YVES ROCHER

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MARCO DARMON
vom 15. September 1992 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Verstößt eine innerstaatliche Regelung, die die Werbung mit Gegenüberstellungen von zu verschiedenen Zeiten für dasselbe Erzeugnis verlangten Preisen verbietet, soweit diese Preisangaben „blickfangmäßig" herausgestellt werden, gegen Artikel 30 EWG-Vertrag? Dies ist im Kern die Frage, die Ihnen der Bundesgerichtshof vorgelegt hat.

2. Dieser Frage liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Yves Rocher GmbH verkauft in Deutschland hauptsächlich im Versandhandel kosmetische Artikel, die sie von ihrer Muttergesellschaft, der französischen Firma Yves Rocher bezieht. Die Muttergesellschaft konzipiert die Werbung für die meisten Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einheitlich und setzt als Werbeträger Kataloge und Verkaufsprospekte ein. So enthielt ein in Deutschland verteilter Prospekt unter der Überschrift „Sparen Sie bis zu 50 % und mehr bei 99 Yves-Rocher-Favoriten" neben dem früheren Preis in normaler Schriftgröße, der durchgestrichen war, den neuen, niedrigeren Preis des Erzeugnisses, der groß und in einem auffallenden Rotton dargestellt war [1].

3. Der Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e. V. erhob gegen die Yves Rocher GmbH Unterlassungsklage [2] mit der Begründung, die fragliche Werbung verstoße gegen das deutsche Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

4. § 6e des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (nachstehend: UWG) bestimmt in der Fassung des Gesetzes vom 25. Juli 1986 folgendes:

„(1) Wer im geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, die tatsächlich geforderten Preise für einzelne aus dem gesamten Angebot hervorgehobene Waren oder gewerbliche Leistungen höheren Preisen gegenüberstellt oder Preissenkungen um einen bestimmten Betrag oder Vomhundertsatz ankündigt und dabei den Eindruck erweckt, daß er die höheren Preise früher gefordert hat, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

(2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden

* Originalsprache: Deutsch.

1 — Siehe Anlage 5 der Erklärungen der Firma Yves Rocher.

2 — Die Unterlassungsklage kann zu einem vollständigen gerichtlichen Verbot der beanstandeten Werbung führen.

1. auf Preisauszeichnungen, die nicht blickfangmäßig herausgestellt werden,

2. wenn ohne blickfangmäßige Herausstellung auf einen höheren Preis Bezug genommen wird, der in einem früheren Katalog oder einem ähnlichen, das Angebot in einem Waren- oder Dienstleistungsbereich umfassenden Verkaufsprospekt enthalten ist,

...“

5. Da das Landgericht der Auffassung war, daß der neue Preis blickfangmäßig herausgestellt worden sei, gab es der Unterlassungsklage statt.

6. Dagegen vertrat das Berufungsgericht die Ansicht, daß die Yves Rocher GmbH sich auf die Ausnahme des § 6e Absatz 2 Nr. 2 UWG berufen könne.

7. Der Bundesgerichtshof, bei dem dagegen Revision eingelegt wurde, sieht als gegeben an, daß (i) der neue Preis blickfangmäßig herausgestellt worden ist, (ii) die Ausnahmevorschrift des § 6e Absatz 2 Nr. 2 UWG nicht anwendbar ist und (iii) die beanstandete Werbung unter § 6e Absatz 1 UWG fällt [3].

8. Da der Bundesgerichtshof der Ansicht ist, daß der genannte Paragraph den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtige, hat er folgende Frage vorgelegt: Ist Artikel 30 EWG-Vertrag dahin auszulegen, daß er der Anwendung der Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaates A entgegensteht, welche einem in diesem Staat ansässigen Unternehmen, das aus dem Mitgliedstaat B eingeführte Waren nach Katalog oder Verkaufsprospekt im Versand vertreibt, die Werbung mit Preisen verbietet, bei welcher mit blickfangmäßiger Herausstellung des neuen Preises auf einen höheren Preis Bezug genommen wird, der in einem früheren Katalog oder Verkaufsprospekt enthalten ist? [4]

9. Zunächst möchte ich auf die außerordentlich genaue Formulierung der vom Bundesgerichtshof vorgelegten Frage hinweisen. Dem Gerichtshof wird nämlich nicht die Frage vorgelegt, ob das Verbot der Werbung mit Preisgegenüberstellungen im allgemeinen mit Artikel 30 EWG-Vertrag vereinbar ist, sondern ob das Verbot einer bestimmten Form einer solchen Werbung mit dieser Bestimmung vereinbar ist [5].

10. § 6e UWG, der den Bundesgerichtshof zu der Frage veranlaßt hat, läßt eine Unterlassungsklage gegen die Werbung mit Gegenüberstellungen des alten und des neuen Preises desselben Erzeugnisses grundsätzlich zu, *gleichgültig, ob die Angabe des alten Preises wahr ist oder nicht.*

11. Das genannte Verbot gilt nicht, wenn die Werbung keine blickfangmäßig herausgestellten Preisangaben enthält [6]. Wie die Vorbereitungsarbeiten zu dem Gesetz vom 25. Juli 1986 zur Änderung des UWG zeigen, soll den Einzelhändlern durch diese Ausnahme ermöglicht werden, bei einer Preissenkung den alten Preis durchzustreichen und den neuen Preis daneben zu schreiben, ohne ein neues Etikett anbringen zu müssen [7].

3 — Vorabentscheidungsersuchen, S. 4.

4 — Zu beachten ist, daß das vorlegende Gericht die Regelung im Auge hat, die diese Art der Werbung durch Preisgegenüberstellung verbietet, und nicht diejenige, die gegen diese Werbung eine Unterlassungsklage zuläßt, die zu einem gerichtlichen Verbot dieser Werbung führen kann.

5 — Man versteht nämlich im allgemeinen unter Vergleichswerbung die Werbung, bei der den Preisen eines Erzeugnisses diejenigen der Konkurrenz gegenübergestellt werden.

6 — § 6e Absatz 2 Nr. 1 UWG.

7 — Siehe Erklärungen der Beklagten, S. 11.

12. Eine zweite Ausnahme ist für die Katalogwerbung „ohne blickfangmäßige Herausstellung" vorgesehen [8]. So ist die Katalogwerbung mit Preisgegenüberstellungen unzulässig, wenn der neue Preis blickfangmäßig herausgestellt wird, gleichgültig, ob die angegebenen Preise richtig sind oder nicht. Dieses letztgenannte Verbot legt der Bundesgerichtshof Ihnen zur Prüfung vor. Mit anderen Worten, kann ein Mitgliedstaat eine *selbst ehrliche* Preisgegenüberstellung verbieten, weil sie so gestaltet ist, daß die Angabe des neuen Preises ins Auge springt?

13. Diese Form der Werbung regelt das Gemeinschaftsrecht nur, soweit es sich um *irreführende* Werbung handelt. Letztere ist Gegenstand der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung [9]. Der Bundesgerichtshof unterbreitet Ihnen eine Regelung, die Preisgegenüberstellungen verbietet, die *der Wahrheit entsprechen* können. Im übrigen möchte ich darauf hinweisen, daß ein Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über vergleichende Werbung und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung [10], die unter bestimmten Voraussetzungen die vergleichende Werbung zuläßt, noch nicht zu einem Ergebnis geführt hat. Der Vorschlag betrifft außerdem nicht die Werbung mit Gegenüberstellung der verschiedenen, aufeinanderfolgenden Preise für ein und dasselbe Erzeugnis [11].

14. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs ist es

„in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung der Herstellung und Vermarktung des in Rede stehenden Erzeugnisses ... Sache der Mitgliedstaaten, alle die Herstellung, den Vertrieb und den Verbrauch dieses Erzeugnisses betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen, vorausgesetzt allerdings, daß diese Vorschriften den innergemeinschaftlichen Handel nicht unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell behindern" [12].

15. Ergeben sich aus diesen Unterschieden der nationalen Regelungen Hemmnisse für den freien Warenverkehr, müssen diese

„hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen ... der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes" [13].

16. Ich werde zunächst untersuchen, ob eine Regelung wie die uns vom Bundesgerichtshof vorgelegte, die keine Diskriminierung der eingeführten Erzeugnisse enthält, weil die Werbung mit Preisgegenüberstellungen unabhängig vom Ursprung der Erzeugnisse, für die geworben wird, verboten ist, den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen kann.

17. Rechtsvorschriften zur Regelung der Werbung betreffen eine Dienstleistung. Sie wirken sich nicht unmittelbar auf die Einfuhr von Waren aus. Können sie den Umfang dieser Einfuhren dadurch beschränken, daß

8 — § 6e Absatz 2 Nr. 2 UWG. Hätte die französische Firma Yves Rocher ihre Werbung ohne „blickfangmäßige Herausstellung" gestaltet, wären ihre Preisgegenüberstellungen zulässig gewesen.

9 — ABl. L 250, S. 17.

10 — (KOM [91] 147 endg.), ABl. C 180 vom 11. Juli 1991, S. 14.

11 — Ebenda, Artikel 1.

12 — Urteil vom 26. Juni 1980 in der Rechtssache 788/79 (Strafverfahren gegen Gilli und Andres, Slg. 1980, 2071, Randnr. 5).

13 — Urteil vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 (Rewe, Slg. 1979, 649, Randnr. 8).

sie die Absatzmöglichkeiten der eingeführten Erzeugnisse beeinträchtigen?

18. Das in Artikel 30 EWG-Vertrag verankerte Verbot von Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes seit dem Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74, Staatsanwaltschaft/Dassonville [14], für jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist,

„den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder *mittelbar*, tatsächlich oder *potentiell* zu behindern" [15].

Es genügt, daß die Maßnahme objektiv geeignet ist, den Handel zu beeinträchtigen, ohne daß es des Nachweises bedarf, daß sie tatsächlich zu einer Verringerung der Einfuhren geführt hat oder daß sie den innergemeinschaftlichen Handel spürbar hat beeinträchtigen können [16].

19. In der Rechtssache 286/81, Oosthoek's, [17] war der Gerichtshof mit der Frage befaßt worden, ob die niederländischen Rechtsvorschriften zur Beschränkung der Freiheit, im Rahmen der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit Zugaben anzubieten, mit den Artikeln 30 und 34 EWG-Vertrag vereinbar waren.

Ein niederländischer Verleger hatte den Subskribenten von Nachschlagewerken, die zum Teil aus Belgien eingeführt wurden, als Zugabe Bücher angeboten.

20. Der Gerichtshof hat die Auffassung vertreten, daß in diesem Fall „Vorgänge des innergemeinschaftlichen Handels" vorlägen [18], und hat zu solchen Vorschriften wie denen des niederländischen Gesetzes, die er im Hinblick auf Artikel 30 EWG-Vertrag untersucht hat, folgende Feststellung getroffen:

„Eine Regelung, die bestimmte Formen der Werbung und bestimmte Methoden der Absatzförderung beschränkt oder verbietet, kann — obwohl sie die Einfuhr nicht unmittelbar regelt — geeignet sein, das Einfuhrvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für die eingeführten Erzeugnisse beeinträchtigt. Es ist nicht auszuschließen, daß der für den betroffenen Unternehmer bestehende Zwang, sich entweder für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlicher Systeme der Werbung und Absatzförderung zu bedienen oder ein System, das er für besonders wirkungsvoll hält, aufzugeben, selbst dann ein Einfuhrhindernis darstellen kann, wenn eine solche Regelung unterschiedslos für inländische und eingeführte Erzeugnisse gilt". [19]

21. Der Gerichtshof hat sogar entschieden, daß das luxemburgische Gesetz, aufgrund dessen der belgischen Firma GB-INNO-BM verboten wurde, Werbeprospekte im Großherzogtum zu verteilen, die die in Luxemburg wohnenden Verbraucher zu Einkäufen in Supermärkten in Belgien bewegen sollten, in den Anwendungsbereich des Artikels 30 falle [20].

22. Wie die Kommission gezeigt hat, muß dies erst recht gelten, wenn das Werbeverbot

14 — Slg. 1974, 837.

15 — Ebenda, Randnr. 5, Hervorhebung von mir.

16 — Siehe Urteile vom 20. Februar 1975 in der Rechtssache 12/74 (Kommission/Deutschland, Slg. 1975, 181, Randnr. 14) und vom 13. März 1984 in der Rechtssache 16/83 (Prantl, Slg. 1984, 1299, Randnr. 20).

17 — Urteil vom 15. Dezember 1982, Slg. 1982, 4575.

18 — Randnr. 9.

19 — Randnr. 15; siehe auch die Urteile vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 152/78 (Kommission/Frankreich, Slg. 1980, 2299, Randnr. 11), vom 7. März 1990 in der Rechtssache C-362/88 (GB-INNO-BM, Slg. 1990, I-667, Randnr. 7), vom 12. Dezember 1990 in der Rechtssache C-241/89 (SARPP, Slg. 1990, I-4695, Randnr. 29) und vom 25. Juli 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-1/90 und C-176/90 (Aragonesa de publicidad, Slg. 1991, I-4151, Randnrn. 10 und 11).

20 — Urteil GB-INNO-BM, a. a. O., Randnr. 8.

in dem Mitgliedstaat, in dem die möglichen Käufer wohnen, ganz offenkundig auf den Absatz von Waren abzielt, die aus einem anderen Mitgliedstaat dorthin eingeführt werden [21].

23. Somit kann sich eine Regelung, die den meisten anderen Mitgliedstaaten unbekannte Bedingungen aufstellt, indem sie eine Werbung auf dem Werbeträger in Form der Wiedergabe des alten, höheren Preises und des blickfangmäßig herausgestellten neuen Preises verbietet, auf das Absatzvolumen und damit auf den innergemeinschaftlichen Handel auswirken. Dies gilt um so mehr, wenn

1) die betreffenden Erzeugnisse ohne Ausnahme eingeführt werden und

2) die eingesetzte Werbemethode sich als besonders wirksam erweist.

24. Schließlich kann die Bundesregierung nicht behaupten, daß eine Werbung, die nur für den Markt *eines einzigen* Mitgliedstaates bestimmt ist, ohne Auswirkung auf den innergemeinschaftlichen Handel sei. Da die Werbung gerade den Absatz von Waren in diesem Land fördern soll, die eingeführt werden, berührt sie den innergemeinschaftlichen Handel.

25. Das Verbot der Werbung mit Preisgegenüberstellungen, das der Frage des Bundesgerichtshofes zugrunde liegt, ist geeignet, die Einfuhren von Erzeugnissen aus einem Mitgliedstaat in einen anderen zu beschränken und stellt damit eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne von Artikel 30 EWG-Vertrag dar.

21 — Erklärungen der Kommission, S. 10.

26. Die Beschränkung, die dieses Verbot darstellt, ist hinzunehmen, wenn sie unterschiedslos für einheimische wie für eingeführte Erzeugnisse gilt und — entsprechend Ihrer Rechtsprechung — in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes oder der Lauterkeit des Handelsverkehrs gerechtfertigt werden kann [22]. Ich sage ausdrücklich zwingende Erfordernisse und nicht bloß Gründe, selbst solche von Gewicht, für die sich der im Ausgangsverfahren klagende Verband ausspricht, nach dessen Ansicht das Kriterium des ausschließlichen Erfordernisses nicht der alleinige Maßstab sein kann [23].

27. Zweifellos kann eine solche Regelung diesen Zielen des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs dienen, da sie gegebenenfalls irreführende Preisvergleiche verhindert. Ist sie aber verhältnismäßig, da sie auch wahrheitsgemäße Preisvergleiche behindern, d. h. die Information des Verbrauchers grundlos einschränken kann?

28. Wie wir gesehen haben, gilt das beanstandete Verbot für blickfangmäßig herausgestellte Angaben *unabhängig davon, ob sie richtig sind oder nicht.* Der Zweck dieser Regelung ergibt sich aus der von der Beklagten des Ausgangsverfahrens angeführten Begründung des Regierungsentwurfs zu § 6e UWG, nämlich den weitverbreiteten Mißbräuchen bei der Verwendung durchgestrichener Preise oder ähnlicher Angaben zu begegnen und die Gefahren, die sich aus der besonderen Anlockwirkung und der Möglichkeit der Irreführung ergäben, auszuschalten [24]. Die Bundesregierung hat vorgetragen,

22 — Urteil vom 20. Februar 1979 (Rewe, a. a. O., Randnr. 8) sowie ständige Rechtsprechung seit diesem Urteil; siehe u. a. Urteil vom 3. März 1980 (GB-INNO-BM, a. a. O., Randnr. 10).

23 — Erklärungen des Klägers des Ausgangsverfahrens, S. 9.

24 — Zitiert in den Erklärungen von Yves Rocher, S. 12.

„daß es ... nicht um die ... tatsächliche Irreführung geht", sondern daß „bei solcher Lockvogelwerbung ... *abstrakt eine hohe Irreführungsgefahr*" bestehe [25]. Zwar eignet sich die Werbung mit Preisgegenüberstellungen leicht für zweifelhafte Praktiken wie etwa der des künstlich aufgeblähten Vergleichspreises, durch den der Eindruck eines — in Wirklichkeit falschen — Preisnachlasses vermittelt werden soll. Darüber hinaus ist es für den Verbraucher nicht immer nachprüfbar, ob der alte Vergleichspreis der Wahrheit entspricht. Schließlich erhöht die blickfangmäßig gestaltete Werbung, wie A. Reuter feststellt, die Gefahr der Irreführung, „denn der Blickfang verkürzt, und wer verkürzt, sagt häufig nicht die ganze Wahrheit" [26].

29. Diese Regelung stellt also für die „blickfangmäßig herausgestellten" Preisangaben eine Art *Vermutung für die Irreführungsabsicht* des Werbetreibenden auf, weshalb sie aus Sorge um den Schutz des Verbrauchers diese Werbeform in gleicher Weise verbietet, wie sie die unwahre oder irreführende Werbung verbietet. Verboten ist nicht nur die irreführende Werbung, sondern auch die, die durch die Art ihrer Gestaltung dies leicht sein könnte. Das Verbot gilt somit uneingeschränkt, obwohl die irreführende oder bloß unrichtige Preisangabe nur eine *Möglichkeit und damit ungewiß* ist.

30. Wie man sieht, ist es nämlich die „irreführende" Werbung, auf die man mit der „blickfangmäßig" gestalteten Werbung abzielt. Das Verbot der irreführenden Werbung allein wird aus Beweisgründen als unzureichend angesehen. Oft ist der Nachweis irreführender oder unwahrer Werbung nicht möglich: Insbesondere bei der Werbung mit Preisgegenüberstellungen ist schwer nachzuweisen, daß der frühere Vergleichspreis tatsächlich gefordert wurde. Um dieser Beweisschwierigkeit abzuhelfen, hat sich der Gesetzgeber des Begriffs der blickfangmäßig gestalteten Werbung bedient — tatbestandsmäßig leicht nachzuweisen, selbst wenn ihre Beurteilung subjektiv sein mag —, der die Annahme enthält, daß sich hinter einer derartigen Werbung eine Irreführungsabsicht versteckt, zumindest aber die „abstrakte Gefahr" in diesem Bereich ausschaltet.

31. Um es vorweg zu nehmen, ein solches Verbot scheint mir nicht erforderlich, um den zwingenden Erfordernissen des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Handelsverkehrs gerecht zu werden.

32. Der Gerichtshof hat sich im Zusammenhang mit der vorgenannten Rechtssache GB-INNO-BM bereits mit nationalen Regelungen über die Werbung mit Preisvergleichen befaßt.

33. So durften nach der großherzoglichen Verordnung vom 23. Dezember 1974 über den unlauteren Wettbewerb mit einem Preisnachlaß verbundene Angebote weder die Dauer des Angebots angeben noch auf die früheren Preise hinweisen, auch wenn sie richtig waren.

34. Die belgische Firma GB-INNO-BM hatte in Luxemburg Werbeprospekte verteilt, die Angaben über die zeitliche Begrenzung der Preisnachlässe sowie die Ankündigung herabgesetzter Preise unter Hinweis auf die früheren Preise enthielten.

35. Der Gerichtshof hat festgestellt, daß die luxemburgische Regelung dem Verbraucher

25 — Erklärungen der Bundesregierung, S. 7.

26 — A. Reuter, „Neues zu Euro-Marketing und §§ 6e, 7 UWG", *Betriebsberater*, 1990, 1652.

in erster Linie den Zugang zu bestimmten Informationen *verwehre*, obwohl der Verbraucherschutz über eine *bessere Unterrichtung* erfolge, wie sich aus der einschlägigen Gemeinschaftspolitik ergebe, [27] und Sie haben als Grundsatz aufgestellt, daß

„das Gemeinschaftsrecht eines der grundlegenden Erfordernisse des Verbraucherschutzes in der Unterrichtung der Verbraucher sieht. Artikel 30 EWG-Vertrag kann daher nicht in dem Sinne ausgelegt werden, daß nationale Rechtsvorschriften, die den Verbrauchern den Zugang zu bestimmten Informationen verwehren, durch zwingende Erfordernisse des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden könnten" [28].

36. Sie haben daraus gefolgert, daß nach Artikel 30 EWG-Vertrag eine nationale Regelung, die die Angabe des alten Preises in der geschäftlichen Werbung verbietet, auf eine Werbeaktion nicht angewandt werden dürfe [29]. Eine Maßnahme, die dem Verbraucher bestimmte Informationen vorenthält, kann nicht als eine Maßnahme zu seinem Schutz angesehen werden.

37. Ich sehe in der Notwendigkeit, dem Verbraucher die sachgemäße Information an die Hand zu geben, die es ihm erlaubt, sich in Kenntnis der Umstände für einen Kauf zu entscheiden oder darauf zu verzichten, einen der Leitfäden Ihrer Rechtsprechung bezüglich der zwingenden Erfordernisse des Verbraucherschutzes.

38. Während Sie nationale Regelungen auf dem Gebiet der Werbung, die die Unterrichtung des Verbrauchers grundlos einschränken, für mit Artikel 30 unvereinbar erklärt haben [30], haben Sie nämlich eine nationale Regelung, die den unzureichend informierten Verbraucher schützt, für mit diesem Artikel vereinbar erklärt [31].

39. Einschränkungen der Information des Verbrauchers läßt der Gerichtshof nur zu, wenn sie Verwechslungen hervorrufen oder irreführend sein kann [32].

40. So ist bezüglich der Etikettierung der Erzeugnisse ein Verbot bestimmter Angaben auf dem Erzeugnis eine nach Artikel 30 verbotene Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung, sofern nicht die genannten Angaben den Käufer irreführen können [33].

41. Kann die „blickfangmäßig herausgestellte" Angabe des neuen Preises den Verbraucher irreführen?

42. Die Regelung, auf die sich der Bundesgerichtshof bezieht, unterscheidet sich von der luxemburgischen Regelung in der Rechtssache GB-INNO-BM — nach der jede

27 — Siehe Urteil vom 7. März 1990 (GB-INNO-BM, a. a. O., Randnrn. 13 und 14).

28 — Randnr. 18.

29 — Randnr. 21.

30 — Urteil vom 7. März 1990 (GB-INNO-BM, a. a. O.).

31 — Siehe Urteil vom 16. Mai 1989 in der Rechtssache 382/87 (Buet, Slg. 1989, 1235, insbesondere Randnr. 13), mit dem Sie entschieden haben, daß die Anwendung eines Verbots der Kundenwerbung für den Verkauf von pädagogischem Material, wie es ein nationales Gesetz über den Schutz der Verbraucher ausspricht, auf eingeführte Erzeugnisse mit Artikel 30 EWG-Vertrag nicht unvereinbar ist.

32 — Urteil vom 17. März 1983 in der Rechtssache 94/82 (De Kikvorsch, Slg. 1983, 947, Randnrn. 11 und 12).

33 — Ebenda, Randnr. 13. Siehe ebenfalls die Richtlinie 79/112/EWG des Rates vom 18. Dezember 1978 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von für den Endverbraucher bestimmten Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür (ABl. L 33, S. 1).

Angabe des alten Preises schlicht verboten war — oder von der Regelung der anderen Mitgliedstaaten — die diese Art von Angaben zulassen — durch den Begriff der „blickfangmäßig" gestalteten Werbung, die der französische Ausdruck „publicité accrocheuse" nur unzureichend wiedergibt.

43. Dieser Begriff ist hier das entscheidende Kriterium. Je nachdem, ob die Preisangabe blickfangmäßig herausgestellt ist oder nicht, ist die Werbung verboten oder zulässig. Sanktioniert wird nach dem Gesetz nicht die Information, die Werbeaussage, sondern die Gestaltung der Werbung, mit einem Wort, ihre „Sichtbarkeit".

44. Ich möchte mein Erstaunen hier nicht verhehlen. Ohne das Paradoxon über Gebühr in Anspruch nehmen zu wollen: Kann man nicht sagen, daß es gerade das Kriterium einer guten Werbung ist, daß sie einen Blickfang darstellt? Was ist eine Werbung, die nicht ins Auge springt? Bedeutet das Verbot einer Werbung, die ins Auge springt, nicht ein Verbot der Werbung schlechthin? Inwiefern kann die Herausstellung dessen, was für den Käufer am wichtigsten ist — der neue Preis — seinen Interessen widersprechen oder gegenüber den Mitbewerbern unlauter sein?

45. Wann ist zudem eine Werbung blickfangmäßig gestaltet und kann damit verboten werden? Wenn eine Werbung als blickfangmäßig gestaltet angesehen wird, wenn der neue Preis groß in einem roten Kreis steht, was ist dann, wenn der Kreis grau ist? Hier läßt sich eine subjektive Beurteilung nicht ausschließen, die zu Unsicherheiten führt, wie die unterschiedlichen Beurteilungen der Tatsacheninstanzen in unserem Fall zeigen. Dieser Begriff scheint mir deshalb für eine gewisse Rechtsunsicherheit verantwortlich zu sein.

46. Der Begriff der „blickfangmäßigen Werbung" findet seine Rechtfertigung, wie wir gesehen haben, nach Ansicht der Bundesregierung darin [34], daß dadurch „die abstrakt gegebene ... Irreführungsgefahr" ausgeschaltet werden kann. Welchen Wert besitzt insoweit aber das Kriterium der „blickfangmäßigen Werbung"?

47. Zunächst möchte ich feststellen, daß mit der blickfangmäßig gestalteten Werbung im Sinne der vom Bundesgerichtshof vorgelegten Frage die Werbung gemeint ist, die den neuen Preis hervorhebt, ohne Tricks, Kniffe oder besondere Spitzfindigkeiten zu gebrauchen. Sie versucht zum Beispiel nicht, eine in der Anzeige enthaltene Zahl als Verkaufspreis auszugeben, die dies jedoch nicht ist. Sie ruft für den Verbraucher keine Verwechslung hervor, da sie zwischen dem alten und dem neuen Preis unterscheidet. Die „Gefahr der Irreführung" ergibt sich allein aus der schwierigen Nachprüfbarkeit des angegebenen alten Verkaufspreises.

48. Speziell im Versandhandel nach Katalog scheint mir das Verbot von blickfangmäßig herausgestellten Preisgegenüberstellungen um so weniger gerechtfertigt, als *der alte Katalogpreis sehr leicht nachprüfbar ist* [35]. Die Schwierigkeit, die Unrichtigkeit des in der Werbung angegebenen alten Preises nachzuweisen, besteht hier also nicht.

49. Ich würde den Begriff der „blickfangmäßig gestalteten Werbung" akzeptieren, wenn er es erlaubte, jedesmal die Unrichtigkeiten aufzudecken. Die uns vom Bundesgerichtshof vorgelegte Rechtssache zeigt hinrei-

34 — Erklärungen der Bundesregierung, S. 6.

35 — Siehe in diesem Sinne die Erklärungen der französischen Regierung, S. 7.

chend, daß der Begriff zu einem Verbot wahrheitsgemäßer Preisvergleiche führen kann. Es liegt auf der Hand, daß die Unterscheidung blickfangmäßige Werbung/nicht blickfangmäßige Werbung sich nicht mit der Unterscheidung irreführende Werbung/lautere Werbung deckt.

50. Das Verbot der Preisgegenüberstellungen unter Herausstellung der Preise könnte zudem eine Entwicklung der Werbung zu vagen Formulierungen hin zur Folge haben, durch die allgemein ohne Angabe des alten oder des neuen Preises Preissenkungen angekündigt und somit sehr viel weniger Informationen vermittelt und die Interessen des Verbrauchers viel weniger geschützt würden als durch eine Werbung mit selbst blickfangmäßig herausgestellten Preisgegenüberstellungen [36].

51. Im übrigen läßt sich das verfolgte Ziel mit anderen weniger einschneidenden Mitteln erreichen.

52. Untersucht man die Regelungen für diese Art der Werbung in den anderen Mitgliedstaaten, so ergibt sich, daß besondere Informationsgebote hinsichtlich

1. der Zeit, in der der Vergleichspreis gefordert worden ist, und

2. der Angabe des alten und des neuen Preises

Information und Schutz des Verbrauchers miteinander in Einklang bringen.

Dies gilt im Vereinigten Königreich für die Consumer Protection (Code of Practice for Traders on Price Indications) Approval Order von 1988, die vom Secretary of State erlassen wurde [37]. In gleicher Weise sieht das belgische Gesetz vom 14. Juli 1991 über die Handelsbräuche und über die Unterrichtung und den Schutz des Verbrauchers vor, daß jede Werbung, die einen Hinweis auf einen Preisnachlaß enthält, den Preis angeben muß, der „vorher und gewöhnlich für die gleichen Erzeugnisse" gefordert wurde, und wirklichen Nachlässen entsprechen muß, die insbesondere hinsichtlich des Vergleichspreises nachweisbar sein müssen [38]. In Portugal schreibt das Gesetzesdekret Nr. 253/86 vom 25. August 1986 über die Regelung des Verkaufs von Waren mit Preisnachlässen [39] die Angabe des „vorher angewandten Preises" vor, der definiert wird als der niedrigste Preis für das betreffende Erzeugnis, der an derselben Verkaufsstelle während der letzten dreißig Tage vor dem Nachlaß gefordert wurde. Es ist Sache des Verkäufers, den vorher angewandten Preis nachzuweisen. Im französischen Recht gewährleistet die sehr strenge Regelung der Wahl des Vergleichspreises in der Werbung durch den Werbetreibenden [40] die Richtigkeit dieses Preises und verbietet dem Händler, den Vergleichspreis gerade vor der Ankündigung eines Nachlasses zu erhöhen. Die Verstärkung des Verbraucherschutzes erfolgt also durch *eine Verstärkung seiner Information* und nicht durch *deren Beschränkung.*

53. Alles in allem kann das Verbot einer solchen Werbung mit Preisgegenüberstellungen, sofern die Angabe des neuen Preises blickfangmäßig herausgestellt ist, offensichtlich nicht mit zwingenden Erfordernissen des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden.

36 — Siehe in diesem Sinne Reuter, a. a. O., S. 1652.

37 — Statutory Instrument 1988, Nr. 2078.

38 — Siehe Artikel 43 des genannten Gesetzes, *Moniteur belge* vom 29. August 1991.

39 — *Diário da República* Nr. 194 vom 25. August 1986.

40 — Siehe Artikel 3 der Verordnung Nr. 77-105 P vom 2. September 1977, BOSP vom 3. Dezember 1977.

54. Was den Schutz des lauteren Wettbewerbs angeht, sehe ich nicht, wie die berechtigten Interessen der Mitbewerber eines solchen Werbetreibenden verletzt werden könnten, wenn die Preisvergleiche weder unrichtig noch irreführend sind [41]. Die Lauterkeit des Geschäftsverkehrs wird bereits durch das Verbot irreführender Preisangaben gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 (a. a. O.) geschützt.

55. Die richtigen Preisgegenüberstellungen beeinträchtigen nicht die Wettbewerbsbedingungen. Diese könnten dagegen durch ein Gesetz beeinträchtigt werden, das sich als Verbot solcher Vergleiche, die jedoch in anderen Mitgliedstaaten praktiziert werden, auswirken könnte.

56. Die Bundesregierung trägt darüber hinaus vor, daß das Verbot der Werbung mit Preisgegenüberstellungen eine Überprüfung der Richtigkeit der angegebenen Preise erübrige, die Deutschland — das über keine Preisüberwachungsinstanzen verfüge — nicht durchführen könne [42].

57. Ich möchte dazu feststellen, daß Ziele der Verwaltungsvereinfachung nicht zu den zwingenden Erfordernissen gehören, die den freien Warenverkehr einschränken können, und daß die Richtigkeit der praktizierten Preise sowohl von den Verbraucherverbänden als auch von den Konkurrenzunternehmen überwacht wird [43].

58. Schließlich kann eine Regelung wie die streitige nicht deshalb als mit Artikel 30 vereinbar angesehen werden, weil sie den freien Warenverkehr „allenfalls marginal" beeinträchtige [44]. Der Gerichtshof hat für diesen Bereich die „de minimis"-Theorie zurückgewiesen; zudem ist „der Umstand, daß eine Maßnahme zu Beschränkungen führen kann, die wirtschaftlich vernachlässigt werden können, ... für die Anwendbarkeit des Artikels 30 EWG-Vertrag ohne Bedeutung, da das Verbot dieser Bestimmung zwingend ist, unabhängig vom Umfang der Beschränkungen der Maßnahme und selbst dann, wenn diese ganz geringfügig wären" [45].

59. Schließlich meine ich, daß Artikel 7 der Richtlinie des Rates vom 10. September 1984, wonach die Mitgliedstaaten Bestimmungen erlassen können, die einen weiterreichenden Schutz der Verbraucher vorsehen, diese Staaten nicht dazu ermächtigt, ein Verbot der Preisgegenüberstellungen zu erlassen, wenn diese der Wahrheit entsprechen. Wahrheitsgemäße Angaben können nämlich meines Erachtens nicht in den Anwendungsbereich einer Richtlinie fallen, die auf dem Gebiet der irreführenden Werbung ergangen ist.

41 — Diese Feststellung ist zugleich eine Antwort auf den Vorschlag der Bundesregierung (S. 5 ihrer Erklärungen), die angeregt hat, hier Artikel 36 EWG-Vertrag anzuwenden, da nach der Pariser Verbandsübereinkunft „der Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu den Gegenständen des gewerblichen Eigentums zählt".

42 — Ebenda, S. 10.

43 — Siehe in diesem Sinn die Schlußanträge von Generalanwalt Lenz in der Rechtssache GB-INNO-BM, a. a. O., Nr. 39.

44 — Erklärungen der Bundesregierung, S. 11.

45 — Mattera, „Le marché unique européen", *Jupiter*, 1990, S. 235; siehe die Urteile vom 13. März 1984 in der Rechtssache 16/83 (Prantl, Slg. 1984, 1299, Randnr. 20) und vom 5. April 1984 in den verbundenen Rechtssachen 177/82 und 178/82 (Van de Haar und Kaveka de Meern, Slg. 1984, 1797, Randnr. 13).

60. Ich schlage deshalb vor, wie folgt auf die Vorabentscheidungsfrage zu antworten:

Artikel 30 EWG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß er der Anwendung der Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaates A entgegensteht, welche einem in diesem Staat ansässigen Unternehmen, das aus dem Mitgliedstaat B eingeführte Waren nach Katalog oder Verkaufsprospekt im Versand vertreibt, die Werbung mit Preisen verbietet, bei welcher mit blickfangmäßiger Herausstellung des neuen Preises auf einen höheren Preis Bezug genommen wird, der in einem früheren Katalog oder Verkaufsprospekt enthalten ist.