

EINHEIT UND VIELFALT
DES RECHTS

FESTSCHRIFT FÜR
REINHOLD GEIMER
ZUM
65.GEBURTSTAG

VERLAG C.H.BECK

ROBERT SCHWEIZER

Die Evolution der Begriffsdefinitionen nach der Pluralität
der Wirklichkeit
– Das Europäische Verbraucherleitbild: Die halbe Weisheit –

Für den Jubilar gilt, was er einmal auf einen Kollegen projiziert hat: Er kann die Stenosen des herkömmlichen juristischen Denkens durchstoßen. Da zudem nur der Jubilar „den internationalen Approach unserer gemeinsamen Studienzeit in München“¹ erfolgreich fortgesetzt hat und international das herkömmliche Denken zur Pluralität der Wirklichkeit besonders schwer zu durchstoßen sein wird, drängt sich ein Beitrag zur Bedeutung der Wirklichkeit auf. Ein aktuell beim Bundesgerichtshof zur Verwechslungsgefahr anhängiger Rechtsstreit eines gemeinsamen Mandanten dokumentiert „wie gerufen“ anschaulich die Problematik.

I. Das herkömmliche Denken

Wie denken die Juristen, wenn sie entscheiden, ob die Gefahr besteht, dass „MediaFocus“ mit „FOCUS“ verwechselt wird? Diese Frage betrifft den erwähnten, beim BGH anhängigen Rechtsstreit eines gemeinsamen Mandanten des Jubilars und des Verf. Wie wird herkömmlich gedacht, wenn zu entscheiden ist, ob im konkreten Fall „irreführt“, gegen „berechtigte Interessen“, gegen „Treu und Glauben“ oder gegen „die guten Sitten“ verstoßen wird? Wie wird beurteilt, ob im Sinne des Gesetzesbegriffes etwas „zumutbar“ ist, oder ob im konkreten Fall eine „Tatsache“ behauptet oder eine Meinung geäußert wird?

¹ Wie der Jubilar formuliert hat; *Geiner*, Das europäische „Windhundprinzip“ – Einige Bemerkungen zu Art. 21 EuGVÜ/LugÜ, in: *Heldrich* (Hrsg.), Medien zwischen Spruch und Informationsinteresse, 175 ff. (175).

Wenn – wie in allen diesen Fällen – pluralistischer² Sachverhalt in Frage steht, entscheiden die Rechtsanwender grundsätzlich rechtswidrig nach ihren eigenen Vorstellungen, nach ihrer eigenen Wirklichkeit.³ Die Rechtsbegriffe werden überhaupt nicht oder nur unzureichend definiert. Dadurch fällt es weniger auf, dass die Rechtsanwender nach ihrer eigenen Wirklichkeit urteilen.

Zu Hilfe kommen ihnen dabei Denkweisen und Kriterien aus einer Zeit, in der die Konsequenzen aus der Pluralität der Wirklichkeit noch weniger bewusst waren als sie es heute sind. Die Rechtsanwender verdrängen so mit Erfahrungssätzen, die nicht einmal theoretisch auf Pluralitäts-Quoten rückschließen lassen, die Definition der Gesetzesbegriffe. Ein Beispiel bildet eben der erwähnte, beim BGH anhängige Rechtsstreit zur Verwechslungsgefahr.

² Sachverhalt ist pluralistisch, soweit es hier interessiert, wenn zu demselben Merkmal gleichartige Fakten unmittelbar und nicht nur als Indizien miteinander konkurrieren. So konkurrieren beispielsweise Fakten miteinander zu den Merkmalen: 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.

Wer sich mit den Begriffen näher befasst, wird feststellen, dass der erhebliche Sachverhalt meist pluralistisch ist. Selbst Gesetzesmerkmale wie „Besitz“ (§ 854 BGB) und „fest verbunden“ (§ 94 BGB) sind so zu definieren, dass die Verkehrsanschauung und damit pluralistischer Sachverhalt rechtserheblich ist. Vgl. dazu schon Verf., Empirische Rechtsforschung, in: Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 1976, 386 ff. (407 ff.) – www.kanzlei-prof-schweizer.de, Rubrik: Bibliothek, Content, Rechtstheorie. Zur Rechtserheblichkeit pluralistischen Sachverhalts bei Begriffen wie „berechtigtes Interesse“, „Zumutbarkeit“ und „Tatsachenbehauptung“ vgl. auch unten bei Fn. 42.

³ Zum Dezisionismus als Problem: Verf. in Medien 2000 – Gesellschaftlicher Auftrag oder Auftrag der Gesellschafter, IG Medien Stuttgart 2000, S. 6 ff. mit Hinweisen zu richterlichen Äußerungen wie: „Ach, der Richter ist so frei!“ und „Nur in der Begründung wird so getan, als habe der Richter die Entscheidung aus dem Gesetz entnommen“. Da auch diese Quelle in juristischen Bibliotheken meist unzugänglich ist, wurde diese Abhandlung ebenfalls a.a.O. ins Internet gestellt.

Und die Rechtsanwender argumentieren mit ihren eigenen Vorstellungen anachronistisch,⁴ eine Norm sei erfüllt, weil „der Leser“, „der Durchschnittsverbraucher“, „le bon père de famille“, „the ordinary man“, „the man on the Clapham Omnibus“, „the right-thinking member of the society“, „der normalbegabte Durchschnittskäufer“ im Sinne der Norm auf-fasse.⁵

Deshalb bereitet es den Rechtsanwendern auch keine Schwierigkeiten, „das europäische Verbraucherleitbild“ vom „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher“ zu übernehmen. Sie hinterfragen zur Verifizierung oder Falsifizierung des Kriteriums „Durchschnittsverbraucher“ nicht, wer dieser Durchschnittsverbraucher denn beispielsweise ist, wenn 45 % der Verbraucher so, 45 % der Verbraucher jedoch gegenteilig auffassen und 10 % sich nicht entscheiden.

Noch anschaulicher: Welche Partei wählt der Durchschnittsbürger? SPD, CDU/CSU oder doch eine andere Partei? Jede und jeder wissen aufgrund der Wahlergebnisse sowie der Umfragen und Hochrechnungen: Der eine „Durchschnittsbürger“ wählt CDU oder CSU, der andere SPD und wiederum andere „Durchschnittsbürger“ wählen andere Parteien. In vergleichbaren Rechtsfällen denkt der Rechtsanwender dagegen herkömmlich, „der Durchschnittsverbraucher“ fasse nur in einem einzigen, ganz bestimmten Sinne auf und er, der Rechtsanwender, wisse auch, wie „der Durchschnittsverbraucher“ auffasse.

Müsste heute nicht wenigstens statt nach „dem Durchschnittsverbraucher“ zeitgemäß nach der „Durchschnittsverbraucherin und dem Durchschnittsverbraucher“ gefragt werden? Die Frage stellen heißt allein schon bei einem Blick auf die Familie des Verf. den Begriff „Durchschnittsverbraucher“ falsifizieren. In dieser Familie gibt es – apropos „Durchschnittsverbraucherin und Durchschnittsverbraucher“ – durchaus auch zwei Auf-

⁴ Ohde formuliert in Gloy Hdb. WettbewerbsR. (2. Aufl. 1997) § 18 Rdn. 56 im Anschluss an eine Arbeit des Verf.: „Bei dem Begriff ‚Durchschnittsverbraucher‘ handelt es sich – ebenso wie beim Begriff ‚Durchschnittsleser‘ – um Relikte aus der Zeit, in der der Richter noch darauf angewiesen war, sich ohne empirische Rückversicherung ein Urteil über die Verkehrsauffassung zu bilden“. Vgl. auch Verf., Anachronistisches Rechts- und Sachverhaltsverständnis im Wettbewerbs- und Presserecht, in: Der Syndikus Sept./Okt. 1999, S. 38 ff., einsehbar auch im Internet a.a.O. (Fn. 2) Rubrik Wettbewerbsrecht.

⁵ Beispiele, auch zu den ausländischen Rechten, bei Verf., Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit – Durchschnittsleser, Presserecht; verständige Verbraucher, Wettbewerbsrecht; Wertvorstellungen, Grundnorm; 3. Aufl. Berlin 2000, im Folgenden „Entd.“, S. 17 ff.

fassungen! Zusätzlich auf die „Verständige“ und den „Verständigen“ abzustellen, führt nicht weiter.

Genauso wenig löst das Kriterium „aufmerksam“ die Pluralität auf. Hinterfragt wird zum Europäischen Verbraucherleitbild überdies nicht, was denn gar unter „dem durchschnittlich informierten Durchschnittsverbraucher“, also dem durchschnittlichen Durchschnitt, zu verstehen sein könnte.

Vielmehr stellt der Rechtsanwender als Herkules fest, dass „der durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher“ so und so auffasst und damit die Norm erfüllt ist oder auch nicht. Ob der Sachverhalt mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit feststeht, wird nicht problematisiert.

„Erfahrungsregeln“ werden als „maßgebliche Beurteilungskriterien“ so angewandt als seien Gesetzesbegriffe auszulegen und nicht Sachverhalt festzustellen. In dem beim BGH anhängigen Rechtsstreit hat das OLG München die „Erfahrungsregel“ gleich zum „Rechtsbegriff“ erhoben.

Wenn Rechtsanwender dagegen die Probleme teilweise erkennen, flechten sie nur kurz ein, Beschreibungen dieser Art seien „symbolhaft“ zu verstehen. Mit dem Kriterium „symbolhaft“ ist wiederum der Weg geebnet, doch nach der eigenen Wirklichkeit zu entscheiden.⁶

Praxis und Lehre können den Eindruck erwecken, als sei das herkömmliche Denken stärker verkrustet als man gemeinhin annehmen möchte:

Es werden nicht nur die Begriffsdefinitionen und deren Anwendung verdrängt. Vielmehr finden die Rechtsanwender anscheinend selbst dann, wenn sie auf das Problem hingewiesen werden, nicht mehr zurück, oder sie wollen nicht mehr zurückfinden. Der beim BGH anhängige Rechtsstreit

⁶ Vgl. insgesamt zu diesen Problemen: Verf., Entd. S. 27 ff.; ders., Die normative Verkehrsauffassung – ein doppeltes Missverständnis, Konsequenzen für das Leitbild des „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers“, in: GRUR 2000, 923 ff. (931 re. Sp., 932 li. Sp.). Das Problem des Konstruktivismus, mit dem sich der Jubilar auseinandersetzt, gewinnt an dieser Stelle noch keine Bedeutung. Zum Begriff „Wirklichkeit“: Verf. in Entd. (Fn. 5), S. XXXIII f. Der Verf. versucht in dieser Schrift (Entd.) generell den Grund dafür zu ermitteln, warum die Pluralität der Wirklichkeit zu beachten ist. Zunächst wirkt sich aus, dass die Wirklichkeit die Basis des Rechts bildet, vgl. a.a.O. vor allem S. 50, 55, 65. Wenn noch weiter vertieft wird, findet sich nach Ansicht des Verf. eine Grundnorm, nach welcher sich die Normen grundsätzlich aus der Wirklichkeit ergeben; vgl. a.a.O., S. XXXIII ff. und im Internet unter der in Fn. 2 angegebenen Adresse.

kann wiederum, so wie er bislang entschieden wurde, als Musterbeispiel dienen.⁷

Soweit ersichtlich, wird das Thema als Ganzes im In- und Ausland noch nicht problematisiert. In der Entwicklung am weitesten fortgeschritten sind die deutsche Rechtsprechung und Literatur, voran der BGH, zu einem Detail (Irreführung) und die U.S.-amerikanische Rechtsprechung und Literatur zu einem anderen einzelnen Rechtsgebiet (Markenrecht).⁸

II. Das aktuelle Musterbeispiel: Verneinung einer Verwechslungsgefahr trotz nachgewiesener Verwechslungsgefahr⁹

Es klagt in dem erwähnten BGH-Verfahren der Focus Magazin Verlag. Dieser Verlag ist Inhaber der am 14. November 1995 angemeldeten und am 18. März 1997 eingetragenen Wortmarke „FOCUS“ sowie weiterer Focus-Marken und mehrerer geschäftlicher Focus-Bezeichnungen. Beantragt

⁷ Es stellt sich an dieser Stelle die immer wieder aufgeworfene berufsethische Frage, ob es angemessen ist, dass sich ein Parteivertreter zu seinem eigenen Verfahren äußert. Dem Verf. geht es um das übergeordnete Problem der Begriffsdefinition nach der Pluralität der Wirklichkeit und insgesamt um die Bedeutung der Wirklichkeit für das Recht. Zu diesem Problembereich steht jedoch kein aktuelles Beispiel zur Verfügung als eben dieses Urteil des OLG München. Zudem gibt es aus der neuen Zeit kein anschaulicheres Beispiel. Außerdem steht der Jubilar diesem Beispiel nahe. Nicht zuletzt wird doch ein berechtigtes fachliches Interesse anzuerkennen sein rückzufragen, ob sich Rechtsprechung und Wissenschaft, insbesondere der Bundesgerichtshof, zur Problematik äußern möchten. Unter diesen Umständen wird sich eine zurückhaltende Besprechung rechtfertigen lassen.

⁸ Vgl. die Darstellung der Entwicklungsstufen: Verf. in GRUR (Fn. 5), S. 931 f. sowie weitere Einzelheiten zum Ausland in Entd. (Fn. 5), S. 17 ff., 33 ff. Noch nicht aufgeführt ist dort die noch unveröffentlichte Publikation: *Niedermann*, Quality Criteria for Survey Research as Legal Evidence, WAPOR seminar, noch nicht in einer Fachzeitschrift veröffentlicht. Von den gut zugänglichen Beiträgen ist besonders aufschlußreich die Abhandlung von *Vida*, Die Konsumentenumfrage in der Warenzeichenrechtsprechung der USA, GRUR Int. 1989, 267 ff. (276 ff.).

⁹ Diese Überschrift will nicht provozieren. Nach dem Urteil des OLG München könnte dieser Abschnitt genauso überschrieben sein: „Verneinung einer Verwechslungsgefahr im Rechtssinne, weil die Verwechslungsgefahr als Ganzes sachverhaltlich unerheblich ist, obwohl der Gesamteindruck entscheidet“. Methodengerecht beurteilt, erklärt das OLG München in der Sache aber doch, wie der Verf. belegen möchte, dass es die Verwechslungsgefahr verneint, obwohl ein erheblicher Teil der Adressaten tatsächlich verwechselt.

ist, die Beklagte zu verurteilen, in die Löschung der deutschen Marke „MediaFocus“ einzuwilligen. Diese Marke „MediaFocus“ ist mit Priorität zum 10. Juni 1998 eingetragen. Begründet wird die Klage unter anderem mit §§ 51 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 und 3 MarkenG. Weitere Einzelheiten sind für diese Abhandlung unerheblich. Es interessieren das begriffliche Verständnis und insgesamt das herkömmliche Denken zur Pluralität der Wirklichkeit, nicht dagegen, ob der Einzelfall richtig entschieden worden ist oder nicht.

Nachdem die erste Instanz eine Verwechslungsgefahr verneint und dementsprechend die Klage des Verlages abgewiesen hatte,¹⁰ ermittelte der Verf. als Parteivertreter mit einem Marktforschungsinstitut den Sachverhalt. Befragt wurden 1189 PC-Nutzer als relevanter Verkehrskreis. Die Studie ergab einen Sachverhalt, nach dem – wenn er unter die bei Fußnote 24 aufgeführten Definitionen subsumiert wird – 48,6% mittelbar oder im weiteren Sinne verwechseln. Nebenbei ergab sich aus der Befragung für „FOCUS“ im relevanten Verkehrskreis (PC-Nutzer) ein Bekanntheitsgrad von 98,3%.¹¹

Das Oberlandesgericht München hat in einem Urteil vom 12. Juli 2001 jedoch kategorisch erklärt, die Umfrageergebnisse seien schlechthin aus rechtlichen Gründen unbeachtlich. Wörtlich:¹²

„Die Klägerin kann sich nicht mit Erfolg auf das vorgelegte Umfragegutachten zum Bestehen einer Verwechslungsgefahr stützen. Im Gegensatz zur Bekanntheit einer Marke ist die Verwechslungsgefahr ein Rechtsbegriff und einer empirischen Ermittlung nicht zugänglich, vielmehr aus den Rechtsbegriffen Zeichenähnlichkeit, Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit und Unterscheidungskraft zu ermitteln. Maßgeblich ist nicht, ob mehr oder weniger Personen in einem gestellten Fall Bezeichnungen verwechseln, was sehr von der Bekanntheit der Lagemarke abhängt. Die Bekannt-

¹⁰ LG München I – Az. 9 HK O 8758/00, Urteil vom 12. 9. 2000, soweit ersichtlich nicht veröffentlicht; das Urteil kann eingesehen werden unter der in Fn. 2 angegebenen Internetadresse, Rubrik: Urteile – Markenrecht.

¹¹ Der gesamte Studienbericht kann unter der in Fn. 2 angegebenen Internetadresse, Unterrubrik: Repräsentative Umfragen, eingesehen werden. Zum besseren Verständnis des Studienberichts für denjenigen, der die Befragungsergebnisse studiert: Demoskopisch bedeutet die Antwort „Ja, kann sein, halte ich für möglich“, dass der Befragte sinngemäß erklärt: „Ich kann dies zwar nicht nachweisen, weil ich ja die Verhältnisse nicht genau kennen kann; ich gehe jedoch davon aus, dass es so ist“.

¹² Az. 6 U 5178/00. Zur Zeit des Abschlusses dieses Beitrages ist das Urteil noch nicht veröffentlicht worden. Es kann im Internet an der gleichen Stelle eingesehen werden wie das erstinstanzliche Urteil; vgl. Fn. 10.

heit einer Marke kann lediglich im Rahmen der Beurteilung der Kennzeichnungskraft einer Marke als ermittelte Tatsache von Bedeutung sein.“

Das OLG München hat sich auch sonst nicht weiter damit auseinandergesetzt wie die gesetzliche Voraussetzung: „für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht“ auszulegen ist. Dieses Denken ist derart herkömmlich, dass beispielsweise der Kommentar von Althammer/Ströbele/Klaka¹³ befindet:

„Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur handelt es sich bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr um eine Rechtsfrage. Sie ist einer Beweisaufnahme nicht zugänglich, sondern kann nur aufgrund einer rein rechtlichen Bewertung der festgestellten Tatsachen beantwortet werden.“

III. Die rechtsmethodischen Grundlagen

Die Gegenüberstellung im Urteil des OLG München:

„Im Gegensatz zur Bekanntheit einer Marke ist die Verwechslungsgefahr ein Rechtsbegriff und einer empirischen Ermittlung nicht zugänglich“

beruht als erstes auf einem methodischen Missverständnis.¹⁴

Rechtsmethodisch ist die folgende Übersicht entscheidend:¹⁵

¹³ Markengesetz, 6. Aufl. 2000, § 9 Rdn. 20. Zur Rechtsprechung verweist der Kommentar auf die Urteile Sunpearl II, St. Petersquelle, SL, frei öl, dipa/dip, P3-plastocin, B.Z./Berliner Zeitung, Das BGH-Urteil Philip Morris/. Reemtsma war noch nicht begründet, als dieser Beitrag abgeschlossen werden musste. Anders als diese „einhellige Auffassung“ argumentieren, soweit ersichtlich, nur Noelle-Neumann/Schwamm, Testen der Verwechslungsgefahr, GRUR 1976, 51 ff. (52 re. Sp., 53 ff.); Reh binder, Demoskopie als Beweismittel im Markenrecht, in: Marke und Marketing 1990, 355 ff. sowie (Nachdruck) in: Abhandlungen zur Rechtssoziologie, Berlin 1995, S. 209 ff.; der Verf. seit 1985 in mehreren Abhandlungen, zunächst in der Einleitung zum Sonderdruck aus Chiotellis/Fikentscher, Rechtstatsachenforschung, Köln 1985 sowie dort S. 23 mit Hinweis auf OLG Köln, GRUR 1971, 420 f. Interessant sind noch heute die Ausführungen von Knaak, Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts (1986), S. 83 ff., 89 ff. mit weiteren Hinweisen. Die Widersprüchlichkeiten der Praxis, die Knaak darstellt, lassen sich einordnen und erklären, wenn die Praxis in die Übersicht nachfolgend Ziff. III eingeordnet wird.

¹⁴ Ausführlich Verf. in GRUR, vgl. Fn. 6 und in den in GRUR aufgeführten früheren Schriften.

¹⁵ Eingehend zu dieser Grundlage Verf. in GRUR a.a.O., insbes. 927 re. Sp. Die nachfolgende Darstellung bezieht ein wertvolles (an den Verf. gerichtetes) Schreiben Prof. Fikentschers vom 25. Januar 2001 ein.

1. Normen enthalten Begriffe wie: „Sittengesetz“ (Art. 2 Abs. 1 GG), „irreführende Angaben“ (§ 3 UWG), „die Gefahr von Verwechslungen“ (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG), „bekannte Marke“ (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG), „gute Sitten“ (§ 1 UWG), „Treu und Glauben“ (§ 242 BGB), „berechtigtes Interesse“ (§ 29 Abs. 2 Nr. 1 BDSG, § 23 Abs. 2 KUG), „Tatsache“ (§ 186, § 187 StGB, § 824 BGB), „öffentlicher Belang“ (§ 35 Abs. 2 BauGB), „wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts“ (Art. 6 EGBGB). Jeder Begriff in allen Rechtsnormen könnte hier genannt werden. Alle diese Begriffe lassen sich als Rechtsbegriffe bezeichnen.¹⁶

Die Begriffe „Bekanntheit“ und „Verwechslungsgefahr“ stehen sich demnach nicht so gegenüber, wie sie das OLG München in seinem Urteil gegenüber gestellt hat. Sogar die Bekanntheit ist ein Rechtsbegriff. Nach der Denkweise des Senats dürfte demnach auch „die Bekanntheit einer Marke“ „einer empirischen Ermittlung nicht zugänglich“ sein.

2. Nahezu jeder Rechtsbegriff muss ausgelegt werden. Insbesondere dürfen Rechtsbegriffe in aller Regel nicht ohne weiteres mit einem außerrechtlichen Tatsachenverständnis gleichgesetzt werden. Bis hierhin, aber nur bis hierhin, befindet sich das Urteil des OLG München im Recht.

Der Begriff muss definiert, an den Sachverhalt herangetragen werden.¹⁷ Ausgelegt wird nach den rechtlichen Methoden. Die Auslegung nach den rechtlichen Methoden stellt Rechtsfragen (und allenfalls inciderter Vorfragen nach Sachverhalt).

3. Jede Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass Sachverhalt rechtserheblich ist.¹⁸ An dieser Stelle ergibt sich, wie bereits in Fußn. 2 erwähnt, meist, dass der rechtserhebliche Sachverhalt pluralistisch ist.

4. Der nach der Definition des Begriffes rechtserhebliche Sachverhalt muss ermittelt werden. Sachverhalt ist dem Beweise zugänglich.¹⁹

¹⁶ Vgl. außer der rechtsmethodischen Literatur einschl. der Literatur zur Allgemeinen Rechtslehre speziell zum Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr: Osterloh, Die zeichenrechtliche Verwechslungsgefahr als Rechtsfrage in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, FS Piper, S. 595 ff. (596). Aus der Sicht der Logik für Juristen: Schneider, Logik für Juristen, 5. Aufl. – 1999, § 33.

¹⁷ Für Alle: Fikentscher, Methoden des Rechts, Band III, Tübingen 1976, 736 ff., speziell zur Formulierung: „Hinführung auf den Sachverhalt“, 749. Vgl. auch aus der Sicht der Logik: Schneider (Fußn. 16) § 33 und § 6.

¹⁸ Fikentscher a.a.O.; Scheuerle, Beiträge zur Trennung von Tat- und Rechtsfrage, AcP 157, 1 ff. (20, 36, 51); speziell zum pluralistischen Sachverhalt: Verf. seit WRP 1975, 408 ff. (409 f.), zuletzt GRUR 2000, 923 ff. (927 li. und re. Sp.). Ferner: R. G. Schweizer, in: Heldrich (Fn. 1), S. 305 ff. (312).

¹⁹ Allg. M., bspw. Zöller/Greger, 21. Aufl. 1999, vor § 284 Rdn. 1 ff. (10).

5. Schließlich muss subsumiert werden. Es muss festgestellt werden, ob der Sachverhalt den Tatbestand erfüllt oder nicht. Dass dazu der Blick ständig hin und her wandern muss,²⁰ ist heute allgemein bekannt.

Es gibt keinen Weg, der erlaubte, methodenehrlich von dieser Übersicht abzuweichen. Die Rechtsprechung und die herrschende Meinung vertreten die dieser Übersicht zugrundeliegende syllogistische Lehre von der Subsumtion.²¹ Auch Entwicklungen wie Fikentschers Lehre von der Fallnorm halten am Subsumtionsmodell fest.²²

IV. Konsequenzen aus den rechtsmethodischen Grundlagen für den Begriff der Verwechslungsgefahr als Beispiel

Das Gesetzesmerkmal: „für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht“, enthält Rechtsbegriffe; vgl. oben Übersicht 1. Diese Rechtsbegriffe müssen ausgelegt werden; vgl. Übersicht oben Ziff. III Nr.2. Die Auslegung ergibt, wenn nicht noch weiter²³ normativ „korrigiert“ wird:²⁴

²⁰ Verf., GRUR 2000, 927 li. Sp.

²¹ Fikentscher a.a.O., S. 739 ff.

²² Fikentscher Band IV, Tübingen 1977, 3. ff. (181 f.). Nebenbei: Wenn die pluralistische Wirklichkeit beachtet wird, zeigt sich nach Ansicht des Verf., dass der Lehre von der Fallnorm zuzustimmen ist. An dieser Stelle kommt es jedoch auf den Meinungsstreit zur Fallnorm nicht an. Maßgeblich ist nur die konsequente Beachtung der hier aufgeführten Übersicht. Auch noch nebenbei, weil sich diese Bemerkung hier doch aufdrängt: Nach Ansicht des Verf. besteht der Gegensatz der Fallnorm zur Entscheidungsnorm, wie ihn Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u. a. 1999, auf S. 145 annimmt, so nicht: Durch die Bildung von Normen in vielen Fällen werden die Gesetzesbegriffe weiter definiert. So kann, je häufiger und tiefgründiger von Fall zu Fall weiter definiert und so insgesamt die Definition weiter entwickelt worden ist, aufgrund der Fallnorm mehr und mehr von der Gesetzesnorm als Entscheidungsnorm ausgegangen werden.

²³ Zur Irreführung wird angenommen, bereits die Festlegung von Quoten korrigiere normativ; vgl. Verf., GRUR 2000, 933 li. Sp. in Ziff. II lit. a). Der Sprachgebrauch wird deshalb unsicher sein, weil, genau betrachtet, innerhalb eines Normsatzes jeder auslegungsbedürftige Begriff normativ ist; vgl. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, § 5 V (S. 40).

²⁴ Verf. in GRUR (Fn. 3) S. 930 re. Sp., 933 re. Sp., Verf. in: Der Syndikus 8. Ausg. Juli/August 1999, S. 44 f. (dort auch Besprechung des BGH-Urteils – frei öf, GRUR 1992, 48 ff.) im Anschluss an Gloy/Gloy Hdb. WettbewerbsR § 16 Rdn. 8 f. und an weitere Literatur und Rechtsprechung. Diese Definitionen berücksichtigen bereits die Ausführungen des Verf. zum Verständnis des Wortteils „Gefahr“ im Begriff „Verwechslungsgefahr“. Vgl. zu diesem Verständnis: Verf., Genügt die „Gefahr“ einer Irreführung?, in DER SYNDIKUS, 7. Ausg. Mai/Juni 1999, S. 40 ff.

„Die Gefahr von Verwechslungen besteht im engeren Sinne für das Publikum, wenn ein erheblicher Teil der nach der Norm relevanten Personen in der jeweiligen Situation annimmt, die Verletzungskennzeichnung stimme mit der Schutz suchenden Kennzeichnung überein.“

„Eine mittelbare Verwechslungsgefahr liegt für das Publikum vor, wenn ein erheblicher Teil der nach der Norm relevanten Personen entgegen den wirklich bestehenden Verhältnissen annimmt, die mit den Kennzeichnungen versehenen Waren oder Leistungen entstammten demselben Unternehmen.“

„Eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne liegt für das Publikum vor, wenn ein erheblicher Teil der nach der Norm relevanten Personen in der jeweiligen Situation annimmt, zwischen den Unternehmen bestünden besondere wirtschaftliche oder engere organisatorische Beziehungen, und wenn jedoch solche Beziehungen nicht bestehen.“

Diese Definitionen müssen für den Einzelfall noch weiter konkretisiert werden.²⁵

Ist bis zur Durchführungsreife²⁶ definiert, muss der nach der jeweiligen Definition rechtserhebliche Sachverhalt ermittelt²⁷ und schließlich muss subsumiert werden; vgl. Übersicht oben Ziff. III Nr. 4 und Nr. 5.

²⁵ Speziell zu den Fällen mit pluralistischer Wirklichkeit bis hin zur Durchführungsreife einschließlich der Formulierung von Beweisbeschlüssen: Verf. in Chiotellis/Fikentscher (Fn. 13) S. 9 ff. (68 ff.). Der Verfasser unterscheidet für die Fälle, in denen demoskopisch Sachverhalt ermittelt wird, die Phasen: Definition, Durchführung, Analyse und Entscheidung, Darstellung. Nach dieser Gliederung ist die Frage, ob im konkreten Falle die Voraussetzung „ein erheblicher Teil“ erfüllt ist oder nicht, in der Definitions- oder in der Analyse- und Entscheidungsphase zu beurteilen. Vgl. a.a.O. (18 ff., 59 ff., 71 f.).

²⁶ Vgl. Fn. 25.

²⁷ Ein Musterbeispiel dafür, wie wenig die Phase „Sachverhaltsermittlung“ und die Phase „Auslegung“ unterschieden werden, bildet die Art und Weise wie das neue Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 18. Juli 2000, GRUR Int. 2001, 187 f., zur Zeit allüberall in der Literatur herangezogen wird. Dieses Urteil wird zu der Feststellung herangezogen, dass die Verwechslungsgefahr einen Rechtsbegriff darstellt und deshalb einer empirischen Ermittlung durch ein demoskopisches Gutachten nicht zugänglich sei. In diesem Sinne drückt sich das Schweizerische Bundesgericht zunächst auch aus und bezieht sich dabei auf Schrifttum zum deutschen Markengesetz. In der Übersicht zur Rechtsmethodik – oben Ziff. III – betreffen diese Ausführungen zum Rechtsbegriff 1. bis 3., nicht 4., also die Sachverhaltsermittlung. Anschließend befasst sich das Urteil jedoch zur weiteren Begründung nicht mit 1. bis 3., sondern mit 4. Es führt aus, dass demoskopische Umfragen deshalb nicht herangezogen werden dürften, weil die für Umfragen sprechenden Gründe zur Sachverhaltsfeststellung (eigene Feststellungen des Gerichts zum Verständnis des Publikums) nicht gewichtiger seien als die bisherige Pra-

Demnach lässt sich die oben²⁸ zitierte Begründung des OLG München nicht halten. Das OLG München ist nicht in diesem Sinne methodengerecht vorgegangen. Ausführlicher dazu nun sofort in Ziff. V.

V. Wie sind die in der Rechtsprechung und im Schrifttum zur Verwechslungsgefahr entwickelten Kriterien einzuordnen?

Rechtsprechung und Literatur haben, wie bekannt, Kriterien zur Ermittlung der Verwechslungsgefahr entwickelt.²⁹ Osterloh spricht von einem „Beziehungs- oder Wechselwirkungsgeflecht zwischen ‚Ähnlichkeit‘, ‚Kennzeichnungskraft‘ und ‚Waren- oder Branchennähe“.³⁰ Wer diese Kriterien analysiert, wird feststellen, dass es sich bei ihnen – zumindest in der Regel – um Erfahrungssätze handelt.

So,

- wenn dargelegt wird, dass die Verwechslungsgefahr vom Grad der Ähnlichkeit der kollidierenden Zeichen abhängt;
- wenn erklärt wird, es sei auf den Gesamteindruck beider Zeichen abzustellen, weil der Durchschnittsverbraucher eine Marke normalerweise als Ganzes wahrnehme und nicht auf die verschiedenen Bestandteile achte;
- wenn ausgeführt wird, dass der Grundsatz von der Maßgeblichkeit des Gesamteindruckes nicht verbiete, im Sinne einer Prägetheorie einem Bestandteil eines Zeichens eine das Gesamtzeichen prägende Kennzeichnungskraft beizumessen;

xis. Es werden somit insoweit die Rechtsauslegung und die Sachverhaltsermittlung verwechselt. Die Auslegung ergibt, welcher Sachverhalt rechtserheblich ist. Die Frage, wie der nach der Rechtsauslegung erhebliche Sachverhalt zu ermitteln ist, ist selbstverständlich von der Auslegung zu trennen (auch wenn der Blick hin und her wandern muss).

²⁸ Ziff. II.

²⁹ Vgl. zuletzt *Sack*, Die Verletzung abstrakter Farbmarken, in WRP 2001, 1022 ff. (1026 ff.). Siehe zum Beispiel auch *Althammer/Ströbele/Klaka* § 9 Rdn. 17, 39, 41, 50, 52 ff.; *Berlit*, Das neue Markenrecht, 4. Aufl. 2000, Rdn. 135 a ff. (dort heißt es, um nur ein Beispiel für alle zu nennen: Die Prüfung der Verwechslungsgefahr hat nach dem Gesamteindruck ... zu erfolgen ... Bei der Bewertung des Gesamteindrucks ist von dem Erfahrungssatz auszugehen ...“); *Gloy/Gloy Hdb. WettbewerbsR*, § 16 Rdn. 11 ff.; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz 1998, Rdn. 165, 180 ff.; *Fezer*, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 14 Rdn. 121, 160 ff.

³⁰ Fn. 16, S. 600.

- wenn geltend gemacht wird, es bestehe umso eher eine Verwechslungsgefahr, je unterscheidungs- und kennzeichnungskräftiger das ältere Zeichen sei;
- wenn angenommen wird, dass die Unterscheidungs- und Kennzeichnungskraft und folglich auch die Verwechslungsgefahr umso größer ist, je bekannter das Zeichen ist.

Die Anwendung von Erfahrungssätzen gehört in der Übersicht oben Ziff. III zu Nr. 4, nämlich zur Ermittlung des nach der Definition des Rechtsbegriffes erheblichen Sachverhalts. Sie betrifft – sehr wichtig – nicht Nr. 2. Da die Erfahrungssätze nur die Sachverhaltsermittlung betreffen, können sie die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts durch demoskopische Ermittlungen nicht verdrängen.

Dass so einzuordnen ist, wird spätestens verständlich, wenn der wohl im rechtsmethodischen Schrifttum³¹ am häufigsten aufgeführte Erfahrungssatz betrachtet wird, nämlich das Naturgesetz: Niemand kann sich zur gleichen Zeit an zwei verschiedenen Orten befinden. Nach diesem Erfahrungssatz ist als Sachverhalt festzustellen, dass jemand nicht am Ort A gewesen ist, wenn er sich zu dieser Zeit in B aufhielt.

Im Prinzip ändert sich nichts, wenn als Erfahrungssatz kein Naturgesetz, sondern eine Wahrscheinlichkeitsregel angewandt wird. Der Unterschied besteht nur darin, dass bei einem Naturgesetz zwingend auf die zu beweisende Tatsache rückgeschlossen werden kann und bei der Wahrscheinlichkeitsregel nur mit einer mehr oder weniger großen Wahrscheinlichkeit.

Wie brüchig das herkömmliche juristische Denken ist, wird vollends bewusst, wenn bedacht wird,

- in welch' großem Ausmaß bei pluralistischem Sachverhalt Erfahrungssätze unterstellt werden, und
- wie wenig diese Unterstellungen den Beweismaßgrundsätzen gerecht werden.³² Noch wichtiger ist: Die Erfahrungssätze dienen, wie ausge-

³¹ Vgl. zum Beispiel *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 126. Zu der Frage, inwieweit diese Kriterien im Wege einer normativen Korrektur eingeführt werden sollen, vgl. die nachfolgende Ziff. IV.

³² Ausführlich dazu Verf., *Entd.* (Fn. 5), S. 40 ff., 67, XXVII f. (auch mit Hinweis auf den Beweis auf erste Sicht oder für das äußere Bild und die Theorie von der Relativität des Beweismaßes). – Kur, *Die Verwechslungsgefahr im europäischen Markenrecht*, *MarkenR.* 1999, 1 ff. (4 re. Sp.) weist darauf hin, dass „insbesondere das deutsche Recht zu skrupulös-schematischer Anwendung von ‚Erfahrungssätzen‘ neigt“.

führt, dazu, den rechtserheblichen Sachverhalt zu ermitteln. Sie sind dagegen nicht dazu bestimmt, den Rechtsbegriff zu definieren. Deshalb können die Erfahrungssätze nicht die Auslegung ersetzen, und schon gar nicht dürfen die Erfahrungssätze als Rechtsbegriff das Tatbestandsmerkmal verdrängen.

Ein Musterbeispiel für die gesamte hier in Ziff. V besprochene Problematik bildet das BGH-Urteil „frei öl“ vom 31. Januar 1991.³³ Dieses Urteil enthält den Satz, der zur Verwechslungsgefahr das herkömmliche Denken einleitet und auf den sich die „einheitliche Auffassung in Rechtsprechung und Literatur“³⁴ wortgetreu beruft: „Die Frage der Verwechslungsgefahr ist eine Rechtsfrage, die nicht im Wege einer Beweiserhebung, sondern nur aufgrund einer rein rechtlichen Bewertung festgestellter Tatsachen beantwortet werden kann“. Auch das OLG München hat, wie zitiert, diesen Satz seinem hier besprochenen Urteil zugrunde gelegt.

Wie hat nun der BGH auf dieser Basis in seinem Urteil „frei öl“ Recht gefunden?

- In seinem Urteil wendet der BGH – wie er formuliert – „Erfahrungsregeln“ an.
- Seine Ausführungen beginnen mit der Feststellung: „In der Rechtsprechung des BGH ist als Erfahrungsregel anerkannt, dass bei Wort-Bild-Zeichen für den Gesamteindruck meist der Wortbestandteil maßgebend ist, weil der Verkehr sich in der Regel am Wort als Kennzeichnung orientiert, wenn dieses – wie meist – die einfachste Bezeichnungsform darstellt“.
- Mit den von ihm angewandten Erfahrungsregeln gelangt der BGH zu dem Ergebnis, dass „die objektiven Merkmale der Kennzeichnungen nach den maßgeblichen Beurteilungskriterien deutlich gegen eine solche Gefahr (Verwechslungsgefahr) sprechen“.
- Der BGH meint hier mit „maßgeblichen Beurteilungskriterien“ (nur) die „Erfahrungsregeln“.
- Der BGH fragt nicht, ob mit diesen Erfahrungsregeln die für den Vollbeweis erforderliche Gewissheit erreicht wird, oder ob das Beweismaß gesenkt werden muss.

³³ GRUR 1992, 48 ff.

³⁴ Siehe oben in Ziff. II den Hinweis auf den Kommentar von *Althammer/Ströbele/Klaka*.

- Anschließend würdigt er die Ergebnisse einer demoskopischen Marktforschungsstudie als „indiziellen“ Beleg für eine Verwechslungsgefahr. Er stellt „die Frage, ob eine solche Quote tatsächlich vorkommender Verwechslungen unter anderen als den hier gegebenen Umständen ausreichen könnte, indiziell eine Verwechslungsgefahr zu belegen, obwohl die objektiven Merkmale der Kennzeichnungen nach den maßgeblichen Beurteilungskriterien deutlich gegen eine solche Gefahr sprechen“.

Im Prinzip fragt das Urteil demnach, ob die festgestellte Tatsache³⁵ ausreichen könnte, die nach dem Erfahrungssatz angenommene Tatsache zu verdrängen. Der Erfahrungssatz, der nur helfen soll, die rechtserhebliche Tatsache zu ermitteln, verdrängt die Tatsache. Die Tatsache verkümmert demnach zu ihrem eigenen Indiz. Und – wie zu befürchten, wenn die Erfahrungsregel als „maßgebliches Beurteilungskriterium“ bezeichnet wird: In der weiteren Entwicklung interessiert die rechtserhebliche Tatsache auch nicht mehr als ihr eigenes Indiz; die rechtserhebliche Tatsache ist – so das Urteil des OLG München – schlechthin unerheblich. Die Logik:

Das Mittel zum Zweck schafft den Zweck ab und wird unversehens selbst der Zweck. Das Mittel wird zum Zweck.

- Der BGH schließt seine Ausführungen zur Verwechslungsgefahr mit der Überlegung, dass „im Hinblick auf das starke Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit ... die im vorliegenden Fall nachgewiesene Quote von 10% tatsächlicher Verwechslungsfälle – im Wesentlichen als Folge einer für die Verkehrsdurchsetzung nicht ausreichenden Verkehrsbekanntheit der Farbkombination – nicht genügt, eine Verwechslungsgefahr im Rechtssinne indiziell zu belegen“.

Demnach ist klar, wie in diesem Urteil eingeordnet und wie herkömmlich gedacht wird:

Der Rechtsbegriff wird nicht oder nicht hinreichend definiert; vgl. in der Übersicht oben Ziff. III Nr. 2. Es wird schnell auf die Ermittlung des Sachverhalts übergesprungen; in der Übersicht oben Ziff. III Nr. 4. Der Sachverhalt wird auf der Basis einer unvollständigen Definition mit „Erfahrungsregeln“, die auch als „maßgebliche Beurteilungskriterien“ bezeichnet

³⁵ Nämlich, wie der BGH in seinem Urteil formuliert: eine „Quote von 10% tatsächlicher Verwechslungsfälle“. Ein anderes Thema ist, ob 10% ausreichen, nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes eine Verwechslungsgefahr im Sinne der Norm bejahen zu können. Vgl. dazu Verf. in: Chiotellis/Fikentscher (Fn. 13) S. 65 (dort Fn. 23), 66 (Fn. 24).

werden, ermittelt. Diese Erfahrungsregeln und Beurteilungskriterien sind vage, unter anderem deshalb weil sie auf die Pluralität der Wirklichkeit nicht eingehen. Die Folge ist, dass der Rechtsanwender nach seinen Vorstellungen urteilt. Die nach der Auslegung rechtserhebliche Wirklichkeit wird dagegen, wenn überhaupt, nur „indiziell“ berücksichtigt.

VI. Normative Korrektur

Der Sinn und Zweck einer Norm kann – theoretisch gut denkbar – verlangen, dass normativ „korrigiert“ wird.³⁶ So könnte der Sinn und Zweck der §§ 55 Abs. 1, 51 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 MarkenG verlangen,³⁷ die Bekanntheit eines Zeichens unabhängig davon zu berücksichtigen, ob im konkreten Fall tatsächlich aufgrund der Bekanntheit verwechselt wird.

Eine solche normative Korrektur oder besser: Konkretisierung kann aber lediglich bewirken, dass die Gesetzesmerkmale: „für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht“ in einem bestimmten Sinne auszulegen sind. Das heißt: Auch wenn normativ korrigiert wird, führt die Auslegung zu einer Definition des Rechtsbegriffes „Gefahr von Verwechslungen“, nach welcher Sachverhalt rechtserheblich ist.

Dagegen kann eine solche Korrektur oder Verbesserung nicht bewirken, dass zum Begriff der Verwechslungsgefahr als Ganzem kein – dem Beweise zugänglicher – Sachverhalt rechtserheblich wäre.³⁸ Wer die in Ziff. III beschriebene Übersicht überprüft, stellt schnell fest, warum. Sie veranschaulicht, dass nur in den Stufen Nr. 1 und Nr. 2 korrigiert werden kann und es prinzipiell bei den Folgen bleibt:

³⁶ Siehe als interessantes Beispiel *Larenz/Canaris*, a.a.O. S. 129: „Ruhestörender Lärm“. Vgl. darüber hinaus oben Fn. 23.

³⁷ Vgl. zum Beispiel *Fezer*, § 14 Rdn. 121 ff.

³⁸ Verf. in GRUR 2000, 925 re. Sp., 926 re. Sp., 933 li. Sp. Zum Begriff „für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht“ kommt hinzu, dass nach heute wohl allgemeiner Meinung „die Verwechslungsgefahr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen ist“, und zwar aus der Sicht des Publikums. *Fezer* § 14 Rdn. 103, *Ingerl*, Die markenrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – Weichenstellung für die Entwicklung des europäischen Markenrechts, GRUR Int. 2001, 581 ff. (587). Von dieser Basis aus führt kein Weg zur Rechtserheblichkeit der eigenen Wirklichkeit des Rechtsanwenders (anstelle der Wirklichkeiten des Publikums). Eine ganz andere Frage ist, ob der Rechtsanwender aufgrund eigener Sachkunde den Sachverhalt feststellen kann; vgl. Verf., *Entd.*, S. 40 ff.

Nach Ziff. III Nr. 3 ist Sachverhalt rechtserheblich. Rechtserheblich ist nicht ausschließlich die eigene Wirklichkeit des Rechtsanwenders. Der rechtserhebliche Sachverhalt ist – wie in Ziff. III Nr. 4 festgehalten – dem Beweise zugänglich, und schließlich muss – vgl. 4. – subsumiert werden.

Was das Thema dieses Beitrages betrifft, ist unerheblich, ob und eventuell wie der Begriff „Gefahr von Verwechslungen“ und andere Rechtsbegriffe normativ zu korrigieren sind.³⁹ Maßgeblich und von großer Bedeutung ist nur:

- Die Auslegung des Rechtsbegriffs führt – wenn nicht weiter normativ modifiziert wird – zu einer Definition, wie sie in Ziff. IV wiedergegeben worden ist. Die Definition besagt stets, welcher Sachverhalt rechtserheblich ist (und dieser rechtserhebliche Sachverhalt ist zu ermitteln und im OLG-Fall von einer Partei auch demoskopisch ermittelt worden).
- Wenn „normativ korrigiert“ wird, ändert sich prinzipiell nichts. Es bleibt dann auch dabei, dass die Auslegung eines Rechtsbegriffes zu einer Definition führt, nach welcher Sachverhalt rechtserheblich ist. Keine zusätzliche normative Korrektur führt dazu, dass die Wirklichkeit unerheblich und durch die eigene Wirklichkeit des Rechtsanwenders zu ersetzen wäre.⁴⁰

Das Urteil des OLG München befasst sich in seinem Urteil – dem herkömmlichen Denken entsprechend – nicht hinreichend mit diesen Grundlagen. Es hätte definieren müssen, was unter dem Gesetzesmerkmal „für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht“ zu verstehen ist. Aufgrund der Definition hätte das OLG München dann erklären müssen, welcher Sachverhalt rechtserheblich ist. Anschließend hätte das Gericht feststellen können, ob die von einer Partei vorgelegten demoskopischen Ergebnisse – als Sachverhalt – rechtserheblich sind oder nicht.

Es durfte dagegen nicht ohne weiteres auf „die Rechtsbegriffe Zeichenähnlichkeit, Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit und Unterscheidungskraft“ überspringen. Wenn diese Kriterien als Rechtsbegriffe und nicht als Erfahrungsregeln gelten sollen, hätte das Gericht darlegen müssen, warum es das Gesetzesmerkmal „für das Publikum die Gefahr von Verwechslun-

³⁹ Gegen eine normative Korrektur sprechen wie bei der Irreführung: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und damit auch die Effizienz als Rechtsprinzip sowie der Verbraucherschutz; vgl. zur Irreführung kurz mit einigen Hinweisen: Verf. GRUR. 2000, 933 li. Sp.

⁴⁰ Fn. 38.

gen besteht“ in dieser Weise ausgelegt. Darüber hinaus hätte es im Wege der Auslegung definieren müssen, welcher Sachverhalt aufgrund der „Rechtsbegriffe Zeichenähnlichkeit, Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit und Unterscheidungskraft“ (OLG München) rechtserheblich ist.

Wer die Grundlagen nachvollzieht, insbesondere das Urteil „frei öl“, wird vermuten oder als sicher feststellen: Das OLG München hat herkömmlich gedacht und hat die „Erfahrungsregel“ zum „Rechtsbegriff“ erhoben. Verführt wurde es zu diesem rechtmethodisch verfehlten Sprung mit der „einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur“⁴¹ dadurch, dass die Erfahrungsregel oft auch – wie im Urteil „frei öl“ – als „maßgebliches Beurteilungskriterium“ bezeichnet wird.

VII. Zwischenergebnis

Die Gesetzesmerkmale müssen ausgelegt, das heißt definiert werden. Nach der Definition ist Sachverhalt rechtserheblich. Die Definition darf nicht – mehr oder weniger – übersprungen werden. Herkömmlich wird jedoch anders gedacht. Herkömmlich wird nicht bedacht, dass selbst Rechtsbegriffe wie „Tatsache“, „berechtigte Interessen“ und „zumutbar“ weiter ausgelegt werden müssen. Zwangsläufig wird herkömmlich erst recht nicht bedacht, dass nach den Definitionen für „Tatsache“, „berechtigte Interessen“ und „zumutbar“⁴² sowie nach allen weiteren Rechtsbegriffsdefinitionen Sachverhalt erheblich ist, sogar meist pluralistischer⁴³ Sachverhalt. Abzustellen ist auf die Auffassungen vieler. Insbesondere darf nicht mit Relikten aus einer Zeit definiert werden, in welcher die Juristen die Pluralität der Wirklichkeit nicht hinreichend bedachten, und die nur bewirken, dass der Rechtsanwender methodenunehrlich seine eigenen Vorstellungen an die Stelle einer Sachverhaltsermittlung setzt. Der Begriff „Durchschnittsverbraucher“ ist ein solches Relikt.⁴⁴ Ausführungen, die nicht klar der De-

⁴¹ Bei Fn. 13.

⁴² Verf., GRUR 2000, 929 li. Sp. (wie meist mit weiteren Hinweisen) und – vor allem zum Begriff „Tatsachenbehauptung“ – AfP 2001, 165 ff. (167) – im Internet a.a.O. (Fn. 2) – Presserecht. Dass auch bei Kriterien wie „berechtigte Interessen“ und „Zumutbarkeit“ die Auffassungen vieler als Sachverhalt erheblich sind, bestätigt aus einer anderen Sicht die Aussage von *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, S. 150, dass das Recht heute „geschlossen und offen zugleich“ ist.

⁴³ Oben Fn. 2 und die in Fn. 42 erwähnten Fundstellen.

⁴⁴ Fn. 4.

inition, der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts oder der Subsumtion zugeordnet werden können, sind von vornherein verbesserungsbedürftig.

VIII. Rechtssoziologische Grundlagen

Die rechtssoziologischen Grundlagen mussten in den voranstehenden Abschnitten teilweise schon mitbedacht werden. Sie sind Bestandteil der Rechtsanwendung; nur wird diese Verbindung herkömmlich nicht oder zu wenig bedacht. Nachfolgend werden die aufgrund des herkömmlichen Denkens wichtigsten rechtssoziologischen Aspekte vertieft.

Wer Rechtsbegriffe wie: „Das Publikum“, „die Adressaten“, „der Verkehr“, „vernünftig“, „angemessen“, „berechtigt“, „verständlich“ und „informiert“ definiert, muss feststellen,

- dass ein Einheitspublikum nicht existiert,
- dass die Adressaten in der Regel unterschiedlich auffassen, und
- dass vernünftige, verständige und informierte Personen unterschiedlich darüber denken, was angemessen und berechtigt ist.

Wer vertieft, erkennt darüber hinaus, dass die Erfahrungssätze nicht oder nur vage auf Quoten rückschließen lassen. Bei dem unterstellten Erfahrungssatz beispielsweise, dass eine Verwechslungsgefahr umso eher besteht, je unterscheidungs- und kennzeichnungskräftiger das ältere Zeichen ist, bleibt offen: Bei wieviel Prozent der Adressaten führt im Einzelfall die Unterscheidungs- und Kennzeichnungskraft zu einer Verwechslungsgefahr und bei wieviel Prozent der Adressaten nicht?

Wessen Auffassung ist erheblich? Auf welche Gruppe ist abzustellen, d.h. welche Quote ist erheblich? Eingeordnet in die Übersicht, betreffen diese Fragen⁴⁵ Ziff. III Nr. 2. Das heißt, es muss nach den rechtlichen Methoden ausgelegt werden, wessen und welche Auffassungen rechtserheblich sind. Als Ergebnis steht am Ende der Auslegung fest, welcher Sachverhalt rechtserheblich ist; vgl. in der Übersicht Ziff. III Nr. 3. So simpel das oben in Ziff. VII dargestellte Zwischenergebnis erschienen sein mag, hier zeigt sich, warum es doch verhältnismäßig schwierig ist, diese einfachen Er-

⁴⁵ Alle Fragen danach, welcher Sachverhalt im Sinne der Rechtsnorm rechtserheblich ist.

kenntnisse umzusetzen. Es wird an dieser Stelle besser verständlich, warum herkömmlich nicht hinreichend definiert wird und der Rechtsanwender nach seiner eigenen Vorstellung dezisionistisch entscheidet. Hier findet sich des Pudels Kern.

Rechtssoziologisch muss zur Kenntnis genommen werden: Solange das Unbeweisbare unbeweisbar bleibt, gibt es zu Begriffen wie „informiert“, „aufmerksam“ und „verständlich“ keine Einheitsauffassung und keine nachweisbar richtige Auffassung.⁴⁶ Deshalb stellt sich die Rechtsfrage (im Rahmen der Auslegung), auf welche Person oder auf welche Personen abzustellen ist. Nach ihrem Sinn und Zweck sind die einzelnen Normen nicht dahin auszulegen, dass als Sachverhalt rechtserheblich ist, wie der einzelne Richter persönlich auffasst oder wie der einzelne Richter vermutet, wie andere auffassen.⁴⁷ Nicht zu verwechseln sind diese – sich im Rahmen der Auslegung⁴⁸ stellenden – Rechtsfragen mit den anschließend⁴⁹ zu beantwortenden Fragen der Sachverhaltsermittlung.

VIII. Das sogenannte Europäische Verbraucherleitbild

Jetzt zeigt sich in voller Schärfe, dass das Europäische Verbraucherleitbild nur die halbe Weisheit bietet. Dieses Ergebnis hat sich zwar schon an mehreren Stellen dieses Beitrages abgezeichnet.⁵⁰ Nun aber ist ersichtlich, dass und warum beim Europäischen Verbraucherleitbild noch nicht einmal feststeht, ob mit diesem Leitbild normativ korrigiert werden soll oder nicht. Genauer:

Nach der Übersicht oben Ziff. III Nr. 2 ist der Tatbestand: „für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht“ auszulegen. Will nun das Europäische Verbraucherleitbild vom „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher“ besagen:

Die Auslegung ergibt, dass auf die Auffassung des durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers deshalb abzustellen ist, weil in der Wirklichkeit das Publikum durchschnittlich informiert, verständig und aufmerksam ist?

⁴⁶ Verf. in GRUR 2000, 926.

⁴⁷ Wie Fn. 38.

⁴⁸ Übersicht Ziff. III Nr. 2.

⁴⁹ Übersicht Ziff. III Nr. 3.

⁵⁰ Vor allem gleich oben in Ziff. I.

Oder soll mit dem europäischen Verbraucherleitbild normativ korrigiert werden? Soll nicht darauf abzustellen sein, wie es sich wirklich verhält, sondern vielmehr normativ korrigiert auf jeden Fall auf den durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher?⁵¹

In der Rechtsprechung des EuGH lässt sich auf diese Fragen keine hinreichend sichere Antwort finden.⁵²

Dieser Stand der Rechtsprechung überrascht nicht, wenn die Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur in den einzelnen Ländern zur Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht analysiert wird. Gegenüber der schon in Ziff. I erwähnten Rechtsprechung in einzelnen Ländern zur Rechtserheblichkeit der Auffassung des „ordinary man“ und des „bon père de famille“ schreitet der EuGH mit seinem Leitbild gleich mehrere Entwicklungsstufen weiter.⁵³ Dennoch: Das Europäische Verbraucherleitbild ist eben erst die halbe Weisheit. Wer weiter fortschreitet, streicht die Worte „durchschnittlich“ und „Durschnitts-“ und stellt auf „einen erheblichen Teil des informierten, verständigen und aufmerksamen Verkehrs“ ab.⁵⁴

Und wer noch weiter fortschreitet, gelangt zu der Definition, dass rechtserheblich ist, wie ein erheblicher Teil der rechtsrelevanten Personen in der jeweiligen Situation auffasst.⁵⁵

Dementsprechend wurde oben⁵⁶ zum Begriff der Verwechslungsgefahr nicht auf den „durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher“ abgestellt.

⁵¹ Verf., GRUR 2000, 933 li. Sp. in Ziff. II lit. b). Damit kein Missverständnis entstehen kann: Auch wenn in diesem Sinne normativ korrigiert wird, endet die Auslegung mit der Definition, dass pluralistischer Sachverhalt rechtserheblich ist; oben Ziff. VI. bei Fn. 38 und 40.

⁵² Zu diesem Begründungsdefizit: Verf., GRUR 2000, 930 re. Sp. – insbesondere Fn. 73, 931 re. Sp. Schon in Fn. 50 wird a.a.O. kurz darauf eingegangen, dass dieses Kriterium genau betrachtet sogar rechtsstaatswidrig ist, weil der Betroffene eine Entscheidung nicht hinreichend bestimmt vorhersehen kann.

⁵³ Verf. in GRUR 2000, 931 f., vgl. vor allem Entwicklungsstufe i).

⁵⁴ A.a.O. Entwicklungsstufe l).

⁵⁵ Entwicklungsstufe m).

⁵⁶ Ziff. IV.

X. Ergebnis

Wer sich der Pluralität der Wirklichkeit und ihrer Bedeutung für das Recht bewusst wird, stellt fest, dass die Definitionen der Rechtsbegriffe diese Pluralität noch nicht hinreichend beachten. Insoweit müssen die Begriffe noch weiter konkretisiert, oft erst neu definiert werden.

Herkömmlich überspringen die Rechtsanwender vorzeitig die Auslegung der Rechtsbegriffe. Dieses vorzeitige Abspringen von der Definition erlaubt ihnen, mehr oder weniger nach ihren eigenen Vorstellungen, nach ihrer eigenen Wirklichkeit, zu entscheiden. Sie argumentieren zudem anachronistisch mit Denkweisen und Kriterien aus einer Zeit, in welcher die Pluralität der Wirklichkeit weniger bewusst war. Dass in dieser Weise herkömmlich falsch gedacht wird, wurzelt sowohl in der nachbesserungsbedürftigen Auslegung als auch darin, dass der Sachverhalt anachronistisch und methodenunehrlich ermittelt und subsumiert wird. Meist bedingt die eine Fehlerquelle die nächste. Ein Musterbeispiel bildet die deutsche im Gegensatz zur US-amerikanischen Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr, wie sie in dem besprochenen Urteil des OLG München zum Ausdruck gelangt. Weder rechtsmethodisch noch soziologisch oder markenrechtlich läßt sich begründen, daß die deutsche hinter der US-amerikanischen Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr und hinter der weltweit führenden deutschen Rechtsprechung zur Irreführungsgefahr zurückbleibt.

Das sog. Europäische Verbraucherleitbild löst die Probleme nicht. Es bietet erst die halbe Weisheit. Dieses Leitbild bewegt sich zwar auf einer höheren Entwicklungsstufe als Kriterien wie „der Verbraucher“, „the ordinary man“ oder „le bon père de famille“. Aber niemand kann in umstrittenen Einzelfällen von sich aus feststellen, wie „der durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher“ auffasst; schon gar nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit. Die Folge ist, dass der Rechtsanwender – auch wenn er von diesem Leitbild ausgeht – doch nach wie vor nach seinen eigenen Vorstellungen, nach seiner eigenen Wirklichkeit, entscheidet. Mit anderen Worten: Bezeichnend für das heutige Denken ist, dass die Rechtsanwender selbstsicher und unter allgemeiner Zustimmung jeweils mit einem Kriterium urteilen, mit dem sich überhaupt nicht urteilen lässt.⁵⁷

⁵⁷ Wie ausgeführt: Da nicht alle Verbraucher einheitlich auffassen, kann niemand feststellen, wie „der Verbraucher“ im konkreten Fall auffasst. Und niemand kann von

Betroffen von diesem herkömmlichen Denken sind nicht nur einige Kriterien wie das europäische Verbraucherleitbild und auch nicht nur der eine oder andere Fall. Betroffen sind im Prinzip die meisten Begriffe und damit weitgehend alle Normen. Wer bereit ist, das Beispiel „Verwechslungsgefahr“ zu untersuchen, wird feststellen, dass von den Hunderten, ja Tausenden von Seiten an Literatur und Rechtsprechung zu diesem Begriff nahezu jede Seite mehrfach umformuliert werden müsste. So unglaublich sich diese Zeilen vielleicht auch lesen, und so allein die hier vertretene Meinung steht (aber auch noch nicht substantiiert angegriffen wird), so umfassend durchdringt das Problem sämtliche Rechtsbereiche. In allen Bereichen müsste anders gedacht werden:

a) Definition des Gesetzesbegriffes

Wer sich der Pluralität der Wirklichkeit bewusst wird und die Rechtsbegriffe definiert, gelangt zu dem Ergebnis, dass als Sachverhalt rechtserheblich ist, ob ein erheblicher Teil der nach der Norm relevanten Personensituationsbedingt in einem bestimmten Sinne auffasst, eingestellt ist oder sich verhält.

b) Ermittlung (und dann Subsumtion) des nach der Definition rechtserheblichen Sachverhalts

Der nach der Definition rechtserhebliche Sachverhalt ist selbstverständlich dem Beweise zugänglich. Er lässt sich mit repräsentativen Umfragen zuverlässiger feststellen als mit mehr oder weniger gesicherten oder gar nur vermeintlichen Erfahrungssätzen.⁵⁸ Dies heißt zwar nicht, dass stets repräsentativ befragt werden müsste.⁵⁹ Aber: Die Erkenntnis zur Rechtserheb-

sich aus feststellen, wie „der durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher“ im Einzelfall denkt, und wie er sich verhält.

⁵⁸ Vgl. z.B. Großkomm./Lindacher § 3 UWG R.dn. 1003; Verf., Entd., S. V ff., 40 ff.

⁵⁹ Unter Umständen kann der Rechtsanwender aufgrund eigener Sachkunde den rechtserheblichen Sachverhalt feststellen. In diesem Zusammenhang muss auch bedacht werden, dass das Recht behutsam zu entwickeln ist. Wie sich Rechtsprechung und Schrifttum „verfahren“ haben, dokumentiert die mit beste Literatur, die das Schrifttum überhaupt bietet: Das von Gloy herausgegebene Handbuch des Wettbewerbsrechts. In seinem § 16 definiert es zunächst in den Rn. 8 f. die unterschiedlichen Arten der Verwechslungsgefahr zutreffend, ja vorbildlich in der Weise wie auch die Irreführungsgefahr definiert wird: „... wenn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise ...“. Vgl. dazu auch schon oben bei Fußn. 24. Nun müsste im Handbuch des Wettbewerbsrechts logischerweise ebenso wie zur Irreführungsgefahr ausgeführt werden, wie

lichkeit pluralistischen Sachverhalts und zum Wert repräsentativer Umfragen bedeutet, dass Umfragen nicht mit dem Argument negiert werden dürfen, ein Rechtsbegriff sei einer empirischen Ermittlung nicht zugänglich: *Empirisch ermittelt wird nicht der Rechtsbegriff, sondern der nach der Definition des Rechtsbegriffs erhebliche Sachverhalt.*

Gefährlich ist, die zur Sachverhaltsermittlung verwerteten Erfahrungssätze als „Beurteilungskriterien“ zu bezeichnen. Es besteht die Gefahr, dass unter einem „Beurteilungskriterium“ schnell etwas anderes als ein Erfahrungssatz verstanden wird, – wie Rechtsprechung und Literatur zur Verwechslungsgefahr dokumentieren. Das herkömmliche Denken hat sogar dazu geführt, dass zur Verwechslungsgefahr von einem „beweglichen System sich wechselseitig bedingender Beurteilungskriterien, aus dem der normative Begriff abzuleiten ist,“⁶⁰ die Rede ist. So wurde aus dem Mittel zum Zweck⁶¹ der Zweck selbst.

Wie allgemein gedacht werden müsste, hat insbesondere der BGH für ein Teilgebiet schon fortgeschritten vorgezeichnet, – für das Gebiet der Irreführung.⁶²

Von diesen Themen zu unterscheiden ist vor allem, wie bereits erwähnt:

Das Recht muss grundsätzlich behutsam entwickelt werden. Methodengerecht die Probleme zu erkennen und methodenehrlich zu argumentieren, heißt nicht, dass nun konsequenterweise ständig Umfragen durchgeführt werden müssten. Ein großer Schritt voran wäre bereits gelungen, wenn methodenehrlich argumentiert werden würde und Parteigutachten methodengerecht eingeordnet werden könnten.⁶³

Und international? Der Jubilar hat sicher schon die ganze Zeit über die Nachtigall trapsen gehört. International könnte helfen, dass der Jubilar un-

der nach dieser Definition des Begriffes Verwechslungsgefahr rechtserhebliche Sachverhalt dem Beweis zugänglich ist. Aber, in Rn. 15 folgt so überraschend wie folgenschwer und unhaltbar die Erklärung: „Als Rechtsfrage ist die Verwechslungsgefahr einer Beweisaufnahme nicht zugänglich, so dass auch die Einholung eines demoskopischen Gutachtens nicht in Betracht kommt.“ Diese Diskrepanz war es vermutlich, die Gloy veranlasst hat, die in diesem Festschrift-Beitrag mehrfach erwähnte Abhandlung GRUR 2000, 923 ff. zu fördern.

⁶⁰ Fezer, § 14 Rdn. 103. Umgekehrt wäre richtig. In der Sprache der Logik handelt es sich zumindest um einen krassen Fall des Überschweifens auf ein anderes Gebiet (metabasis eis alla genos), Schneider (Fn. 16) § 45.

⁶¹ Nämlich, wie aufgeführt: Aus den Erfahrungssätzen als Hilfe bei der Ermittlung des nach der Definition des Rechtsbegriffs „Verwechslungsgefahr“ erheblichen Sachverhalts.

⁶² Eingehend Verf., GRUR 2000, 923 ff.

⁶³ Verf., Entd., S. 67 ff.

seren internationalen Approach der gemeinsamen Studienzzeit erfolgreich fortgesetzt hat. International wird es noch schwieriger werden, das herkömmliche juristische Denken zu durchstoßen. Die internationale Rechtsprechung und Literatur ist, wie beschrieben, alles in allem zur Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht weniger fortgeschritten als – voran der Bundesgerichtshof – die deutsche Rechtsprechung und Literatur zum Teilbereich der Irreführung. Andere rechtstheoretische Grundlagen⁶⁴ und unterschiedliche Regelungen zum Beweismaß in den einzelnen Ländern⁶⁵ erschweren zusätzlich umzudenken. Der Jubilar könnte es rechtsgrundsätzlich richten. Ad multos annos!

⁶⁴ Vgl. umfassend *Fikentscher* (Fn. 17), insbesondere Bände II und III und bspw. in Kurzfassung zur Bedeutung der pluralistischen Bedeutung für das Recht: *Verf. Ent.*, S. LVI ff. – im Internet a.a.O. (Fn. 6,2).

⁶⁵ *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2001, Rdn. 2334 ff. Unterschiedliche Beweismaßgrundsätze ändern die beschriebenen Prinzipien nicht. Aber: Wenn nur ein verhältnismäßig geringer Wahrscheinlichkeitsgrad verlangt wird, denkt der Rechtsanwender zur Zeit erst recht, er könne mit seiner eigenen Wirklichkeit urteilen.