

Schweizer: Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - -  
Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und  
aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" -

GRU  
R  
2000  
, 923

## **Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" -**

Robert Schweizer \*

### **1. Das Missverständnis in der Übersicht**

Die Vertreter der sogenannten normativen Verkehrsauffassung meinen, die Irreführungs- und die Verwechslungsgefahr festzustellen sei ausschließlich eine - dem Beweis unzugängliche - "reine Rechtsfrage". Sie nehmen zudem an, diese reine Rechtsfrage könne von allen Marktteilnehmern im vorhinein rechtssicher beantwortet werden. Diese Ansicht missversteht sowohl die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht als auch die Rechtsmethodik. Rechtsmethodisch verkennt sie, dass sich zu jeder Rechtsfrage eine Tatfrage stellt. Das heißt:

-Wenn im Rahmen der Rechtsfrage normativ definiert wird, maßgeblich seien "die Auffassungen der informierten, verständigen und aufmerksamen Verbraucher",

-dann ist eben als Sachverhalt im Ganzen die Tatsache rechtserheblich, wie "die verständigen, informierten und aufmerksamen Verbraucher" auffassen.

Die rechtserheblichen Tatsachen sind selbstverständlich dem Beweise zugänglich. Dieses - schwerwiegende und weitreichende - doppelte Missverständnis der normativen Verkehrsauffassung wurde noch nicht problematisiert. Eine wissenschaftliche Auseinandersetzung fehlt. Soweit ersichtlich, erwähnen die Vertreter der normativen Verkehrsauffassung (künftig auch: norm.V.) die in diesem Beitrag entwickelten rechtssoziologischen und rechtsmethodischen Einwände nicht.

### **2. Anlass dieses Beitrages: Aktuelle Fehlentwicklung**

Nun wird vehement die Ansicht vertreten, mit dem vom EuGH geprägten Verbraucherleitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" habe sich die normative Verkehrsauffassung durchgesetzt und damit sei die Verkehrsauffassung als Rechtsfrage dem Beweise nicht zugänglich <sup>1</sup>. Diese Ansicht wird vertreten, obwohl der EuGH ausdrücklich dargelegt hat, "dass ein nationales Gericht zumindest bei Vorliegen besonderer Umstände nach seinem nationalen Recht ein Sachverständigengutachten einholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag geben kann, um beurteilen zu können, ob eine Werbeaussage irreführen kann" <sup>2</sup>.

Die Anhänger dieser sogenannten norm.V. werden sich dadurch bestätigt fühlen, dass der BGH nun auf das Leitbild des "durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers" abgestellt und ausdrücklich erklärt hat, es handele sich um eine Rechtsfrage <sup>3</sup>. Zudem besteht die Gefahr, dass argumentiert wird, der BGH schlage zum Verbraucherleitbild des EuGH eine Brücke, die allenfalls mit der normativen Verkehrsauffassung begehbar sei. Der BGH legt nämlich dar, dass "der Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers" unter Umständen "eher gering, d. h. eher flüchtig sein wird" <sup>3a</sup>. Nordemann stimmt dem BGH mit den Worten zu: "In der Tat nimmt auch der vernünftig handelnde, aufmerksame Verbraucher einen Großteil der Werbung nur flüchtig wahr" <sup>3b</sup>. Also: Der aufmerksame, flüchtig wahrnehmende Verbraucher. Aus der Sicht der bisherigen Rechtsprechung verbindet diese Terminologie geradezu genial die bisherige Rechtsprechung mit

dem "Europäischen Verbraucherleitbild". Aus der Sicht der BGH-Gegner wird wohl eher rabulistisch die Brücke geschlagen.

Aus der Sicht der bislang fortschrittlichen Rechtsprechung des BGH zur Irreführung:

So gut wie nie wird gewürdigt, dass die deutsche Rechtsprechung weltweit am weitesten fortgeschritten ist, wenn zur Irreführung die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit erkannt und diese Erkenntnis für einzelne Rechtsstreitigkeiten umgesetzt werden muss <sup>4</sup>. Dass die Verdienste der deutschen Rechtsprechung nicht hervorgehoben und wohl gar nicht so recht gesehen werden,

Schweizer: Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - - Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" - (GRUR 2000, 923)

924

wird darauf zurückzuführen sein, dass die Entwicklungsstufen nicht bewusst sind. Weltweit zur Irreführung "führend" sollte nur deshalb nicht bestätigt werden, weil die Gerichte der einzelnen Länder weitgehend isoliert urteilen, ohne sich mit der Rechtsprechung anderer Länder auseinanderzusetzen. Es wird in diesem Beitrag nebenbei darzulegen sein, dass sich insbesondere auch der EuGH noch nicht feststellbar mit der deutschen Rechtsprechung hinreichend auseinandergesetzt hat. Der EuGH hat "sein" Verbraucherleitbild noch nicht einmal wirklich begründet <sup>5</sup>. Die deutsche Rechtsprechung lehnt zur Irreführungsfahr die sogenannte normative Verkehrsauffassung ab und vertritt im Grundsatz die sogenannte Ist-Verkehrsauffassung. Sie stellt - seit langem und auch noch in den neuesten Urteilen - <sup>6</sup> grundsätzlich darauf ab, wie die Angabe von den Adressaten wirklich wahrgenommen und verstanden wird. Die h. M. im Schrifttum folgt <sup>7</sup> der - vom BGH und teilweise auch vom BVerwG geprägten - Rechtsprechung <sup>8</sup>. Nun droht jedoch unter Umständen, dass diese in mehr als vier Jahrzehnten erarbeitete Position nicht ausgebaut wird, sondern durch ein Missverständnis verloren geht.

Es gilt nur, ein Missverständnis aufzudecken. Dass dieses Missverständnis überhaupt entstehen konnte, wird auf den vielfältigen Bezugsrahmen zurückzuführen sein. Neben dem jeweiligen speziellen Rechtsgebiet stehen zusätzlich und in ungewohnter Fragestellung die Rechtsmethodik, das Beweisrecht und die Angewandte Rechtssoziologie im Mittelpunkt; - und dies gegen die Selbstsicherheit des einzelnen Juristen, der sich zutraut, sehr wohl selbst beurteilen zu können, wie der Durchschnittsverbraucher auffasst.

### 3. Kein Plädoyer für eine "Deppen"- und "Irrenwörter"-Rechtsprechung

Viele werden sich gleich bei der Hauptüberschrift verzweifelt gedacht haben: "Jetzt sind wir doch Gott sei Dank endlich dabei, im Schlepptau des EuGH eine völlig überspannte, blamable Rechtsprechung zu korrigieren und dann setzt sich unbegreiflicherweise wieder jemand verantwortungslos für diese Rechtsprechung ein. Es müsste doch wirklich allmählich Allgemeingut sein, dass nicht, 'der letzte Trottel', 'der an der Grenze der Debität verharrende, unmündige, einer umfassenden Betreuung bedürftige Verbraucher' <sup>9</sup> geschützt werden sollte". Aber, das eine - nämlich: ein vermeintlich oder wirklich überspannte Rechtsprechung - hat mit dem anderen - der Ablehnung der norm.V. - nichts zu tun.

Es lässt sich schon heute für einzelne Fälle und Fallgruppen nachweisen, dass durchaus gerade umgekehrt "überspannt", zu "kleinlich", entschieden wird, wenn Gerichte allein nach ihren eigenen Vorstellungen urteilen <sup>10</sup>. Oder, direkt gefragt:

Welche Entscheidungen - ganz konkret benannt - richten sich denn überhaupt am "letzten Trottel" aus? Handelt es sich nur um Ausreißer und ausnahmslos um Urteile, denen keine demoskopischen Ergebnisse zugrunde liegen, sondern die "eigene Sachkunde des Gerichts" <sup>11</sup>? Solange nichts

demoskopisch erwiesen ist, stehen sich nur die eigene Sachkunde des Gerichts und die eigene Sachkunde des Kritikers gegenüber 12.

#### 4. Die "normative Verkehrsauffassung" zur Irreführung

Die Vertreter der "normativen Verkehrsauffassung" wollen sich im einzelnen so verstanden wissen:

Die Verkehrsauffassung ist eine "reine Rechtsfrage". Deshalb ist die Verkehrsauffassung ohne Rückgriff auf das tatsächliche Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise festzustellen. Dies heißt konsequenterweise, dass die Feststellung der Verkehrsauffassung des Beweises

Schweizer: Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - - Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" - (GRUR 2000, 923)

925

nicht bedürftig ist und dem Beweise überhaupt nicht zugänglich sein kann 13.

Nach der norm.V. ist das Kriterium "ein nicht ganz unerheblicher Teil" begriffsnotwendig gegenstandslos 14.

Die Gegenüberstellung von

- reiner Rechtsbegriff und deshalb dem Beweis nicht zugänglich einerseits

und

- (dem Beweise zugängliche) Tatsache 15 andererseits

verdeutlicht, dass und warum die Anhänger der norm.V. nicht darüber diskutieren, ob sich aufgrund der eigenen Sachkunde des Gerichts erübrigt, Beweis zu erheben. Die Themen um die eigene Sachkunde des Gerichts 16 betreffen die Tatfrage, ob das Gericht aufgrund eigener Sachkunde und Erfahrung feststellen kann, wie die Adressaten die Angabe auffassen. Nach der norm.V. stellt sich eben, wie ausgeführt, allein eine reine Rechtsfrage, nicht auch eine Tatfrage.

Eine zur Zeit besonders wichtige Konsequenz der norm.V. ist, dass Beteiligten begrifflich verwehrt bleibt, mit einem Parteigutachten die Verbraucherauffassungen zu belegen. Sie können weder vorsorgend mit Studien verhindern, dass fehlinvestiert wird, noch können sie in einem Gerichtsverfahren gegen die eigene Sachkunde des Gerichts die Auffassungen des Verkehrs nachweisen 17.

Wenn die Vertreter der norm.V. das Ergebnis ihrer Überlegungen festhalten, heißt es ausdrücklich oder sinngemäß: "Die empirische Feststellungsweise ist zugunsten einer ausschließlich normativen aufzugeben" 18.

Die normative Verkehrsauffassung zweifelt selbst dann nicht, wenn sie bei der Abgrenzung von Tatsachenbehauptung einerseits und Meinungsäußerung andererseits eine Tatsachenbehauptung bejaht. So zum Beispiel bei Streitigkeiten zu § 824 BGB, § 186 und § 263 StGB sowie zu Gegendarstellungen (die nur gegen Tatsachenbehauptungen zulässig sind). Eine Äußerung ist nach herrschender Meinung als Tatsache und nicht als Meinung zu qualifizieren, wenn ihr Inhalt nach der Auffassung der Adressaten, zum Beispiel "des Durchschnittslesers", dem Wahrheitsbeweis unterzogen werden kann und als etwas Geschehenes dem Beweise offen steht 19. Soehring formuliert, soweit es hier interessiert, noch prägnanter, dass "die Richtigkeit mit den Mitteln der Beweiserhebung überprüfbar" sein muss 20. Die norm.V. 21, argumentiert dementsprechend, sinngemäß und sich selbst widerlegend, wenn sie im konkreten Streitfall eine Tatsachenbehauptung bejaht 22:

- Es handelt sich im konkreten Fall um eine Tatsachenbehauptung, weil die Äußerung mit den Mitteln der Beweiserhebung überprüfbar ist.

- Maßgeblich ist nämlich, wie der Durchschnittsleser auffasst, und dieser fasst die Äußerung als Tatsachenbehauptung auf.
- Die Auffassung des Durchschnittslesers ist dem Beweise jedoch nicht zugänglich.
- Mit anderen Worten: Die Äußerung ist - was sich aber mit den Mitteln der Beweiserhebung nicht beweisen lässt - mit den Mitteln der Beweiserhebung überprüfbar.

Die Vertreter der norm.V. korrigieren zur Irreführungsgefahr nicht etwa nur in diesem Sinne:

"Die Auffassungen flüchtiger Verbraucher sollen nicht rechtserheblich sein. Die Verbraucher nehmen die Werbung zwar flüchtig wahr, aber es ist normativ zu korrigieren. Nach dem Sinn und Zweck der Norm muss nämlich maßgeblich sein, wie aufmerksame Verbraucher auffassen. Die Auffassungen der aufmerksamen Verbraucher sind als Sachverhalt so festzustellen wie sonst Sachverhalt festgestellt wird. Die Auffassungen sind somit - trotz der normativen Korrektur - dem Beweise zugänglich."

Würde so, wie soeben beschrieben, argumentiert, könnte auch von einer normativen Verkehrsauffassung gesprochen werden: Es wäre - im Beispiel - normativ unerheblich, dass die Verbraucher eine Angabe flüchtig auffassen. Insoweit würde aus normativen Gründen von einer Ist-Verkehrsauffassung abgewichen (unterstellt, dass die Adressaten die Angabe flüchtig auffassen). An die Stelle der einen - dem Beweis zugänglichen - Verkehrsauffassung würde eine andere - ebenfalls dem Beweise zugängliche - 23 Verkehrsauffassung treten.

Wenn in diesem Beitrag: "normative Verkehrsauffassung" formuliert wird, ist jedoch grundsätzlich nicht diese Definition einer norm.V. gemeint, sondern die Definition, wie sie oben beschrieben wurde und nun angeblich auch vom EuGH vertreten werden soll. Kern dieser Definition der "norm.V." ist, wie ausgeführt, dass eine "reine Rechtsfrage" zu beantworten und "die Feststellung der Verkehrsauffassung als Rechtsfrage des Beweises weder bedürftig noch überhaupt zugänglich" sei 24.

Im Anschluss an die vom EuGH gewählten Formulierungen wird heute von den Vertretern der norm.V. definiert, Maßstab für die Feststellung der Verkehrsauffassung sei "der objektivierte Typus des ‚durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers`" 25.

Für die norm.V. wird als besonderer Vorzug hervorgehoben, mit ihr sei "für alle (sic!) Marktteilnehmer ein verlässlicher Beurteilungsmaßstab geschaffen, der es ermöglicht,

Schweizer: Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - - Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" - (GRUR 2000, 923)

926

ex ante, nicht - wie bei dem empirischen Modell - lediglich ex post, die Rechtmäßigkeit des Marktverhaltens zu ermitteln". Dieser Hinweis krönt wohl nicht zufällig als Schlusssatz ein Plädoyer für die norm.V. 26. Rechtssicher soll also allein sein, ohne Beweismöglichkeit darauf abzustellen, wie der "durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher" auffasst. Gerade auch mit dieser Unterstellung der Rechtssicherheit wird sogar ausdrücklich "eine klare Abkehr von der empirischen Feststellungsweise zugunsten einer rein normativen" gefordert 27.

**5. Das rechtssoziologische Missverständnis: Selbst als "reine Rechtsfrage" müssten Kriterien wie "die Auffassung des verständigen Verbrauchers" pluralistisch verstanden werden**

Bei dieser Argumentation der normativen Verkehrsauffassung zur Rechtssicherheit prallen die Welten am deutlichsten aufeinander. Der Jurist als "Herkules", wie ihn Dworkin fingiert. Die Wirklichkeit bietet diesen Herkules nicht. Jedenfalls kann nicht festgestellt werden, wer nun im Einzelfall Herkules verkörpert. Jede und jeder fühlt sich als Herkules. Je selbstbewusster der Jurist ist, und je mehr er sich daran gewöhnt hat, das Sagen zu haben, desto "sicherer" ist er, dass nur eine Meinung zutrifft - nämlich die von ihm vertretene. Er ist sich auch sicher, dass jeder andere erkennen muss, wie recht er hat. Aber genauso fasst der Nächste - ebenso überzeugt - gegenteilig auf. Solange die Metaphysik Metaphysik, das Unbeweisbare unbeweisbar bleibt, und es somit keine nachweisbaren objektiven Letztkriterien gibt, wird es zu Begriffen wie "verständlich" in Streitfällen gerade keine Einheitsauffassung und damit mit der norm.V. keine Rechtssicherheit geben. Für den einen ist - selbst nach ausgiebigen Diskussionen - Meinung A verständlich, für den anderen Meinung B und jeder nimmt womöglich an, er sei der Herkules und die Verständigkeit in Person.

Wenn die dringend benötigte Rechtssicherheit geschaffen werden kann, dann im Gegenteil nur umgekehrt mit einer Ist-Verkehrsauffassung 28.

Die Problematik wird sofort bewusst, wenn zu Beginn einer Vorlesung oder eines Vortrages die Zuhörerinnen und Zuhörer selbst zu Irreführungsfällen befragt werden. "Lübecker Marzipan", "Woronoff", "Lifting" - jeder fragliche Irreführungsfall eignet sich. Gefragt wird dann 29:

"Wenn Sie als RichterIn oder Richter festzustellen hätten, ob ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher irreführt wird, wie würden Sie dann urteilen?"

Das Ergebnis dieser Befragungen ist stets gleich: Ein Teil bejaht die Irreführung, ein anderer Teil verneint und andere entscheiden sich nicht. Dieses Ergebnis ändert sich auch nicht, wenn in die Frage noch Ergänzungen eingefügt werden wie: ". . . wenn man die berechtigten Erwartungen des verständigen Durchschnittsverbrauchers zugrunde legt".

Auch wenn lange diskutiert wird, es bleibt dabei: Ein Teil bejaht, ein Teil verneint und nicht selten verbleibt auch ein "Restkategorie"-Teil. Darüber hinaus gibt es in jeder Gruppe Personen, die felsenfest davon überzeugt sind, dass sie selbst "durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher" sind.

Was nun? Wie soll entschieden werden? Als besonders lehrreich erweisen sich in der Regel Befragungen, bei denen die allermeisten eine Irreführung bejahen und nur wenige, aber selbstbewusste Teilnehmerinnen und Teilnehmer fest bei ihrer "Mindermeinung" (Verneinung) verharren und sich - unausgesprochen - als Herkules fühlen. Die Vertreter der Mindermeinung lässt man dann die Richterbänke besetzen; am besten nur die Richterbank der Revisionsinstanz! Soll wirklich stets so entschieden werden, wie diese Minderheiten-Richter es für richtig halten? Noch in keiner Veranstaltung wollten die Zuhörerinnen und Zuhörer in ihrer Mehrheit ein solches Minderheitenurteil hinnehmen.

Mit anderen Worten: Der "Typus des durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers", der stets nur eine bestimmte Auffassung hat (die dem Beweis nicht zugänglich ist), lässt sich auch im Rechtssinne nicht finden 30. Allein schon aufgrund dieser einen rechtssoziologischen Feststellung kann die norm.V nicht gehalten werden.

Was verständlich oder vernünftig ist, lässt sich, wie erwähnt, nicht letztlich objektiv feststellen; der eine hat nun eben dieses Rechtsgefühl und der andere ein gegenteiliges 31.

## **6. Das rechtmethologische Missverständnis: Ohne rechtserheblichen Sachverhalt keine Entscheidung in der Sache**

Die Vertreter der normativen Verkehrsauffassung fragen in ihren Abhandlungen de facto nicht, welcher Sachverhalt nach dem Rechtsbegriff im Ganzen rechtserheblich ist, und ob dieser Sachverhalt nach den Beweismaßgrundsätzen feststeht.

Eine Entscheidung in der Sache zu einem Gesetzesmerkmal gibt es jedoch ohne rechtserheblichen Sachverhalt nicht. Eine positive Entscheidung in der Sache setzt zwingend einen rechtserheblichen Sachverhalt, über den entschieden werden kann, voraus.

Schweizer: Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - - Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" - (GRUR 2000, 923)

927

Recht wird selbstverständlich nicht allein dadurch angewandt, dass ohne Rücksicht auf einen rechtserheblichen Sachverhalt ausgelegt und dann entschieden wird. Stets muss Sachverhalt zugeordnet werden 32. Der Begriff des Typus ändert daran nichts 33. Inwieweit sich ein Normtext auf die Wirklichkeit bezieht, hängt nicht davon ab, wie "Begriff" und "Typus" unterschieden werden 34. Es kommt hinzu, dass die Zivilrechtsprechung ohnehin mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden und Argumentationsformen auskommt, ohne auf die Typuslehre zurückgreifen zu müssen 35.

Mit anderen Worten - hier jetzt aus der Sicht des Arguments der norm.V., es handele sich bei der Irreführung um eine "reine Rechtsfrage":

Zu jeder Rechtsfrage gehört die - von der Rechtsfrage zu unterscheidende - Tatfrage 36. Es kann nur entschieden werden, wenn auch die (dem Beweis zugängliche) Tatfrage beantwortet worden ist. Es lässt sich deshalb nicht vertreten, bei einer Rechtsfrage stehen zu bleiben.

Spätestens seit der grundlegenden Arbeit von Scheuerle zur Trennung der Rechts- von der Tatfrage lässt sich nicht einmal mehr darüber streiten, ob sich innerhalb der Rechtsanwendung ausnahmslos Tat- und Rechtsfragen unterscheiden lassen. Scheuerle hat eingehend nachgewiesen, dass stets getrennt werden kann 37. An dieser Stelle gewinnt dieses sogenannte Trennungsproblem nicht einmal Bedeutung. Hier ist nur erheblich, dass es unlogisch ist, mit der norm.V. zu argumentieren, es handele sich ausschließlich um eine reine Rechtsfrage, so dass die Verkehrsauffassung dem Beweis nicht zugänglich sei.

Dass nicht ohne rechtserheblichen Sachverhalt in der Sache entschieden werden kann, wird noch besser verständlich, wenn man die juristischen Arbeitsschritte in die folgenden Phasen gliedert 38:

a) In der Definitionsphase muss im Rahmen der Definition des Problems ermittelt werden, welcher Sachverhalt rechtserheblich ist. So muss zu § 3 UWG der Begriff "irreführende Angabe" daraufhin ausgelegt werden, welcher Sachverhalt rechtserheblich ist. In dieser Phase wird ermittelt, auf welches "Verbraucherleitbild" abzustellen ist; besser: auf welche Auffassungen der Adressaten. Hier können sich Sachverhaltsvorfragen dazu stellen, wie die Adressaten die Werbung situationsbedingt auffassen 39.

b) In der Durchführungsphase wird der - dem Beweis zugängliche - rechtserhebliche Sachverhalt ermittelt. Man könnte genauso von der Phase der Sachverhaltsermittlung sprechen.

c) In der Analyse- und Entscheidungsphase wird der ermittelte rechtserhebliche Sachverhalt analysiert, und es wird dann entschieden. So wird, wenn demoskopisch ermittelt wurde, in der Analysephase analysiert, ob es im konkreten Fall ausreicht, dass 15 % der Adressaten die Angabe so auffassen, wie sie nicht der Realität entspricht. Wenn das Gericht aufgrund eigener Sachkunde den Sachverhalt kennt, muss es in dieser Phase darüber befinden, wie die von ihm angenommene Verteilung zu bewerten ist.

d) In der Darstellungsphase werden die Entscheidung und ihr Werdegang dargestellt.

Für alle Phasen gilt: Unter Umständen muss innerhalb eines Problems ein Teilproblem gesondert nach diesen Arbeitsschritten gelöst werden. So kann sich zur Auslegung des § 3 UWG die Sachverhaltsvorfrage stellen, ob die Werbeadressaten situationsbedingt die Aussage flüchtig oder aufmerksam auffassen 40. Insgesamt muss - der Ausdruck stammt bekanntlich von Engisch - der Blick hin und her wandern 41. Einzelheiten sind in diesem Zusammenhang unerheblich. An dieser Stelle ist nur wesentlich, dass das Hin- und Herwandern nichts an der Grundlage ändert: Die Durchführungsphase und die Analysephase lassen sich nicht überspringen. Im Prinzip will die norm.V. jedoch beide Phasen überspringen, wie sich nachfolgend noch genauer zeigen wird.

Schweizer: Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - - Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" 928  
-(GRUR 2000, 923)

## **7. Welcher Sachverhalt ist zur Irreführung rechtserheblich? - Kunstbegriffe keine Hintertür für die normative Verkehrsauffassung -**

§ 3 UWG bestimmt, wie bekannt:

"Wer . . . irreführende Angaben macht, kann auf Unterlassung der Angaben in Anspruch genommen werden."

In der Definitionsphase muss, wie ausgeführt, der Rechtsbegriff: "irreführende Angaben" definiert werden. Es muss konkretisiert werden, was unter "irreführende Angaben" zu verstehen ist. Die Definition ist bis zur Durchführungsreife zu vertiefen 42. Am Ende der Definitionsphase muss feststehen, welcher Sachverhalt rechtserheblich ist.

So wird definiert 43:

"Irreführend ist eine Angabe, wenn die Vorstellungen, die die Umworbenen über die Bedeutung einer Angabe haben, mit den wirklichen Verhältnissen nicht in Einklang stehen."

Dementsprechend ermittelt dann die Rechtsprechung in der Durchführungsphase als rechtserheblichen Sachverhalt, wie die Umworbenen die Angabe auffassen (Ist-Verkehrsauffassung). Diesen Sachverhalt stellt das Gericht entweder aufgrund eigener Sachkunde alleine fest, oder mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, unter welchen Voraussetzungen das Gericht den Sachverhalt aufgrund eigener Sachkunde feststellen darf, und wann es ein Sachverständigengutachten heranziehen muss oder jedenfalls darf 44. Wesentlich ist an dieser Stelle, dass die Tatfrage, die sich zur Rechtsfrage stellt, beantwortet wird. Mit anderen Worten: Die Durchführungsphase wird nicht ausgelassen.

Die norm.V. definiert, wie ausgeführt, dass die Auffassung des "durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers" rechtserheblich ist.

Wenn aufrichtig versucht wird, weiter zu konkretisieren, ergeben sich normative Definitionen wie:

"Wenn also von einer normativen Verkehrsauffassung gesprochen wird, ist darunter die Auffassung eines Verbrauchers zu verstehen, der sich bei durchaus durchschnittlicher Verhaltensweise an dem allerdings normativen Bild des Rationalverbrauchers orientiert. Dieses Bild des Rationalverbrauchers geht von einem mündigen Durchschnittsverbraucher aus, der seine wirtschaftlichen Angelegenheiten zu regeln selbst in der Lage ist, und der dies im Einklang mit der geltenden Wirtschaftsverfassung tut" 45.

Nun gehen die Anhänger der norm.V. nicht anschließend an diese Definition der Frage nach, ob als Tatfrage Sachverhalt zu ermitteln ist. Richtig wäre festzustellen, dass als Sachverhalt eben zu

ermitteln ist, wie der in der Definition konkretisierte Verbraucher auffasst. Für den Regelfall wird kein Gericht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit für diese Definition den Sachverhalt von sich aus feststellen können 46.

Die Vertreter der norm.V. erklären jedoch nur, die maßgebliche Auffassung sei eine Rechtsfrage und somit dem Beweise unzugänglich. Aber, wie auch immer definiert wird, es lässt sich nicht so definieren, dass kein Sachverhalt rechtserheblich wäre, der prinzipiell dem Beweis unzugänglich ist. Um die normative Verkehrsauffassung, wie sie sich versteht, wenigstens im Ergebnis halten zu können, müsste im Kern definiert werden 47:

"Irreführend ist eine Angabe, wenn die subjektive Vorstellung des im Einzelfall zuletzt entscheidenden Gerichts 48 darüber, wie ein umworbener durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher die Angabe auffasst, mit den wirklichen Verhältnissen nicht in Einklang steht."

Rechtserheblich wäre nach dieser Definition als Sachverhalt, wie das Gericht sich die Auffassungen anderer vorstellt. In diesem Falle wäre der Sachverhalt insofern dem Beweise nicht zugänglich, als das Gericht selbst am besten weiß, was es sich subjektiv vorstellt. Aber: Rechtsprechung und Literatur zu § 3 UWG bekennen sich aus guten Gründen nicht zu einer Definition dieser Art; auch die Anhänger der normativen Verkehrsauffassung nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich. Soweit ersichtlich, legt niemand in irgendeinem Rechtsgebiet Gesetzesmerkmale in einem der norm.V. günstigen Sinne aus 49. Problematisch ist nur, dass die in unterschiedlichen Rechtsgebieten gewonnenen Erkenntnisse noch nicht vernetzt worden sind. Ein Gericht, das im Sinne der norm.V. definieren wollte, würde zudem verfassungswidrig Recht sprechen 50.

Allerdings wird seit historischen Zeiten immer wieder die Ansicht vertreten, der Richter repräsentiere die Auffassung der Bevölkerung, oder der Richterspruch gestalte als Ergebnis genialer Synthese der Gegensätze individuell die Gerechtigkeit 51. Diese Ansichten wollen sich jedoch sicher nicht dahin verstanden wissen, allein wie der einzelne Richter selbst ohne besseres Vorverständnis denke sei als Tatsache der relevante Sachverhalt. Wie auch immer, es lässt sich jedenfalls heute nicht begründen, dass der richterliche Dezisionismus 52 derart weit getrieben werden dürfte. Der Dezisionismus des Richters

Schweizer: Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - - Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" - (GRUR 2000, 923)

929

hieß dann sogar als richterliches Dogma: "Der Sachverhalt bin ich".

Heldrich wird die allgemeine Meinung wiedergeben, wenn er ausführt, dass "jedenfalls das unbeirrbar Streben nach einer größeren Objektivierung der richterlichen Entscheidungsfindung ein wichtiges Anliegen ist" 53. Es wäre das Gegenteil dieser allgemeinen Meinung, wenn dem Dezisionismus über die Rechtsfrage hinaus durch einen Kunstgriff bei der Auslegung auch noch die Tatfrage allein überlassen bliebe. Der Richter wäre, wie ausgeführt, der Sachverhalt in Person.

Folglich bleibt nur noch festzustellen: Rechtserheblich ist als Sachverhalt nicht, was sich das einzelne Gericht vorstellt. Rechtserheblicher Sachverhalt ist vielmehr, wie mehrere auffassen. Ob es dabei auf Aufmerksame oder Flüchtige, Informierte oder Uninformierte, Verständige oder unter Umständen weniger Verständige, auf Viele oder Wenige, ankommt, ist eine andere Frage 54.

Jedenfalls ist als Sachverhalt rechtserheblich, wie mehrere auffassen, und diese Auffassungen sind, wie alle Tatsachen, grundsätzlich dem Beweise zugänglich 55 und nach den bekannten Beweisgrundsätzen 56 vom Gericht festzustellen.

Auch sonst gibt es in Rechtsprechung und Schrifttum keine Definition, welche zu keiner Tatfrage und damit zu keiner Sachverhaltsfrage führte. So, wenn abgestellt wird auf den "verständigen, kritischen, wachen Rechtsgenossen", den "reasonable man, der mit jenem Mindestmaß an intellektueller Kompetenz und Rationalität ausgestattet ist, dessen eine Rechtsordnung und ein funktionierender Markt nun einmal bedürfen" 57 oder auf "das Leitbild eines hinreichend eigenverantwortlich handelnden, Werbung gegenüber eher skeptisch eingestellten Durchschnittsverbrauchers" 58.

Nicht einmal mit Hilfe eines normativen Kriteriums wie: "berechtigte Erwartungen eines verständigen Verbrauchers" könnte die norm.V. durch die Hintertür dazu gelangen, dass das Gericht allein nach seinen eigenen, dem Beweis nicht zugänglichen Vorstellungen entscheiden dürfte. Selbst bei einem Kriterium wie "berechtigte Erwartungen" sind nicht allein die Vorstellungen des Gerichts (als Sachverhalt) rechtserheblich 59.

Damit ist auch offenkundig, warum die Charakterisierung von Kriterien als "Kunstbegriff" nicht zur normativen Verkehrsauffassung, wie sie sich versteht, führen kann. Der Kunstbegriff kann nicht rechtsmethodisch bewirken, dass sich nur "eine reine Rechtsfrage" stellt. Er bewirkt dagegen, dass große, wenn nicht unüberwindbare Schwierigkeiten bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit) entstehen 60. Die komplizierten normativen Definitionen wurden auch deshalb voranstehend aufgeführt, um zu verdeutlichen: Je komplizierter und künstlicher die Definition, desto eher scheitert sie an den rechtsmethodischen Kriterien, sogar schließlich am argumentum ad absurdum 61 und an der Verfassung. Es ist insbesondere absurd, so künstlich zu definieren, dass in aller Regel nicht einmal mit Hilfe von Sachverständigen der rechtserhebliche Sachverhalt mit der nach dem Vollbeweis 62 erforderlichen Gewissheit festgestellt werden kann und konsequenterweise Verbote, richtig angewandt, leer laufen 63.

## **8. Grenzen der Demoskopie und ihr Verhältnis zur eigenen Sachkunde der Gerichte**

Oben wurde schon das Argument erwähnt, die Demoskopie habe Grenzen. Vertreter der normativen Verkehrsauffassung leiten ihre Ausführungen immer wieder gerne mit einem Hinweis auf dieses Argument ein 64 und fahren fort: Es sei auch gar nicht notwendig auf die tatsächliche Verkehrsauffassung einzugehen, man könne die Vorstellungen der beteiligten Verkehrskreise auch normativ feststellen 65.

Diese Problematik ist anders einzuordnen:

Stets ist, wie in den Abschnitten 6. und 7. ausgeführt, Sachverhalt rechtserheblich. Dieser Sachverhalt muss, wie dargelegt, grundsätzlich mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit feststehen. Etwaige Schwierigkeiten bei der demoskopischen Ermittlung des Sachverhaltes können in Ausnahmefällen bewirken, dass sich der Vollbeweis nicht führen lässt 66.

Schweizer: Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - - Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" -(GRUR 2000, 923)

930

Wer nun angesichts solcher Konsequenzen mit der normativen Verkehrsauffassung liebäugelt, muss enttäuscht werden. Er gerät vom Regen in die Traufe. Es lässt sich nämlich nichts daran ändern, dass - auf welche Verbraucherauffassung man normativ auch abstellen will - die Verbraucherauffassungen eben als Sachverhalt festgestellt werden müssen. Und, die Enttäuschung: Falls die Markt- und Sozialforschung einmal den Sachverhalt selbst mit Hilfe einer demoskopischen Studie nicht hinreichend gewiss feststellen kann, dann kann es das Gericht erst recht nicht. Das

heißt, vor allem auch: Je komplizierter und kunstvoller oder künstlicher ein Gericht normativ auslegt, desto stärker muss sich das Gericht demoskopisch unterstützen lassen, weil es alleine den Sachverhalt auf jeden Fall nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit feststellen kann. Neben den Schwierigkeiten der demoskopischen Sachverhaltsermittlung gibt es noch eine Reihe weiterer Bedenken gegen die Demoskopie, wie: Kosten, Zeitaufwand, Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft 67. Wie gewichtig diese Bedenken auch sein mögen, eines können sie nicht bewirken: Sie können nichts daran ändern, dass es zu jeder Rechtsfrage auch eine Tatfrage gibt, und dass sich die Tatfrage nicht auf die inneren Tatsachen des Entscheiders reduziert. Die theoretisch äußerste Konsequenz aus den Bedenken wäre, die eigene Sachkunde des Gerichts so weitgehend wie irgendwie noch vertretbar zu bejahen und das Beweismaß zu reduzieren.

### **9. Keine Rechtfertigung der normativen Verkehrsauffassung durch den EuGH**

Der EuGH hat bislang weder ausdrücklich noch zwischen den Zeilen im Sinne der norm.V. die Ansicht vertreten, es sei in der Weise auf die Auffassungen der Verbraucher abzustellen, dass die Feststellung der Verbraucherauffassungen dem Beweise nicht zugänglich sei. Nirgendwo äußert er sich in dem Sinne: "Sachverhalt sind äußere und innere Tatsachen der Richter des EuGH" 68. Der EuGH formuliert vielmehr gegen die normative Verkehrsauffassung (wie diese sich versteht). So betont der EuGH, um nur ein wichtiges Beispiel zu nennen, es sei "Sache des nationalen Gerichts nach seinem nationalen Recht den Prozentsatz der durch eine Werbeaussage getäuschten Verbraucher zu bestimmen, der ein Verbot dieser Werbeaussage zu rechtfertigen vermag" 69. Das Kriterium: "Prozentsatz der durch eine Werbeaussage getäuschten Verbraucher" ist nach der norm.V. jedoch begriffsnotwendig gegenstandslos 70.

Folglich braucht dem EuGH gar nicht erst vorgehalten zu werden, er vertrete mit der normativen Verkehrsauffassung eine Meinung, die - wie oben ausgeführt - nach jeder Rechtsanwendungslehre unlogisch ist. Nur dieser Aspekt interessiert an dieser Stelle. Bis hierhin war nur darzulegen, dass sich die normative Verkehrsauffassung zur Irreführung, wie diese sich versteht, nicht halten lässt. Die weiteren Fragen zur EuGH-Rechtsprechung betreffen andere Themen; vgl. unten Nr. 11.

### **10. Ausdehnung der Erkenntnisse zu Irreführungen einerseits auf Verwechslungen andererseits**

Nach den voranstehenden Ausführungen zur Irreführung darf konsequenterweise zu Begriffen wie der Verwechslungsgefahr nicht mehr argumentiert werden, die Feststellung einer Verwechslungsgefahr sei dem Beweise nicht zugänglich, weil es sich bei der Verwechslungsgefahr um eine reine Rechtsfrage handle 71. Getrennt wurde voranstehend nur deshalb, weil neueste Abhandlungen zur normativen Verkehrsauffassung auf diese Trennung Wert legen. Sie greifen nur die Rechtsprechung zur Irreführung als "besorgniserregend" 72 an, weil die Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr mit der normativen Verkehrsauffassung geltend macht, die Verwechslungsgefahr sei ein Rechtsbegriff und deshalb dem Beweis nicht zugänglich.

### **11. Exkurs: Einführung einer dem Beweise zugänglichen normativen Verkehrsauffassung durch den EuGH?**

Die meisten Experten werden erwarten, dass doch wenigstens kurz über das Thema dieses Beitrages hinausgehend darauf eingegangen wird, wie das Leitbild vom "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbraucher" einzuordnen ist. Die Einordnung wird dadurch erschwert, dass der EuGH sein "Leitbild" nicht begründet 73. Zu Hilfe kommt jedoch

Schweizer: Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - - Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" - (GRUR 2000, 923)

931

eine Analyse 74 der erwähnten zeitversetzten Entwicklungen in den einzelnen Ländern. Aufgeführt werden aus Raumgründen meist nur Beispiele aus dem Gewerblichen Rechtsschutz, obwohl Beispiele aus anderen Bereichen noch spektakulärer alarmieren können; so die öffentliche Wirkung des BVerfG-Beschlusses vom 10.10.1995 - "Soldaten sind Mörder". Das BVerfG hatte in diesem Beschluss darauf abgestellt, "dass maßgeblich ist der Sinn, den sie (die Äußerung) nach dem Verständnis des unvoreingenommenen und verständigen Publikums hat" 75! Das BVerfG hatte mit diesem Kriterium durchaus zutreffend angesetzt. Nur hat das BVerfG - verständlich - nicht auf einmal alle Entwicklungsstufen hin zum Niveau der Irreführungs-Rechtsprechung des BGH überspringen können. Die Kritik ist sogar meist hinter dem - in die richtige Richtung weisenden - Ansatz des BVerfG zurückgeblieben.

### **I. Entwicklungsstufen ohne normative Korrekturen**

a) "Der Verbraucher".

Bei dieser Formulierung kommt überhaupt noch nicht zum Ausdruck, dass die Auffassungen vielfältig sind.

b) "Die Verbraucherin und der Verbraucher".

Bei dieser Formulierung wird immerhin bereits bedingt ersichtlich, dass es mehr als nur eine Auffassung geben kann 76. Es fällt auf, dass diese Form nie gewählt wird. Dabei drängt es sich doch auf, allein schon aus Höflichkeit die Verbraucherin aufzuführen.

c) "Die Verbraucher", "die Verbraucherinnen und Verbraucher", "der Verkehr", "die Adressaten", "die beteiligten Verkehrskreise".

Diese Formulierungen lassen zu, aus ihnen herauszulesen, dass es unterschiedliche Auffassungen geben kann. Wer so formuliert, kann jedoch genauso verkennen, dass unterschiedliche Auffassungen zu beachten sind.

d) "The ordinary man".

Auf dieser Stufe bewegen sich gegenwärtig viele Rechte 77. Der Ausdruck lässt sich auch so verstehen, dass er noch vor Stufe b) einzuordnen ist.

e) "Alle billig und gerecht Denkenden".

Diese Definition kann auch so verstanden werden, dass sie noch an anderen Stellen einzuordnen ist; beispielsweise bei Entwicklungsstufe II a) (Korrektur durch Quote).

f) "Der Durchschnittsverbraucher".

Diese Formulierung kann so verstanden werden, dass noch eine Idee stärker als in den Stufen d) und e) die Vielfalt angedeutet wird. Diese Formulierung charakterisiert eine Entwicklungsstufe, in welcher die Vielfalt irgendwie, jedoch noch unzureichend bewusst ist. Insbesondere ist nur unzureichend bewusst, dass sich die unterschiedlichen Auffassungen mit dem Begriff "Durchschnitt" nicht erfassen lassen. So versagt der Begriff offenkundig, wenn 45 % der Verbraucher so, 45 % genau gegenteilig auffassen und 10 % sich nicht entscheiden. Welcher Verbraucher wäre in diesem Falle der "Durchschnitt"? Wer von "Durchschnittsverbraucher" spricht, wird im wesentlichen nur denken, dass Randgruppen eliminiert werden müssten 78.

g) "Der flüchtige Durchschnittsverbraucher", "der aufmerksame Durchschnittsverbraucher".

Wer so formuliert, vertieft, wenn er nicht normativ korrigieren will, indem er auf die Situation im Einzelfall abstellt und annimmt, "der Durchschnittsverbraucher" fasse in der jeweiligen Situation flüchtig bzw. aufmerksam auf 79.

h) "Der verständige, aber flüchtige Durchschnittsverbraucher" 80, "der verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher".

Bei dieser Formulierung wird noch weiter situationsbedingt konkretisiert.

i) "Der durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher".

So formulieren, wie mehrfach erwähnt, heute der EuGH und neuerdings auch die deutsche Rechtsprechung. Werden die Entwicklungen in den einzelnen Ländern 81, ein überzeugender Augenzeugenbericht 82, das Begründungsdefizit der EuGH-Urteile 83 und die Rechtsprechung des EuGH in ihrer Gesamtheit 84 berücksichtigt, ist zu vermuten, dass sich der EuGH gegenwärtig auf dieser Entwicklungsstufe befindet (und nicht auf der Stufe unten II b). Die englische und die französische Fassung 85 gehen noch

Schweizer: Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - - Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" - (GRUR 2000, 923)

932

stärker als die deutsche Fassung in die Richtung, dass nur die Verhältnisse erfasst werden sollen, wie sie sich im Einzelfall wirklich darstellen. So heißt es in der französischen Fassung u. a.: "normalement informé".

In seinem Urteil vom 20.10.1999 "Orient-Teppichmuster" verwendet der BGH, soweit ersichtlich und bei Fußn. 40 schon erwähnt, in gleichem Sinne die Formulierung "Aufmerksamkeit des durchschnittlich informierten und verständigen Durchschnittsverbrauchers". Er betont, wie ausgeführt, dass auf "die jeweilige Situation" abzustellen ist (und im konkreten Fall die Werbung "nicht nur flüchtig, sondern mit normaler Aufmerksamkeit betrachtet wird") 86.

Wollte die Rechtsprechung auf dieser Stufe verharren, müsste sie - neben dem bei Stufe f) aufgeführten Argument gegen den Begriff "Durchschnitt" - den weiteren Einwand bewältigen, dass das Gericht grundsätzlich nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit feststellen kann, wie "der durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher" auffasst 87. Wie sollte ein Gericht bei dieser Auslegung mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit wissen, wie aufgefasst wird, und wie sich die Auffassungen verteilen? Es soll ja nach der Definition auf den "durchschnittlich informierten . . . Durchschnittsverbraucher" abzustellen sein 88. Wie fasst der "durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher" auf, wenn man bedenkt, dass der eine so und andere dagegen anders informiert, verständig und aufmerksam ist, und dass selbst die gleich informierten, verständigen und aufmerksamen Verbraucher wiederum unter sich unterschiedlich auffassen? Die Mathematiker können die Anzahl der Möglichkeiten für die Fälle ausrechnen, dass zwei identisch gleich Informierte wieder unterschiedlich verständig und unterschiedlich aufmerksam sind usw. Kurz: Diese Entwicklungsstufe bietet keinen Halt.

Außerdem krankt die Formulierung daran, dass nicht klar zum Ausdruck kommt: Mit "informiert, verständig und aufmerksam" soll nur die jeweilige Situation beschrieben werden. Mit dieser Formulierung soll nicht etwa festgelegt werden, dass auch dann der "informierte, verständige und aufmerksame Verbraucher" rechtserheblich ist, soweit die Verbraucher in der jeweiligen Situation anders auffassen.

j) "Ein nicht unbeachtlicher Teil der Durchschnittsverbraucher".

Hier kommt noch stärker die Vielfalt zum Ausdruck, und es wird darauf eingegangen, dass die Auffassungen in der Regel unterschiedlich verteilt sind. Es wird jedoch noch aus der "Vorepoche" anachronistisch der "Durchschnitt" mitgeschleppt <sup>89</sup>. Zeitlich stammen diese - in der deutschen Rechtsprechung fortschrittlich gebrauchten - Formulierungen aus einer Zeit, in der sich die Rechtsprechung des EuGH noch nicht ausgewirkt hat. Der EuGH beachtet die Vielfalt noch nicht hinreichend, weil er noch nicht auf "einen erheblichen Teil" der Adressaten abstellt.

k) "Ein nicht unbeachtlicher Teil des Verkehrs" <sup>90</sup> oder noch besser <sup>91</sup>: "Ein erheblicher Teil des Verkehrs", "ein beachtlicher Teil der Adressaten", "ein beachtlicher Teil der rechtserheblichen Personen".

Diese Formulierungen beachten die pluralistische Wirklichkeit grundsätzlich zutreffend. Diese Stufe hat die deutsche Rechtsprechung bereits erreicht. So z. B. in den in Fußn. 90 und 91 erwähnten Urteilen. Auch in diesen Urteilen hat sich die Rechtsprechung des EuGH noch nicht ausgewirkt. Dass auf die jeweilige Situation abzustellen ist, wird bei dieser Formulierung nicht angesprochen.

l) "Ein erheblicher Teil des informierten, verständigen und aufmerksamen Verkehrs".

Bei dieser Formulierung wird die situationsbedingte Auffassung konkretisiert (wenn - wie insgesamt in dieser Gruppe I - nicht normativ korrigiert wird). Falls situationsbedingt doch anders aufgefasst wird <sup>92</sup>, muss entsprechend anders konkretisiert und formuliert werden. Diese Formulierung ("ein erheblicher Teil des informierten, verständigen und aufmerksamen Verkehrs") wird zur Zeit noch nicht verwendet. Es wird bei ihr jedoch die fortschrittliche Rechtsprechung des BGH aus der Zeit vor dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung berücksichtigt. Andererseits wird bei ihr die vom BGH nun übernommene, nicht für alle Fälle klare Situationsbeschreibung ("informiert, verständig und aufmerksam") noch "mitgeschleppt". So wird sich der weitere Weg, wie er auch nach der neuesten Rechtsprechung fortgesetzt werden muss, Schritt für Schritt besser beschreiben lassen.

m) Rechtserheblich ist, ob "ein erheblicher Teil der rechtsrelevanten Personen in der jeweiligen Situation" im Sinne der Norm auffasst.

Bei dieser Formulierung wird ohne teilweise missverständliche Umschweife der Ausdruck "jeweilige Situation" aus der neuesten Rechtsprechung des BGH übernommen; vgl. Nr. 2 Satz 2 der Amtlichen Leitsätze des mehrfach erwähnten Urteils Orient-Teppichmuster. Um Missverständnisse zu vermeiden, wird in der Definition nicht konkretisiert, wie sich die "jeweilige Situation" darstellen kann.

n) Weitere Entwicklungsstufen.

Es kann nicht überraschen, dass nach und nach noch weiter fortgeschritten werden kann und muss. So steht an, sich noch stärker mit der in den Fußn. 40 aufgeführten Sachverhaltsvorfrage auseinanderzusetzen, wie die relevanten Personen situationsbedingt auffassen. In diesem Zusammenhang muss dann die noch offen gelassene Frage geklärt werden, ob (insoweit normativ) vergrößernd auf ein Leitbild abgestellt werden soll oder differenziert auf die einzelnen Regionen der EU und ganz spe

Schweizer: Die "normative Verkehrsauffassung" - ein doppeltes Missverständnis - - Konsequenzen für das Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" - (GRUR 2000, 923)

933

ziell auf die individuellen Einstellungen und Verhaltensweisen im Einzelfall.

## II. Normative Korrekturen

a) Normativ korrigiert wird - wie auch immer definiert und abgegrenzt - mit den Instituten der Relevanz und der Interessenabwägung sowie mit den Quoten. Es bleibt jedoch dabei, dass grob oder differenziert darauf abgestellt wird, wie die Adressaten die Angabe wirklich auffassen. So, und nur so korrigiert die deutsche Rechtsprechung grundsätzlich seit vielen Jahren gefestigt 93.

b) Auch wenn die Adressaten nicht informiert, verständig und aufmerksam auffassen, soll dennoch rechtserheblich sein, wie sie informiert, verständig und aufmerksam auffassen. Eine solche Korrekturmöglichkeit kann theoretisch so verstanden werden, dass sie zusätzlich zu der normativen Korrektur a) besteht oder auch so, dass sie die Korrektur a) ersetzt. Gegen diesen Weg der Korrektur, der den Adressaten nicht grundsätzlich so nimmt, wie er "im wirklichen Leben" auffasst, sprechen u. a. die Natur der Sache und der Verbraucherschutz 94 sowie die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs 95 und damit auch die Effizienz als Rechtsprinzip 96.

## **Ergebnis**

Die als sogenannte normative Verkehrsauffassung vertretene Meinung, die Feststellung der Irreführungs- und der Verwechslungsgefahr sei eine "reine Rechtsfrage", deshalb dem Beweise nicht zugänglich und ex ante von allen Marktteilnehmern rechtssicher feststellbar, beruht auf einem rechtssoziologischen und rechtmethodischen Missverständnis. Rechtssoziologisch wird missverstanden, dass auch informierte, verständige und aufmerksame Adressaten unterschiedlich auffassen. Rechtmethodisch missversteht die norm.V., dass sich zu jedem Rechtsbegriff im Ganzen eine Tatfrage stellt. Sowohl der rechtssoziologische als auch der rechtmethodische Aspekt bewirken jeder allein schon für sich, dass sich die normative Verkehrsauffassung nicht halten lässt. Wer auf dieser Basis noch auf das vom EuGH geprägte "Verbraucherleitbild" schaut, wird sehen, dass dieses "Leitbild" entwickelt werden muss. Kein Gericht ist zu einer solchen Entwicklung mehr berufen als der Bundesgerichtshof. Der Bundesgerichtshof ist in Europa und auch im Verhältnis zur Rechtsprechung in allen anderen Kontinenten zur Feststellung der Irreführungsgefahr am weitesten fortgeschritten. Er hat insbesondere bereits erkannt, dass auf die Auffassungen "eines nicht unbeachtlichen Teils des Verkehrs" (statt auf den "Durchschnitt" und ähnliche Kriterien) abgestellt werden muss.

Nach dieser Erkenntnis ist

- das Leitbild: "durchschnittlich informierter, verständiger und aufmerksamer Durchschnittsverbraucher"

- zum Leitbild: "informierter, verständiger und aufmerksamer Verbraucher"

zu entwickeln 97.

Eine Verbotsnorm ist bei diesem Leitbild dann erfüllt, wenn ein erheblicher Teil der informierten, verständigen und aufmerksamen relevanten Personen im Sinne der Norm (verbotswidrig) auffasst. Eine Angabe führt demnach dann grundsätzlich 98 im Sinne des § 3 UWG irre, wenn ein erheblicher Teil der informierten, verständigen und aufmerksamen Adressaten die Angabe in einem Sinne auffasst, der mit den wirklichen Verhältnissen nicht in Einklang steht.

Wird die (zutreffende) Rechtsprechung des BGH weiter entwickelt, ist der Begriff "Irreführung" - auch im Gemeinschaftsrecht - wie folgt zu definieren:

Irreführend ist eine Angabe, wenn die Vorstellungen, die ein erheblicher Teil der nach der Norm relevanten Personen in der jeweiligen Situation über die Bedeutung der Angabe haben, mit den wirklichen Verhältnissen nicht in Einklang stehen.

Da sich "normative Verkehrsauffassung" nicht halten lässt, gilt nach dieser Definition für den Sachverhalt:

Rechtserheblich ist zur Irreführung als - dem Beweise zugänglicher - Sachverhalt, ob die beteiligten Verkehrskreise im Sinne der Definition in der jeweiligen Situation eine Vorstellung haben, die mit den wirklichen Verhältnissen nicht in Einklang steht.

Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr (im engeren Sinne) liegt bei dieser weiteren Entwicklung vor, wenn ein erheblicher Teil der nach der Norm relevanten Personen in der jeweiligen Situation annimmt, die Verletzungskennzeichnung stimme mit der Klagekennzeichnung überein, mithin handele es sich um ein und dieselbe Kennzeichnung und die so gekennzeichneten Waren oder gewerblichen Leistungen stammten aus demselben Unternehmen.

Als - dem Beweise zugänglicher - Sachverhalt ist demnach rechtserheblich, ob die relevanten Personen in der jeweiligen Situation im Sinne dieser Definition auffassen.

Entsprechendes gilt für die mittelbare Verwechslungsgefahr und für die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne (und ebenso für die Begriffe "gute Sitten", "Zumutbarkeit" und alle anderen Rechtsbegriffe).

In weiteren Entwicklungsstufen werden sich Rechtsprechung und Literatur eingehender mit der Sachverhaltsvorfrage befassen müssen, welche jeweilige Situation im Einzelfall rechtserheblich ist. Zudem müssen normative Korrekturen bei den Instituten der Relevanz und der Interessenabwägung sowie vor allem der Quoten überprüft werden.

[G 2616]

---

\* Dr., Honorarprofessor für Rechtssoziologie an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Rechtsanwalt in München, Marktforscher BVM.

<sup>1</sup> Vgl. Scherer, GRUR 2000, 273 ff.; wie bereits zuvor in WRP 1999, 991 ff.; in Bezug auf die Verwechslungsgefahr beispielsweise: Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl., Köln 2000, § 9 Rdn. 20 und Fezer, Markenrecht, 2. Aufl. München 1999, § 14 MarkenG Rdn. 123 ff. im Anschluss an Fezer, WRP 1995, 671 ff.

<sup>2</sup> Zitat EuGH GRUR Int. 1998, 795 ff., Erwägungsgrund 35; bestätigt durch EuGH GRUR Int. 2000, 354 ff., Erwägungsgrund 31 - 6-Korn-Eier Gut-Springenheide, Erwägungsgrund 35 - Lifting.

<sup>3</sup> So z. B. BGH GRUR 2000, 506 ff., 509 li.Sp. - Attaché/Tisserand. Dieses Urteil betrifft die Verwechslungsgefahr. Die Qualifikation als "Rechtsfrage" bezieht der BGH auf die Revisibilität. Ausführlich zur Abgrenzung der Rechtsfrage (welcher Sachverhalt ist nach der Auslegung des Gesetzesmerkmals "Verwechslung" rechtserheblich?) von der Tatfrage unten bei Fußn. 36 ff. Im Ergebnis wird durch die dort dargestellte Unterscheidung der Umfang der revisionsrechtlichen Nachprüfung schon deshalb nicht eingeschränkt, weil das Revisionsgericht überprüft, ob Erfahrungssätze verletzt worden sind; st. Rspr. vgl. für alle Musielak/Ball, ZPO § 550 Rdn. 11 f. Dazu, wie stark Erfahrungssätze angewandt werden: Verf., Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit, 3. Aufl. Berlin 2000 (nachf.: Verf., Entd.), S. 40 f., 44 ff.

<sup>3a</sup> GRUR 2000, 619 ff. (621 li.Sp.) - Orient-Teppichmuster.

<sup>3b</sup> WRP 2000, 977 (979 li.Sp.).

<sup>4</sup> Vgl. dazu unten Abschn. Nr. 11 die Entwicklungsstufen. Zum Stand der Entwicklung im Ausland und im Gemeinschaftsrecht: Schrickler, Recht der Werbung in Europa, Baden-Baden, seit 1995; auch schon Schrickler, GRUR Int. 1990, 771 ff.; Traub, WRP 1997, 165 f.; Sack, WRP 1999, 264 ff.; Ludwig, Irreführende und vergleichende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1995; Träger, Das Verbot irreführender Werbung nach § 3 UWG im Europäischen Binnenmarkt, Konstanz 1993, S. 29 ff.; Dehlfing, Das Recht der irreführenden Werbung in Deutschland, Großbritannien und Frankreich, Frankfurt a. M. 1999, 51 ff., 109 ff., 157 ff. Speziell zu zeitversetzten Entwicklungen im Hinblick auf die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht: Verf., Entd., S. 14 ff., 33 ff., insbesondere S. 34 und in diesem Beitrag unten Nr. 11. Ferner bereits Verf. in Chiotellis/Fikentscher, Rechtstatsachenforschung, Köln 1985, S. 11 f., et pass.;

auch erschienen als Sonderdruck: Schweizer/Quitt, Rechtstatsachenermittlung durch Befragen, Band I: Die Definitionsphase Köln 1985.

5 Leible stellt in seiner Anmerkung zum Urteil "Gut-Springenheide" mit Recht fest: "Unbefriedigend ist freilich - wie so oft bei Entscheidungen des Gerichtshofs - das Fehlen einer Begründung", s. EuZW 1998, 528 f., 528. Noch ausführlicher unten Abschn. Nr. 11, insbesondere Fußn. 73.

6 Zur neuesten Rechtsprechung des BGH unten Abschn. 11. Dort wird auch darauf eingegangen, dass die Rechtsprechung durchaus normativ korrigiert; - nur eben nicht in dem von der norm.V. vertretenen Sinne; dazu bei Fußn. 93.

7 Die Praxis prägt zur Irreführung verhältnismäßig stärker als das Schrifttum.

8 Zum BVerfG s. Fußn. 21 und 75. - Zur Ist-Verkehrsauffassung und zur norm.V. für einen ersten Über- und Einblick: Gloy/Helm Hdb. WettbewerbsR, 2. Aufl., § 49 Rdn. 28; Großkomm/Schünemann, Einl. UWG Rdn. D 267 ff. und Großkomm/Lindacher § 3 UWG Rdn. 98 ff.; Scherer und Fezer, a.a.O., R. G. Schweizer, Der Durchschnittsleser nach dem EuGH-Urteil "Gut-Springenheide 6-Korn - 10 frische Eier", in Heldrich (Hrsg.), Medien zwischen Spruch und Informationsinteresse, Baden-Baden 1999, S. 305 ff.; Kur, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess, Köln u. a. 1981, S. 157 ff.; Müller, Die demoskopische Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen des § 3 UWG, München 1987, S. 27 ff.; Springer, Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Auslegung des Irreführungsverbots gemäß § 3 UWG, Baden-Baden 1995, S. 140 ff., Knaak, Demoskopische Umfragen in der Rechtspraxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, GRUR-Abhandlungen Weiheim 1986, S. 50 f., 78 et pass. Bemerkenswert ist, dass einzelne Schriftsteller gar nicht erst oder jedenfalls nur verhältnismäßig geringfügig auf die norm.V. eingehen; s. z. B. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 21. Aufl., München 1999, § 3 UWG Rdn. 23 ff.; Bödeker in Walter/Grüber (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Wettbewerbspraxis, S. 1481 ff.; Melullis, Handbuch des Wettbewerbsprozesses, 3. Aufl. (2000) Rdn. 689 ff.; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Aufl., Köln u. a., 47. Kapitel; Köhler/Piper, UWG München 1995, § 3 Rdn. 62 ff.; Nirk/Kurtze, Wettbewerbsstreitigkeiten, 2. Aufl., Rdn. 492 ff., 496 ff. - Die Rechtsprechung des BVerwG wird voraussichtlich eingehend in einer Münchener Dissertation dargestellt werden: Parchmann, Pluralistische Wirklichkeit und Verwaltungsrecht. - Das Beispiel der baurechtlichen Veranstaltungsvorschriften. - Das BVerwG hat dem EuGH die verhältnismäßig klaren Fragen zum Rechtsstreit "Gut-Springenheide", Fußn. 3, vorgelegt.

9 Zitat: Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Aufl., München 1998, § 12 Nr. 6 f. Diese Kritik wird beispielsweise wiedergegeben und zutreffend beurteilt bei Gloy in FS für Vieregge, Berlin u. a. 1995, S. 297 ff., 305, 308 f., 313 ff.; bei Doepner, WRP 1997, 999 ff., 1000, 1007, 1011 sowie bei Sack a.a.O., Fußn. 4, S. 268.

10 So in den erstinstanzlichen Urteilen, die vom OLG München in einem Ur. v. 19.6.1997 und vom HansOLG in einem Ur. v. 4.9.1997 aufgehoben worden sind. In beiden Rechtsstreitigkeiten hatte der beklagte Verlag im Berufungsverfahren demoskopische Parteigutachten vorgelegt. Beide Gutachten gelangten aufgrund repräsentativer Umfragen zu dem Ergebnis, dass der Verkehr gerade nicht so eng auffasst wie die erstinstanzlichen Gerichte angenommen hatten. Die Oberlandesgerichte hoben die erstinstanzlichen Urteile auf; das OLG München mit Bezug auf das demoskopische Gutachten, das OLG Hamburg ohne ausdrücklichen Bezug mit der Begründung, es bestünden "für den Senat keine Zweifel daran", dass der Verkehr anders auffasse. Vgl. zum OLG München *Verf.*, AfP 1997, 931 ff. und zu beiden Verfahren: *Verf. Entd.*, S. V ff.

11 Vgl. Gloy, Sack und Doepner an dem in Fußn. 9 a. O. Beier, in GRUR 1974, 514 ff., 518 und Kur, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess, Köln u. a. 1981, S. 159 f. weisen ausdrücklich darauf hin, dass die Feststellung aufgrund richterlicher Sachkunde in Wirklichkeit nicht die tatsächliche, sondern nur die vom einzelnen Gericht gedachte Verkehrsauffassung wiedergibt.

12 Träger zitiert, a.a.O., auf S. 129, Nickel, MA 1988, 572, 573: "Am Richtertisch werden heute immer noch gelegentlich Urteile gefällt, deren Menschenbild dem von Irrenwärtern verwandt ist". Ganz anders als Nickel und nachdenklich stimmend: Heller, Anzeige-Anzeige-Anzeige, in Heldrich (Hrsg.) a.a.O., Fußn. 8, S. 297 ff.

13 Vgl. insbesondere Großkomm/Schünemann, a.a.O., Scherer, a.a.O., z. B. GRUR 2000, 273 re.Sp., 274 li.Sp. Fezer, a.a.O. - Vom Stein, WRP 1970, 332 f., gelangt zu "seiner" normativen Verkehrsauffassung sogar über das erklärte Ziel, "Wettbewerbsprozesse über irreführende Werbung ohne demoskopische Gutachten zu entscheiden".

14 Vgl. z. B. Scherer, a.a.O., S. 274 li.Sp.

15 Verkehrsauffassungen sind (auch wenn sie normativ festgelegt worden sind) als Tatsachen dem Beweise zugänglich. Es versteht sich für jeden Juristen von selbst, dass Tatsachen, soweit sie nicht unstreitig (§ 138 Abs. 3 ZPO), zugestanden (§ 288 ZPO) oder gerichtsbekannt (§ 291 ZPO) sind, grundsätzlich dem Beweise zugänglich sind und des Beweises bedürfen. Für alle: Zöllner/Greger, 21. Aufl., Köln 1999, vor § 284 Rdn. 1 ff. (10).

16 Für alle: Gloy/Helm, Hdb. WettbewerbsR, § 49 Rdn. 108 ff.

17 Vgl. auch bei Fußn. 10 und 28.

18 Scherer, WRP 1999, 997 re.Sp.

19 Unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung Löffler-Sedelmeier, Presserecht, 4. Aufl., München 1997, § 11 LPG Rdn. 91; Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, 3. Aufl., 42. Kap. Rdn. 23; Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 4. Aufl., Rdn. 4.40.

20 Soehring, Presserecht, 2. Aufl. Stuttgart 1995, Rdn. 14.3.

21 Richtig dagegen auch schon speziell zu Gegendarstellungen: Seitz/Schmidt/Schoener, Der Gegendarstellungsanspruch, 3. Aufl., München 1998, Rdn. 346 ff. Das BVerfG hat sich insofern geäußert, als es Art. 103 I GG verletzt sieht, wenn die Tatsacheninstanz zu einer Gegendarstellung begründungslos über eine Umfrage zur Auffassung der Adressaten hinwegsieht; NJW 1993, 1461 f. Zudem hat es später, insbesondere im Beschluss "Soldaten sind Mörder", so argumentiert, dass die Auffassung "des Publikums" rechtserheblich ist; vgl. bei Fußn. 75.

22 LG Hamburg, Urt. v. 18.8.1995, 324 O 742/94, soweit ersichtlich unveröff. Zu diesem Urteil: *Verf.*, Entd., S. XXV ff.

23 Vgl. bei Fußn. 55 ff., nach Fußn. 67 sowie bei Entwicklungsstufe II b unten in Abschn. 11.

24 Zitat Schünemann, a.a.O.

25 Scherer, GRUR 2000, 275 re.Sp. Die englische und die französische Fassung des Urteils "Gut-Springenheide, 6-Korn-Eier" sind in WRP 1998, 1213 f. abgedr.: "an average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect"; "d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé".

26 Scherer, a.a.O., GRUR 2000, 279 re.Sp.

27 Scherer, a.a.O., GRUR 2000, 278 li.Sp. Die Vertreter dieser Auffassung gehen nicht auf Gegenbeweise wie die Rechtsprechung zur Verwechslungsgefahr ein. Diese Rechtsprechung wird als Lotteriespiel empfunden. Vgl. zu dieser Rechtsunsicherheit im Markenrecht, die schweizerischen Verhältnisse einbeziehend, Rehbindler, Demoskopie als Beweismittel im Markenrecht, Nachdruck in Rehbindler, Abhandlungen zur Rechtssoziologie, Berlin 1995, S. 209 ff.

28 *Verf.*, Entd., S. 68 f. zu den gestoppten Zeitschriftentiteln "TV more" (Alleinstellungsbehauptung) und "Anna" (Verwechslungsgefahr mit "Anja"). Nach Verlagsaussagen kosteten diese Entscheidungen 20 Millionen DM. Durch vorlaufende Studien zur Ist-Verkehrsauffassung hätte der Ärger weitgehend vermieden werden können. Entweder hätten vorsorgende Studien eine Irreführung bzw. eine Verwechslung ergeben, dann hätte der Verlag sich auf dieses Ergebnis einstellen können. Oder die Studien hätten das Gegenteil belegt, dann hätte sich der Verlag schon gegen die Abmahnung entsprechend verteidigen können.

29 Nach dem Sinn und Zweck dieser Befragung muss nicht professionell, wie für eine repräsentative Umfrage, befragt werden. Zur Befragungstechnik für repräsentative Umfragen vgl. die Literaturhinweise Fußn. 66. Sämtliche Fehlerquellen sind - mit Beispielen - aufgelistet bei *Verf.*, in Der Syndikus, 3. Ausg. Sept./Okt. 1998, 37 ff., 4. Ausg., 38 ff., 5. Ausg., 42 ff.

30 Es sei denn, man versteht ihn als einen (dem Beweis zugänglichen) Mittelwert; so möchte sich die normative Verkehrsauffassung jedoch gerade nicht verstanden wissen. Und selbst in diesem

Falle kann es insoweit unlösbar Konstellationen geben; vgl. dazu unten Abschnitt Nr. 11, Entwicklungsstufe I i).

31 Ausführlich dazu *Verf.* in Industriegewerkschaft Medien-Druck und Papier, Publizistik und Kunst: Stuttgart 2000, S. 4 ff. - Aufgrund dieses Sachverhalts stellt beispielsweise Tilmann, FS Piper, München 1996, S. 481 ff., 491 mit Recht fest, dass "auch Fezer nicht weiß, wie der zuständige Richter später die Grenze der ‚Verständigkeit‘ zieht".

32 Am eingehendsten: Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. III, Kap. 29 VI - S. 736 ff.; Bd. IV Kap. 31 VII Nr. 3 - S. 180 ff. und Scheuerle, AcP 157, 1958, 1959, 1 ff., insbesondere 20: "Solange keine zu qualifizierenden Fakten vorhanden sind, können Regeln, welche auf diese ansprechen, weder reproduziert - aufgefunden - noch angewendet werden", 36, 51: "Die anzuwendenden Rechtssätze stellen an die Faktenwelt Fragen". - Für einen skeptischen Wettbewerbsrechtler kann sich auch ein Blick auf andere Rechtsgebiete lohnen, um besser zu erkennen, dass nie ohne rechtserheblichen Sachverhalt entschieden werden kann. Vgl. nur beispielsweise speziell aus der Sicht des Strafrechts: Schönemann in Haft u. a. (Hrsg.), Strafgerechtigkeit, FS für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 299 ff.; Volk in FS für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, München 1979, S. 75 ff.

33 Zur typologischen Rechtsfindung beispielsweise: Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 461 ff., 218 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 290 ff.; Fikentscher, a.a.O., Kap. 31 VIII 2 b - S. 213 ff., Rüthers, Rechtstheorie, Rdn. 930 ff., Wank, Die juristische Begriffsbildung, München 1985, S. 124 ff.; Meier, Der Denkweg der Juristen, Münster u. a. 2000, S. 73 f.

34 Müller, Juristische Methodik, 6. Aufl., 313.2 - S. 142.

35 Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin 1995, S. 271 ff.

36 Zur Unterscheidung von Rechts- und Tatfrage vgl. u. a.: Scheuerle, a.a.O., Larenz, a.a.O. S. 307 ff., Larenz/Canaris, a.a.O., S. 128 ff., Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Rdn. 254 ff., Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, S. 89 ff., Heldrich, AcP 186 (1986), 74 ff., 100, 107 - 109. Anschaulich zum Beispiel ebenso Zippelius, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., § 15. Auch die wettbewerbsrechtliche Literatur befasst sich (selbstverständlich) mit diesem Thema; vgl. z. B. Pastor/Ahrens/Bähr, 4. Aufl., Kap. 32 Rdn. 1 ff.

37 A.a.O., Fußn. 32, insbesondere S. 2, 18, 20, 28, 51, 73 ff. Vgl. aus der neuesten Literatur: Meier, a.a.O., S. 19 f.

38 Vgl. *Verf.* in Chiotellis/Fikentscher (Hrsg.), a.a.O., Fußn. 4, S. 51, 65 et pass.; *Verf.*, Entd., S. 42 f., 80 f. (Anm. 89) et pass. Diese Gliederung hilft insbesondere auch, das vermischende, nicht genügend unterscheidende Argument einzuordnen, es handele sich bei der Irreführung, bei der Verwechslungsgefahr und bei ähnlichen Begriffen um "Rechtsfragen mit vorgelagerten Tatsachenfeststellungen". Zur Verwechslungsgefahr siehe auch noch Fußn. 71.

39 Vgl. auch noch nachfolgend nach d) aus einer Gesamtsicht.

40 Chiotellis/Fikentscher, a.a.O., S. 51, 65 et pass.; *Verf.*, Entd., S. 38, 81 (Anm. 89). Zum "Käuferverhalten": Ernst, Ansätze zur Beurteilung irreführender Werbung, Göttingen 1996, S. 45 ff. In der Sprache der jüngsten BGH-Rechtsprechung stellt sich zunächst u. a. die Sachverhaltsvorfrage nach dem "Grad der Aufmerksamkeit des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers, auf dessen Verständnis es ankommt". Dieser Grad "ist abhängig von der jeweiligen Situation". So "wird das erste Durchblättern von Zeitungsanzeigen regelmäßig flüchtig erfolgen, wobei sich die Begriffe 'flüchtig' und 'verständlich' nicht ausschließen", Zitat I. Senat, a.a.O. (Fußn. 3a)). Vgl. zu dieser Terminologie des BGH die in der Festgabe Teplitzky - WRP 2000, 807 ff. - veröffentlichten Abhandlungen von Ahrens, S. 815 re.Sp., Bornkamm, S. 835 re.Sp. und bereits in Fußn. 3b) zitiert. Nordemann. - Noch besser und klarer wäre, einfach und nur soweit erheblich zu fragen: Wie fassen in der jeweiligen Situation die rechtserheblichen Adressaten auf? Aufmerksam? Wie aufmerksam? Flüchtig? Verständig? Wie verständig? Informiert? Wie informiert? Darüber hinaus fragt sich, inwieweit individuell unterschieden werden sollte. Befragungstechnisch ist nicht von vornherein ausgeschlossen, individuell zu berücksichtigen, dass der eine aufmerksam

und der andere weniger aufmerksam eine Angabe auffasst. Vgl. dazu auch noch unten in Abschn. Nr. 11 Entwicklungsstufe I I) und m).

41 Englisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1968 und in Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Aufl. 1960, vor allem S. 15. Vgl. auch Fikentscher, a.a.O. (Fußn. 32), Band III, S. 299 f. und 750 f.; Larenz/Canaris, a.a.O. (Fußn. 33), S. 102 und 29. Aus der neuesten Literatur: Meier, a.a.O., S. 23 f. Die Arbeitsschritte werden von dieser Literatur allerdings nicht ausdrücklich so formuliert, wie es hier zu einer möglichst klaren Unterscheidung versucht wurde.

42 Ausführlich *Verf.* in Chiotellis/Fikentscher (Hrsg.), a.a.O., S. 68 ff.

43 Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 3 UWG Rdn. 22. Vgl. z. B. auch Großkomm/Lindacher, § 3 UWG Rdn. 98. Bei dieser Definition drängt sich nicht das regelmäßig wiederkehrende Missverständnis zur "Gefahr" einer Irreführung auf. Wenn feststeht, dass die Verkehrsteilnehmer nicht der Gefahr unterliegen, dann ist die Norm nicht erfüllt. Am eingehendsten zu diesem Thema: *Verf.*, Der Syndikus, 7. Ausg., Mai, Juni 1999, S. 40 ff.

44 Die Kernprobleme sind hier: Einerseits können die Gerichte grundsätzlich oder jedenfalls häufig nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit von sich aus die pluralistischen Verhältnisse feststellen. Andererseits muss das Recht, insbesondere auch die Rechtsanwendung, behutsam entwickelt werden, so dass nicht regelmäßig Umfragen durchgeführt werden sollten. Vgl. dazu ausführlich *Verf.*, Entd., S. 67 ff. und AfP 1999, 931 ff., 935 re.Sp. und Fußn. 66.

45 Spliethoff, Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 1992, S. 265.

46 Vgl. speziell zu dieser Definition *Verf.*, Entd., S. 95 (Anm. 194); siehe ergänzend die Beschreibung in Abschnitt Nr. 11 Entwicklungsstufen 1. f) und 1 t) zum Merkmal: "durchschnittlich informierter, verständiger und aufmerksamer Durchschnittsverbraucher".

47 Ausführlicher *Verf.*, Entd., S. 27 f.

48 Bei Gericht müsste, wenn mehrere Richter das Gericht bilden, auch noch eine mögliche Pluralität innerhalb des Kollegiums wegdefiniert werden.

49 Vgl., z. B. Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, Köln u. a. 1978, S. 6, 16 f.; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983, S. 64 und - beliebig ausgewählt zum Verwaltungsrecht: Erichsen, DVBl. 1985, 22 ff., 25 re.Sp.

50 Besonders interessant sind die von Hoffmann-Riem zu § 1 UWG beschriebenen Anforderungen rechtsstaatlicher Bestimmtheit, vgl. ZUM 1996, 1 ff., 5 ff. Aus anderer Sicht, im Rahmen der ökonomischen Analyse des Rechts sowie mit Blick auf Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG und die schwache demokratische Legitimation der deutschen Gerichte: Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen 1. Aufl. 1995 (2. Aufl. unv.), S. 415 f., 479. Ähnl. schon Tilmann, a.a.O., Fußn. 31, S. 491.

51 *Verf.*, Entd., S. XLV f. (Savigny), LIV f. (Freirechtsschule).

52 Zum Dezisionismus: *Verf.*, Entd., S. XXXV f., LXI et pass. und noch ausführlicher an dem in Fußn. 31 a.O.

53 In Heldrich, Fußn. 8, S. 12.

54 S. dazu schon oben bei Fußn. 39 - 41 (Sachverhaltsvorfrage) und speziell zum Leitbild des "durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers" unten in Abschnitt Nr. 11 bei den Entwicklungsstufen.

55 Oben Fußn. 15.

56 Vgl. dazu, insbesondere zum Vollbeweis, Fußn. 62 und in den nachfolgenden Abschn. Nr. 8 und Nr. 11.

57 Vgl. Großkomm/Schünemann, a.a.O. (Fußn. 8).

58 Niemöller, Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, München 1999, S. 251 f.

59 Dazu genügt bereits ein Blick in die Kommentierungen zu Begriffen wie "Wahrung berechtigter Interessen" und "Zumutbarkeit". Zum Begriff der Zumutbarkeit s. Preis, in Zeitschrift für Gesetzgebung 1988, 318 ff., 323: Maßgeblich ist die objektive Wertung eines sogenannten Durchschnittsbetrachters. Vgl. z. B. weiter § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG. So wie zu den Begriffen "Treu und Glauben" und "gute Sitten" die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise zu beachten sind, sind beim Begriff "Wahrung berechtigter Interessen" "das gesunde Rechtsempfinden" und ähnliche Kriterien erheblich; so z. B. Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., München 1997, § 28 Anm. 7.1, S. 383. Eingehend zur Problematik Scheuerle, a.a.O. (Fußn. 32 und 37), im Rahmen des Nachweises, dass Rechts- und Tatfrage stets getrennt werden können; sowie *Verf.*, Entd., S. 53 ff. und XXXIII ff. (Grundnorm).

60 S. dazu auch noch die nachfolgenden Abschnitte Nr. 8 und Nr. 11.

61 Zum argumentum ad absurdum beachte z. B.: Bydlinski, a.a.O., S. 457 ff., Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, S. 123 (unter Einbeziehung von Diederichsen, FS Larenz zum 70. Geb.). Im Wettbewerbsrecht greift auch speziell das Effizienzprinzip, s. Eidenmüller a.a.O., S. 452 ff. et pass. sowie unten, Nr. 11 Entwicklungsstufen I und h) und II b). Neuestens Meier, a.a.O., S. 103 ff.: Die praktischen Argumente der Definitionsprüfung.

62 Zum Vollbeweis als Regelbeweismaß vgl. z. B. Stein/Jonas/Leipold<sup>21</sup>, § 286 Rdn. 4 ff.; MünchKommZPO/Prütting, § 286 Rdn. 27 ff. und *Verf.*, Entd., S. 13 f., 67, 69, 70, 84 (insbesondere in Anm. 121 zu dem Kriterium: "ein für das praktische Leben brauchbarer Grund von Gewissheit").

63 An dieser Stelle laufen dann auch die Rechtsmethodik und die rechtsstaatlichen Anforderungen rechtsstaatlicher Bestimmtheit zusammen. Vgl. dazu schon oben Fußn. 50 mit Hinw. auf Hoffmann-Riem. Vgl. auch schon *Verf.*, Entd., S. 95 f. und XXXVII sowie sofort anschließend Abschn. Nr. 8.

64 Vgl. z. B. Scherer in GRUR, a.a.O., 275 re.Sp.

65 Scherer, a.a.O.

66 Vgl. schon oben Fußn. 56 ff. - Das wohl bekannteste Musterbeispiel bildet die Ermittlung der Verkehrsvorstellungen für einen verhältnismäßig weit zurückliegenden Zeitraum; vgl. dazu beispielsweise schon OLG Köln GRUR 1985, 559 f. sowie *Verf.* in Der Syndikus 1998, 2. Ausg., S. 32 f. Ausführlich zur eigenen Sachkunde des Gerichts - klarer: zu den eigenen Sacherhaltskenntnissen des Gerichts - bei pluralistischen Sachverhalten, zum Beweismaß und zu einer behutsamen Entwicklung des Rechts, vgl. *Verf.*, a.a.O., sowie oben Fußn. 44, 62 und auch schon Fußn. 10. - Zu den guten Möglichkeiten der repräsentativen Umfrageforschung für das Recht vgl. Gloy/Ohde, Hdb. Wettbewerbsrecht, § 18, die Arbeiten Noelle-Neumanns, beginnend mit der Schrift "Umfrageforschung in der Rechtspraxis", Weinheim 1961 (gemeinsam mit Schramm) bis: Alle, nicht jeder - Einführung in die Methoden der Demoskopie, München 1996 (gemeinsam mit Petersen); Quitt und Wiegand in Heldrich (Hrsg.) a.a.O., S. 469 ff., 459 ff.; Müller, a.a.O., und RWW 4.1; als Beispiel zu Einzelthemen: Böes/Deutsch, GRUR 1996, 168 ff. sowie die Arbeiten des Verf. u. a. m.

67 *Verf.*, Entd., S. 58 ff.

68 So müsste sich der EuGH jedoch äußern, wenn die Verkehrsauffassung dem Beweise unzugänglich sein sollte. Vgl. oben in Abschn. Nr. 7 bei Fußn. 47 ff.

69 Z. B. Urteil "Liftung", a.a.O., Erwägungsgründe 27, 28.

70 Vgl. oben bei Fußn. 14.

71 Ausführlich dazu Reh binder, Abhandlungen zur Rechtssoziologie, Berlin 1995, S. 209 ff. und *Verf.* in Der Syndikus, 8. Ausg., Juli/August 1999, S. 44 ff. Nach den Ausführungen zur Irreführung ist auch klar, wie der Hinweis - beispielsweise von Ingerl/Rohnke, Markengesetz, München 1998, § 4 Rdn. 165 - zu verstehen ist, dass es sich bei der Verwechslungsgefahr um eine Rechtsfrage mit vorgelagerten Tatsachenfeststellungen handelt. Das eine ist die Rechtsfrage und das andere die - von der Rechtsfrage aufgeworfene - Tatfrage. Vgl. zu diesem Hinweis direkt auch schon Fußn. 38. Zur Verwechslungsgefahr muss zunächst, wie bei anderen Gesetzesmerkmalen auch, der Rechtsbegriff definiert werden. Soweit definiert wird, welcher Sachverhalt rechtserheblich ist, sind

keine Tatsachenfeststellungen vorgelagert (allenfalls Sachverhaltsvorfragen, Fußn. 40). Aus der Definition ergibt sich, welche Tatsachen festzustellen sind. So wird definiert: Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr im eigentlichen Sinne liegt vor, wenn ein nicht unerheblicher Teil der mit der Verletzungskennzeichnung angesprochenen Verkehrskreise annimmt, diese stimme mit der Klagekennzeichnung überein. Vgl. Gloy, a.a.O., § 16 Rdn. 8. Folglich ist im Ganzen als Sachverhalt eben erheblich, ob ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise die Verletzungskennzeichnung im Sinne der Definition auffasst. Der rechtserhebliche Sachverhalt beschränkt sich somit nicht nur auf Hilfskriterien wie den Bekanntheitsgrad als Kriterium für eine gesteigerte Verwechselbarkeit oder die Warenferne als Kriterium für eine Minderung der Verwechslungsgefahr. - Zu einer Übertragung der Erkenntnisse auf weitere Begriffe und Probleme, wie auf den Begriff der "guten Sitten" und den Begriff von "Treu und Glauben" bis hin zu einer Grundnorm: *Verf.*, *Entd.*, S. 51, 53 ff., 63 ff., XXXIII ff.

72 Scherer, GRUR, a.a.O., S. 277.

73 Auch nach den neuesten EuGH-Entscheidungen gilt, was Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998, auf S. 432 betont hat: "Zu wünschen wäre allerdings, dass die Richter, soweit sie am EuGH bereits in der Sache dem normativen Verbraucherleitbild folgen, auch in ihren Entscheidungen klarstellen würden, um was es eigentlich geht . . . Leider ist angesichts der Begründungspraxis des EuGH, die sich durch denkbar knappe Ausführungen auszeichnet, mit solcher Klarheit kaum zu rechnen". Oben bei Fußn. 5 wurde schon mit Hinweis auf Leible erwähnt, dass der EuGH genau betrachtet sein Verbraucherleitbild überhaupt noch nicht begründet hat. Vgl. auch Niemöller, a.a.O., S. 159 unter Einbeziehung von Reese: "Der EuGH verkennt die grundlegend unterschiedlichen dogmatischen Zusammenhänge seiner Rechtsprechung zu nationalen Verbraucherleitbildern in der wohlmeinenden Absicht, eine allgemeingültige Lösung vorzugeben". Beachte zusätzlich Dausen, in RIW 1998, 750 ff. (kein statistisch belegtes sozialempirisches Verhaltensmodell, eher eine rechtspolitische Zielvorstellung). Hartwig hat ergänzend darauf aufmerksam gemacht, dass zudem "die Erste Kammer die Rechtsprechung der Fünften Kammer in weiten Teilen ausblendet und faktisch ignoriert": GRUR Int. 2000, 758 f., 759 re.Sp.

74 Es reicht an dieser Stelle aus, eine Analyse zu skizzieren. Dementsprechend werden Modifikationen zur besseren Übersicht weggelassen. Bezeichnungen, die unterschiedlich ausgelegt werden können, werden nicht mehrmals in unterschiedlichen Entwicklungsstufen aufgeführt. Vorbilder gibt es, soweit ersichtlich, auch für eine solche Skizze noch nicht.

75 BVerfG 93, 266 ff., 295.

76 *Verf.*, *Entd.*, S. 15 (zu "Durchschnittsleserin und Durchschnittsleser").

77 Vgl. die in Fußn. 4 aufgeführten Länderberichte u. a. auch mit Hinweisen auf Kriterien wie: "man of the Clapham Omnibus" und "bon père de famille". In diese Gruppe gehört auch die bei Fußn. 57 erwähnte Definition.

78 Auf dieses Problem zum Kriterium des Durchschnitts wurde, soweit ersichtlich, erstmals ausdrücklich aufmerksam gemacht bei *Verf.* in Chiotellis/Fikentscher, a.a.O., S. 65 et pass., dann bei Müller, a.a.O.; am ausführlichsten zu den möglichen Definitionen für den "Durchschnittsverbraucher" bzw. "Durchschnittsleser": *Verf.*, *Entd.*, S. 14, 33, 45 ff., 47 f. sowie in Der Syndikus, 6. Ausg., S. 47 ff. und Urteilsanmerkung in AfP 1997, 931 ff. Bekräftigend Gloy/Ohde Hdb. WettbewerbsR, § 18 Rdn. 56 und die schweizerischen Arbeiten: Born, in Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 1998, 517 ff. sowie einige Monate früher Senn, in media Lex 1998, 150 ff.

79 Vgl. dazu auch schon oben bei Fußn. 40 (Sachverhaltsvorfrage). Heller weist in Heldrich (Hrsg.), a.a.O., Fußn. 8, S. 297 ff., 298 mit Recht zum "flüchtigen Leser" darauf hin, dass es heißen müsste: "der flüchtig Lesende". In diese Gruppe gehört auch die bei Fußn. 58 aufgeführte Definition.

80 So schon Sack, a.a.O., WRP 1998, 267 und neuestens BGH GRUR 2000, 619 - Orient-Teppichmuster, LS b) letzter Satz: "Die Begriffe ‚flüchtig‘ und ‚verständlich‘ schließen sich nicht gegenseitig aus". Dazu auch schon oben Fußn. 40.

81 Wie Fußn. 76.

82 Vgl. *Verf.*, *Entd.*, S. 34. Dort wird insbesondere auch erwähnt: Everling, mehrere Jahre Richter am EuGH, hat berichtet, dass "die meisten Richter der anderen Mitgliedsstaaten aufgrund ihrer Lebenserfahrung entscheiden, denn sie betrachten sich als typische Durchschnittsverbraucher, und diese sind für sie bei der Beurteilung der Täuschungsgefahr maßgebend"; vgl. Everling in Schrader/Schricker/Everling/Spätgens/Tilmann/Quack, *Irreführende Werbung in Europa, Maßstäbe und Perspektiven*, Bonn 1990, S. 43 ff. (57).

83 Oben Fußn. 73. Zum Begründungsdefizit gehört in diesem Zusammenhang auch, dass nicht ersichtlich ist, inwieweit der EuGH erwogen hat, dass sowohl die Normzwecke als auch vor allem die Mentalitäten in den einzelnen Ländern voneinander abweichen können; dazu u. a. Gloy, a.a.O. (Fußn. 9), S. 315 f.; Streinz, *JuS* 2000, 76 f., 77 re.Sp., in einer Anm. zum EuGH-Urteil "Sektellerei Kessler"; *Verf.*, *Entd.*, S. 37 f. Diese Problematik mündet in der oben in Fußn. 40 erwähnten und nachfolgend für Entwicklungsstufe I I) aufgeworfenen Fragestellung, ob individuell auf die unterschiedlichen Einstellungen und Verhaltensweisen eingegangen werden soll.

84 Klar: Sack, a.a.O., in *WRP* 1999, 399 ff., 400 f.

85 Bei Fußn. 25.

86 Oben bei Fußn. 3a) sowie Fußn. 40. Weniger eindeutig verhält es sich beim BGH-Urteil "Attaché/Tisserand", Fußn. 3. (*GRUR* 2000, 506).

87 S. oben Abschn. Nr. 7 bei Fußn. 58 ff.

88 Vgl. zur pluralistischen Vielfalt oben Abschn. 5, dann die in Fußn. 10 aufgeführten Urteile sowie sonst die unzähligen Entscheidungen, in denen die zweite Instanz die Durchschnittsauffassungen anders eingeschätzt hat als die erste; dazu *Verf.*, *Entd.* S. 29 ff. Vgl. ferner zur rechtlichen Bewertung komplizierter und künstlicher Definitionen bereits oben Fußn. 60 bis 63 und Abschn. Nr. 8 nach Fußn. 66. Der BGH bezieht in der Definition des Leitbildes "durchschnittlich" wohl nicht nur auf "informiert", sondern auch auf "verständlich" und auf "aufmerksam"; vgl. Entscheidung "Orient-Teppichmuster" a.a.O., S. 621 li.Sp.

89 Ein Musterbeispiel bildet das schon erwähnte Urteil des OLG München vom 19.6.1997, *AfP* 1997, 930 f., mit Anm. des *Verf.* in *AfP* 1997, 931 ff., 934 re.Sp., 935. Noch ausführlicher *Verf.*, *Entd.*, S. 14 ff., 27 ff. und detailliert mit Formulierungsbeispielen in *Der Syndikus*, 9. Ausg., Sept./Okt. 1999, S. 38 ff., 10. Ausg., S. 39 ff.

90 Das wohl am häufigsten genannte Musterbeispiel: BGH *GRUR* 1993, 920 ff., 921 f. - Emilio Adani II: "nicht unbeachtliche Teile des Verkehrs", "nicht unbeachtlicher Teil der Verbraucher". Aus der neuesten Rechtsprechung: Zur Verwechslungsgefahr BGH *GRUR* 2000, 504 ff., 505, re.Sp. - FACTS.

91 Auch der BGH formuliert gelegentlich: ein "erheblicher Teil"; vgl. z. B. das in Fußn. 90 erwähnte Urteil "Emilio Adani II", a.a.O., S. 922 li.Sp.: "ausreichend erheblicher Anteil". Zur "Formulierungstechnik" betreffend die Unterscheidung: "nicht unerheblich" und "erheblich": *Verf.*, *Entd.*, S. 32.

92 Wie ausgeführt: Es handelt sich um eine Sachverhaltsvorfrage, vgl. schon oben bei Fußn. 40. Was richtig ist, könnte und müsste systematisch ermittelt werden.

93 Vgl. Großkomm/Lindacher § 3 *UWG* Rdn. 102 ff., 118 ff., Teplitzky in *FS Vieregge*, Berlin u. a. 1995, S. 853 ff.; Sack, *WRP* 1998, 264 ff., 269 und an dem in Fußn. 4 a.O.; Ekey in Ekey/Klippel/Kolthoff/Meckel/Pläß, *Heidelberger Kommentar Wettbewerbsrecht*, Heidelberg 2000, I § 3 *UWG* 149; Niemöller, a.a.O., S. 50 ff., 54 ff., 208 ff.; Schnieders, *Allgemeininteressen im Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden 1999, S. 55 ff. - Zur Einordnung in die juristischen Arbeitsschritte oben bei Fußn. 38. Die Frage nach der im Einzelfall erforderlichen Quote kann sich sowohl in der Definitions- als auch - die Regel - in der Analysephase stellen; vgl. Chiotellis/Fikentscher, a.a.O., S. 65 f. Die "naturrein"-Entscheidung des EuGH, *GRUR Int.* 2000, 757 f. - *Erw.grund* 28 - zeigt beispielsweise, dass der EuGH daran denkt, das Interesse am freien Warenverkehr mit der Quote zu schützen und nicht etwa mit einem wirklichkeitsfremden Verbraucherleitbild nach der Korrektur, nachfolgend *Ziff. II b*). Speckmann, *Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. (2000), Rdn. 715, nimmt an, dem Irreführungsverständnis des EuGH entspreche eine Quote von 30-40 %.

94 Gloy, a.a.O., Fußn. 9, S. 313 f.; Traub, a.a.O. (Fußn. 4) S. 166; ausführlich, auch zur Natur der Sache, *Verf., Entd.*, S. 27 ff. et pass.: jüngst - klar - Spätgens in Festgabe Teplitzky, WRP 2000, 1023 ff. (1026 li.Sp.).

95 So schon Kisseler, a.a.O., WRP 1994, 1 ff. (6); Gloy, a.a.O., S. 314; Sack, a.a.O. WRP 1998, 264 ff. (266 li.Sp. 268 f.).

96 Eidenmüller, a.a.O., S. 452: Wenn es darum geht, dass nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes die Funktion des Marktprozesses sicherzustellen ist, sind die Richter nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, bei der Interpretation von Rechtsbegriffen ökonomische Erwägungen anzustellen.

97 Wenn die Verbraucher in der jeweiligen Situation informiert, verständig und aufmerksam auffassen.

98 Ausnahmen bei Fußn. 93.