ansetzt, sondern an rollenbezogenen typisierten Vorgängen, die die Schutzbedürftigkeit auslösen.
- 101 *Hacker* (Fn. 13), 400.
- 102 Dies gilt insbesondere für die Richtlinie 2011/83/EU.
- 103 §§ 312b, 312c, 312g, 355 ff. BGB.
- 104 Vgl. § 356 Abs. 3 S. 2 BGB. Zum Opportunismus auf Verbraucherseite, vgl. *Schäfer*, Widerruf bei Hypothekenkrediten – Wer schützt uns vor diesem Verbraucherschutz, 2015.
- 105 § 312j Abs. 3 BGB.
- 106 *Staudinger/Kannowski* (Fn. 6), § 13 Rn. 7.
- 107 Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95, 21.04.1993, 29–34. Beachte auch Erwägungsgrund 9; EuGH NJW 2014, 841 Rn. 26 – *Vapenik/Thurner*, EuGH EuZW 2012, 2012, 754 Rn. 39 – Banco Español de Crédito; EuGH EuZW 2013, 461 Rn. 41 – RWE Vertrieb; EuGH EuZW 2013, EUZW 2013, 596 Rn. 31 – *Asbeek Brusse* und de Man Garabito. Bei der Umsetzung ins deutsche Recht ist zu bedenken, dass der deutsche Gesetzgeber das AGB-Recht nicht auf b2c-Situationen beschränkt.
- 108 EuGH, Rs. C-26/13 (*Árpád Kásler und Hajnalka Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt*), ECLI:EU:C:2014:282, Rn. 74.; *Rott*, VuR 2015, 163, 164; dazu auch *Sik-Simon*, euvr 2014, 256 ff.
- 109 EuGH, Rs. C-96/14 (*Jean-Claude Van Hove/CNP Assurances SA*), ECLI:EU:C:2015:262, NJW 2015, 1811, Rn. 41, 47.
- 110 EuGH, Rs. C-143/13 (*Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei/SC Volksbank România SA*), ECLI:EU:C:2015:127, GRUR Int. 2015, 471, Rn. 75.
- 111 EuGH, Rs. C-186/16 (*Andriciuc u. a.*), ECLI:EU:C:2017:703, WM 2017, 1974, Rn. 47.
- 112 BGH WM 2009, 350 Rn. 16, für eine Analyse diesbezüglicher Urteile, vgl. *Grüneberg*, BKR 2019, 1.
- 113 BGHZ 209, 86, Rn. 33. Rn. 33 verweist auf Entscheidungen zu den Irreführungstatbeständen, zum AGB-Recht sowie zum Markenrecht. Ähnlich Rn. 34, 43, 46 zur Ankreuzoption.

liegen der Belehrung ausgegangen werden. In der Folge gilt nur die reguläre Widerrufsfrist. Während der EuGH im Grunde keine Begründung für die Verwendung des Leitbilds vom Durchschnittsverbraucher für diesen Themenkomplex liefert, überzeugen die Ausführungen des Generalanwalts, der sich zumindest um eine Begründung bemüht, nicht.¹¹⁴ Am EuGH setzt man sich über die Leitbilder, die den Richtlinien tatsächlich als Ausgangspunkt dienen, leichtfertig hinweg. Auch die Verbraucherrechtlinie traf dieses Schicksal bereits. Ebenfalls im Kontext des Widerrufsrechts wurde in der Rechtssache *Verbraucherzentrale Berlin* zur Begriffsbestimmung von „Geschäftsräume“ auf die Figur des Durchschnittsverbrauchers abgestellt.¹¹⁵

C. Kritische Schlussbemerkungen

In der Rechtsprechung, insbesondere durch den EuGH, kommt es zunehmend zu Verweisen auf das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers bei verbrauchervertragrechtlichen Fragestellungen. Diese leichtfertige Anwendung des aus dem Lauterkeitsrechts stammenden Leitbilds ist durchaus kritikwürdig.

Wie die Analyse zeigt war das Leitbild vom Durchschnittsverbraucher bei Erlass der in Rede stehenden verbraucherrechtlichen Richtlinien mitnichten maßgeblich. Die Vorgehensweise, ein bei Erlass nicht verfolgtes Leitbild später ohne Begründungszwang zur Leitlinie zu erheben, erscheint zweifelhaft. Sie deckt sich auch nicht mit den aktuellen verbraucherpolitischen Ansätzen auf europäischer Ebene. Einem leichtfüßigen Einzug des Durchschnittsverbrauchers ins Verbrauchervertragsrecht sollte insofern nicht ohne weiteres stattgegeben werden. Dies gilt insbesondere so rein auf den pauschalisierenden Durchschnittsverbraucher und nicht etwa auf seine Untergruppen, die die Bedürfnisse gerade zum Beispiel im Fernabsatz besser abbilden könnten, abgestellt wird. Der Durchschnittsverbraucher wird in der aktuellen Verhaltensforschung eher noch stärker kritisiert als in den 1990er Jahren.¹¹⁶ Auch insofern ist die Vorgehensweise zu beanstanden.

114 Vgl. *Weber*, VuR 2019, 161 f. (Editorial).

115 EuGH, Rs. C-485/17 (*Verbraucherzentrale Berlin*), ECLI:EU:C:2018:642, ZIP 2018, 2083, Rn. 44.

116 Dazu *Weber*, (in kürze erscheinend) „Verbraucherleitbilder im Spiegel der Verbraucherverhaltensforschung“, ZRP.

Was ist regional?

Von Dr. Friedrich-Philipp Becker, Frankfurt am Main*

Mit der Frage, was der Begriff „regional“ eigentlich bedeutet, werden Verbraucher vor allem beim Lebensmitteleinkauf konfrontiert. Dabei besteht oftmals große Unklarheit über den erworbenen Regionalitätsaspekt. Dieser Beitrag befasst sich mit der Relevanz von Regionalwerbung und den Anforderungen an Regionalwerbung vor dem Hintergrund einer möglichen Irreführung der Verbraucher. Der Schutz vor einer möglichen Irreführung im Lebensmittelbereich wird durch die allgemein gehaltenen Irreführungsverbote gewährleistet, die in §§ 3 Abs. 1, 5 UWG bzw. Art. 7 und 26 LMIV zum Ausdruck kommen.¹ Aufgrund ihrer generalklauselartigen Ausgestaltung sind jene Irreführungsverbote konkretisierungsbedürftig.² Erst der konkrete Praxisfall zeigt die Reichweite der Irreführungsverbote auf. Bevor Beispiele einer möglichen Irreführung im Zusammenhang von Regionalwerbung Berücksichtigung finden, soll zunächst die Situation von Regionalwerbung im Einkaufsalltag beschrieben werden.

A. Regionalwerbung im Einkaufsalltag

Dass regionale Erzeugnisse³ im Trend liegen, wird bereits in den vergangenen Ernährungsreporten der Bundesregierung wiederholt festgehalten.⁴ Der fortlaufende Wertewandel gilt als Ursache für diesen Trend, der wiederum häufig auf gestiegene Einkommen und verbesserte Lebensstandards zurückgeführt wird.⁵ Gerade auf gesättigten Lebensmittelmärkten, die die Versorgung

mit Basisleistungen umfänglich gewährleisten, gehört es aus Erzeugersicht dazu, sich vom Markt der Massenwaren abzusetzen.⁶

Demgemäß haben sich neben Supermarktketten⁷ auch Lebensmitteldiscounter⁸ der verstärkten Werbung mit regionalen Produkten verschrieben. Für 96% der deutschen Handelsunternehmen wird der Stellenwert des Themas „Regionalität“ nur

* Der Autor ist Rechtsreferendar im OLG-Bezirk Frankfurt am Main. Für die wertvollen Hinweise und die kritische Durchsicht des Textes gilt Prof. Dr. Peter Rott (Kassel) herzlicher Dank. Der Beitrag beruht auf *Becker*, Regionale Erzeugnisse aus Deutschland, 2019.

1 Vgl. *Märtlbauer/Meyer*, ZLR 2014, 245 (250).

2 Vgl. *Hartwig*, in: *Hartwig* (Hrsg.), Werbung für Lebensmittel, 2013, 11.

3 Nach der hier vertretenen Ansicht wird ein regionales Erzeugnis definiert als ein Agrarprodukt, das „über die attributive Erweiterung „regional“ zumindest eine unterscheidbare, einzelfall- sowie kontextabhängige Eigenschaft aufweist, im Besonderen durch die Festlegung des Zielmarktes geografisch bestimmt ist und sich regelmäßig aus mehr als der Hälfte der Rohstoffe aus der jeweils angegebenen Region zusammensetzt.“ – Definition nach *Becker*, Regionale Erzeugnisse aus Deutschland, 2019, 2.

4 Vgl. *Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft*, Der BMEL-Ernährungsreport 2019, 21; *Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft*, Der BMEL-Ernährungsreport 2018, 10; *Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft*, Der BMEL-Ernährungsreport 2017, 13.

5 Vgl. *Hensche et al.*, Verbraucherpräferenzen für Nahrungsmittel aus der näheren Umgebung, 1993, 12 f.

6 Vgl. *Jasper*, Leitfaden zur Regionalentwicklung, 1997, 158.

7 <https://regional.rewe.de/>; https://www.edeka.de/suedwest/unsere-region-suedwest/unsere-heimat-echt-gut/mehr-zur-regionalmarke/unsere_heimat_echt_und_gut_1.jsp (Abruf 18.09.2019).

8 <https://www.aldi-sued.de/de/sortiment/eigenmarken/einfach-regional/>; <https://www.lidl.de/de/sortiment-regionalitaet/s7377410> (Abruf 18.09.2019).