

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

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: Kai-Oliver Kruske, LL.M.

Alles geklärt im „App Zentrum“? – Erneute Entscheidung des EuGH zur DSGVO-Verbandsklage

1021 Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M.

Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2023/2024

1029 Mag. Dr. Lothar Wiltschek und Dr. Katharina Majchrzak

Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich (Teil 2)

1036 Sabine Bendias

Zu den verbleibenden Werbemöglichkeiten im Lichte des Art. 72 Abs. 3 S. 2 Biozid-VO: Unähnliche Hinweise wie „ungiftig“, „unschädlich“, „natürlich“

1040 Dr. Marc Laukemann und Vanessa Förster

Keine Anwendbarkeit des FernUSG auf digitale Coaching-Verträge

1045 Prof. Dr. Maik Wolf

Mogelpackungen im Zeitalter nachhaltiger Verbrauchervorstellungen

1049 Meta Platforms Ireland/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband

EuGH, Urteil vom 11.07.2024 – C-757/22

1053 MOL/Mercedes-Benz Group

EuGH, Urteil vom 04.07.2024 – C-425/22

1056 durchschnittliche Sternebewertung

BGH, Urteil vom 25.07.2024 – I ZR 143/23

1059 Essigspray

BGH, Beschluss vom 27.06.2024 – I ZR 101/23

1066 Internet-Radiorecorder II

BGH, Urteil vom 27.06.2024 – I ZR 14/21

1073 Sportwetten im Internet III

BGH, Beschluss vom 25.07.2024 – I ZR 90/23

1086 Google – Offenlegung

BGH, Beschluss vom 20.02.2024 – KVB 69/23

mehr auf den Tatbestandsmerkmalen des § 1 Abs. 1 FernUSG selbst. Das OLG Köln sorgt hinsichtlich des Merkmals der „Lernerfolgskontrolle“ für Klarheit, indem es zur nicht vom FernUSG erfassten Selbstkontrolle abgrenzt. Das schlichte Anbieten von Live-Calls und die Eröffnung der Möglichkeit zum Fragenstellen soll an sich nicht ausreichen, um von einer Überwachung des Lernerfolgs sprechen zu können. Ist das Tatbestandsmerkmal der Lernerfolgskontrolle schon nicht erfüllt, kommt es auf einen Streitentscheid hinsichtlich der Anwendbarkeit des FernUSG auf reine B2B-Verhältnisse somit nicht mehr an.

- 28 Die Entscheidungen des LG München I⁷¹⁾ wie auch des OLG Hamburg⁷²⁾ machen bereits die grundlegende Bedeutung des Urteils des OLG Kölns deutlich. Halten die Gerichte in künftigen Entscheidungen weiterhin daran fest, sich zunehmend kritisch mit den Tatbestandsmerkmalen des § 1 Abs. 1 FernUSG selbst auseinanderzusetzen, lassen sich zwei Schlussfolgerungen ziehen:
- 29 Zum einen hätte dies zur Folge, dass die Anwendbarkeit des FernUSG auch auf Verbraucherverträge zu verneinen ist, wenn schon keine Lernerfolgskontrolle i. S. d. FernUSG stattfindet.
- 30 Zum anderen ist davon auszugehen, dass sich Teilnehmer von Online-Coachings für mögliche Rückforderungsansprüche verstärkt auf Anspruchsgrundlagen außerhalb des FernUSG stützen werden. Hierzu wird insbesondere die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gem. § 138 BGB zählen. Hinsichtlich der Bewertung eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung trägt jedoch derjenige die Darlegungs- und Beweislast, welcher sich auf die Nichtigkeit beruft, im Ergebnis also regelmäßig der Teilnehmer selbst. Dieser muss hierzu substantiiert vortragen, das bloße Nennen der von ihm geforderten Gegenleistung genügt diesen Anforderungen noch nicht. Im Rahmen der Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung ist insbesondere darauf zu achten, dass nur vergleichbare Angebote herangezogen wer-

den. Ein Online-Coaching kann insbesondere nicht mit den von Fernuniversitäten oder ähnlichen Bildungseinrichtungen angebotenen Fernkursen verglichen werden.

VI. Ausblick

Die Meinung in der Rechtsprechung scheint sich zu Lasten (vermeintlich) geschädigter Seminarteilnehmer zu wandeln. Möglicherweise verbessert sich deren Rechtsposition, wenn diese die von den Anbietern verwendeten Vertragswerke auf unwirksame AGB-Klauseln überprüfen. Denn die Verwendung von AGB, die den Gegner gemäß § 307 BGB unangemessen benachteiligen oder gegen ein Klauselverbot der §§ 308 und 309 BGB verstoßen, stellt eine Verletzung vorvertraglicher Rücksichtnahmepflichten gegenüber dem Vertragspartner dar und kann folglich eine Haftung aus culpa in contrahendo begründen.⁷³⁾ Der Kunde kann in diesem Fall vom Verwender verlangen, so gestellt zu werden, als wäre die unwirksame Klausel nicht verwendet worden; hingegen besteht kein Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als hätte der Verwender eine wirksame Klausel einbezogen.⁷⁴⁾ Soweit die Verwendung solcher AGB einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2, § 3 Abs. 3 i. V. m. Anh. Nr. 1-31, § 4a Abs. 1, § 5 Abs. 1 oder § 5a UWG erfüllen, kann ein Kunde, der Verbraucher ist, ein Schadensersatzanspruch gem. § 9 Abs. 2 UWG zustehen. In diesem Fall kann er nach richtiger Ansicht die Rückabwicklung des Vertrages verlangen.⁷⁵⁾

71) LG München I, 12.02.2024 – 29 O 12157/23, openJur 2024, 1441; nachfolgend OLG München, 16.05.2024 – 3 U 984/24 e, n. v.

72) OLG Hamburg, 20.02.2024 – 10 U 44/23, WRP 2024, 500, 502, Rn. 21 ff.

73) BGH, 12.01.2011 – VIII ZR 6/10, BeckRS 2011, 3773 Rn. 2; Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 306 Rn. 19.

74) BGH, 12.01.2011 – VIII ZR 6/10 BeckRS 2011 Rn. 2; s. dazu Graf v. Westphalen, NJW 2012, 2243, 2244; Fornasier in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 306 Rn. 50.

75) Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 42. Aufl. 2024, UWG § 9 Rn. 2.43; a. A. Alexander, WRP 2021, 136, Rn. 68 ff.

Prof. Dr. Maik Wolf, Erfurt*

Mogelpackungen im Zeitalter nachhaltiger Verbrauchervorstellungen

Zugleich Besprechung von BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23 – Hydra Energy**

INHALT

- I. Verbraucherleitbild und Mogelpackungen im Lauterkeitsrecht
 1. Ausgangslage
 2. Verbraucherleitbild und gesetzliche Nachhaltigkeitsstandards
 3. Relevanz der Irreführung im Internet
- II. Prüfung gemäß § 43 Abs. 2 MessEG
 1. Relative Mogelpackung erfasst?

2. Anwendbares Recht: § 43 Abs. 2 MessEG oder nur § 5 UWG?

III. Fazit

Mogelpackungen als Mittel der versteckten Preiserhöhung erzeugen Fehlvorstellungen beim Verbraucher und sind durch die Produktion unnötigen Verpackungsmülls ökologisch nicht nachhaltig. Der BGH hat die Entscheidung Hydra Energy zum Anlass genommen, Nachhaltigkeit als maßgebliches Beurteilungskriterium für die Verkaufsauffassung sowohl im stationären als auch im Online-Kauf zu stärken und damit die Anforderungen an die Aufmachung und den Vertrieb von Mogelpackungen zu verschärfen sowie ein Gegengewicht zur schleichenden „Shrinkflation“ zu schaffen. Die Entscheidung fügt sich damit in eine allgemeine Tendenz zur Aufwertung des Nachhaltigkeitsgedankens im Lauterkeitsrecht ein.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1158.

** Abgedruckt in WRP 2024, 933 ff.

I. Verbraucherleitbild und Mogelpackungen im Lauterkeitsrecht

1. Ausgangslage

- 1 Der BGH hatte mit der Entscheidung *Hydra Energy*¹⁾ wieder einmal über Mogelpackungen zu befinden²⁾ und entgegen beider Vorinstanzen³⁾ eine Irreführung der Verbraucher bejaht. In dem Fall ging es um eine nur zum Teil befüllte Waschgel tube, wobei nur der befüllte Abschnitt transparent, der Leerraum dagegen aufgrund einer Einfärbung nicht einsehbar war.
- 2 Mogelpackungen rufen durch ihre Aufmachung eine Fehlvorstellung über die Menge des Inhalts hervor, auch wenn die Angabe der Inhaltsmenge zutreffend ist. Weil die Verbraucher also durchaus in der Lage wären, die Inhaltsmenge präzise zu ermitteln, ist die Irreführung Folge eines Verzichts auf die intellektuelle Aufarbeitung dieser Informationen. Zwar ist von angemessen gut unterrichteten, aufmerksamen und kritischen Verbrauchern⁴⁾ grundsätzlich mehr als nur ein Flüchtigkeitseindruck zu verlangen. Dabei ist aber ein situationsadäquates Aufmerksamkeitsniveau im Kontext des realen Alltags anzulegen und die biologisch bedingten Fähigkeiten und Schwächen der Verbraucher dürfen nicht ausgeblendet werden.⁵⁾ Von Verbrauchern kann daher keine akribische Detailanalyse für jede einzelne Konsumententscheidung abverlangt werden, was schon vom zeitlichen Aufwand her nicht zumutbar ist. Vielmehr ist es sozialadäquat, sich von heuristischen Erfahrungswerten leiten zu lassen. Diese können auf im Verkehr üblichen Verpackungsstandards beruhen, so dass eine Verpackung mit einem deutlich größeren Leerraum als die der Mitbewerber einen Irrtum über die Füllmenge auslösen kann („absolute Mogelpackung“). Auch durch das bisherige Verhalten des Anbieters geschaffene Erfahrungswerte können enttäuscht werden, wenn dieser zur verdeckten Preissteigerung unter Beibehaltung der bisherigen Verpackung die Inhaltsmenge reduziert, bei gleichbleibender Füllmenge auf eine größere Packung wechselt oder sogar beide Strategien kombiniert („relative Mogelpackung“).
- 3 Wie sehr sich nun Verbraucher auf solche Heuristiken verlassen dürfen, ist anhand der jeweiligen Einzelfallumstände zu ermitteln, wobei die objektive Erkennbarkeit von Leerräumen sowie die Anreize des Verbrauchers zu entsprechenden Nachforschungen zu berücksichtigen sind. Bei leichterer Erkennbarkeit sinkt tendenziell die Geeignetheit zur Irreführung, d. h. bei sich haptisch offenbarenden Weich- im Gegensatz zu Hartverpackungen oder bei Sichtfenstern anders als bei blickdichten Umverpackungen, ebenso bei erkennbar⁶⁾ technisch bedingten Leerräumen zum Schutz der Produktintegrität wie bei Pralinen schachteln.⁷⁾ Darüber hinaus ist festzustellen, welche Anreize zur Nachforschung in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Bedeutung des Produktes für den Verbraucher bestehen. Bei einem routiniert konsumierten Alltagsprodukt, z. B. bei Butter, wären sich immer wiederholende Produktprüfungen ineffizient, während beim Einkauf eines besonders hochpreisigen Produktes, wie bei hochwertigen Luxuskosmetika, eine vertiefere Befassung mit dem Produkt und seiner Aufmachung im Einzelfall

erwartet werden darf. Dabei ist ein durchschnittlicher Verbraucher anzulegen, nicht der finanziell potente Ausnahmekonsument, der auch in hochpreisigen Kategorien im Wege routinierter Abstraktion einkauft.⁸⁾ Von diesen Feststellungen hängt letztlich ab, welche Anstrengungen unternommen werden müssen, um z. B. durch aufklärende Hinweise die Fehlvorstellung zu neutralisieren.⁹⁾

Die zur Beurteilung der Irreführungsgefahr maßgebliche Verkehrsauffassung unterliegt einem ständigen Entwicklungsprozess. Eine hartnäckige Shrinkflation¹⁰⁾ könnte daher zu einer schleichenden Gewöhnung der Verbraucher an „luftige“ Verpackungsstrategien führen und so nach und nach das Verkehrsverständnis beeinflussen.¹¹⁾ Derzeit erwartet der Verkehr nach Auffassung des BGH bei Alltagsprodukten, dass die Verpackung in einem angemessenen Verhältnis zu der darin enthaltenen Füllmenge des Produktes steht, d. h. eine Füllmenge von jedenfalls deutlich mehr als zwei Dritteln.¹²⁾ Eine irreführende Mogelpackung sei regelmäßig indiziert, wenn das Füllvolumen weniger als 70% des Verpackungsvolumens betrage.¹³⁾ Doch schon jetzt werden hiervon auch bei Alltagsprodukten Ausnahmen gemacht. Bei einigen Produkten steht das Inhaltsvolumen generell nicht im Vordergrund, sondern die Nutzbarkeit.¹⁴⁾ Bei anderen Produkten können technisch bedingte Gründe eine geringere Befüllung rechtfertigen, was durch den technischen Fortschritt beeinflusst wird.¹⁵⁾ Die 70%-Regel des BGH kann eine entsprechende Einzelfallprüfung nicht ersetzen. Insoweit überzeugt ihre Ableitung aus den zu § 17a EichG 1976 aufgestellten Verwaltungsrichtlinien nicht,¹⁶⁾ die zwar für die Rechtssicherheit behördlicher Verwaltungsentscheidungen förderlich sein können, aber wegen ihrer Pauschalität in einem Konflikt mit dem Wirtschaftsverkehr als real-empirischem Bezugspunkt des Lauterkeitsrechts ebenso wie mit dem unionsrechtlichen Verbraucherleitbild stehen, wenn man nicht einen rein normativen Maßstab zur Ermittlung der Verkehrsauffassung anwendet.¹⁷⁾ Der für die Ermittlung der Verkehrsauffassung maßgebliche Erwartungshorizont der Verbraucher ist also veränderbar.

2. Verbraucherleitbild und gesetzliche Nachhaltigkeitsstandards

Einer Gewöhnung des Verbrauchers an ein wachsendes Missverhältnis zwischen Füllmenge und Verpackungsgröße steht jedoch das wachsende Bewusstsein der Verbraucher für ökologische Nachhaltigkeit gegenüber.¹⁸⁾ Die Bedeutung ökologischer Nachhaltigkeit als Werbefaktor wird vom BGH bereits seit langem betont. So geht er seit Ende der 1980er Jahre davon aus, dass sich infolge der allgemeinen Anerkennung der Umwelt als eines wertvollen und schutzbedürftigen Guts zunehmend ein verstärktes Umweltbewusstsein entwickelt hat und infolgedessen der

1) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 – Hydra Energy.

2) Zuletzt BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413 – Tiegelgröße.

3) OLG Düsseldorf, 23.03.2023 – 20 U 176/21, GRUR-RR 2024, 29; LG Düsseldorf, 30.11.2021 – 37 O 42/20, juris; eine Irreführung bejahend dagegen die Parallelentscheidung gegen die deutsche Produktionsgesellschaft des LG Karlsruhe, 17.8.2023 – 13 O 19/20, GRUR-RS 2023, 45579.

4) Erwägungsgrund 18 UGP-RL 2005/29/EG.

5) Vgl. BGH, 22.07.2021 – I ZR 123/20, WRP 2021, 1441 Rn. 16 – Vorstandsabteilung.

6) Siehe bereits KG, 21.01.1983 – 5 U 6040/82, GRUR 1983, 591, 592.

7) BGH, 30.10.1981 – I ZR 156/79, BGHZ 82, 138, 142 f. – Kippdeckeldose.

8) Ausführlich dazu *Wolf/Psalidaki*, WRP 2021, 447 Rn. 3 ff.

9) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 33 – Hydra Energy, m. w. N.

10) Zum Begriff *Witzmann*, GRUR-Prax 2022, 651; *Roffael*, LMuR 2024, 198.

11) Siehe BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 412 Rn. 47 – Tiegelgröße.

12) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 31 – Hydra Energy.

13) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 26 f. – Hydra Energy.

14) OLG Hamburg, 09.11.2017 – 3 U 246/16, BeckRS 2017, 148077 Rn. 74, 77.

15) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 20, 31, 61 – Hydra Energy; BGH, 30.10.1981 – I ZR 156/79, BGHZ 82, 138, 142 f. – Kippdeckeldose.

16) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 26 – Hydra Energy.

17) So *Dreyer*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, 5. Aufl. 2021, UWG § 5 Rn. 1417 f.

18) Vgl. zum dreidimensionalen Nachhaltigkeitsbegriff, wie er bereits 1987 im Brundtland-Report und 2015 in der UN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung genutzt wird, Resolution der Generalversammlung, verabschiedet am 25.09.2015, 70/1. Transformation unserer Welt: die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, A/RES/70/1, S. 3 (Rn. 2); zur uneinheitlichen Verwendung des Nachhaltigkeitsbegriff im deutschen Recht *Ronellenfisch*, NVwZ 2006, 385 ff.; kritisch *Kersten*, NVwZ 2024, 614; *Demuth/Kreutz*, WRP 2024, 896 ff.

Wolf, Mogelpackungen im Zeitalter nachhaltiger Verbrauchervorstellungen

Verkehr vielfach umweltverträgliche Waren und Leistungen bevorzugt.¹⁹⁾ Auf die Motive hierfür kommt es nicht an. Inwieweit also die vom BGH betonte emotionale Bedeutung des Erhalts der Umwelt für die nächsten Generationen trägt, mag dahingestellt bleiben. Es besteht jedenfalls eine enge Verknüpfung zwischen der Bewertung der Verbraucher von Mogelpackungen und dem Bewusstsein für Nachhaltigkeit. In der Entscheidung Tiegelgröße wies der BGH hinsichtlich der Irreführungsrelevanz deshalb darauf hin, dass viele Verbraucher ihre Kaufentscheidung erfahrungsgemäß an ökologischen Kriterien ausrichten und deshalb unverhältnismäßig große Umverpackungen wegen unnötiger Müllverursachung ablehnen.²⁰⁾ In der Entscheidung Hydra Energy geht der BGH nun noch einen Schritt weiter, indem er bereits in der Bestimmung der maßgeblichen Verkehrsauffassung einen entsprechenden ökologischen Erwartungshorizont des Verbrauchers anerkennt. Gestützt wird diese Erwartungshaltung des Verbrauchers nicht nur durch eine generelle ökologische Grundausrichtung von Produkten und deren Werbung, welche ganz neue Gefahren hervorruft.²¹⁾ Diese wird vielmehr nach Auffassung des BGH auch durch die Rechtsordnung geprägt, die von den Unternehmen möglichst abfallvermeidende und ressourcenschonende Verpackungen verlangt, was der kundige Verbraucher dementsprechend erwarten darf.²²⁾

- 6 Für Verbraucher wird die ökologische Nachhaltigkeit von Produkten hinsichtlich Inhalt, Produktion, Vertriebsweg²³⁾ und Verpackung immer mehr zum Standard. Dadurch wächst die Erwartungshaltung gegenüber Unternehmen ebenso wie sich das Umweltbewusstsein ausdifferenziert,²⁴⁾ was auch die Anforderungen steigen lässt, unter denen die hinter Mogelpackungen stehenden Marketingstrategien eine Irreführung noch vermeiden können. Die vom BGH vorgenommene Verknüpfung zwischen der auf nachhaltiges Wirtschaften ausgerichteten Rechtsordnung einerseits und dem Verbraucherleitbild andererseits erzeugt dabei ein bedeutendes Gegengewicht zu etwaigen empirischen Gewöhnungseffekten des Verkehrs an die Verbreitung von Mogelpackungen. Das zwingt Unternehmen, sich entweder klarer zu verschwenderischen Verpackungsstrategien zu bekennen oder diese zu unterlassen und verhindert mittelfristig, dass ein Durchsetzungsdefizit bei der Bekämpfung von Mogelpackungen die Verbrauchererwartung absenkt. Dazu bedarf es nicht einmal des Rückgriffs auf ein rein normatives Verbraucherleitbild, bei dem eine direkte Verknüpfung zwischen den Wertungen der Rechtsordnung und der Verkehrsauffassung besteht.²⁵⁾ Vielmehr werden die Verbraucher in einer durch Gesetze geprägten Wirklichkeit letztlich durch diese auch empirisch-real beeinflusst. Aufgrund der prognostischen Elemente bei der Feststellung der Verkehrsauffassung kann zudem eine dem Gesetzes-

zweck entsprechende Wirkungserwartung unterstellt werden, ohne den empirischen Gehalt des Verbraucherleitbildes aufzugeben.

3. Relevanz der Irreführung im Internet

Die zunehmende Verlagerung des Alltagskonsums in den Online-Verkehr wirft neue Fragen auch für die Beurteilung von Mogelpackungen auf. Denn die für Mogelpackungen im stationären Verkauf maßgeblichen optischen und haptischen Wahrnehmungsfaktoren kommen beim Online-Vertrieb nicht mehr direkt zum Tragen. Das Produkt lässt sich nicht anfassen und man kann dessen Größe häufig nicht abschätzen, sofern es bildlich nicht in Relation zu bekannten Objekten gestellt wird.²⁶⁾ Im reinen Internetvertrieb könnte daher der Mengenangabe als den virtuellen Raum überwindende, objektiv eindeutige Angabe eine größere Relevanz zukommen als im stationären Handel, wo sie durch haptische und optische Heuristiken überlagert werden.

In der Hydra Energy Entscheidung kam der BGH zu einem gegenteiligen Ergebnis, indem er den stationären und den Online-Vertrieb gleich behandelte. Die Begründung wirft Fragen auf, auch wenn sie im Ergebnis überzeugt. Zunächst einmal kann ein Irrtum über die relative Füllmenge auch bei der reinen Online-Konfrontation im Internet auftreten. Hierbei ist es gleichgültig, welche Vorstellung der Verbraucher von der absoluten Größe oder Form des Produktes hat. Die wettbewerbliche Relevanz dieses Irrtums, d. h. die Geeignetheit zur Beeinflussung i. S. d. § 5 Abs. 1 UWG, kann jedoch durchaus fraglich erscheinen. Der BGH bejaht diese im Ergebnis anhand der gleichen Maßstäbe wie zur Bestimmung der Spürbarkeit i. S. d. § 3a UWG.²⁷⁾ Es liege nach seiner Auffassung auf der Hand, dass ein Irrtum darüber für die Verbraucherentscheidung relevant sei,²⁸⁾ weil die Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung beeinträchtigt werde, wobei auf die Entscheidung Tiegelgröße verwiesen wird.²⁹⁾ Dort hatte der Senat allerdings zwischen der Relevanz in Bezug auf das Preisbewusstsein einerseits und in Bezug auf das Umweltbewusstsein andererseits klar unterschieden.

Einfach zu bejahen ist die Relevanz im Hinblick auf das Umweltbewusstsein. Eine zu geringe relative Füllmenge würde die Verbraucher in ihrer Entscheidung anhand ökologischer Kriterien beeinträchtigen, insbesondere die Möglichkeit zur Ablehnung von Produkten, die wegen unverhältnismäßig großer Umverpackungen unnötigen Müll verursachen.³⁰⁾ Insoweit überzeugt die vorinstanzliche Auffassung des OLG Düsseldorf nicht, welches dafür eine besonders ausgeprägte, fast schon kompromisslose ökologische Grundeinstellung verlangt, die zu einer gesicherten Ablehnung solcher Verpackungen durch die Verbraucher führen würde.³¹⁾ Ausreichend ist vielmehr, dass Verbraucher diese Information in ihre Entscheidung einbeziehen, wie auch immer diese dann im Kontext anderer kaufrelevanter Entscheidungskriterien wie dem Preis ausfallen mag. Ausgehend von der Intensität des politischen, sozialen und auch im Wirtschaftsverkehr (z. B. über die Werbung) kommunizierten Diskurses über ökologische Nachhaltigkeit,³²⁾ kann heute jedenfalls nicht mehr davon ausgegangen werden, dass diese Umstände für die Verbraucher lediglich eine ganz unwesentliche Bedeutung haben.³³⁾

19) BGH, 20.10.1988 – I ZR 219/87, BGHZ 105, 277, 280 – Umweltengel; BGH, 04.10.1990 – I ZR 39/89, WRP 1991, 159, 160 – Zuanlasur; BGH, 23.05.1996 – ZR 76/94, WRP 1996, 1156, 1158 – PVC-frei; BGH, 09.06.1994 – I ZR 116/92, WRP 1994, 615, 616 – Unipor-Ziegel; BGH, 20.10.1988 – I ZR 238/87, GRUR 1991, 546, 547 – Aus Altpapier; BGH, 18.10.1990 – I ZR 113/89, BGHZ 112, 311, 314 – Biowerbung mit Fahrpreiserstattung; vgl. auch BGH, 14.12.1995 – I ZR 213/93, WRP 1996, 290, 292 – Umweltfreundliches Bauen; BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413 Rn. 35 – Tiegelgröße; BGH, 27.06.2024 – I ZR 98/23, WRP 2024, 928 Rn. 25 – klimaneutral.

20) BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 413 Rn. 35 – Tiegelgröße.

21) Vgl. EmpCo-RL (EU) 2024/825, insb. Art. 1 zur Änderung der UGP-RL EU-RL hinsichtlich des Greenwashing; siehe auch zur geplanten Green-Claims-RL den Vorschlag der Kommission v. 22.03.2023, COM(2023)0166 final, mit der Entscheidung des EU-Parlaments v. 12.03.2024 – T9-0131/2024; siehe auch *Soppe/Fuchs*, WRP 2022, 1338, 1343; *Glöckner*, WRP 2023, 1155 ff.; *Meisterernst/Sosnitzka*, WRP 2023, 771 ff.; *Alexander*, WRP 2022, 657 ff.

22) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 24; in Anknüpfung an *Wolf/Psallidaki*, WRP 2021, 447 Rn. 11 f.

23) Vgl. LkSG, RL (EU) 2024/1760 (CSDDD).

24) Vgl. OLG Stuttgart, 25.10.2018 – 2 U 48/18, WRP 2019, 509 Rn. 89 – Ocean bottle.

25) Für ein solches z. B. *Dreyer*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG (Fn. 17) § 5 Rn. 152.

26) Anders vielleicht zukünftig im Metaverse, vgl. dazu *Kaulartz/Schmid/Müller-Eising*, RDi 2022, 521.

27) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 46 f., 66 – Hydra Energy.

28) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 47, 66 – Hydra Energy.

29) BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 412 Rn. 36 – Tiegelgröße.

30) BGH, 11.10.2017 – I ZR 78/16, WRP 2018, 412 Rn. 35 – Tiegelgröße; LG Karlsruhe, 17.08.2023 – 13 O 19/20, GRUR-RS 2023, 45579 Rn. 36.

31) OLG Düsseldorf, 23.03.2023 – 20 U 176/21, GRUR-RR 2024, 25.

32) Dazu *Demuth/Kreutz*, WRP 2024, 896, 897 f.

33) Zu dieser Interpretation der Relevanzschwelle BGH, 06.06.2019 – I ZR 216/17, GRUR 2019, 1202 Rn. 23 – Identitätsdiebstahl.

Wolf, Mogelpackungen im Zeitalter nachhaltiger Verbrauchervorstellungen

Wird dahingehend eine informierte Entscheidung abgeschnitten, ist daher von der Eignung zur Beeinflussung i. S. d. § 5 UWG auszugehen.³⁴⁾

- 10 Nicht ganz so eindeutig ist die Beurteilung der Relevanz für das Preisbewusstsein der Verbraucher im Online-Verkehr. Im stationären Handel führt der Täuschungseffekt einer Mogelpackung dazu, dass Verbraucher in Anbetracht der absoluten Größe mehr erwarten, als tatsächlich enthalten ist, was ihre Preiseinschätzung beeinflusst.³⁵⁾ Beim Online-Vertrieb kann jedoch die absolute Größe anhand der bildlichen Darstellung häufig nicht richtig eingeschätzt werden. Das ändert zwar nichts an der Möglichkeit eines Irrtums hinsichtlich der Befüllmenge. Die Verpackung kann aber eben auch größer oder kleiner sein, mit jeweils unterschiedlichem Freiraum und unterschiedlicher Füllmenge, folglich ohne Einfluss auf das Preis-Mengen-Gefühl der Verbraucher.³⁶⁾ Der heuristische Effekt sinnlicher Erfahrungswerte schlägt folglich nicht mehr direkt auf das Preisgefühl durch, so dass eine über ökologische Gesichtspunkte hinausgehende Relevanz (s. o.) fraglich erscheint. Der vom BGH vorgenommenen Übertragung der für den stationären Handel entwickelten Relevanzkriterien auf den Online-Verkauf ist dennoch zuzustimmen. Denn neben der Möglichkeit des gleichzeitigen stationären Vertriebs³⁷⁾ besteht jedenfalls – selbst bei ausschließlich online gehandelten Produkten – die Gefahr eines stationären Weitervertriebs. Außerdem muss den online einkaufenden Verbrauchern kein Erstkontakt unterstellt werden. Sie könnten das Produkt bereits einmal gesehen, vielleicht selbst erworben haben (die Mogelei vielleicht nicht einmal bemerkt haben), was die Übertragung des früheren stationären Sinneseindrucks auf die Online-Kauf-Erfahrung nahelegt. Aufgrund der hohen Wahrscheinlichkeit solcher Geschehensabläufe bedürfte es hierfür auch keiner besonderen tatsächlichen Feststellungen im Verfahren. Folglich hat der Hersteller die Pflicht, der Irreführungsgefahr im Rahmen der Produktgestaltung (z. B. durch aufklärende Hinweise) entgegenzuwirken und auch ein Online-Anbieter nimmt, wenn sein Angebot der Irreführung nicht entgegenwirkt, an dieser Gefahrverursachung teil.³⁸⁾

II. Prüfung gemäß § 43 Abs. 2 MessEG

1. Relative Mogelpackung erfasst?

- 11 Auch wenn der BGH seine Entscheidung letztlich auf § 5 UWG stützte, prüfte er zunächst umfassend § 43 Abs. 2 MessEG, bejahte aber aufgrund ihres weitgehenden Gleichlaufs die Irreführungsgefahr für beide Regelungen gemeinsam.³⁹⁾ Für den Beurteilungsmaßstab des § 43 Abs. 2 MessEG betonte der BGH noch einmal besonders, dass es nur auf die konkrete Verpackung selbst ankomme, nicht dagegen auf Konkurrenzprodukte oder Vorgängerprodukte.⁴⁰⁾ Teilweise wurde in der Vergangenheit daraus der Schluss gezogen, dass § 43 Abs. 2 MessEG nicht auf absolute Mogelpackungen anwendbar sei.⁴¹⁾ Allerdings lässt sich diese Auffassung nicht mehr aufrechterhalten, soweit man

mit dem BGH an die allgemeinen, auch für § 5 UWG geltenden Grundsätze zur Bestimmung der Verkehrsauffassung anknüpft.⁴²⁾ Denn danach dürfen nicht willkürlich Umstände ausgeblendet werden, welche die Verkehrsauffassung mitgeprägt haben.⁴³⁾ Folglich muss eine Irreführung bejaht werden, wenn die Erwartungshaltung der Verbraucher enttäuscht wird, wobei es nicht entscheidend ist, ob diese Erwartungshaltung durch einen Kontakt mit Vorgängerpackungen oder durch sonstige Umstände geprägt wurde.⁴⁴⁾ Der zu bestimmende objektive Betrachter ergibt sich gerade nicht aus der Verpackung selbst, sondern ist mit ihr zu konfrontieren. Dabei sind als Bezugspunkt die gleichen Verbraucher wie bei der Prüfung nach § 5 UWG zugrunde zu legen.⁴⁵⁾

2. Anwendbares Recht: § 43 Abs. 2 MessEG oder nur § 5 UWG?

Fraglich erscheint jedoch der verbleibende Anwendungsbereich von § 43 Abs. 2 MessEG. Abweichend von seiner bisherigen Judikatur kam der BGH zu dem Schluss, dass § 43 Abs. 2 MessEG i. V. m. § 3a UWG aufgrund der vollharmonisierenden Wirkung der UGP-RL neben § 5 UWG nicht anwendbar sei, da er ebenfalls die allgemeine Gefahr einer Irreführung der Verbraucher adressiere und nicht durch einen der Anwendungsvorbehalte des Art. 3 UGP-RL gedeckt sei. Diese Einschätzung überzeugt im Ergebnis⁴⁶⁾ und führt die Linie des BGH aus Knuspermüsli II⁴⁷⁾ fort.⁴⁸⁾ Anders als § 43 Abs. 1 MessEG, welcher der Umsetzung der RL 76/211/EWG dient,⁴⁹⁾ ist § 43 Abs. 2 MessEG eine nationale Norm mit einer allgemeinen Verkehrsschutzfunktion. Sie ist weder auf die besondere Gefährlichkeit spezifischer Produkte noch sonstiger besonderer Gefahrenquellen bezogen, was auch in der Rechtsprechung zur inhaltlich entsprechenden Vorgängerregelung des § 7 Abs. 2 EichG 1992⁵⁰⁾ bzw. § 17a EichG 1976⁵¹⁾ ein Argument für den Gleichlauf mit dem lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbot war,⁵²⁾ im Kontext der UGP-RL aber den Vollharmonisierungszwang auslöst. Die Konfliktlage zur UGP-RL folgt dabei aus den zusätzlichen Tatbestandsmerkmalen des § 43 Abs. 2 MessEG, wie die Voraussetzung einer Fertigverpackung und der Bereitstellung auf dem Markt, was den Anwendungsbereich unzulässig verfälschen kann,⁵³⁾ während andererseits erweiternd bereits die Herstellung als solche erfasst wird,⁵⁴⁾ ebenso aus dem einschränkenden Spürbarkeitsanfordernis i. S. d. § 3a UWG⁵⁵⁾ und der Nichtanwendung des Schadensersatzanspruches i. S. d. § 9 Abs. 2 UWG für Verbraucher in den Fällen des § 3a UWG.⁵⁶⁾ Im Rahmen des Private Enforcement kann § 43 Abs. 2 MessEG folglich neben §§ 5 ff. UWG keine eigenständige Wirkung mehr entfalten.

Es stellt sich die Anschlussfrage, inwieweit die Verdrängungswirkung des § 5 UWG auch die Möglichkeit einer behördlichen Aufsichtsmaßnahme gemäß § 50 Abs. 2 MessEG oder die Sanktion als Ordnungswidrigkeit i. S. d. § 60 Abs. 1 Nr. 22 MessEG

34) Vgl. auch BGH, 27.06.2024 – I ZR 98/23, WRP 2024, 928 Rn. 43 – klimaneutral.

35) LG Karlsruhe, 17.8.2023 – 13 O 19/20, GRUR-RS 2023, 45579 Rn. 35.

36) Deshalb vorinstanzlich die Verbraucherrelevanz ablehnend OLG Düsseldorf, 23.3.2023 – 20 U 176/21, GRUR-RR 2024, 20.

37) Darauf hinweisend im Parallelverfahren LG Karlsruhe, 17.08.2023 – 13 O 19/20, GRUR-RS 2023, 45579 Rn. 34.

38) Dazu Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 42. Aufl. 2024, UWG § 8 Rn. 2.15 ff.; vgl. zur Verantwortlichkeit des stationären Handels Wolf/Psalidaki, WRP 2021, 447 Rn. 31 ff.

39) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 17–37, 61 – Hydra Energy.

40) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 21 – Hydra Energy.

41) 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; für die Erfassung der relativen Mogelpackung: Rathke, in: Sosnitzer/Meisterernst-Lebensmittel, 188. EL November 2023, MessEG § 43 Rn. 44; Wolf/Psalidaki, WRP 2021, 441 Rn. 22 ff.

42) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 19 – Hydra Energy.

43) Dazu Wolf/Psalidaki, WRP 2021, 447 Rn. 22–26 m. w. N.; vgl. auch KG, 19.07.1994 – 2 Ss 169/93, LMRR 1994, 43.

44) I. E. auch LG Frankfurt a. M., 18.04.2001 – 3/8 O 165/00, GRUR-RR 2002, 80, 81 – Tipp-Ex Rapid; OLG Hamburg, 14.04.2004 – 5 U 127/03, GRUR-RR 2004, 263 ff. – Kaffeepads.

45) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 19 f. – Hydra Energy.

46) Anders noch Wolf/Psalidaki, WRP 2021, 447 Rn. 16.

47) BGH, 07.04.2022 – I ZR 143/19, WRP 2022, 847 Rn. 16 ff. – Knuspermüsli II.

48) Vgl. Peifer, jurisPR-WettbR 7/2024 Anm. 1.

49) OVG Münster, 24.05.2024 – 4 A 779/23, BeckRS 2024, 11160 Rn. 35.

50) BGBl. I 1992 Nr. 17, S. 711.

51) BGBl. I 1976 Nr. 7, S. 141.

52) BGH, 30.10.1981 – I ZR 156/79, BGHZ 82, 138, 142 – Kippdeckeldose.

53) BGH, 29.05.2024 – I ZR 43/23, WRP 2024, 933 Rn. 52 – Hydra Energy.

54) LG Karlsruhe, 17.8.2023 – 13 O 19/20, GRUR-RS 2023, 45579 Rn. 39.

55) Peifer, jurisPR-WettbR 7/2024 Anm. 1.

56) Dazu BGH, 07.04.2022 – I ZR 143/19, WRP 2022, 847 Rn. 14 ff. – Knuspermüsli II.

erfasst, wobei es für letzteres noch einer konkretisierenden Verordnung i. S. d. § 44 Abs. 1 Nr. 11 MessEG bedürfte.⁵⁷⁾ Die Entscheidung des BGH lässt nach Ansicht des Verf. Raum für ein auf § 43 Abs. 2 MessEG gestütztes Public Enforcement. Dabei ist zu berücksichtigen, dass anders als bei einer EU-Verordnung nicht das unionsrechtliche Normwiederholungsverbot greift.⁵⁸⁾ Vielmehr besteht ein Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten, was eine gesetzestechnische Aufspreizung des Irreführungsverbots der UGP-RL grundsätzlich zulässt. Deshalb ließe sich § 43 Abs. 2 MessEG in der Verknüpfung mit dem Durchsetzungs- und Sanktionsapparat des MessEG als zulässig begrenztes Public Enforcement für ausgewählte Fälle der von § 5 UWG erfassten Irreführung begreifen, wobei die Auslegungsmaßstäbe und Grenzen der UGP-RL zu beachten sind. Denn die Einführung eines Public Enforcement ist den Mitgliedstaaten nach der UGP-RL freigestellt, sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch der Ausgestaltung, sofern die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind (Art. 13 Abs. 1 UGP-RL). Behördliche Durchsetzungskompetenzen und eine Sanktion als Ordnungswidrigkeit, auch wenn diese sich auf einzelne Verhaltensweisen beschränken, sind damit grundsätzlich vereinbar.⁵⁹⁾ Allerdings bedürfte es vermutlich noch einer Mitteilung an die Europäische Kommission i. S. d. Art. 13 Abs. 5 UGP-RL über die lauterkeitsrechtliche Funktion dieser Regelungen.

III. Fazit

Mogelpackungen scheinen sich als Phänomen einer allgemeinen „Shrinkflation“ zu etablieren. Trotzdem kommt es vorerst nicht zu einer Gewöhnung des Verkehrs an eine steigende Diskrepanz zwischen Verpackungsvolumen und Inhaltsmenge. Gegenläufig ist das steigende Umweltbewusstsein der Verbraucher, welches empirisch nachvollziehbar und gesetzlich vorstrukturiert ist. Unternehmen, die sich durch Produktion unnötigen Verpackungsmülls gegenläufig zum allgemeinen ökologischen Nachhaltigkeitstrend verhalten, unterliegen daher besonders hohen Anforderungen, wollen sie die berechnete Erwartungshaltung der Verbraucher an umweltbewusstes Unternehmensverhalten nicht enttäuschen. Diese Erwartungshaltung besteht auch beim Online-Einkauf und trifft neben Herstellern auch Händler. § 43 Abs. 2 MessEG hat dabei neben § 5 UWG kaum noch praktische Relevanz.

57) Rathke, in: Sosnitzer/Meisterernst-LebensmittelR (Fn. 41), MessEG § 43 Rn. 65.

58) Vgl. EuGH, 07.02.1979 – 39/72, ECLI:EU:C:1973:13, Rn. 17 – Kommission/Italien; EuGH, 10.10.1979 – 34/73, ECLI:EU:C:1973:101, Rn. 9-11 – Variola; Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 Rn. 43.

59) Vgl. Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherschutzes, 2018, S. 266 ff.; vgl. dazu auch Wolf, WRP 2019, 283 ff.

RECHTSPRECHUNG

Wettbewerbsrecht/Datenschutzrecht

Meta Platforms Ireland/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband

DSGVO Art. 12 Abs. 1 S. 1, Art. 13 Abs. 1 Buchst. c und e, Art. 80 Abs. 2; UKlaG § 2; UWG §§ 3 Abs. 1, 3a, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3

EuGH, Urteil vom 11.07.2024 – C-757/22

ECLI:EU:C:2024:598

Art. 80 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) ist dahin auszulegen, dass die Voraussetzung, wonach eine befugte Einrichtung, um eine Verbandsklage im Sinne dieser Bestimmung erheben zu können, geltend machen muss, dass ihres Erachtens die in dieser Verordnung vorgesehenen Rechte einer betroffenen Person „infolge einer Verarbeitung“ im Sinne dieser Bestimmung verletzt wurden, erfüllt ist, wenn sich diese Einrichtung darauf beruft, dass die Verletzung der Rechte dieser Person anlässlich einer Verarbeitung personenbezogener Daten geschieht und auf einer Missachtung der Pflicht beruht, die dem Verantwortlichen gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 1 und Art. 13 Abs. 1 Buchst. c und e der Verordnung obliegt, der betroffenen Person spätestens bei dieser Datenerhebung Informationen über den Zweck der

Datenverarbeitung und die Empfänger der Daten in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln.

Urteil

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 80 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. 2016, L 119, S. 1, im Folgenden: DSGVO) in Verbindung mit deren Art. 12 Abs. 1 S. 1 und Art. 13 Abs. 1 Buchst. c und e.

Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Meta Platforms Ireland Ltd, vormals Facebook Ireland Ltd, deren Sitz sich in Irland befindet, und dem Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (Deutschland) (im Folgenden: Bundesverband) wegen eines Verstoßes von Meta Platforms Ireland gegen die deutschen Rechtsvorschriften über den Schutz personenbezogener Daten, der zugleich eine unlautere Geschäftspraxis, einen Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz und einen Verstoß gegen das Verbot der Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen darstelle.

Rechtlicher Rahmen

(...)