

SONDERDRUCK AUS

Privatrecht in Europa

Vielfalt, Kollision, Kooperation

FESTSCHRIFT FÜR
HANS JÜRGEN SONNENBERGER
ZUM 70. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN

VON

MICHAEL COESTER

DIETER MARTINY

KARL AUGUST PRINZ VON SACHSEN GESSAPHE



VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN 2004

ROBERT SCHWEIZER

Die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht

„Verkehrssitten im Schuldvertrag“¹ lautete das Thema, mit dem sich der Jubilar hauptsächlich auseinandersetzte, als ihn der Verf. in den sechziger Jahren kennen lernte: Der Jubilar mit eigenem Zimmer als wissenschaftlicher Assistent und Habilitand, der Verf. nebenan zimmer- und ranglos als Doktorand in der Bibliothek – beide bei „unserem“ Prof. Dr. Murad Ferid. Dieser Abstand ist akademisch im Großen, aber auch im Kleinen geblieben. So im Vorstand der „Internationalen Rechtsbibliothek“ im Institut für Internationales Recht der Ludwig-Maximilians-Universität München: Der Jubilar saß vor, der Verf. bei.

Zu den Verkehrssitten hat der Geehrte schon im dritten Satz seiner Habilitationsarbeit festgestellt: „Verzweigungen führen gerade beim Thema Verkehrssitten in die Rechtsquellenlehre und in die Rechtssoziologie“.² Der nachfolgende Beitrag versucht, diese Verzweigungen zu erfassen. Wer diese Verzweigungen erfassen will, muss sich fragen, meint der Verf., was die – meist pluralistische – Wirklichkeit für das Recht bedeutet. Dieses Thema, wie es der Verf. versteht, wird ausnahmslos in allen Ländern nicht genügend gewürdigt.

Wer sich mit den einzelnen Normen und den Rechtsbegriffen näher befasst, wird feststellen, dass der nach ihnen erhebliche Sachverhalt meist pluralistisch ist. Selbst Gesetzesmerkmale wie „Besitz“, „Tatsache“, „fest verbunden“, „zumutbar“, „verständlich“ und „berechtigte Interessen“ sind so zu definieren, dass pluralistischer Sachverhalt rechtserheblich ist. Vgl. dazu Ziff. II. Dass die – meist – pluralistische Wirklichkeit rechtserheblich ist, ergibt sich letztlich aus einer Grundnorm, auf die ebenfalls in Ziff. II (kurz) eingegangen wird.

Wer sich der Pluralität der Wirklichkeit und ihrer Bedeutung für das Recht nicht bewusst ist, und wer die Möglichkeiten zur Feststellung der pluralistischen Wirklichkeit außer Acht lässt, denkt und formuliert anachronistisch. Die Pluralität der Wirklichkeit verlangt, anders als herkömmlich zu denken (Ziff. II) und anders als üblich zu formulieren (Ziff. I und III).

¹ Sonnenberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1969, Münchener Universitätschriften Band 12.

² (Fn. 1) S. 1.

Pluralistisch³ ist die Wirklichkeit, soweit es an dieser Stelle interessiert, wenn zu demselben Merkmal gleichartige Fakten unmittelbar und nicht nur als Indizien miteinander konkurrieren. Der eine fasst eine Angabe so, der andere dieselbe Angabe dagegen gerade anders auf. Der eine verhält sich so, der andere in derselben Situation wiederum anders.

So konkurrieren beispielsweise Fakten miteinander, wenn nach der Definition von Rechtsbegriffen erheblich sind: Die Vorstellung der Umworbene über die Bedeutung einer Angabe; die Auffassung der Adressaten; die Einstellung der Arbeitgeber; die objektive Wertung der Betrachter; das gesunde Rechtsempfinden der Beteiligten. Bei diesen Merkmalen konkurrieren deshalb Fakten miteinander,

- weil im konkreten Fall der eine Umworbene diese und der andere Umworbene eine gegenteilige Vorstellung über die Bedeutung einer Angabe hat,
- weil nicht jeder Adressat identisch auffasst,
- weil Arbeitgeber unterschiedlich eingestellt sind,
- weil Betrachter unterschiedlich werten und
- weil Beteiligte nicht identisch „gesund“ rechtlich empfinden.

Verantworten lässt sich der Versuch, im Rahmen einer Festschrift dieses Thema abzuhandeln, nur, wenn erlaubt ist, dass der Verf. mehr als sonst auf frühere Arbeiten verweist.

Unmittelbare fachliche Anlässe für diesen Beitrag sind – europäisch und national – zwei neue Rechtsetzungs-Vorschläge sowie die Diskussion zum sogenannten europäischen Verbraucherleitbild und der Streit um die Ist- und die normative Verkehrsauffassung.

1. Beispiele für den anachronistischen juristischen Sprachgebrauch

1. Beispiele aus aktuellen Vorschlägen zur Rechtsetzung

Art. 2 Nr. 8 eines Vorschlages für eine EU-Richtlinie über unlauteren Wettbewerb und der entsprechende § 2 Nr. 8 eines Vorschlages für ein deutsches Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb bestimmen:⁴

„Im Sinne dieser Richtlinie (dieses Gesetzes) bedeutet ‚irreführende Werbung‘ jede Werbung, die in irgendeiner Weise – einschließlich ihrer Aufmachung – die Per-

³ Der Verf. übernimmt insoweit seine Ausführungen aus: Die Evolution der Begriffsdefinitionen nach der Pluralität der Wirklichkeit – Das Europäische Verbraucherleitbild: Die halbe Weisheit; veröffentlicht in *Schütze* (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Rechts, FS Reinhold Geimer (2002) S. 1073, 1074.

⁴ Vgl. *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig*, WRP 2002, 1317, 1318.

sonen, an die sie sich richtet oder die von ihr erreicht werden, zu täuschen geeignet ist und die aus diesem Grund ihr wirtschaftliches Verhalten beeinflussen oder Mitbewerber schädigen kann.“

a) „Werbung, die die Personen (zu täuschen geeignet ist)“

Was besagt: „die Personen“? Also: Jede, jeder und alle? Muss demnach die Werbung dazu „geeignet“ sein, alle Personen zu täuschen? Unbefangen gelesen, unterstellt diese Formulierung, dass „die Personen“ allesamt identisch auffassen. Demnach wäre die Werbung entweder geeignet, „die Person“, also alle, zu täuschen, oder sie wäre es nicht und dann würde nicht irreführt. Zumindest kann der Wortlaut in diesem Sinne verstanden werden.

Das heißt: Der Text der Entwürfe würdigt die Pluralität der Wirklichkeit nicht. Der eine Adressat fasst so auf und der andere anders. „Die Personen“ fassen in den Fällen, in denen gestritten wird, nie alle gleich auf.⁵ Der Formulierung: „die Personen“ kann man nur zugute halten, dass sie nicht auf der untersten Stufe zum Verständnis der Pluralität verblieben ist. Unterste Stufe wäre, in der Einzahl zu formulieren: Werbung, die den Werbeadressaten zu täuschen geeignet ist.⁶ Immerhin berücksichtigt der Plural: „die Personen“, dass sich die Werbung an mehrere wendet und nicht nur an „den“ Werbeadressaten. Soweit es hier interessiert, wäre richtig zu formulieren:

„Werbung, die für einen erheblichen Teil der Personen ... situationsbedingt⁷ zu täuschen geeignet ist.“⁸

Eine weitere Konkretisierung des Merkmals „ein erheblicher Teil“ im Gesetzestext empfiehlt sich nicht. Dieses Merkmal muss nach Fallgruppen und für den Einzelfall nach dem Sinn und Zweck der Norm bestimmt werden; und zwar meist erst, nachdem der Sachverhalt festgestellt worden ist. Das

⁵ Dazu, dass die Adressaten, die Verbraucherinnen und die Verbraucher, die Leserinnen und die Leser unterschiedlich auffassen, gibt es unzählig viele Beispiele. Vgl. *Verf.*, Repräsentative Rechtstatsachenermittlung durch Befragen, in: *Chiotellis/Fikentscher* (Hrsg.), *Rechtstatsachenforschung – Methodische Probleme und Beispiele aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht*, Köln 1985 S. 18 ff.; *Verf.* Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit, 3. (vergriffene) Aufl. 2000, S. 21 ff., 29 ff. sowie Vorspann S. V ff., XIV ff.; besonders anschaulich für die Unterschiede zwischen der Auffassung des Gerichts über die Verbraucher- und Leserauffassungen und den dann ermittelten Auffassungen: OLG München, Urt. vom 19. 6. 1997 – AfP 1997, 930 f. mit Anmerkung des *Verf.*

⁶ Entwicklungsstufen unten Ziff. III.

⁷ Neuerdings formuliert der BGH statt „situationsbedingt“: „in der Situation, in der sie mit der Aussage konfrontiert werden“, vgl. BGH, Urteil vom 28. 11. 2002 – Preis ohne Monitor, Magazindienst (MD) 2003, 258, 259, Urt. vom 24. 10. 2002 Computer und Recht (CR) 2003, 91, 92 re.Sp..

⁸ Zur Definition vgl. näher unten Ziff. II. Der Sprachgebrauch wurde in Ziff. I vorangestellt, weil die Hinweise auf den Sprachgebrauch vielleicht die Problematik am besten veranschaulichen. In den Ziffern II. und III. wird die Lösung beschrieben.

Merkmal „ein erheblicher Teil“ wird somit (in der vom Verf. vorgeschlagenen Gliederung der Entscheidungsfindung) nicht in der Definitions-, sondern erst in der Analysephase geklärt.⁹

b) *Die Merkmale: „zur Täuschung geeignet“ und „Gefahr einer Täuschung“*

Von allen in dieser Arbeit aufgeführten Beispielen kann bei den Merkmalen „zur Täuschung geeignet“ und „Gefahr einer Täuschung“ noch am ehesten darüber gestritten werden, ob sich der Sprachgebrauch nicht doch noch vertreten lässt.

Schon heute wird zum geltenden Recht definiert:¹⁰

„Für diesen Begriff der Irreführung ist es erforderlich, reicht andererseits aber auch aus, dass die Angabe *zur Täuschung* des Verkehrs und zur Beeinflussung seiner Entschließung *geeignet* ist. Nicht erforderlich ist, dass jemand tatsächlich irreführt wird, dh dass sich eine Irreführung in der Person eines Werbeadressaten auch tatsächlich verwirklicht. *Es genügt die Gefahr einer Täuschung.*“

Was besagt demnach der Wortlaut der Vorschläge? Besagt er, dass die bloße Gefahr als solche genügt? Reicht es nach dem Wortlaut aus, dass die Werbung, was die Täuschung betrifft, gefährlich ist? Soll also eine Gefahr genügen,

- die der einzelne Jurist befürchtet,
- die eine soziologische Studie aber ausschließt?

Muss demnach als rechtserheblicher Sachverhalt die Gefahr ermittelt werden, oder ist als Sachverhalt erheblich, ob die Werbung tatsächlich täuschend ist?

Vor allem die zitierte Formulierung: „Nicht erforderlich ist ..., dass sich eine Irreführung in der Person eines Werbeadressaten auch tatsächlich verwirklicht“, kann ihrem Wortlaut nach in diesem Sinne verstanden werden:

Schon dann ist eine „Werbung zu täuschen geeignet“ und schon dann besteht eine „Täuschungsgefahr“, wenn der einzelne Entscheider eine Täuschungseignung oder Irreführungsgefahr annimmt; dies gilt auch, wenn eine repräsentative Studie eine „Täuschung“ bzw. eine „Irreführung“ ausschließt.

Westermann meint sogar ausdrücklich, dass „sich potenziell täuschende Werbung jeder demoskopischen Beurteilung entzieht“.¹¹

Grundsätzlich kann für jeden Fall – mit einer repräsentativen Umfrage oder unter Umständen aufgrund eigener Sachkunde – der rechtserhebliche

⁹ Zur Gliederung und zur Abgrenzung der Definitions- von der Analysephase: *Verf. in Chiotellis/Fikentscher* (Fn. 5), S. 65 f. et pass.

¹⁰ So zum Beispiel zu § 3 UWG *Köhler/Piper*, UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 3. Aufl. 2002, § 3 Rn. 106 mit weiteren Hinweisen. Der Satz „Es genügt die Gefahr einer Täuschung“ wird auch im Kommentar drucktechnisch hervorgehoben.

¹¹ *Westermann*, GRUR 2000, 403, 407.

pluralistische Sachverhalt festgestellt werden.¹² Das heißt: Ergibt sich aufgrund einer repräsentativen Umfrage oder aufgrund eigener Sachkunde, dass nicht getäuscht bzw. irreführt wird, dann ist die Werbung nicht „zu täuschen geeignet“, und es besteht keine „Täuschungsgefahr“. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn Einzelne, zum Beispiel Richter erster Instanz, felsenfest von der Täuschungseignung und einer Irreführungsgefahr überzeugt sind. Dieses Ergebnis folgt aus dem Sinn und Zweck der Normen zur Irreführung.¹³

Deshalb wäre besser zu formulieren: „Werbung, die täuschend ist.“¹⁴ Art. 2 Nr. 8 bzw. § 2 Nr. 8 der Vorschläge müssten demnach bestimmen: „Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet ‚irreführende Werbung‘ jede Werbung, die ... für einen erheblichen Teil der Personen, an die sie sich richtet oder die von ihr erreicht werden, täuschend ist.“

2. Urteilsbegründungen mit dem geringsten Verständnis für die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit

Viele Urteile werden so formuliert, als würden die relevanten Werbeadressaten allesamt gleich auffassen, und man könne alle Leser mit „dem Leser“ gleichsetzen. Ein Beispiel:¹⁵

„Der Leser der Werbeangabe ‚Der umweltfreundlichste Benziner Deutschlands‘ versteht diese vielmehr zwanglos umfassend dahin, dass das beworbene Fahrzeug in vielfältigen Bereichen (vom Rauch, Schadstoffausstoß, Lärmentwicklung, Herstellung und Entsorgung) besonders umweltfreundlich ist.“ (Hervorhebung durch den Verf.)

„Der Leser“, obwohl Abertausende, vermutlich Millionen diese Werbeangabe lesen!

¹² Allg. M. Zur Irreführung: Großkomm/Lindacher § 3 UWG Rdn. 984 ff. Köhler/Piper § 3 Rdn. 136 ff.; Noelle-Neumann/Petersen, Alle, nicht jeder – Einführung in die Methoden der Demoskopie; Gloy/Ohde Hdb. WettbewerbsR, 2. Aufl., § 18; Quitt, Die aktuellen Kernthemen bei Umfragen für das Wirtschafts- und Presserecht sowie Wiegand, Notwendige Grundinformationen zur Beurteilung von Umfrageergebnissen, beide in: Heldrich (Hrsg.), Medien zwischen Spruch und Informationsinteresse – FS Robert Schweizer (1999); S. 469 ff. (Quitt) und S. 459 ff. (Wiegand); Becker, Das demoskopische Gutachten als Beweismittel, 2002. Der Verf. hat sämtliche befragungstechnischen Fehlerquellen dargestellt in: Der Syndikus, Ausgaben 3, 4 und 5 (1998 und 1999).

¹³ Verf. in: Der Syndikus, 7. Ausgabe 1999, S. 40 ff.

¹⁴ „Täuschend ist“ und nicht „täuscht“ wird hier formuliert, um auch den Fällen gerecht zu werden, in denen die Werbung „erst auf dem Papier steht“ und noch nicht eingesetzt wird.

¹⁵ Diese Begründung eines Urteils durch das OLG Karlsruhe vom 13.9.2000 – MD 2000, 1220 f. – war an der Ludwig-Maximilians-Universität München in der Teilprüfung im Grundlagenfach „Angewandte Rechtssoziologie“ im Jahr 2001 zu beurteilen.

Dass alle Leser gleich auffassen, ist jedoch in so gut wie allen Streitfällen ausgeschlossen.¹⁶ Urteile, die formulieren: „Der Leser der Werbeangabe versteht diese ...“ verharren auf der untersten Stufe der Skala zum Verständnis der pluralistischen Wirklichkeit.¹⁷ Wer so formuliert, lässt völlig außer Acht, dass der nach der Definition rechtserhebliche Sachverhalt pluralistisch ist.

In der Teilprüfung 2003 im Grundlagenfach „Angewandte Rechtssoziologie“ war an der Ludwig-Maximilians-Universität München unter anderem dieser Satzteil aus einer neuen Entscheidung¹⁸ zu beurteilen:

„Wer sein Unternehmen als ‚Europas Nr. 1‘ bezeichnet, ruft ... die Vorstellung hervor ...“ (Hervorhebung durch den Verf.)

Auch diese Formulierung lässt – ebenso wie die voranstehend besprochene Formulierung: „der Leser der Werbeangabe versteht ...“ – außer Acht, dass der eine Adressat die Angabe so und der andere dieselbe Angabe anders auffasst. Methodengerecht hätte das Gericht sinngemäß formulieren müssen:¹⁹

„Das Gericht vertritt mit der allgemeinen Meinung in der Rechtsprechung zu § 3 UWG die Ist-Verkehrsauffassung, nicht die sogenannte normative Verkehrsauffassung. Die Bezeichnung „Europas Nr. 1“ wird von einem erheblichen Teil der Adressaten so aufgefasst, dass ...

Die Ist-Verkehrsauffassung lässt sich zwar am besten mit einer repräsentativen Umfrage feststellen. Das Gericht kann aber im konkreten Fall dennoch ohne Umfrageergebnisse eine Irreführung bejahen. Es kann nämlich aufgrund eigener Sachkunde feststellen, dass der Sachvortrag des Verfügungsklägers glaubhaft ist. Die von der weitgehend allgemeinen Meinung als ausreichend angesehenen Voraussetzungen für eine Sachverhaltsfeststellung aufgrund eigener Sachkunde sind erfüllt. Zur weitgehend allgemeinen Meinung: Vgl. Köhler/Pieper, 3. Aufl., § 3 Rn. 136 ff.. Im Einzelnen zu diesen Voraussetzungen:

Die erkennenden Richter gehören dem Verkehrskreis an, an den sich die Werbung richtet (Küchenkäufer). Küchen, auf die sich die Werbung bezieht, sind Gegenstände des allgemeinen Bedarfs. Es ist naheliegend, dass der Slogan von einem erheblichen Teil der Werbeadressaten dahin verstanden wird: Die Küchen werden europaweit, jedenfalls nicht ausschließlich in Deutschland, vertrieben. Es gibt keine Zweifel an dem vom Gericht angenommenen Verkehrsverständnis, dass ein erheblicher Teil der Werbeadressaten annimmt, die Küchen würden nicht ausschließlich auf dem deutschen Markt vertrieben.

Bei den letzten beiden Annahmen (naheliegendes Verständnis und keine Zweifel) handelt es sich nur um die persönliche Meinung der erkennenden Richter. Es ist nicht

¹⁶ Vgl. oben Fn. 5.

¹⁷ Nähere Erläuterungen unten Ziff. III.

¹⁸ LG Potsdam – 52 O 100/02 – Urt. vom 23.10.2002, Magazindienst (MD) 2003, 121 f.

¹⁹ Zur methodengerechten Argumentation: *Verf.*, Die zeitgerechte Argumentation zur Irreführung und anderen pluralistischen Begriffen im Wettbewerbs- und Markenrecht, in: Der Syndikus, 10. Ausg. (1999), S. 39 ff.; *Verf.*, Die beste Auskunft bei Anfragen zur Irreführungsfahr und zu den „guten Sitten“, in: Der Syndikus, 1. und 2. Ausgabe (1998), S. 32 ff. bzw. 30 ff.

ausgeschlossen, dass die vom Gericht angenommene Auffassung jedenfalls für einen erheblichen Teil der Adressaten doch nicht naheliegend und unzweifelhaft ist. Aber diese Unsicherheit muss hingenommen werden, weil nicht zu nahezu jedem Irreführungsprozess Umfragen durchgeführt werden können. Die Gerichte stellen deshalb insoweit immer auf ihre eigene Auffassung ab, ohne dies ausdrücklich zu erklären. Im Übrigen handelt es sich, wie erwähnt, hier erst um das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, bei dem der Sachverhalt ohnehin nur glaubhaft gemacht werden muss.)“

3. Das sog. europäische Verbraucherleitbild des „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“

Wer auf der Höhe der Zeit sein möchte, stellt heute mit dem EuGH darauf ab, wie der „durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher“ auffasst. Er formuliert so gerade auch zu § 3 UWG, zu dem die Rechtsprechung allgemein die sog. Ist-Verkehrsauffassung vertritt.

Wie wird nun festgestellt, wie dieser „durchschnittliche Durchschnittsverbraucher“ auffasst? Die Urteile stellen allesamt bedenkenlos und selbstbewusst fest, wie in dem zu entscheidenden Fall der durchschnittliche informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher auffasst. Ein Jurist kann eben alles.

Aber niemand kann regelmäßig mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit feststellen, wie der Durchschnittsverbraucher eine Angabe versteht. Wie verhält es sich, wenn beispielsweise 45 % der Verbraucher in einem bestimmten Sinne denken, 45 % genau gegenteilig auffassen und 10 % sich nicht entscheiden? Eine Einschränkung auf durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher hilft nicht. Es gibt viele durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Verbraucher, und nicht alle fassen gleich auf. Wenn auch der Richter ein durchschnittlich informierter, verständiger und aufmerksamer Durchschnittsverbraucher ist, dann bedeutet dies nicht, dass alle anderen durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher genauso auffassen wie er. Der Richter kann auch nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit beurteilen, ob die für eine Irreführung zu fordernde Mindestquote erreicht wird. Außerdem: Der Richter kann nicht einmal feststellen, wer ein durchschnittlich informierter, verständiger und aufmerksamer Durchschnittsverbraucher ist und wer nicht.²⁰

²⁰ Dazu, dass niemand mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit feststellen kann, wie „der Durchschnittsverbraucher“ oder „der Durchschnittsleser“ auffasst: *Verf.*, (Fn. 5, Entdeckung), S. 13 f., 40 ff.

Wenn mit diesem Kriterium nur Randgruppen ausgesondert werden sollen, dann verbleibt eine große Gruppe, deren Mitglieder nicht alle gleich auffassen.²¹

Mit anderen Worten: Bezeichnend für den heutigen Stand des juristischen Sprachgebrauches ist, dass so gut wie alle Rechtsanwender selbstsicher und unter allgemeiner Zustimmung mit einer Formulierung urteilen, mit der sich überhaupt nicht urteilen lässt.

Die sogenannte normative Verkehrsauffassung kann daran nichts ändern. Ohne den rechtserheblichen Sachverhalt zu klären, kommt kein Entscheider aus. Deshalb machen normative Korrekturen die Sachverhaltsdarstellung und die Entscheidung nicht einfacher, sondern komplizierter bis unlösbar. Die Juristen täuschen sich selbst, wenn sie meinen, sie könnten mit der Formulierung: „durchschnittlich informierter, verständiger und aufmerksamer Durchschnittsverbraucher“ methodengerecht entscheiden.²²

4. Die Formulierung: „Vom gesunden Rechtsempfinden gebilligt“

Im Presserecht, im Strafrecht, im Datenschutzrecht, in nahezu allen Rechtsgebieten gewinnt das „berechtigte Interesse“ Bedeutung. Meist wird der Begriff, wenn überhaupt, in dem Sinne definiert, dass „es sich um einen Zweck handeln muss, dessen Verfolgung vom gesunden Rechtsempfinden gebilligt wird“.²³

Aber: Der eine hat zu einer bestimmten Frage dieses „gesunde Rechtsempfinden“, der andere empfindet dagegen anders. Nicht alle haben dasselbe „gesunde Rechtsempfinden“. Bei jedem Menschen gibt es individuelle „angeborene Sollmuster“. In der Regel hängen angeborene und individuell erworbene subjektive Strukturen kompliziert zusammen. Jeder Einzelne hat seine Grundanschauungen schon wesentlich individuell gebildet, ehe er studiert oder ins Berufsleben tritt. Das Berufsfeld ragt dementsprechend in der Regel bei moralischen Entscheidungen nicht heraus. Folglich gibt es ganz

²¹ *Verf.* (Fn. 5, Entdeckung), S. 27–48.

²² Vgl. – auch allein zu den Begriffen „Durchschnittsverbraucher“ und „Durchschnittsleser“: *Verf.*, GRUR 2000, 923, 931; *Verf.* (Fn. 3), S. 1086 f., 1091 f.; *Verf.* (Fn. 5), S. 33, 52 mit Fn. 174; R.G. Schweizer, Der „Durchschnittsleser“ nach dem EuGH-Urteil „Gut Springenheide 6-Korn-10 frische Eier“, in: Heldrich (Hrsg.), Medien zwischen Spruch- und Informationsinteresse, 1999, S. 305 ff., 312; Kiethe/Groeschke, WRP 2001, 230, 235 ff.; Seibt, GRUR 2002, 465, 466 ff.; neuestens: Gloy, Verkehrsauffassung – Rechts- oder Tatfrage?, in FS Willi Erdmann (2002), S. 811 ff. Vgl. nicht zuletzt das in Fn. 27 aufgeführte Zitat Ohde: Der Begriff des Durchschnittsverbrauchers hat seine Existenzberechtigung verloren. Zur normativen Korrektur siehe auch unten bei Fn. 33.

²³ Vgl. zum Beispiel Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 7. Aufl., § 28 Rn. 33. Hervorhebung im Zitat vom *Verf.*

unterschiedliche Gerechtigkeitsempfindungen, zu denen sich nicht nachweisen lässt, dass nur ein Rechtsempfinden gesund ist.²⁴

Diese Pluralität negiert, wer nur formuliert, der Zweck müsse vom „gesunden Rechtsempfinden gebilligt“ werden.²⁵

5. Rechtsbegriff „verunstaltet“: „Das Empfinden jedes für ästhetische Eindrücke offenen Betrachters“

Das Bundesverwaltungsgericht hat zum Begriff Verunstaltung definiert:²⁶

„Es muss vielmehr das Empfinden jedes für ästhetische Eindrücke offenen Betrachters maßgebend sein, also des gebildeten Durchschnittsmenschen, der zwischen diesen beiden Personenkreisen (ästhetisch besonders empfindsam und geschult/gegenüber ästhetischen Eindrücken gleichgültig) steht.“

Mit dieser Definition nähert sich das Bundesverwaltungsgericht – bis heute –²⁷ nur unvollkommen der Pluralität der Wirklichkeit:

- Zunächst wird auf „das Empfinden jedes (sic!) für ästhetische Eindrücke offenen Betrachters“ abgestellt.
- Dann wird dieser „für ästhetische Eindrücke offene Betrachter“ zwischen zwei Gruppen eingeordnet (einerseits „ästhetisch besonders empfindsamer und geschulter“ Personenkreis, andererseits „gegenüber ästhetischen Eindrücken gleichgültiger“ Personenkreis).
- Diese mittlere Gruppe wird als „gebildeter Durchschnittsmensch“ bezeichnet.

Das Bundesverwaltungsgericht sondert mit dieser Definition nur – ungerechtfertigt – Randgruppen aus und vor allem: Die zu einer solchen „mittleren Gruppe“ gehörenden Personen empfinden uneinheitlich.²⁸

Spätestens an dieser Stelle zeigt sich, wie sich die Probleme zum juristischen Sprachgebrauch wiederholen. Entweder wird die rechtserhebliche Pluralität der Wirklichkeit überhaupt nicht oder jedenfalls nur unzureichend beachtet. In den nachfolgenden Ziffern II. und III. wird versucht, die Probleme weiter methodisch und rechtssoziologisch aufzudecken und zu lösen.

²⁴ Riezler, Das Rechtsgefühl Rechtspsychologische Betrachtungen, 3. Aufl. 1969; Lampe, Das sogenannte Rechtsgefühl in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band 10, 1985; Rümelin, Rechtsgefühl und Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1948; Raiser, Das lebende Recht, 1999, S. 342 ff., Matz, Rechtsgefühl und objektive Werte – Ein Beitrag zur Kritik des wertethischen Naturrechts, 1966; Meier, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl, 1986; Verf., Einschränkung des gesellschaftlichen Auftrages oder Medien durch die Rechtsprechung, in: Medien 2000 (Hrsg. Industriegewerkschaft Medien – Druck und Papier, Publizistik und Kunst) S. 6 ff. (11 ff.); Verf. (Fn. 5, Entdeckung) S. XLIII f.

²⁵ Zum richtigen Sprachgebrauch – wie immer – unten Ziff. II und III.

²⁶ Urteil vom 28.6.1955, BVerwGE 2, 172, 177.

²⁷ Vgl. die neue, noch nicht publizierte Dissertation: Parchmann, Pluralistische Wirklichkeit und Verwaltungsrecht: Das Beispiel der baurechtlichen Verunstaltungsvorschriften.

²⁸ Vgl. Fn. 21.

II. Die Definition der Rechtsbegriffe und der nach der Definition rechtserhebliche Sachverhalt

Nahezu sämtliche Rechtsbegriffe müssen definiert werden.²⁹ So zum Beispiel auch der Begriff „Verkehrssitten“ in § 457 BGB. Der nach der Definition rechtserhebliche Sachverhalt ist in der Regel pluralistisch.³⁰ Rechtserheblich als Sachverhalt ist nämlich nicht ausschließlich die eigene Wirklichkeit des Rechtsanwenders oder eines einzelnen anderen.³¹

Herkömmlich wird allerdings anders gearbeitet. Herkömmlich verlassen die Rechtsanwender vorzeitig die Definitionsphase und entscheiden – sicher so verantwortungsvoll wie möglich – mehr oder weniger nach eigenem Gutdünken. Es wird nicht bedacht, dass selbst Rechtsbegriffe wie „berechtigte Interessen“ und „zumutbar“ so ausgelegt werden müssen, dass klar feststeht, welcher Sachverhalt rechtserheblich ist. Zum Beispiel: Wessen Wertvorstellungen sind erheblich? Die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise? Zwangsläufig wird herkömmlich nicht hinreichend bedacht, dass nach den Definitionen meist pluralistischer Sachverhalt erheblich ist. Abzustellen ist in aller Regel auf die Auffassungen vieler. Diese Auffassungen vieler lassen sich nicht mit Relikten aus einer Zeit erfassen, in welcher sich die Juristen notgedrungen zum Sachverhalt mit Hilfsformulierungen behelfen mussten.³² Solche Relikte wurden in Ziff. I aufgeführt.

²⁹ Vgl. *Verf.* Fn. 3 S. 1078 ff. sowie in GRUR 2000, 923, 926 ff.

³⁰ *Verf.*, (Fn. 3) S. 1087 ff., in GRUR 2000, 923, 930 f. und grundsätzlich an dem in Fußn. 5 (Entdeckung), S. XXXIX bis LXII.

Zwar hat dereinst insbesondere die Freirechtsschule angenommen, der Richter solle „volitiv“ nach seiner Überzeugung, insbesondere nach seinem Rechtsgefühl urteilen, wenn das Gesetz den Fall nicht ausdrücklich und eindeutig entscheidet. Aber niemand wird noch heute der Freirechtsschule gar in der Art und Weise folgen wollen, dass das Gericht auch noch erklärt: „Der rechtserhebliche Sachverhalt bin ich“. Vgl. *Verf.*, (Fn. 5, Entdeckung) S. LIV und LV; *Verf.*, GRUR 2000, 923, 929; ausdrücklich zustimmend *Seibt*, GRUR 2002, 467 und *Kiethe/Groeschke*, WRP 2001, 230, 236 f.

³¹ Wie Fn. 30. Rechtserheblich ist grundsätzlich ebenso nie, dass ausnahmslos im Verkehr jede und jeder gleichmäßig und einheitlich handelt oder auffasst. Auch wer den Begriff „Verkehrssitte“ definiert, muss die Pluralität der Wirklichkeit zur Kenntnis nehmen. Nach dem Sinn und Zweck der Norm ist für den Begriff „Verkehrssitte“ zu bestimmen, welcher Anteil an „Minderheitsstimmen“ (BGH NJW 2001, 2464, 2465 re. Sp.) unschädlich ist.

³² *Verf.* Fn. 3 (Festschrift Geimer) insbesondere S. 1080, 1088 ff. und GRUR 2000, vor allem S. 927 ff.; auf frühere Ausführungen des *Verf.* eingehend: *Gloy/Obde*, Hdb. WettbewerbsR., § 18 Rdn. 56: „... weist darauf hin, dass es sich bei dem Begriff ‚Durchschnittsleser‘ um Relikte aus einer Zeit handelt, in der der Richter noch darauf angewiesen war, sich ohne empirische Rückversicherung ein Urteil über die Verkehrsauffassung zu bilden. In einer pluralistischen Gesellschaft wie der unseren hat der Begriff des Durchschnittsverbrauchers als Leitbild seine Existenzberechtigung verlo-

Hilfsformulierungen dieser Art – wie zum Beispiel: „Der Durchschnittsverbraucher“ – führen dazu, dass der Rechtsanwender doch nach seiner eigenen Wirklichkeit entscheidet.

Auf die – unterschiedlichen – Auffassungen Vieler ist auch dann abzustellen, wenn normativ korrigiert wird. So zum Beispiel (konstruiert und unterstellt):

- Wenn Adressaten situationsbedingt flüchtig auffassen, nach dem Sinn und Zweck einer Norm aber dennoch die Auffassungen bei aufmerksamer Betrachtung erheblich sein sollen,
- dann sind eben die – unterschiedlichen – Auffassungen Vieler bei jeweils aufmerksamer Betrachtung rechtserheblich.³³

Selbst dann sind grundsätzlich die Auffassungen Vieler erheblich, wenn Begriffe wie die „guten Sitten“, „Treu und Glauben“ oder „berechtignte Interessen“ so definiert werden, dass die Rechtsprechung Fallgruppen bilden, anwenden und fortbilden soll. Die „in der Gemeinschaft herrschenden soziaethischen Wertvorstellungen“³⁴ und ähnliche pluralistische Kriterien sind jedenfalls grundsätzlich bei jeder Fallgruppenbildung und bei jeder Fortbildung der Gruppen zu beachten. Genauso sind diese pluralistischen Kriterien erneut bei der Einordnung von Grenzfällen rechtserheblich. Dies gilt umso mehr als „das Sittengesetz“ als allgemeiner Verfassungsgrundsatz, „gewissermaßen als eine Art Generalklausel“ zu beachten ist und dieses Sittengesetz von den jeweils in der Gesellschaft herrschenden Anschauungen bestimmt wird.³⁵

Dass grundsätzlich auf die meist pluralistische Wirklichkeit abgestellt werden muss, geht letztlich auf eine Grundnorm zurück.³⁶ Aber auch wenn dieser Grundnorm nicht gefolgt wird, bleibt es dabei: Die Rechtsbegriffe müssen definiert werden; und die Definition führt nicht dazu, dass als Sachverhalt ausschließlich die eigene Wirklichkeit des Rechtsanwenders erheblich ist.

ren. An seine Stelle ist als Kriterium der durch Verkehrsumfragen ermittelbare, „nicht unerhebliche Teil des beteiligten Verkehrs“ getreten.“

³³ *Verf.* Fn. 3 dort S. 1087 ff. und GRUR 2000, 926 ff. – Nicht zu verwechseln ist diese normative Korrektur mit dem vom BGH praktizierten Kunstgriff, dass „der Grad der Aufmerksamkeit“ in bestimmten Situationen „eher gering, d.h. eher flüchtig sein wird“. Siehe zu diesem Kunstgriff *Verf.* GRUR 2000, 923 re. Sp.

³⁴ *Palandt/Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl. 2003, § 242 Rn. 3

³⁵ Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 S. 2.

³⁶ *Verf.* an dem in Fn. 5 S. XXXIII und gleich anschließend auf den S. XXXIII bis XXXVII in einer ausführlichen Fassung. Kurz gefasst lautet die Grundnorm: „Die Normen ergeben sich grundsätzlich aus der Wirklichkeit. Unter bestimmten Voraussetzungen muss und unter anderen Voraussetzungen darf nach bestimmten Prinzipien von der grundsätzlich erheblichen Wirklichkeit abgewichen werden.“ Da das Buch vergriffen ist: Die Grundnorm kann einschließlich Begründung nachgelesen werden unter www.kanzlei-prof.-schweizer.de/bibliothek/content/grundnorm.html.

III. Die Entwicklungsstufen bei der Definition der Rechtsbegriffe

Wie stets, musste und muss auch in dem hier interessierenden Bereich das Recht grundsätzlich nach und nach entwickelt werden. Zur pluralistischen Wirklichkeit wirkte sich besonders aus, dass die Vielfalt erst nach und nach gewachsen ist, und dass sich auch die Soziologie erst entwickeln musste. Weitere Hindernisse kamen hinzu; so das Selbstverständnis der Juristen und die Schwierigkeiten in der Kommunikation zwischen Juristen und Soziologen.³⁷

Nachfolgend wird – nur mit Überschriften –³⁸ skizziert, wie die Definitionen nach und nach entwickelt wurden und weiterentwickelt werden müssen. Wer die Rechte der einzelnen Länder vergleicht, wird feststellen, dass sich die Definitionen – nur zeitversetzt – gleich entwickeln. Mit dieser Skizze wird auch besser verständlich, wie sich das Europäische Verbraucherleitbild dadurch ergeben hat, dass Richter aus Ländern unterschiedlicher Entwicklungsstufen an einem Tische saßen.

Die unterste Stufe der Entwicklung ist, wenn in der Definition nur darauf abgestellt wird, wie „der Verbraucher“ auffasst. In Ziff. I. wurden zu dieser Stufe mehrere Beispiele aus der Rechtsprechung aufgeführt. Wie so oft, gibt es bei diesen Entwicklungen auch Rückschläge. So insbesondere gegenwärtig dadurch, dass die zur Irreführung am weitesten fortgeschrittene deutsche Rechtsprechung durch das Gemeinschaftsrecht am gemeinsamen Tisch auf den „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher“ „zurückgeworfen“ wurde.

Die skizzierten Stufen können sich unter Umständen überschneiden. Einzelne Formulierungen lassen sich zudem anders einordnen, weil sie unterschiedlich verstanden werden können.

Nun die Entwicklungsstufen:³⁹

- a) „Der Verbraucher“
- b) „Die Verbraucherin und der Verbraucher“
- c) „Die Verbraucher“, „die Verbraucherinnen und Verbraucher“, „der Verkehr“, „die Adressaten“, „die beteiligten Verkehrskreise“
- d) „The ordinary man“, „le bon père de famille“, „the man of the Clapham Omnibus“⁴⁰
- e) „Alle billig und gerecht Denkenden“.

³⁷ *Verf.* in: *Chiotellis/Fikentscher* (Hrsg.) (Fn. 5) S. 33 ff., 42 ff., 51 ff., 59 ff., 68 ff.

³⁸ Ausführlicher zu diesen Entwicklungsstufen: *Verf.*, GRUR 2000, 923, 931 f.

³⁹ Wie Fn. 38.

⁴⁰ Eine interessante Feinheit am Rande, die in GRUR 2000, 923, 931 f. noch nicht erwähnt wird, und auf die in anderem Zusammenhang *Deutsch* hinweist: Früher – im BGB E 1 § 144 Abs. 1 – wurde der Begriff der Fahrlässigkeit dahin definiert, dass auf

- f) „Der Durchschnittsverbraucher“.
- g) „Der flüchtige Durchschnittsverbraucher“, „der aufmerksame Durchschnittsverbraucher“.
- h) „Der verständige, aber flüchtige Durchschnittsverbraucher“, „der verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher“.
- i) „Der durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher“.
- j) „Ein nicht unbeachtlicher Teil der Durchschnittsverbraucher“.
- k) „Ein nicht unbeachtlicher Teil des Verkehrs“ oder noch besser: „Ein erheblicher Teil des Verkehrs“, „ein beachtlicher Teil der Adressaten“, „ein beachtlicher Teil der rechtserheblichen Personen“.
- l) „Ein erheblicher Teil des informierten, verständigen und aufmerksamen Verkehrs“.
- m) Rechtserheblich ist, ob „ein erheblicher Teil der rechtsrelevanten Personen in der jeweiligen Situation“ im Sinne der Norm auffasst, eingestellt ist oder sich verhält.
- n) Weitere Entwicklungsstufen.

IV. Einschränkung des Dezisionismus als eine positive Konsequenz

Wenn, wie vorgetragen, vollständig definiert und erkannt wird, dass pluralistischer Sachverhalt rechtserheblich ist, dann wird der Dezisionismus eingeschränkt. Dieser Dezisionismus hat sich in den vergangenen Jahren immer stärker zu einem Problem entwickelt.⁴¹ Hauptsächlich geht der problematische Dezisionismus darauf zurück, dass die Rechtsanwender – wie auch schon in Ziff. II erwähnt – vorzeitig von der Auslegung der Rechtsbegriffe abspringen. Dieses Abspringen erlaubt ihnen, mehr oder weniger nach ihren eigenen Vorstellungen, nach ihrer eigenen Wirklichkeit, zu entscheiden. Mit diesem vorzeitigen Abspringen verbunden ist, dass die Rechtsanwender, wie in Ziff. I und Ziff. II beschrieben, anachronistisch mit Relikten aus einer Zeit formulieren, in welcher die Pluralität der Wirklichkeit weniger bewusst war. Auch diese anachronistischen Formulierungen – wie „der Durchschnittsverbraucher“ – ermöglichen den Rechtsanwendern, mehr oder weniger nach ihrer eigenen Wirklichkeit zu urteilen.⁴²

das Verhalten des „ordentlichen Hausvaters“ abzustellen sei; vgl. *Deutsch*, AcP 2002, 889, 899.

⁴¹ *Verf.*, Fn. 24, S. 6 ff.

⁴² So auch schon das Ergebnis der in Fn. 3 aufgeführten Abhandlung, dort S. 1093 und oben nach Fußn. 32.

Wenn der Rechtsanwender die Rechtsbegriffe vollständig definiert und ihm stärker bewusst wird, dass nicht ausschließlich seine eigene Wirklichkeit erheblich ist, dann wird der Weg zu Entscheidungen nach eigenem Gutdünken besser versperrt. Es wird schwieriger werden, dass der Entscheider allein nach seinem eigenen Rechtsgefühl urteilt und „nur in der Begründung so getan wird, als habe der Richter die Entscheidung aus dem Gesetz entnommen“.⁴³ Der Satz: „Ach, der Richter ist so frei!“⁴⁴ wird dann positiv verstanden werden können. Es wird die Zeit schwinden, in welcher „der Anwalt dem Mandanten kaum je zuverlässig sagen wird können, wie das Gericht entscheiden wird“.⁴⁵ Man wird nicht mehr bedauernd feststellen müssen, dass die Abwägung zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrechten (und ebenso die Abwägung anderer Güter) „jeden Rechtsberater deutscher Medienunternehmen in die Zwangsrolle eines Hellsehers, eine verzweifelte Rolle“ versetzt.⁴⁶ Es könnte die Zeit kommen, in welcher eine Einführung in die Rechtswissenschaft nicht mehr die Juristen im Schlusssatz davor warnen muss, „sich zum Abscheu seiner Mitmenschen zu machen“, weil „der Laie besser weiß, wie man zu handeln hat“,⁴⁷ und in welcher „uns ein Rückfall in die Technik des Indizienbeweises bei Hexenprozessen erspart bleibt.“⁴⁸

⁴³ Richter Barschkies, DRiZ 1986, 421, 422 li. Sp.

⁴⁴ Vors. Richter am OLG Seitz, Kopf gegen Bauch, NJW 2000, 118, 119 re. Sp.

⁴⁵ Seitz (Fn. 44) S. 119 li. Sp.

⁴⁶ Lerche, Massenmedien und Persönlichkeitsschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht, in Universitas 1990, 670 ff.

⁴⁷ Rebbinder, Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. Aufl. 1995, S. 233.

⁴⁸ Heldrich, Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, in AcP 186 (1986), 74, 97 zur „Simplifizierung sozialer Fragestellungen“.