

## **Die zeitgerechte Argumentation zur Irreführung und anderen pluralistischen Begriffen im Wettbewerbs- und Markenrecht**

Kanzlei Prof. Schweizer, in: Der Syndikus, 10. Ausg. (November/Dezember 1999), S. 39-41

### **Hintergrund**

Im *Syndikus* vom September/Oktober 1999 wurde anhand eines Urteils des OLG Hamburg vom 25. März 1999 auf den Seiten 38-40 besprochen, dass Rechtsprechung und Schrifttum zur Irreführung oft noch anachronistisch formulieren - so erfreulich und fortschrittlich sonst diese Rechtsprechung und Literatur im Verhältnis zum Stand in anderen Ländern auch ist.

### **Der Stand der Rechtsprechung**

Einerseits sind Rechtsprechung und Literatur zur Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht in Deutschland weiter fortgeschritten als in den anderen europäischen Ländern. Sie sind sogar - zusammen mit der US-amerikanischen Rechtsprechung und Literatur - weltweit führend. Andererseits müssen die Fortschritte allgemein umgesetzt und fortgebildet werden. Wenn die Rechtsprechung wüsste, was die Rechtsprechung weiß! Historische Rückstände müssen beseitigt werden. Selbst der BGH und das BVerwG argumentieren noch heute immer wieder gegen die eigenen Erkenntnisse anachronistisch mit dem "Durchschnittsverbraucher" und dem "Durchschnittsleser". Wenn Recht entwickelt wird, ist es aber verständlich, dass zunächst Ballast aus der älteren Zeit verbleibt. Dass umgesetzt und fortgebildet werden muss, betrifft sogar sämtliche Rechtsgebiete. Das deutsche Wettbewerbs- und Markenrecht sowie das deutsche Presserecht bilden nur herausragende Beispiele. Zu ihnen wurde schon verhältnismäßig viel Recht gesprochen und wissenschaftlich gearbeitet. Zu den weiteren Rechtsgebieten hinken Rechtsprechung und Schrifttum noch nach. Die Probleme auf diesen Gebieten unterscheiden sich jedoch nicht von den im Wettbewerbs-, Marken- und Presserecht bereits aufgegriffenen Themen. Nur der Vollständigkeit halber: Es gibt Nuancen. Im öffentlichen Recht sind Rechtsprechung und Schrifttum teilweise auch schon weit fortgeschritten; vor allem zur Irreführung im Lebensmittelrecht.

Alarmierende Indizien für ein anachronistisches Verständnis sind neben "Durchschnittsverbraucher" und "Durchschnittsleser" Begriffe wie der "Durchschnittsgewerbetreibende", "der Verbraucher", "die Leser", "der vernünftige Arbeitgeber" und "der Bedarfsträger". Rechtserhebliches Kriterium ist insoweit vielmehr meist "ein rechtserheblicher<sup>[1]</sup> Teil" (der Verbraucherinnen und Verbraucher, der Leserinnen und Leser usw.).

Viele neue Fragen tun sich allerdings auf<sup>[2]</sup>. Dem Unternehmensjuristen eröffnen sich wichtige neue Möglichkeiten. insbesondere kann er mit Parteigutachten nachweisen, dass die Behauptungen des Gegners zum Sachverhalt nicht zutreffen.

Es muss behutsam entwickelt werden. Nicht behutsam wäre zum einen, schon heute bei der Mehrzahl der Fälle repräsentativ befragen zu wollen. Zur behutsamen

Entwicklung gehört zum anderen jedoch vor allem, zeitgerecht, methodengerecht und methodenehrlich zu formulieren und zu argumentieren.

### **Muster für eine zeitgerechte Argumentation**

Wie aber muss nun zeitgerecht argumentiert und formuliert werden? Muster, auf die zurückgegriffen werden könnte, gibt es bis jetzt nicht. Insbesondere wird der Unternehmensjurist vergeblich in Rechtsformularbüchern für Richter oder Rechtsanwälte nach Mustern suchen. Wie aber soll er mit Blick auf eine Gerichtsentscheidung zeitgerecht formulieren? Welche Urteilsformulierungen sind richtig, welche falsch?

Nachfolgend wird versucht, den OLG Hamburg-Fall Schritt für Schritt methodengerecht und methodenehrlich zu formulieren. Thema ist, ob eine Anzeige deutlich gekennzeichnet wurde oder nicht. Das Gericht könnte sein Urteil im OLG Hamburg-Fall zeitgemäß so begründen:

- Die Klage sei begründet, wenn die Anzeige für einen erheblichen Teil der Leserinnen und Leser auf den ersten Blick nicht deutlich gekennzeichnet ist.
- Das Gericht könne die Auffassungen der Leserinnen und Leser möglicherweise nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit von sich aus kennen. Es wisse insbesondere nicht hinreichend sicher in Prozenten, welcher Anteil von Leserinnen und Lesern auf den ersten Blick so auffasst und welcher Anteil gerade anders.
- Das Gericht stände deshalb vor der Frage, ob es nach den Grundsätzen zum Vollbeweis in Verbindung mit den Normen über die Darlegungs- und Beweislast entscheiden, oder ob es im konkreten Fall ein anderes Beweismaß genügen lassen soll.
- Das Gericht habe sich aus folgenden Gründen entschlossen, Bedenken zum Vollbeweis zurück- und vielmehr darauf abzustellen, wie nach seiner eigenen Einschätzung die Leserinnen und Leser auffassen. Hier müssten nun Ausführungen zur behutsamen Rechtsentwicklung - bezogen auf den Einzelfall - folgen, wie: Um die zum Vollbeweis erforderliche Gewissheit zu erlangen, müsste repräsentativ mit einer Umfrage ermittelt werden, wie die Leserinnen und Leser auffassen. Im konkreten Fall könne das Gericht jedoch aufgrund folgender Umstände annehmen, dass es die Auffassungen der Leserinnen und Leser gut kennt: Deshalb ließe es sich rechtfertigen, auf eine Umfrage zu verzichten.
- Nach der eigenen Einschätzung des Gerichts wäre die Anzeige nicht für einen erheblichen Teil der Leserinnen und Leser nur undeutlich gekennzeichnet.
- Zu dieser Einschätzung sei das Gericht aufgrund folgender Überlegungen gelangt:

Vorab stelle sich die Rechtsfrage, was unter einem **"erheblichen Teil der Leserinnen und Leser"** zu verstehen ist. Diese Rechtsfrage müsse das Gericht ohne Zuziehung eines demoskopischen Sachverständigen beantworten. Ein demoskopischer Sachverständiger könne zu einer solchen Frage allenfalls Sachverhaltsvorfragen beantworten. Eine Sachverhaltsvorfrage wäre, ob und aus

welchen Gründen bei den meisten Angaben stets ein bestimmter Anteil der relevanten Verkehrskreise "falsch" auffasse.

Bei der Rechtsfrage nach der Mindestquote für den Regelfall tendiere das Gericht zur Rechtsmeinung, dass die bisher von der Rechtsprechung verlangte Mindestquote von 10-15% erhöht werden müsse. Einzelheiten könne das Gericht hier in diesem Einzelfall dahinstellen; es müsste nun im Einzelnen begründet werden, warum das Gericht im konkreten Fall verneinen darf, dass nicht einmal 10-15% der relevanten Verkehrskreise auf den ersten Blick den Anzeigencharakter verkennen.

### **Die weitere Entwicklung**

Oben wurde schon erwähnt, dass sich viele neue Fragen stellen. Rechtsfortbildung tut auf diesem Gebiet besonders Not. Bei der Fortbildung muss selbstverständlich europäisch und global gedacht werden. Europäisch und global bedeutet aber genauso selbstverständlich nicht, dass bereits erzielte Fortschritte aufgegeben werden sollten. Das heißt: Es muss weiterhin auf der Basis des oben vorgeschlagenen Musters argumentiert und von dort aus entwickelt werden.

Zur Zeit besteht allerdings die Gefahr, dass die deutsche Rechtsprechung und Forschung über das Schlagwort vom europäischen Verbraucherleitbild hinter die selbst gewonnenen Erkenntnisse zurückfällt.

### **Das europäische Verbraucherleitbild**

Was hat es mit dem europäischen Verbraucherleitbild auf sich? Eine ganze Reihe von Schriftstellern und Rechtspolitikern vertritt in der Tat die Ansicht, der EuGH habe der deutschen Rechtsprechung mit einem "europäischen Verbraucherleitbild" den Boden entzogen. Diese Ansicht lässt sich jedoch nicht halten. Zur Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht können der EuGH und die Rechtsprechung in den anderen europäischen Ländern wirklich von der deutschen Rechtsprechung profitieren.

Die Rechtspolitiker wollen übrigens mit ihrer Ansicht zum "europäischen Verbraucherleitbild" meist erreichen, dass seltener Irreführungen bejaht werden. Die Erfahrung lehrt jedoch, dass verhältnismäßig oft gerade mit Umfragen nachgewiesen werden kann: Anders als vermutet, wird im konkreten Fall nicht irreführt. Das von den Rechtspolitikern verfolgte Ziel lässt sich dadurch erreichen, dass die Mindestquoten erhöht werden.

Das Urteil des OLG Hamburg, das hier in diesem Beitrag als Beispiel dient, geht aus rechtlichen Gründen davon aus, dass das Verbraucherleitbild des EuGH für diesen Rechtsstreit unerheblich ist. Diese Begründung interessiert hier nicht weiter. Wichtig ist jedoch für das Rechts- und Sachverhaltsverständnis, um das es in dieser Abhandlung geht:

Der EuGH versteht "das europäische Verbraucherleitbild" auf jeden Fall nicht dahin, dass die pluralistische Wirklichkeit rechtsunerheblich wäre. Zur Irreführung konnte sich der EuGH insbesondere in seinem Urteil *Gut Springenheide 6 Kom - 10 frische Eier* verhältnismäßig klar äußern<sup>[3]</sup>. Zur Unterscheidungskraft hat der EuGH in seinem Urteil *Windsurfing Chiemsee* genauso wie im Urteil *Gut Springenheide* auf "die beteiligten Verkehrskreise oder zumindest einen erheblichen Teil dieser Kreise"

abgestellt. Und er hat in diesem Urteil *Chiemsee* - ebenfalls konsequent und ausdrücklich auf das Urteil Gut *Springenheide* verweisend - ergänzt:

"Was die Frage, nach welcher Methode die Unterscheidungskraft der Marke, deren Eintragung beantragt wird, beurteilt werden kann, betrifft, verbietet das Gemeinschaftsrecht nicht, dass die zuständige Behörde, wenn sie bei dieser Beurteilung auf besondere Schwierigkeiten stößt, diese Frage nach Maßgabe ihres nationalen Rechts durch eine Verbraucherbefragung klären lässt<sup>[4]</sup>".

Die Richtung ist somit auch beim EuGH klar. Maßgeblich ist letztlich auch für die Fragen um "das europäische Verbraucherleitbild" zur Irreführung - ganz einfach:

Verbraucher, die in Wirklichkeit nicht irreführt werden, bedürfen - selbstverständlich - keines Rechtsschutzes. Ein unnötiger Rechtsschutz würde u.a. gegen das Übermaßverbot verstoßen. Werden dagegen in Wirklichkeit Verbraucher irreführt, verlangt der Verbraucherschutz grundsätzlich, diese Irreführungen zu beachten.

Dieser Grundsatz kann und muss zwar eingeschränkt und eventuell auch modifiziert werden. So reicht es nicht aus, dass nur einige wenige Verbraucher irreführt werden. Unter Umständen muss sogar die heute in Deutschland vertretene Mindestquote von 10-15% ganz erheblich erhöht werden. Sachlich rechtfertigen lässt sich dagegen nicht, diejenigen zu negieren, die nach modernem Konsens vor allem geschützt werden sollen: die Verbraucher. Folglich wäre es falsch, entgegen der bereits gewonnenen Erkenntnisse in eine wirklichkeitsfremde Jurisprudenz mit Kunstbegriffen zurückzuverfallen.

### **Fazit für alle pluralistischen Begriffe**

Wie zur Irreführung muss zur Unterscheidungskraft, zur Verwechslungsgefahr und zu allen anderen Begriffen, nach denen pluralistischer Sachverhalt rechtserheblich ist, genauso auf die Auffassungen einer Vielzahl abgestellt werden. Folglich gelangt man auch zu diesen Begriffen zum Ergebnis: Abzustellen ist grundsätzlich - mit welchen Modifikationen auch immer - auf die Auffassungen, wie sie sind. Die konsequente Argumentation im Urteil muss dann dementsprechend so lauten, wie es oben als Beispiel zur Irreführung beschrieben worden ist.

*RA Prof. Dr. Robert Schweizer,  
Marktforscher BVM*

- 
- [1] Schweizer, *Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit*, 2. Aufl. 1998, S. 32 f.: "Erheblicher Teil" soll die Formulierung: "ein nicht unerheblicher Teil" ablösen.
- [2] Vgl. zu ihnen ausführlich Schweizer a.a.O. S. 49 ff.
- [3] Eingehend dazu mit weiterführenden Hinweisen R. G. Schweizer, "Der Durchschnittsleser" nach dem EuGH-Urteil *Gut Springenheide 6 Korn - 10 frische Eier*, in: *Festschrift für Robert Schweizer* (1999), S. 305 ff. (308 ff.)
- [4] Ur. v. 4.5.1999 - 108/97 u. C 109/97, GRUR 1999, 629 ff., Erwägungsgründe (47) und (52).