

Wer ist der Durchschnittsverbraucher?

Kanzlei Prof. Schweizer, in: Der Syndikus, 6. Ausg. (März/April 1999), S. 47-48

Der Weg zu einer normativen Verkehrsauffassung, welche die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung ablöst, ist schon heute durch ein EuGH-Urteil^[1] verbaut. Ändert sich aber doch alles dadurch, daß der EuGH auf "einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher" abstellt? Wer die normative Verkehrsauffassung retten möchte, wird sich darauf versteifen, daß der EuGH auch "auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers" abstellt (Leitsatz und Nr. 31 der Gründe im EuGH-Urteil).

Die Hoffnung, aus dieser Fassung doch noch auf einen normativen Begriff schließen zu können, der die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung ablöst, zerschlägt sich aber schnell. Es reicht schon ein Blick auf Nr. 34 der Gründe. Hiernach ist "auf eine erhebliche Zahl von Verbrauchern" abzustellen. Das Nebeneinander dieser beiden Kriterien geht darauf zurück, daß sich das Denken zur rechtlichen Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit erst entwickelt. Auch innerhalb der nationalen Rechtsprechung stehen die Kriterien "informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher" einerseits und "ein nicht unerheblicher Teil" andererseits nebeneinander, ohne daß etwa das eine Mal ein normativer und das andere Mal ein empirischer Begriff hätte vertreten werden sollen.^[2]

Die unterschiedlichen Formulierungen gehen zum Teil darauf zurück, daß in unterschiedlichen Kategorien das Gleiche gedacht wird. Wer juristisch ohne demoskopische Kategorien denkt, formuliert in Richtung "Durchschnittsverbraucher". Wer demoskopisch denkt, formuliert: "ein erheblicher Teil" oder "ein nicht unerheblicher Teil".

Ein instruktives Musterbeispiel bildet ein Urteil des OLG München vom 19. Juni 1997^[3]. Dieses hat in der Rechtsprechung erstmals auf dem Gebiet des Presserechts im engeren Sinne aufgrund eines demoskopischen Parteigutachtens ein erstinstanzliches Urteil aufgehoben. Konnte man bis dahin der Meinung sein, im Presserecht werde eine normative Verkehrsauffassung vertreten, lehnte dieses Urteil eindeutig die normative Verkehrsauffassung ab - dennoch gebrauchte es nebeneinander die Begriffe^[4] "ein nicht ganz unerheblicher Teil des Verkehrs" und "ein unbefangener Durchschnittsleser".

Das Urteil gebrauchte somit genau wie das EuGH-Urteil nebeneinander bereits die soziologisch richtige Formulierung: "ein nicht unerheblicher Teil" und aber auch den soziologisch unzulänglichen Begriff: "Durchschnittsleser"^[5].

Selbstverständlich kann und darf eine Norm auch so gesetzt werden, daß bestimmte Verbraucher überhaupt nicht berücksichtigt werden. Die Diskussion um "das Europäische Verbraucherleitbild" steht bei diesem Thema im Mittelpunkt. Der EuGH stellt im Urteil *Gut Springenheide* auf den "durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher" ab^[6]. Es wird zu diskutieren sein, ob diese Definition letztlich nur die Frage der Mindestquote betrifft, so daß - entgegen der bisherigen deutschen Rechtsprechung - künftig mehr als 10% oder 15% erforderlich sind, oder ob bestimmte Verbraucher gar nicht erst zu den beteiligten Verkehrskreisen gehören. Diese Diskussion kann aber nicht bewirken,

daß eine empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung normativ abgelöst werden könnte. Normative Einschränkungen können nämlich nicht so weit gehen, daß definiert wird: Rechtserheblich ist die Auffassung des zuletzt entscheidenden Gerichts[7].

Auch die Frage, ob der Richter aufgrund eigener Sachkunde entscheiden darf, kann die Diskussion nicht zugunsten einer normativen Verkehrsauffassung wenden. Das Problem der eigenen Sachkunde betrifft nur die Frage, ob der Richter mit der im konkreten Fall beweisrechtlich erforderlichen Gewißheit entscheiden kann oder nicht[8]. Bei dieser Frage muß mitbedacht werden, daß das Recht auch insoweit nur behutsam entwickelt werden darf und deshalb für eine Übergangszeit bescheidenere Maßstäbe anzulegen sind[9]. Der EuGH stellt insoweit auf "besondere Schwierigkeiten" als Maßstab ab, ohne allerdings die Problematik zu vertiefen.

Die vom Bundesverwaltungsgericht dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen[10] hat das Urteil nach alledem wie folgt beantwortet:

Zu Frage 1: Art. 10 Abs. 2 Buchst. e der Verordnung (EWG) Nr. 1907/90 und die anderen EU-Bestimmungen zur Irreführung sind so auszulegen, daß die Auffassungen der Verbraucher empirisch zu ermitteln sind. Art. 10 Abs. 2 Buchst. e liegt demnach kein objektivierter, allein juristisch zu interpretierender Käuferbegriff als Maßstab zugrunde.

Somit ist in Deutschland nichts dazu veranlaßt, mit einer normativen Verkehrsauffassung die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung abzulösen. Es kommt auf die tatsächlichen Verbrauchererwartungen an. Die Demoskopie hat folglich vor dem EuGH gewonnen.

Frage 2 des BVerwG wurde vom EuGH erst im Ansatz beantwortet. Grund für die Unvollständigkeit ist vor allem: Das BVerwG hat nicht ganz sachgerecht gefragt. Wenn es auf die tatsächliche Verbrauchererwartung ankommt, ist der Begriff "Durchschnittsverbraucher" unangebracht[11]. Außerdem erfaßt die vom BVerwG formulierte Alternative: "aufgeklärt" einerseits und "flüchtig" andererseits das Problem nach dem Bezugsrahmen nicht richtig. Die Unsicherheiten in diesem Bereich gehen darauf zurück, daß die rechtliche Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht sowohl in der deutschen als auch in der EU-Rechtsprechung erst noch ergründet werden muß. Man darf deshalb auch nur zurückhaltend aus dem Urteil auf ein neues Verbraucherleitbild rückschließen.

Für die Beantwortung des Themas dieser Abhandlung sind diese und die weiteren Einzelheiten zu Frage 2 unerheblich. Entscheidend ist hier: Die Demoskopie hat gewonnen, weil der EuGH zutreffend bestätigt hat, daß die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung nicht mit einer normativen Verkehrsauffassung abzulösen ist. Eine andere Entscheidung wäre auch falsch gewesen. Der Begriff "Irreführung" läßt sich, wie ausgeführt, nicht so auslegen, daß nur auf die Auffassung des entscheidenden Richters abzustellen ist. Folglich muß - mit oder ohne Einschränkungen - auf die pluralistische Wirklichkeit abgestellt werden. Wenn beispielsweise auf "verständige Verbraucher" eingeschränkt wird, muß als pluralistische Wirklichkeit zur Kenntnis genommen werden: Der eine "verständige Verbraucher" faßt so auf, der andere "verständige Verbraucher" gerade anders. Der eine Richter ist ein verständiger Verbraucher", der andere Richter ist es ebenfalls - und trotzdem fassen beide unterschiedlich auf. Diese unterschiedlichen Auffassungen können nur empirisch ermittelt werden. Alle juristischen Künste, diese empirisch zu ermittelnden Auffassungen normativ abzulösen, versagen.

Fazit

Der deutsche Unternehmensjurist kann demnach zur Irreführung, zur Verwechslungsgefahr, zur Bekanntheit, zur Verkehrsgeltung, zu den guten Sitten im Wettbewerb und zu anderen Begriffen mit Pluralitätsbezügen so fortfahren, wie er es gewohnt ist. Er muß sich sogar darauf einstellen, daß er noch stärker demoskopisch denken muß. Auch hier wird die Karawane weiterziehen. Im Wettbewerbs- und Markenrecht treibt zwar nicht des Sultans Dorscht, aber der Wissensdurst der klügeren Juristen. Sie können und müssen vorsorgend mit repräsentativen Umfragen die Bekanntheit der Marken ihres Unternehmens festhalten^[12]. Sie können in Prozessen mit demoskopischen Parteigutachten nachweisen, daß das Gericht den Sachverhalt falsch unterstellt^[13]. Sie können generell in neue Gefilde vorstoßen.

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

-
- [1] Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften v. 16.7.1998 (*Rechtssache G-210/96, Gut Springenheide GmbH ./ Rudolf Tusky*); veröffentlicht u.a. in GRUR Int. 1998, 795-797. Siehe hierzu auch: der Verf. in diesem Heft S. 8
- [2] Vgl. z.B. die bei Verf., *Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit - Durchschnittsleser, Presserecht; Verständiger Verbraucher, Wettbewerbsrecht; Wertvorstellungen, Grundnorm*, 2. Aufl. Berlin 1998, S. 74-76, im Rahmen der Rechtsprechung zum "Durchschnittsleser" aufgeführten Beispiele
- [3] *AfP-Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 6/97, S. 930 ff.
- [4] Eingehend zur verständlichen Vermengung der Begriffe bei der Entwicklung der Rechtsprechung: Verf., *AfP* 6/97, S. 931 ff. (934 ff.)
- [5] Gloy/Ohde, *Handbuch WettbewerbsR*, 2. Aufl., München 1997, § 18 Rn. 56. Aufschlußreich ist, daß nun auch schon im Ausland im Anschluß an die deutsche Literatur getitelt wird: "Schafft den 'Durchschnittsleser' ab!"; vgl. für die Schweiz: Born in *Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht* 5/1998, S. 517 ff., und Senn, *media LEX* 3/98, S. 150 ff.
- [6] Beachte zu den sprachlich unterschiedlichen Fassungen/Übersetzungen des Leitsatzes: WRP 1998, 1213 f.
- [7] Vgl. Großkomm./Schünemann, Einleitung UWG Rn. D 268
- [8] Siehe Verf., *Entdeckung*, S. 27 f.
- [9] Verf., *Entdeckung*, S. 67-71 und *AfP* 6/97, S. 931 ff. (935)
- [10] Siehe S. 9 in diesem Heft
- [11] Siehe Verf., *Entdeckung*, S. 13 f., 40-48, 67-71, sowie *AfP* 6/97, S. 931 ff. (932 f.)
- [12] Vgl. *Der Syndikus*, 2. Ausgabe, Juli/August 1998, S. 32 f.
- [13] Ein Musterbeispiel bildet das schon erwähnte Verfahren *AfP* 6/97, S. 930 f.