

## Herausgeber

**Prof. Dr. Helmut Köhler**

**Prof. Dr. Christian Alexander**

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv'** Mediengruppe

Frankfurt am Main

## Editorial: Prof. Dr. Andreas Heinemann

Umweltschutz und Wettbewerb

- 413 Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M.**  
Der neue § 19a GWB
- 424 Prof. Dr. Christian Alexander**  
Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2005/29/EG in den Jahren 2019 und 2020
- 431 Prof. Dr. Jörg Fritzsche**  
Grenzen der Werbung mit Garantien, Gütesiegeln und Sicherheitsaspekten
- 440 Prof. Dr. Olaf Sosnitza**  
Zur Angabe des vorherigen Preises bei Preisermäßigungen nach Art. 6a der Richtlinie 98/6/EG
- 444 Dr. Christian Dienstbühl, LL.M.**  
Die (versuchte) Titelerleichterung im Verfügungsverfahren und ihre Konsequenzen
- 447 Prof. Dr. Maik Wolf und Maria Psallidaki**  
Irreführung des ökologisch bewussten Verbrauchers durch Mogelpackungen und Downsizing
- 455 Stichting Waternet/MG**  
EuGH, Urteil vom 03.02.2021 – C-922/19
- 461 Wahrheitswidriges Verschweigen einer Reaktion auf vorgerichtliche Abmahnung**  
BVerfG, Beschluss vom 03.12.2020 – 1 BvR 2575/20
- 471 Davidoff Hot Water IV**  
BGH, Urteil vom 21.01.2021 – I ZR 20/17
- 477 Neuauflage**  
BGH, Urteil vom 20.12.2018 – I ZR 133/17
- 503 Flüsteraggregat**  
OGH, Urteil vom 26.01.2021 – 4 Ob 188/20f
- 510** Kommentar von **Prof. Dr. Christian Alexander**
- 513 Fliegender Gerichtsstand: § 14 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 UWG erfasst nicht nur Verstöße gegen internetsspezifische Kennzeichnungsvorschriften**  
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.02.2021 – I-20 W 11/21
- 516 Werbung für E-Zigaretten**  
OLG Koblenz, Urteil vom 03.02.2021 – 9 U 809/20
- 522** Kommentar von **Dr. Benjamin Stillner**

wendung finden.<sup>34)</sup> Eine nachgereichte Abmahnantwort, die der Antragstellerseite nicht fristgemäß bzw. erst nach Antragstellung zugeht, ist dem Gericht unverzüglich und unaufgefordert vorzulegen. Der Antragsteller muss zudem damit rechnen, dass das angerufene Gericht misstrauisch wird, wenn im Verfügungsantrag statt einer Abmahnantwort eine nichtssagende Angabe wie „Der Antragsgegner hat keine Unterlassungserklärung abgegeben“ zu finden ist.<sup>35)</sup> Damit es nicht zu unnötigen Verzögerungen kommt, die der Annahme der besonderen Dringlichkeit widersprechen, sollte er entsprechend genau bei der Formulierung seiner Antragschrift sein. Ansonsten ist grundsätzlich anzuraten, bei dem Verfassen einer Abmahnung den Anforderungen des § 13 Abs. 2 UWG n. F. zu entsprechen.

## 2. Für die Antragsgegnerseite

**22** In einer Abmahnantwort sollte am Ende vorsorglich der folgende oder ein ähnlicher Hinweis aufgenommen werden: „Sollten Sie trotz unserer vorstehenden Ausführungen gerichtliche Schritte ergreifen, gehen wir davon aus, dass Sie dem Gericht das vorliegende Schreiben nicht vorenthalten werden.“ Bestehen aufgrund einschlägiger Erfahrungen mit dem gegnerischen Rechtsanwalt

Zweifel, dass ein solcher Hinweis ausreicht, empfiehlt sich ein Zusatz wie dieser: „Wir weisen vorsorglich darauf hin, dass derjenige, der bei Antragsstellung im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens die Erwiderung auf eine Abmahnung verschweigt, rechtsmissbräuchlich handelt (OLG München (...); BVerfG (...)).“ Des Weiteren kann der Antragsgegner eine Schutzschrift beim länderübergreifenden Zentralen elektronischen Schutzschriftenregister (ZSSR) einreichen.<sup>36)</sup> Der Inhalt der hinterlegten Schutzschrift wird sodann Bestandteil des Verfügungsverfahrens.

34) Mantz, WRP 2020, 416, Rn. 22. Das BVerfG verlangt zwar „Identität“ bzw. „Kongruenz“ (BVerfG, 30.09.20218 – 1 BvR 2421/17, WRP 2018, 1443, Rn. 35 – Prozessuale Waffengleichheit beim Erlass von einstweiligen Verfügungen im Beschlusswege; BVerfG, 03.06.2020 – 1 BvR 1246/20, WRP 2020, 847, Rn. 21 – Bestätigung der Anforderungen der prozessualen Waffengleichheit in außerordentlichen Eilverfahren), die Ausführungen können allerdings so verstanden werden, dass die Parteien und das Gericht (lediglich) den gleichen Kenntnistand haben müssen. Die Abmahnung darf demnach nicht weniger oder andere Streitgegenstände beinhalten als der Verfügungsantrag.

35) Spätgens/Danckwerts, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts (Fn. 19), § 97 Rn. 29.

36) § 945a ZPO, <https://schutzschriftenregister.hessen.de/>.

Prof. Dr. Maik Wolf und Maria Psallidaki, Berlin\*

# Irreführung des ökologisch bewussten Verbrauchers durch Mogelpackungen und Downsizing

## INHALT

### I. Problemstellung

### II. Rechtliche und ökonomische Rahmenbedingungen

#### 1. Füllmengenfreigabe

#### 2. Verbraucherleitbild

- Heuristische Bewältigung des „Information Overload“
- Ökologisch-normative Feinjustierung

#### 3. Kollisionsgeneigte Interessenlage

### III. Rechtliche Beurteilung von Mogelpackungen

#### 1. Gemeinsame Grundlagen der Irreführungsverbote

- Bezugspunkt der Irreführung
- Möglichkeit zur Überprüfung
- Wahrscheinlichkeit der Überprüfung
- Einzelfallbeurteilung

#### 2. Berücksichtigungsfähigkeit unternehmerischen Vorverhaltens („Downsizing“)

#### 3. Verstoß gegen das Abfall-/Verpackungsrecht als unlauterer Rechtsbruch

### IV. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit und Pflichtenprogramm

#### 1. Hersteller

#### 2. Händler

### V. Fazit

## I. Problemstellung

Als Mogelpackungen werden Warenverpackungen bezeichnet, die trotz korrekter Deklaration des Inhalts durch ihre Verpackungsgröße beim Verbraucher eine Fehleinschätzung über den Inhalt erwecken. Ein Unterfall ist die Reduzierung der Inhaltsmenge von bereits auf dem Markt erhältlichen Produkten bei gleichbleibender Verpackungsgröße (Downsizing). Mogelpackungen erscheinen in mehrerer Hinsicht bedenklich. Neben der Täuschung über den tatsächlichen Inhalt und damit über wesentliche Eigenschaften des Produktes (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG) ist auch der Grundsatz der Preisklarheit betroffen (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG). Denn geht der Verbraucher von einer größeren Inhaltsmenge aus, beruht seine Preiskalkulation auf einem Irrtum. Weiterhin stehen Mogelpackungen im Konflikt mit der in der Rechtsordnung verankerten ökologischen Zielvorstellung, unnötigen Abfall zu vermeiden und Abfallmengen zu verringern (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 KrWG).

Angesichts der verfügbaren Literatur zum Thema Mogelpackungen<sup>1)</sup> steht nachfolgend die Beurteilung des Downsizing nach dem allgemeinen Lauterkeits- und dem besonderen Lebensmittel- sowie Produktverpackungsrecht (§§ 5, 5a UWG, Art. 7 LMIV, § 43 Abs. 2 MessEG) im Mittelpunkt. Es wird zu klären sein, in welchem Umfang die Prägung der Verkehrsauffassung durch die vorherige Produktverpackung in die rechtliche Beurteilung ein-

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 556.

1) Vgl. Ruttmann, VuR 2017, 12 ff. m. zahlr. w. Nachw.; Kieth/Groeschke, WRP 2003, 962; Meyer, in: Meyer/Strein (Hrsg.), LFGB, 2. Aufl. 2012, § 11 Rn. 58; Grube, in: Voit/Grube (Hrsg.), LMIV, 2. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 204; Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 39. Aufl. 2021, UWG § 5 Rn. 0.8 ff.

## Wolf/Psallidaki, Irreführung des Verbrauchers durch Mogelpackungen und Downsizing

zubeziehen ist. Zudem wird sich das moderne Verbraucherleitbild als flexibles Instrument erweisen, um in der Rechtsordnung angelegte ökologische Zielvorstellungen ebenso zu berücksichtigen wie die begrenzte Fähigkeit des Verbrauchers zur Bewältigung der Informationsflut des modernen Alltags.<sup>2)</sup>

## II. Rechtliche und ökonomische Rahmenbedingungen

### 1. Füllmengenfreigabe

- 3 Auftrieb erhielt das Phänomen der Mogelpackung durch die weitgehende Aufhebung fester Vorgaben für Verpackungsgrößen („Füllmengenfreigabe“) durch die RL 2007/45/EG, in Deutschland 2009 umgesetzt durch die Entschlackung der FertigPackV.<sup>3)</sup> Zuvor wurden fixe Packungsgrößen mit definierten Füllmengenbereichen festgelegt. Seitdem gelten feste Mengenvorgaben nur noch für wenige Produkte wie bestimmte Alkohole.<sup>4)</sup> Begründet wurde dieser Schritt mit verändertem Verbraucherverhalten, Innovationen bei Fertigpackungen und im Einzelhandel und demografischen Veränderungen wie der durchschnittlichen Personenanzahl pro Haushalt.<sup>5)</sup> Der EuGH hatte zuvor entschieden, dass die aus unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Verpackungsvorgaben resultierenden Binnenmarkthemmnisse nur durch zwingende Bedürfnisse wie den Verbraucherschutz gerechtfertigt werden können.<sup>6)</sup> Das einzelfallbezogene Irreführungsverbot sowie allgemeine Vorgaben für eine transparente Preisauszeichnung erschienen deshalb als milderes Mittel gegenüber gesetzlich festgeschriebenen Verpackungsgrößen.<sup>7)</sup>
- 4 Als Nebenfolge verlor jedoch der Endpreis als einfaches Entscheidungskriterium an Bedeutung, wodurch verdeckte Preiserhöhungen über Mengenänderungen erleichtert werden.<sup>8)</sup> Vom Verbraucher wird erwartet, mit der Produktmenge eine zusätzliche Variable bei seiner Kaufentscheidung zu berücksichtigen. Zwar bestehen Kennzeichnungspflichten, um trotz unterschiedlicher Produktmenge eine objektive Vergleichsgrundlage bei Waren mit vergleichbaren Eigenschaften zu schaffen. So haben Hersteller z. B. einheitlich den Brennwert und die Nährstoffmengen auf je 100 g bzw. 100 ml anzugeben (Art. 32 LMIV<sup>9)</sup> und der Lebensmittel Einzelhandel ist zur Auszeichnung eines Grundpreises verpflichtet (§ 2 PAngV). Dem Verbraucher soll so durch Steigerung der Preiswahrheit und -klarheit über „Schlüsselinformationen“ ein Vergleich erleichtert werden (vgl. § 1 Abs. 7 PAngV).<sup>10)</sup> Über die tatsächlichen Fähigkeiten des Verbrauchers, auf dieser Grundlage interessengerechte Entscheidungen zu treffen, ist damit aber noch nichts gesagt, zumal in der praktischen Umsetzung weiterhin Irrtumspotentiale bestehen.<sup>11)</sup>
- 5 Die liberalisierten Verpackungsvorschriften regeln vor diesem Hintergrund nicht abschließend den Schutz der Verbraucher hinsichtlich der Verpackungsgrößen.<sup>12)</sup> Der europäische Gesetzgeber hat sich lediglich gegen einen vorbeugenden abstrakten

Schutz entschieden. Der Schutz vor Irreführung im Einzelfall bleibt erforderlich und kann einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen.<sup>13)</sup>

### 2. Verbraucherleitbild

Das moderne Verbraucherleitbild geht vom durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher aus.<sup>14)</sup> Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Beurteilungsrahmen, der durch typologisierende Kriterien ausdifferenziert wird. Für das Phänomen der Mogelpackungen kommt es unter anderem darauf an, welche Bedeutung aufklärenden Informationen auf der Verpackung sowie dem Umstand zukommt, dass unnötige Umverpackungen mit ökologisch motivierten rechtlichen Rahmenbedingungen kollidieren.

#### a) Heuristische Bewältigung des „Information Overload“

Vom aufgeklärten und informierten Verbraucher zu erwarten, dass er stets eine bewusste Auswahlentscheidung unter Einbeziehung aller ihm zur Verfügung stehenden Informationen trifft, scheitert in der Realität an praktischen Hürden. Die zahlreichen Kennzeichnungspflichten sind letztlich Symptom einer auf den Verbraucher einströmenden Informationsflut („Information Overload“),<sup>15)</sup> welche alle Bereiche seines Lebens und potenzielle Entscheidungen begleitet. Deshalb kann realistischere nicht jede Entscheidung unter ständiger Abwägung aller relevanten Informationen getroffen werden.<sup>16)</sup> Abwägung kostet Zeit und diese steigt mit zunehmender Informationsdichte. Alltägliche Entscheidungen wie beim Lebensmitteleinkauf werden daher abgekürzt und auf Erfahrungswerte (Heuristiken) und Informationslotsen gestützt.<sup>17)</sup> Dazu gehört auch der Schluss von allgemeinen Erfahrungswerten über typische Packungsgrößen oder Vorerfahrungen mit dem konkreten Produkt auf eine ungefähre Inhaltsmenge.<sup>18)</sup> Eine „Mogelpackung“ nutzt dieses Vorverständnis aus, indem sie sich asynchron dazu verhält.

Das Phänomen der Mogelpackungen beruht also nicht auf der Unzugänglichkeit von Informationen über den Packungsinhalt. Die Richtigkeit der Füllmengenangabe kann unterstellt werden. Vielmehr zeigt sich, dass viele Verbraucher solche Informationen nicht im Detail studieren und sich stattdessen vom äußerlichen Gesamteindruck eines Produktes auf dem Boden ihrer persönlichen Erfahrungswerte leiten lassen. Gerade weil der Verbraucher keine datenverarbeitende Maschine ist, wäre die Erwartung einer stets vollständigen Informationsauswertung unrealistisch. Bis der Verbraucher sich bei seinen alltäglichen Konsumententscheidungen durch Computeralgorithmen vertreten lässt (algorithmischer Consumer),<sup>19)</sup> behält das Problem der Mogelpackung daher seine Aktualität.

Ist davon auszugehen, dass Mogelpackungen nicht nur dem besonders unaufmerksamen Verbraucher zum Verhängnis werden können, muss ein realitätsbezogenes Verbraucherleitbild diesen Irrtum tolerieren.<sup>20)</sup> Der „normale Grad“ an Nachlässigkeit wird daher mit der Beschränkung auf die *situationsangemessene Aufmerksamkeit* des Verbrauchers aufgefangen. Während bei teure-

2) Eine Übersicht über fragwürdige Fälle findet sich unter [https://www.vzh.de/sites/default/files/medien/171/dokumente/Versteckte\\_Preiserhoehungen.pdf](https://www.vzh.de/sites/default/files/medien/171/dokumente/Versteckte_Preiserhoehungen.pdf).

3) Zugrunde lagen zuvor die mit der RL 2007/45/EG aufgehobenen Richtlinien 75/106/EWG und 80/232/EWG.

4) Anhang zur RL 2007/45/EG; siehe auch Reg.-Begr. zur 6. VO zur Änderung der FPackV, BR-Drs. 235/08, S. 6.

5) Erwägungsgrund 2, 5 RL 2007/45/EG.

6) EuGH, 12.10.2000 – C-3/99, ECLI:EU:C:2000:560, Rn. 45 ff. – Cidreterie Ruwet.

7) Erwägungsgrund 5 f. RL 2007/45/EG.

8) Jacobi, WRP 2010, 1217, 1219.

9) VO (EU) Nr. 1169/2011, ABl. 2011 L 304/18.

10) BGH, 31.10.2013 – I ZR 139/12, WRP 2014, 689, 691, Rn. 19 f. – 2 Flaschen GRATIS; Jacobi, WRP 2010, 1217, 1219.

11) Z. B. durch uneinheitliche Grundpreise auf Kilogramm oder Gramm innerhalb einer Produktgruppe.

12) Begründung der 6. VO zur Änderung der FertigPackV, BR-Drs. 235/08, S. 6 f.

13) EuGH, 12.10.2000 – C-3/99, ECLI:EU:C:2000:560, Rn. 52 f. – Cidreterie Ruwet.

14) Siehe Erwägungsgrund 18 UGP-RL; EuGH, 13.01.2000 – C-220/98, ECLI:EU:C:2000:8 Rn. 30 – Estée Lauder; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, 7. Aufl. 2016, UWG § 2 Rn. 114 ff.

15) Dazu Oehler, HiBiFo 2013, 44, 49; Oehler/Wendt, Journal of Consumer Policy 40 (2017), 179, 181 ff.; Gröppel-Klein, in: BMEL (Hrsg.), Fachtagung Täuschungsschutz bei Lebensmitteln, 2013, S. 26, 31 ff.; siehe bereits Malhotra, Journal of Consumer Research 10 (1984), 436, 440.

16) Daher auch die Forderung nach optimiert-reduzierten Informationspflichten in modernen Informationsmodellen, vgl. Grundmann, JZ 2000, 1133, 1140 f.; Schön, in: FS Canaris, 2007, S. 1191, 1208.

17) Oehler, HiBiFo 2013, 44, 53; Gröppel-Klein (Fn. 15), S. 26, 35; Doepner, WRP 1997, 999, 1001.

18) Chandon/Ordabayeva, Journal of Marketing Research 2009, 739, 740.

19) Dazu Gal/Elkin-Koren, Harvard Journal of Law & Technology Vol. 30/2 (2017), 309 ff.

20) Brandl, HiBiFo 1 (2012), 86 ff.; Steinbeck, ZLR 2014, 302 ff.

## Wolf/Psallidaki, Irreführung des Verbrauchers durch Mogelpackungen und Downsizing

ren Produkten von einer hohen Aufmerksamkeit ausgegangen wird,<sup>21)</sup> kann bei geringwertigen Gegenständen des täglichen Bedarfs eine gewisse Flüchtigkeit hingenommen und die Anforderungen an den Verbraucherschutz damit gesenkt werden.<sup>22)</sup> Speziell beim alltäglichen Lebensmitteleinkauf ist keine Zeit für eine eingehende Produktanalyse,<sup>23)</sup> weshalb standardisierte Hinweise wie die Inhaltsmengenangabe nicht die durch den leichter zu erfassenden Gesamteindruck begründete Irreführungsgefahr beseitigen.<sup>24)</sup> Es bedürfte deutlich hervorgehobener Informationen, um den Verbraucher zu erreichen.<sup>25)</sup>

### b) Ökologisch-normative Feinjustierung

- 10 Neben den Bedingungen des empirisch-realen Wahrnehmungsvorganges fließen auch normative Wertungen in das moderne Verbraucherleitbild ein. Jenes wurde maßgeblich geprägt durch den EuGH über die Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit mit dem Verbraucherschutz.<sup>26)</sup> Der EuGH ließ offen, inwieweit hierbei empirische Feststellungen herangezogen werden müssen oder ob eine rein normativ gesteuerte Bewertung erfolgen kann.<sup>27)</sup> Ohne eine normative Feinjustierung kommt aber auch ein empirisch gestütztes Verbraucherleitbild nicht aus. Schon die Entscheidung, ab welcher Täuschungsquote das Irreführungsverbot greifen soll, ist keine empirische Feststellung mehr. Es wird normativ entschieden, vor welchen Gefahren ein rechtlicher Schutz des Verbrauchers nicht erforderlich ist und deshalb vom Verbraucher erwartet wird, sich gegenüber „unnötigen“ Fehlvorstellungen selbst zu wappnen.<sup>28)</sup> Die Anwendung des Verbraucherleitbildes hat so eine konditionierend-lenkende Wirkung, weil er aus bestimmten Fehlern lernen muss, während er vor anderen bewahrt werden soll.<sup>29)</sup>
- 11 An dieser Stelle können gesetzliche Wertvorstellungen in die rechtliche Beurteilung aufgenommen werden. In diesem Sinne hat der BGH in der Entscheidung Regenwaldprojekt II dem Verbraucher die Kompetenz abverlangt, vom konkreten Produkt losgelöste Informationen über das Unternehmen, wie soziales Engagement, in eine planvolle Kaufentscheidung einfließen zu lassen, ohne in eine emotionale Zwangslage zu geraten.<sup>30)</sup> Auch grundrechtliche Wertungen können berücksichtigt werden, wie das BVerfG in der Benetton-Entscheidung klarstellte, indem es vom Verbraucher eine grundrechtssensible, der Meinungsfreiheit ausreichenden Raum bietende Interpretation von Werbeausagen abverlangte.<sup>31)</sup> Über die Berücksichtigung von in der Rechtsordnung angelegten Wertungen lässt sich auch dem Um-

stand Rechnung tragen, dass Mogelpackungen neben einer Irreführung beim Verbraucher eine – ausgehend von der Verpackungs- und Transportfunktion – unnötige Abfallproduktion und Verschwendung von Ressourcen verursachen. Der Gesetzgeber hat sich nämlich klar gegen solche Praktiken positioniert. So verfolgt etwa das Kreislaufwirtschaftsgesetz den Zweck, die Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern (§ 1 KrWG), wobei die Abfallvermeidung die höchste Priorität hat (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 KrWG). Dahinter steht die Abfallrahmen-RL 2008/98/EG, welche von den Mitgliedstaaten Abfallvermeidungsprogramme fordert und hierzu exemplarisch Maßnahmen aufzählt. Dazu gehören unter anderem eine Sensibilisierung der Hersteller sowie das Setzen von Anreizen auf Seiten der Verbraucher für einen umweltfreundlichen Einkauf (Anlage IV RL 2008/98/EG). Auch die Wertungen des Lebensmittelrechts können berücksichtigt werden, so dass Verbraucher durch Absenkung der Anforderungen in diesem sensiblen Bereich stärker geschützt werden.<sup>32)</sup> Bei der Mogelpackung sind aber vorrangig ökonomische Interessen betroffen, weshalb es für die hier verfolgten Zwecke keiner dahingehenden Justierung bedarf.

Über die Figur des in die Rechtsordnung integrierten Verbrauchers fließt dieser ökologische Faktor in die Einzelfallbeurteilung ein.<sup>33)</sup> Das UWG schützt nicht ein isoliert für das Lauterkeitsrecht konstruiertes fiktives Verbraucherleitbild, sondern denjenigen Verbraucher, der sich innerhalb eines tatsächlichen und rechtlichen Umfeldes bewegt und daher auch durch andere Bereiche der Rechtsordnung geprägt wird. Damit erhält das hier gefundene Ergebnis ein zusätzliches empirisches Fundament, weil grundsätzlich anzunehmen ist, dass das für die Verkehrsauffassung maßgebliche Vorverständnis des Verbrauchers durch die geltende Rechtsordnung geprägt wurde.<sup>34)</sup> Der BGH hat in diesem Sinne eine gesteigerte ökologische Grundeinstellung des Verbrauchers bestätigt<sup>35)</sup> und generell das Interesse der angesprochenen Verkehrskreise, sich mit einer Zweifelsfrage zu befassen, anhand der rechtlichen Rahmenbedingungen bemessen.<sup>36)</sup> Danach ist bei der Feststellung, ob eine irreführende Mogelpackung vorliegt, zu berücksichtigen, inwieweit der Verbraucher eine mit den gesetzlichen Rahmenbestimmungen übereinstimmende Verpackung erwarten darf. Das entlastet den Verbraucher in Zweifelsfällen, weil er nicht davon ausgehen muss, dass unnötig viel Verpackungsmaterial zur Umschließung von „Luft“ verwendet wird. Er darf sich vielmehr weiterhin auf die Packungsgröße als Informationsträger verlassen, weshalb ihm ein Irrtum nicht als Nachlässigkeit angelastet werden kann. Diese normativ gebilligte Erwartungshaltung des Verbrauchers wird durch das wachsende und werbetätig geäußerte Engagement der Unternehmen zur Steigerung der Nachhaltigkeit ihrer Produkte bestärkt, was ebenfalls eine ökologisch motivierte Justierung der Verkehrserwartung nahelegt.<sup>37)</sup>

### 3. Kollisionsgeneigte Interessenlage

Im Rahmen der Interessenabwägung zur Beurteilung der Irreführungsgefahr<sup>38)</sup> sind neben den individuellen Interessen der

21) BGH, 17.03.2011 – I ZR 170/08, WRP 2011, 1444, 1446 f. – Ford-Vertragspartner; BGH, 06.10.2011 – I ZR 42/10, WRP 2012, 464, 466, Rn. 20 – Falsche Suchrubrik; BGH, 05.02.2015 – I ZR 136/13, WRP 2015, 1098, 1100, Rn. 22 – TIP der Woche.  
 22) BGH, 02.10.2003 – I ZR 150/01, WRP 2004, 339, 341 – Marktführerschaft; BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413, 417, Rn. 28 – Tiegelgröße; BGH, 30.10.1981 – I ZR 156/79, WRP 1982, 88 – Kippdeckeldose; Ruttman, VuR 2017, 12, 14; Oechsle, WRP 2015, 826, 827.  
 23) OLG Frankfurt a. M., 20.10.2011 – 6 U 40/11, WRP 2012, 228, 229, Rn. 7 – Nuss-Nougat Creme.  
 24) EuGH, 04.06.2015 – C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361 Rn. 38 ff. – Teekanne; Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, 4. Aufl. 2016, UWG § 5 Abs. C Rn. 8.  
 25) Vgl. BGH, 30.10.1981 – I ZR 156/79, WRP 1982, 88 – Kippdeckeldose; BGH, 12.7.1963 – Ib ZR 187/61, GRUR 1963, 589, 593 – Lady Rose; BGH, 31.05.1957 – I ZR 163/55, GRUR 1958, 30, 31 – Außenleuchte; LG Frankfurt a. M., 18.04.2001 – 3/8 O 165/00, GRUR-RR 2002, 80, 81 – Tipp-Ex Rapid.  
 26) EuGH, 13.01.2000 – C-220/98, ECLI:EU:C:2000:8 Rn. 27 f. – Lifting Creme; EuGH, 02.02.1994 – C-315/92, ECLI:EU:C:1994:34 Rn. 20 ff. – Clinique.  
 27) EuGH, 13.01.2000 – C-220/98, ECLI:EU:C:2000:8 Rn. 31 – Lifting Creme; EuGH, 16.07.1998 – C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369 Rn. 35 f. – Gut Springenheide.  
 28) Scherer, WRP 1999, 991, 992; Böhler, ZLR 2014, 27, 32; Steinbeck, ZLR 2014, 302, 308; Ulbrich, WRP 2005, 940, 946, 948; Ahrens, WRP 2000, 812, 813 f.; Doepner, WRP 1997, 999, 1001.  
 29) Kritisch dazu Doepner, WRP 1997, 999, 1006; Deutsch, GRUR 1996, 541, 546 f.  
 30) BGH, 26.10.2006 – I ZR 97/04, WRP 2007, 308, 311 – Regenwaldprojekt II.  
 31) BVerfG, 11.03.2003 – 1 BvR 426/02, = WRP 2003, 633, 635 f. – Benetton-Werbung II; vgl. auch BVerfG, 06.02.2002 – 1 BvR 952/90, WRP 2002, 430, 431 f. – Tier- und Artenschutz.

32) Siehe Meisterernst/Muffler, ZLR 2013, 25 ff.; vgl. auch Fezer, WRP 1995, 671, 676; Sack, WRP 1998, 264, 269.

33) Noch weitergehend die Forderung nach einer Verbraucherethik, vgl. dazu die Übersicht bei Brandl, HiBiFo 1 (2012), 86, 96 f.

34) Bornkamm/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 1), UWG § 5 Rn. 1.82.

35) Siehe BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413, 418, Rn. 35 – Tiegelgröße, zur Relevanz für die Verbraucherentscheidung; weiterhin BGH, 04.10.1990 – I ZR 39/89, WRP 1991, 159, 160 – Zaunlasur; Helm/Sonntag/Burger, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2019, § 59 Rn. 110.

36) BGH, 23.03.1966 – Ib ZR 28/64, GRUR 1966, 445, 447 f. – Glutamat.

37) Helm/Sonntag/Burger, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts (Fn. 35), § 59 Rn. 110; BGH, 04.10.1990 – I ZR 39/89, GRUR 1991, 550 551 – Zaunlasur.

38) BGH, 07.11.2002 – I ZR 276/99, WRP 2003, 747, 750 – Klosterbrauerei; EuGH, 04.04.2000 – C-465/98, ECLI:EU:C:2000:184 Rn. 28 – Darbo; dazu Bornkamm/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 1), UWG § 5 Rn. 1.200 ff.

## Wolf/Psallidaki, Irreführung des Verbrauchers durch Mogelpackungen und Downsizing

Verbraucher nach klarer Information und ökologischer Verträglichkeit auch die Unternehmerinteressen zu berücksichtigen. In den Fällen nachträglicher verdeckter Preiserhöhung werden Fertigpackungen, die sich schon seit längerer Zeit am Markt befinden, plötzlich mit weniger oder verändertem Inhalt vertrieben, regelmäßig ohne auffälligen Hinweis auf dem Produkt oder der Werbung.<sup>39)</sup> Der Preis wird dagegen entweder überhaupt nicht oder nicht im gleichen Verhältnis wie die Mengenänderung angepasst.<sup>40)</sup> Für diese Praxis hat sich der Begriff *Downsizing* etabliert. Begleitet werden kann es von weiteren Änderungen z. B. am Produkt (Zutaten) oder an der Verpackungsaufmachung. Während solchen Maßnahmen vorgeworfen wird, dass sie als „relative Mogelpackung“ unter Ausnutzung der erfahrungsbedingten Verbraucherbeurteilung eine Preiserhöhung verschleiern sollen,<sup>41)</sup> werden unternehmensseitig die Wünsche und Bedürfnisse der Verbraucher, verkleinerte Haushalte sowie neue Rezepturen und der Verzicht auf künstliche Farbstoffe, Aromen und Konservierungsstoffe angeführt.<sup>42)</sup>

- 14 Die Praxis der Preisverschleierung entspringt durchaus betriebswirtschaftlicher Rationalität. Denn einerseits muss der Anstieg von Energie- und Rohstoffhaltungskosten aufgefangen werden, andererseits haben Unternehmen begründete Angst, durch Überschreitung bestimmter Preisschwellen Absatzeinbrüche zu erleiden.<sup>43)</sup> Dabei ist zu beachten, dass der Endpreis aufgrund des grundsätzlichen wettbewerbsrechtlichen Verbots der Preisbindung vom Einzelhändler selbst festzulegen ist. Eine ausdrückliche Fest- oder Höchstpreisbindung der Händler durch den Hersteller ist ebenso unzulässig wie eine indirekte, z. B. durch allgemeine Herstellerwerbung mit Endverkaufspreisen<sup>44)</sup> oder die Auferlegung wirtschaftlicher Nachteile bzw. Gewährung oder Vorenthaltung wirtschaftlicher Vorteile (§ 21 Abs. 2 GWB).<sup>45)</sup> Einen Einfluss auf die Verbraucherabgabepreise hat der Hersteller vor allem durch die Bemessung der Herstellerabgabepreise.<sup>46)</sup> Werden diese aber trotz Reduzierung des Inhalts nicht geändert, hat auch der Handel kein Interesse an einer Preisreduktion, wenn der Ursursungspreis aufgrund der Aufmachung weiterhin durchsetzbar ist.
- 15 Der lauterkeitsrechtliche Vorwurf bei der Mogelpackung liegt letztlich nicht in der Preisgestaltung. Zur Preishöhe im Verhältnis zu den Kosten verhält sich das UWG – anders als das Missbrauchsverbot des Kartellrechts (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB) – grundsätzlich neutral. Das Lauterkeitsrecht bezweckt vor allem einen Schutz der Preiswahrheit und -klarheit.<sup>47)</sup> Unlauter kann zwar eine Verunsicherung des Verbrauchers über die Preisentwicklung und die dadurch bedingte Vortäuschung eines günstigen Angebots sein.<sup>48)</sup> Bei relativen Mogelpackungen stehen aber das Verschleiern der für die Preisbeurteilung des Verbrauchers relevanten Faktoren durch die Gestaltung der Verpa-

ckung (§ 5 Abs. 1 UWG) und das nicht hinreichende Verdeutlichen der Inhaltsmengenänderung (§ 5a Abs. 2 UWG) im Vordergrund.<sup>49)</sup>

### III. Rechtliche Beurteilung von Mogelpackungen

#### 1. Gemeinsame Grundlagen der Irreführungsverbote

Zu den maßgeblichen Vorschriften gehören neben dem allgemeinen Irreführungsverbot in §§ 5, 5a UWG insbesondere das lebensmittelrechtliche Irreführungsverbot des Art. 7 LMIV und die speziell auf Fertigverpackungen ausgerichtete Regelung des § 43 Abs. 2 MessEG, der eine Regelung i. S. d. § 3a UWG darstellt.<sup>50)</sup> Nach herrschender Auffassung stehen diese Vorschriften nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis, sind also grundsätzlich nebeneinander anwendbar.<sup>51)</sup> Allerdings soll nach einer verbreiteten Auffassung das auf der UGP-RL fußende Irreführungsverbot im Anwendungsbereich der Art. 7, 8 LMIV nicht weiter gehen dürfen als jene Spezialvorschriften.<sup>52)</sup> Der Verweis auf Erwägungsgrund 10 S. 3 und Art. 3 Abs. 4 UGP-RL, mit dem z. B. der BGH den Vorrang der LMIV begründet, überzeugt allerdings nicht, weil danach weder eine abschließende Regelung noch eine Kollisionslage festgestellt werden. Vielmehr wird dort eine speziellere Regelung mit einem entsprechenden Rechtssatz vorausgesetzt. Die LMIV dient aber nach ihrem Erwägungsgrund 5 ausdrücklich nur der *Ergänzung* der UGP-RL, stellt mithin gerade keinen Absolutheitsanspruch.<sup>53)</sup> Eine abschließende Funktion hat die LMIV lediglich hinsichtlich der Verteilung der Verantwortlichkeiten und der Haftung anderer Unternehmen als der Hersteller, also z. B. des Handels.<sup>54)</sup> Gegen eine parallele Anwendung weiterer materiell-rechtlicher Verbotsbestimmungen lässt sich ihr dagegen nichts entnehmen, zumal gerade das Irreführungsverbot zeigt, dass auch Gefahren auftreten können, die nicht lebensmittel-spezifisch sind. So ist das Problem der Mogelpackung nicht auf Lebensmittel beschränkt, wenn auch dort häufig anzutreffen. Vor diesem Hintergrund sind z. B. Aufklärungspflichten, die sich auf die Preisgestaltung oder Markenfragen richten, von der LMIV gar nicht in den Blick genommen. Selbst eine strikte Einhaltung aller Kennzeichnungspflichten beseitigt nicht alle Gefahren aus der Kommunikation über die Produktverpackung.<sup>55)</sup> Davon gehen auch Art. 38 LMIV und Art. 39 LMIV aus, welche ergänzende Verpflichtungen im Interesse des Verbraucherschutzes ausdrücklich zulassen.<sup>56)</sup>

Die allgemeinen Voraussetzungen zur Ermittlung einer Irreführungsgefahr decken sich weitgehend. Insbesondere die Verkehrsauffassung ist nach übereinstimmenden Methoden festzustellen.<sup>57)</sup> Die bedenkenswerte Auffassung, wonach bei sensiblen Produkten wie im Lebensmittelbereich grundsätzlich weni-

39) Leibinger, Downsizing bei Konsumgütern, 2016, S. 2.

40) Gröppel-Klein (Fn. 15), 26, 35; Leibinger (Fn. 39), S. 77.

41) Ruttman, VuR 2017, 12, 20; Leibinger (Fn. 39), S. 2.

42) Dazu Leibinger (Fn. 39), S. 128 ff.

43) Vgl. Nieschlag/Dichtl/Hörschgen, Marketing, 19. Aufl. 2002, S. 813, 842 f.; Kopetzky, Preispsychologie, 2. Aufl. 2020, S. 21 ff.; Meffert/Burmann/Kirchgeorg, Marketing, 13. Aufl. 2019, S. 499 ff.; Simon/Fassnacht, Preismanagement, 4. Aufl. 2016, S. 178.

44) BGH, 04.02.1986 – KZR 33/84, GRUR 1986, 478, 479 – Herstellerpreiswerbung; BGH, 20.05.2003 – KZR 27/02, WRP 2003, 1454, 1457 f. – Preisbindung durch Franchisegeber II; BGH, 02.02.1999 – KZR 11/97, GRUR 1999, 1025, 1027 – Preisbindung durch Franchisegeber I; BGH, 21.02.1978 – KZR 7/76, WRP 1978, 371 – 4 zum Preis von 3.

45) BGH, 17.10.2017 – KZR 59/16, WRP 2018, 199, 200 – Almased.

46) Leibinger (Fn. 39), S. 38. Zur Preisbildung auf mehrstufigen Märkten Simon/Fassnacht (Fn. 43), S. 432 ff., m. w. N.

47) BGH, 13.03.2003 – I ZR 212/00, WRP 2003, 742 f. – Umgekehrte Versteigerung II; BGH, 21.04.2005 – I ZR 201/02, WRP 2005, 1508, 1509 – Quersubventionierung von Laborgemeinschaften.

48) Dazu Bornkamm/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 1), UWG § 5 Rn. 3.110; vgl. auch § 5 Abs. 4 UWG.

49) Vgl. BGH, 17.03.2011 – I ZR 81/09, WRP 2011, 1587, 1589 f. – Original Kanchipur.

50) Vgl. OLG Karlsruhe, 22.11.2012 – 4 U 156/12, WRP 2013, 216 – Frischkäse.

51) BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413, 418, 419, Rn. 41 – Tiegelgröße; OLG Karlsruhe, 20.03.2015 – 4 U 196/14, WRP 2015, 774, 775 f. – Rondelé; Helm/Sonntag/Burger, in: HdbWbR, 5. Aufl. 2019, § 59 Rn. 309; Peifer/Obergfell, in: Fezer/Büschler/Obergfell, 3. Aufl. 2016, UWG § 5 Rn. 300; Bornkamm/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Fn. 1), UWG § 5 Rn. 2.40 ff.

52) BGH, 02.12.2015 – I ZR 45/13, WRP 2016, 838, 841, Rn. 23 – Himbeer-Vanille-Abenteurer II; OLG Nürnberg, 07.02.2017 – 3 U 1537/16, WRP 2017, 614, 615, Rn. 19; Schaffert, in: MüKo UWG, 3. Aufl. 2020, UWG § 3a Rn. 383; Peifer/Obergfell, in: Fezer/Büschler/Obergfell (Fn. 51), UWG § 5 Rn. 39.

53) Zu dieser Frage Grube, in: Voit/Grube (Fn. 1), LMIV, Art. 7 Rn. 19 ff.; für ein Nebeneinander Fezer, VuR 2015, 289, 292 f.; differenzierend Köhler, WRP 2014, 637, 639 f.

54) Dazu unten IV.

55) Ausdrücklich EuGH, 20.12.2017 – C-393/16, ECLI:EU:C:2017:991 Rn. 43 – Vin de Champagne, zur geografischen Ursprungsbezeichnung, obwohl Ursprungshinweise durchaus von der LMIV geregelt werden, siehe EuGH, 12.11.2019 – C-363/18, ECLI:EU:C:2019:954 – Vignoble Psagot.

56) Vgl. auch Art. 38 u. Art. 39 LMIV.

57) Kiethe/Groeschke, WRP 2001, 230, 233.

## Wolf/Psallidaki, Irreführung des Verbrauchers durch Mogelpackungen und Downsizing

ger strenge Anforderungen zu stellen sind,<sup>58)</sup> spielt bei Mogelpackungen keine Rolle, da typischerweise nur allgemeine ökonomische Interessen der Verbraucher gefährdet werden. Gesondert zu behandeln ist die Berücksichtigung unternehmerischen Vorverhaltens, was – nicht überzeugend – für § 43 Abs. 2 MessEG teilweise abgelehnt wird.

### a) Bezugspunkt der Irreführung

- 18 In der Entscheidung *Tiegelgröße* stellte der BGH klar, dass Fehlvorstellungen über die Produktmenge den lauterkeitsrechtlichen Vorwurf auslösen, nicht dagegen bloße Fehlvorstellungen über die Verpackungsgröße. Bei letzteren sei die von § 5 Abs. 1 UWG geforderte Relevanz für die Kaufentscheidung nur im Ausnahmefall, etwa bei einem nachweisbar ökologisch motivierten, produktspezifischen Interesse zu prüfen.<sup>59)</sup> Die Produktaufmachung ist somit als Angabe i. S. d. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG zu qualifizieren.<sup>60)</sup>

### b) Möglichkeit zur Überprüfung

- 19 Die Irreführungsgefahr bei Mogelpackungen hängt davon ab, wie leicht der Verbraucher z. B. einen Leerraum entdecken kann, was durch die Optik, Haptik und aufklärende Hinweise bestimmt wird. Ist die Möglichkeit eingeschränkt, müssten durch Aufmachung oder Produktvorstellung besondere Anreize für eine nähere Befassung bestehen (unten III. 1. c)). Insoweit hat sich in der Rechtsprechung die Unterscheidung zwischen Hart- und Weichfertigverpackungen etabliert. Bei Weichfertigverpackungen, wie z. B. bei Gewürzmischungen, könne der Verbraucher schon durch das Aufnehmen des Produktes taktil einen Lufteinschluss erspüren.<sup>61)</sup> Anhand weiterer Sichtfenster wird die Gefahr der Irreführung dann weiter abgesenkt. Der dadurch ins Bewusstsein gerückte Widerspruch von Verpackungsgröße und Inhalt wird durch die korrekte Angabe des Packungsinhaltes aufgeklärt, so dass es dann nicht mehr darauf ankommt, inwieweit der Verbraucher die Inhaltsmenge erspüren kann. Dagegen ist bei Hartfertigverpackungen ein strengere Maßstab anzulegen, weil dem Verbraucher keine direkte Beurteilung des Produktvolumens möglich ist. Die Abbildung der Originalgröße des Produktes auf einer überdimensionierten Umverpackung soll allerdings klarstellend wirken können,<sup>62)</sup> ebenso wie Sichtfenster.<sup>63)</sup> Eine Täuschung kann aber im Regelfall nicht durch die Angabe des Füllmengenaustrucks in normaler Schriftgröße ausgeschlossen werden, wenn durch besondere Umstände der Gestaltung über den Mengeninhalte irreführt wird.<sup>64)</sup> Sie tritt hinter den Blickfang der Packungsgröße zurück.<sup>65)</sup>

### c) Wahrscheinlichkeit der Überprüfung

- 20 Auf zweiter Prüfungsstufe ist festzustellen, wie wahrscheinlich die Hinweise vom Verbraucher mit aufklärender Wirkung aufgenommen werden. Je leichter die Überprüfung fällt, umso eher ist zu erwarten, dass er sie erkennt. Bedarf es einer näheren Untersuchung, müssen entsprechende Anreize des Verbrau-

chers positiv festgestellt werden. Diese werden in der Rechtsprechung generell für höherwertige Produkte, nicht aber für niedrigpreisige Alltagsprodukte unterstellt.<sup>66)</sup> Bei Kosmetikprodukten ging der BGH wegen der gesundheitlichen und ästhetischen Wirkung sowie der Gefahr von Unverträglichkeiten ebenfalls von einem solchen Anreiz aus.<sup>67)</sup> Es kommt also auf die mit einem Produkt verbundenen Vorstellungen an, z. B. ob der Verbraucher es als Luxusprodukt, als Prestigeobjekt oder nur als im privaten Bereich verwendbaren Alltagsgegenstand ansieht, ebenso aber eine Gewöhnung an bestimmte Verpackungsarten.<sup>68)</sup> Danach richtet sich die Intensität seines Interesses, sich mit dem Produkt bei der Kaufentscheidung näher auseinanderzusetzen.

### d) Einzelfallbeurteilung

Nicht jede Verpackung mit viel Luft ist unzulässig, auch wenn der Verbraucher insoweit einer Fehlvorstellung unterliegt. Die Abweichung zwischen Inhalt und Vorstellung muss eine gewisse Erheblichkeit aufweisen. Bei der Anwendung von § 5 UWG wird diese Frage über die Entscheidungsrelevanz erfasst.<sup>69)</sup> § 43 Abs. 2 MessEG und Art. 7 LMIV enthalten zwar keine solche Einschränkung; dennoch wird in der Rechtsprechung eine entsprechende Prüfung vorgenommen.<sup>70)</sup> Für § 43 Abs. 2 MessEG wird dabei häufig auf eigentlich unverbindliche Verwaltungsrichtlinien verwiesen, die ursprünglich für das EichG entwickelt wurden.<sup>71)</sup> Danach wäre eine Täuschung bei einem Freiraum ab 30% zu bejahen.<sup>72)</sup> Allerdings können diese die Einzelfallbeurteilung nicht ersetzen, allenfalls einen argumentativen Einstiegspunkt markieren.<sup>73)</sup> Ebenso soll eine größere Verpackung trotz erzeugter Fehlvorstellung durch technische Notwendigkeiten gerechtfertigt werden können,<sup>74)</sup> wie bei empfindlichen Pralinen, teilweise aber auch durch wirtschaftliche Erwägungen, wenn z. B. aus Kostengründen in gleichen Behältnissen verschiedene Erzeugnisse mit unterschiedlichem Gewicht abgefüllt werden.<sup>75)</sup> Diese Prüfung entspricht letztlich der im Rahmen von § 5 UWG vorzunehmenden Interessenabwägung.<sup>76)</sup> Die Täuschung muss dann auf das unbedingt erforderliche Minimum reduziert sein.<sup>77)</sup> In dem Sinne stufte das LG Frankfurt a. M. ein Behältnis für Korrekturflüssigkeit als unzulässige Mogelpackung ein, weil die festgestellten 33% an Freiraum nicht technisch notwendig, sondern lediglich technisch zweckmäßig seien.<sup>78)</sup>

## 2. Berücksichtigungsfähigkeit unternehmerischen Vorverhaltens („Downsizing“)

Die vorstehenden Beurteilungsgrundsätze gelten für alle Arten von Mogelpackungen. Umstritten ist dagegen die Behandlung

58) Vgl. *Meisterernst/Muffler*, ZLR 2013, 25 ff.; *Möstl*, WRP 2014, 906 ff.; *Sosnitzka*, ZLR 2014, 137 ff.; dazu oben II. 2. b).

59) BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413, 417, Rn. 33–36 – *Tiegelgröße*.

60) *Busche*, in: MüKo UWG (Fn. 52), UWG § 5 Rn. 423.

61) OLG Frankfurt a. M., 21.10.2008 – 14 U 240/07, LMRR 2008, 75.

62) BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413, 417, Rn. 28 – *Tiegelgröße*.

63) KG, 21.01.1983 – 5 U 6040/82, WRP 1983, 646 – *Pralinenpackung*; LG Stade, 11.04.2006 – 10 O 142/05, BeckRS 2009, 12927; *Strecker*, ZLR 1978, 284, 285; zurückhaltender OLG Koblenz, 03.03.1983 – 1 Ss 55/83, LMRR 1983, 17.

64) *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke-LebensmittelR*, 176. EL März 2020, MessEG § 43 Rn. 51; *Ruttman*, VuR 2017, 12, 14.

65) *Jacobi*, Preisverhalten und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 496.

66) BGH, 17.03.2011 – I ZR 170/08, WRP 2011, 1444, 1446 f. – *Ford-Vertragshändler*; BGH, 06.10.2011 – I ZR 42/10, WRP 2012, 464, 466, Rn. 20 – *Falsche Suchrubrik*; BGH, 05.02.2015 – I ZR 136/13, WRP 2015, 1098, 1100, Rn. 22 – *TIP der Woche*; *Oechste*, WRP 2015, 827, 828 f.

67) BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413, 417, Rn. 27 – *Tiegelgröße*.

68) Vgl. KG, 21.01.1983 – 5 U 6040/82, GRUR 1983, 591, 592 – *Pralinenpackung*; OLG Hamburg, 07.11.1985 – 3 U 90/85, LMRR 1985, 54.

69) Vgl. BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413, 417, Rn. 30 ff. – *Tiegelgröße*.

70) OLG Koblenz, 03.03.1983 – 1 Ss 55/83, LMRR 1983, 17; *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke-LebensmittelR* (Fn. 64), MessEG § 43 Rn. 45 ff.; vgl. auch OLG Hamburg, 03.12.1992 – 3 U 95/92, LMRR 1992, 46, zur Irrelevanz einer „Überfüllung“.

71) OLG Hamburg, 14.04.2004 – 5 U 127/03, GRUR-RR 2004, 263, 264 – *Kaffeepads*; KG, 21.01.1983 – 5 U 6040/82, GRUR 1983, 591, 592 – *Pralinenpackung*; LG Stade, 11.04.2006 – 10 O 142/05, BeckRS 2009, 12927.

72) *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke-LebensmittelR* (Fn. 64), MessEG § 43 Rn. 56; *Grube*, in: *Voit/Grube/Grube* (Fn. 1), LMIV Art. 7 Rn. 204.

73) Ebenso *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke-LebensmittelR* (Fn. 64), MessEG § 43 Rn. 55; vgl. auch *ÖOGH*, 29.01.2019 – 4 Ob 150/18i, ECL:AT:OGH0002:2019:00400B00150.18L0129.000.

74) BGH, 30.10.1981 – I ZR 156/79, GRUR 1982, 118, 120 – *Kippdeckeldose*; OLG Hamburg, 14.04.2004 – 5 U 127/03, GRUR-RR 2004, 263, 264 – *Kaffeepads*; *Rathke*, in: *Zipfel/Rathke-LebensmittelR* (Fn. 64), MessEG § 43 Rn. 46 ff.

75) *Kiethe/Groeschke*, WRP 2003, 962, 965.

76) BGH, 30.10.1981 – I ZR 156/79, WRP 1982, 88 – *Kippdeckeldose*.

77) KG, 21.01.1983 – 5 U 6040/82, GRUR 1983, 591, 592 f. – *Pralinenpackung*.

78) LG Frankfurt a. M., 18.04.2001 – 3/8 O 165/00, GRUR-RR 2002, 80, 81 – *Korrekturflüssigkeit*; siehe auch *Kiethe/Groeschke*, WRP 2003, 962, 964 f.

## Wolf/Psallidaki, Irreführung des Verbrauchers durch Mogelpackungen und Downsizing

des Downsizing.<sup>79)</sup> Während es nach herrschender Ansicht als Irreführung gemäß § 5 UWG und Art. 7 LMIV erfasst werden kann, wird Art. 43 Abs. 2 MessEG wegen seiner Ausrichtung auf „objektive Verpackungsmerkmale“ als ungeeignet angesehen, subjektive Vorstellungen der Verbraucher hinsichtlich einzelner Verpackungen zu erfassen.<sup>80)</sup> Um diese Frage zu klären, ist zunächst auf die missverständliche Begrifflichkeit der „subjektiven Umstände“ zu verzichten. Denn die Produktaufmachung ist in ihrer aktuellen ebenso wie in ihrer bisherigen Form ein äußerer, vom Verbraucher unbeeinflussbarer Zustand, während der beim Verbraucher ausgelöste Eindruck generell subjektive Züge trägt, auch bei der „objektiven“ Mogelpackung. Die Beurteilung einer Irreführungsgefahr bedarf aber immer einer Feststellung der Verkehrsauffassung, um diese mit den physikalischen Eigenschaften eines Produktes zu konfrontieren. Da die Verkehrsauffassung unter anderem durch von den Unternehmen selbst gestaltete Marktumstände vorgeprägt wird, z. B. die Gewöhnung an bestimmte Werbeformen,<sup>81)</sup> kommt es für das Downsizing nunmehr darauf an, inwieweit auch die Vorprägung durch das konkrete Verhalten desjenigen Unternehmens berücksichtigt werden kann, welches die in Frage stehende Produktveränderung vornahm.

**23** In dieser Hinsicht hat der BGH in den Entscheidungen Ungarische Salami II,<sup>82)</sup> Ei-Fein<sup>83)</sup> und Glockenpackung II<sup>84)</sup> Maßstäbe gesetzt, indem er die Fortwirkung einer ursprünglichen Verkehrsauffassung bei der Beurteilung der Irreführungsgefahr berücksichtigte. Dort ging es zwar um die Nachwirkung einer ursprünglich unzulässigen Irreführung, die trotz veränderter Verpackung nicht beseitigt wurde. Die Feststellungen des BGH sind aber auch für die Beurteilung des Downsizing maßgeblich.<sup>85)</sup> Zum einen stellte er klar, dass die Verkehrsauffassung durch die auf dem Markt gesammelten Vorerfahrungen der Verbraucher geprägt wird. In methodischer Hinsicht beruht diese Feststellung auf einer analytischen Ableitung der Verkehrsauffassung. Bei einer demoskopischen Umfrage wird der Ist-Zustand ohne Betrachtung der Entwicklungsgeschichte abgefragt. Das heißt aber nicht, dass eine an der historischen Entwicklung anknüpfende Begründung etwas anderes als die Verkehrsauffassung ermittelt.<sup>86)</sup> Neben externer demoskopischer Umfragen ist z. B. auch eine richterliche Eigenbewertung zulässig, die neben der Feststellung, zum angesprochenen Verkehrskreis zu gehören, auch eine argumentative Untermauerung verlangt.<sup>87)</sup> Dabei spielen Erfahrungssätze eine bedeutende Rolle, wie der, dass Verbraucher einen bereits gewonnenen Eindruck nur schwer korrigieren. Um diese Vorprägung zu beseitigen, bedarf es daher einer eindeutigen Klarstellung, während davon auszugehen ist, dass subtile Veränderungen an der Verpackung unbemerkt bleiben.<sup>88)</sup>

**24** Der BGH hat aber noch einen zweiten für die Beurteilung des Downsizing relevanten Aspekt geklärt. Er stellte klar, dass die

bisherige Produktgestaltung für die Verkehrsauffassung nicht deshalb irrelevant sei, weil im Wesentlichen nur die Käufer-schaft des fraglichen Produktes betroffen ist. Ein weniger erfolgreiches Produkt ist nicht vom Irreführungsverbot befreit. Deswegen kommt es grundsätzlich nicht darauf an, wie viele Verbraucher betroffen sind, sondern darauf, ob ein durchschnittlicher Verbraucher, d. h. unter Anlegung der maßgeblichen Verkehrsauffassung, durch das Produkt gefährdet wäre. Nur innerhalb dieser Prüfung kommt es auf die Täuschungsquote an, d. h. wie viele Verbraucher bei einer Konfrontation mit dem Produkt unter bestimmten Voraussetzungen einer Fehlvorstellung unterliegen.<sup>89)</sup> Dementsprechend ist der durchschnittliche Verbraucher gedanklich in eine Situation zu versetzen, in der er unter Vorprägung durch die bisherige Verpackung entscheidet, selbst wenn nur ein Teil der angesprochenen Verbraucher tatsächlich solche prägenden Vorbegegnungen mit dem Produkt hatte.

Eine Ausklammerung des Downsizing durch Beschränkung auf „objektive“ Verpackungsmerkmale, wie es für § 43 Abs. 2 MessEG teilweise behauptet wird, würde mithin die Struktur des Irreführungsverbots verkennen. Die fragliche Verpackung kann nur aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs beurteilt werden, während eine Analyse „objektiver“ Verpackungsmerkmale noch nichts über die Gefahr einer Irreführung aussagt. Da auch § 43 Abs. 2 MessEG ein § 5 UWG konkretisierendes Irreführungsverbot und nicht nur ein allgemeines Gestaltungsverbot enthält,<sup>90)</sup> verlangt dessen Anwendung neben der Feststellung „objektiver“ technischer Gestaltungsmerkmale auch die des Eindrucks auf die angesprochenen Verkehrskreise. Wenn die maßgebliche Verkehrsauffassung aber durch das Vorverhalten des betroffenen Unternehmens geprägt wurde, dann kann dies nicht übergangen werden, ebenso wie auch jede sonstige Vorprägung zu berücksichtigen ist.<sup>91)</sup> Eine unterschiedliche Behandlung kann auch nicht pauschal auf unterschiedliche Schutzrichtungen zwischen dem allgemeinen sowie dem lebensmittelrechtlichen Irreführungsverbot auf der einen und dem des § 43 Abs. 2 MessEG auf der anderen Seite gestützt werden.<sup>92)</sup> Das Argument, dass mit Letzterem keine verschleierte Preiserhöhung verhindert, sondern das Einschätzungsvermögen des Verbrauchers in Bezug auf die Füllmenge geschützt werden soll,<sup>93)</sup> ist widersprüchlich und verklausuliert nur die Gemeinsamkeit mit den übrigen Irreführungsverboten. Jene missbilligen an Mogelpackungen ebenfalls nicht die Preiserhöhung, sondern dass dem Verbraucher aufgrund der Fehlvorstellung die Grundlage für eine informierte Entscheidung genommen wird.<sup>94)</sup> Die Fähigkeit zur informierten Entscheidung wird zweifellos durch die Verschleierung der relevanten Informationen beeinträchtigt.

Diese Erkenntnis klang bereits in den Entscheidungen Korrekturflüssigkeit des LG Frankfurt a. M. und der Entscheidung Kaffeepads des OLG Hamburg an, welche zu § 7 EichG als Vorgängervorschrift zu § 43 Abs. 2 MessEG feststellten, dass die von

79) Siehe Grube, in: Voit/Grube/Grube (Fn. 1), LMIV Art. 7 Rn. 206.

80) Ruttman, VUR 2017, 12, 19 f.; Oechsle, WRP 2015, 826, 830; KG, 19.07.1994 – 2 Ss 169/93, LMRR 1994, 43; OVG Berlin, 24.09.2003 – OVG 1 B 16.03, LMRR 2003, 106; a. A. Rathke, in: Zipfel/Rathke-LebensmittelR (Fn. 64), MessEG § 43 Rn. 44.

81) Siehe zur Gewöhnung an pointierte Werbeformen BGH, 01.10.2009 – I ZR 134/07, WRP 2010, 252, 255 f. – Gib mal Zeitung; BGH, 24.01.2019 – I ZR 200/17, WRP 2019, 736, 739, Rn. 30 – Das beste Netz.

82) BGH, 24.06.1982 – I ZR 108/80, WRP 1982, 648 – Ungarische Salami II.

83) BGH, 12.07.1957 – I ZR 52/55, GRUR 1958, 86, 88 f. – Ei-fein.

84) BGH, 03.07.1964 – Ib ZR 179/62, GRUR 1964, 686, 688 f. – Glockenpackung II.

85) Vgl. Helm/Sonntag/Burger, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts (Fn. 35), § 59 Rn. 90.

86) Kiethe/Groeschke, WRP 2001, 230, 236; dazu auch Schweizer, GRUR 2000, 923 ff.; Ahrens, WRP 2000, 812 ff.

87) BGH, 02.10.2003 – I ZR 108/80, WRP 2004, 339, 341 f. – Marktführerschaft.

88) BGH, 12.07.1963 – Ib ZR 187/61, GRUR 1963, 589, 593 – Lady Rose; BGH, 31.05.1957 – I ZR 163/55, GRUR 1958, 30, 31 – Außenleuchte; siehe auch BGH, 12.07.1957 – I ZR 52/55, GRUR 1958, 86, wo der Wechsel von „Ei-fein“ auf „Ei wie fein“ als nicht ausreichend angesehen wurde.

89) Vgl. EuGH, 16.01.1992 – C-373/90, ECLI:EU:C:1992:17 Rn. 16 – Nissan; BGH, 09.10.1970 – I ZR 23/69, GRUR 1971, 255, 257 – Plym-Gin; BGH, 05.10.2006 – I ZR 229/03, WRP 2006, 1516, 1518 f. – Pietra di Soln; BGH, 05.05.2011 – I ZR 157/09, WRP 2011, 1593, 1595 – Creation Lamis.

90) BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413, 418, Rn. 36 – Tiegelgröße; OVG Berlin, 24.09.2003 – OVG 1 B 16.03, LMRR 2003, 106 – AJONA-Stomaticum; KG, 21.01.1983 – 5 U 6040/82, GRUR 1983, 591, 592 – Pralinenpackung; vgl. zur Diskussion um den früheren § 6a aUWG ÖOGH, Entsch. v. 05.06.1984 – 4 Ob 330/84, RIS-Justiz RS0078835, Umdr. S. 5 f.

91) Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 1), UWG § 5 Rn. 1.125.

92) So aber OVG Berlin, 24.09.2003 – OVG 1 B 16.03, LMRR 2003, 106 – AJONA-Stomaticum; OLG Frankfurt a. M., 21.10.2008 – 14 U 240/07, LMRR 2008, 75; Ruttman, VuR 2017, 12, 20.

93) Allgemein zu den Zielsetzungen Rathke, in: Zipfel/Rathke-LebensmittelR (Fn. 64), MessEG Vorbem. zu § 42 Rn. 14.

94) Erwägungsgrund 1, 4, 9, 10 der LMIV.

## Wolf/Psallidaki, Irreführung des Verbrauchers durch Mogelpackungen und Downsizing

den Verbrauchern auf dem Markt zugrunde gelegten praktischen Erfahrungswerte in der Vergangenheit maßgeblich von dem jeweiligen Marktführer geprägt wurden.<sup>95)</sup> In diesem Fall konnte es nach den Feststellungen der Gerichte keine andere Verbrauchersicht geben als diejenige, die auf das konkrete Verhalten des fraglichen Anbieters zurückging. Soweit man die Anwendung des Irreführungsverbots nicht von der absoluten Zahl täuschungsgefährdeter Verbraucher abhängig macht, was soweit ersichtlich auch für § 43 Abs. 2 MessEG nicht vertreten wird, kommt es aber wie dargelegt auf Reichweite und Markterfolg des fraglichen Produktes nicht an, weder bei der absoluten noch der relativen Mogelpackung.

- 27** Einem Downsizing unterzogene Produktverpackungen können außerdem bereits nach den Kriterien für absolute Mogelpackungen unzulässig sein.<sup>96)</sup> Für das Downsizing gelten aber letztlich strengere Maßstäbe, weil es nicht nur um den (fiktiven) Ersteindruck beim Verbraucher geht, sondern dessen Vorprägung durch eindeutige Maßnahmen erst überwunden werden muss.<sup>97)</sup> Die Anreize des Verbrauchers zur Auseinandersetzung mit der Verpackung sind nämlich reduziert, wenn er fälschlich glaubt, bereits die notwendigen Kenntnisse zu haben.

### 3. Verstoß gegen das Abfall-/Verpackungsrecht als unlauterer Rechtsbruch

- 28** Weitergehend lässt sich fragen, inwieweit sich aus dem Abfallrecht über § 3a UWG durchsetzbare Rechtspflichten ableiten lassen. § 23 Abs. 1 S. 2 KrWG, wonach Erzeugnisse möglichst so zu gestalten sind, dass bei ihrer Herstellung und ihrem Gebrauch das Entstehen von Abfällen vermindert wird, bedarf gem. § 23 Abs. 4 KrWG einer Präzisierung durch den Ordnungsgeber über §§ 24, 25 KrWG. Der in § 24 Nr. 3 KrWG genannten Abfallvermeidung dienen z. B. einige Vorschriften des VerpackV.<sup>98)</sup> Nunmehr greift insoweit das Verpackungsgesetz als *lex specialis* zum KrWG (§ 2 Abs. 2 S. 1 AbfallG). Da es gemäß § 1 Abs. 1 S. 4 VerpackG die Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb schützen soll, handelt es sich bei den Verboten des VerpackG um über § 3a UWG sanktionierbare Marktverhaltensregelungen.<sup>99)</sup> Mogelpackungen können gegen § 4 Nr. 1 VerpackG verstoßen, wonach Verpackungsvolumen und -masse auf ein Mindestmaß begrenzt werden müssen, welches zur Gewährleistung der erforderlichen Sicherheit und Hygiene der zu verpackenden Ware und zu deren Akzeptanz durch den Verbraucher angemessen ist. Dabei handelt es sich nicht nur um unverbindliche Programmleitlinien, sondern um Normen mit Regelungscharakter.<sup>100)</sup> Dass deren Konkretisierungsgrad nicht für eine Bußgeldbewährung gemäß § 34 VerpackG ausreicht, hindert nicht eine zivilrechtliche Durchsetzung, welche mit Generalklauseln seit jeher vertraut ist<sup>101)</sup> und aus verfassungsrechtlicher Sicht eine mildere Maßnahme darstellt.<sup>102)</sup> Zudem steht hinter dieser Regelung Art. 9 Abs. 1 Verpackungs-RL 94/62/EG, wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass Verpackungen, die die-

se Anforderungen nicht erfüllen, gar nicht erst in den Verkehr gelangen. Folglich ist § 4 Nr. 1 VerpackG unionsrechtskonform als echte Verbotsnorm auszulegen.<sup>103)</sup>

Erfasst werden kann grundsätzlich jede Form der Mogelpackung. Entscheidend für die rechtliche Beurteilung ist, inwieweit die Volumendifferenz zwischen Ware und Verpackung durch technische, hygienische oder sonstige Interessen gerechtfertigt werden kann.<sup>104)</sup> Das ökonomische Interesse an einem hohen Verkaufsabsatz und der Hinweis auf eine Gewöhnung des Verkehrs an eine Produktverpackung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Ersteres beschreibt nur allgemeine unternehmerische Interessen, letzteres gerade den lauterkeitsrechtlichen Vorwurf. Speziell beim Downsizing ist zu berücksichtigen, dass ein Beibehalten der Verpackungsgröße trotz reduzierter Produktmenge unter erhöhtem Rechtfertigungszwang steht, da das Unternehmen mit dem früheren Produkt unter Beweis gestellt hat, dass eine geringere Differenz zwischen Ware und Verpackung möglich ist, was die Erforderlichkeit der neuen Verpackungsgestaltung generell in Frage stellt.

## IV. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit und Pflichtenprogramm

### 1. Hersteller

Verantwortlich für Verstöße gegen das Irreführungsverbot ist zunächst der Hersteller. Bei der Fertigverpackung wird die über das Produkt erfolgende Kommunikation mit dem Verbraucher durch ihn vorbestimmt. Er legt die Packungsgröße fest, während die Endpreis- und Grundpreisentwicklung nur indirekt mittels des Einstandspreises für den Handel vorstrukturiert, letztlich aber der Preishoheit des Handels unterliegt.<sup>105)</sup> An der grundsätzlichen Verantwortlichkeit des Herstellers sowohl für Verstöße gegen §§ 5, 5a UWG, § 43 Abs. 2 MessEG sowie Art. 7 LMIV und auch gegen § 3a UWG i. V. m. § 4 VerpackG bestehen keine Zweifel. Speziell für das Lebensmittelrecht begründet Art. 8 Abs. 1 LMIV sogar dessen primäre Verantwortlichkeit.<sup>106)</sup> Um eine Irreführung zu vermeiden, ist der Hersteller folglich zu aufklärenden Hinweisen angehalten.<sup>107)</sup> Beim „Downsizing“ sind diese besonders deutlich hervorzuheben, dafür wiederum in Abhängigkeit vom Produktlebenszyklus nur für eine begrenzte Zeit erforderlich, bis nämlich die bisherige Vorprägung des Verbrauchers aufgelöst sein müsste. Inhaltlich reicht ein Hinweis auf die Produktveränderung als solche, weil der aufgeklärte Verbraucher dadurch auf sein Informationsdefizit aufmerksam gemacht und zu einer Überprüfung veranlasst wird. Letztlich ist dem Hersteller anzuraten, ein internes Kontrollsystem zu etablieren, um die Einhaltung insbesondere der lebensmittelrechtlichen Vorschriften sicherzustellen.<sup>108)</sup>

### 2. Händler

Auch der Lebensmitteleinzelhändler könnte durch geeignete Hinweise einer Täuschung des Verbrauchers vorbeugen, zumal er es in der Hand hat, auf eine Mengenänderung mit einer signalisierenden Preisanpassung zu reagieren oder nicht. Eine eigene Verantwortlichkeit des Handels setzt allerdings ein vorverfärbares Tun oder Unterlassen voraus.

Eine Konkretisierung der verletzlichen Pflichten des Handels für den Lebensmittelbereich nimmt Art. 8 Abs. 3 LMIV vor. Danach

95) LG Frankfurt a. M., 18.04.2001 – 3/8 O 165/00, GRUR-RR 2002, 80, 81 – Tipp-Ex Rapid; ebenso OLG Hamburg, 14.04.2004 – 5 U 127/03, GRUR-RR 2004, 263, 264 – Kaffee pads; einschränkend *Rathke*, in: Zipfel/Rathke-LebensmittelR (Fn. 64), MessEG § 43 Rn. 41 (gewisse Dauer der Marktpräsenz erforderlich).

96) Vgl. KG, 19.07.1994 – 2 Ss 169/93, LMRR 1994, 43 – Deodorant; AG Berlin-Tiergarten, 14.09.1984 – 327 Ds 8/84, LMRR 1984, 47.

97) LG Frankfurt a. M., 18.04.2001 – 3/8 O 165/00, GRUR-RR 2002, 80, 81 – Tipp-Ex Rapid; siehe bereits BGH, 12.07.1963 – I ZR 187/61, GRUR 1963, 589, 593 – Lady Rose; BGH, 31.05.1957 – I ZR 163/55, GRUR 1958, 30, 31 – Außenleuchte.

98) *Konzak*, in: BeckOK-UmweltR, 55. Ed. 01.04.2019, KrWG § 24 Rn. 20.

99) *Schaffert*, in: MüKo UWG (Fn. 52), UWG § 3a Rn. 429.

100) *Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, 231. EL Juli 2020, VerpackG § 4 Rn. 3.

101) BVerfG, 12.11.1958 – 2 BvL 40/56 u. a., BVerfGE 8, 274, 326 – Preisgesetz; BVerfG, 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, NJW 1954, 65, 67 f.

102) Vgl. BVerfG, 05.08.1966 – 1 BvR 586/62 u. a., BVerfGE 20, 162, 187; BVerfG, 25.07.1963 – 1 BvR 542/62, BVerfGE 17, 108, 117 f.; BVerfG, 10.06.1963 – 1 BvR 790/58, BVerfGE 16, 194, 202 f.

103) I. E. ebenso *Wüstenberg*, NJW 2018, 3614, 3617 f.; *ders.*, AbfallR 2020, 180, 185.

104) Vgl. KG, 21.01.1983 – 5 U 6040/82, WRP 1983, 646 – Pralinenpackung.

105) *Leibinger* (Fn. 39), S. 38.

106) Vgl. OVG Lüneburg, 27.09.2017 – 13 LC 218/16, juris Rn. 33; *Grube*, ZLR 2013, 415, 418.

107) Siehe oben III. 1.

108) So ausdrücklich OVG Lüneburg, 27.09.2017 – 13 LC 218/16, juris Rn. 33.



## Wolf/Psallidaki, Irreführung des Verbrauchers durch Mogelpackungen und Downsizing

dürfen Händler keine Lebensmittel anbieten oder vertreiben,<sup>109)</sup> von denen sie wissen oder annehmen müssen, dass sie dem Lebensmittelinformationsrecht, d. h. insbesondere Art. 7 LMIV, und den Anforderungen der einschlägigen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften nicht entsprechen. Eine Haftung setzt danach positive Kenntnis oder pflichtwidriges Nichtwissen voraus. Art. 8 Abs. 3 LMIV wird hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Handels zur Abgabe von Lebensmitteln als abschließend verstanden.<sup>110)</sup> Anders als für den Verbotstatbestand des Art. 7 LMIV scheint dies auch der Intention des Ordnungsgebers zu entsprechen, der gem. Erwägungsgrund 21 einer Zersplitterung der Rechtsvorschriften über die Haftung von Lebensmittelunternehmern für Lebensmittelinformationen entgegenwirken und die Pflichten der Lebensmittelunternehmer geklärt haben möchte. Art. 8 Abs. 3 LMIV selbst regelt dementsprechend explizit die Verantwortlichkeit nicht nur für Verstöße gegen die LMIV, sondern das gesamte anwendbare nationale und EU-Lebensmittelinformationsrecht, wozu gem. Art. 2 Abs. 2 lit. b LMIV auch das allgemeine Lauterkeitsrecht zählt.<sup>111)</sup> Folglich würde eine Haftung des Einzelhandels aufgrund eines bloß entfernten kausalen „Beitrages“ zur Verletzungshandlung des Herstellers nicht ausreichen.<sup>112)</sup>

**33** Danach kommt es darauf an, inwieweit der Händler im Rahmen pflichtgemäßen Wirtschaftens Verstöße erkennen oder ihnen entgegenwirken müsste. Davon geht auch Art. 8 Abs. 5 LMIV aus. Dieser schafft zwar keine zusätzliche Verantwortlichkeit, stellt aber umgekehrt klar, dass eine Haftungsbefreiung nicht schon dadurch erreicht werden kann, dass ein Händler sich gegenüber entsprechenden Informationen versperrt. Es ist daher von ihm regelmäßig zu erwarten, ein System zur internen Sicherstellung der ihn treffenden Pflichten Abweichungen zu betreiben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auf den heute überwiegend digitalisierten Vertriebswegen eine Mengenänderung im Datenbanksystem des Handels abgebildet werden kann.<sup>113)</sup> Ein Downsizing könnte also automatisch erkannt werden und Handlungspflichten auslösen, soweit nicht nur die Preisänderung, sondern auch die Produktabmessungen im System als Datensatz enthalten sind, z. B. zur Planung der Regalplatzierung.

**34** Zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Irreführungsverbot sind keine zu strengen Anforderungen an den Händler zu stellen. So ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang zu Art. 8 Abs. 4 S. 2 LMIV, dass der Händler nicht verpflichtet ist, in die alleinige oder mit dem Hersteller gemeinsame Verantwortlichkeit für das Produkt hineinzugeraten.<sup>114)</sup> Folglich muss er keine Änderungen am Produkt selbst vornehmen.<sup>115)</sup> Er kann einem Verstoß auch durch aufklärende Informationen in räumlicher Nähe zum Produkt entgehen. Regelmäßig reicht ein Hinweis auf die Produktänderung als solches (z. B. ein Hinweisschild: „Verändertes Produkt“), da der lauterkeitsrechtliche Vorwurf nur darin liegt, dass der Verbraucher die Veränderung seiner Entscheidungsgrundlage nicht erkennt. Ein entsprechender Hin-

weis würde ihm verdeutlichen, dass er sich erneut über das Produkt informieren muss.<sup>116)</sup> Eines solchen Hinweises bedürfte es nur für eine Übergangszeit.<sup>117)</sup> Bei Lebensmitteln mit kurzer Lebenszeit könnten z. B. drei Haltbarkeitsspannen ausreichen. Der Hersteller wird durch verantwortungsvolles Handeln des Händlers – sofern es nicht auf seine Veranlassung geschieht – jedenfalls nicht enthaftet. Denn die Produktverpackung begründet gleichwohl bereits mit Inverkehrbringen die Gefahr einer Irreführung.

Außerhalb des Lebensmittelbereiches sind die Anforderungen **35** strukturell vergleichbar. Nach der früheren Rechtsprechung zur Störerhaftung wurden kausale Beiträge einer Zumutbarkeitsprüfung unterstellt, wodurch letztlich der Inhalt der Prüfungspflichten das „Wissenkönnen“ beschränkte.<sup>118)</sup> Bei dem inzwischen vom BGH präferierten Rückgriff auf das Konzept der Verkehrspflichten ist, wer durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die Gefahr der Verletzung wettbewerbsrechtlich geschützter Interessen von Marktteilnehmern begründet, verpflichtet, diese im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen.<sup>119)</sup> Bei einer – nach Auffassung des BGH ebenfalls möglichen – Anwendung des zum deliktischen Haftungsrecht gehörigen § 830 BGB auf Unterlassungsansprüche, der eigentlich wie § 27 StGB eine vorsätzliche Beteiligungen an einer fremden Vorsatztat verlangt, wird die Voraussetzung einer fremden Vorsatztat erlassen und das verbleibende Verschuldenselement geht in einer objektivierten Interessenabwägung auf, die inhaltlich der Zumutbarkeitsprüfung entspricht.<sup>120)</sup> Nach allen Begründungswegen kommt es letztlich darauf an, inwieweit der Händler die durch eine Verpackung ausgelöste Irreführungsgefahr erkennen musste, wobei die Möglichkeit zur automatisierten Kennzeichnung von Produktänderungen im digitalisierten Bezugssystem eher Nachforschungspflichten auslösen kann.

## V. Fazit

1. Das Phänomen des „Downsizing“ als eine besondere Form der Mogelpackung nutzt die natürlichen Grenzen menschlicher Informationsverarbeitung aus. Die Bewältigung des „information overload“ im Alltagskonsum wird über das moderne Verbraucherleitbild mit dem Kriterium der situationsadäquaten Aufmerksamkeit berücksichtigt. Außerdem lässt sich darüber die in der Rechtsordnung angelegte ökologische Nachhaltigkeit von Verbraucherentscheidungen einbeziehen. **36**

2. Die maßgebliche Verkehrsauffassung wird stets durch die bisherigen Marktgegebenheiten geprägt. Deshalb darf beim Downsizing eine Vorerfahrung mit dem früheren Produkt bei den Irreführungsverboten der §§ 5, 5a UWG, Art. 7 LMIV, § 43 Abs. 2 MessEG nicht vernachlässigt werden. Dabei kommt es nicht darauf an, wie viele Verbraucher tatsächlich solche Vorbegegnungen hatten. **37**

3. Neben den Herstellern sind auch die Händler angehalten, erkennbaren Fehlvorstellungen über die angebotenen Produkte durch aufklärende Hinweise vorzubeugen, um einem Irreführungsvorwurf zu entgehen. **38**

109) Zu dieser weiten, das Anbieten einbeziehenden Interpretation *Voit*, in: *Voit/Grube* (Fn. 1), LMIV Art. 8 Rn. 43; enger, auf das Weitergeben von Lebensmitteln beschränkend *Meisterernst*, in: *Zipfel/Rathke-LebensmittelR* (Fn. 64), LMIV Art. 8 Rn. 41.

110) OLG Nürnberg, 07.02.2017 – 3 U 1537/16, WRP 2017, 614, 615, Rn. 12 – Frische Weide-Milch.

111) „Vorschriften allgemeiner Art, die unter bestimmten Umständen für alle Lebensmittel oder für bestimmte Klassen von Lebensmitteln gelten“.

112) Vgl. auch BGH, 02.12.2015 – I ZR 45/13, WRP 2016, 838, Rn. 23 – Himbeer-Vanille-Abenteurer II.

113) Zur Wissenszurechnung im Unternehmen („Aktenwissen“ etc.) *Schubert*, in: *MüKoBGB*, 8. Aufl. 2018, BGB § 166 Rn. 45 ff.

114) Vgl. OLG Düsseldorf, 06.08.2015 – I-2 U 11/15, GRUR-RR 2016, 40, 44, Rn. 54 f. – Hängewangen; kritisch dazu *Wallau/Martell*, LMuR 2017, 118, 119 f.

115) Dazu *Domeier*, LMuR 2014, 225, 229.

116) Vgl. auch BGH, 18.12.2014 – I ZR 129/13, WRP 2015, 850 Rn. 19 f. – Schlafzimmer komplett.

117) Vgl. auch *Helm/Sonntag/Burger*, in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts* (Fn. 35), § 59 Rn. 90.

118) Vgl. BGH, 03.11.1994 – I ZR 122/92, GRUR 1995, 62, 64 – Betoneralterhaltung; BGH, 10.10.1996 – I ZR 129/94, WRP 1997, 325, 327 f. – Architektenwettbewerb; dazu *Haedicke*, GRUR 1999, 397, 399.

119) BGH, 19.03.2015 – I ZR 94/13, Rn. 42, WRP 2015, 1326, 1330, Rn. 42 – Hotelbewertungsportal; BGH, 12.07.2007 – I ZR 18/04, WRP 2007, 1173, 1175 u. 1177 – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

120) BGH, 03.07.2008 – I ZR 145/05, WRP 2008, 1182, 1184 u. 1187 – Kommunalversicherer; *Köhler/Fedderson*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson* (Fn. 1), UWG § 8 Rn. 2.15.